

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 010-2009-OS/CC-55**

Lima, 15 de junio de 2009

**VISTO:**

El expediente de la reclamación presentada por SDF ENERGÍA S.A.C., en adelante SDF o la reclamante, contra GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A., en adelante GNLC o la reclamada.

**CONSIDERANDO:**

**1. Antecedentes**

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1132662, SDF presentó reclamación contra GNLC el 23 de febrero de 2009.
- 1.2. SDF presentó escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1141247, el 11 de marzo de 2009, reiterando sus pretensiones.
- 1.3. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 040-2009-OS/CD, de fecha 19 de marzo de 2009, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.4. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1146819, SDF presentó un escrito el 23 de marzo de 2009, en el cual incluyó el "Cuarto Otrosí Decimos" a su escrito de reclamación, precisando que se reserva el derecho de ampliar la reclamación a las facturaciones que se devenguen en el transcurso del procedimiento.
- 1.5. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2009-OS/CC-55, de fecha 24 de marzo de 2009, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se asumió competencia en la presente controversia y se admitió a trámite la reclamación presentada por SDF. Asimismo, se dispuso el traslado de ésta, otorgando a la empresa reclamada, un plazo máximo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.6. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2009-OS/CC-55, de fecha 07 de abril de 2009, se amplió la pretensión accesorio que SDF planteara en su escrito de reclamación y se incluyó en ésta al Recibo de Distribución de Gas Natural N° 001-00267609, presentado mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1155226, el 06 de abril de 2009.
- 1.7. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 003-2009-OS/CC-55, de fecha 20 de abril de 2009, se admitió la contestación de la reclamación presentada por GNLC, se puso en conocimiento de la reclamante y se citó a Audiencia Única para el día 05 de mayo de 2009.
- 1.8. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2009-OS/CC-55, de fecha 23 de abril de 2009, se agregó a los autos el escrito que presentó GNLC

con Registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1162220, mediante el cual corregía errores materiales contenidos en su escrito de contestación de la reclamación.

- 1.9. SDF presentó escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN N° 1167296 el 30 de abril de 2009, comunicando que el 28 de abril de 2009 procedió a nominar el servicio firme derivado del Contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución suscrito entre la recurrente y GNLC.
- 1.10. El día 05 de mayo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de las partes. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, se procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios presentados.
- 1.11. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2009-OS/CC-55, de fecha 07 de mayo de 2009, se amplió la pretensión accesoria que SDF planteara en su escrito de reclamación y se incluyó en ésta al Recibo de Distribución de Gas Natural N° 001-00269929, presentado mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1168564 y 1169225, los días 05 y 06 de mayo de 2009, respectivamente.
- 1.12. Mediante escritos con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Nos. 1171506, 1171896 y 1172083, la reclamante y la reclamada presentaron sus alegatos, respectivamente.
- 1.13. Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias, la reclamación se encuentra expedita para ser resuelta por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

## **2. De la controversia**

### **2.1. DE LA RECLAMANTE SDF**

SDF sustenta su posición en lo manifestado en su escrito de reclamación, en sus escritos de ampliación de la reclamación, en escritos de “tégase presente”, en la Audiencia Única y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

#### **2.1.1. Fundamentos de hecho:**

- i) Manifiesta que el 05 de diciembre de 2008, suscribió con GNLC el Contrato de Servicio de Transporte Interrumpible de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución, en adelante Contrato Interrumpible, y el Contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución, en adelante Contrato Firme, poniendo fin a una serie de conflictos que son de conocimiento de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN. Estos contratos fueron anexos a una Transacción Extrajudicial, que fue aprobada por el Tribunal de Solución de Controversias mediante Resolución N° 13-

2008-TSC/38-2008-TSC-OSINERGMIN, de fecha 17 de diciembre de 2008.

- ii) Señala que mediante correo electrónico de fecha 17 de enero de 2009, notificó a GNLC la realización de su primera nominación relacionada con el Contrato Interrumpible.
- iii) Agrega que GNLC en respuesta a su comunicación, le informó mediante Carta N° GC.ADS.94000144, de fecha 19 de enero de 2009, en adelante Primera Carta, que la referida nominación sería imputada al Contrato Firme.
- iv) SDF, mediante carta de fecha 21 de enero de 2009, manifestó a GNLC que la pretendida imputación de la nominación efectuada por SDF al Contrato Firme era incorrecta de acuerdo con lo previsto en el Contrato Interrumpible y en las normas regulatorias del sector hidrocarburos.
- v) Indica que en respuesta, GNLC remitió el 21 de enero de 2009 la comunicación N° GC.MPD.94000134, reafirmando su posición manifestada en la Carta N° GC.ADS.94000144.
- vi) El 10 de febrero de 2009, GNLC entregó a SDF el Recibo de Distribución de Gas Natural N° 001-00257531 de fecha 09 de febrero de 2009, en adelante la Factura.
- vii) Mediante carta notarial de fecha 18 de febrero de 2009, SDF expresó su reclamo respecto de la Factura, señalando que el monto facturado deriva del error de GNLC de considerar que la primera nominación de SDF se habría efectuado en virtud del Contrato Firme.
- viii) Posteriormente, mediante Carta N° SAC-MEL-0050-2009, de fecha 19 de febrero de 2009, GNLC otorgó un plazo de dos (02) días hábiles a SDF para que subsane los requisitos de admisibilidad que prevé el Procedimiento de Reclamos de Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural, aprobado por Resolución OSINERGMIN N° 671-2007-OS/CD, pese a saber GNLC, según manifiesta la reclamante, que SDF es un consumidor independiente de gas natural.
- ix) Asimismo, mediante Cartas Notariales entregadas los días 18 de marzo y 17 de abril de 2009, SDF presentó a GNLC sus reclamos contra los Recibos de Distribución de Gas Natural Nos. 0001-00267609 y 0001-00277106 correspondientes a la prestación del servicio de transporte de gas natural en la modalidad de servicio interrumpible por los meses de febrero y marzo de 2009, respectivamente, de conformidad con lo previsto en el numeral 8.9 de la Cláusula Octava del Contrato Interrumpible.
- x) Manifiesta que de acuerdo con el Contrato Interrumpible, GNLC debió pronunciarse sobre los reclamos planteados los días 02 de mayo y 02 de abril de 2009; sin embargo, pese al tiempo transcurrido GNLC no ha emitido respuesta, por lo cual la materia ha quedado expedita para ser resuelta por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

## 2.1.2. Fundamentos de derecho:

### 2.1.2.1. Competencia del OSINERGMIN para resolver la reclamación

- i) Manifiesta que de acuerdo con el artículo 2° del ROSC, los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias son competentes, en primera y segunda instancia, respectivamente, para resolver las controversias surgidas entre consumidores independientes de gas natural con las empresas distribuidoras por los servicios que éstas puedan prestar.
- ii) Al respecto, precisa que cuando en el artículo 2° del ROSC se hace mención a usuarios libres, en el sector hidrocarburos debe entenderse que la referencia es a los consumidores independientes, definición que se ajusta a los tipos de consumidores que existen en este sector.
- iii) Añade que el ROSC ha contemplado la posibilidad de analizar las controversias surgidas en toda la cadena de la prestación del suministro eléctrico y del suministro de gas natural por red de ductos. Precisa que para el sector de hidrocarburos, la norma ha incluido dentro de sus competencias las controversias de casi toda la cadena de suministro de gas natural, lo que incluye las controversias entre transportistas, distribuidores o comercializadores y usuarios libres (consumidores independientes) y entre estos últimos, los productores, distribuidores o comercializadores que le proporcionan suministro de gas natural.
- iv) SDF agrega que el numeral 2.9 del artículo 2° del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 40-2008-EM, en adelante el Reglamento de Distribución, contiene la definición del consumidor independiente de gas natural:

*“2.9 Consumidor Independiente: Consumidor que adquiere Gas Natural directamente del Productor, Comercializador o Concesionario [Distribuidor], siempre que sea en un volumen mayor a los treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m<sup>3</sup>/día) y por un plazo contractual no menor a seis (6) meses. (...).”* (énfasis añadido por SDF).
- v) De acuerdo con la referida definición, para ser considerado consumidor independiente el Reglamento de Distribución exige que el consumidor cumpla los siguientes requisitos:
  - a. Adquirir gas natural del productor, comercializador o distribuidor.
  - b. La adquisición de gas natural debe ser por un volumen mayor a los 30 000 m<sup>3</sup>/día.
  - c. El plazo contractual de adquisición debe ser de no menos de seis (06 meses).

- vi) Manifiesta que para efectos del planteamiento de la presente reclamación, reúne cada uno de estos requisitos. Respecto del primer requisito, el 24 de abril de 2008 suscribió con el Consorcio Pluspetrol un Contrato de Suministro de Gas Natural, en adelante Contrato de Suministro, en virtud del cual adquiere gas natural para su consumo. En cuanto al segundo requisito, el volumen de gas adquirido al productor de acuerdo con lo previsto en el Anexo I del Contrato de Suministro es de 400 000 m<sup>3</sup>/día como Cantidad Diaria Máxima y de 200 000 m<sup>3</sup>/día como Cantidad Diaria Contractual. Finalmente, el tercer requisito también es cumplido por SDF toda vez que de acuerdo con el numeral 1.21 de la cláusula primera del Contrato de Suministro, la vigencia de éste se extenderá por el plazo de diez (10) años.
- vii) Añade que el artículo 4° del ROSC constituye una norma expresa que señala la exclusividad de los órganos del OSINERGMIN para la solución de las controversias que describe en su artículo 2°.
- viii) SDF precisa que la competencia de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN para este tipo de relaciones, ha sido ratificada tanto por el Cuerpo Colegiado como por el Tribunal de Solución de Controversias al emitir las decisiones relacionadas con el expediente N° CC-46-2008/38-TSC-2008.

#### **2.1.2.2. Las solicitudes de SDF en el Décimo Open Season**

- i) Sostiene que en el Décimo Open Season -realizado en octubre de 2007- presentó dos solicitudes de servicio:
  - 200 000 m<sup>3</sup> para servicio interrumpible a iniciarse en setiembre de 2008,
  - 200 000 m<sup>3</sup> para servicio firme a iniciarse en diciembre de 2008.
- ii) Señala que hay una diferencia de varios meses entre el inicio del servicio interrumpible respecto del inicio del servicio firme para SDF. Ello corresponde a que la planta de cogeneración tiene un período de pruebas que permite asegurar que la planta funcione con las seguridades apropiadas. En este sentido, GNLC conocía que la operación de SDF implicaba la provisión, primero del servicio interrumpible y, unos meses después, del servicio firme. Añade que la lógica de su solicitud demuestra que previamente al inicio del servicio firme requerían necesariamente nominar por el servicio interrumpible.
- iii) Agrega que es justamente esa situación la que ha ocurrido en la realidad, por cuanto SDF ha nominado primero el servicio interrumpible, para unos meses después nominar (y por tanto iniciar) el servicio firme; por ello resulta ser un total despropósito pretender sostener que SDF ha nominado primero el servicio firme, sin que previamente hubieran utilizado el servicio interrumpible.
- iv) Precisa que las solicitudes de SDF en el Décimo Open Season se basaron en que las Bases de dicho Open Season disponían que los contratos debían ser firmados hasta -como máximo- el 10 de diciembre

de 2007<sup>1</sup>, lo que no sucedió por la negativa de GNLC de suscribir los contratos, alegando no encontrarse obligada a prestar el servicio con la presión establecida en su Contrato BOOT de Concesión. En tal sentido, SDF inició un procedimiento de controversias, el cual concluyó por acuerdo de partes, al firmarse en diciembre de 2008, el Contrato Interrumpible y el Contrato Firme, un año después de la fecha en la cual debieron ser suscritos conforme con las reglas del Décimo Open Season.

