

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 006-2015-OS/CC-91**

Lima, 11 de marzo de 2015.

SUMILLA:

EL concesionario está obligado a prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes que se encuentran en una misma categoría, tratándose de prestaciones equivalentes, en el caso de análisis, las mismas condiciones económicas.

VISTO:

El expediente sobre la controversia suscitada por la reclamación presentada por EDEGEL S.A.A., en adelante EDEGEL o la reclamante, contra GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A., en adelante CÁLIDDA o la reclamada, sobre el reconocimiento del mismo descuento que se le otorga a la empresa KALLPA GENERACIÓN S.A., en adelante KALLPA, en la facturación de la Tarifa Única de Distribución aprobada por Osinergmin, en adelante TUD, desde el 1 de enero del 2014.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 201400123352, el día 18 de setiembre de 2014, EDEGEL presentó reclamación contra CÁLIDDA.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 201-2014-OS/CD, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2014-OS/CC-91, de fecha 13 de octubre de 2014, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por EDEGEL. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a la empresa reclamada un plazo máximo de quince (15) días hábiles para que la empresa conteste.
- 1.4. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2014-OS/CC-91, de fecha 23 de octubre de 2014, se dispuso poner en conocimiento de CÁLIDDA el Informe Técnico Legal N° 5-2014-OS-GFGN/ALGN, emitido por la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural, en adelante GFGN, en atención a la solicitud presentada por la reclamada el 22 de octubre de 2014.

- 1.5. Mediante escrito presentado el día 10 de noviembre de 2014, CÁLIDDA dedujo la excepción de incompetencia y contestó la reclamación de EDEGEL.
- 1.6. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 003-2014-OS/CC-91, de fecha 11 de noviembre de 2014, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 26 de noviembre de 2014.
- 1.7. El día 25 de noviembre de 2014, CÁLIDDA presentó un escrito al cual adjuntó el informe legal del consultor Laub & Quijandria Consultores y Abogados a fin de sustentar su posición respecto de la falta de competencia de Osinergmin para resolver la presente controversia, la inexistencia de incumplimiento por parte de CÁLIDDA de las normas aplicables al servicio de distribución de gas natural por red de ductos.
- 1.8. Los días 26 de noviembre de 2014 y 11 de diciembre de 2014 se llevó a cabo la Audiencia Única -sesiones uno y dos- convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de las partes, quienes expusieron sus respectivas posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS-CD¹, en adelante TUO del ROSC, se procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes. Asimismo, la presidencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc invitó a las partes a conciliar, respecto de lo cual las partes manifestaron su deseo de continuar con la controversia. Seguidamente, la presidencia comunicó que la conciliación puede producirse en cualquier momento del procedimiento hasta antes que se emita la resolución final de segunda instancia, salvo que la resolución de primera instancia hubiese quedado consentida. Es de precisar, que en el mismo acto CÁLIDDA manifestó que había solicitado la declaratoria de confidencialidad del Acuerdo de Transacción Extrajudicial, Transferencia de Bienes, Constitución de Derechos de Servidumbre de Ocupación, Paso y Tránsito y Desistimiento, medio probatorio exhibido por esta a solicitud de EDEGEL; en tal sentido, se suspendió el procedimiento hasta que se emita pronunciamiento sobre la solicitud de confidencialidad.
- 1.9. Mediante Memorándum Nos. SEC.CC/TSC-5-2005 y SEC.CC/TSC-6-2015, la Secretaria General del Tribunal y Cuerpos Colegiados informa al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que se declaró la confidencialidad del Acuerdo de Transacción Extrajudicial, Transferencia de Bienes, Constitución de Derechos de Servidumbre de Ocupación, Paso y Tránsito y Desistimiento, mediante Resolución N° 003-2015-OS-ST.CC/TSC, la cual quedo firme.
- 1.10. El día 27 de enero de 2015, EDEGEL presentó sus alegatos finales.
- 1.11. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2015-OS/CC-91, de fecha 28 de enero de 2015, considerando que concluyó el procedimiento de declaratoria de confidencialidad, corresponde proseguir con el presente procedimiento por lo que se otorgó a las partes el plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos finales considerando que debe continuarse el presente procedimiento.
- 1.12. El día 5 de febrero de 2015, CÁLIDDA presentó sus alegatos finales y EDEGEL presentó un escrito en el cual complementa sus alegatos finales.

¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 2013.

- 1.13. El día 19 de febrero de 2015, EDEGEL presentó un escrito mediante el cual se opuso a los nuevos argumentos y pruebas que CÁLIDDA incorporó mediante su escrito de alegatos finales.
- 1.14. 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 EDEGEL:

EDEGEL sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos de reclamación, alegatos; y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.1.1. Fundamentos de hecho:

- El 22 de setiembre de 2008², CÁLIDDA y EDEGEL suscribieron los Contratos de Servicios de Transporte Firme de Gas Natural Vía la Red Principal de Distribución para las Centrales Térmicas Santa Rosa y Ventanilla, en adelante Los Contratos. En la Cláusula Octava de Los Contratos se estipula que EDEGEL deberá pagar la TUD por el suministro de gas.
- EDEGEL señala que, en concordancia con la obligación de CÁLIDDA de otorgar a sus usuarios condiciones equivalentes, en la Segunda Cláusula Adicional de Los Contratos se indica claramente lo siguiente:

SEGUNDA CLÁUSULA ADICIONAL

(...)

De igual manera, las condiciones del Contrato se adecuarán en caso el Concesionario otorgue a otros usuarios de los servicios de transporte firme de gas natural, ya sea vía contrato o disposición emitida por el órgano u autoridad competente, condiciones más favorables que las acordadas en el Contrato; desde que lo solicite el Usuario y siempre que las condiciones sean equivalentes. (Subrayado de EDEGEL).

- El 30 de setiembre de 2010, CÁLIDDA suscribió con KALLPA el Contrato de Servicio de Distribución de Gas Natural en alta presión, en adelante El Contrato KALLPA³, y en la Cláusula 9.2 acordaron el pago de la TUD. Además, estipularon que para efectos de la facturación y pago de la TUD, en adición a las tarifas vigentes aprobadas por Osinergmin, se deberá tener en cuenta lo señalado en el Anexo E⁴, el cual detalla la aplicación de un descuento:

² Los Contratos fueron elevados a Escritura Pública el 29 de setiembre de 2008.

³ El Contrato KALLPA fue elevado a Escritura Pública el 5 de octubre de 2010.

⁴ *CLAUSULA NOVENA: TARIFA Y FACTURACIÓN*

(...)

9.2. A partir del 1 de enero de 2014, el Usuario pagará al Concesionario por el Servicio el monto que resulte de aplicar el esquema de facturación y tarifas aplicables según las resoluciones tarifarias vigentes aprobadas por Osinergmin conforme a las disposiciones vigentes y a lo señalado en el Anexo E. Las tarifas aplicables serán

ANEXO E

Factores aplicables a la facturación por el Servicio de Distribución de Gas Natural.

*A partir de 1 de enero de 2014 y tomando en consideración (i) el plazo de vigencia del Contrato, (ii) la Capacidad Reservada Diaria establecida en el Anexo B del presente Contrato y (iii) el porcentaje de la demanda del Usuario que se cubre con la misma, se aplicarán a la facturación mensual para la CRD del Usuario, conforme a las disposiciones vigentes, **un descuento expresado en los siguientes factores:***

Capacidad Reservada Diaria (CRD) (Std m ³ /día)	Volumen Consumido (Std m ³ /día).			Factor aplicable a la facturación para la CRD
	Límite Inferior	Hasta	Límite Superior	
3,710.000	0.00	Hasta	3,339,000	0.8775
3,710.000	3,339,000	Hasta	3,376,100	0.8825
3,710.000	3,376,100	Hasta	3,413,200	0.8925
3,710.000	3,413,200	Hasta	3,450,300	0.9025
3,710.000	3,450,300	Hasta	3,487,400	0.9125
3,710.000	3,487,400	Hasta	3,524,500	0.9225
3,710.000	3,524,500	Hasta	3,561,600	0.9325
3,710.000	3,561,600	Hasta	3,598,700	0.9425
3,710.000	3,598,700	Hasta	3,635,800	0.9525
3,710.000	3,635,800	Hasta	3,672,900	0.9625
3,710.000	3,672,900	Hasta	3,710.000	0.9725

El Volumen Consumido al cual se hace referencia en la tabla anterior se determina como el volumen consumido en el mes de facturación dividido entre el número de días correspondientes a dicho mes. (Subrayado y resaltado de EDEGEL).

- Señala que el Contrato KALLPA contempla un descuento a la facturación de la TUD que KALLPA debe pagar a CÁLIDDA, en adelante El Descuento, que no ha sido considerado en Los Contratos. Agrega que lo descrito configuraría un caso de prestaciones equivalentes con condiciones desiguales.

2.1.2. Sobre la solicitud de adecuación presentada por EDEGEL y la negativa injustificada de CÁLIDDA:

- EDEGEL señala que ante la situación expuesta en el numeral anterior y en cumplimiento del procedimiento establecido en la Segunda Cláusula Adicional de Los Contratos, el 17 de diciembre de 2013, remitió a CÁLIDDA la Carta N° GGEyC-358-2013, mediante la cual le solicitó adecuar Los Contratos y que se aplique en estos El Descuento en las mismas condiciones que las previstas en El Contrato KALLPA. Asimismo, solicitó que tal adecuación se hiciera efectiva a partir del 1 de enero de 2014, por ser esta la fecha en la cual tal condición se haría efectiva para KALLPA.

actualizadas y/o ajustadas conforme a las fórmulas y procedimientos que se establezcan de acuerdo a las normatividad vigente. (...). (Negrita y subrayado de EDEGEL).

- Indica, que en respuesta a su solicitud, mediante Carta N° 2014-001973, notificada a EDEGEL el 23 de enero de 2014, CÁLIDDA manifestó lo siguiente:

(...) el descuento contenido en el Anexo E del Contrato se efectuó como resultado de una negociación privada para una operación de compra de activo (transferencia del ducto de uso propio) realizado a dicha empresa a efectos de su incorporación en el sistema de distribución de gas natural de Lima y Callao. Dicha operación se realizó en el ámbito de aplicación del derecho privado y se encuentra sujeta a un estricto régimen de confidencialidad.

Así, para que se configure el supuesto de condición "desfavorable" o "desigual" al que hace referencia EDEGEL, tendrían en primer lugar que haberse producido situaciones o prestaciones equivalentes, lo cual como es de su conocimiento, no ha ocurrido en la relación comercial existente entre CÁLIDDA y EDEGEL. (Subrayado de EDEGEL).

- Sostiene que el único argumento de CÁLIDDA en relación a que Los Contratos y El Contrato KALLPA no son contratos con prestaciones equivalentes, es que este último se suscribió como resultado de un contrato de transferencia de ducto de uso propio, denominado "Acuerdo de Transacción Extrajudicial, Transferencia de Bienes, Constitución de Derechos de Servidumbre de Ocupación, Paso y Tránsito y Desistimientos", en adelante Transacción CÁLIDDA-KALLPA. Sin embargo, a EDEGEL no se le ha permitido tener acceso a dicho contrato, indicando que se encuentra sujeto a un estricto régimen de confidencialidad.

2.1.3. Fundamentos de derecho:

- El literal a) del numeral 3.2. del artículo 3° del Reglamento de la Ley de Promoción de Desarrollo de la Industria del Gas Natural, aprobado por Decreto Supremo N° 040-99-EM, en adelante D.S. N° 040-99-EM.
- La Cláusula 9.16 de El Contrato Boot de Concesión de la Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, suscrito por el Estado Peruano con CÁLIDDA, en adelante El Contrato BOOT⁵, reitera la misma obligación:

CLÁUSULA 9

OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

(...)

9.16 Los contratos por el Servicio de Distribución que suscriba la Sociedad Concesionaria con los Usuarios de la Red se regirán por los siguientes criterios, los mismos que deberán incluirse en cada uno de los referidos contratos:

a) No se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

(...) (Subrayado y resaltado de EDEGEL).

⁵ El Contrato BOOT fue suscrito el 9 de diciembre de 2000 entre Transportadora de Gas del Perú S.A. y el Estado Peruano; sin embargo, posteriormente, mediante Resolución Suprema N° 15-2002-EM, se aprobó la cesión de posición contractual a CÁLIDDA el 1 de mayo de 2002.

- EDEGEL argumenta que Los Contratos recogen la obligación específica de CÁLIDDA de otorgar a EDEGEL cualquier condición más favorable que sea otorgada a otro usuario. Agrega que en la Segunda Cláusula Adicional de Los Contratos se estipula un mecanismo de adecuación automática, por el que CÁLIDDA se obliga a adecuar las condiciones de Los Contratos desde el momento en que EDEGEL se lo solicite, exigiendo para ello únicamente que las condiciones del otro contrato sean equivalentes.
- Sostiene que el servicio de distribución de gas natural que CÁLIDDA ofrece a EDEGEL y KALLPA (ambas generadoras eléctricas) tiene la misma naturaleza y características. Se trata de un servicio público que utiliza una sola red de distribución, cuyas características y tarifas se encuentran estrictamente reguladas.
- A decir de EDEGEL, el servicio que CÁLIDDA ofrece a ambas empresas es exactamente el mismo -consumidores independientes, con contrato de servicio de distribución en condición firme- y no existe justificación alguna para aplicarles precios distintos -son generadores y tienen categoría GE, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4° de la Resolución N° 261-2009-OS-CD, mediante la cual se publicaron las Tarifas de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao Tarifas Únicas-. Agrega que pese a ello, CÁLIDDA se viene negando desde hace casi un año a cumplir con su obligación de reconocer a EDEGEL El Descuento, al que tendría derecho desde el 1 de enero de 2014, lo cual constituye una flagrante vulneración al marco legal y contractual que rige su actuación. Lo que le viene causando, serios perjuicios económicos, que deberán ser reconocidos y subsanados por CÁLIDDA.
- Argumenta que lo único que ha manifestado CÁLIDDA para explicar su negativa a reconocer El Descuento a favor de EDEGEL, es que El Contrato KALLPA se suscribió como resultado del acuerdo que reguló la transferencia del ducto de uso propio de KALLPA a favor de CÁLIDDA, por lo que no contiene prestaciones equivalentes a las de Los Contratos suscritos con EDEGEL.
- Para EDEGEL, la transferencia de ducto de uso propio no depende exclusivamente de la voluntad de dos privados; por tanto, el acuerdo de transferencia de ducto es el cumplimiento, por parte de KALLPA, del marco legal y contractual que otorga a CÁLIDDA el derecho de exclusividad en la distribución de gas natural en Lima y Callao, conforme lo señala el artículo 8° del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM, en adelante Reglamento de Distribución, y la cláusula 3.1 de El Contrato BOOT, que señala al respecto:

Cláusula 3.1 del Contrato BOOT:

3.1 Exclusividad del Servicio y desarrollo del Sistema de Distribución

*El Servicio de Distribución **tendrá el carácter de exclusivo en todo el Área de la Concesión** durante el Plazo del Contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 3.1.3.*

(Subrayado y negrita de EDEGEL).

- Señala que, cuando se otorgó a KALLPA la autorización para instalar un ducto de uso propio (Resolución Directoral N° 069-2007-EM/DGH), se hizo referencia a que ésta no configuraba una renuncia al derecho de exclusividad de CÁLIDDA, tal como ha sido

explicado por el MINEM en los considerandos de la Resolución N° 138-2009-EM/DGH (que modificó la referida autorización):

Que, la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. al señalar la inviabilidad económica para atender a las centrales de las empresas Enersur S.A. y Globeleq Perú S.A., hoy Kallpa Generación S.A., mediante comunicación GL.BCE.620010 de fecha 12 de diciembre de 2005, y analizar el caso de las dos centrales mencionadas, precisó que dicha situación no representa de ninguna forma una renuncia al derecho de exclusividad que ostenta dentro del área de concesión y que es la única autorizada para prestar el servicio público de distribución de gas natural por red de ductos dentro del departamento de Lima y la provincia Constitucional del Callao por el plazo indicado en el Contrato BOOT. (Subrayado de EDEGEL).

- Hace referencia a lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto Supremo N° 82-2009-EM, que modificó el Decreto Supremo N° 048-2008-EM, sobre Disposiciones para Unificar Procedimientos Tarifarios de Ductos de Gas Natural, en adelante D.S. N° 082-2009-EM, dispositivo que dejó sin efecto la autorización de ducto de uso propio de KALLPA. Agrega que incluso el precio por la transferencia del ducto se encuentra regulado, estableciéndose que sólo se reconocerá en la tarifa el valor de los bienes que Osinergmin determine conforme al Reglamento de Distribución.
- A decir de EDEGEL, la posición de CÁLIDDA es insostenible. El contrato de transferencia de ducto de uso propio suscrito con KALLPA es totalmente ajeno a las prestaciones del servicio de distribución que surgen de El Contrato KALLPA. Precisa que el marco legal estableció el derecho de CÁLIDDA a recibir el ducto de uso propio de KALLPA a un precio determinado, sin que eso guarde relación alguna con el precio del servicio de distribución que luego CÁLIDDA brindaría a KALLPA. El otorgamiento de El Descuento no surge del marco legal ni es una condición para la transferencia del ducto, sino que se trata de una condición que CÁLIDDA ha brindado a KALLPA de manera libre y voluntaria, por lo que ahora también debe otorgarle la misma condición a EDEGEL en cumplimiento de sus obligaciones legales.
- Sostiene que KALLPA se ve favorecida por CÁLIDDA con El Descuento en desmedro de todos los demás generadores, entre ellos EDEGEL, los que son usuarios del sistema de distribución y que pagan por un servicio cuya prestación debe ser neutral (sin privilegios).
- Argumenta, que el marco legal impone expresamente a CÁLIDDA la obligación de aplicar las tarifas de acuerdo con la normatividad vigente. Indica que en el presente caso, la aplicación de El Descuento a KALLPA y no a EDEGEL supone un incumplimiento de la normativa vigente y de El Contrato BOOT, que prohíben a CÁLIDDA aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes. En tal sentido, señala que CÁLIDDA viene incumpliendo la normatividad vigente al momento de aplicar las tarifas, lo que supone, a su vez, una vulneración del artículo 42° del Reglamento de Distribución.

2.1.4. La discriminación en el cobro de la TUD es ilegal e injustificada:

- EDEGEL señala que el sustento de CÁLIDDA para sostener que las prestaciones con KALLPA y EDEGEL no son equivalentes serían las siguientes:

- i) La ubicación de la conexión de KALLPA es distinta de la de EDEGEL: El ducto de uso propio de KALLPA no se conectó a las instalaciones de distribución que operaba CÁLIDDA, sino al Sistema Principal de Transporte del concesionario Transportadora de Gas del Perú S.A., en adelante TGP.
 - ii) Las circunstancias de negociación: Estas circunstancias son: (i) negociaciones para la transferencia de un ducto de uso propio; y, (ii) presiones procesales promovidas por KALLPA.
- A decir de EDEGEL, estos argumentos no justifican la discriminación tarifaria efectuada por CÁLIDDA. Añade que el marco normativo y contractual vigente dispone claramente que la TUD es aplicable a todos los usuarios ubicados en la zona de concesión de CÁLIDDA, con independencia de su ubicación o nivel de presión de entrega. La única diferencia de precios aceptable a nivel tarifario está asociada al nivel de consumo y ésta es aprobada por Osinergmin en las distintas categorías tarifarias (discriminación positiva). Cualquier otra diferencia de precios basada en la existencia de "presiones regulatorias o procesales" y la ubicación de la conexión del usuario deviene en ilegal.

2.1.4.1. La TUD debe ser aplicada a todos los usuarios de una misma categoría con prescindencia de su ubicación:

- Señala que el principio de no discriminación está reconocido en la regulación tarifaria de la industria del gas natural, a través de las siguientes normas sectoriales:
 - El artículo 3° del D. S. N° 040-99-EM.
 - El literal a) del artículo 16.7 del D.S. N° 040-99-EM, que establece la regla aplicable a la finalización del período de garantía.
 - El artículo 107° del Reglamento de Distribución.
 - El artículo 4° del Decreto Supremo N° 048-2008-EM⁶, que modificó el Reglamento de la Ley N° 27133⁷, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-99-EM, en adelante D.S. N° 048-2008-EM, que crea o permite la aprobación de la TUD.
 - La Exposición de Motivos del D.S. N° 048-2008-EM señala lo siguiente:

*(...) los operadores de los ductos ubicados dentro del área de concesión de distribución deben formar parte del Sistema de Distribución de la Concesión de Lima y Callao, tiene sustento en la obligación del concesionario de abastecer a todos los usuarios a través de su sistema y en las relaciones comerciales por brindar el servicio de distribución de gas natural, **no puede aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; en tal sentido, las tarifas aplicables para mismos clientes deben ser iguales dentro de una misma concesión de distribución, supuesto que en la actualidad no se advierte, ya que los generadores eléctricos que vienen suministrándose de gas natural a través de un ducto de uso propio, pese a estar dentro de un área de concesión, no pagan tarifa de***

⁶ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 28 de setiembre de 2008.

⁷ Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, publicada el 04 de junio de 1999.

distribución, a diferencia de aquellos generadores que si se encuentran conectados a la red de distribución. La continuidad de esta situación genera distorsiones en la prestación del servicio de distribución en la concesión de Lima y Callao, ya que, las mismas industrias (generadores eléctricos) ubicadas en un mismo área de concesión, tienen suministro de gas natural de forma diferentes, unos a través de ductos de uso propio y otros a través del distribuidor (Negrita y subrayado de EDEGEL).

- Argumenta que como se observa en la citada exposición de motivos, las tarifas deben ser iguales dentro de una misma área de concesión, lo cual es recogido por la normativa antes citada y especialmente por el artículo 107° del Reglamento de Distribución, conforme al cual todos los usuarios pagarán la tarifa correspondiente a su categoría tarifaria, independientemente de la ubicación o el nivel de presión del suministro. El mismo artículo reconoce el único supuesto de discriminación aceptada, que es la agrupación de los usuarios por niveles de consumo. De tal forma que el usuario que hace poco uso del servicio pagará precios unitarios mayores, mientras que aquél que haga un mayor uso de las redes del distribuidor pagará precios unitarios menores. En este tipo de discriminación, es el propio usuario, mediante su nivel de uso o consumo, quien se discrimina.
- Finalmente, indica que la aclaratoria de la Adenda al Contrato BOOT, aprobada por Resolución Suprema N° 046-2010-EM del 16 de julio de 2010, establece categóricamente en su Cláusula Tercera:

*... el nuevo esquema tarifario aplicable a la prestación del Servicio de Distribución en el Área de Concesión de GNLC está basado en la aplicación de la Tarifa Única de Distribución, **la cual se establecerá únicamente por categoría de cliente o consumidor**, según rango de consumo, y deberán considerar las categorías especiales para el GNV y el generador eléctrico, **sin discriminar entre clientes o consumidores en una misma categoría tarifaria** (Negrita y subrayado de EDEGEL).*

- Sostiene que, tanto la normativa como el Contrato BOOT, son expresos cuando se refieren a la obligación de aplicar sin discriminación la TUD. Y la entidad competente para velar por estas disposiciones legales y contractuales es Osinergmin.
- A decir de EDEGEL, aceptar la postura de CÁLIDDA referente a que la obligación legal de no discriminación consiste únicamente en incorporar en los contratos que suscriba el distribuidor una cláusula de no discriminación, significaría que a Osinergmin solo le correspondería verificar si los contratos de CÁLIDDA contienen la cláusula de no discriminación; pero no le compete velar por su cumplimiento. Lo cual en opinión de EDEGEL resulta absurdo y alejado de la normatividad vigente.
- Sobre los argumentos de CÁLIDDA en relación a que las prestaciones de KALLPA y EDEGEL no son equivalentes debido a que la ubicación de la conexión de sus centrales térmicas es distinta y a que ambas utilizan distintos elementos de la red de distribución, indica que la normativa vigente dispone que los usuarios pagarán la tarifa correspondiente a su categoría tarifaria, independientemente de la ubicación del suministro, como se desprende del artículo 16.7 del Decreto Supremo N° 040-99-EM.

- Agrega que fue CÁLIDDA quien presentó al Ministerio de Energía y Minas la propuesta para contar con una tarifa única para todos los usuarios. Como consecuencia de esta iniciativa, se suscribió la Adenda al Contrato BOOT, aprobada por Resolución Suprema N° 046-2010-EM del 16 de julio de 2010, en virtud de la cual CÁLIDDA se obliga a aplicar una sola tarifa a todos los usuarios, sin discriminación. Parte de la propuesta de CÁLIDDA consistió en incorporar a su red de usuarios a aquellos consumidores que estaban conectados por ductos de uso propio, como KALLPA. La propuesta de CÁLIDDA consistió en que KALLPA, al igual que todos los demás usuarios, empezaran a pagar la misma tarifa, la TUD, según su categoría.
- En consecuencia, sostiene que no es válido justificar en la ubicación de KALLPA, un tratamiento discriminatorio, por cuanto tal interpretación es contraria a lo establecido en la normativa vigente y a la obligación asumida (y propuesta) por CÁLIDDA en su Contrato BOOT.
- Argumenta que CÁLIDDA sostiene que las circunstancias de las negociaciones con KALLPA determinarían que las prestaciones con EDEGEL no sean equivalentes.
- Señala que KALLPA, conforme al D. S. N° 082-2009-EM, estaba legalmente obligada a transferir su ducto de uso propio a CÁLIDDA y que las condiciones de dicha transferencia se encontraban reguladas por Osinergmin, de modo que aseguraban que KALLPA recupere la inversión que había realizado. Para EDEGEL fue en estricto cumplimiento de esta norma que KALLPA transfirió su ducto, por lo que no se trató de un proceso de negociación donde CÁLIDDA tuvo que "convencer" a KALLPA de que le transfiera el ducto, otorgándole condiciones especiales.
- Agrega que no era necesario mitigar el impacto económico que tendría la transferencia del ducto sobre KALLPA por dos razones: (i) porque la regulación obliga a CÁLIDDA a reconocer la inversión del ducto de uso propio y así ocurrió; (ii) porque el Estado creó un mecanismo de compensación adicional que tenía por objeto compensar a KALLPA de los efectos económicos que le significaría tener que pagar la TUD. Este mecanismo de compensación consistió en trasladar a los usuarios eléctricos de Lima y Callao los costos de la TUD que tendría que pagar KALLPA durante el período comprendido entre 2009 y enero 2014.
- A decir de EDEGEL, como lo ha reconocido CÁLIDDA, si bien KALLPA se encontraba en una posición ventajosa cuando tenía su ducto de uso propio y no tenía que pagar la TUD, el objetivo del D.S. N° 048-2008-EM fue eliminar esa distorsión y poner a KALLPA en la misma situación que las demás generadoras eléctricas, obligándola a pagar la TUD. Agrega que pese a lo indicado, CÁLIDDA ha optado por mantener la situación ventajosa que tenía KALLPA porque ha decidido, libre y voluntariamente, no cobrarle la TUD, sino un monto menor.
- Sostiene que la situación particular de KALLPA ha ocurrido por decisión de CÁLIDDA desde el inicio y por ello no es válido que tales decisiones perjudiquen a EDEGEL, como indica a continuación:
 - CÁLIDDA declaró como económica y técnicamente inviables las solicitudes de suministro de gas natural presentadas por las empresas generadoras en Chilca (ENERSUR y KALLPA), por lo que, mediante esta decisión, CÁLIDDA abrió la posibilidad de instalar y operar ductos de uso propio en su zona de concesión.

- La declaración de inviabilidad técnica y económica de estos suministros resulta extraño por lo siguiente: (i) los trabajos técnicos de la implementación de la conexión era sencilla; (ii) todos los costos serían asumidos por los generadores solicitantes; y, (iii) que esta posición de CÁLIDDA impidiera que más consumidores, especialmente los generadores que son muy intensivos en consumo de gas natural, absorbieran las tarifas de distribución de gas natural y rebajaran la GRP que pagaban todos los consumidores de electricidad del Perú, con evidente perjuicio para estos últimos.
 - Esta posición de CÁLIDDA puso en desventaja a los generadores eléctricos ubicados en su zona de distribución (EDEGEL y ETEVENSA), al tener que pagar las tarifas de distribución, mientras KALLPA no la pagaría.
- Para EDEGEL, las justificaciones elaboradas por CÁLIDDA en el presente procedimiento no son verdaderas, como se evidenciaría en el Transacción CÁLIDDA-KALLPA y el Contrato KALLPA, dado que ninguno de estos contratos indica que el descuento otorgado a KALLPA sobre la TUD obedece a las razones que ahora expone CÁLIDDA. Por el contrario, el texto de El Contrato KALLPA es muy claro cuando en el Anexo E explícita las razones de El Descuento.
 - Si se aplicaran estas mismas condiciones a EDEGEL, CÁLIDDA tendría que otorgarle el mismo descuento que otorga a KALLPA o uno mayor.
 - Finalmente, señala que la afirmación de CÁLIDDA respecto de que la conexión de EDEGEL a la red de CÁLIDDA *La pagó todo el Perú* y que la conexión de KALLPA *La pagó KALLPA-CÁLIDDA*⁸ no es correcta por cuanto la infraestructura que conecta a KALLPA con la red de transporte como la infraestructura que conecta a EDEGEL con esa misma red, son de propiedad de CÁLIDDA y han sido pagadas por ésta. El costo de toda la infraestructura ha sido incorporada en la base tarifaria de CÁLIDDA y, por lo tanto, es pagada por todos los usuarios de gas natural de Lima y Callao. Agrega que a KALLPA se le otorgó una compensación adicional que no se otorgó a EDEGEL y que fue pagada por todos los usuarios eléctricos.
 - Añade que, las obras comprometidas del Contrato BOOT que desarrolló CÁLIDDA solo comprendían a la altura de la Central Térmica Santa Rosa un pequeño tubo de derivación (de unos 2 metros) y una válvula de sacrificio (cierre); todo el resto de instalaciones de la propia concesionaria como de la Estación de Medición y Regulación de gas natural, tuvo que ser pagada por EDEGEL.
 - De otro lado, destaca que resultan irrelevantes las condiciones que haya otorgado CÁLIDDA a otras centrales de KALLPA (que no son materia de esta controversia), como es el caso de la Central Térmica Las Flores. Asimismo, señala que no es cierta la afirmación de CÁLIDDA de que el suministro de gas a la Central Térmica Las Flores sea una transacción que *se asimila a la asociada a las centrales de EDEGEL* (página 3 del informe de Laub & Quijandría), dado que ésta ha suscrito un contrato interrumpible, en el cual no se garantiza el suministro de gas, por lo que no es comparable con Los Contratos.
 - Asimismo, señala que no es correcta la afirmación de CÁLIDDA sobre que en el mercado de distribución de gas natural se presenta una situación similar a la del

⁸ Diapositiva 18 de la presentación del Dr. Laub en la Audiencia Única.

mercado de generación eléctrica, en el cual se otorgan descuentos atendiendo a las consideraciones y particularidades de cada caso, por cuanto en este último no existe un monopolio legal como si ocurre en el mercado de distribución de gas natural en Lima y Callao, donde CÁLIDDA ostenta el monopolio de un servicio público y por ello está obligada a respetar los principios de igualdad de acceso y no discriminación (principios que no han sido recogidos en la legislación aplicable a la generación eléctrica).

2.2. De la reclamada CÁLIDDA:

CÁLIDDA sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos mediante los cuales deduce excepción de incompetencia, contesta la reclamación, presenta informe legal y presenta sus alegatos; y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.2.1. Antecedentes

- CÁLIDDA señala que de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 2.9 del artículo 2° del Reglamento de Distribución, el consumidor independiente de gas natural, como lo son EDEGEL y KALLPA, según sus volúmenes de consumo contratados (volumen mayor a los 30 000 mil pies cúbicos por día), pueden adquirir gas natural, directamente del productor, concesionario o comercializador, así como el servicio de transporte. En lo que respecta al transporte y distribución participan en las Ofertas Públicas de capacidad de transporte y distribución.
- Indica que siendo EDEGEL un consumidor independiente de gas natural que tenía contratos de suministro con Pluspetrol y transporte con TGP, requería contratar el servicio de distribución para sus Centrales Térmicas de Ventanilla y Santa Rosa, razón por la cual participó en la Décimo Primera Oferta Pública para la Contratación del Servicio Firme y llamado para la Contratación de Servicio Interrumpible de Transporte de Gas Natural vía Red Principal de Distribución, convocada por CÁLIDDA el 13 de junio de 2008. Adjudicándose Los Contratos:
 - i) Contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural Vía la Red Principal de Distribución, por un volumen de 2´100,000 m3/día y con el Punto de Entrega en la Central Térmica Ventanilla, cuya vigencia se entiende hasta el 31 de diciembre de 2025; y,
 - ii) Contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural Vía la Red Principal de Distribución, por un volumen de 1´100,000 m3/día y con el Punto de Entrega en la Central Térmica Santa Rosa, cuya vigencia se extiende hasta el 31 de diciembre de 2019.
- El 28 de setiembre de 2008 se publicó el D.S. N° 048-2008-EM, con la finalidad de establecer nuevas tarifas que consideren las inversiones adicionales que se requerían para ampliar la capacidad mínima de la red principal de distribución y creó la TUD, que unificó en un solo sistema tarifario las tarifas por Red Principal de Distribución y otras Redes.
- El D.S. N° 048-2008-EM estableció, entre otras cosas, que sobre la base de la exclusividad del servicio de distribución otorgado a los concesionarios de distribución de gas natural por red de ductos, la TUD debía ser pagada (sin excepción) por todos aquellos consumidores de gas natural que se encontrasen ubicados dentro de su área

de concesión. Sobre la base de lo dispuesto en esta norma, la Central Térmica de KALLPA (que utiliza gas natural para la generación de electricidad), debía pagar la TUD.

- CÁLIDDA sostiene que a la fecha de emisión del D.S. N° 048-2008-EM, a diferencia de EDEGEL, KALLPA no mantenía relación alguna con CÁLIDDA, por tanto no estaba obligado a pagar por la prestación del servicio de distribución. Agrega que la razón de ello, era que KALLPA no recibía este servicio al ser propietario de un ducto de uso propio (autorizado mediante Resolución Directoral N° 069-2007-EM-DGH⁹), mediante el cual KALLPA transportaba el gas natural adquirido del productor y transportado por TGP, desde el punto de entrega de TGP hasta el ingreso a la Estación de Medición y Regulación de su central en Chilca.
- Precisa que los ductos de uso propio son instalaciones privadas de los consumidores, las que son instaladas de manera excepcional cuando el servicio de distribución solicitado por el consumidor no es viable -técnica y económicamente-, convirtiéndose en un mecanismo de solución de los consumidores que requieren transportar el gas natural a sus instalaciones y en una excepción a favor del distribuidor respecto de su obligación de brindar el servicio a todo aquel consumidor que se lo solicite.
- De manera complementaria al D.S. N° 048-2008-EM, el Estado Peruano emitió el D.S. N° 082-2009-EM, que dispuso que la autorización de Ducto de Uso Propio de KALLPA quedaría sin efecto al producirse cualquiera de los siguientes dos eventos:
 - i) *Al día siguiente que la concesionaria de Distribución de Lima y Callao y el Titular de la autorización, comuniquen conjuntamente a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinergmin, la suscripción de un acuerdo privado de transferencia de propiedad de los bienes materia del permiso de Ducto de Uso Propio, a favor de la concesionaria de distribución; o,*
 - ii) *A los 30 días luego que la Concesionaria de Distribución de Lima y Callao comunique a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinergmin, el término de la construcción de las obras y redes que le permita dar el servicio de distribución al Titular de la Autorización, de conformidad con las normas legales vigentes.*
- Indica que en atención al D.S. N° 082-2009-EM, el 30 de setiembre de 2010, CÁLIDDA y KALLPA celebraron la Transacción CÁLIDDA-KALLPA, por la cual se acordó transferir a favor de CÁLIDDA el ducto de uso propio de titularidad de KALLPA.
- Agrega que como parte de las negociaciones y los acuerdos para integrar el ducto de uso propio de KALLPA al sistema de distribución de gas natural, tal y como lo determinaba la aplicación de la opción i) del D.S. N° 082-2009-EM, CÁLIDDA se obligó frente a KALLPA a otorgarle El Descuento sobre la Capacidad Reservada Diaria que contratarían por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos. El Descuento corresponde a la negociación que se llevó a cabo entre las partes y que era específica a la situación de KALLPA.
- Resalta que el propio Estado Peruano reconoció a KALLPA un régimen especial en atención a su situación y/o condición especial (ingreso al sistema de distribución por efecto del D.S. N° 048-2008-EM y obligación de transferir su ducto de uso propio),

⁹ Autorización obtenida por KALLPA sobre base al Decreto Supremo N° 041-99-EM, Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por ductos, aplicable y vigente en esa fecha.

exonerándole mediante el D.S. N° 048-2008-EM -modificado por el D.S. N° 082-2009-EM de pagar la TUD desde 2010 hasta el 1 de enero de 2014.

- En virtud de la Transacción CÁLIDDA- KALLPA, estas empresas celebraron un Contrato de Distribución de Gas Natural en Alta Presión -Contrato KALLPA- por un volumen firme de 3'154,870 m³/día, desde el 30 de setiembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2013 y de 3'710,000 m³/día a partir del 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2033, es sobre este último volumen y plazo sobre el cual se aplica El Descuento.
- CÁLIDDA, mediante comunicación de fecha 21 de enero de 2014, dio respuesta a la solicitud de EDEGEL de que se le aplique El Descuento respecto de los consumos realizados en virtud de Los Contratos, precisando que El Descuento se efectuó como resultado de una negociación privada para una operación de compra de activo (transferencia de ducto de uso propio) de KALLPA a efectos de su incorporación en el sistema de distribución de gas natural de Lima y Callao y que para que se configure el supuesto de condición desfavorable o desigual al que hace referencia EDEGEL, tendrían que haberse producido situaciones o prestaciones equivalentes, lo cual no ocurrió en la relación comercial existente entre CÁLIDDA y EDEGEL.
- Para CÁLIDDA, la razón por la que no corresponde otorgarle el descuento solicitado a EDEGEL sería que su relación comercial con CÁLIDDA no tuvo su origen en la aplicación del régimen establecido en el D.S. N° 048-2008-EM, como sí sucedió con KALLPA, empresa que tuvo que construir y operar un ducto de uso propio para abastecer desde un inicio a su central térmica, asumiendo todos los costos para ello, mientras que EDEGEL no tuvo que asumir los costos involucrados para el abastecimiento de gas natural de sus centrales, los que fueron asumidos por CÁLIDDA. Agrega que, por esta razón CÁLIDDA tuvo que negociar y otorgar ciertos beneficios (compensaciones por daños) a fin que prosperase la transferencia del ducto de KALLPA.
- Con fecha 26 de marzo de 2014, CÁLIDDA y KALLPA celebraron un nuevo Contrato de Servicio de Distribución de Gas Natural para la Central Térmica Las Flores por un volumen de 320,000 m³/día hasta el 31 de diciembre de 2033. CÁLIDDA señala que en este contrato no se consideró ningún beneficio de descuento respecto de la TUD debido a que este contrato no se originó en el marco del D.S. N° 048-2008-EM, por lo cual las condiciones para la prestación del servicio son iguales a las condiciones del servicio que prestan a EDEGEL y a todos los generadores existentes a esa fecha.
- CÁLIDDA manifiesta que en el marco del presente procedimiento, la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin elaboró el Informe Técnico Legal N° 5-2014-OS-CFGN, en adelante El Informe; el cual, a decir de CÁLIDDA, es claro en señalar que la presente reclamación, tal y como ha sido planteada por EDEGEL -en aplicación de una cláusula pactada en Los Contratos- es de naturaleza comercial y responde a un acuerdo de partes respecto de lo cual Osinergmin no resulta competente.
- Agrega que, el Informe GFGN concluye que *la materia controvertida, conforme a los hechos descritos por la empresa, **podría** estar relacionada a la obligación establecida en el literal h) del artículo 42° del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-99-EM. (Énfasis de CÁLIDDA).*

- Argumenta que el Informe GFGN no concluye con certeza, y demuestra una inseguridad en la competencia de Osinergmin, respecto de si la presente reclamación consiste en el incumplimiento de alguna obligación legal relacionada con la aplicación de las tarifas fijadas a EDEGEL.

2.2.2. Sobre la materia controvertida planteada por EDEGEL:

- Para CÁLIDDA, lo que pretende EDEGEL es que se le aplique El Descuento a su tarifa por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos por considerar que existe un tratamiento diferenciado (no justificado), que contraviene Los Contratos, el Contrato BOOT, el D. S. N° 040-99-EM y el Reglamento de Distribución.
- Indica que, EDEGEL solicita El Descuento sustentándose en una supuesta obligación establecida en la Segunda Cláusula Adicional de Los Contratos, debido a que existen condiciones desfavorables aplicables a otros usuarios (KALLPA) que tienen condiciones equivalentes.
- Sostiene que deben analizarse detalladamente las condiciones existentes de cada agente para determinar si efectivamente se trata de un acto de discriminación en contra de EDEGEL o si se trata de un caso de diferenciación en tanto KALLPA y EDEGEL no tienen las mismas condiciones y precisa que ésta es una materia cuyo análisis compete exclusivamente al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en adelante Indecopi.
- Argumenta que la reclamación, como ha sido presentada por EDEGEL, corresponde al ámbito contractual entre privados. Señala que la propia EDEGEL ha aclarado en el desarrollo de sus argumentos que la controversia no versa específicamente sobre algún incumplimiento por parte de CÁLIDDA respecto de la aplicación de la categoría tarifaria que le corresponde a EDEGEL o, inclusive, a KALLPA como generadores.
- A decir de CÁLIDDA, la controversia se centra en el no otorgamiento de El Descuento a EDEGEL, el cual fue otorgado a favor de KALLPA como resultado de las negociaciones llevadas a cabo entre ésta y CÁLIDDA justificado en lo dispuesto por el D.S. N° 048-2008-EM y D.S. N° 082-2009-EM y no en la aplicación de categorías tarifarias distintas a KALLPA y EDEGEL.
- Agrega que la controversia no trata de un incumplimiento de una norma de orden público por cuanto, tanto el D.S. N° 040-99-EM como el Contrato BOOT solo establecen la obligación de CÁLIDDA de incluir en los contratos con sus clientes, entre otros, el principio de que no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Destaca que la norma no establece en ninguna forma como un remedio para un supuesto incumplimiento del principio mencionado que CÁLIDDA "adecúe" los contratos con sus clientes para incorporar en todos las condiciones que supuestamente generan una desigualdad entre ellos.

2.2.3. Excepción de incompetencia:

- Señala que dado que la controversia consiste en la aplicación o no de la Segunda Cláusula Adicional de Los Contratos, es decir, corresponde a un aspecto contractual

entre privados, Osinergmin no resulta competente para resolver la controversia planteada por EDEGEL.

- Sostiene que el artículo 46° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante RGO, y el literal a) del artículo 2° del TUO del ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer las controversias entre los distribuidores de gas natural -CÁLIDDA- y los usuarios libres -EDEGEL- que estén relacionadas con los servicios de distribución, sobre aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin. Agrega que de acuerdo con lo indicado, la reclamación presentada por EDEGEL sobre el supuesto incumplimiento de un compromiso contractual acordado con CÁLIDDA no se encuentra dentro de los supuestos sobre los cuales Osinergmin tendría competencia.
- Argumenta que la materia en controversia no representa el incumplimiento de algún aspecto relacionado con el servicio de distribución en sí mismo (técnico, regulatorio o normativo) ni está vinculada a contrato de concesión alguno.
- Indica que Osinergmin no es competente para resolver la controversia planteada por EDEGEL, por los siguientes motivos:
 - i) Por tratarse de una controversia de naturaleza comercial que responde a un acuerdo de partes y derivados de Los Contratos. Los Contratos prevén en la Cláusula Décimo Sexta la forma de solucionar este tipo de controversia.
 - ii) Por tratarse de una controversia relacionada con casos de libre competencia en donde se alega un posible abuso de posición de dominio consistente en una conducta en donde se aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloca de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; en tal sentido, la entidad competente es el Indecopi.
- Para CÁLIDDA, la solicitud de adecuación de Los Contratos tiene relación únicamente con un aspecto comercial, consistente en otorgar o no El Descuento, lo que está más allá de las condiciones del servicio.
- Destaca que la condición favorable que fue otorgada a KALLPA y que EDEGEL reclama, responde de un aspecto normativo aplicable en ese entonces a KALLPA (no siendo aplicable a EDEGEL quien tenía condiciones diferentes) y también comercial de interés para CÁLIDDA (alineado con los intereses del Estado Peruano de masificación del uso de gas natural), como fue el obtener la transferencia del ducto de uso propio de KALLPA a fin de incorporarlo al sistema de distribución para atender mayor demanda de distribución y ampliando la capacidad mínima de la red principal de distribución.
- Agrega que lo que pretende EDEGEL es que se le otorgue una condición que fue dada a KALLPA en el marco de la negociación para la transferencia de su ducto de uso propio, lo cual no está vinculado a aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio de distribución y, por tanto, no es de competencia de Osinergmin.
- Señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, mediante la Resolución N° 001-2014-OS/CC-91, ha admitido a trámite la reclamación sin haber motivado adecuadamente las razones por las cuales ha resuelto que es competente.

- Precisa que aplica a EDEGEL las tarifas que le corresponden conforme a la TUD aprobada por Osinergmin, lo cual no ha sido cuestionado por EDEGEL. Sostiene que tal como se puede apreciar de las facturas emitidas a EDEGEL y a KALLPA, a ambas empresas se les calcula el monto a pagar de la TUD sobre la base de la categoría tarifaria a la que pertenecen, esto es GE, y la tarifa fijada para esa categoría.
- Sostiene que el artículo 44° del RGO establece que quedan excluidas de la función de solución de controversias de Osinergmin aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Indecopi, como es el aplicar en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- Añade que la presente controversia no está relacionada a un tema regulatorio o tarifario, sino más bien a la supuesta "discriminación de precios" que CÁLIDDA estaría aplicando en perjuicio de EDEGEL. Agrega que esta figura está recogida en el ordenamiento jurídico peruano y cuenta con una vía procedimental específica para su represión.
- Señala que como regla general, toda empresa o persona que ostente posición de dominio en un mercado determinado está impedida de incurrir en ciertas conductas que tengan por objeto obtener beneficios y paralelamente causar perjuicios a sus competidores. Estas conductas se conocen como *abusos de posición de dominio*, y una de ellas se configura, precisamente, cuando quien tiene dicha posición otorga condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- Esta modalidad de abuso de posición de dominio también se conoce como "discriminación de precios" y ha sido regulada por el artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034, en adelante D.Leg. N° 1034.
- Señala que tal como pone en evidencia el profesor Eduardo Quintana¹⁰, la conducta recogida por la norma hace alusión a la denominada "discriminación en segunda línea", es decir, aquella que tiene efectos en un nivel distinto al mercado en el que opera la empresa que ofrece los precios o condiciones desiguales. En este caso, la empresa que tiene la posición de dominio vende un bien o presta un servicio en distintas condiciones a agentes que compiten en un mercado aguas abajo, favoreciendo directamente a uno, en perjuicio del resto. De esta manera, la empresa dominante en el mercado aguas arriba traslada poder de mercado a la que se ubica en el mercado aguas abajo y a la cual se le aplican condiciones más favorables, pues esta última obtiene un insumo a precio menor, lo que le permite competir con mejores precios sin que ello sea producto de su eficiencia.

¹⁰ QUINTANA, Eduardo. Discriminación de Precios y Libre Competencia: ¿Nuevos aires para una antigua figura? En ETHOS Revista de Derecho N° 1. Pág. 68. A decir de CÁLIDDA, si bien el autor comenta aquello que recogía la anterior norma de competencia (Decreto Legislativo N° 701), se advierte que en lo referido a la tipificación de la conducta que configura una discriminación de precios, esta norma y el Decreto Legislativo N° 1034 son iguales. Véase el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 y el literal b) del numeral 10.2 del artículo 2° del D. Leg. N° 1034.

- Agrega que la situación descrita en el párrafo anterior es precisamente aquella que EDEGEL pretende sustentar en el presente caso, por cuanto el hecho que CÁLIDDA preste el servicio de distribución de gas natural en condiciones aparentemente más favorables (descuentos) a KALLPA -y no le reconozca a EDEGEL las mismas condiciones- sitúa a EDEGEL en una situación de desventaja, que le estaría generando perjuicios económicos.
- Sostiene que todos los casos de abuso de posición de dominio, incluida la modalidad alegada por EDEGEL -discriminación de precios- son de competencia exclusiva de Indecopi, tal como lo expresa el artículo 13° y la Primera Disposición Complementaria Final del D.Leg. N° 1034; y los artículos 24° y 30° del Decreto Legislativo N° 1033 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, en adelante Ley de Indecopi.
- Además precisa que EDEGEL sustenta su reclamación en lo dispuesto en Los Contratos, que son celebrados entre un distribuidor y un consumidor independiente, estos son acuerdos privados y por ello escapan de la competencia de Osinergmin, independientemente de lo que en ellos se pacte, más aún si en estos se ha previsto un mecanismo de solución de conflictos que se deriven de las obligaciones asumidas por las partes, como es el arbitraje.
- Para CÁLIDDA, resulta evidente la falta de competencia de Osinergmin para abordar el tema de fondo en la presente controversia. Agrega que esta situación fue advertida en el Informe elaborado por la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural de Osinergmin.

2.2.3.1. Sobre la obligación contemplada en la Cláusula 9 de El Contrato BOOT:

- Señala que El Contrato BOOT regula su obligación -bajo la forma de una obligación de no hacer- de otorgar condiciones iguales a prestaciones equivalentes:

9.16. Los contratos por el Servicio de Distribución que suscriba la Sociedad Concesionaria con los Usuarios de la Red se regirán por los siguientes criterios, los mismos que deberán incluirse en cada uno de los referidos contratos:

*a) **No se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes**, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

(..) (Negrita y subrayado de CÁLIDDA).

- Al respecto, sostiene que si bien es cierto que como regla general Osinergmin es el que tiene a su cargo el supervisar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de concesión de gas natural, es claro que esa supervisión debe encuadrarse en las competencias del regulador. Agrega que existen una serie de obligaciones consignadas en estos contratos cuya supervisión no le compete a Osinergmin, sino a otras entidades públicas, conforme con el ordenamiento jurídico y señala como ejemplo, lo previsto en la Cláusula 13 de El Contrato BOOT, que prescribe que la sociedad concesionaria se encuentra obligada a observar las leyes aplicables al medio ambiente. Fiscalizar esta es competencia de la Autoridad de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA y no de Osinergmin.
- En esta línea, CÁLIDDA sostiene que lo mismo sucede con la obligación de dar condiciones iguales a prestaciones equivalentes, es decir, si bien está regulada en El Contrato BOOT, es claro que se trata de una obligación asociada a la libre

competencia, cuya supervisión, fiscalización o represión compete exclusivamente a Indecopi y no a Osinergmin.

2.2.3.2. Sobre la supuesta vinculación entre la materia controvertida y el artículo 42° del Reglamento de Distribución:

- Hace referencia a lo dispuesto por el literal h) del artículo 42° del Reglamento de Distribución y agrega que las tarifas aplicables a la distribución de gas natural, específicamente la TUD, es una tarifa tope. A decir de CÁLIDDA nada impide que un concesionario de este servicio aplique un precio por debajo al tope fijado. Agrega que cuando el Contrato BOOT indica que *no se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes*, reconoce de manera tácita que el concesionario pueda aplicar un precio por debajo a la tarifa fijada. La única condición es que si se aplica un precio inferior a la tarifa a una prestación, este también deberá aplicarse a todas las prestaciones que sean equivalentes.
- Para CÁLIDDA, el asunto no pasa por definir si está aplicando o no la tarifa que ha sido fijada de acuerdo con la normativa vigente. Este tema no está en discusión, debido a que como bien reconoce EDEGEL el precio que se le aplica a KALLPA es la tarifa por un factor de descuento, es decir, un precio que es inferior al tope fijado tarifariamente por Osinergmin.

2.2.3.3. Sobre el Principio de Supletoriedad:

- CÁLIDDA señala que el principio de supletoriedad, recogido en el artículo 12° del RGO, parece indicar que en tanto la obligación de *dar condiciones iguales a prestaciones iguales* se consigna en un instrumento jurídico del sector energía, como es el D.S. N° 040-99-EM, las normas de competencia serían supletorias, y por tanto, la competencia de Indecopi para conocer este asunto cedería frente a la de Osinergmin. Agrega que nada más equivocado y hace referencia al texto del artículo 3° del D.Leg. N° 1034.
- Sobre la base de ese dispositivo argumenta que solo una ley podría desplazar la competencia de Indecopi para conocer casos de conductas reguladas en el D.Leg. N° 1034, tales como la discriminación de precios. Para CÁLIDDA esto supone una nueva forma de entender el citado principio de supletoriedad, como lo señala Andrés Calderón, quien comentando los cambios normativos introducidos mediante el D.Leg. N° 1034, dijo lo siguiente *En virtud de esta ley, también se deja de lado el principio de supletoriedad tal cual venía siendo aplicado por Comisión de Libre Competencia del Indecopi, en el sentido de que cualquier regulación sectorial, normalmente contenida en un reglamento (norma de rango terciario), podría desplazar y de manera general a la ley de libre competencia. Con el cambio normativo, solo una ley puede ordenar esta supletoriedad¹¹.*
- Concluye que no existe norma legal que limite la posibilidad de que Indecopi conozca una supuesta conducta anti-competitiva como la que EDEGEL alega. Por tanto, bajo ninguna circunstancia podría alegarse el principio de supletoriedad en el marco de esta reclamación.

¹¹ CALDERÓN, Andrés. Luz verde para el Estado, luz roja para la competencia: crítica desde el análisis económico del derecho y el *Public choice* a la reciente jurisprudencia de Indecopi. En THEMIS 62 Revista de Derecho. Pág. 153.

2.2.3.4. Sobre el supuesto incumplimiento de las características del servicio público de distribución de gas natural:

- Señala que la reclamación no se trata de una vulneración a normas de orden público, en la medida que el acceso a EDEGEL ha sido garantizado desde un inicio.
- Agrega que EDEGEL no puede decir que no cuenta con acceso al servicio público de distribución de gas natural o que está siendo discriminado en su prestación, puesto que la infraestructura para ello sigue existiendo sin que ello le genere un costo adicional a EDEGEL en el pago de la TUD, ni que dicho acceso estaría siendo afectado por la aplicación de una tarifa que no le corresponde. Es decir, CÁLIDDA no afecta el acceso de EDEGEL al servicio que brinda, ni vulnera el principio de igualdad y no discriminación establecido en el D.S. N° 040-99-EM.

2.2.4. Sobre la Contestación a la Reclamación:

2.2.4.1. Sobre el supuesto incumplimiento de CÁLIDDA:

- CÁLIDDA señala que en su relación comercial con EDEGEL no ha incumplido en lo absoluto su obligación de aplicar el régimen tarifario que le corresponde como generador eléctrico, de acuerdo con la normativa aplicable y el Contrato BOOT. Agrega que EDEGEL no cuestiona que se le esté aplicando una tarifa distinta a la que le corresponde como generador eléctrico, ni que se le esté aplicando a KALLPA una categoría tarifaria distinta a la de un generador eléctrico que la coloca en una situación ventajosa sobre EDEGEL.
- Precisa que aplica a EDEGEL y KALLPA las tarifas que les corresponden según su categoría tarifaria (en ambos casos GE), por tanto no ha incumplido el literal h) del artículo 42° del Reglamento de Distribución que establece la obligación de los concesionarios de *Aplicar las tarifas, cargos e importes que se fijan de acuerdo a la normatividad vigente.*
- Añade que tampoco ha incumplido el Contrato BOOT que establece que *No se podrá aplicar condiciones, incluso el precio, desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.* Al respecto, sostiene que la Central Termoeléctrica KALLPA no se encontraba en la misma situación que las centrales de Ventanilla y Santa Rosa de EDEGEL al momento de suscribirse la Transacción CÁLIDDA-KALLPA. Agrega que inclusive por iniciativa del Estado, CÁLIDDA debía negociar con KALLPA a fin de adquirir la propiedad del ducto de uso propio de KALLPA e incorporar la demanda de gas de KALLPA bajo el ámbito de CÁLIDDA.
- Señala que el D.S. N° 048-2008-EM coloca en una situación de igualdad a KALLPA y a EDEGEL, considerando que antes del D.S. N° 048-2008-EM, KALLPA no pagaba tarifa alguna por servicio de distribución de gas natural por red de ductos debido a que CÁLIDDA no le prestaba servicio alguno, a diferencia de EDEGEL. Agrega que en virtud del D.S. N° 048-2008-EM, KALLPA se integra al sistema de distribución de CÁLIDDA y empieza a pagar la tarifa por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos.
- CÁLIDDA dice que la transferencia del ducto de uso propio requirió negociaciones con KALLPA y el otorgamiento de ciertos beneficios, como la aplicación de El Descuento.

Agrega que no es sostenible afirmar -como señala EDEGEL- que KALLPA (en lo que respecta a la Central Térmica KALLPA) y EDEGEL están en la misma situación.

- Sostiene que, respecto del derecho de EDEGEL a no ser discriminada, no existe una regulación específica que *per se* prohíba o sancione dicha conducta. La regulación vigente procura que todos los dispositivos legales, incluida la normativa aplicable a la distribución de gas natural, protejan el principio de no discriminación, de tal manera que sea reprobable y sancionable la realización de una discriminación que se justifique en motivos evidentemente subjetivos. Agrega que el derecho a no ser discriminado es un principio general más no absoluto reconocido en la Constitución y, por tanto, existen excepciones o la flexibilidad suficiente para que, en ciertos supuestos, se discrimine entre personas en virtud de ciertas circunstancias objetivas; de lo contrario, algunas normas actualmente vigentes, no existirían en el ordenamiento jurídico peruano. Las razones que motivan a que una norma discrimine sin que ello vulnere el derecho de igualdad ante la ley que recoge la Constitución, se sientan sobre la base de los estudios y análisis que se han realizado sobre el concepto de "igualdad" al que se refiere nuestra Constitución. Dicho desarrollo conceptual nos permite entender por qué el derecho de igualdad no debe ser leído de manera literal sino teleológica.
- Argumenta que el derecho de igualdad debe ser interpretado junto con el principio de equidad, por cuanto no corresponderá hablar de igualdad donde no existe equidad. Similar posición ha tenido el Tribunal Constitucional cuando en sus sentencias al establecer que el principio de igualdad debe ser entendido como uno flexible, dado que no siempre una aplicación igualitaria resulta justa y/o equitativa.
- Agrega que el Tribunal Constitucional reconoce que la aplicación de disposiciones desiguales debe aplicarse de manera excepcional, y por ello establece pautas para determinar la igualdad de las personas, señalando lo siguiente: (...) *Dicha igualdad implica lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas ..(...)*¹². Dice que el Tribunal abre la posibilidad de que existan excepciones al derecho de igualdad, permitiendo la diferenciación en determinados casos, la cual no deberá ser arbitraria, injustificable e irracional, sino determinarse en función de hechos, situaciones y relaciones concretas no homólogas (aspectos objetivos), *contrarium sensu*, estaremos ante un caso de vulneración al derecho de igualdad ante la ley; inclusive, el Tribunal va más allá al señalar que:

(...) la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición que se acredite:

a) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;

b) la acreditación de una finalidad específica;

c) la existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales;

d) la existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y finalidad; y,

¹² Exp. N° 0261-2003-AA/TC.

e) la existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos hechos, el medio empleado y la finalidad que se persigue.¹³

- Concluye que no se requerirá una norma que expresamente permita efectuar la diferenciación sino que, inclusive en contratos entre privados, siempre que la diferenciación se sienta sobre la base de los puntos antes expuestos por el Tribunal, la discriminación se entenderá constitucionalmente aceptable y legítima.
- Añade que El Descuento es una condición de negociación que se deriva del D.S. N° 048-2008-EM y D.S. N° 082-2009-EM y de la Transacción CÁLIDDA-KALLPA que tuvo como finalidad la transferencia de un ducto, no en beneficio de las partes contractuales sino de los usuarios del gas natural (incorporación de la demanda de KALLPA, disminución de la TUD, ampliación de la capacidad del sistema de distribución), situación de hecho que coloca en condiciones diferentes a KALLPA y EDEGEL.
- Resalta que a la fecha de suscripción del contrato de distribución para la Central Térmica KALLPA, KALLPA y EDEGEL no calificaban como iguales porque KALLPA tenía un ducto de uso propio operando bajo su costo, el cual no estaba conectado al sistema de distribución de CÁLIDDA, a diferencia de EDEGEL que si utilizaba su infraestructura.

2.2.4.2. Sobre la supuesta situación desventajosa de EDEGEL:

- CÁLIDDA señala que antes de la suscripción de la Transacción CÁLIDDA-KALLPA, KALLPA no tenía que asumir pago alguno a favor de CÁLIDDA por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos al tener su propia infraestructura por la que transportaba el gas natural hacia su central, situación que otorgaba a KALLPA una ventaja competitiva frente a sus competidores directos en el mercado eléctrico, como EDEGEL, al no tener que asumir un costo variable adicional para la producción de energía eléctrica derivado de los servicios de distribución de gas natural, la TUD.
- Sostiene que con la referida transacción se incluye a KALLPA a la demanda de CÁLIDDA, quitándole la condición que lo ponía en una situación ventajosa en el mercado eléctrico. Agrega que por decisión del Estado, KALLPA empezó a pagar la TUD a partir del 01 de enero de 2014 porque este reconoció la situación particular de los titulares de ductos de uso propio y que debían integrarse al sistema de distribución de CÁLIDDA de manera inmediata.
- Agrega que al momento de emitirse los D.S. N° 048-2008-EM y D.S. N° 082-2009-EM, KALLPA tenía contratos de suministro de electricidad con usuarios eléctricos que no contemplaban en sus tarifas el costo del servicio de distribución de gas natural, por esta razón el Estado le otorgó un período de exención del pago de la TUD para no afectar los contratos de electricidad y a la empresa eléctrica. Es decir, se reconoció un régimen excepcional a favor de KALLPA en su ingreso al sistema de distribución de CÁLIDDA.
- A decir de CÁLIDDA, si KALLPA no formaría parte de su demanda era probable que la TUD a pagar por EDEGEL se hubiera incrementado, dado que mediante el D.S. N° 048-2008-EM se creó la TUD (que unificó las Tarifas de Red Principal y otras redes) a fin de

¹³ Exp. N° 018-2003-AI/TC. Pág. 9.

financiar las inversiones adicionales que se requerían para ampliar la capacidad mínima de la red principal de distribución.

- Para CÁLIDDA, EDEGEL no sufre ningún perjuicio en el mercado eléctrico por no recibir El Descuento, por cuanto, tanto KALLPA como EDEGEL interactúan en un escenario competitivo, siendo imposible argumentar, también, que en el mercado eléctrico KALLPA goza de una ventaja competitiva respecto de EDEGEL a partir de El Descuento.
- A decir de CÁLIDDA, partiendo del argumento de EDEGEL de que la distribuidora estaría distorsionando la competencia en el mercado de generación eléctrica, mercado que participa junto con KALLPA, el escenario en el que se encontraría EDEGEL, sería el siguiente:



- Sostiene que EDEGEL no acredita la situación desventajosa frente a su competidor KALLPA por no recibir El Descuento; solo señala que le genera “serios perjuicios económicos”; pese a que ello es condición indispensable para que se configure una discriminación de precios, en los términos de los instrumentos jurídicos sobre los que pretende apoyar su reclamación.
- Indica que en la Audiencia Única, el Ingeniero Rosendo Ramirez Taza, miembro del Cuerpo Colegiado que se avoca a la presente controversia, tuvo a bien preguntar a los representantes de EDEGEL cómo es que el no gozar de El Descuento lo situaba en desventaja frente a KALLPA, no obteniendo una respuesta por parte de EDEGEL

2.2.4.3. Confidencialidad en la transacción CÁLIDDA-KALLPA:

- CÁLIDDA señala que la Transacción CÁLIDDA-KALLPA ha sido suscrita bajo un marco de confidencialidad acordado entre las partes. Por tanto, no corresponde que ésta sea puesta en conocimiento de EDEGEL.

2.3. Posición de EDEGEL sobre la excepción de incompetencia deducida por CÁLIDDA:

- Señala que el Estado Peruano se ha reservado la facultad de intervenir y regular las relaciones comerciales privadas que versen sobre servicios públicos (que son monopolios naturales por excelencia y que tienen un alto interés público), conforme se detalla en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú. Agrega que en la Sentencia del Expediente N° 34-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado:

42. (...) aun cuando el Estado -en ejercicio de su libre configuración política-, haya concedido o autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población" (Subrayado de EDEGEL).

- Argumenta que para la prestación de servicios públicos es necesario que el concesionario entable relaciones comerciales con sus usuarios. Agrega que, el hecho que se trate de relaciones comerciales privadas no limita la obligación del Estado de intervenir en esa relación comercial. Por el contrario, el Estado está obligado a intervenir en las relaciones comerciales cuando existe una posible vulneración a las normas de orden público, especialmente si se trata de servicios públicos.
- Sostiene que el servicio de distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público y también es un monopolio natural, lo cual justifica la intervención estatal. En tal sentido, se ha encargado a Osinergmin la función de fijar las tarifas del servicio de distribución de gas y de velar por su correcta aplicación.
- Indica que la tarifa es el precio que se paga por un servicio, es decir, se trata de un aspecto comercial, lo cual no determina la incompetencia de Osinergmin. Por el contrario, está obligado a fijar las tarifas y a velar por su correcta aplicación. En tal sentido, señala que Osinergmin está obligado a intervenir cuando se discrimina con condiciones tarifarias desiguales a usuarios de una misma categoría, debido a que se trata del incumplimiento de normas de orden público.
- Agrega que, inclusive la misma norma que determina la obligación de respetar el principio de igualdad y no discriminación reconoce que se trata de relaciones comerciales, pero que están sujetas a una obligación de orden público.
- Añade que la obligación de Osinergmin de garantizar la correcta aplicación de la regulación tarifaria se encuentra recogida en el artículo 46° del RGO. El Cuerpo Colegiado es competente para resolver controversias entre usuarios libres y distribuidores, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización, entre otros.
- Asimismo, señala que todas las decisiones y acciones de Osinergmin deben orientarse siempre a garantizar que los agentes que intervienen en el sector de gas natural no sean discriminados, de conformidad con el Principio de No discriminación que rige su actuación y que está recogido en el artículo 6° del RGO.
- Señala que, de conformidad con el literal b) del artículo 19° RGO, Osinergmin tiene la obligación de velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión de CÁLIDDA, incluyendo la obligación de no discriminación recogida en su contrato.
- A decir de EDEGEL, reconocida doctrina nacional y extranjera explica que la regulación y las normas de libre competencia son técnicas complementarias de intervención estatal y que estas no se excluyen, por cuanto cada forma de intervención tiene sus

propios objetivos, alcances y ámbitos, en algunos casos discurren paralelas, y en otros momentos se entremezclan (...). Esta coexistencia, en la práctica, debe ser aplicada conforme con el principio de supletoriedad, recogido en el artículo 12° del RGO y reconocido también en el artículo 3° del D. Leg. N° 1034.

- Al respecto, indica que en la Resolución N° 004-2008/TDC-INDECOPI, el propio INDECOPI explica que: *16. (...) En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de la regulación económica.*
- En tal sentido, EDEGEL señala que el artículo 3° del D. Leg. N° 1034 no solo se refiere a normas con rango de ley, sino que se aplica respecto de "actos soberanos de gobierno (que incluyen normas jurídicas en general, tales como reglamentos u otros actos administrativos).
- Sostiene que el referido artículo hace referencia al concepto general de "norma legal". En tal sentido, en el presente caso, se ha denunciado el incumplimiento por parte de CÁLIDDA de una serie de normas legales, tales como el artículo 3° del D.S. N° 040-99-EM, el artículo 42° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM, en adelante TUO del Reglamento de Distribución.
- En estricta aplicación de lo dispuesto en el D. Leg. N° 1034, el incumplimiento de la obligación de no discriminar se verificará por las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia. Agrega que, en el presente caso, la vía correspondiente es Osinergmin, organismo competente para velar por la correcta aplicación de las tarifas de distribución de gas natural, de conformidad con la Ley de creación del Organismo Supervisor de Inversión en Energía, Ley N° 26734; la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante LMOR y el RGO.
- A decir de EDEGEL, Osinergmin seguiría la misma tendencia, como se desprende de lo expuesto en la Resolución N° 008-2008-OS/CC-46, como se cita:

b.3 Ni el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, ni las Normas del Servicio de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos, ni las Condiciones Generales para la Asignación de la Capacidad de Transporte de Gas Natural por Ductos establecen competencia alguna del INDECOPI para velar por el cumplimiento de sus disposiciones ni, en particular, para velar por el cumplimiento de la obligación del Concesionario de brindar acceso no discriminatorio a su capacidad disponible de transporte por la Red Principal.

- Por lo expuesto, EDEGEL considera que la excepción deducida debe ser desestimada.

2.3. Sobre la oposición de EDEGEL al escrito de alegatos presentado por CÁLIDDA:

- EDEGEL se opone a la incorporación y análisis por parte del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de nuevos argumentos y pruebas que según manifiesta fueron incorporados en el escrito de alegatos presentado por CÁLIDDA, respecto de la supuesta falta de prueba por parte de EDEGEL de experimentar una situación de desventaja frente a KALLPA a

consecuencia de la diferencia en la tarifa con la que ha sido discriminada por el distribuidor, por ser manifiestamente extemporáneos y configurar una grave afectación a su derecho de defensa y al debido procedimiento.

- Hace referencia a lo dispuesto por el artículo 223.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, de aplicación supletoria a este procedimiento, en el sentido que las partes deben exponer el íntegro de sus respectivas posiciones y pruebas antes de llegar a la etapa de informes orales y alegatos finales. Agrega que solamente así se garantiza que ambas partes hayan tenido la posibilidad de desarrollar y exponer ante el juzgador todos los fundamentos y ofrecer todas las pruebas para rebatir lo planteado por la otra parte.
- Señala que la posición de CÁLIDDA, según sus escritos y su exposición en la Audiencia Única, se centró únicamente en la reclamación de EDEGEL respecto de: i) la incompetencia del Cuerpo Colegiado; ii) si CÁLIDDA habría incumplido su obligación legal y contractual de brindar un tratamiento discriminatorio a EDEGEL, en comparación con KALLPA y iii) si existieron presiones regulatorias, procesales y económicas que justifican la aplicación del descuento a KALLPA. Añade que EDEGEL desestimó cada uno de los argumentos expuestos por CÁLIDDA y los medios probatorios actuados, todo lo cual lo volcó en su escrito de alegatos.
- Sostiene que CÁLIDDA ha utilizado la oportunidad de presentar alegatos escritos, no para resumir o siquiera reforzar su posición, sino para modificarla a través de la introducción de nuevos argumentos y pruebas, por demás extemporáneas. Esta situación coloca en una situación de indefensión a EDEGEL porque no tiene oportunidad de rebatirlo, dado el estado procesal del procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 44° del TUO del ROSC.
- Precisa que además, CÁLIDDA reconoció en su propio escrito de alegatos que se trataba de *un argumento adicional a los ya expuestos*.

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de EDEGEL:

- Se declare que CÁLIDDA se ha negado injustificadamente a cumplir con su obligación de reconocer a EDEGEL las mismas condiciones que viene otorgándole a KALLPA en la prestación del servicio de distribución de gas natural por red de ductos.
- Se ordene a CÁLIDDA que cumpla con reconocer a EDEGEL, desde el 1 de enero de 2014, el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD.

Petitorio de CÁLIDDA:

- Que se declare fundada la Excepción de Incompetencia y por tanto, improcedente la reclamación presentada por EDEGEL.
- Que se declare infundada la reclamación presentada por EDEGEL.

Puntos Controvertidos:

En la Audiencia Única llevada a cabo los días 26 de noviembre y 11 de diciembre de 2014, 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 los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer y resolver la presente controversia.
- Determinar si CÁLIDDA está obligada a prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes, tratándose de prestaciones equivalentes.
- Determinar si corresponde que CÁLIDDA reconozca a EDEGEL, el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc:

4.1. Sobre la oposición de EDEGEL a los argumentos y medios probatorios de CÁLIDDA:

EDEGEL se opone a la incorporación y análisis por parte del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de nuevos argumentos y pruebas que según manifiesta fueron incorporados en el escrito de alegatos presentado por CÁLIDDA, respecto de la supuesta falta de prueba por parte de EDEGEL de experimentar una situación de desventaja frente a KALLPA a consecuencia de la diferencia en la tarifa con la que ha sido discriminada por el distribuidor, por ser manifiestamente extemporáneos y configurar una grave afectación a su derecho de defensa y al debido procedimiento.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 44° del TUO del ROSC, las partes podrán ofrecer medios probatorios hasta la oportunidad en que se realice la audiencia única.

En efecto, CÁLIDDA presentó nuevos medios probatorios incorporados en su escrito de alegatos -documentos elaborados por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional -COES- según lo manifiesta la propia CÁLIDDA, los cuales resultan extemporáneos de conformidad con lo establecido en el artículo 44° citado, así como los argumentos vinculados a estos.

4.2. Sobre la Excepción de Incompetencia:

CÁLIDDA señala que el Cuerpo Colegiado no es competente para resolver la controversia planteada por EDEGEL, por cuanto se trata de una controversia de naturaleza comercial que responde a un acuerdo de partes derivada de Los Contratos, y por tratarse de una controversia relacionada con casos de libre competencia en donde se alega un posible abuso de posición de dominio consistente en una conducta en donde se aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloca de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, la entidad competente es el Indecopi.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la incompetencia es definida como la falta de aptitud válida del juez ante quien ha sido emplazado para ejercer su función jurisdiccional en

el caso concreto¹⁴. Por su parte la competencia es una calidad inherente al órgano jurisdiccional y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción¹⁵.

Davis Echandia citado por Dante Cervantes Anaya señala que la competencia es *La potestad atribuida al órgano a cargo de la función administrativa y el régimen de la persona o conjunto de personas que revestidas de ciertas funciones administrativas o facultades tienen capacidad resolutive*¹⁶.

En este sentido, el artículo 9° del Código Procesal Civil¹⁷ -aplicable al presente procedimiento en virtud de lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria y Final del ROSC y el artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG¹⁸ -establece que *La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan*.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido por la doctrina y por el Código Procesal Civil, la excepción de incompetencia es un instituto procesal que denuncia vicios en la competencia del Juez, siendo que la competencia es la facultad para ejercer válidamente la jurisdicción y que la competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las leyes que la regulan. Por tanto, corresponde analizar en el caso de autos si el Cuerpo Colegiado es competente para resolver la presente controversia.

Sobre la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc:

El inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la LMOR define la función de solución de controversias, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre ellas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre éstos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

A su vez, el artículo 44° del RGO establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre estas y los usuarios libres y entre ellos. Precisa que quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi. Además, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva de Osinermin, comprende además la facultad de este organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre estas materias.

El artículo 46° del RGO establece las controversias que corresponden ser conocidas por el Osinermin, entre ellas, las surgidas entre Transportistas de hidrocarburos y/o distribuidores

¹⁴ Monroy Juan. Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano. p. 125.

¹⁵ Ibid. p. 122.

¹⁶ CERVANTES ANAYA, Dante A. Manual de Derecho Administrativo. Editorial RODHAS. séptima edición 2013, p. 514.

¹⁷ Aplicable al presente procedimiento en virtud de lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria y Final del ROSC y el artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG.

¹⁸ Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes.

1. *Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.*
(...)

de gas natural con los distribuidores, comercializadores y usuarios libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin (inciso d).

El artículo 47° del mismo cuerpo normativo, precisa que la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del Osinergmin, de acuerdo con las reglas establecidas en la referida norma.

Asimismo, según el artículo 1° del TUO del ROSC que rige la actuación de Osinergmin en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere la LMOR, el que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios libres o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

Además, el artículo 2° del TUO del ROSC establece:

Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

*Controversias entre Transportistas de hidrocarburos o **Distribuidores de gas natural por red de ductos con los Distribuidores, Comercializadores y Usuarios Libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.*** (Negrita añadida).

Finalmente, según el artículo 4° del TUO del ROSC, el procedimiento administrativo en primera y segunda instancia, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial y es de competencia exclusiva de los órganos del Osinergmin.

De acuerdo con la normatividad señalada precedentemente, el Cuerpo Colegiado es competente y está facultado para conocer y resolver controversias entre diversas entidades del sector, como son las suscitadas entre CÁLIDDA -empresa distribuidora de gas natural por red de ductos- y EDEGEL -consumidor de gas natural-, siempre que estas se refieran a aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin, por tanto, es necesario analizar si la materia de la controversia se encuentra dentro del ámbito de competencia de Osinergmin.

Al respecto, conviene señalar que la materia controvertida de la presente controversia es: i) determinar si CÁLIDDA está obligada a prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes, tratándose de prestaciones equivalentes y ii) determinar si corresponde que CÁLIDDA reconozca a EDEGEL, el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD, puntos controvertidos que han sido reconocidos por las partes de manera expresa en el Acta de la primera sesión de la Audiencia Única suscrita el 26 de noviembre de 2014.

Es de precisar, que CÁLIDDA es la concesionaria de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, de acuerdo a las condiciones, obligaciones y prerrogativas

establecidas en el Contrato BOOT y la normatividad vigente, los cuales están sujetos a supervisión¹⁹ y fiscalización²⁰ por parte de Osinergmin.

En esta línea, el numeral 9.6 de la cláusula 9 -Obligaciones y derechos de la sociedad concesionaria- del Contrato BOOT señala lo siguiente:

9.16 Los contratos por el Servicio de Distribución que suscriba la Sociedad Concesionaria con los Usuarios de la Red se regirán por los siguientes criterios, los mismos que deberán incluirse en cada uno de los referidos contratos:

a) No se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (Negrita añadida).

Asimismo, el artículo 3° del D.S. N° 040-99-EM, señala lo siguiente:

Artículo 3°.- Del Precio Máximo del Gas Natural en el Punto de Recepción y de las Condiciones de Aplicación.

(...)

3.2 El Contrato deberá incluir los siguientes criterios y principios que rigen la compraventa o suministro de Gas Natural, así como el servicio de transporte y distribución de Gas Natural, y que el Productor, Transportista, Distribuidor y comercializador estará obligado a contemplar en sus respectivos contratos:

a) En las relaciones comerciales por la compraventa o suministro de Gas Natural y por el servicio de transporte y distribución de Gas Natural, no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (Negrita añadida).

De lo citado precedentemente, se desprende que tanto el Contrato BOOT como el D.S. N° 040-99-EM reconocen como un criterio que debe cumplirse en la prestación del servicios de distribución, el hecho que no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

En tal sentido, la materia controvertida está relacionada con el cumplimiento de obligaciones derivadas del D.S. N° 040-99-EM y del Contrato BOOT²¹ y por tanto materia de supervisión y fiscalización por parte de Osinergmin. Asimismo, la materia controvertida está vinculada a las condiciones de aplicación de la TUD a un consumidor de gas natural -generador eléctrico-, establecida en el artículo 4° D.S. 048-2008-EM²², y por tanto materia regulada por parte de Osinergmin.

¹⁹ Artículo 31° del RGO señala: *La función supervisora permite a Osinergmin verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las ENTIDADES y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.* (Negrita añadida)

²⁰ Artículo 36° del RGO señala: *La función fiscalizadora y sancionadora permite a Osinergmin imponer sanciones a las ENTIDADES que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por OSINERG.*

²¹ Conviene señalar que el literal b) del artículo 19° del RGO establece como uno de los objetivos específicos de Osinergmin: *b. Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión eléctrica, de transporte de hidrocarburos por ductos y de distribución de gas natural por red de ductos.*

²² Artículo 4.- *Aplicación de la Tarifa Única de Distribución en la Concesión de Lima y Callao*

4.1 La Tarifa Única de Distribución será aplicable a todos los Consumidores ubicados dentro de la Concesión de Distribución de Lima y Callao.

Sobre la competencia de Indecopi:

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente y considerando que el artículo 44° del RGO, establece lo siguiente:

*La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de Osinergmin, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre estos. **Quedan excluidas de ésta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Indecopi.** (Negrita añadida).*

Corresponde analizar el alcance de la competencia de Indecopi con relación a la presente controversia.

Sobre el particular, CÁLIDDA señala que se trataría de una controversia relacionada con casos de libre competencia, dado que constituiría un posible abuso de posición de dominio - tipificado en el artículo 10° del D.L. N° 1034²³ - consistente en una conducta donde se aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloca de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, lo cual es materia de competencia de Indecopi²⁴.

Al respecto, conviene precisar que el artículo 3° del D.L. N° 1034 establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se

4.2 Sin perjuicio de lo indicado en el numeral anterior, la Tarifa Única será aplicable a los generadores eléctricos sin excepción, a partir del 01 de enero de 2014. Hasta dicho momento, les será aplicable únicamente la Tarifa por Red Principal de Transporte y/o Distribución de Gas Natural que vengán pagando a la fecha de publicación del presente Decreto Supremo, según corresponda.

(...)

²³ El artículo 10° del D.L. N° 1034 define el abuso de la posición de dominio de la siguiente forma:

Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

(...)

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo. (...) (Negrita añadida).

²⁴ La Primera Disposición Complementaria Final del D.L. N° 1034 señala lo siguiente:

PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al Indecopi y al Osiptel, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.

realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

De lo citado, se desprende que el D.L. N° 1034 excluiría de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originen como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. Es de precisar, que CÁLIDDA indica que la citada norma haría referencia únicamente a las normas con rango de ley, es decir, la conducta infractora quedaría excluida siempre y cuando la norma que ampare la referida conducta tenga rango de ley.

Al respecto, cabe indicar que tal interpretación no resulta coherente con lo indicado en la exposición de motivos de la indicada norma, cuando se refiere al artículo 2° del D.L. N° 1034 - Ámbito de aplicación subjetivo-:

(...) las normas de defensa de la competencia se aplican a las actividades económicas y no al ejercicio de la función pública²⁵, que si bien puede tener un impacto en el funcionamiento del mercado, no responde a la misma lógica de las prácticas anticompetitivas, que precisamente tienen por objeto la obtención de beneficios a través de la afectación de las condiciones de competencia de los mercados.

En tal sentido, debe entenderse que quedan excluidas de la aplicación del D.Leg. N° 1034 no solo las conductas que sean consecuencia de la disposición de una norma legal -entiéndase norma con rango de ley-, sino también aquellas que se originen en el ejercicio de la función pública, dentro de la cual debe considerarse la actividad política, legislativa, jurisdiccional y administrativa -actos y reglamentos administrativos-.

Cabe indicar, que esta interpretación es perfectamente compatible con lo señalado en el artículo 12° del RGO que define el principio de supletoriedad de la siguiente forma:

*Artículo 12°.- Principio de Supletoriedad
Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte Osinergmin en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de Osinergmin.*

Al respecto, Joselyn Olaechea²⁶ comenta:

(...) las normas de competencia, dado su carácter general, tendrán una aplicación residual. Se aplicarán siempre que no exista una regulación específica que haya tratado el problema concreto de manera directa. Ello en concordancia inmediata con el principio de especialidad, que ordena preferir la norma especial sobre la norma general. Sin embargo, ello no implica que las normas de competencia sean inaplicables en mercados regulados.

(...)

Como el mismo término supletoriedad refiere, el principio está enfocado a suplir, subsanar o cubrir las insuficiencias normativas. Seguidamente, apreciamos que los preceptos de libre competencia serán empleados para atacar las fallas de mercado que

²⁵ Precisa que se entiende por función pública la actividad política, legislativa, jurisdiccional y administrativa (actos y reglamentos administrativos).

²⁶ OLAECHEA FLORES, Joselyn. Libre Competencia versus Regulación: Sobre la Aplicación del Principio de Supletoriedad en la Nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas - LRCA. Pág. 77.

se produzcan siempre que existan vacíos en la regulación, es decir, situaciones no reguladas específicamente.

De lo citado, se colige que el D.Leg. N° 1034 privilegia la norma regulatoria sobre la norma de competencia acorde con el principio de especialidad normativa, en razón de que la regulación se aplica en mercados con características singulares que justifican la aplicación de normas especiales.

En el caso en concreto, como se ha señalado precedentemente, es materia de la presente controversia: i) determinar si CÁLIDDA está obligada a prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes, tratándose de prestaciones equivalentes y ii) determinar si corresponde que CÁLIDDA reconozca a EDEGEL, el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD.

Al respecto, conviene indicar que en la exposición de motivos del D.S. N° 048-2008-EM - mediante el cual se establece la TUD- señala lo siguiente:

(...) las tarifas que se fijen para dicha concesión debe ser aplicables a todos los Consumidores de Gas Natural ubicados dentro del área de concesión, incluido aquellos Consumidores que cuentan con autorización para instalar y operar Ductos de Uso Propio. En ese sentido los operadores de los ductos ubicados dentro del área de concesión de distribución deben formar parte del Sistema de Distribución de la Concesión de Lima y Callao, tiene sustento en la obligación del concesionario de abastecer a todos los usuarios a través de su sistema y en las relaciones comerciales por brindar el servicio de distribución de gas natural, no puede aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; en tal sentido, las tarifas aplicables para los mismos clientes deben ser iguales dentro de una misma concesión de distribución (...).

En tal sentido, el D.S. N° 048-2008-EM reconoció como parte del sustento para la aplicación de la TUD, la obligación del concesionario -en las relaciones comerciales por brindar el servicio de distribución de gas natural- de no aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Asimismo, la TUD es un concepto regulado por Osinermin, como se desprende de lo señalado en el artículo 1° -Competencia de Osinermin- del RGO, en concordancia con el artículo 26²⁷ y el literal e) del artículo 28° del mismo cuerpo normativo, como se cita:

*Asimismo, **Osinermin regula las tarifas** y fija los distintos precios regulados del servicio eléctrico, las tarifas del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y las **de distribución de gas natural por red de ductos.** (Negrita añadida)*

De otro lado, el servicio de distribución de gas natural por red de ductos constituye un servicio público, sujeto a regulación por parte de Osinermin, como se desprende de lo señalado en el

²⁷ Artículo 26°.- Definición de Función Reguladora.

En virtud de su función reguladora Osinermin tiene la facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos.

Artículo 28°.- Alcances de la Función Reguladora

Dentro de sus funciones reguladoras, Osinermin establecerá las siguientes tarifas en el mercado regulado:

(...)

e. Tarifas de distribución de gas natural por red de ductos, así como de distribución de electricidad.

artículo 1° y numeral 2.13 de artículo 2° del TUO del Reglamento de Distribución, como se indica:

*Artículo 1°.- Las disposiciones del presente Reglamento norman lo referente a la actividad del **servicio público de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos**, incluyendo los procedimientos para otorgar Concesiones, para fijar las Tarifas, normas de seguridad, normas sobre protección del Ambiente, disposiciones sobre la autoridad competente de regulación , así como normas vinculadas a la fiscalización.*

Artículo 2°.- Para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

(...)

*2.13 Distribución: **Servicio público de Suministro de Gas Natural por red de ductos prestado por el Concesionario a través del Sistema de Distribución.** (...)*

(Negrita añadida)

Es de precisar, que el servicio público es definido por Danós Ordoñez²⁸ como *aquellas actividades de contenido económico y de carácter prestacional expresamente calificadas como tales por el legislador, en virtud de su carácter esencial o indispensable para la vida de las personas en colectividad.*

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete. (...) (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 41).

Al respecto, cabe indicar que la regulación económica apunta a corregir la distorsión propia de los monopolios naturales. En tal sentido, BIANCHI²⁹ refiriéndose a la técnica de regulación económica, señala: *(...) Dado un monopolio natural, la regulación estatal debe sustituir inevitablemente el mercado en aras de la protección de los usuarios, para evitar que el prestador abuse en la fijación del precio y desprece la calidad del servicio del que aquellos son cautivos (...)*

Conviene indicar que, por sus características, la red de transporte y distribución de gas natural constituye un monopolio natural, por lo que Osinergmin, como organismo regulador, debe

²⁸ ASIER - Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, Universidad ESAN, ARA Editores E.I.R.L. (2010). Regulación Económica de los Servicios Públicos Dos Décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas. Lima: Varios Autores. Pág. 177.

²⁹ Citado por Jorge Danós en ASIER - Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, Universidad ESAN, ARA Editores E.I.R.L. (2010). Regulación Económica de los Servicios Públicos Dos Décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas. Lima: Varios Autores. Pág. 195.

garantizar la recuperación de las inversiones eficientes y promover el sano desarrollo de la actividad.

En tal sentido, Indecopi ha reconocido la plena validez del principio de supletoriedad en estos casos, como se cita a continuación:

(...) el principio de supletoriedad no se aplica frente a la regulación social, sino frente a la regulación económica, por la sencilla razón de que si en un mercado la competencia no es posible, de nada sirve la aplicación de la política de competencia. En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de una regulación económica. (...) (Expediente 003-2007/CLC, fundamento 17 de la Resolución N° 0005-2008/TDC-INDECOPI).

Por tanto, en un mercado donde la competencia no es posible, como ocurre en el presente caso, no son de aplicación las normas de libre competencia, entre otras el Decreto Leg. N° 1034, dado que, éstas tienen por objeto proteger el proceso competitivo, el cual como se ha indicado no existe en el presente caso.

De lo expuesto, se colige que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc resulta competente en el conocimiento de la presente controversia y por tanto corresponde declarar infundada la excepción de incompetencia deducida por la reclamada CÁLIDDA.

4.3. Sobre el principal:

4.3.1. ¿Corresponde determinar si CÁLIDDA está obligada a prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes, tratándose de prestaciones equivalentes?

CÁLIDDA es la concesionaria de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, de acuerdo con las condiciones, obligaciones y prerrogativas establecidas en el Contrato BOOT, el Texto Único del Reglamento de Distribución y sus normas conexas y complementarias.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3.1 del contrato BOOT y el artículo 7° del Texto Único del Reglamento de Distribución, CÁLIDDA tiene la exclusividad sobre su área de concesión y está obligado a dar servicio a quien lo solicite siempre que el suministro se considere técnica y económicamente viable conforme lo dispone el artículo 42° del mismo Reglamento. En atención a esta obligación del concesionario, las tarifas que se fijen deben ser aplicables a todos los consumidores de gas natural ubicados en su zona de concesión, ya se trate de consumidores independientes o regulados.

Sobre la base de los dispositivos indicados, contando con la declaración de CÁLIDDA de inviabilidad económica para atender a las centrales de empresas eléctricas, entre ellas Globeleq Perú S.A., hoy KALLPA, mediante Resolución Directoral N° 069-2007-EM/DGH, se autorizó a Globeleq Perú S.A. a instalar y operar ducto de uso propio para abastecerse de gas natural hasta que, de conformidad con lo dispuesto por Resolución Directoral N° 138-2009-EM/DGH, CÁLIDDA comunique a la generadora que se encontraba en condiciones de prestarle el servicio de distribución, luego de determinar la viabilidad técnica y económica del suministro de gas natural a la Central ubicada en Chilca.

Mediante D.S. N° 048-2008-EM se dictaron las disposiciones para la unificación de procedimientos tarifarios, estableciéndose una tarifa única del sistema total de distribución, la denominada TUD, se precisó que la TUD sería aplicable a todos los generadores eléctricos, sin excepción, a partir del 01 de enero de 2014.

Mediante D.S. N° 082-2009-EM se establecieron dos supuestos bajo los cuales se dejaba sin efecto el ducto de uso propio de KALLPA, uno de ellos determinaba que este hecho se produciría al día siguiente que CÁLIDDA y KALLPA comuniquen conjuntamente a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinergmin, la suscripción del acuerdo privado de transferencia del ducto de uso propio (acápites i. del numeral 3.1. del artículo 3°).

Sobre la base de lo dispuesto en el D.S. N° 082-2009-EM, CÁLIDDA y KALLPA suscribieron la Transacción CÁLIDDA – KALLPA, mediante la cual se acordó transferir a favor de la distribuidora el ducto de uso propio de propiedad de KALLPA, determinando entre otros acuerdos, que CÁLIDDA se obligaba a otorgarle a la generadora El Descuento sobre la Capacidad Reservada Diaria -que contrataría por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos al no contar ya con el ducto de uso propio-.

En virtud de la referida transacción, CÁLIDDA y KALLPA suscriben el Contrato KALLPA, por el servicio de distribución de gas natural en alta presión, en el cual se aplica El Descuento.

Debe precisarse que no es competencia de este Colegiado declarar la invalidez o ineficacia de los contratos materia de análisis, debido a que tal materia es de exclusiva competencia del órgano jurisdiccional.

En atención a la obligación que tiene el concesionario de distribución de atender a todos los interesados de recibir el servicio de distribución de gas natural, las tarifas que se fijen deben ser aplicables para todos los consumidores -regulados o independientes- ubicados dentro de su ámbito de concesión.

Cabe precisar que con anterioridad al establecimiento de la TUD, EDEGEL hacía uso solo de la red principal, no de otras redes de distribución pagando por el uso de red que utilizaba. Por su parte, KALLPA, al contar con ducto de uso propio -hasta la fecha de suscripción de la Transacción CÁLIDDA – KALLPA-, no utilizaba ni la red principal de distribución, ni otras redes de CÁLIDDA. Al no ser cliente de CÁLIDDA y no usar sus redes, no pagaba por concepto alguno a la concesionaria.

Como puede observarse del texto del D.S. N° 048-2008-EM y del D.S. N° 082-2009-EM, el objetivo de estas disposiciones era que el servicio de distribución cuente con una sola tarifa de distribución que integre la red principal de distribución y las otras redes de distribución, sin importar si el consumidor independiente utilizaba o no alguna de estas redes, es decir, al margen de la situación que tenían los consumidores antes del establecimiento de la tarifa única. Considerando el derecho de exclusividad de CÁLIDDA sobre la zona de concesión se establecieron los mecanismos para que los consumidores se integraran a su sistema de distribución.

De las normas citadas se desprende que la aplicación de la TUD, importaba no aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, sino por el contrario equiparar por categoría de usuario.

En ese sentido, el literal a) del numeral 16.7 del artículo 2° del D.S. N° 048-2008-EM establece que *Dicha tarifa única se establecerá por categoría de cliente según rangos de consumo y se aplicará a todos los consumidores ubicados dentro del área de concesión de distribución, independientemente de la fecha de inicio de la prestación del servicio.*

Independientemente de la fecha de inicio de la prestación del servicio, este texto debe entenderse: a) a los que iniciaron el servicio con la operación de la distribución de gas natural, como es el caso de EDEGEL (consumidor inicial cuyo punto de entrega del gas natural estaba en la red principal de distribución); y, b) los que posteriormente entraron a operar dentro del área de concesión de CÁLIDDA (KALLPA en este caso).

El numeral 4.1. del artículo 4° del D.S. N° 048-2008-EM establece que la TUD es de aplicación para todos los consumidores ubicados dentro de la concesión de CÁLIDDA. La única diferencia que se permite es la diferencia según las categorías tarifarias de consumidores de acuerdo con el rango de consumo, considerando además las categorías especiales -independientes de su consumo mensual- como son las estaciones de servicio o gasocentros de gas natural vehicular y los generadores de electricidad.

La TUD aprobada por Osinergmin es la retribución máxima que recibirá el concesionario y que se aplicará al consumidor y está compuesta por los costos correspondientes al margen de distribución y al margen comercial de conformidad con lo que establece el artículo 106° del Reglamento de Distribución. Es la tarifa tope que se debe aplicar, correspondiendo a CÁLIDDA determinar el pliego tarifario aplicable a cada categoría de consumidor, siendo a partir de ese momento la tarifa.

Mediante Resoluciones Nos. 261-2009-OS/CD³⁰ y 086-2014-OS/CD³¹ se fijó la TUD para el periodo comprendido entre el 07 de mayo de 2010 al 06 de mayo de 2014 y del 07 de mayo de 2014 al 06 de mayo de 2018, respectivamente.

CÁLIDDA es su condición de concesionario se rige por las disposiciones contenidas en el Contrato BOOT y en las normas sectoriales.

Al respecto, el numeral 9.6 de la cláusula 9 -Obligaciones y derechos de la sociedad concesionaria- del Contrato BOOT señala lo siguiente:

9.16 Los contratos por el Servicio de Distribución que suscriba la Sociedad Concesionaria con los Usuarios de la Red se regirán por los siguientes criterios, los mismos que deberán incluirse en cada uno de los referidos contratos:

a) No se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Del texto citado, se colige que el Contrato BOOT establece como precepto que debe ser incluido en los contratos de distribución de gas natural y evidentemente cumplirlo, el hecho de que no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

³⁰ En la Resolución N° 261-2009-OS/CD se estableció dos categorías para los generadores (GE1 consumidor inicial y GE no consumidor inicial).

³¹ En la Resolución N° 086-2014-OS/CD se estableció una sola categoría para los generadores (GE).

Cabe precisar que en este caso, al haberse desvirtuado la competencia del INDECOPI, las normas sectoriales priman sobre las de competencia, no correspondiendo en ese sentido, hacer el análisis bajo los supuestos contemplados en las normas de competencia.

Asimismo, el artículo 3° del D.S. N° 040-99-EM, señala lo siguiente:

Artículo 3°.- Del Precio Máximo del Gas Natural en el Punto de Recepción y de las Condiciones de Aplicación.

(...)

3.2 El Contrato deberá incluir los siguientes criterios y principios que rigen la compraventa o suministro de Gas Natural, así como el servicio de transporte y distribución de Gas Natural, y que el Productor, Transportista, Distribuidor y comercializador estará obligado a contemplar en sus respectivos contratos:

a) En las relaciones comerciales por la compraventa o suministro de Gas Natural y por el servicio de transporte y distribución de Gas Natural, no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

El D.S. N° 040-99-EM recoge el mismo precepto de otorgar condiciones iguales a prestaciones iguales.

En el caso de la aplicación de la tarifa, no existe dispositivo alguno que faculte a hacer una distinción entre los consumidores, salvo por el nivel de consumo y categorías especiales, tal como se ha expuesto en los párrafos precedentes, más bien lo que se ha buscado a través de los dispositivos mencionados es equiparar a los consumidores según su categoría.

Es decir, según su categoría tarifaria, los consumidores deben pagar la misma TUD. No hay razones objetivas, ni normativas que permitan otra situación. No se puede otorgar por vía indirecta, mediante descuentos sobre la TUD, lo que por vía directa está prohibido, aplicación de la TUD a todos los consumidores de la misma categoría. Señalar que se aplica la misma TUD a los generadores y sobre ella se aplica El Descuento a uno de ellos, es obtener el efecto contrario de lo que las disposiciones respectivas establecen, una misma tarifa para todos.

Es de precisar que la Transacción CÁLIDDA - KALLPA es un acuerdo privado, en el cual las partes tenían plena autonomía para regular la relación entre ellas, tales como conclusión de procesos judiciales, el precio de la transferencia del ducto, las condiciones de entrega, forma de pago, entre otros. No se había, ni se ha establecido por disposición legal consideración alguna que deba tenerse en cuenta para los acuerdos de transferencia. Sin embargo, esto no implicaba que se pactara contra normas imperativas, como la que determina que la tarifa es única e igual para todos los consumidores de la misma categoría.

Cabe precisar que para fines tarifarios, Osinergmin no toma en cuenta el monto en que hayan acordado KALLPA y CÁLIDDA por la transferencia del ducto. En el numeral 3.2 del artículo 3° del D.S. N° 082-2009-EM se indica que Osinergmin determinará el valor del ducto de uso propio de acuerdo con lo TUO del Reglamento de Distribución.

Los Contratos y el Contrato KALLPA, son contratos de servicio de transporte firme vía la red principal de distribución y de servicio de gas natural en alta presión suscritos entre consumidores no regulados -generadores eléctricos- y el concesionario de distribución y no son materia de aprobación por parte de autoridad alguna, pudiendo establecer las partes

acuerdos particulares de índole comercial no sujetos a supervisión por parte del regulador por tratarse de pactos que escapan del ámbito de competencia de Osinergmin, salvo que se trate de cumplimiento de normas de carácter imperativo vinculadas a la prestación del servicio, condiciones de calidad, continuidad o tarifarios.

Por las razones expuestas, corresponde declarar que CÁLIDDA está obligada a prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes que se encuentran en una misma categoría, tratándose de prestaciones equivalentes, en el caso de análisis, las mismas condiciones económicas.

4.3.2. ¿Corresponde determinar si corresponde que CÁLIDDA reconozca a EDEGEL, el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD?.

EDEGEL basa su pedido de que se otorgue el mismo descuento que se aplica a KALLPA según el Contrato KALLPA, en lo establecido en la Segunda Cláusula Adicional de Los Contratos, el cual establece:

SEGUNDA CLÁUSULA ADICIONAL

(...)

De igual manera, las condiciones del Contrato se adecuarán en caso el Concesionario otorgue a otros usuarios de los servicios de transporte firme de gas natural, ya sea vía contrato o disposición emitida por el órgano u autoridad competente, condiciones más favorables que las acordadas en el Contrato; desde que lo solicite el Usuario y siempre que las condiciones sean equivalentes.

Sobre la base del análisis y conclusión al que se arribó en el numeral anterior y teniendo en consideración lo dispuesto tanto el Contrato BOOT, en su numeral 9.6 de la cláusula 9 - Obligaciones y derechos de la sociedad concesionaria-, como el artículo 3° del D.S. N° 040-99-EM que reconocen como un criterio que debe cumplirse en la prestación del servicios de distribución, el hecho que no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Cabe señalar que si bien Los Contratos son acuerdos privados, sujetos a revisión mínima por parte de autoridad administrativa, recogen obligaciones del concesionario establecidas en el Contrato BOOT, por tanto son de cumplimiento para CÁLIDDA, por tanto corresponde determinar que CÁLIDDA debe reconocer el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD, vía adecuación de Los Contratos a lo establecido en el Contrato KALLPA.

4.4. Sobre supuesto incumplimiento de parte de CÁLIDDA:

El artículo 66° TUO del Reglamento de Distribución establece que debe expresarse en la factura los conceptos que lo conforman y la forma en que estos deben consignarse en las facturas por el servicio de distribución.

El artículo 106° del TUO del Reglamento de Distribución establece los cargos que se deben facturar al consumidor.

El artículo 13° de la Resolución N° 261-2009-OS/CD y el artículo 12° de la Resolución N° 086-2014-OS/CD, mediante los cuales se fijó la TUD para el periodo comprendido desde el 07 de

mayo de 2010 al 06 de mayo de 2014 y desde el 07 de mayo de 2014 al 06 de mayo de 2018, respectivamente, establecieron la metodología de facturación para cada periodo.

En las facturas emitidas por CÁLIDDA a KALLPA desde enero de 2014 a setiembre de 2014, que obran en el expediente a fojas 204 a 213 se ha verificado que la facturación (monto a facturar) del servicio de distribución en clientes GE - generadores eléctricos- no coincide con el resultado de aplicar la fórmula establecida en los dispositivos mencionados en el párrafo anterior.

El artículo 36° del RGO faculta al organismo regulador, en virtud de su función fiscalizadora y sancionadora, a imponer sanciones a las entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento, entre otros, de las disposiciones reguladoras dictadas por el regulador.

De acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 459-2005-OS/CD, de fecha 20 de diciembre de 2005, corresponde a la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural supervisar y fiscalizar las actividades vinculadas al referido sector y el cumplimiento de su normativa.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas citadas, corresponde poner en conocimiento de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural las facturas mencionadas para que en uso de sus atribuciones realice las acciones que correspondan a fin de determinar si hubo o no la comisión de una infracción y de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan.

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 Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar fundada la oposición de EDEGEL S.A.A. respecto de los medios probatorios presentados por GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. en su escrito de alegatos por extemporáneos.

ARTÍCULO 2°.- Declarar INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A., por los argumentos expuestos en el numeral 4.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3°.- Declarar FUNDADA la reclamación presentada por EDEGEL S.A.A. y por tanto, declarar que GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. se encuentra obligada a reconocer a favor de EDEGEL S.A.A. el mismo descuento que otorga a KALLPA GENERACIÓN S.A. sobre la Tarifa Única de Distribución, por las razones expuestas en el numeral 4.3. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 4°.- Poner en conocimiento de la Gerencia de Fiscalización de Gas Natural del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería las facturas emitidas por GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. a KALLPA GENERACIÓN S.A. desde enero de 2014 a

setiembre de 2014, sobre la base de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, 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.

Aurelio Ernesto Ochoa Alencastre
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Rosendo Yone Ramírez Taza
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

VOTO EN DISCORDIA

Sobre la Excepción de Incompetencia:

Sobre la excepción de Incompetencia soy de opinión que esta debe ser declarada fundada por los siguientes fundamentos:

1.- CÁLIDDA manifiesta que el Cuerpo Colegiado carece de competencia para conocer y resolver la controversia planteada por EDEGEL, por cuanto se trata de un asunto de naturaleza comercial que responde a un acuerdo de partes derivada de Los Contratos, y por tratarse de una controversia relacionada con temas de libre competencia en la cual se alega un posible abuso de posición de dominio que consiste en una conducta mediante la cual se aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloca de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente de otros.

2.- Hay que indicar que el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la LMOR define la función de solución de controversias, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

A su vez, el artículo 44° del RGO establece que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre estas y los usuarios libres y entre ellos. Precisa que quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva de Instituto Nacional de

Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi . Además, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva de Osinergmin, comprende además la facultad de este organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre estas materias.

Asimismo, el inciso d) del artículo 46° del RGO establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por el Osinergmin, entre ellas, las surgidas entre transportistas de hidrocarburos y/o distribuidores de gas natural con los distribuidores, comercializadores y usuarios libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

Según el artículo 1° del TUO del ROSC, este rige la actuación de Osinergmin en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere la LMOR, el que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios libres o de resolver los conflictos suscitados entre estos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

El artículo 2° del ROSC, que rige la actuación de Osinergmin en el ejercicio de la función de solución de controversias a que se refiere la LMOR, establece:

Competencia del Osinergmin. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

Controversias entre transportistas de hidrocarburos o distribuidores de gas natural por red de ductos con los distribuidores, comercializadores y usuarios libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

De acuerdo con las normas citadas, el Cuerpo Colegiado es competente y está facultado para conocer y resolver controversias suscitadas entre las partes, es decir, entre una empresa distribuidora de gas natural por red de ductos –CÁLIDDA- y un consumidor independiente de gas natural –EDEGEL-. Sin embargo, estas deben referirse a aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin, por tanto, es necesario analizar si la materia controvertida se encuentra dentro del ámbito de competencia del regulador.

3.-Conviene señalar que lo que está en discusión en la presente controversia es determinar si CÁLIDDA está obligada a reconocer a favor de EDEGEL el mismo descuento que le otorga a KALLPA en la facturación de la TUD sobre la base de que CÁLIDDA debe prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes, tratándose de prestaciones equivalentes.

4.- CÁLIDDA es la concesionaria de distribución de gas natural por red de ductos en Lima y Callao, de acuerdo con las condiciones, obligaciones y prerrogativas establecidas en el

Contrato BOOT, el Texto Único del Reglamento de Distribución y sus normas conexas y complementarias.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3.1 del contrato BOOT y el artículo 7° del Texto Único del Reglamento de Distribución, CÁLIDDA tiene la exclusividad sobre su área de concesión y está obligado a dar servicio a quien lo solicite siempre que el suministro se considere técnica y económicamente viable conforme lo dispone el artículo 42° del mismo Reglamento.

Bajo el supuesto indicado en el párrafo precedente, en diciembre de 2005, CÁLIDDA declaró la inviabilidad técnica para atender a las centrales de empresas eléctricas, entre ellas Globeleq Perú S.A., hoy KALLPA. En atención a ello, mediante Resolución Directoral N° 069 -2007-EM/DGH, se autorizó a Globeleq Perú S.A. a instalar y operar ducto de uso propio para abastecerse de gas natural. Esta autorización, no implica que la concesionaria renuncie al derecho de exclusividad que ostenta dentro del área de concesión.

5.- Posteriormente, mediante D.S. N° 048-2008-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 28 de setiembre de 2008, se dictaron las disposiciones para la unificación de procedimientos tarifarios, estableciéndose una tarifa única del sistema total de distribución, la denominada TUD, se precisó que la TUD sería aplicable a todos los generadores eléctricos, sin excepción, a partir del 01 de enero de 2014.

Por Resolución Directoral N° 138-2009-EM/DGH, publicada el 2 de julio de 2009, se precisó que el plazo de vigencia de la autorización dada por Resolución Directoral N° 069 -2007-EM/DGH era hasta que CÁLIDDA comunique a la generadora que se encontraba en condiciones de prestarle el servicio de distribución, luego de determinar la viabilidad técnica y económica del suministro de gas natural a la Central ubicada en Chilca.

Mediante Decreto Supremo N° 082-2009-EM, publicado el 21 de noviembre de 2009, se establecieron los dos supuestos bajo los cuales se dejaba sin efecto el ducto de uso propio de Kallpa, uno de ellos determinaba que este hecho se produciría al día siguiente que CÁLIDDA y KALLPA comuniquen conjuntamente a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinergmin, la suscripción del acuerdo privado de transferencia del ducto de uso propio (acápites i. del numeral 3.1. del artículo 3°).

6.- Sobre la base de lo dispuesto en el D.S. N° 082-2009-EM, CÁLIDDA y KALLPA suscribieron la Transacción CÁLIDDA – KALLPA, mediante la cual se acordó transferir a favor de la distribuidora el ducto de uso propio de propiedad de KALLPA, determinando entre otros acuerdos, que CÁLIDDA se obligaba a otorgarle a la generadora El Descuento sobre la Capacidad Reservada Diaria -que contrataría por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos al no contar ya con el ducto de uso propio-.

Este acuerdo fue puesto en conocimiento del Ministerio de Energía y Minas y del Osinergmin.

7.- En virtud de la referida transacción, CÁLIDDA y KALLPA suscriben el Contrato KALLPA, por el servicio de distribución de gas natural en alta presión. Es en este Contrato en el cual se hace efectivo El Descuento pactado, tal como se estipula:

CLAUSULA NOVENA: TARIFA Y FACTURACIÓN

(...)

9.2. A partir del 1 de enero de 2014, el Usuario pagará al Concesionario por el Servicio el monto que resulte de aplicar el esquema de facturación y tarifas aplicables según las resoluciones tarifarias vigentes aprobadas por Osinergmin conforme a las disposiciones vigentes y a lo señalado en el Anexo E. Las tarifas aplicables serán actualizadas y/o ajustadas conforme a las fórmulas y procedimientos que se establezcan de acuerdo a las normatividad vigente. (...).

Es de precisar que la Transacción CÁLIDDA – KALLPA es un acuerdo privado, en el cual las partes tenían plena autonomía para regular la relación entre ellas, tales como el precio de la transferencia del ducto, las condiciones de entrega, forma de pago o compensaciones. No se había, ni se ha establecido por disposición legal consideración alguna que deba tenerse en cuenta para los acuerdos de transferencia. El D.S. N° 082-2009-EM solo estableció como requisito para que operara la cancelación de las autorizaciones de operación de ductos de uso propio el que se comunicara a las autoridades respectivas el acuerdo, más no que este se presentara, es decir, no estaba sujeto a revisión, ni control posterior alguno.

Cabe indicar que en esta transacción, ambas partes acordaron la conclusión de varios procesos judiciales suscitados entre ellas justamente relacionados al ducto de uso propio que hasta entonces era de propiedad de KALLPA y su integración al sistema de distribución de CÁLIDDA.

En tal sentido, las concesiones mutuas que las partes hayan pactado en esta transacción solo competen al ámbito privado.

8.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 65° del TUO del Reglamento de Distribución, solo son materia de aprobación administrativa los contratos a suscribirse por el consumidor regulado, contratos que son suscritos por adhesión por los consumidores regulados, en tal sentido, CÁLIDDA no puede efectuar modificaciones a estos contratos en virtud de consideraciones especiales con el cliente. Estos contratos pueden ser materia de supervisión por parte de Osinergmin.

Por el contrario, Los Contratos y el Contrato KALLPA, son contratos de servicio de transporte firme vía la red principal de distribución y de servicio de gas natural en alta presión suscritos entre consumidores no regulados -generadores eléctricos- y el concesionario de distribución y no son materia de aprobación por parte de autoridad alguna, pudiendo establecer las partes acuerdos particulares de índole comercial no sujetos a supervisión por parte del regulador por tratarse de pactos que escapan del ámbito de competencia de Osinergmin, salvo que se trate de cumplimiento de normas de carácter imperativo vinculadas a la prestación del servicio, condiciones de calidad, continuidad o tarifarios.

9.- En atención a la obligación que tiene el concesionario de distribución de atender a todos los interesados de recibir el servicio de distribución de gas natural, las tarifas que se fijen deben ser aplicables para todos los consumidores -regulados o independientes- ubicados dentro de su ámbito de concesión.

10.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de Los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el inciso q)

del artículo 52° del RGO, Osinergmin es el encargado de fijar, revisar y modificar las tarifas y compensaciones por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos.

En ese sentido, el numeral 4.1. del artículo 4° del D.S. N° 048-2008-EM establece que la TUD es de aplicación para todos los consumidores ubicados dentro de la concesión de CÁLIDDA.

La TUD debe aplicarse según las categorías tarifarias de consumidores según el rango de consumo, considerando además las categorías especiales -independientes de su consumo mensual- como son las estaciones de servicio o gasocentros de gas natural vehicular y los generadores de electricidad.

11.- La TUD aprobada por Osinergmin es la retribución máxima que recibirá el concesionario y que se aplicará al consumidor y está compuesta por los costos correspondientes al margen de distribución y al margen comercial de conformidad con lo que establece el artículo 106° del Reglamento de Distribución. Es la tarifa tope que se debe aplicar, correspondiendo a CÁLIDDA determinar el pliego tarifario aplicable a cada categoría de consumidor. CÁLIDDA debe publicarlo en todas sus oficinas de atención al público y en su página web, a partir de esa publicación son aplicables para todos sus clientes.

12.- Mediante Resoluciones Nos. 261-2009-OS/CD y 086-2014-OS/CD se fijó la TUD para el periodo comprendido entre el 07 de mayo de 2010 al 06 de mayo de 2014 y del 07 de mayo de 2014 al 06 de mayo de 2018, respectivamente.

En tal sentido, en materia de supervisión lo que corresponde a Osinergmin es verificar que las tarifas que aplique el distribuidor no exceda las tarifas tope aprobadas por Osinergmin y que correspondan a las categorías tarifarias de consumidores aprobadas.

En tal sentido, debemos precisar que la tarifa determinada permite garantizar el equilibrio económico financiero de la concesionaria y busca cubrir los costos eficientes de la prestación del servicio³²; de obtener ingresos menores derivados de acuerdos privados debe asumirlo la concesionaria.

13.- En el caso materia de análisis, se ha verificado que tratándose de generadores eléctricos, CÁLIDDA ha aplicado la tarifa correspondiente acorde con la categoría que corresponde que es GE, lo cual no ha sido tema de discusión por las partes. En la aplicación de la TUD para generadores CÁLIDDA no ha excedido el tope propuesto.

En virtud de lo expuesto, se colige que la litis no versa sobre temas tarifarios y la aplicación de la tarifa sino sobre discusiones que trascienden esta, como es el acuerdo de partes de naturaleza privada respecto de asuntos de estrategia comercial del negocio.

14.- De otro lado, EDEGEL sostiene que su pedido está sustentado en lo prescrito en el numeral 9.6 de la cláusula 9 -Obligaciones y derechos de la sociedad concesionaria- del Contrato BOOT que señala lo siguiente:

³² Artículo 105° del TUO del Reglamento de Distribución: *La Tarifa de Distribución deberá proveer al Concesionario los recursos para cubrir los costos eficientes de la prestación del servicio.*

9.16 Los contratos por el Servicio de Distribución que suscriba la Sociedad Concesionaria con los Usuarios de la Red se regirán por los siguientes criterios, los mismos que deberán incluirse en cada uno de los referidos contratos:

a) No se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

De lo citado precedentemente, se desprende que el Contrato BOOT reconoce como un criterio que debe ser incluido en los contratos de distribución de gas natural, el hecho de que no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. En tal sentido, Los Contratos incorporan en su cláusula octava el citado criterio.

15.- Es necesario indicar que Osinergmin en su calidad de organismo regulador ejerce la función de supervisar las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión. Sin embargo, cabe precisar que esta facultad no puede ser ejercida irrestricta sino dentro del ámbito de competencia del regulador, en tal sentido, supervisa aquellas condiciones directamente vinculadas con el servicio garantizando la calidad, continuidad y oportunidad del servicio, así como el cumplimiento de condiciones técnicas y de seguridad previstas en la normativa.

16.- Sin perjuicio de lo señalado precedentemente y considerando que el artículo 44° del RGO, establece lo siguiente:

La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de Osinergmin, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos. Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Indecopi.

Corresponde analizar el alcance de la competencia de Indecopi con relación a la presente controversia.

Sobre el particular, CÁLIDDA señala que se trataría de una controversia relacionada con casos de libre competencia, dado que constituiría un posible abuso de posición de dominio -tipificado en el artículo 10° del D.L. N° 1034 - consistente en una conducta donde se aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloca de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, lo cual es materia de competencia de Indecopi .

17.- Al respecto, es preciso mencionar el Principio de Supletoriedad contenido en el artículo 12° del RGO:

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte Osinergmin en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de Osinergmin.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de

especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete. (...) (Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 41).

En tal sentido, Indecopi ha reconocido la plena validez del principio de supletoriedad en estos casos, como se cita a continuación:

(...) el principio de supletoriedad no se aplica frente a la regulación social, sino frente a la regulación económica, por la sencilla razón de que si en un mercado la competencia no es posible, de nada sirve la aplicación de la política de competencia. En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de una regulación económica. (...) (Expediente 003-2007/CLC, fundamento 17 de la Resolución N° 0005-2008/TDC-INDECOPI).

18.- Resulta necesario indicar que, por sus características, la red de transporte y distribución de gas natural constituye un monopolio natural, por lo que Osinergmin, como organismo regulador, debe garantizar la recuperación de los costos e inversiones eficientes y promover el sano desarrollo de la actividad. En efecto, la regulación económica se traduce en este caso, en la determinación de la TUD aprobada por Osinergmin y aplicada por CÁLIDDA según la categoría tarifaria. La discusión aquí va más allá de la aplicación tarifaria, en una conducta no supervisada como es una decisión de tipo comercial.

19.- Es oportuno mencionar el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 11° del RGO, según el cual la actuación de Osinergmin no debe restringir la actuación de los particulares y por el contrario se debe proteger la autonomía privada. En efecto, el artículo 11° de RGO señala:

Artículo 11º.- Principio de Subsidiariedad
La actuación de OSINERG es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO o CONSUMIDORES REGULADOS. En caso de duda sobre la necesidad de establecer disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas, y entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.

20.- Es pertinente tener en cuenta el análisis efectuado por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, regulador con facultades para conocer y resolver incumplimientos de obligaciones sobre libre y leal competencia³³

Al respecto, entre los aspectos claves que se deben ponderar a fin de determinar cuándo resultan de aplicación las normas de libre competencia, deben considerarse: (i) si la conducta investigada ha sido compelida o aprobada por la agencia regulatoria o si esta ha sido el resultado de una conducta no supervisada, por ejemplo, una decisión comercial, (ii) cuál es el rol del regulador en la supervisión o aprobación de la conducta conforme a las normas legales, y (iii) si la aplicación de las normas de libre competencia puede colisionar con las decisiones y políticas establecidas por el regulador para el sector.

21.- La conducta materia de análisis es consecuencia de un acuerdo privado entre dos particulares respecto de decisiones de índole comercial. No se trata de temas regulatorios materia de aprobación por el regulador -que si se tratasen de estos temas que implica una regulación ex ante por vía regulatoria no se excluiría la participación de Osinergmin-, sino de conductas que competen al mercado, son conductas que no son materia de supervisión por el regulador y que la aplicación de normas de libre competencia no se enfrentarían con las del regulador porque escapan de su ámbito de competencia

La competencia de OSINERGMIN es exclusiva y excluyente en aspectos que son materia de su competencia, tales como los técnicos, regulatorios, normativos. Los aspectos en los cuales las partes tienen plena autonomía para regular la relación entre ellas (como la forma de pago y/o compensación por el uso de transferencia de las instalaciones), no están comprendidos en el supuesto de competencia, sino que la actuación del regulador es subsidiaria y no debe restringir la voluntad de las partes.

Por los argumentos expuestos, concluyo que los órganos de solución de controversias de Osinergmin no son competentes para conocer la controversia planteada por EDEGEL, por lo que debe declararse FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por CÁLIDDA.

En virtud de lo indicado en el párrafo anterior carece de objeto que me pronuncie sobre la oposición planteada por EDEGEL y los restantes puntos controvertidos determinados en la Audiencia Única.

Por lo que 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 Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución.

³³ D. Leg. N° 1034:

Disposiciones Complementarias y Finales

Primera.- Competencia primaria:

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.

MI VOTO ES:

Declarar FUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A., por los argumentos expuestos en el numeral 4.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

Sergio León Martínez
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc