

jueves 13 de mayo de 2010



ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN  
ENERGÍA Y MINERÍA**

## **RESOLUCIÓN OSINERGMIN**

**N° 105-2010-OS/CD**

**Resolución que resuelve el Recurso  
de Reconsideración presentado por la  
empresa KUNTUR contra la Resolución  
OSINERGMIN N° 056-2010-GART que fija  
las Tarifas del Gasoducto Andino del Sur**

---

---

**NORMAS LEGALES**

---

---

**SEPARATA ESPECIAL**

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN  
EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 105-2010-OS/CD**

Lima, 11 de mayo del 2010

**CONSIDERANDO:****1. ANTECEDENTES**

Que, con fecha 05 de marzo del 2010, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución OSINERGMIN N° 056-2010-OS/CD (en adelante "Resolución 056"), mediante la cual, entre otros: i) se fijaron las Tarifas Básicas Iniciales de Transporte del Gasoducto Andino del Sur, ii) se fijó el periodo de regulación en ocho (8) años, contados a partir del inicio de la Puesta en Operación Comercial y el monto amortizado de la Inversión efectuada en un valor equivalente al 22.1% de la Inversión Total hasta la culminación del primer periodo de regulación, iii) se fijó la fórmula de actualización de la tarifa, y iv) se determinó que el concesionario deberá proponer una nueva tarifa para el siguiente periodo de regulación en el plazo establecido en el Anexo E del Texto Único Ordenado de la Norma: "Procedimientos para Fijación de Precios Regulados aprobado mediante Resolución OSINERGMIN N° 775-2007-OS/CD;

Que, con fecha 26 de marzo del 2010, Kuntur Transportadora de Gas SAC (en adelante "Kuntur"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 056;

Que, mediante documento recibido el 09 de abril del 2010, Kuntur, solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSINERGMIN, a fin de abordar los principales aspectos de su propuesta derivados en su Recurso de Reconsideración;

Que, en la Sesión del Consejo Directivo de fecha 07 de mayo del 2010, se realizó el informe oral de los representantes de la empresa Kuntur sobre su respectivo recurso de reconsideración.

**2. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR KUNTUR**

Que, conforme al contenido del recurso interpuesto por la recurrente, el petitorio principal consiste en que OSINERGMIN declare la nulidad total de la Resolución 056, por cuanto adolecería de vicios insalvables y graves contradicciones que afectan la validez del acto administrativo que ella contiene;

Que, sin perjuicio del pedido de nulidad planteado, Kuntur solicita se declare fundado su recurso de reconsideración, desarrollando preliminarmente como cuestión previa una reseña del proyecto del Gasoducto Andino del Sur y del proceso tarifario en curso. Asimismo establece como pretensiones, a fin de que sean reconsiderados por OSINERGMIN, las siguientes:

- 2.1.** Que, respecto al Periodo Tarifario aprobado por OSINERGMIN de 8 años, solicita se considere un solo periodo de regulación por 25 años contados desde la Puesta en Operación Comercial (POC), en la cual se contemple un único esquema tarifario, un programa de amortización y su respectiva Tarifa;
- 2.2.** Que, respecto a la Tasa de Actualización aprobada por OSINERGMIN del 12%, Kuntur solicita sea considerada conforme a su propuesta, con todas sus variables, tales como primas por riesgos,

comercial, devaluatorio, regulatorio, y estructura deuda/capital;

- 2.3.** Que, respecto a los Factores de Ajuste aprobados por OSINERGMIN, solicita tomar en consideración los Factores de Ajuste que permitan reajustar la Tarifa en virtud de los cambios en sus elementos estructurales que puedan generarse en el tiempo;
- 2.4.** Que, respecto a la metodología de cálculo, considera que se debería omitir la inclusión del costo financiero para efectos de determinar la utilidad y posteriormente los impuestos respectivos;
- 2.5.** Que, respecto de los activos fijos no productivos, se reconozca el 5% del costo de la inversión en lugar del 3% determinado por OSINERGMIN;
- 2.6.** Que, respecto a los costos de desarrollo, se reconozca 4,5% del costo de la inversión en lugar del 2% reconocido por OSINERGMIN.

**3. SUSTENTO DEL PETITORIO**

Que, Kuntur como cuestión previa a los fundamentos de su recurso realiza diversas afirmaciones entre las cuales se identifica la comparación que hace entre el proyecto Camisea con el proyecto del Gasoducto Andino del Sur, y señala que éste último asume riesgos muy superiores, por la ausencia de mecanismos que garanticen los ingresos que sí tiene el proyecto Camisea, como la Garantía de Red Principal, los clientes iniciales y la estabilidad del retorno a largo plazo por la duración de la concesión, calificando el régimen económico de Camisea como coherente con el negocio, destacando así el beneficio económico, social y ambiental del Gasoducto Andino del Sur;

Que, considera que los reiterativos cambios de postura y distintas interpretaciones que habría efectuado OSINERGMIN al Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos aprobado por Decreto supremo N° 081-2007-EM (en adelante Reglamento de Transporte) habrían derivado finalmente en la publicación de una Tarifa y de un esquema tarifario que atenta contra los objetivos del régimen económico del citado Reglamento y a la vez hacen inviable la incorporación de socios y el financiamiento del Gasoducto Andino del Sur. En base a esta afirmación, Kuntur hace referencia de los siguientes temas: i) Programa de Amortización determinado por OSINERGMIN, que no tendría sustento técnico; ii) la ausencia de un mecanismo de actualización para la Tarifa; iii) la negativa de variar la Tasa de Actualización establecida en el Reglamento, que se ampara en uniformizar a todos los proyectos por igual, siendo éstos diferentes en cada caso, por lo que no tendría sustento legal dicha posición; iv) el periodo regulatorio menor que el periodo de recuperación de la inversión; v) el desconocimiento de los riesgos inherentes al proyecto; y vi) algunas conclusiones por parte de las instituciones ESAN, CENTRUM y SMBC que sustentaron su posición adoptada.

**3.1. Observaciones a la Propuesta Tarifaria e Informes Legales.**

Que, Kuntur, como parte de sus fundamentos de hecho, narra los antecedentes de su proyecto, el cual se inicia con la solicitud de fecha 14 de marzo del 2008 ante la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (DGH), de la concesión de Transporte de Hidrocarburos por Ductos desde los yacimientos ubicados en la Región Cusco hasta las ciudades de Cusco, Arequipa, Moquegua y Puno, la cual fue otorgada por Resolución Suprema N° 040-2008-EM, y originó la firma del Contrato de Concesión con el Estado Peruano el 06 de octubre del 2008;

Que, según señala en el referido contrato de concesión, se estableció un cronograma de trabajo, el cual comprometía a Kuntur presentar su propuesta tarifaria en el mes de junio del 2009, dando así, inicio al Procedimiento Regulatorio;

Que, manifiesta que en ningún momento OSINERGMIN cuestionó la Propuesta Tarifaria en el extremo de la validez de la Tasa de Actualización o la viabilidad de aplicación de los Factores de Ajuste propuestos por Kuntur, por lo que se entiende que al no existir observaciones respecto a su aplicación, OSINERGMIN debería considerarlas en la Tarifa a aprobarse; aspecto que, según señala, no se habría cumplido;

Que, agrega en su recurso que el Informe Legal N° 393-2009-GART que sustentó la primera prepublicación de la tarifa no realizó ninguna objeción legal a la aplicación de los factores de ajuste, ni a la tasa de actualización, ni al periodo de regulación. De igual forma, considera que el Informe Legal que sustentó la Resolución 056 no tomó en cuenta las observaciones presentadas por Kuntur y sustentó que la tarifa sea aprobada exactamente igual a la segunda prepublicación.

### 3.2. Nulidad Total de la Resolución 056.

Que, a decir de Kuntur la Tarifa fijada no cumple flagrantemente con el objetivo establecido en el literal a) del Artículo 113° del Reglamento de Transporte, el cual es: *“Generar un flujo de ingresos que cubra los costos eficientes involucrados en la prestación del Servicio Básico, considerando el período de vida esperado del Sistema de Transporte usado en la prestación de ese Servicio, y la Tasa de Actualización prevista en el presente Reglamento”;*

Que, por la razón expuesta Kuntur considera que la Resolución 056 es nula, al contravenir una norma reglamentaria, siendo de aplicación por tanto el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG que señala que es un vicio que causa nulidad de pleno derecho la contravención a la constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, solicitando por tanto se retrotraiga todo el proceso tarifario a la etapa de prepublicación de la Tarifa, a efectos que se refleje un verdadero y completo cumplimiento del Artículo 113° del Reglamento de Transporte.

### 3.3. Periodo Regulatorio

Que, Kuntur argumenta que a periodos de regulación más cortos la tarifa se incrementa por considerar menores demandas, por lo tanto, la tarifa más competitiva se alcanza al mayor periodo de regulación posible;

Que, asimismo, señala que la tarifa aprobada por OSINERGMIN (2,50 US\$/MPC) no es realmente menor que la que propuso (2,96 US\$/MPC), si no que la diferencia se debe a que OSINERGMIN consideró una tasa de actualización de 12% y Kuntur una tasa de 15,8%;

Que, señala que no solamente fijando una tarifa con diversos periodos de regulación, como lo establece OSINERGMIN, se puede conseguir una tarifa consistente a lo largo del periodo de concesión, sino que también con un único Periodo de regulación de 25 años y con la aplicación de factores de ajuste eficientes;

Que, además, señala que con un Periodo de Regulación de 8 años, tal como se ha fijado en la resolución tarifaria, se genera una tarifa más alta en el primer periodo, lo cual es contraproducente para el desarrollo de la demanda;

Que, por otro lado, la empresa Kuntur afirma que al definirse un Periodo de Regulación, distinto al periodo de recuperación de la inversión, se contradice lo establecido en el Artículo 113° del Reglamento de Transporte y además contraviene la mecánica de cálculo establecido en los Artículos 116° y 117° del mismo;

Que, argumenta que un periodo de regulación de 25 años trae consigo un claro beneficio económico para el usuario y para el país; garantiza una evolución favorable de la demanda e incentiva la inversión en el proyecto, al generar seguridad al inversionista a lo largo de la vida de la concesión;

Que, Kuntur asegura que al tener un solo Periodo de Regulación estable y con ello una Tasa de Actualización que sea sostenible, se le otorgaría confiabilidad y seguridad al régimen económico del Gasoducto Andino del Sur, lo cual lo haría un proyecto interesante a los inversionistas, al otorgarles un flujo de ingresos y una rentabilidad predecible a sus inversiones;

Que, Kuntur señala que OSINERGMIN presenta un Plan de Amortización que resulta ineficiente en la práctica e incongruente con lo regulado sobre la materia en el Reglamento. Asimismo, agrega que el plan de amortización planteado por el OSINERGMIN no beneficia al usuario, además de carecer de sustento técnico, basándose en una proyección de demanda que como es propio de toda proyección tendría variaciones imposibles de predecir. A diferencia de una amortización lineal, la propuesta de OSINERGMIN posterga el 77.9% de la amortización total para periodos posteriores donde la demanda es aún más incierta tanto para el inversionista como para el regulador.

### 3.4. Tasa de Actualización

Que, respecto a la Tasa de Actualización, Kuntur argumenta que la metodología del WACC cuenta con un número de limitantes en su aplicación y muchos de sus supuestos son teóricos, los cuales rara vez se realizan de la manera esperada en la vida real, siendo una metodología referencial y que funciona sólo para mercados financieros profundos, es decir, mercados muy grandes con mucha información disponible sobre las inversiones, precisa que este modelo solo considera los riesgos que sean propios del activo, debido a que asume que los riesgos específicos pueden ser diversificados por el inversionista, es decir, se pueden mitigar;

Que, Kuntur agrega que ciertos factores del proyecto, como las condiciones de mercado en donde va a ser ejecutado, son mucho más duras en comparación a las condiciones que exige la metodología del CAPM, asimismo, el mayor riesgo crediticio generado por la incertidumbre que genera la falta de una metodología clara para la determinación de la Tasa de Actualización y la falta de una mayor transparencia y previsibilidad en la fijación de los Periodos Regulatorios;

Que, Kuntur argumenta que el artículo 136° del Reglamento de Transporte no establece que la tasa de 12% se aplicará de manera homogénea a toda la industria del Gas Natural;

Que, Kuntur agrega que el riesgo comercial debe ser reconocido a consecuencia de la incertidumbre asociada a la proyección de demanda. Asimismo, indica que si bien ha propuesto un factor de ajuste de la demanda, dicho factor no elimina totalmente este riesgo; señala que no puede mitigar dicho riesgo, con acciones propias de la empresa ya

que no tiene control sobre la demanda de gas natural, debido a que su negocio es transportar el gas desde las fuentes de producción hasta los centros de consumo;

Que, Kuntur añade que la no existencia de reservas comprobadas de gas natural, así como la falta de contratos a firme y la falta de la creación de beneficios que generen el consumo de gas natural en la zona sur por parte del gobierno, incrementan los riesgos comerciales del proyecto;

Que, argumenta que el riesgo regulatorio se encuentra asociado a las características vigentes en el marco regulatorio aplicable al proyecto y a la incertidumbre de definición de ciertas normativas y beneficios por parte del estado y de los organismos reguladores hacia el proyecto, además, agrega que el riesgo regulatorio se demuestra en los cambios efectuados por OSINERGMIN en sus distintas publicaciones respecto al valor de la tasa, la duración del periodo de regulación y que propuso una tarifa con ciertas condiciones y OSINERGMIN determinó una tarifa diferente;

Que, Kuntur manifiesta, que existe un riesgo de liquidez, el cual representa el riesgo de invertir en una empresa con acciones que cotizan en el mercado es menor que el de invertir en una empresa que tiene su capital cerrado o que no cotiza en bolsa. La razón para esto es que las acciones que cotizan en bolsa pueden ser vendidas en cualquier momento al precio de mercado, señala también que las condiciones prevalentes en el mercado financiero en el presente, se ha considerado como escenario más probable un ratio de deuda sobre capital total (apalancamiento financiero) del 40%;

Que, considera que sería poco probable que la empresa Kuntur consiga una estructura de financiamiento como la establecida por OSINERGMIN, además señala que el apalancamiento de este tipo de proyectos se efectúa luego de empezada la construcción, citando el caso de TGP, proyecto que inició su construcción con 100% de capital;

Que, Kuntur argumenta que un bono tiene un valor que corresponde al valor de los flujos esperados ajustados a una tasa que refleja el riesgo del bono y el costo de oportunidad determinado por condiciones de mercado. Esta es una sola tasa que trae el valor de los flujos para determinar el precio. En el caso de un proyecto regulado, es muy similar. Se fija una tasa que es la que en función de la inversión realizada determinará los flujos de ingresos, que permitirán la recuperación de la inversión; en el caso de los bonos, es el precio pagado por este bono;

Que, Kuntur señala que la naturaleza del modelo económico no le permite al concesionario obtener ingresos extraordinarios que pudieran mitigar los riesgos no medidos inicialmente, agrega que de la norma se desprende que la Tasa de Actualización aprobada por OSINERGMIN debería en principio permanecer fija, sin embargo, la misma otorga la posibilidad de que ésta sea modificada en tanto se cumplan los dos siguientes supuestos: i) a solicitud del Concesionario para su aprobación por OSINERGMIN; y, ii) con vigencia al inicio de un Periodo de Regulación;

Que, Kuntur manifiesta que lo mismo ocurre con el caso de las concesiones eléctricas, la Tasa de Actualización se mantiene fija e inamovible durante todo el periodo de la concesión, sin embargo puede ser modificada, conforme lo establece el

Artículo 79° de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobada mediante Decreto Ley N° 25844.

### 3.5. Factores de Ajuste

Que, Kuntur propone la incorporación en la Tarifa de los Factores de Ajuste del: i) Capital de Inversión Inicial, ii) Demanda, iii) Capital de Nuevas Inversiones, iv) Costo O&M, v) Costo del Servicio hasta la POC, y vi) Costo de Servicio de la POC;

Que, señala que OSINERGMIN ha analizado los factores de ajuste de manera bastante escueta en la Resolución 056 y en las páginas 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del Informe Legal N° 095-2010-GART, que a su vez se sustenta en informes legales externos, concluyendo que el Reglamento de Transporte no permite la inclusión de los factores de revisión distintos a los establecidos en su Artículo 115°. Kuntur no coincide con ello, señalando que el Artículo 115° del Reglamento de Transporte sí contempla la aplicación de factores de revisión de la Tarifa; y que, lo que cuestiona OSINERGMIN, según la recurrente, es que los factores propuestos por Kuntur no se encuentran expresamente contemplados en dicho artículo;

Que, por otro lado, Kuntur presenta la respuesta de la DGH, indicando que esta Dirección elaboró el Reglamento de Transporte y tiene mayor conocimiento sobre la norma y es el órgano que puede brindar mayor claridad sobre su aplicación. Al respecto, manifiesta que la respuesta de la DGH implica que es competencia y responsabilidad de OSINERGMIN, en cada proceso regulatorio de tarifas, definir los factores de reajuste de las Tarifas Básicas de transporte, a efectos de mantener su valor real. Kuntur concluye de dicha respuesta, que OSINERGMIN no se encuentra supeditado a aplicar únicamente los Factores de Ajuste indicados en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte, sino que por el contrario, se encuentra facultado y con la responsabilidad de analizar cada caso en concreto para así determinar los Factores de Ajuste que sean más eficientes a efectos de mantener el valor real de la Tarifa en el tiempo;

Que, considera que el Artículo 115° del Reglamento de Transporte se interpretó solo utilizando el método literal, siendo incorrecto que OSINERGMIN haya utilizado el método *ratio legis*, ya que no se ha evaluado la razón que tuvo el legislador al incluir en el Reglamento el término "otros rubros". Manifiesta que OSINERGMIN calificó el término exclusivamente a precios internacionales diferentes a los materiales; sin embargo, agrega que si así fuera, la redacción apropiada que no dejaría dudas sería el término "de otros rubros". En tal sentido, la redacción como está dada, al entender de Kuntur, permitiría la inclusión de factores;

Que, asimismo, señala no compartir la posición adoptada por la GART en el sentido de que se ha interpretado al Artículo 115° en concordancia con los Artículos 120°, 138° y 139° del Reglamento, por cuanto OSINERGMIN confundiría el establecer costos para cada periodo tarifario con la existencia de Factores de Ajuste dentro de un mismo periodo tarifario. Manifiesta que dichos artículos no limitan legalmente que el capital de inversión inicial y los CO&M se actualicen sin necesidad de modificar el periodo de regulación;

Que, Kuntur cita el Principio de Verdad Material que rige todo procedimiento administrativo, y en tal sentido, la Tarifa que aprueba OSINERGMIN debería contemplar la posibilidad de que

esos valores (independientemente de si son considerados Factores de Ajuste o no) se puedan actualizar dentro de un mismo Periodo de Regulación. Indica que, ello permitiría a Kuntur y OSINERGMIN aplicar estas actualizaciones en la tarifa sin necesidad de modificarlas;

Que, de otro lado, la recurrente cuestiona la finalidad de los factores de ajuste, asumida por OSINERGMIN, señalando que no puede estar alejado del objetivo del periodo de regulación propuesto de 25 años, cuyas reglas otorguen seguridad al inversionista con las variables existentes por intermedio de los factores de ajuste para poder mantener el valor real en el tiempo;

Que, explica que el punto medular respecto a los factores de ajuste, es que se ha propuesto factores distintos a los taxativamente establecidos, al amparo del inciso e) del artículo 115° del Reglamento de Transporte, mientras que OSINERGMIN no considera distintos a los establecidos. Indica que bajo el criterio asumido por OSINERGMIN, todas las variables principales de la tarifa no podrán ser actualizadas, hasta la próxima regulación, la cual sucederá dentro de doce (12) años aproximadamente, lo que generaría un riesgo regulatorio muy alto y una inestabilidad para acceder a fuentes de financiamiento. Por lo tanto, considera Kuntur que OSINERGMIN debe interpretar el Artículo 115° dentro del alcance del Reglamento de Transporte y la Propuesta Tarifaria, debiendo asegurar mediante la tarifa que ciertas variables se actualicen dentro del mismo periodo tarifario. Por consiguiente solicita la consideración de los factores de ajuste propuestos explicando cada uno de ellos, los cuales son: i) Capital de Inversión Inicial, ii) Demanda, iii) Capital de Nuevas Inversiones, iv) Costo O&M, v) Costo del Servicio hasta la POC, y vi) Costo de Servicio de la POC;

Que, en el Anexo C de su recurso, Kuntur adjunta el Informe del Estudio Muñiz titulado "Opinión del Informe Legal elaborado por el Dr. Francisco Eguiguren Praeli", en el cual, se concluye que tanto la interpretación restrictiva que aplica OSINERGMIN, como la interpretación *extensiva* que aplica Kuntur, son formas de interpretación válida. Agrega la impugnante, que el Dr. Eguiguren opta por la restrictiva; asimismo indica que el principio de ubicación tomado no es relevante en la interpretación a diferencia de la propia redacción de la misma. Considera que la razón por la que el legislador incluye el término "otros rubros" fue justamente para dejar la posibilidad de incluir otros factores de ajuste y así evitar ponerse en todos los supuestos posibles de factores;

Que, continúa, señalando que, el actuar de OSINERGMIN conforme a sus competencias, más que una pauta de interpretación, es una obligación establecida en el Artículo 61° de la LPAG que dispone que las entidades solo podrán realizar las competencias que les otorga la Constitución y la Ley, lo que en ningún momento vulnera con la interpretación extensiva del Artículo 115° del Reglamento de Transporte, ya que de ese modo se cumple con el objetivo de la tarifa establecido en el literal a) del Artículo 113° del mismo cuerpo normativo. Reitera que la interpretación restrictiva impide que la tarifa actualice su valor en el transcurso del tiempo, y que además Kuntur no plantea la inclusión de factores de ajuste de todo tipo, sino propone la inclusión de aquellos factores de acuerdo al proyecto. Adicionalmente parte del propio Artículo 115° del Reglamento de Transporte señala "*Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas podrán ser...*", lo que implica una facultad, más no limita, por lo que

OSINERGMIN no puede aplicar una restricción donde la Ley o la norma expresamente no lo hace;

Que, cuestiona la afirmación del Dr. Eguiguren, indicando que los factores de ajuste no son los mismos para la tarifa de transporte y distribución de gas natural ya que el Reglamento de Distribución no incluye las palabras "otros rubros". Considera que, por ninguna parte, se da la posibilidad de incluir otros factores a los taxativamente expuestos a diferencia del Reglamento de Transporte. Agrega que el Dr. Eguiguren está en un error al comparar dos actividades económicas y reguladas completamente distintas, y que no se habría tomado en cuenta que una regulación de precios es teórica referencial, sujeta a cambios producidos por situaciones externas que generan incertidumbre, como las razones que justifican los factores de ajuste propuestos por Kuntur y, finalmente coincide que a OSINERGMIN le corresponde evaluar y realizar la incorporación de los factores de ajuste, sin ser menos cierto que Kuntur puede sustentar su posición respecto que el citado Artículo 115° permite la inclusión de otros factores distintos a los establecidos, por cuanto es la única forma que se actualice adecuadamente las variables de una tarifa y de esa manera cumpla con los objetivos del Artículo 113°;

Que, Kuntur argumenta que el uso de factores de ajuste es utilizado en toda estructura tarifaria y su objetivo principal es mantener el valor real de la tarifa en el tiempo a fin de que el transportista, recupere las inversiones eficientes que son parte de la base tarifaria, asimismo, dichos factores permiten de manera eficiente el actualizar la tarifa a las condiciones económicas y comerciales de mercado;

Que, Kuntur señala que si por ejemplo, la demanda real fuese mucho mayor a la demanda proyectada, es justo que la tarifa se reduzca para equilibrar los ingresos del concesionario y generar los beneficios a los usuarios. Es así, que se requiere que cada cierto tiempo se puedan revisar algunas de las variables más importantes como son: la demanda, costos de operación y mantenimiento, nuevas inversiones, inflación, tipo de cambio, entre otros. Sin embargo, no puede incluirse dentro de estas variables a la Tasa de Actualización, ya que esto atentaría contra la bancabilidad del proyecto y ello representa un riesgo en el pago del servicio de deuda para los financistas;

Que, Kuntur refuerza los argumentos sobre los factores de ajuste propuestos, como sigue:

- Factor de Actualización de Capital Inicial: Por lo establecido en los artículos 115°, 121° y 122° del Reglamento de Transporte; actualizando el valor del capital inicial a la fecha de Puesta en Operación Comercial (POC) o posterior cuando se realice la liquidación de la obra;
- Factor de Actualización de Demanda: Por lo establecido en los artículos 115° y 141° del Reglamento; creándose mecanismos de incentivo que tengan relación con el desarrollo de la demanda;
- Factor de Actualización de Costos de Operación y Mantenimiento: Por lo establecido en los artículos 115° y 139° del Reglamento; señalando que estos costos deben ser actualizados cuando sufran variaciones significativas;
- Factor de Actualización de Costos de Servicio hasta la Puesta en Operación Comercial

(POC): Por lo establecido en el artículo 122° del Reglamento, indicando que desde que se aprueba la tarifa hasta la POC existe una diferencia de 4 años que justifica la actualización del capital inicial;

- Factor de Actualización de Costos de Servicio después de la Puesta en Operación Comercial (POC): Por lo establecido en el artículo y 115° del Reglamento, indicando que busca que este costo sea actualizado con el Índice de Precios al Consumidor que sí se encuentra expresamente establecido en el Artículo 115° indicado y representa el Factor más importante de todos.

### 3.6. Metodología de cálculo

Que, Kuntur señala que la metodología de cálculo de la tarifa de transporte establecida en el Reglamento, se sustenta en una metodología de "flujo de caja económico" (no financiero), es decir no considera los efectos y/o rendimientos de un eventual apalancamiento financiero. Por lo tanto, considera que se debería omitir la inclusión del costo financiero para efectos de determinar la utilidad y posteriormente los impuestos de Ley respectivos.

### 3.7. Activos Fijos no Productivos

Que, Kuntur argumenta que la tarifa debe considerar 5% de los costos de construcción para el caso de los Activos Fijos No Productivos (AFNP), equivalente a US\$ 68,3 millones;

Que, el referido costo corresponde a los terrenos, las edificaciones, las unidades de transporte, los diversos equipos de oficina y el costo de una póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual que cubra daños a terceros en sus bienes y personas derivadas de la ejecución de las obras y la prestación del servicio;

Que, el valor considerado en la tarifa, de 3% del costo de construcción, representa un déficit para el concesionario.

### 3.8. Costos de desarrollo

Que, el concesionario solicita que la tarifa considere 4,5% de los costos de construcción para el caso de los costos de desarrollo;

Que, el costo corresponde a los rubros de Consultorías Técnicas previas al otorgamiento de la concesión, Estudio de Riesgos, Manual de Diseño, Propuesta de Tarifas, Asesoramiento Legal, Ingeniería y Trazado Definitivo, Estudio de Impacto Ambiental (EIA), Empadronamiento, Negociación y Adquisición de Servidumbres;

Que, el valor considerado en la tarifa, de 2% del costo de construcción, representa un déficit para el concesionario;

Que, para el proyecto de KUNTUR, por la naturaleza compleja del trazado, los costos de ingeniería deben estar en el orden de 2% de los costos de construcción, solo para la ingeniería conceptual y básica incluyendo el trazado definitivo.

## 4. ANÁLISIS DEL OSINERGMIN

Que, es incorrecta la comparación efectuada por la recurrente, entre y el Proyecto Camisea, cuyas condiciones, son evidentemente distintas a las del Proyecto del Gasoducto Andino del Sur, ya que es justamente, a partir de la forma como obtuvieron cada

empresa su concesión, el punto de partida con el cual se marcan las diferencias, mientras el Proyecto Camisea se concretó en un proceso de licitación, en el cual se dieron diversos incentivos; el Gasoducto Andino del Sur fue una concesión otorgada a pedido de parte, y la recurrente conociendo las normas aplicables y las condiciones vigentes, consideró viable su Proyecto. En ese sentido, la empresa no pudo asumir, ni lo puede hacer ahora, que su Proyecto tenga las mismas características que el Proyecto Camisea, o solicitar al Regulador que en vía de interpretaciones, varíe las condiciones o imponer aquellas que se encuentran en facultad de OSINERGMIN decidir;

Que, el documento presentado por Kuntur elaborado por Apoyo Consultoría, solamente contiene los beneficios económicos que implicarían la llegada del gas natural a la Región Sur, lo cual no está en discusión y OSINERGMIN no cuestiona, asimismo, los mismos no contienen argumentos técnicos que incidan en las normas, procedimientos o criterios que se deban considerar para la fijación de la tarifa;

Que, a continuación se realiza el análisis correspondiente de las pretensiones y afirmaciones realizadas por Kuntur, en su recurso de reconsideración, como sigue:

### 4.1. Observaciones a la Propuesta Tarifaria e Informes Legales.

Que, de conformidad con el ítem g) del Procedimiento, OSINERGMIN estaba en la facultad de remitir a Kuntur las Observaciones a la propuesta tarifaria, la cual se realizó mediante el Informe N° 283-2009-GART, notificado mediante Oficio N° 794-2009-GART de fecha 10 de julio del 2009. El referido informe contenía observaciones respecto a la demanda, diagnóstico de mercado, trazado y alternativa del ducto, diseño del sistema de transporte, garantía del suministro de gas, costo del servicio del sistema de gas, tasa de actualización (tasa de descuento), periodo de regulación y programa de amortización;

Que, a diferencia de lo manifestado por Kuntur, resulta claro que en ningún momento del proceso regulatorio se ha cuestionado la validez o pertinencia de la Tasa de Actualización, amparada en los Artículos 134° y 135° del Reglamento de Transporte, la discrepancia radica en el valor porcentual asignado a dicha Tasa en las Resoluciones Tarifarias. Sobre el particular, es preciso notar que desde el inicio el valor propuesto por Kuntur, no fue recogido por OSINERGMIN, toda vez que dicho valor fue objeto de observaciones como se aprecia en el mismo Informe N° 283-2009-GART, y fue fijado en la Resolución como un valor distinto al propuesto por las razones expuestas en el informe técnico que sirvió de sustento para su aprobación;

Que, de otro lado, resulta errado considerar que la Administración no puede variar lo que haya establecido, toda vez que incluso, conforme al numeral 2 del Artículo VI del Título Preliminar de la LPAG<sup>1</sup>, los criterios interpretativos establecidos

<sup>1</sup> Artículo VI.- Precedentes administrativos

...

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

...

por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general, claro está que con la debida motivación;

Que, si bien en el Informe N° 283-2009-GART no se cuestiona la viabilidad de aplicación de los Factores de Ajuste propuestos por Kuntur, también es cierto que el análisis del referido tema surge con el cuestionamiento a los factores de ajuste por parte de Kuntur que en la etapa de opiniones y sugerencias señaló:

*“...De acuerdo a lo establecido por el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 081-2007-EM (en adelante “el Reglamento”), las tarifas se reajustarán sobre la base de las fórmulas de actualización que hayan sido determinadas. Dichas fórmulas de actualización deberán considerar los factores que para tal efecto establece el artículo 115<sup>o</sup> del Reglamento, en donde no es tomada en consideración la Tasa de Actualización...”*

Que, como es de apreciar, en lo concerniente a los factores de ajuste, éstos fueron objeto de comentarios por parte Kuntur, los mismos que determinaron un análisis integral del tema y desencadenaron la eliminación de factores, distintos a los establecidos en el Reglamento de Transporte;

Que, en tal sentido, la etapa de opiniones y sugerencias cumplió con el propósito de contribuir con la finalidad de la resolución tarifaria, ya que, a partir del comentario de un interesado, en este caso Kuntur, se perfeccionó la misma. Dicho esto, afirmar que los únicos cambios a realizarse deban provenir únicamente de la etapa de observaciones a la propuesta tarifaria y en caso que no hayan sido formuladas las respectivas observaciones, ello implica la aprobación directa de lo no observado; es dejar sin sentido la existencia de la etapa de opiniones y sugerencias, cuyo objetivo no es otro que el de permitir a los interesados que comenten y que luego de su análisis la administración recoja aquellos comentarios debidamente sustentados que contribuyan con la resolución que se apruebe;

Que, es preciso recordar que el Procedimiento, cuya tarifa fue fijada mediante Resolución OSINERGMIN N° 194-2009-OS/CD, se retrotrajo mediante la Resolución OSINERGMIN N° 299-2009-OS/CD como consecuencia del recurso de reconsideración y pedido expreso de Kuntur de retrotraer el Procedimiento a fin de que pueda exponer sus observaciones al Proyecto, tal disposición se dio con el objetivo de dotar de una mayor transparencia al procedimiento y permitir que aquellos cambios sustanciales efectuados sean pasibles de comentarios por los interesados, los mismos que fueron analizados oportunamente. De este modo, se evidencia que al margen de que OSINERGMIN no cuestionó los factores de ajustes propuestos en la etapa de observaciones, no se ha vulnerado el derecho de Kuntur de exponer sus argumentos, y que consecuentemente se analizaron mediante la Resolución debidamente motivada;

Que, en relación a que el Informe Legal N° 393-2009-GART que sustentó la primera prepublicación de la tarifa no realizó ninguna objeción legal, vale mencionar, tal como ya se ha explicado, que es recién a partir del comentario de Kuntur en la etapa de opiniones y sugerencias, en que se efectúa un análisis legal sobre los respectivos factores evidenciándose la necesidad de modificar

el criterio adoptado en la prepublicación, lo cual desencadena la eliminación de los factores de ajuste distintos a los establecidos en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte, por no tener sustento legal, aspecto que, implicó la variación del periodo regulatorio. Respecto del valor porcentual fijado para la Tasa de Actualización, OSINERGMIN ha sustentado la variación, que mantiene el criterio recogido desde el inicio;

Que, finalmente, en lo referente al Informe Legal N° 095-2010-GART que sustentó la Resolución 056, en él sí se consideran las observaciones legales formuladas por Kuntur, sin embargo se opina desestimarlas luego del correspondiente análisis.

#### **4.2. Nulidad Total de la Resolución 056**

Que, conforme al marco jurídico existente, los administrados pueden plantear o solicitar la nulidad de los actos administrativos que, consideran, los afecta, dentro de la figura de nulidad a pedido de parte. Es así que, los administrados pueden solicitarla única y exclusivamente mediante los recursos administrativos de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 11° de la LPAG. Kuntur plantea su nulidad mediante su recurso de reconsideración, el cual cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis;

Que, en concreto la nulidad que procura Kuntur, se centra en señalar que la Tarifa fijada vulnera el objetivo dispuesto en el literal a) del Artículo 113° del Reglamento de Transporte. Se debe considerar que de conformidad con el numeral 3.2 del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función reguladora de OSINERGMIN debe ser ejercida dentro de los alcances y limitaciones que se establecen en las respectivas leyes y reglamentos. Por su parte, el Reglamento General, de acuerdo a su Artículo 1°, dispone que OSINERGMIN regula las tarifas del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y ejerce sus atribuciones y funciones, en concordancia y con estricta sujeción a las disposiciones establecidas en las normas legales referidas al Sector Hidrocarburos. Así, OSINERGMIN, en cumplimiento de las normas aplicables, en particular, del Reglamento de Transporte, ha considerado en la Resolución 056, los lineamientos, principios y objetivos generales de la Tarifa Básica, con los elementos que el propio Reglamento le autoriza incluir en el Tarifa, es decir, dentro del marco que permiten las disposiciones establecidas en el Reglamento de Transporte, toda vez que para el cumplimiento de los objetivos previstos en el Artículo 113° del Reglamento, OSINERGMIN no puede crear un régimen nuevo o paralelo del referido Reglamento, pues ello implicaría infringir el mencionado Artículo 3° de la Ley N° 27332. Además, se ha tenido en cuenta que, en dicho Reglamento se recoge la naturaleza de las Tarifas, que no admite una secuencia de variaciones que no generan certeza en el tiempo para inversionistas ni consumidores;

Que, en el escenario normado por el Reglamento de Transporte, las Tarifas fijadas cumplen los objetivos, y hacen viable al Proyecto de Kuntur tal como se explica en el Informe Técnico N° 166-2010-GART, asimismo debe tenerse en cuenta que el referido Artículo 113° contiene las pautas con las cuales se debe interpretar el íntegro del Reglamento en lo referido al aspecto tarifario, más no es una licencia abierta para que bajo su amparo se creen figuras o condiciones diferentes a las establecidas específicamente en el propio Reglamento, es de notar que el artículo 113°

no solo considera el objetivo de: “Generar un flujo de ingresos que cubra los costos eficientes involucrados en la prestación del Servicio Básico, considerando el período de vida esperado del Sistema de Transporte usado en la prestación de ese Servicio, y la Tasa de Actualización prevista en el presente Reglamento”, sino además los siguientes objetivos, que cumple la tarifa fijada:

- ...
- b) Reproducir los resultados que se darían en un mercado competitivo;
  - c) Asegurar la operación segura y confiable del Sistema de Transporte;
  - d) No distorsionar las decisiones de inversión en los Sistemas de Transporte o en actividades relacionadas.
  - e) Lograr la eficiencia en el nivel y estructura de la Tarifa Básica; y
  - f) Suministrar un incentivo al Concesionario para la reducción de costos y el desarrollo del mercado de Servicios Básicos y de otros Servicios.
- ...

Que, finalmente, el Reglamento permite que en el caso de que alguno de estos objetivos entre en conflicto con otro para su aplicación a la determinación de una Tarifa Básica en particular, OSINERGMIN determine la manera en que ellos pueden reconciliarse o, en caso contrario, determine cuales deben prevalecer;

Que, la metodología de cálculo utilizada por OSINERGMIN es la establecida en el Reglamento y corresponde a la de Costo de servicio, la cual demuestra que se cumple con lo establecido en el artículo 113° del Reglamento, fijando una tarifa que es consistente, eficiente y crea un flujo de ingresos que cubren los costos del concesionario, representa un mercado competitivo, asegura una operación confiable y segura del sistema de transporte, no distorsiona las decisiones de inversión del sistema de transporte y brinda incentivos para la reducción de costos y evolución de la demanda;

Que, Kuntur no demuestra por qué afirma que la tarifa fijada no hace viable ni financiable su proyecto. En todo caso, Kuntur en el momento de firmar su contrato de concesión ya había efectuado su evaluación técnica, financiera y económica de su proyecto, con la normatividad vigente aplicable al rubro de negocio, la cual no ha variado hasta la fecha, determinando que el proyecto era viable y además depositando US\$ 70 Millones de garantía;

Que, adicionalmente, la viabilidad de un proyecto como el que pretende ejecutar Kuntur, radica en la demanda de contratos a firme con los que cuente, la misma que depende al mismo tiempo de la disponibilidad de reservas de gas natural para abastecer dicha demanda, lo cual, tal como lo han mencionado representantes de Kuntur haría que no se inicie la construcción del gasoducto hasta que se aseguren las reservas de gas suficientes para su proyecto. Es decir, con la falta de este factor, sea cual fuere el valor de la tarifa aprobada por OSINERGMIN, el monto por Ingresos (Tarifa x Demanda), sería cero, lo cual no iguala el Costo de Servicio del proyecto y lo hace inviable, en consecuencia no existe razón para establecer que OSINERGMIN no ha cumplido con los objetivos del proceso regulatorio de la tarifas Iniciales del Gasoducto Andino del Sur;

Que, por lo expuesto, se concluye que la Tarifa fijada cumple con el objetivo establecido en el Artículo 113°, con lo dispuesto en el Artículo

115° y demás disposiciones del Reglamento de Transporte, en tal sentido, la Resolución 056 no incurre en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el Artículo 10 de la LPAG, por lo que corresponde declarar no ha lugar la solicitud de nulidad planteada por Kuntur.

#### 4.3. Periodo Regulatorio

Que, en lo relacionado al Periodo de Regulación se reitera la posición emitida anteriormente, por la cual, se concluye que constituye facultad de OSINERGMIN determinar cual será el periodo de tiempo previsto para el periodo de regulación, de conformidad con el Artículo 117° del Reglamento de Transporte;

Que, la empresa Kuntur en los argumentos presentados en su Recurso de Reconsideración, respecto al Periodo de Regulación, y que se relacionan específicamente con el valor resultante de la tarifa y su competitividad, no ha presentado información o argumentos adicionales a los que ya ha presentado a lo largo de todo el proceso tarifario;

Que, los argumentos presentados por la empresa se enfocan en cuestionar la falta de consistencia de las tarifas del proyecto, su elevado valor inicial, su competitividad y su efecto en el crecimiento de la demanda;

Que, la tarifa establecida por OSINERGMIN, en el presente proceso tarifario y en los siguientes, será consistente con la evolución de la demanda y guarda competitividad respecto al precio final del gas natural respecto de sus sustitutos. Las tarifas fijadas tenderán a la baja de acuerdo al crecimiento de la demanda, por lo tanto, los consumidores están prevenidos de que al elevarse la demanda las tarifas tenderán a ser menores en los periodos posteriores;

Que, respecto al supuesto elevado valor de la tarifa inicial fijada y su efecto en el crecimiento de la demanda, es importante precisar que la tarifa fijada por OSINERGMIN es más baja que la tarifa de 25 años propuesta por Kuntur, independientemente de la tasa de actualización que se haya utilizado para su determinación, debido a que el consumidor observará el valor de la tarifa y decidirá si le es rentable o no consumir gas natural y no preguntará o cuestionará si dicha tarifa se calculó con una u otra tasa de actualización. En ese sentido, es claro que la menor tarifa propuesta por OSINERGMIN, y la cual tenderá a la baja, no es contraproducente para el crecimiento de la demanda;

Que, el Periodo de Regulación de 25 años propuesto por Kuntur sólo se sustenta con la inclusión de un Factor de Demanda, el cual no está previsto en el artículo 115° del Reglamento de Transporte y también sería contrario al mecanismo de incentivo al crecimiento de la demanda definido en el Artículo 141°. Por esta razón OSINERGMIN ha desestimado el factor de demanda y por lo tanto ante la incertidumbre de dicho elemento crucial en el diseño tarifario se ha visto por conveniente reducir el Periodo Tarifario al valor de 8 años, porque dicho periodo permite a Kuntur y a los clientes adaptarse al nuevo combustible y poder conocer con mayor certeza los costos de explotación de la concesión;

Que, si OSINERGMIN establece el Periodo de Regulación de 25 años, pero sin el Factor de Ajuste por Demanda, debido a que el Reglamento de Transporte no lo permite, entonces se obtendría una menor tarifa por 25 años, pero al no

haber posibilidad de ajustarla por cambios en la demanda (ya que la demanda es un mecanismo de incentivo a la mayor venta) entonces se incrementará la incertidumbre en los ingresos porque no habría posibilidad de ajustar la tarifa en todo el periodo propuesto, ante los cambios en la demanda;

Que, es necesario precisar que las tarifas que fija OSINERGMIN son tarifas máximas, por lo tanto, si Kuntur desea reducir la tarifa debido a que su demanda se ha incrementado, ya que como sostiene su escenario de demanda (que coincide con el de OSINERGMIN) es conservador, entonces no tiene que recurrir a ningún factor aprobado por OSINERGMIN ya que lo puede hacer sin motivación y en cualquier momento. Por lo tanto este argumento para incluir el Factor de Ajuste de Demanda no tiene sustento ni sería necesario si se presentara el supuesto de Kuntur (mayor demanda a lo previsto);

Que, es importante precisar que fijándose un Periodo de Regulación único no se estaría cumpliendo con incentivar una mejora en la eficiencia de costos de la empresa, si no todo lo contrario, debido a que la empresa se vería atraída en la incorporación de costos no necesariamente eficientes, sabiendo que dichas inversiones le retribuyen una rentabilidad ya establecida;

Que, la consideración de un periodo de regulación único de 25 años generaría una menor tarifa solamente en el corto plazo debido a que la misma no puede ser reajustada y no contemplaría la reducción que se tendría con el crecimiento de la demanda, en cambio con una fijación tarifaria que considere varios Periodos Regulatorios se aprovecharía la información histórica disponible para efectuar una mejor estimación y se adecuarían las tarifas al crecimiento de la demanda, lo cual generaría una tarifa más consistente y beneficiosa para el usuario;

Que, un Periodo de Regulación de 8 años permite aplicar Mecanismos de Incentivos y genera menos incertidumbre que lo señalado por Kuntur, ya que si se fija un periodo de 25 años sin factor de ajuste de demanda (factor no establecido en el Reglamento), se generaría una mayor incertidumbre al proyecto y evitaría su "bancabilidad", sin mencionar el hecho que fijando una tasa de actualización constante durante 25 años no se incentivarían costos eficientes en el proyecto;

Que, OSINERGMIN, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Transporte utiliza un modelo de valuación para determinar que los Ingresos sean iguales a los costos para cada Periodo de Regulación considerado, estableciendo que en cada periodo se amortiza una parte de la inversión efectuada;

Que, la suma de la duración de todos los Periodos de Regulación que se fijen, tienen que ser iguales al periodo de vida de la concesión, en ese sentido, la suma de las amortizaciones establecidas en cada Periodo de Regulación es igual a la amortización total del proyecto a lo largo de toda su vida útil;

Que, mediante la metodología de un Flujo de Caja Libre (Free Cash Flow) utilizando la tasa de actualización especificada en el artículo 135° del Reglamento se obtiene el retorno del inversionista luego de pagar la Inversión, los costos de O&M y el Impuesto a la Renta Teórico (IRT). No considerando los gastos financieros de la Deuda ya que dichos gastos están incluidos en la Tasa WACC;

Que, en el Anexo N° 2 del Informe Técnico N° 166-2010-GART se presenta un análisis más detallado de la metodología de cálculo utilizada por OSINERGMIN para la determinación de la tarifa;

Que, el inciso b) del artículo 113° señala que la tarifa debe reproducir los resultados que se darían en un mercado competitivo, lo cual se efectúa con la aplicación de una tasa de actualización de la industria, generando una tarifa en base a la demanda estimada, otorgándose como incentivos al inversionista, las ganancias por la venta de una demanda mayor a la estimada y por las eficiencias que pueda generar respecto al valor del O&M establecido;

Que, el inciso c) del artículo 113° establece que se debe asegurar la operación segura y confiable del Sistema de Transporte, en ese sentido OSINERGMIN, ha valorizado los componentes del diseño del gasoducto presentado por KUNTUR de acuerdo a lo establecido en el informe N° 022-2010-GART, evaluando los mismos de acuerdo con un benchmarking efectuado a la empresa TGP, quien en la actualidad opera un sistema de transporte que cumple con las exigencias del Reglamento, por lo tanto, la tarifa cumple con el objetivo del presente inciso;

Que, el inciso d) del Artículo 113° establece que no se distorsione las decisiones de inversión en los Sistemas de Transporte o en actividades relacionadas. Este punto también es cubierto por la tarifa al reconocer los costos eficientes de la empresa y de sus futuras ampliaciones, efectuando una regulación específica para cada servicio básico reconociendo sus costos eficientes para que efectúe las decisiones de inversión que considere convenientes y considerando para la determinación de la misma las condiciones de la industria del transporte de gas natural en Perú, asimismo, la tarifa fijada es de tipo estampilla, es decir los consumidores tienen el incentivo de colocarse a lo largo del gasoducto, con lo cual no se promueve la concentración de la demanda en determinados puntos, adicionalmente, se promueve el desarrollo de actividades relacionadas como la distribución de gas natural, al contar con una misma tarifa a lo largo de todo el gasoducto;

Que, el inciso e) establece que se debe lograr la eficiencia en el nivel y estructura de la Tarifa Básica, lo cual se cumple al reconocer los costos eficientes del concesionario, utilizando una metodología que reconoce la amortización de sus inversiones en cada periodo tarifario y generando tarifas eficientes y consistentes de acuerdo a la evolución futura de la demanda. Además, OSINERGMIN introduce la tarifa firme e interrumpible por la diferencia entre dichos servicios básicos;

Que, el inciso f) establece que la tarifa debe suministrar un incentivo al Concesionario para la reducción de costos y el desarrollo del mercado de Servicios Básicos y de otros Servicios, lo cual de igual manera se cumple, al haberse establecido una tarifa por un periodo de regulación en donde la demanda ha sido estimada conservadoramente (según lo señala Kuntur), dependiendo de la gestión de la empresa el efectuar ventas mayores, lo cual le generarían ganancias extras e incentivaría a ampliar su servicio. Por otro lado, con el establecimiento del O&M como un porcentaje de los CAPEX, se incentiva al concesionario a ser más eficiente y sacar provecho de los ahorros que le puedan generar dichas eficiencias. En ese sentido, la metodología y tarifa fijada establece

incentivos para reducir costos y desarrollar el mercado;

Que, lo establecido en los artículos 116° y 117° se cumple de acuerdo a la metodología y resultados obtenidos en la determinación de la tarifa del Gasoducto Andino del Sur, mostrados en el Informe N° 092-2010-GART, que sustenta la resolución materia de reconsideración;

Que, se cumple con lo establecido en los artículos 136° y 137°, habiéndose considerado un plan de amortización consistente con la evolución de la demanda, lo cual genera tarifas consistentes que irán disminuyendo en valor en cuanto la demanda se vaya incrementando, amortizándose las inversiones del concesionario solamente una vez, determinando que cantidad de amortización se efectúa en cada periodo de regulación;

Que, el periodo de regulación de 8 años fijado por OSINERGMIN, determina una tarifa menor a la propuesta por Kuntur que considera un periodo de regulación mayor. Asimismo, la tarifa fijada por OSINERGMIN, de acuerdo al modelo adoptado, tendería a la baja en cuanto se vaya incrementando la demanda, generando un beneficio económico al usuario aún mayor que con el modelo propuesto por Kuntur (por el efecto de la mayor tasa de descuento del modelo de Kuntur);

Que, el menor valor de la tarifa de OSINERGMIN y su posterior disminución a lo largo del tiempo, incentiva la evolución de la demanda y las acciones que fuera a realizar el concesionario para verse favorecido con las ganancias que pudiera obtener por la ocurrencia de una demanda mayor a la estimada en el cálculo de la tarifa;

Que, OSINERGMIN determina la tarifa en base a lo establecido en el Reglamento de Transporte, el cual en aplicación de sus diversos artículos considera una metodología que permite que al concesionario se le reconozca la inversión y costos eficientes en los cuales ha incurrido en la prestación del servicio, a lo largo de los diferentes periodos de regulación que se establezcan y a lo largo de toda la vida de su concesión. Por lo tanto, la seguridad al inversionista lo da el Reglamento y el contrato de concesión ya que el Regulador se limita a aplicar la normativa a la concesión;

Que, respecto a la incertidumbre en el probable caso en que OSINERGMIN cambie sus criterios de determinación de tarifas y cree tarifas inconsistentes en el tiempo, debemos señalar que los criterios y lineamientos generales de fijación de las tarifas están establecidos en el Reglamento de Transporte, cuyo contenido era de conocimiento de Kuntur en el momento de la firma de su contrato de concesión. Es decir, la fijación de tarifas no se basa en las pautas que pueda establecer OSINERGMIN, si no en lo establecido en el Reglamento y en las normas aplicables del sector, el mismo que es relativamente nuevo y que por lo mismo tenderá a ser afecto a nuevas normas que viabilicen y fomenten su desarrollo;

Que, lo que efectúa OSINERGMIN en cada Periodo Regulatorio es la revisión de las tarifas y no una revisión del esquema o metodología de cálculo, tal como lo argumenta Kuntur;

Que, el sostener que los parámetros establecidos solo tienen una duración que se condice con el periodo de regulación no es necesariamente cierto debido a que las principales variables para la determinación de la tarifa son la Inversión Inicial, la Tasa de Actualización, los Costo de O&M y la

demanda, los cuales se fijan y muchas de ellas no varían posteriormente. En ese sentido, el valor de la Inversión Inicial se estima y reajusta con los costos reales una vez concluidas las obras del proyecto y se actualizan solamente para mantener su valor real, de igual manera con el Costo de O&M, el cual puede ser reajustado, sin embargo es considerado un incentivo para el concesionario. Por otro lado, la Tasa de Actualización se fija en base a la situación del mercado y solo se puede modificar si OSINERGMIN así lo considera pertinente a inicio de cada Periodo de Regulación. Por último, la demanda, es la única variable que sí se modificaría efectivamente, sin embargo, también es considerada un incentivo para el concesionario ya que se encuentra fija durante el Periodo Regulatorio porque el Reglamento no establece explícitamente un Factor de Ajuste por dicho parámetro;

Que, para ilustrar la forma en que un transportista prudente financia la construcción de un proyecto de transporte en el Informe Técnico N° 166-2010-GART se muestran, cuadros del Balance de TGP (auditados y presentados a la CONASEV) donde se aprecia que el Equity (Patrimonio) se reduce de un 26% del activo total en el año 2003 a un 20% en el año 2009. Recordemos que TGP inicia la construcción de su proyecto en el año 2001 y termina con el inicio de la operación en agosto del 2004. Desde el 2003 hasta el 2009 el Patrimonio de TGP ha crecido solamente en US\$ 100 millones mientras que el Activo Total se incremento en casi US\$ 600 millones (2/3 del valor inicial);

Que, un Transportista prudente maneja su riesgo de ingresos mediante contratos a firme de la demanda futura y en caso la bondad del mercado incipiente lo muestre, podría contar con un mínimo de contratos y aportar por el crecimiento de la demanda nacional dado que existen reservas suficientes para el nuevo proyecto;

Que, el plan de amortización presentado por OSINERGMIN cumple con lo establecido en el Reglamento de Transporte, tal como se ha mencionado anteriormente, brindando tarifas consistentes de acuerdo a la evolución de la demanda, es decir, si se cumple la demanda prevista y no cambian los costos de inversión y O&M, la tarifa de los siguientes periodos se irá reduciendo;

Que, por otro lado, es importante señalar que el plan propuesto por OSINERGMIN produce una tarifa menor en 20% a la propuesta por Kuntur (2.5 US\$/MPC en lugar de 2.96 US\$/MPC), la misma que tenderá a disminuir con la evolución creciente de la demanda, con lo cual se demuestra que las tarifas fijadas no son inconsistentemente elevadas;

Que, en el Anexo N° 2 del informe N° 166-2010-GART, así como en el Informe N° 092-2010-GART, se demuestra que el programa de amortización establecido por OSINERGMIN beneficia al usuario y cumple con lo establecido en los artículos 136° y 137° del Reglamento de Transporte;

Que, en consecuencia, el extremo del petitorio consistente en que el OSINERGMIN, reconsidere el periodo regulatorio determinado, corresponde declararse infundado;

#### **4.4. Tasa de Actualización**

Que, respecto a la Tasa de Actualización, debe considerarse, lo previsto en los Artículos 134° y 135° del Reglamento de Transporte, y atender lo establecido en el Artículo 135 el cual dispone,

“...el promedio ponderado del retorno de los fondos deberá ser calculado con referencia a una estructura financiera que refleje los estándares en la industria...”, en consecuencia, se considera una sola tasa aplicable a la industria, y que dicho criterio, OSINERGMIN lo ha tenido presente durante todo el proceso de regulación;

Que, el modelo del CAPM es el más utilizado para determinar los riesgos sistemáticos y calcular el costo del equity, tal como se establece en la propia legislación peruana en diferentes industrias reguladas (electricidad y transporte vehicular), a nivel académico, de entes reguladores, analistas financieros y en los negocios en general;

Que, la empresa Kuntur inicialmente presentó su cálculo de tasa de actualización basado en las metodologías del WACC y CAPM, y en las instancias posteriores del proceso regulatorio pretende invalidar dicha metodología, aún cuando en el Informe de Centrum que adjuntó, presentado por Kuntur, se efectúa todo un análisis para la aplicación de dichas metodologías para la determinación de la Tasa de Actualización;

Que, en el análisis efectuado por OSINERGMIN ante el pedido de Kuntur de evaluar la tasa de actualización, se concluyó que dadas las condiciones del mercado la tasa de 12% representa un costo de oportunidad acorde con dichas condiciones;

Que, del análisis efectuado en el Anexo N° 4 del informe N° 166-2010-GART a las tasas propuestas por Kuntur, OSINERGMIN y la que de acuerdo a sus EE.FF actualmente tiene TGP, se concluye que en la tasa de la deuda determinada para la industria del gas natural normada por el Reglamento de Transporte, se reconoce una prima de riesgo 3% mayor que a TGP, debido a las diferentes condiciones de mercado en las que se desarrollan los proyectos y por los que son declarados Red Principal;

Que, la teoría reconoce como parte del Modelo CAPM el uso de una prima por tamaño de la empresa para corregir las diferencias encontradas con otros métodos de evaluación;

Que, tal como ha sido señalado anteriormente por OSINERGMIN, los criterios establecidos en el Reglamento de Transporte rigen a toda la industria del transporte de gas natural en el país y no se deben interpretar específicamente para un proyecto en particular, debido a que dicha acción permitiría actos de discriminación entre proyectos establecidos en el mismo giro de negocio y que por ende se encuentran afectados bajo los mismos riesgos sistemáticos, dependiendo de la gestión de cada empresa el cubrir los riesgos específicos generados por diferentes características en la ejecución y operación de sus proyectos;

Que, el Reglamento es claro en establecer que la tasa de actualización es de 12% y que si se requiere modificar dicho valor (según lo establecido en el artículo 135° del Reglamento) se deben tomar los factores que reflejen la industria en general ya que no existen tasas por cada proyecto, tal como lo sostiene Kuntur;

Que, el modelo CAPM no considera las primas de riesgo comercial, devaluatorio, regulatorio y de liquidez, por considerarse como riesgos específicos, los mismos que deben ser cubiertos por el mismo concesionario;

Que, respecto al riesgo comercial propuesto por Kuntur, es función del concesionario el efectuar

las acciones que considere necesarias para conseguir los contratos a firme que aseguren la demanda de su ducto, para lo cual, contaba en su contrato de concesión, en los numerales 11.3 y 11.5 con la posibilidad de efectuar una oferta pública de demanda de su ducto antes de la presentación de su tarifa y de la inclusión de medidas de promoción a sus clientes iniciales, cuyos costos pueden ser incluidos en los costos de O&M del proyecto y reconocidos en la tarifa, sin embargo, no efectuó ninguna de las dos acciones;

Que, la demanda estimada por OSINERGMIN es muy parecida a la presentada por Kuntur, la cual es catalogada como conservadora, tal como el mismo Kuntur lo reconoce;

Que, respecto al riesgo regulatorio, se incorporó un ajuste que recoja los riesgos que pudieran existir en las metodologías de regulación que se aplica en el mercado Americano y el Peruano, debido que el Beta considerado corresponde al del mercado Americano, en ese sentido, de acuerdo a lo establecido por Alexander, Mayer & Weeds, determinaron que el beta en países con altos grados de incentivos se encontraba en 0,84 y en países con bajos incentivos en 0,2, lo cual implica que la prima entre dos regímenes de regulación diferentes es de 0,64. Para el caso de la tasa de actualización de 12%, el beta utilizado asciende a 1,51, de acuerdo a lo establecido en el informe técnico que sustentó la resolución de pre-publicación;

Que, el Beta adoptado por OSINERGMIN origina una tasa del Equity muy similar a la obtenida por KUNTUR y por tanto no puede señalarse que exista un error metodológico. En consecuencia, lo que pretende KUNTUR es agregar primas adicionales que eleven el Costo de Equity pero sin sustentar la necesidad de tales primas o de si tales primas son algo sistemático de la industria (lo cual debería estar ya incluido en el Beta);

Que, respecto al argumento de Kuntur en el sentido que la variación en la duración de los Periodos de Regulación establecidos por OSINERGMIN dentro del proceso regulatorio demuestran la existencia de un riesgo regulatorio, es pertinente precisar que dichas modificaciones se hicieron al amparo de lo establecido en el Reglamento y con la finalidad de fijar un periodo de regulación que beneficie a todos los involucrados en el proyecto, por ser esta una variable que sí se puede adecuar a un proyecto en específico y cuyo establecimiento es de total potestad del regulador. Además, no está demostrado que el periodo de regulación afecte la Tasa de Actualización (mayor fundamento se tiene en el sector eléctrico donde la tarifa de transmisión eléctrica se revisa cada 4 años y la Tasa de Actualización no ha cambiado desde su inicio);

Que, respecto al cambio de valor de la tasa propuesta inicialmente por parte de OSINERGMIN en su primer proyecto de resolución, es pertinente precisar que la variación se debió a un cambio en la determinación de la estructura deuda/capital, debido a que posteriormente se constató que el estándar a ser utilizado era el de 60% deuda y 40% equity, y no al contrario como inicialmente se estableció;

Que, el accionar de OSINERGMIN es predecible ya que se efectúa dentro de lo que establece el Reglamento y normas aplicables, las cuales son de conocimiento público, no pudiéndose afirmar tampoco que un cambio normativo pueda calificarse como impredecible y calificarse como

un riesgo, ya que dicho cambio puede también favorecer al concesionario, lo importante es que dicha modificación se efectúe con la transparencia y predictibilidad debida para todos los agentes del mercado;

Que, respecto a la prima de liquidez, el hecho que los accionistas no puedan vender su posición en la empresa como podría hacerse en cualquier otra, es un hecho que debe ser manejado por la gestión de la misma empresa y no implica que la Tasa de Actualización de toda la industria del transporte de gas natural deba incrementarse por este hecho, el cual es un elemento que afecta específicamente a cada empresa y proyecto y no a la industria en general;

Que, Kuntur en sus argumentos menciona el caso de la inclusión de primas de liquidez en Bélgica e Inglaterra, sin embargo, no lo documenta; asimismo el hecho que la empresa Odebrecht, haya presentado una propuesta de compra por el 51% del accionariado de la empresa Kuntur, demuestra que el supuesto riesgo de liquidez no debe ser considerado;

Que, respecto a la estructura deuda/capital considerado para el análisis de la Tasa de Actualización, OSINERGMIN tomó el estándar de la industria lo cual concuerda con la tendencia de las empresas ligadas al sector que tienden a poseer más deuda que capital propio, por ser este último de mayor costo financiero;

Que, respecto al ejemplo planteado con respecto a TGP, es necesario precisar que dicha empresa al inicio ha obtenido préstamos de largo plazo de los socios mientras que el Patrimonio se ha mantenido casi invariable. Luego de iniciada la operación del proyecto de TGP la empresa ha logrado reducir el préstamo de los socios e incrementado sus préstamos bancarios y la emisión de bonos de largo plazo. Todo esto no afectó en nada la tasa de actualización que se usa para calcular la tarifa de TGP, ya que la gestión financiera de la empresa debe permitir generar valor mediante una financiación eficiente, aún cuando al inicio tengan que soportar préstamos más caros;

Que, los argumentos presentados por Kuntur no son respaldados por un análisis técnico que demuestre sus afirmaciones, valiéndose de los informes preparados por SMBC, Centrum y ESAN, en donde dichas instituciones, presentan argumentos en donde soportan su análisis en base a su experiencia y predicen las situaciones que se podrían dar en caso se establezca la tasa de actualización que OSINERGMIN fija, sin dar referencias concretas;

Que, se afirma que el modelo de regulación se debe asemejar al mecanismo de un bono, lo cual le asegure al concesionario una rentabilidad sobre su inversión y que no permita que el concesionario obtenga sobre ganancias en su concesión. Si esto fuera cierto, el Beta del negocio sería muy bajo con lo cual la tasa del equity llegaría a ser igual a la tasa de la deuda y por lo tanto no estaríamos discutiendo cual es la relación adecuada para la deuda y el equity;

Que, con los incentivos de la demanda y de los costos de O&M, el concesionario sí puede disponer de sobre ganancias en su concesión, asimismo, el mecanismo de regulación no tiene por finalidad asegurar una rentabilidad al concesionario si no el de asegurarle la recuperación de sus costos (Metodología de Regulación por Costo de Servicio), por lo tanto, no es comparable

una concesión en donde, participan variables dinámicas en el tiempo y de la gestión propia de la empresa para la obtención de una rentabilidad como un bono, que tiene asegurado su pago sin la necesidad que el portador efectúe acciones de gestión para asegurar su ganancia;

Que, Kuntur establece bajo una interpretación que va más allá de lo que se señala en el Reglamento, sin ningún sustento técnico ni legal, que para la modificación de la tasa se tiene que partir de la solicitud de algún concesionario. Este tema se establece en el Artículo 135° y solo se precisa que OSINERGMIN es el que aprueba la tasa y que la misma entrará en vigencia en el siguiente periodo de regulación;

Que, la regulación establecida en el Reglamento y específicamente en el Artículo 113°, es la de reconocer y asegurar la recuperación del Costo de Servicio al inversionista. Asimismo, OSINERGMIN no establece tasas de actualización con diferentes valores, según el concesionario, sino lo que hace es fijar una tasa constante y un periodo de regulación, y de darse el caso el valor de una nueva Tasa de Actualización entraría en vigencia en el siguiente periodo de regulación, es decir, no se puede afirmar que con el establecimiento de varios Periodos de Regulación, OSINERGMIN pretenda cambiar o modificar la tasa de actualización en cada periodo regulatorio;

Que, no se pretende establecer diferentes tasas para diferentes periodos, si no que se busca cumplir con los objetivos del Artículo 113° y del Reglamento en general, fijando un tasa de actualización para la industria y un periodo de regulación que propicie tarifas consistentes e incentivos al concesionario en el tiempo, elementos que el Reglamento relaciona respecto de la vigencia de uno respecto del otro y no por una interpretación de OSINERGMIN o una intención de querer modificar la tasa de actualización en cada periodo tarifario;

Que, es importante señalar que la determinación de la tasa de actualización no incorporó primas adicionales a la prima de tamaño y utilizó la estructura deuda/capital de la industria, no solamente porque se generaría una discriminación de una empresa respecto de otra si no porque daría la posibilidad de promover incentivos perversos a las empresas ante el ente responsable de establecer dichas tasas, tal como lo establece Sheridan Titman y John D. Martin, "Valorización – El arte y la ciencia de las decisiones de inversión corporativa", de donde se puede adecuar la realidad de una corporación respecto a un proyecto en particular con la industria del transporte gas natural. En ese sentido, en cumplimiento de lo establecido en el Reglamento y dado los criterios antes mencionados, la Tasa de Actualización fijada por OSINERGMIN debe ser la Tasa de Actualización de la industria;

Que, la vigencia de la tasa no es algo que OSINERGMIN fije a voluntad, si no que es una prerrogativa que le otorga el Reglamento y sirve para establecer tarifas que cumplan con la finalidad del Reglamento, como por ejemplo lo establecido en el artículo 113°. En ese sentido, es el Reglamento y no OSINERGMIN, quien ha establecido que la vigencia es temporal y que si a futuro existiera un cambio para reflejar las condiciones del mercado de capitales, la nueva tasa se aplicará al inicio de un nuevo Periodo de Regulación, pretendiendo Kuntur argumentar que el no establecimiento de un único periodo de regulación hace que la tarifa no cumpla con su finalidad y que además hace que su proyecto

no sea viable, utilizando este argumento para solicitar una tasa de actualización constante, lo cual no lo señala expresamente el reglamento;

Que, en consecuencia, el extremo del petitorio consistente en que el OSINERGMIN, reconsidere la Tasa de Actualización fijada, corresponde declararse infundado.

#### 4.5. Factores de Ajuste

Que, Kuntur afirma que OSINERGMIN analiza "de manera bastante escueta" en la Resolución 056 el tema de los factores de ajuste. Ante ello, se debe manifestar que, de conformidad con el numeral 6.2 del Artículo 6 de la LPAG<sup>2</sup>, el acto administrativo puede motivarse mediante los informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta razón constituyan parte integrante del respectivo acto. En el presente caso, la Resolución 056 en su penúltimo considerando indica haberse emitido el Informe Técnico N° 092-2010-GART y el Informe Legal N° 095-2010-GART, los mismos que complementan la motivación que sustenta la decisión del OSINERGMIN, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el Artículo 3°, numeral 4 de la LPAG. En consecuencia, Kuntur incurre en error al aseverar que el análisis se ha efectuado de forma escueta, cuando el Informe Legal 095-2010-GART que incluye el Informe externo del Dr. Francisco Eguiguren Praelli, que es parte integrante de la Resolución 056 analiza detenidamente las distintas aristas de los argumentos planteados por Kuntur sobre los factores de ajuste;

Que, por otro lado Kuntur sostiene que la respuesta de la DGH a su consulta, implicaría que OSINERGMIN aplique el Artículo 115° del Reglamento de Transporte con libertad de considerar factores de ajuste distintos a los establecidos. Al respecto, corresponde indicar que no se comparte la posición que asume Kuntur a partir de la respuesta de la DGH, toda vez que de lo manifestado por la DGH no fluye tal afirmación. Por el contrario la DGH se limita a reconocer en un solo párrafo, la competencia y responsabilidad de OSINERGMIN de definir los factores de ajuste a efectos de mantener su valor real, tal como lo indica el propio Artículo 115°. Efectivamente, esta afirmación concuerda con el párrafo del propio articulado que dice: "...Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas podrán ser...". Del mismo se entiende que el OSINERGMIN, puede definir todos o menos de los factores de ajuste expresamente indicados en el propio Artículo 115°;

Que, cabe agregar, que OSINERGMIN es competente y autónomo para la función consistente en determinar los factores de ajuste, siempre ceñido al marco de lo permitido por el Reglamento de Transporte, de conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 27332<sup>3</sup>, en ese sentido, cualquier opinión emitida por las diferentes instituciones no tienen fuerza vinculante para el OSINERGMIN, es claro además, que una vez aprobada, la norma tiene vida propia, desprendiéndose incluso de su autor material;

Que, ahora bien, como se ha manifestado los factores de ajuste se encuentran destinados a mantener el valor real de la Tarifa Básica y no implica una revisión de la estructura tarifaria o modificación de los componentes tarifarios, como lo pretende Kuntur. Los factores de ajuste solo cambian el valor nominal pero mantiene el valor real de la Tarifa Básica fijada mediante la

actualización del índice de precios al por mayor, promedio general de sueldos y salarios, Tipo de cambio, derechos arancelarios, y precios Internacionales de Materiales y otros rubros según corresponda;

Que, la empresa enfoca su posición cuestionando la interpretación asumida por OSINERGMIN. Sin embargo como es de apreciar, el Regulador utilizó la interpretación literal como punto de partida, en el tema de Factores de ajuste, resaltando la claridad del Artículo 115° del Reglamento de Transporte y el sentido del mismo, el cual excluye la posibilidad que, con interpretaciones extensivas, se pretenda incorporar conceptos que el Reglamento no contiene. Tal como se ha explicado, nuestra opinión es que, el término "otros rubros" es incluido como factor de ajuste dentro del contexto de precios internacionales y no como una ventana abierta para crear cualquier tipo de factor que termine modificando el valor real de la tarifa;

Que, no obstante, a lo señalado precedentemente, se reitera que, OSINERGMIN, no solo utilizó el método de interpretación literal, que por cierto es el primer método al que se recurre en la interpretación normativa<sup>4</sup>, sino que, además, utilizó el método de *ratio legis* que fluía del grupo normativo al que correspondía la norma interpretada, que los Artículos 120° y siguientes; 138° y 139° del mismo Reglamento invocados por la empresa, contienen elementos que son materia de evaluación al inicio de un nuevo periodo de regulación, y, en consecuencia, al no poder ser reexaminados en un mismo periodo de regulación, no tienen la naturaleza de factor de ajuste;

Que, por otro lado, como ya se indicó, la finalidad de los factores de ajuste dentro del marco de fórmulas de actualización como lo establece el Artículo 115°, solo mantienen el valor real de una tarifa, modificándose solo su aspecto nominal, mientras que los factores de revisión que procuran el ajuste de la demanda y otros elementos estructurales de la tarifa, no solo la actualizarían, sino que en esencia vuelven a fijarla, toda vez que el valor modificado será desde el punto de vista concreto (y no solo nominal) mayor o menor al inicial como consecuencia de las variaciones estructurales. En efecto esto último, no implica una fórmula de actualización de la tarifa, sino su completa revisión, vulnerando así, la propia naturaleza tarifaria actual, siendo que, este mecanismo de recálculo no ha sido previsto en el Reglamento

<sup>2</sup> Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

...  
6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.  
...

<sup>3</sup> Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

<sup>4</sup> "El método literal es la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura...se utiliza siempre": (RUBIO MARCIAL: "El Sistema Jurídico", 8va edición Año 2004 Pg. 264)

de Transporte por lo que OSINERGMIN no se encuentra facultado en aplicarlo. Como se explicó en el Informe Legal N° 095-2010-GART citando al Informe del Dr. Eguiguren, la entidad pública solo puede actuar hasta donde la norma le permite, a diferencia del ámbito privado donde el particular puede hacer no solo lo que la ley manda, sino también aquello que no se encuentre prohibido por ella;

Que, la recurrente, a pesar de afirmar que presenta nuevos argumentos que sustentarían que OSINERGMIN incluya factores de ajuste distintos a los expresamente indicados en el Reglamento de Transporte, no lo hace, pues insiste en que el Regulador sí tiene facultades, amparándose en argumentos vinculados a riesgos del inversionista y en los artículos 115°, 121° y 122° del Reglamento de Transporte, los cuales ya fueron materia de análisis en el Informe Legal N° 095-2010-GART, en que se concluye que OSINERGMIN no cuenta con facultades para crear nuevos factores y que las normas de transporte de hidrocarburos vigente, son las mismas que regían cuando se les otorgó la concesión de transporte a Kuntur;

Que, de otro lado, cuando Kuntur argumenta la necesidad del factor de ajuste de demanda indica que el Artículo 141° del Reglamento estaría facultando a OSINERGMIN a crear un mecanismo de incentivo en relación al desarrollo de la demanda en factores de actualización. Al respecto, no es correcta la afirmación de Kuntur ya que los incentivos de dicho artículo no se encuentran previstos para actualizarse con factores, sino para incrementar los volúmenes de venta, minimizar los costos, desarrollar nuevos servicios en respuesta a la demanda del mercado, asumir solo inversiones en Nuevas Instalaciones y Costos de Operación y Mantenimiento razonables; y, asegurar que los Usuarios y Solicitantes ganen por el incremento de eficiencia, innovación y volumen de ventas, aunque no necesariamente en el Período de Regulación en el cual ocurran tal incremento de eficiencia, innovación o volumen de ventas;

Que, cabe puntualizar, que en la Resolución 056, mediante el Informe N° 092-2009-GART, se sustenta que el Capital de Inversión es ajustado a costos reales y eficientes, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 121° y 122° del Reglamento de Transporte; asimismo, que el valor determinado, luego de dicho reajuste, permanece constante, pudiendo el Regulador reconocer nuevas inversiones o ampliaciones, las cuales son adicionales a las inicialmente reconocidas, y asegura al inversionista el reconocimiento de sus costos eficientes. En ese sentido, la opinión técnica es que la demanda es un factor estimado, que debe ser revisado en periodos prudentes, como el período regulatorio fijado, a fin de incorporar, en su estimación, factores que no habían sido tomados en cuenta en su proyección inicial, lo cual no implica que el accionar de OSINERGMIN no tenga la naturaleza de predecible; sino más bien, otorga mayor seguridad al inversionista respecto a la incertidumbre de la demanda;

Que, respecto de la mención que hace Kuntur del Principio de Verdad Material, cabe señalar que este principio implica verificar materialmente los hechos que motivan las decisiones, en este caso, aquellos hechos que motivaron la Resolución 056, ello no puede ser aplicable al tema de los factores de ajuste fijados o aún los que procura Kuntur. En efecto, en el presente caso no pueden verificarse hechos que todavía no ocurren, en tanto que no sería posible verificar materialmente en tiempo presente, la demanda, la inversión, o incluso el

tipo de cambio, los precios internacionales, entre otros; por tanto Kuntur no es exacto sobre el correcto sentido del Principio de Verdad Material contenido en el Título Preliminar de la LPAG;

Que, advertimos además, que la posición de Kuntur es contradictoria. En principio cuestiona que OSINERGMIN utilice la interpretación literal y luego sostiene que lo más relevante a considerar es la redacción de la norma y no la ubicación del precepto interpretado. Sobre el particular, cabe agregar que para desentrañar el significado de una norma que, a simple vista no resulta claro, es necesario apelar a diversos métodos de interpretación jurídica, entre los más reconocidos la doctrina jurídica reconoce al método literal, al de *ratio legis*, el sistemático por ubicación de la norma y por comparación con otras normas, el método conforme a la constitución y el método histórico. En el método sistemático, la interpretación se realiza tomando en cuenta el grupo normativo en que se encuentra incorporada la norma "a fin de que su 'que quiere decir' sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa"<sup>5</sup>. En consecuencia la frase "otros rubros según corresponda", se encuentra estructuralmente ubicada en el contexto de los precios internacionales y precedido de una enumeración taxativa de factores que determinan que en base a una interpretación de ubicación sistemática, literal, y *ratio legis*, se concluya que de acuerdo a las normas vigentes, las mismas que fueron conocidas por Kuntur desde antes que se le otorgue su concesión, no pueden crearse factores de ajuste distintos a los previstos en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte;

Que, de otro lado, la interpretación de OSINERGMIN no es restrictiva, sino es la que resulta de aplicar diversos métodos de interpretación, lo cual conlleva a que la enumeración de los factores de los literales a) al e) sean taxativas, siendo que en el literal e) existe apertura para considerar un factor de ajuste de los precios internacionales de materiales, y factores de ajuste de precios internacionales de diferentes rubros distintos a los materiales. Asimismo, como se ha mencionado anteriormente en el numeral 3.2 del Artículo 3° de la Ley N° 27332, claramente dispone que la función reguladora de OSINERGMIN debe ser ejercida dentro de los alcances y limitaciones que se establecen en las respectivas leyes y reglamentos, y el Reglamento General, de acuerdo a su Artículo 1°, dispone que OSINERGMIN regula las tarifas del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y ejerce sus atribuciones y funciones, en concordancia y con estricta sujeción a las disposiciones establecidas en las normas legales referidas al Sector Hidrocarburos;

Que, por otro lado, coincidimos en que las actividades de transporte son distintas a las de la distribución del gas natural, incluso más aun, de aquellas actividades del sector eléctrico, sin embargo, estas actividades comparten semejanza, porque son objeto de regulación, en tal sentido, bajo el ámbito tarifario, si bien el

<sup>5</sup> RUBIO CORREA, Marcial; "El Sistema Jurídico", 8va edición Año 2004. Págs. 279 y 280.

Artículo 120° del Reglamento de Distribución (TUO aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM)<sup>6</sup>, no es idéntico al Artículo 115° del Reglamento de Transporte, es muy similar y no se limita en su inciso e) a indicar solamente "precios de materiales" como lo refiere Kuntur, sino que seguidamente señala de forma textual el término "según corresponda". Este texto es similar con el Reglamento de Transporte derogado<sup>7</sup>, el mismo que se considera que resulta vacío y no transmite claramente el verdadero objetivo del literal e), es por ello que en la reformulación del Reglamento de Transporte del año 2007, habría sido perfeccionado con el término agregado "otros rubros", esta modificación si permite identificar claramente que el "según corresponda" se refiere a otros rubros distintos a los materiales, diferente interpretación solo podría darse si el texto completo "y otros rubros según corresponda" se ubique en un nuevo numeral f) del Artículo 115° del Reglamento de Transporte;

Que, de igual manera, en el ámbito tarifario las fórmulas de actualización no pueden considerar libremente componentes estructurales de la demanda, incluso en el sector eléctrico, tampoco los considera específicamente normado en el Artículo 154° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM<sup>8</sup>. Cabe precisar que no pretendemos asumir que las actividades sean las mismas, sino que demostramos que en la regulación tarifaria, la regla general es no considerar como factores de ajuste, elementos de la propia estructura tarifaria, nótese además, que en el sector eléctrico se identifica el precio internacional del cobre y/o aluminio porque dichos materiales son los utilizados masivamente por este sector y que en todos los casos el término "podrán ser" permite que se considere uno o más factores de los expresamente establecidos;

Que, resulta evidente que, si la intención del ente normativo en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte hubiese sido citar solo algunas opciones, no resultaría consistente que haya omitido los factores más importantes que, a juicio de Kuntur, son el de la demanda y otros. Nótese que los factores contemplados en el citado artículo son: i) Índice de precios al por mayor, ii) Promedio General de sueldos y salarios, iii) Tipo de cambio, iv) Derechos arancelarios, y v) Precios Internacionales de Materiales y otros rubros según corresponda. Dichos factores tienen como principal función mantener el valor real de la Tarifa Básica ya fijada, y que ésta no sea afectada por el tipo de cambio, inflación, etc.;

Que, por otro lado, la comparación normativa que realiza el Dr. Eguiguren, en lo referido al Artículo 121° del Reglamento de Distribución, es solo para evidenciar que el Reglamento de Distribución permite expresamente el recalcular tarifario por factores distintos a los previstos como ajuste, y más vinculados con el accionar del concesionario, mientras que el Reglamento de Transporte no contiene una norma similar que autorice efectuar un recalcular tarifario, resulta evidente que sí hay diferencias marcadas entre los factores de recalcular que en esencia modifican la tarifa y los factores de ajuste que solo mantienen el valor real de la tarifa fijada;

Que, finalmente, resulta razonable que la empresa concesionaria procure i) mitigar los riesgos y la incertidumbre que es inherente a su proyecto hasta su eliminación, ii) el retorno de su inversión con la respectiva utilidad y iii) que los usuarios se beneficien con una tarifa más baja, dependiendo si por ejemplo, la demanda

proyectada aumentara; por razonables que fueran estos conceptos, OSINERGMIN puede aplicarlos solamente conforme a la norma que lo autoriza, en ese sentido, respecto a los factores de ajuste propuesto por Kuntur, que en realidad son de recálculo y revisión de la tarifa fijada, más no una fórmula de actualización, el Reglamento de Transporte no lo autoriza; a diferencia del sistema de distribución en donde se considera un Plan Quinquenal, que sí lo autoriza conforme se establece en el Reglamento de Distribución (Artículo 121°) y en el Reglamento de la Ley N° 27133 aprobado por Decreto Supremo N° 040-99-EM (Artículo 16.7°);

Que, los factores propuestos por Kuntur, no encuentran sustento legal en el Reglamento de Transporte, sin perjuicio de ello, en el Informe Técnico N° 166-2010-GART, se explica además que los mismos no guardan consistencia técnica;

Que, en consecuencia, el extremo del petitorio consistente en que el OSINERGMIN, considere los Factores de Ajuste distintos a los establecidos en el Artículo 115° del Reglamento que permitan reajustar la Tarifa en virtud de los cambios en sus elementos estructurales que puedan generarse en el tiempo, corresponde declararse infundado.

#### 4.6. Metodología de cálculo

Que, el principio básico de todo esquema regulatorio por Costo de Servicio, es aquel que considera que los ingresos totales (IT) del Concesionario durante el periodo de vida esperado del Sistema de Transporte, deben cubrir el costo del servicio de transporte (CS) que incluye su costo del capital;

<sup>6</sup> Artículo 120.- La tarifa aprobada por la CTE, que tiene el carácter de valor máximo, incluirán fórmulas de actualización. Los factores a considerar para el reajuste de la tarifa podrán ser:

- Índice de precios al por mayor.
- Promedio General de Sueldos y Salarios.
- Tipo de cambio.
- Derechos arancelarios.
- Precios internacionales de materiales, según corresponda.

<sup>7</sup> Artículo 111.- Las Tarifas Básicas, fijadas al inicio de un Período de Regulación, se reajustarán sobre la base de las fórmulas de actualización, determinadas, para dicho Período. Las fórmulas de actualización serán determinadas con el propósito de lograr que las Tarifas Básicas mantengan su valor real; las Tarifas Básicas no podrán ser reajustadas de otra manera, para tomar en cuenta eventos posteriores, hasta el inicio del próximo Período de Regulación. Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas podrán ser:

- a) Índice de precios al por mayor,
- b) Promedio General de sueldos y salarios,
- c) Tipo de cambio,
- d) Derechos arancelarios,
- e) Precios Internacionales de Materiales, según corresponda.

<sup>8</sup> Artículo 154.- Los factores a considerar para el reajuste de todas las tarifas podrán ser:

- a) Índice de precios al por mayor;
- b) Promedio General de Sueldos y Salarios;
- c) Precio de combustible;
- d) Derechos arancelarios;
- e) Precio internacional del cobre y/o del aluminio; y,
- f) Tipo de cambio.

Que, tal como se muestra en el Anexo N° 2 del informe N° 166-2010-GART, se demuestra que la metodología del Flujo de Caja Libre es la adecuada para el cumplimiento de lo establecido en el Reglamento para efectuar el cálculo tarifario;

Que, el Costo del Servicio puede ser evaluado como la suma de la "Inversión" más el "O&M" y más el "Impuesto a la Renta Teórico sin considerar el efecto de la Deuda"; o como la suma de la "Amortización de la Inversión" más la "Rentabilidad del Capital No Amortizado", más el "O&M" y más el "Impuesto a la Renta Real considerando el efecto de la Deuda". En cualquiera de los dos casos, por mandato del inciso a) del artículo 113° del Reglamento de Transporte, debe verificarse que la tarifa proporciona los ingresos necesarios para cubrir todos los costos en el periodo de tal forma que el VAN del Flujo de Caja Libre a la tasa del WACC sea igual a Cero;

Que, en consecuencia, el extremo del petitorio consistente en que el OSINERGMIN, debería omitir la inclusión del costo financiero en la metodología de cálculo, corresponde declararse infundado.

#### 4.7. Activos Fijos no Productivos

Que, como se ha explicado en las etapas anteriores del proceso, los Activos Fijos No Productivos (AFNP) lo constituyen los terrenos y las edificaciones, las unidades de transporte, y los diversos equipos de oficina necesarios para una eficiente prestación del servicio;

Que, estos costos han sido objeto de comentarios por parte de Kuntur en la pre publicación y en la publicación final de las tarifas de transporte, los cuales fueron debidamente analizados y sustentados en su momento;

Que, como se explicó en el Informe Técnico N° 092-2010-GART, para la estimación de los costos AFNP se hizo un benchmarking con la única empresa transportadora de gas natural en el Perú (TGP), cuyo sistema de transporte tiene además características similares al sistema de transporte de Kuntur;

Que, en el cuadro N° 3 del Informe N° 166-2010-GART, se muestra información de la empresa TGP en donde se aprecia los costos de terrenos, edificaciones, unidades de transporte, muebles, enseres y equipos diversos, los cuales representan los costos de AFNP, y ascienden en promedio al 2,1% de los costos de construcción;

Que, para el caso de Kuntur se consideró también a las oficinas descentralizadas en las diferentes ciudades beneficiarias del proyecto, con lo cual se estimaron los costos de los AFNP en 3% de los costos de construcción, los cuales ascienden a US\$ 37,9 millones;

Que, OSINERGMIN consideró en su análisis que los costos por seguros necesarios en la etapa constructiva, forman parte de los costos de instalación, y que en todo caso la cifra propuesta por Kuntur es muy superior a la determinada por OSINERGMIN en base al benchmarking efectuado a la empresa TGP. Asimismo, Kuntur una vez más hace referencia a que las cifras propuestas para este caso se basan en benchmarking efectuados, sin embargo, no cita cuáles fueron sus fuentes;

Que, en consecuencia, el extremo del petitorio respecto de los activos fijos no productivos, consistente en que se reconozca el 5% del costo de la inversión en lugar del 3% determinado

por OSINERGMIN, corresponde declararse infundado.

#### 4.8. Costos de desarrollo

Que, Kuntur hace mención al caso del contrato entre TRANSCOGAS, concesionario de la distribución de gas natural en Ica y la empresa ITANSUCA y sostiene que el costo de la ingeniería sin incluir la ingeniería de detalle esta en el orden de US\$ 3 millones para un proyecto de US\$ 200 millones, este argumento además de no estar sustentado no se puede utilizar para nuestro caso ya que una concesión de distribución tiene diferentes características que una concesión de transporte;

Que, tal como se explica en los Informes N° 022-2010-GART y N° 092-2010-GART, OSINERGMIN consideró como fuente de información, para la estimación de estos costos a la empresa TGP, sin embargo, dada la diferencia en las modalidades de concesión se consideró que Kuntur podría incurrir en algunos costos de desarrollo adicionales, es así que se asignó al proyecto un costo extra de desarrollo de 2% sobre los costos de construcción, con lo cual se aseguraría cualquier costo adicional en que incurriera la empresa;

Que, en consecuencia, el extremo del petitorio respecto de los costos de desarrollo, consistente en que se reconozca 4,5% del costo de la inversión en lugar del 2% reconocido por OSINERGMIN, corresponde declararse infundado;

Que, el Informe Técnico N° 166-2010-GART, y el Informe Legal N° 173-2010-GART, emitidos por la División de Gas Natural y la Asesoría Legal, de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, respectivamente, complementan la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN, formando parte integrante de la misma, cumpliéndose 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 N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

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 Servicios Públicos; en el Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en la Ley N° 27133 "Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural", el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2007-EM, la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas.

#### SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad de la Resolución OSINERGMIN N° 056-2010-OS/CD, por las razones expuestas en el numeral 4.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 2°.-** Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de reconsideración interpuesto por Kuntur Transportadora de Gas S.A.C. contra la Resolución OSINERGMIN N° 056-2010-OS/CD, por las razones expuestas en los numerales 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 y 4.8 de la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 3°.-** La presente Resolución deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano y consignada, junto con los Informes N° 166-2010-GART y N° 173-2010-GART, en la página WEB del OSINERGMIN: [www.osinerg.gob.pe](http://www.osinerg.gob.pe).

**ALFREDO DAMMERT LIRA**  
Presidente del Consejo Directivo