- v) Manifiesta que resulta desde todo punto de vista incorrecto lo expresado por GNLC respecto que los generadores eléctricos se encuentren obligados a suscribir contratos sólo con servicio firme. No existe tal obligación en el marco normativo. El Estado Peruano no obliga a las generadoras a contratar servicio firme, pero sí ha establecido mecanismos de incentivos para lograr que las generadoras cuenten con este servicio<sup>2</sup>.
- vi) Argumenta que no existe ninguna disposición que prohíba a un generador despachar energía eléctrica utilizando el gas natural en virtud de un contrato de transporte en la modalidad de servicio interrumpible. Es más, los generadores ubicados en Chilca fueron provistos inicialmente mediante esta modalidad de transporte y, en el caso específico de SDF, la necesidad de ser provistos de gas natural mediante un servicio interrumpible era indispensable para efectos de realizar las pruebas iniciales que les permitirían dotar de seguridad a las inyecciones de energía que producen para el sistema interconectado. Por tanto, el argumento de GNLC que la primera nominación de SDF tuvo que ser sobre el servicio firme carece de sustento.

#### **2.1.2.3. Sobre el régimen del servicio de transporte firme e interrumpible.**

- i) Señala que en el marco de la implementación de las actividades para la concreción del proyecto de cogeneración que desarrolla, ha suscrito dos contratos con GNLC.
- ii) SDF hace referencia a las definiciones del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos (Decreto Supremo N° 81-2007-EM):

---

<sup>1</sup> El Pliego del Décimo Open Season -incluyendo su cronograma- constituye el Anexo 4-A del escrito de alegatos que Sudamericana de Fibras S.A. presentó en la controversia sobre derecho preferente de transformación (expediente N°CC-52-2008). Copia de dicho escrito de alegatos y sus anexos fueron acompañados por GNLC como Anexo 1-F de su contestación en la presente controversia.

<sup>2</sup> Decreto Legislativo N° 1041: "Artículo 5º.- Incentivo a la contratación del Servicio Firme y eficiencia en el uso del gas natural. Los Generadores que contraten Servicio Firme de transporte de gas natural con un concesionario amparado por la Ley N° 27133, tienen derecho a una compensación que garantice la recuperación del pago de transporte de gas que eficientemente harían en virtud de dicho contrato. La compensación del pago eficiente se determina en función de: a) La diferencia entre la capacidad reservada diaria eficiente (CRDE) menos el consumo promedio diario (CPD). b) Un porcentaje máximo de la CRDE; c) El pago del servicio firme regulado por OSINERGMIN. La CRDE se determina como la capacidad diaria máxima de una central térmica operando con gas natural en la ciudad de Lima y con un rendimiento térmico neto que fijará el Ministerio de Energía y Minas conforme al Reglamento. El pago de las compensaciones necesarias será asignado en los costos de transmisión y será definido por OSINERGMIN conforme al Reglamento." El 19 de abril de 2009, OSINERGMIN publicó un proyecto de procedimiento que regula este mecanismo.

*“Artículo 2.- Definiciones:*

*(...)*

*2.45 Servicio Firme: El Servicio de Transporte que presta el Concesionario a los Usuarios con la estipulación de que éste no podrá estar sujeto a ninguna interrupción o reducción, salvo disposición en contrario contenida en este Reglamento, las Normas para el Servicio de Transporte, las Normas de Despacho y demás normas aplicables.*

*2.46 Servicio Interrumpible: Servicio de Transporte que presta el Concesionario a los Usuarios y que está sujeto a interrupciones o reducciones a opción del Concesionario, quien no podrá negarse a prestarlo, salvo por razones técnicas, en tanto exista capacidad disponible en su sistema.” (subrayados agregados por SDF)<sup>3</sup>.*

- iii) Precisa que cada uno de los contratos tiene tratamiento legal y económico distinto. En el caso del servicio firme, el transporte del gas natural se efectúa sin posibilidad que éste se encuentre sujeto a interrupción o reducción alguna, salvo las excepciones que contempla la misma normativa, y la contraprestación se paga independientemente de si el cliente hace uso o no del servicio y el servicio interrumpible sí se encuentra sujeto a interrupciones o reducciones, de acuerdo con lo que disponga el proveedor del servicio y se paga por el servicio prestado efectivamente. En este sentido, añade que para efectos del presente caso, los costos del suministro de gas a través de un servicio de transporte firme son normalmente mayores que los del servicio de transporte interrumpible si el consumo del usuario es muy reducido puesto que no dejará de pagar por el servicio aun cuando no lo solicite o no haga uso de él.
- iv) Argumenta que en virtud de lo manifestado en el párrafo precedente, determinar si se desea recibir gas natural en virtud del servicio firme o interrumpible resulta fundamental para el consumidor y en ello el procedimiento de nominación de gas natural adquiere una importancia determinante debido a que los contratos de transporte señalan que la prestación del servicio se inicia o activa con la primera nominación que efectúa el consumidor, momento a partir del cual para efectos del servicio interrumpible se comenzará a cobrar el cargo por uso y en el caso del servicio firme el cargo por reserva de capacidad.

#### **2.1.2.4. Régimen de los contratos de transporte suscritos por SDF**

- i) Aclara que la determinación de la fecha de inicio del servicio firme o del servicio interrumpible no se encuentra sujeta a regulación. Las Normas del Servicio de Transporte de Gas Natural por Ductos, aprobadas por Decreto Supremo N° 18-2004-EM, en adelante las Normas del Servicio, no hacen referencia alguna a cuándo se debe iniciar la prestación de uno u otro servicio; en tal sentido son el concesionario y el usuario los que deben determinarlo, siendo un tema netamente contractual.

---

<sup>3</sup> Definiciones también incluidas en el artículo 2° de las Normas del Servicio.

ii) Señala que la imputación de GNLC de la primera nominación de gas natural al servicio firme y no al servicio interrumpible, es incorrecta. Agrega que la reclamada ha recurrido a la aplicación del artículo 40° de las Normas del Servicio, sin que las condiciones exigidas para la aplicación del régimen de imputación de entregas diarias contenido en aquel artículo resulten aplicables al presente caso.

iii) Añade que el Contrato Firme y el Contrato Interrumpible son independientes y distintos, y como tales cada uno tiene reglas sobre la base de las cuales se deben ejecutar cada prestación. Así, la cláusula 4.1 del Contrato Interrumpible precisa que el servicio se inicia una vez que el usuario efectúa la primera nominación:

*“El presente Contrato entrará en vigencia a partir de la firma del mismo y se mantendrá vigente hasta el 21 de diciembre de 2032. La prestación del Servicio se iniciará una vez que el Usuario efectúe la primera nominación.”*  
(subrayado y énfasis de SDF).

iv) Precisa que el servicio al que se hace referencia en la cláusula 4.1. es el indicado en la cláusula primera del mismo contrato:

*“El Concesionario prestará al usuario un servicio de transporte Interrumpible de Gas natural vía la red principal de Distribución (en adelante el “Servicio”), desde el Punto de recepción hasta un Punto de Entrega, según estos conceptos se encuentran determinados en el anexo A.”*

v) Agrega que la nominación es el procedimiento mediante el cual se solicita que un volumen de gas natural sea transportado en un día operativo en las condiciones establecidas en las Normas del Servicio y en el respectivo contrato de transporte. Al respecto, SDF indica que el artículo 37° de las referidas Normas establece como uno de los requisitos que debe contener la solicitud de transporte (nominación), la cantidad de gas natural expresado en volumen (m3st) a ser inyectada en el Punto de Recepción y entregada en el Punto de Entrega, discriminada por tipo de servicio de transporte.

vi) Sostiene que cuando una empresa que tiene suscrito un contrato de transporte, decide iniciar la prestación del servicio respectivo, debe efectuar la nominación señalando el tipo de servicio de transporte por el que requiere la entrega del gas natural.

vii) La reclamante argumenta que la primera nominación que efectuó no sólo contenía una solicitud de requerimiento de gas natural, sino también contenía de forma expresa una solicitud de inicio del servicio de transporte en virtud de la cláusula 4.1 del Contrato Interrumpible.

Para SDF, la primera nominación es una condición para el inicio del servicio de transporte interrumpible que GNLC se ha comprometido a brindar bajo el Contrato Interrumpible. En tal sentido, añade que es



relevante la comunicación que le envió a la reclamada mediante correo electrónico el día 17 de enero de 2009, a través del cual efectuó la primera nominación y solicitó la activación del servicio de transporte interrumpible.

- viii) Dice que nunca manifestó su intención de dar por iniciada la prestación del servicio firme, por cuanto, no había realizado la nominación por el servicio de transporte firme tal como lo establece la cláusula 4.1 del Contrato Firme.
- ix) En tal sentido, SDF manifiesta que en tanto el Contrato Firme y el Contrato Interrumpible son documentos distintos e independientes, GNLC no tiene por qué entender que la solicitud de SDF para la activación del servicio de transporte interrumpible se encuentra referida al servicio de transporte firme. Ello constituiría un incumplimiento del artículo 4.1 del Contrato Firme.
- x) Señala que GNLC pretende activar unilateralmente la prestación del servicio firme, con el consiguiente beneficio por mayor tarifa y además ha ejercido una facultad que no le corresponde de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 4.1. del Contrato Firme, que establece que la facultad para dar inicio a la prestación del servicio de transporte firme está reservada únicamente al usuario, en este caso a SDF.

#### **2.1.2.5. La incorrecta aplicación del régimen de imputación por GNLC**

- i) Señala que el artículo 40° de las Normas del Servicio contempla el régimen de imputación a ser aplicable cuando un usuario recibe gas natural en virtud de más de una modalidad contractual de servicio de transporte, es decir, cuando la prestación tanto a través de la modalidad interrumpible como de la modalidad firme ya han sido iniciadas.

*“Artículo 40°.- Imputación de entregas diarias.  
Cuando un Usuario recibe en el Punto de Entrega volúmenes de Gas Natural en virtud de Contratos de Transporte de más de un tipo de Servicio de Transporte, se considerará que el Usuario ha recibido en el día la entrega de las cantidades autorizadas según los Servicios de Transporte atendidos de acuerdo al orden siguiente:*

- (i) Servicio Firme*
- (ii) Servicio Interrumpible (...)*” (subrayados añadidos por SDF).

- ii) Precisa que de acuerdo con este específico régimen, el prestador del servicio de transporte aplica las cantidades de gas natural que recibe un usuario en virtud de más de un tipo de servicio de transporte, primero al servicio firme y luego al servicio interrumpible. Esto significa que cuando un usuario comienza a recibir gas natural por cuenta de dos tipos de contratos (firme e interrumpible) los primeros consumos efectuados por el usuario serán considerados por el prestador del servicio como si fueran efectuados en virtud del servicio firme hasta el

tope del volumen permitido por el Contrato Firme, y los siguientes serán imputados al servicio interrumpible.

- iii) Añade que bajo este supuesto, ya no interesa si la nominación se efectúa primero por el servicio firme o por el servicio interrumpible, puesto que en la medida que el usuario se encuentra recibiendo gas en virtud de dos contratos de transporte, que han sido debidamente activados, el prestador del servicio deberá imputar los consumos de acuerdo con el orden establecido en el artículo 40° de las Normas del Servicio.
- iv) A decir de SDF, el artículo 40° puede ser aplicado cuando se cumplan los siguientes requisitos:
  - o Que un usuario reciba volúmenes de gas natural (esto supone que el usuario haya activado su servicio de transporte).
  - o Que el gas natural recibido sea en virtud de contratos de transporte de más de un tipo de servicio.
- v) Sostiene que GNLC ha aplicado erróneamente el mencionado artículo 40°, por cuanto hasta el 28 de abril de 2009, SDF recibía gas en virtud de un solo contrato, el Contrato Interrumpible y hasta antes de esa fecha no había solicitado el inicio de la prestación del servicio firme; por tanto no podía estar recibiendo gas en virtud de su Contrato Firme.
- vi) Agrega que GNLC podrá aplicar el referido artículo 40° en el momento en que el servicio de transporte firme sea activado por SDF, es decir, a partir del 1° de mayo de 2009. En esa fecha SDF recibirá gas natural en virtud de dos tipos de contratos de transporte.
- vii) Indica que cuando una empresa suscribe un Contrato Firme y un Contrato Interrumpible no tiene la obligación de solicitar que el inicio de la prestación de los servicios firme e interrumpible se efectúen en el mismo momento. Por tanto, es posible que el inicio de la prestación del servicio de transporte interrumpible suceda antes que la del servicio de transporte firme, o viceversa, o que ambos servicios se inicien el mismo día. Agrega que todo ello estará sujeto a los acuerdos contenidos en los respectivos contratos y a las nominaciones que realice cada usuario.
- viii) SDF tiene suscritos un Contrato Interrumpible y otro Firme, ninguno de los cuales establece alguna limitación respecto de la fecha en la cual se debe iniciar la prestación del servicio de transporte correspondiente. Lo único que se señala es que será SDF el que tendrá la facultad de indicar cuándo se debe iniciar cualquiera de ellos.
- ix) Manifiesta que GNLC ha señalado a través de la Primera Carta lo siguiente:

*“3. (...) la cláusula 7.5 del Contrato Firme y el artículo 40° de las Normas del Servicio de Transporte de Gas natural por Ductos, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 018-2004-EM,*

*establecen que en el evento que un usuario reciba en el Punto de Entrega establecido, volúmenes de Gas natural en virtud de Contratos de Transporte de más de un tipo de Servicio, se considerará que el Usuario ha recibido en el día, la entrega de cantidades autorizadas primero para el Servicio Firme y luego para el Servicio Interrumpible.*

*4. Teniendo en consideración lo expuesto en el marco normativo y contractual aplicable, por medio de la presente les manifestamos que la nominación efectuada el 17 de diciembre de 2009 será imputada al Contrato de Firme, dándose por iniciada la prestación del Servicio a vuestra instalaciones." (subrayado añadido por SDF).*

- x) Cuestiona el hecho que GNLC aplicando "el marco normativo y contractual" pretende obligarla a recibir gas natural mediante la modalidad del servicio firme y que haya dado por iniciada la prestación del servicio firme cuando esta facultad sólo le compete a SDF en virtud de la cláusula 4.1 del Contrato Firme.
- xi) SDF dice que si recibiera gas en virtud de ambos contratos, sí sería aplicable el artículo 40º antes citado y reitera que la primera nominación que efectuó no se encuentra contemplada dentro del supuesto contenido en el artículo 40º de las Normas del Servicio, toda vez que el contenido de éste supone la existencia de servicios ya activados o iniciados y esto todavía no había sucedido.
- xii) Adicionalmente, alude a la aplicación del principio "in dubio pro consumidor", sin perjuicio de que para la reclamante no existe duda alguna en las normas aplicables. Al respecto, aduce que en caso de vacío o duda, se deben interpretar las normas a favor del usuario, así el Tribunal Constitucional ha establecido en diversa jurisprudencia el deber de las instituciones estatales de aplicar mecanismos concretos y eficaces (Sentencias de fechas 12 de julio de 2004, Exp. N° 518-2004-AA/TC, 17 de enero de 2005, Exp. N° 3315-2004-AA/TC y 26 de enero de 2007, Exp. N° 1776-2004-AA/TC).

#### **2.1.2.6. El funcionamiento de la Garantía por Red Principal**

- i) Sostiene que el argumento de GNLC sobre que la decisión que se emita en el presente procedimiento tendrá una consecuencia importante en la Garantía de Red Principal, en adelante GRP pagada por los usuarios eléctricos, es totalmente incorrecto.
- ii) Señala que el régimen tarifario del Contrato BOOT de Concesión de GNLC establece un mecanismo de Ingresos Garantizados, es decir, independientemente de los ingresos percibidos por la prestación del servicio que brinda, la concesionaria obtendrá como mínimo el Ingreso Garantizado Anual, en adelante Ingreso Garantizado, pactado en su contrato de concesión. Es así que GNLC debe recuperar el Ingreso Garantizado a través de dos vías: a) por los ingresos esperados de las facturaciones efectuadas por la prestación del servicio (incluye servicio firme y servicio interrumpible) y b) sólo si lo anterior no permite

remunerar íntegramente el Ingreso Garantizado, GNLC recibe la GRP, que es pagada por los usuarios de electricidad en los recibos de servicio eléctrico.

- iii) Agrega que de acuerdo con la “Propuesta de Cálculo del Peaje de la Garantía por Red Principal para el Sexto Año de Cálculo” presentada por GNLC al OSINERGMIN el 05 de marzo de 2009 mediante Carta N° GC/MCH/94000432, la GRP propuesta es cero. Los Ingresos Esperados (IES) y el Ajuste por el Año de Cálculo Anterior (AAC) superan con creces el monto del Ingreso Garantizado<sup>4</sup> en US\$ 1'172,797.
- iv) Añade que para que exista GRP, los montos involucrados en la presente controversia (es decir, la diferencia entre las tarifas aplicables por servicio firme y servicio interrumpible de enero a abril de 2009) tendrían que ser superiores a dicha cifra, lo cual no ocurre. Los montos involucrados en la presente controversia son absolutamente menores.
- v) Menciona que la propuesta de GNLC (GRP de cero) ha sido acogida por OSINERGMIN en la última fijación de precios en barra, aprobada por la Resolución N° 53-2009-OS/CD<sup>5</sup>. En tal sentido, no existe afectación alguna posible a los usuarios eléctricos, ni el “subsidio” alegado por GNLC, con lo cual el intento de dicha empresa de involucrar intereses de los usuarios de electricidad ha quedado frustrado.

#### **2.1.2.7. Las Cartas Fianza de SDF respecto del Contrato Firme**

- i) Precisa que las dos cartas fianza a favor de GNLC relacionadas con el Contrato Firme, una correspondiente a la garantía por los pagos derivados del Contrato Firme y la otra, garantizando que se iniciará el servicio firme en “la fecha en la que se encuentre disponible la Capacidad Reservada Diaria en el Sistema de Transporte (de Transportadora de Gas del Perú S.A. - TGP).
- ii) Por tanto, señala que el inicio del servicio firme no constituye una “absoluta discreción” de su parte, tal como erróneamente señala GNLC en su escrito de contestación.

#### **2.1.2.8. Imposibilidad de abuso de derecho**

- i) Señala que el argumento de GNLC respecto que la aplicación del artículo 40° de las Normas del Servicio constituye un abuso de derecho, es incorrecta debido -entre otros- a los siguientes motivos:
  - GNLC también ha suscrito contrato con otros usuarios sujetos a la misma regla: el inicio del servicio firme ocurre con la primera nominación del usuario (Cementos Lima S.A. y con Owen – Illinois Perú S.A.). En ambos casos la cláusula 4.1 señala:

<sup>4</sup> OSINERGMIN ha aprobado el procedimiento de cálculo de la GRP mediante Resolución N° 77-2004-OS/CD, modificada por Resolución N° 111-2006-OS/CD.

<sup>5</sup> Publicada el 15 de abril de 2009.

*“El presente contrato entrará en vigencia a partir de la firma del mismo, y la prestación del servicio se iniciará una vez que el Usuario efectúe la primera nominación, y se mantendrá vigente por el término de dos (02) años.”*  
(subrayado agregado por SDF).

- GNLC decidió no establecer una fecha definitiva y fija para el inicio de la prestación del servicio firme, como sí lo hizo en otros contratos, por ejemplo el suscrito con Sudamericana de Fibras S.A. el 05 de diciembre de 2008, en el cual se establece que el referido contrato entrará en vigencia a partir de la firma y la prestación se iniciará el 23 de agosto de 2009.

SDF menciona que esto demuestra que no existe concepto alguno equiparable a la supuesta “reserva no remunerada” por contar con un contrato de servicio firme.

- ii) Sostiene que el propio Contrato Firme establece una fecha garantizada para el inicio del servicio firme, es decir, la fecha en la que se encuentre disponible la Capacidad Reservada Diaria en el Sistema de Transporte de TGP.
- iii) Por último, precisa que ya nominó el servicio firme desde el 1º de mayo de 2009, luego de unos meses del uso del servicio interrumpible.

#### **2.1.2.9. Corrección de los conceptos contenidos en la Factura**

- i) Señala que GNLC no es coherente con sus propias afirmaciones, por un lado dice que tiene derecho a cobrar desde la suscripción del contrato (por reserva de la capacidad), según expresó en la Audiencia Única y por el otro, indica que tiene derecho a cobrar desde enero de 2009.
- ii) Manifiesta que en la Factura y las siguientes emitidas por GNLC -que han sido materia de ampliación de la pretensión accesorio-, se han incluido cargo por reserva de capacidad y cargo por uso y que la inclusión de ambos conceptos únicamente puede ser posible en la medida que se hayan activado y se estén prestando tanto el servicio de transporte interrumpible como el servicio de transporte firme.
- iii) Sostiene que en la medida que el 28 de abril de 2009 ha procedido a nominar el servicio firme derivado del Contrato Firme -el cual será efectivo a partir del 1º de mayo de 2009-, hasta esa fecha únicamente se había prestado el servicio de transporte interrumpible, por tanto, GNLC sólo está autorizada a facturarle en función de dicho servicio y consecuentemente no tiene por qué incluirse el concepto de cargo por reserva de capacidad en la Factura, ni en las siguientes que fueron materia de ampliación de la pretensión accesorio, toda vez que este concepto se incluye cuando se recibe un servicio de transporte firme, el cual en la oportunidad de la emisión de estos recibos no se había activado.

- iv) Precisa que la presente controversia involucrará únicamente las facturas de GNLC hasta el consumo del mes de abril de 2009, pues no existirá discrepancia desde el consumo de mayo de 2009.

## **2.2. DE LA RECLAMADA GNLC**

GNLC sustenta su posición en lo manifestado en su escrito de contestación a la reclamación, en su escrito de “téngase presente”, en la Audiencia Única y en su escrito de Alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

### **2.2.1. Fundamentos de hecho y derecho:**

#### **2.2.1.1. El significado de la reclamación planteada por SDF**

- i) GNLC señala que la discrepancia fundamental con la reclamante radica en que ésta cree poder determinar, a su absoluta discreción, cuándo debe iniciarse la “prestación del servicio” y, por lo tanto, a partir de cuándo es que GNLC puede percibir la contraprestación pactada en el Contrato Firme.
- ii) Precisa que por la especial naturaleza del Contrato Firme y debido a sus implicancias en otros ámbitos de la regulación, la tesis de la reclamante no puede aceptarse: es imposible que SDF tenga ya asegurada a su favor una Capacidad Reservada Diaria<sup>6</sup> y que no esté obligada a pagarla.
- iii) Estima importante el pronunciamiento de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN en la materia: si la interpretación que SDF sugiere de las Normas del Servicio es correcta, entonces sería posible que en las Ofertas Públicas de Capacidad se adjudiquen Capacidades Reservadas Diarias que no sean (i) ni pagadas completamente durante el tiempo en que están reservadas, (ii) ni utilizadas en modo alguno.
- iv) Argumenta que se entenderá que, siendo la Capacidad de Transporte un recurso escaso, la posición de SDF, conforme a la cual puede excluir de la capacidad que se ha reservado a otros potenciales usuarios sin pagar por ello resulta, por lo menos, “incompatible” con los principios sobre los que descansa el marco regulatorio.
- v) Sostiene que, tal como lo expresó en su Carta de fecha 24 de marzo de 2009, ha dado a SDF, en forma constante, el trato más tuitivo y protector en la tramitación de sus reclamos y agrega que competirá al Cuerpo Colegiado definir si el hecho de que SDF se califique como Consumidor Independiente en virtud de su Contrato de Suministro con el Consorcio Pluspetrol y no en virtud de sus contratos con la recurrente, la califica como tal también en la relación con GNLC y, por lo tanto, autorice directamente la intervención de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN.

---

<sup>6</sup> Conforme al significado que a tal concepto se atribuye en el numeral 2.9 de las Normas del Servicio.

- vi) Añade que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc también será trascendente porque permitirá resolver, si: a) la Capacidad Reservada Diaria y el cargo asociado a ésta tienen aspectos que resultan disponibles para las partes; b) si es que el Contrato Firme puede ser interpretado de manera tal que sea SDF (el deudor de la prestación de pago) quién decida cuándo y si es que pagará; c) si es que cuando se celebren dos contratos a la vez bajo modalidades diferentes -y considerando las particulares circunstancias en que fueron suscritos los contratos con SDF- el usuario puede “no activar” su contrato firme por el tiempo que le plazca.

#### **2.2.1.2. Sobre el Servicio Firme con SDF y el artículo 40º de las Normas del Servicio**

- i) Señala que para SDF los dos contratos suscritos son independientes, pero reconoce que ambos fueron celebrados con ocasión de una transacción y estaban, en realidad, destinados a resolver una única discrepancia surgida a propósito de la determinación de la presión a la que debía entregarse el gas natural a la Central Térmica Oquendo, en adelante la CT Oquendo.
- ii) Precisa que los contratos de transporte son el resultado de las Ofertas Públicas de Capacidad efectuadas bajo las disposiciones del Decreto Supremo N° 016-2004-EM<sup>7</sup> y no es mucho lo que las partes puedan “negociar” al respecto.
- iii) Sostiene que se trataba de una única discrepancia la que impedía plasmar las condiciones del abastecimiento de la CT Oquendo. Añade que en relación con el contexto de la celebración de los contratos destinados a resolver cómo sería abastecida de gas natural la CT Oquendo, es indispensable tener en cuenta que:
- La Capacidad Reservada Diaria que sería objeto del Contrato Firme había sido ya adjudicada y reservada para SDF como resultado de la Décima Oferta Pública, en noviembre de 2007 y que uno de los contenidos esenciales (no susceptible de negociación ulterior, pues constituye un criterio para definir a quién le es adjudicada la capacidad solicitada) de la solicitud de los usuarios<sup>8</sup> es la fecha de inicio de la prestación del servicio y SDF formuló un pedido de adjudicación sobre la base de que su servicio firme “iniciaba” en diciembre de 2008.
  - La Capacidad Reservada Diaria que SDF, durante las negociaciones y durante las discusiones estimaba necesitar era precisamente aquella que fue materia de su solicitud de adjudicación. Así lo manifestó en la audiencia Vista de la Causa llevada a cabo el 05 de noviembre de 2008, Expediente N° 38-2008-TSC) en la cual informó estar apta para generar electricidad inmediatamente a plena capacidad, contando en ese momento con una autorización de generación de hasta 60 MW, la cual fuera luego reducida, ante su solicitud de 21 de enero de

<sup>7</sup> En adelante, las ‘Condiciones Generales para la Asignación de Capacidad de Transporte’

<sup>8</sup> Cf. *Condiciones Generales para la Asignación*, artículo 7, literal ‘c.1. (iv)’.

2009, a 39 MW, según se aprecia de la Resolución N° 081-2009-EM.

- iv) Indica que: a) conforme con la propia Cláusula 7 del Contrato Firme, la Capacidad Reservada Diaria que constituye la prestación a cargo de GNLC *“es la aceptada en la Oferta Pública correspondiente”*, esto es, aquella que se tiene reservada desde la Décima Oferta Pública; b) siendo SDF un generador térmico, de cara a la seguridad de la inyección de su energía y al orden en que debería ingresar al despacho en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), no resulta del todo exacto que, en tales circunstancias, haya podido decidir no contratar el abastecimiento de la CT Oquendo bajo el Servicio Firme, haciéndolo sólo bajo el Servicio Interrumpible<sup>9</sup>.
- v) A decir de GNLC, la doctrina reconoce que *“Las circunstancias del caso concreto son muy importantes para la exacta interpretación, puesto que dan a las palabras o a la conducta de las partes, que en el caso concreto representan la declaración de voluntad, la significación exacta, es decir, aquella significación que la palabra o la conducta tiene en el caso concreto”*<sup>10</sup>.
- vi) Argumenta que es imposible entender que el Contrato Firme es completamente independiente del Contrato Interrumpible como que SDF tenga la facultad exclusiva de definir cuándo se inicia el primero. Agrega que esto supondría que SDF pueda definir si es que algún día pagará o no el Cargo por Reserva de Capacidad, lo que equivale también a afirmar que la reclamante es libre de decidir si, bajo el Contrato Firme, está o no obligada a pagar suma alguna por la seguridad de transporte con la que ya cuenta (y que supuso la exclusión de otros usuarios). GNLC hace referencia al informe del Ing. Herrera Descalzi para explicar la coexistencia de ambos contratos.
- vii) Dice que ambas modalidades se diferencian porque en el primer contrato se paga *“sin importar el uso”* y en el segundo *“en función del uso”*, pero eso no puede en modo alguno significar, como SDF pretende, definir a partir de cuándo desea usar y que GNLC deba asegurarle, sin contraprestación alguna, la Capacidad Reservada Diaria ya contratada hasta que SDF decida *“nominar”* bajo el Contrato Firme. Así por ejemplo, no se explicaría, si fuera correcto que es una *“facultad exclusiva”* de SDF la de definir el inicio de la prestación del servicio, que la Cláusula 15.4 del Contrato Firme establezca una fianza *“a fin de garantizar el inicio del consumo de gas natural por parte del Usuario en la fecha indicada en el Anexo A”*.
- viii) Añade que no sólo la fianza que SDF ha cumplido con entregar constituye una importante evidencia contra la tesis de que es una facultad exclusiva de la reclamante la definición del inicio del servicio firme y que la estructura de ese contrato también lo es: si se paga al

<sup>9</sup> Eso hubiera significado que no tendría ninguna garantía (porque su servicio hubiera podido ser interrumpido) de que hubiera contado con los 200,000 m<sup>3</sup>std/día que había solicitado para su proyecto de co-generación, que supone también el ingreso de una cierta cantidad de energía al SEIN.

<sup>10</sup> DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. p. 93.



margen del uso, poco importa entonces si se usa o no y, por lo tanto, si se nombra o no para definir la corrección de la factura impugnada por SDF y, en tal medida, el derecho a la contraprestación de GNLC. La solicitud de transporte de una cantidad de gas en un día operativo -nominación- tendrá incidencia para los asuntos operativos del despacho pero, en nada condiciona el derecho de GNLC a cobrar por una reserva que ya ha efectuado.

- ix) Señala que si la tesis de SDF fuera correcta, resultaría que la reclamante podría definir, a su entera discreción, si es que pagará o no por la Capacidad Reservada Diaria que ya tiene asegurada. En este sentido, SDF podría decidir no “nominar” bajo el Contrato Firme, por ejemplo, por 10 años. Con ello tal capacidad permanecería reservada a favor de SDF (porque el contrato ya está vigente pero el servicio no está activo) que no pagaría monto alguno por ella por ese lapso. Bajo esa óptica sería el deudor de la contraprestación el que, a su antojo, decidiría si debe o no, mientras GNLC sigue cumpliendo su obligación de reservar la capacidad adjudicada, pero por la que no recibe ingreso alguno. La posibilidad que una parte de un contrato pueda decidir si debe o no está perfectamente proscrita; no hay obligación allí donde el deudor decide a su antojo si está o no obligado, si cumple o no.
- x) Precisa que es sobre las solicitudes en firme que se realizan las Ofertas Públicas a que se refieren las Condiciones Generales para la Asignación de Capacidad de Transporte y que es sobre esas solicitudes que GNLC informa al OSINERGMIN cuál será la GRP correspondiente al año respectivo. En este caso, GNLC informó al regulador (la Propuesta de GRP para el Sexto Año de Cálculo), la existencia de la asignación en firme a SDF, asumiendo, que esa reserva sea pagada desde que ésta está vigente.
- xi) Afirma que la propuesta de GRP para el Sexto Año de Cálculo es de valor cero, por cuanto para la reclamada, SDF está bajo el Contrato Firme desde inicio del año sexto y por tanto, si un Contrato Firme está vigente la capacidad correspondiente (al margen de la nominación) está siendo ya pagada por el usuario correspondiente.
- xii) Para GNLC, asumir la tesis de SDF como correcta implicaría que los usuarios podrían adjudicarse determinadas Cantidades Reservadas Diarias, que deberían contabilizarse para el cálculo de la GRP, pero que después decidirían “no activar”, con lo cual: (a) excluirían a otros usuarios que sí tienen necesidades reales, porque solicitan una reserva de capacidad por un periodo mayor al que están dispuestos a pagar; y, (b) determinarían que el monto a pagarse por la GRP del año en que está vigente esa reserva no se reduzca, porque esa capacidad al final no sería remunerada por quién la reservó, debiendo el conjunto de los usuarios del SEIN subsidiar la reserva de capacidad que usuarios como SDF se rehúsan a pagar.
- xiii) Concluye que aplicó correctamente el principio recogido por el artículo 40° de las Normas del Servicio y que éste no contiene en su texto requerimiento alguno de dos servicios “activados”, como pretende SDF, porque ni las Normas del Servicio ni el Reglamento de Distribución establecen esos “dos momentos” en los Contratos de Transporte.

- xiv) Dice que todo lo que exige el referido artículo 40° es que se reciba “volúmenes de Gas Natural en virtud de Contratos de Transporte de más de un tipo de Servicio de Transporte”. Esa exigencia sólo supone que ambos contratos estén vigentes, no que sus respectivos servicios estén “activos”. Esto, porque lo que la regla intenta evitar es que por esa falaz distinción entre contrato vigente y “servicio activado” y bajo el pretexto de que los usuarios deban realizar, por razones operativas, las respectivas nominaciones, la Capacidad Reservada Diaria que está ya asegurada con la sola vigencia del Contrato Firme (que se limita a recoger la Solicitud de Capacidad adjudicada en la Oferta Pública respectiva) se quede sin remuneración.

### 2.2.1.3. La lógica del Contrato Firme

- i) Señala que el conflicto se ha originado en lo acordado en Cláusula Cuarta del Contrato de Transporte:

*“4.1 El presente Contrato entrará en vigencia a partir de la firma del mismo y se mantendrá vigente hasta el 1 de septiembre de 2023. La prestación del Servicio se iniciará una vez que el Usuario efectúe la primera nominación”.*

- ii) Sostiene que la voluntad de las partes contenido en el referido numeral se manifiesta en dos puntos: (a) el acuerdo de las partes relativo al inicio de la vigencia del Contrato Firme; y, (b) el acuerdo de las partes relativo al inicio de la prestación del servicio. Conforme al primer punto, el Contrato Firme entra en vigencia tras la suscripción de éste. Esto significa que los derechos y obligaciones derivados de aquél surten efectos desde el 05 de diciembre de 2008.
- iii) Para GNLC, en el caso de un Contrato Firme, la fecha de inicio de su vigencia adquiere una importancia gravitante por el tipo de “prestaciones” que resultan de tal contrato. Agrega que SDF no sólo tiene derecho a que se le transporten las cantidades de gas natural que en cada caso requiera y GNLC la obligación de hacerlo; sino que GNLC -al margen de cualquier nominación- está obligada a reservar el volumen acordado (adjudicado en la Oferta Pública respectiva) para su transporte efectivo a requerimiento de SDF.
- iv) Dice que su obligación derivada del Contrato Firme es la que se desprende de sus Cláusulas Primera y Tercera y que debe leerse bajo la luz de las Normas del Servicio:

*“Cláusula Primera: Objeto.  
El Concesionario prestará al Usuario un **Servicio de Transporte Firme de Gas Natural** en la Red Principal de Distribución [...], de conformidad con las cláusulas y condiciones establecidas en el presente Contrato, así como las disposiciones contenidas en [...] **las Normas del Servicio de Transporte de Gas Natural por Ductos** aprobadas mediante Decreto Supremo N° 018-2004-EM. (énfasis agregado por GNLC)”.*

*“Cláusula Tercera: Características del Servicio.*

*3.1 El Servicio objeto del presente Contrato se establece sobre la base del **Servicio Firme (SF)** de conformidad con las características establecidas en las **Normas del Servicio de Transporte**. (énfasis agregado por GNLC).*

- v) Añade que las Normas del Servicio establecen cuáles son los alcances de la obligación de GNLC al prestar un servicio de transporte firme:

*“2.9. Capacidad Reservada Diaria: Es el máximo volumen de Gas Natural que el Concesionario está obligado a transportar para el Usuario en un Día Operativo según lo acordado en el Contrato de Transporte con Servicio Firme que hayan celebrado”.*

*“4º.- Servicio Firme (SF).*

*El Servicio Firme debe ser prestado por el Concesionario según las siguientes condiciones:*

*(...)*

*(iii) La **prestación del Servicio Firme** se encuentra sujeta a **la reserva de una Capacidad Reservada Diaria**;*

*(iv) Por el Servicio Firme **el Usuario pagará** al Concesionario el **Cargo por Reserva de Capacidad**;*

*(v) El pago del Servicio Firme contratado **es independiente de su uso efectivo**;*

*(énfasis agregado por GNLC)*

- vi) A decir de GNLC, el Contrato Firme y las Normas de Servicio establecen la obligación de GNLC de transportar gas natural pero, a diferencia del Contrato Interrumpible, en el que también se tiene dicha obligación, en el primero GNLC tiene además la obligación de reservar la capacidad adjudicada al usuario, la cual, en este caso, es de 200 000 m3 std/día y precisa que desde la fecha de suscripción del contrato, el 05 de diciembre de 2008, está obligada contractualmente a reservar para SDF, tal como efectivamente reservó 200 000 m3 std de gas natural cada día, independientemente de si SDF la usará o no.

- vii) Argumenta que atendiendo a las particularidades de la prestación derivada del Contrato Firme, en el cual la obligación de GNLC antes que una prestación efectiva se resuelve en tener “inmovilizada” y a disposición de SDF una determinada Capacidad de Transporte en su Red de Alta Presión, las Normas de Servicio y el contrato regulan la suma de dinero que, como contraprestación, debe pagar SDF, y el correspondiente derecho de cobrar de GNLC. En efecto, el derecho de GNLC se deriva de la Cláusula Octava del Contrato Firme:

*“Cláusula Octava: Tarifa y Facturación.*

*8.1 El Usuario pagará al Concesionario por el Servicio Firme desde el Punto de Recepción al Punto de Entrega, el monto resultante de aplicar **el Cargo por Reserva de Capacidad** definido en el Anexo C”. (énfasis agregado por GNLC).*

- viii) Agrega que las Normas del Servicio definen el Cargo por Reserva de Capacidad:

*“2.10. Cargo por Reserva de Capacidad: Corresponde al pago mensual por la **Capacidad Reservada Diaria** por el Usuario **para tener disponible la capacidad** prevista en su Contrato de Transporte de Servicio Firme, **con independencia de su uso efectivo**. Se calcula multiplicando la Tarifa por trescientos sesenticinco (365), **dividido por doce (12)** y multiplicado por la Capacidad Reservada Diaria”. (énfasis agregado por GNLC)*

- ix) Advierte que de la lectura conjunta del Contrato Firme y de las Normas del Servicio, el derecho de GNLC obedece a tener disponible para SDF la capacidad reservada de 200 000 m<sup>3</sup> std por día durante todos los meses de vigencia del Contrato Firme, con independencia de su uso efectivo en cada uno de los días del mes. El legislador se ha preocupado, a través de las Normas del Servicio, de establecer una regulación en la que el Concesionario de Transporte no se vea afectado por reservar una determinada capacidad para un usuario que finalmente se desinterese de ésta, razón por la cual se ha previsto expresamente que GNLC tiene derecho al pago de una suma de dinero por tal reserva, independientemente de que el gas natural sea nominado y, por lo tanto, transportado y utilizado.
- x) Expresa que resulta claro que SDF contrató en diciembre de 2008, con la adjudicación correspondiente al año 2007, sus servicios para una planta que tenía una capacidad de alrededor de 50Mw; si finalmente implementó una planta de menores dimensiones, 30 Mw, o carecía de compradores para la energía que podía producir, es un riesgo comercial que SDF debe asumir y no trasladarlo a GNLC.
- xi) Precisa que la cláusula Décimo Primera regula el procedimiento operativo relativo a las nominaciones, a fin de permitir una operación programada y debidamente coordinada de la red de alta presión, este aspecto (transporte efectivo y coordinación asociada a éste) se inicia con la primera nominación, pero no se refiere a la existencia de la Capacidad de Reserva Diaria, la cual se inicia desde que ésta se reserva y que coincide con la vigencia del Contrato Firme y con la solicitud de adjudicación que le dio lugar, dando lugar al pago del Cargo por Reserva de Capacidad.
- xii) De otro lado, GNLC plantea la interrogante respecto de sobre la base de qué contrato SDF consumió el gas en el mes de diciembre de 2008 - si fuera correcta la hipótesis de SDF que el servicio firme está inactivo-, si recién en enero de 2009 nominó para el servicio interrumpible y en mayo de 2009 para el servicio firme.

#### **2.2.1.4. El abuso de derecho que podría configurarse**

- i) Señala que en la negada hipótesis en la cual la nominación sí sea un evento determinante para dar eficacia a los derechos derivados del Contrato Firme y, en consecuencia, para que GNLC pueda facturar los

volumenes de gas natural bajo el Cargo por Reserva de Capacidad, SDF estaría haciendo uso abusivo de su “derecho a nominar”.

- ii) Sostiene que según lo pactado en la Cláusula Cuarta del Contrato Firme, la nominación es un derecho de SDF a decidir cuándo requiere hacer uso del Servicio de Transporte de gas natural contratado. Las Normas de Transporte definen la “nominación” como lo siguiente:

*“2.31. Nominación: Procedimiento que debe realizarse para que un volumen de Gas Natural sea transportado en un Día Operativo en las condiciones establecidas en las presentes Normas y en las acordadas en el respectivo Contrato de Transporte”. (énfasis agregado por GNLC)*

- iii) Agrega que según lo acordado en el Contrato Firme, el servicio de transporte se iniciaría con la primera nominación a ser realizada por SDF, quien debía manifestar cuándo deseaba que se le transporte determinado caudal de gas. Este hecho no tendría ninguna importancia de no ser porque, bajo su singular lectura, SDF no sólo tendría derecho a usar el servicio de transporte cuando lo decida, sino a decidir cuándo GNLC tiene derecho a cobrar el Cargo por Reserva de Capacidad.
- iv) Manifiesta que si SDF está en lo correcto, tal empresa estaría en condiciones de definir cuándo se debe entender contractualmente iniciado el servicio y cuándo se debe entender existente y/o exigible el derecho de GNLC a recibir una contraprestación por tal servicio (que consiste también en mantener reservada una capacidad). Y, a su vez, si SDF ejerce tal derecho de modo tal que GNLC no vea remunerada la Capacidad Reservada Diaria que tiene ya asegurada SDF -y en la negada hipótesis en que SDF pueda definir si está o no obligada- la facultad en cuestión estaría siendo utilizada de manera abusiva por dicha empresa, dañando el legítimo interés de GNLC a que, en un contexto en el que se tiene dos contratos de transporte suscritos con un mismo usuario, se pague primero el servicio de transporte firme bajo el cargo respectivo. El legítimo interés de GNLC es que se dé la condición necesaria -entender iniciado el servicio de transporte firme- para que se pueda aplicar el artículo 40º y se pueda facturar, frente a dos contratos suscritos con un mismo usuario, en primer orden el Cargo por Reserva de Capacidad.
- v) A decir de GNLC, el abuso del derecho está proscrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. (...)” y agrega que la doctrina<sup>11</sup> ha proporcionado una serie de criterios que deben emplearse para entender cuándo existe un uso abusivo de un derecho, a saber: a) El punto de partida es la existencia de una situación jurídica subjetiva; b) se transgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres); c) es un acto ilícito sui géneris; d) se agravan intereses

<sup>11</sup> Cf. por todos, **ESPINOZA**, Juan. *Comentario al artículo II del Título Preliminar del Código Civil*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I. Primer Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 29.

patrimoniales ajenos no tutelados por una norma jurídica específica; y, e) se ejercita el derecho de un modo irregular.

- vi) A juicio de GNLC, si se concede que SDF tiene la facultad de definir cuándo inicia cuál contrato mediante la respectiva “nominación” que al efecto se haga, nominar bajo el Contrato Interrumpible constituye un claro caso de abuso de derecho.
- vii) En este supuesto, añade que la nominación expresamente referida al Contrato Interrumpible no representaría una actuación de buena fe, no sólo por el contexto de la celebración de ambos contratos y el entendido básico de que SDF necesitaría inmediatamente el servicio firme, sino porque la resistencia a nominar bajo el Contrato Firme perjudica a GNLC, en tanto, la recurrente cumple con su parte del trato (mantiene la reserva y la pone a disposición de SDF) y la reclamante le impide obtener la compensación por la capacidad ya dispuesta a favor de SDF. Y todo ello sin considerar que existían otros usuarios dispuestos a pagar por esa Capacidad Reservada Diaria que SDF parecería no haber reparado en querer sin pagar compensación alguna.
- viii) Para GNLC, SDF está ejercitando el “derecho a nominar” de un modo irregular, por cuanto de una lectura sistemática de las Normas del Servicio se advierte que el principio es que si existe una capacidad reservada por parte del concesionario, siempre deba pagarse el valor por mantener disponible esa Capacidad de Transporte. Esto se desprende principalmente del artículo 2.10º de las Normas del Servicio, en el cual se señala expresamente que el Cargo por Reserva de Capacidad se paga mensualmente sólo por la disponibilidad de la Capacidad Reservada Diaria y no por su uso efectivo: lo que se remunera bajo esa modalidad es, claramente, la mera reserva y disponibilidad.
- ix) Dice que la conducta de SDF es ilícita porque viola su derecho a obtener una remuneración por un servicio que ya presta y es *sui generis* porque el entendido elemental bajo el cual se suscribieron los contratos con dicha generadora era la necesidad inmediata de Capacidad Reservada Diaria para la generación de energía eléctrica. Lo regular sería asegurar el abastecimiento de la CT Oquendo mediante el servicio firme, salvo claro que los planes comerciales tenidos en consideración al celebrar ambos contratos hayan cambiado.
- x) Concluye señalando que la ausencia de nominación no sólo afecta patrimonialmente a GNLC, quien ha reservado 200 000 m3 std desde el 05 de diciembre de 2008 y no está recibiendo una contraprestación por ello, sino sobre todo a otros usuarios y consumidores, quienes basados en sus necesidades participaron en las Ofertas Públicas y pudieron ser o fueron excluidos por una Capacidad Reservada Diaria que no se quiere utilizar, ni pagar.

A lo anterior se suma que esa capacidad (o cualquier otra con la misma problemática) tiene que ser (si no fuera pagada) re-incorporada en el cálculo de la GRP y asumida por todos los usuarios del SEIN.

- xi) Expresa que en la hipótesis negada que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estime que SDF puede definir si está o no obligada bajo el Contrato Firme y no tiene plazo alguno para tal definición, se reserva el derecho para solicitar en el fuero correspondiente que se determine el plazo que tiene SDF para “ejercer su derecho” a decidir cuándo empezará a cumplir con su prestación bajo el Contrato Firme.
- xii) Por último, afirma que si la tesis de SDF fuera correcta, el Contrato Firme sería nulo, por cuanto GNLC estaría obligada a hacer algo (reservar capacidad) sin recibir contraprestación alguna. En tal sentido, manifiesta que esa es una razón adicional para convenir con su posición por cuanto debe preferirse la interpretación que conserve el contrato frente a aquella que lo haga nulo.

### **3. Determinación de la materia controvertida**

#### **Petitorio de SDF**

- a. Primera pretensión principal:

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare que la nominación efectuada por ella mediante correo electrónico de fecha 17 de enero de 2009 constituye la primera nominación efectuada en virtud del Contrato Interrumpible y que ha permitido dar inicio únicamente a la prestación del servicio de transporte interrumpible.

- b. Segunda pretensión principal:

Que, las nominaciones que efectuó desde el 17 de enero de 2009 sean consideradas por GNLC como nominaciones en virtud del Contrato Interrumpible hasta que se inicie la prestación en virtud del Contrato Firme, es decir, hasta el 01 de mayo de 2009.

- c. Tercera pretensión principal:

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare que el servicio de transporte firme que debe prestar GNLC en virtud del Contrato Firme aún no se ha iniciado al momento de presentación de la presente reclamación.

- d. Pretensión accesoria de la primera pretensión principal:

Que, GNLC corrija los recibos de Distribución de Gas Natural Nos. 0001-00257531, emitido el 09 de febrero de 2009, 0001-00267609, emitido el 09 de marzo de 2009 y 0001-00269929, emitido el 30 de abril de 2009, considerando que los requerimientos de gas que se han efectuado desde el 17 de enero de 2009 son producto de la nominación en virtud del Contrato Interrumpible. Además, los recibos correspondientes hasta el consumo de abril de 2009.

#### **Petitorio de GNLC**

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc declare improcedente o infundada la reclamación presentada por SDF y reconozca a GNLC el derecho a obtener de SDF la contraprestación por la capacidad de transporte que ya tiene reservada a su favor según el Contrato Firme desde enero de 2009.

## Materia Controvertida

En la Audiencia llevada a cabo el día 05 de mayo de 2009, las partes a pesar de ser instadas por el Presidente para conciliar, no llegaron a un acuerdo por lo que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció como materia controvertida, la contenida en el Petitorio de la partes, anteriormente mencionados.

### 4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

#### 4.1. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias para conocer la presente controversia

En primer término, consideramos importante determinar la competencia de los órganos de solución de controversias para conocer y resolver la presente controversia.

Al respecto, el artículo 2º del ROSC establece la competencia de los órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal- para conocer y resolver las controversias que pudieran surgir entre usuarios libres de hidrocarburos y transportistas sobre aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio.

En tal sentido, corresponde verificar si se cumplen los presupuestos indicados en el dispositivo mencionado respecto del sujeto y del objeto. En cuanto al sujeto, la figura del usuario libre está directamente vinculada con las actividades que se realizan en el subsector eléctrico, en donde el usuario libre es aquel no sujeto a regulación debido a su nivel de consumo en contraposición del usuario regulado<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta las características particulares de cada subsector y que la clasificación se realiza sobre la base de la regulación del servicio que se les brinda, la figura del usuario libre es equiparable a la figura de consumidor independiente, que es identificada en el subsector hidrocarburos en contraposición a la del consumidor regulado<sup>13</sup>.

El consumidor independiente es aquel usuario que ha adquirido gas natural directamente del productor, siempre que: i) el suministro contratado sea mayor a los 30 000 m<sup>3</sup>/día y ii) el plazo del servicio contratado no sea menor a seis meses.

Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo precedente, a efectos de determinar que tipo de consumidor es SDF, corresponde analizar el contrato de suministro -que obra en el expediente- suscrito con el productor, en este caso, Pluspetrol Perú Corporation S.A. con la reclamante, aunque el productor en este caso concreto no sea parte en la presente controversia.

---

<sup>12</sup> Conceptos incluidos en la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28332.

*“Artículo 1º.- Definiciones:*

*37. Usuarios Libres.- Usuarios no sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen.*

*38. Usuarios Regulados.- Usuarios sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen (...).”*

<sup>13</sup> Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM:

*“2.8 Consumidor Regulado: Consumidor que adquiere Gas Natural por un volumen igual o menor a treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m<sup>3</sup>/día).*

*2.9 Consumidor independiente: Consumidor que adquiere Gas Natural directamente del Productor, Comercializador o Concesionario, siempre que sea en un volumen mayor a los treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000m<sup>3</sup>/día) y por un plazo contractual no menor a seis (6) meses (...).”*



En el referido contrato se advierte que el servicio ha sido contratado con una cantidad diaria máxima de 400 000 m<sup>3</sup>/día y por un plazo de diez años, prorrogables automáticamente. De lo expuesto, se colige que SDF cumple los requisitos para ser considerado como un consumidor independiente.

En cuanto a la materia objeto de la controversia, se puede observar que las pretensiones principales están vinculadas a aspectos relacionados con la etapa de nominación del servicio de transporte de gas natural contratado por SDF y la pretensión accesoria relacionada con la etapa de facturación por el servicio que se brinda.

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61<sup>o</sup> del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, la solución de conflictos entre concesionario del servicio de transporte y sus usuarios sobre aspectos tarifarios, no tarifarios, técnicos, ambientales y otros se resolverán mediante el mecanismo de solución de controversias.

Asimismo, el antes mencionado artículo 2<sup>o</sup> del ROSC establece que las controversias que sean sometidas a conocimiento del OSINERGMIN deben estar relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio.

Las Normas del Servicio identifican como aspectos inherentes al servicio de transporte las nominaciones diarias y la facturación.

En tal sentido, teniendo en cuenta que la naturaleza de las pretensiones principales y la pretensión accesoria están relacionadas con el cumplimiento de aspectos del servicio de transporte de gas natural que se identifican como condiciones inherentes a éste, recogidas en normas sujetas a supervisión por parte del regulador y que estos aspectos son de carácter técnico, se advierte que éstas se encuentran bajo el supuesto comprendido en el artículo 2<sup>o</sup> del ROSC.

En tanto la reclamación fue planteada respecto de una controversia entre SDF, en calidad de consumidor independiente, y GNLC, empresa que brinda servicios de transporte de gas natural vía la Red Principal de Distribución, sobre aspectos técnicos, ésta se encuentra dentro de los supuestos de hecho previstos en el artículo 2<sup>o</sup> del ROSC y son de competencia de los órganos de solución de controversias. En tal sentido, no es aplicable el Procedimiento de Reclamos de Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 671-2007-OS/CD. Cabe precisar que este procedimiento es aplicable para los reclamos relacionados con los servicios públicos y que en el caso de gas natural corresponde únicamente al servicio de distribución, que no es un aspecto que nos ocupe en el presente caso.

#### **4.2. Sobre la coexistencia del contrato firme y del contrato interrumpible**

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considera pertinente analizar en primer lugar la posibilidad que coexistan un contrato de servicio de transporte firme y un contrato de servicio de transporte interrumpible entre el concesionario y un mismo usuario.

Al respecto, el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos<sup>14</sup> define:

---

<sup>14</sup> Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 22 de noviembre de 2007.

*“2.45 Servicio Firme: El Servicio de Transporte que presta el Concesionario a los Usuarios con la estipulación de que éste no podrá estar sujeto a ninguna interrupción o reducción, salvo disposición en contrario contenida en este Reglamento, las Normas para el Servicio de Transporte, las Normas de Despacho y demás normas aplicables”.*

*“2.46 Servicio Interrumpible: Servicio de Transporte que presta el Concesionario a los Usuarios y que está sujeto a interrupciones o reducciones a opción del Concesionario, quien no podrá negarse a prestarlo, salvo por razones técnicas, en tanto exista capacidad disponible en su sistema”.*

Estas definiciones están también recogidas en las Normas del Servicio -artículos 4º y 5º-.

Si bien los dispositivos mencionados señalan en que consiste cada uno de los servicios - objetos de los contratos de transporte, no indican en qué casos procede celebrarse cada uno de ellos, ni si uno prima sobre el otro. Es decir, estos contratos son suscritos teniendo en cuenta las necesidades del usuario -puestas de manifiesto en sus propuestas para la Oferta Pública-, los resultados obtenidos en la Oferta Pública para la Contratación del Servicio de Transporte Firme vía la Red Principal de Distribución y Llamado para la Contratación del Servicio Interrumpible vía la Red Principal de Distribución y sobre lo dispuesto en las bases y condiciones del referido proceso.

Es así que, además, puede existir un contrato de transporte de servicio firme sin que sea exigible la existencia del contrato de transporte de servicio interrumpible o viceversa y sin que afecte la validez o vigencia del otro, es decir, cada uno de los contratos, ya sea de servicio firme o de servicio interrumpible es independiente uno del otro y por tanto cada uno de ellos sigue el propio curso que le corresponde sobre la base de sus propias estipulaciones y características de la modalidad de la prestación (firme o interrumpible).

En este mismo sentido, no existe disposición normativa alguna que establezca la preeminencia en el tiempo de uno de los referidos contratos, sobre el otro. Es decir, que uno de ellos deba suscribirse o ejecutarse antes que el otro para la validez del segundo -salvo lo dispuesto en el artículo 40º de las Normas del Servicio que analizaremos más adelante-.

Del mismo modo, en los contratos suscritos entre las partes no se ha establecido cláusula alguna que determine la preeminencia de unos de ellos sobre el otro.

#### **4.3. Sobre los contratos**

Como lo han manifestado las partes, los contratos de transporte a que nos referimos fueron suscritos como consecuencia de la transacción extrajudicial para dar término a la controversia sobre presión en el servicio de transporte de gas natural que acordaron GNLC y SDF y que fuera aprobada por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN N° 013-2008-TSC/38-2008-TSC de fecha 17 de diciembre de 2008.

Al respecto, cabe indicar que estos contratos si bien fueron suscritos como producto de la transacción extrajudicial, tuvieron su origen en la Décima Oferta Pública para la Contratación del Servicio de Transporte Firme vía la Red Principal de Distribución y Llamado para la Contratación del Servicio Interrumpible vía la Red Principal de

Distribución, por lo que se sujetan a lo que se estableció en las bases de la mencionada Oferta Pública, que es el contenido mínimo que debe tener un contrato de transporte, en concordancia con lo dispuesto en las Normas del Servicio y las Condiciones Generales, entre otras.

Las demás estipulaciones obedecen a la negociación que realizan las partes, posterior a la adjudicación.

Al respecto, tal como hemos indicado en el numeral anterior, cada uno de los contratos con sus propias estipulaciones. El Contrato Firme señala:

*“Cláusula Primera: Objeto.*

*El Concesionario prestará al Usuario un Servicio de Transporte Firme de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución (en adelante el “Servicio”), ..., de conformidad con las cláusulas y condiciones establecidas en el presente Contrato, ...”.*

*“Cláusula Tercera: Características del Servicio.*

*3.1 El Servicio objeto del presente Contrato se establece sobre la base del Servicio Firme (SF) de conformidad con las características establecidas en las Normas del Servicio de Transporte.*

*3.2 Con excepción de lo previsto en las Normas del Servicio, en las Normas de Despacho, y en el Servicio prestado bajo el presente Contrato no estará sujeto a reducción ni interrupción por parte del Concesionario”.*

*“Cláusula Cuarta: Plazo y Duración.*

*4.1 El presente Contrato entrará en vigencia a partir de la firma del mismo y se mantendrá vigente hasta el 1º de setiembre de 2023. La prestación del Servicio se iniciará una vez que el Usuario efectúe la primera nominación”.*

De otro lado, el Contrato Interrumpible señala lo siguiente:

*“Cláusula Primera: Objeto.*

*El Concesionario prestará al Usuario un Servicio de Transporte Interrumpible de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución (en adelante el “Servicio”), ... de conformidad con las cláusulas y condiciones establecidas en el presente Contrato, ...”.*

*“Cláusula Tercera: Características del Servicio.*

*3.1 El Servicio objeto del presente Contrato se establece sobre la base del Servicio Interrumpible (SI) de conformidad con las características establecidas en las Normas del Servicio de Transporte.*

*3.2 El Servicio prestado bajo el presente Contrato podrá ser reducido o interrumpido a opción del Concesionario quien no podrá negarse a prestarlo salvo por razones técnicas en tanto exista Capacidad Disponible en la Red de Distribución o en aquellos supuestos previstos en las Normas del Servicio de Transporte”*

*“Cláusula Cuarta: Plazo y Duración.*

*4.1 El presente Contrato entrará en vigencia a partir de la firma del mismo y se mantendrá vigente hasta el 21 de setiembre de 2032. La prestación del Servicio se iniciará una vez que el Usuario efectúe la primera nominación”.*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1402º del Código Civil “*el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones*”, sobre la base de esta definición analizaremos los referidos contratos suscritos por SDF y GNLC a fin de determinar desde cuando se estipula en éstos el inicio de las prestaciones materia de discusión.

Al respecto, de lo estipulado en los contratos indicados, se colige que el objeto de ambos contratos es la prestación del servicio de gas natural, uno bajo la modalidad de interrumpible, el otro de servicio firme. Estos contratos son, tal como comentamos en el numeral anterior, independientes uno de otro y cada cual con sus propias estipulaciones.

Teniendo en cuenta que las cláusulas del contrato deben ser interpretadas en coherencia como parte de un todo y no cada una en forma aislada, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto por la cláusula cuarta del Contrato Firme, concordada con la cláusula primera, la prestación del servicio de transporte firme de gas natural vía la red principal de distribución se iniciará con la primera nominación.

A su vez, conforme reza el Contrato Interrumpible, la prestación del servicio de transporte interrumpible de gas natural vía la red principal de distribución se iniciará con la primera nominación, según se encuentra dispuesto en la cláusula cuarta concordada con la cláusula primera del mismo contrato.

Ambos contratos contienen sus propias reglas, las cuales rigen para determinar las obligaciones y derechos de las partes para cada uno de los referidos contratos, es decir, no existe disposición contractual que determine que necesariamente debe utilizarse un servicio de transporte primero que el otro, sino que al igual de lo que se deriva de un análisis normativo, estos contratos tienen su propia vigencia, independiente uno del otro.

En ese sentido, se colige que el usuario estaba en la potestad de elegir cuál de los servicios objeto de los referidos contratos activaba primero. En este caso en concreto, de los documentos que obran en el expediente como de lo manifestado por las partes, SDF activó primero el de servicio interrumpible mediante la nominación que realizó el 17 de enero de 2009 y tres meses después el de servicio firme.

Es decir, durante el periodo comprendido entre enero a abril de 2009, SDF utilizó el servicio de transporte interrumpible según la nominación que realizó primero.

Esto fue lo que acordaron las partes en cada contrato y lo que fue plasmado en cada uno ellos, que la prestación que se deriva de cada contrato se activará con la primera nominación. Es pertinente destacar que en las propuestas presentadas por SDF a la Décima Oferta Pública, esta empresa indicó como fecha de inicio de los respectivos servicios de transporte, para el de servicio interrumpible el mes de setiembre de 2008 y para el servicio firme el mes de diciembre de 2008. Es decir, SDF manifestó desde un inicio que utilizaría primero un servicio, el interrumpible y tres meses después el otro, el firme, tal como sucedió en los hechos derivados de los contratos materia de análisis, nominó el interrumpible y tres meses después el firme.

No debe perderse de vista que el origen de la suscripción de estos contratos, si bien es la transacción extrajudicial suscrita por las partes, todo ello derivó de la Décima Oferta Pública, en la cual SDF ganó derecho de capacidad en los dos tipos de servicio de transporte. En este orden de ideas, se verifica que SDF actuó de acuerdo con las

propuestas que presentó en la referida oferta pública, primero utilizar un servicio -interrumpible- y tres meses después el otro -firme-. Teniendo en cuenta lo indicado por SDF en sus propuestas, GNLC no puede alegar desconocimiento de cómo se desarrollarían los hechos, pues esto había sido expresamente manifestado por la reclamante y evaluado por GNLC.

Al haber establecido las partes en los respectivos contratos que la prestación se iniciaría con la primera nominación y con el supuesto expuesto por SDF -en sus propuestas- que utilizaría primero el servicio interrumpible, luego el firme, es explícita la voluntad de las partes al contratar, y en concordancia con lo que establece el artículo 1361º del Código Civil, lo estipulado en los contratos suscritos es ley entre las partes y se presume que lo expresado en el contrato responde a la voluntad común de éstas.

Por último, es de destacar que si bien como lo hemos mencionado anteriormente, cada contrato es independiente uno de otro, se estipularon en ambos cláusulas idénticas *“La prestación del Servicio se iniciará una vez que el Usuario efectúe la primera nominación”*. Ante dos contratos surgidos de los mismos acontecimientos, bajo los mismos supuestos y con el mismo tenor, GNLC pretende atribuirle consecuencias distintas. Así manifiesta que la nominación sería válida para el Contrato de transporte de servicio interrumpible, más no para el de firme. En este último caso, la nominación sería, a entender de la reclamada meramente para fines operativos.

A la luz de las circunstancias en que se celebraron estos contratos, sus antecedentes y lo plasmado en los contratos, no cabe hacer distinciones donde el tenor de los respectivos contratos no lo hacen.

#### **4.4. Sobre la aplicación de la imputación de entregas diarias a la presente controversia.**

El artículo 40º de las Normas del Servicio textualmente señala que: *“cuando un usuario recibe en el Punto de Entrega volúmenes de Gas Natural en virtud de Contratos de Transporte de más de un tipo de Servicio de Transporte, se considerará que el Usuario ha recibido en el día la entrega de las cantidades autorizadas según los Servicios de Transporte atendidos de acuerdo al orden siguiente:*

- i) Servicio Firme*
  - ii) Servicio Interrumpible*
- ...”*

Es evidente que la posición de GNLC respecto del tenor de las cláusulas contractuales se deriva de una confusión al interpretar el artículo 40º de las Normas del Servicio en el sentido que está referido a la entrega de gas natural, sea cual sea el Contrato que se nomine, bastando que uno de los contratos se active para que se considere que el usuario ha recibido las cantidades autorizadas imputándose éstas, primero, al Contrato Firme. Tal interpretación no se ajusta al verdadero sentido de las Normas del Servicio cuyo texto es de aplicación únicamente cuando estuvieran ya activos ambos Contratos (el Firme y el Interrumpible), es decir, que se hubiera ya realizado la primera nominación de ambos contratos. En tal caso, cualquiera que sea la nominación, de un contrato o de otro, primero se imputará la entrega de las cantidades nominadas al servicio de transporte firme.

Es decir, la imputación de entregas diarias tal como lo señala la propia norma requiere que se den dos condiciones a saber: i) que se reciba gas natural, en sentido presente, no habla de futuro, de compromiso, sino en la actualidad, en el momento de la

imputación y que ii) se reciba el gas natural en virtud de más de un tipo de servicio de transporte, es decir, contratos de transporte de servicio firme y de servicio interrumpible.

Sólo cuando se cumplan esas condiciones es de aplicación lo dispuesto en el referido artículo 40°.

En el caso que nos ocupa, si bien hay dos contratos firmados bajo esos tipos de servicio; no había en el periodo materia de reclamación, la entrega de gas natural en virtud de los dos contratos, por cuanto como hemos analizado, ésta se realiza luego de la primera nominación y hasta el mes de abril de 2009 ésta no se había dado para el servicio firme.

De la revisión integral de los contratos con las normas aplicables, tenemos que para que se dé la prestación efectiva objeto de los contratos debe realizarse la primera nominación (cláusula 4.1 de cada Contrato), en ésta debe indicarse expresamente bajo que tipo de servicio de transporte debe realizarse (artículo 37° de las Normas del Servicio), en este sentido, sólo después que se brinde las prestaciones bajo los dos tipos de servicios, se puede hacer efectiva la imputación del artículo 40°, antes no.

#### **4.5. Sobre el abuso del derecho**

GNLC argumenta que al poder determinar SDF cuando nominará el servicio firme y por tanto, cuando estará en la obligación de pagar por éste, SDF estaría haciendo uso abusivo de su derecho a nominar, por cuanto no sólo la reclamante tendría derecho a usar el servicio de transporte sino a decidir cuando GNLC le va a cobrar el cargo por reserva de capacidad.<sup>15</sup>

Además, que SDF no estaría actuando de buena fe, sobre la base del contexto en que se celebraron ambos contratos y que SDF necesitaría inmediatamente el servicio firme, sino también por la reserva de capacidad que viene efectuando GNLC desde la fecha de suscripción del Contrato Firme y que no estaría siendo remunerada por SDF, más aun si el artículo 2.10° de las Normas del Servicio establece que el cargo por reserva de capacidad en el servicio firme se paga mensualmente sólo por la disponibilidad de la capacidad reservada diaria y no por su uso efectivo.

Al respecto y justamente bajo el contexto en el cual se suscitaron los hechos que originaron la suscripción de estos contratos, es que consideramos que no puede alegarse abuso del derecho por parte de SDF por cuanto tal como señaláramos anteriormente, de acuerdo con las propuestas presentadas por SDF en la Décimo Oferta Pública, éste manifiestamente expresó las oportunidades en que comenzarían a utilizar los servicios de transporte, uno primero y el segundo a los tres meses, tal cual como efectivamente ocurrió en los hechos. -las fechas debían ajustarse a la oportunidad en que se suscribieron los contratos, diciembre de 2008 y ya no a la fecha en que originalmente debían darse dada la controversia que surgió, Expediente N° 46 - 2008.CC-.

GNLC tiene y tenía pleno conocimiento de cuando SDF iba a nominar cada servicio, de acuerdo con las propuestas presentadas por SDF, además conoce mejor que nadie cual es la capacidad disponible de gas natural en la red de transporte y en la red de distribución dada su condición de operador y conoce también quienes son los

---

<sup>15</sup> De acuerdo con lo que establecen los numerales 2.9 y 2.10 de las Normas del Servicio, el cargo por reserva de capacidad es el pago mensual por la capacidad reservada -máximo volumen de gas natural que el Concesionario está obligado a transportar- para el usuario según lo acordado en el contrato de transporte con servicio firme.

interesados en obtener esa capacidad, cuales sus necesidades y en que oportunidad y bajo que tipo de servicio, por cuanto es GNLC es quien elabora las bases para las ofertas públicas y quien evalúa dichas postulaciones.

Es decir, GNLC contaba y cuenta con toda la información necesaria para adoptar decisiones como la suscripción de los contratos, en que fecha se iniciaría el servicio, entre otros. Por tanto, quien maneja la información, tenía mejor posición para negociar y finalmente suscribir el contrato.

Los riesgos de que el usuario no nomine el servicio firme desde la suscripción del contrato debe asumírselos el transportista, es un riesgo del negocio.

De otro lado, tal como se ha manifestado, SDF ya nominó el contrato firme; por tanto, el supuesto de mantener indefinidamente una situación de no definición en perjuicio de GNLC está descartado.

#### **4.6. Sobre el contrato con el productor**

Analizando el contrato de suministro de gas natural suscrito por SDF con el consorcio operador del Lote 88 (el proyecto Camisea) el 22 de mayo del 2008, de manera previa a los Contratos Firme e Interrumpible que suscribiera con GNLC el 05 de diciembre de 2008, se observa:

- a. Existe correspondencia entre la Cantidad Diaria Contractual (CDC) de 200 000 m<sup>3</sup> std/día requerida al productor, cantidad sobre la que aplica la cláusula de *Take or Pay* (Toma o Paga) que asegura un pago firme al productor de parte de SDF, se consuma o no dicha cantidad; y los 200 000 m<sup>3</sup> std/día requeridos a GNLC como Capacidad Reservada Diaria (CRD) en el Contrato Firme, que se paga, se utilice o no dicha capacidad. Este hecho manifiesta una contratación lógica y coordinada de parte de SDF.
- b. Existe correspondencia también, entre la Cantidad Diaria Máxima (CDM) de 400 000 m<sup>3</sup> std/día requerida al productor, que representa la máxima cantidad que SDF podría nominar por día; y los 400 000 m<sup>3</sup> std/día que podría transportar por la Red Principal de GNLC, en virtud de la suma de las capacidades de transporte de 200 000 m<sup>3</sup> std/día (CRD) del Contrato Firme y los 200 000 m<sup>3</sup> std/día solicitados como Cantidad Interrumpible Máxima en el Contrato Interrumpible. Se reitera por tanto, una lógica manifiesta en la contratación de SDF.

El análisis anterior, confirma que la conducta de SDF ha sido coherente y pública, en cuanto a sus contrataciones de suministro de gas natural y servicios de transporte asociados, enervando por tanto, la suposición que SDF, vía interpretación de los contratos de transporte, busque justificar una decisión errónea de su parte.

#### **4.7. Sobre la Garantía de Red Principal**

La Garantía por Red Principal (GRP), a la que se hace mención en la presente controversia, de acuerdo con las normas que la regulan tales como la Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, Ley N° 27133<sup>16</sup>; su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 040-99-EM<sup>17</sup> y otras normas

<sup>16</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 04 de junio de 1999.

<sup>17</sup> Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de setiembre de 1999.

complementarias como las aprobadas con el Decreto Legislativo N° 1041<sup>18</sup>; funciona en la práctica con las características de un contrato de servicio de transporte firme, cuyas principales responsabilidades competen a los clientes eléctricos y al operador de la Red Principal. En este sentido:

- a. Los clientes eléctricos a través de los cargos por GRP que abonan en sus tarifas eléctricas, le garantizan al operador de la Red Principal (GNLC y TGP), un Ingreso Garantizado Anual (IGA), que constituye el monto máximo que dicho operador debe recibir por sus servicios de transporte vía la Red Principal, y que los obtiene recaudando los Ingresos Reales por Servicio (IRS) de los contratos de servicio de transporte firme y de los contratos de servicio de transporte interrumpible suscritos con sus clientes, complementados con los mencionados cargos por GRP que abonan los clientes eléctricos. Así una característica de este esquema que resulta similar a un contrato de servicio de transporte firme, es que el operador de la Red Principal, transporte o no gas natural, tiene garantizada una remuneración fija anual (el IGA) por las instalaciones de transporte que dicho operador debe construir y operar en la Red Principal como parte de la contraprestación.
- b. Las instalaciones de la Red Principal que se remuneran con el IGA, de acuerdo con sus respectivos contratos BOOT (acrónimo en inglés de Construir-Poseer-Operar y Transferir) suscritos con el Estado Peruano, pueden efectuarse de manera gradual por parte del operador, hasta alcanzar finalmente las capacidades previstas en dichos contratos, valores estos últimos, que sirvieron para determinar la remuneración garantizada que se les viene pagando. La gradual ampliación de las instalaciones de la Red Principal, les es exigida a los operadores en virtud únicamente de las demandas por servicio firme que les sean planteados por los usuarios de dicha red.
- c. La necesidad de contratos de servicio de transporte firme para obligar la ampliación de las instalaciones de la Red Principal, hasta la capacidad que se viene remunerando al operador, ha llevado a que el Estado promueva la conversión de los contratos de servicio de transporte interrumpible existentes en contratos de servicio de transporte firme. Así, uno de los considerandos del Decreto Legislativo N° 1041 señala: *“Que, se requiere con urgencia la ampliación de la Red Principal, la cual se realizará conforme se incrementen los contratos por Servicio Firme asumidos por los usuarios de dicha red, y teniendo en cuenta que casi dos tercios del uso de la Red Principal se debe a los generadores eléctricos, se hace necesario incentivar a dichos clientes a firmar contratos de transporte de gas natural en la modalidad de Servicio Firme”*.

De lo señalado anteriormente, se coligen las siguientes conclusiones en relación con la controversia entre GNLC y SDF:

- i. En el marco establecido, GNLC no se ve afectada económicamente por el Contrato Firme suscrito con SDF, dado que sus ingresos se mantienen inalterados, y son iguales al Ingreso Garantizado Anual (IGA), monto que remunera una capacidad superior a la demanda de servicio firme de transporte existente;

---

<sup>18</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 26 de junio de 2008.



- ii. El Contrato Firme suscrito entre GNLC y SDF, no afecta patrimonialmente a otros usuarios y consumidores, por la reserva de capacidad que se realiza en virtud del Contrato Firme, dado que la suscripción de éste conlleva a la ampliación de la Red Principal hasta la capacidad establecida en los Contratos BOOT, capacidad que ya se viene remunerando.
- iii. La sola mención en los considerandos de la norma sobre la necesidad de incentivar que los generadores eléctricos, que hacen uso de casi dos tercios de la capacidad de la Red Principal, firmen contratos de transporte de gas natural en la modalidad de servicio firme; presupone que dichos clientes venían haciendo uso de la Red Principal en la modalidad de Contratos Interrumpibles, la única modalidad alternativa prevista en las normas; se deduce por lo tanto, que no resulta incompatible para SDF actuando como generador eléctrico, contar sólo con el servicio interrumpible de transporte de gas, en orden de desarrollar actividades de generación eléctrica e ingresar al despacho en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

#### **4.8. Sobre la corrección de los recibos de distribución de gas natural**

Habiéndose establecido que SDF tenía la potestad de determinar que servicio utilizaba en primer lugar y por tanto, mediante la nominación activarlo, tal como en efecto nominó primero el servicio interrumpible, corresponde que los Recibos de Distribución de Gas Natural Nos. 0001-00257531, 0001-00267609, 0001-00269929 y 0001-00293196 sean corregidos por GNLC sobre la base de lo resuelto en la presente controversia.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS/CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD, 752-2007-OS/CD y 674-2008-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

#### **SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1º.-** Declarar fundada la reclamación presentada por SDF ENERGÍA S.A.C. y que la nominación que realizó mediante correo electrónico de fecha 17 de enero de 2009 constituye la primera nominación efectuada en virtud del Contrato de Servicio de Transporte Interrumpible de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución, habiéndose dado inicio, con dicha nominación, únicamente a la prestación del servicio de transporte interrumpible, sobre la base de lo expuesto en los considerandos de la presente resolución.

**ARTÍCULO 2º.-** Declarar que las nominaciones efectuadas por SDF ENERGÍA S.A.C., desde el 17 de enero de 2009 deben ser consideradas como nominaciones en virtud del Contrato de Servicio de Transporte Interrumpible de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución hasta la fecha de inicio de la prestación del servicio de transporte firme de gas natural vía la Red Principal de Distribución, es decir, hasta el 01 de mayo de 2009, no habiéndose activado el Contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución antes del 23 de febrero de 2009, fecha de inicio de la reclamación que origina la presente resolución.

**ARTÍCULO 3º.-** Declarar que GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. debe corregir los recibos de Distribución de Gas Natural Nos. 0001-00257531, 0001-00267609, 0001-00269929 y 0001-00293196, sobre la base de lo expuesto en los considerandos de la presente resolución.

**ARTÍCULO 4º.-** Declarar el fin de la primera instancia administrativa. Asimismo señalar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 206.2º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y el artículo 47º del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias, sólo procede contra esta resolución la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución impugnada.

---

Juan Carlos Liu Yonsen  
Presidente  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

---

Sergio León Martínez  
Integrante  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

---

Víctor Alberto Del Carpio Bacigalupo  
Integrante  
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc