

Aplicación del principio de acceso abierto a las instalaciones de transmisión bajo el régimen del Sistema Garantizado de Transmisión

Ángela García Sisniegas (*)
Noelia Carreras Schabauer(**)¹

El presente artículo analiza la problemática asociada al ejercicio del derecho de acceso abierto a redes reconocido en el marco regulatorio eléctrico cuando están involucradas instalaciones de transmisión calificadas como pertenecientes al Sistema Garantizado de Transmisión, sistema que se caracteriza por establecer limitaciones respecto de la disposición de los bienes asociados a la concesión respectiva, así como a la determinación de la remuneración aplicable.

I. Introducción:

El proceso de desintegración vertical de la industria eléctrica peruana inició con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (“LCE”) en el año 1993 y tuvo como principal objetivo el desarrollo de un mercado competitivo en cada una de las funciones propias de la industria de suministro de electricidad. En el caso específico de la transmisión de electricidad, la desregulación y liberalización del acceso a los agentes a dicha actividad tuvo como finalidad crear un marco de seguridad y predictibilidad que incentive la inversión privada en la expansión del sistema eléctrico.

Desde su primera etapa con la LCE, la reforma buscó la creación de una regulación de transmisión clara, entendiéndola como una premisa para el crecimiento de la inversión privada en dicho sector. En efecto, una particularidad de la actividad de transmisión de electricidad es que su estructura de mercado es una de monopolio natural sujeto a regulación. Por ello, el desarrollo de la transmisión a niveles óptimos depende en gran medida de los mecanismos para la inversión y remuneración de las instalaciones de transmisión implementados por la regulación sectorial (“MIR”).

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Las autoras agradecen a Roberto Santiviáñez Seminario por su valiosa colaboración, a través de sus ideas y comentarios respecto a los alcances del presente artículo.

La LCE clasificó a las instalaciones de transmisión del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (“SEIN”) en dos: (i) el Sistema Principal de Transmisión (“SPT”); y (ii) el Sistema Secundario de Transmisión (“SST”). La diferencia entre ambos sistemas partía de consideraciones de índole principalmente operativo: las redes del sistema eléctrico que permiten el intercambio de energía entre todos los agentes del mismo, con un flujo bidireccional, y sin posibilidad de identificar a los beneficiarios particulares de las redes, componían el SPT; mientras que aquellas redes que permiten el acceso de la generación y la demanda al SPT, con un flujo unidireccional, y que por su configuración permiten identificar quienes son los beneficiarios particulares de su uso, componían el SST.

El principal defecto de la clasificación de esta primera etapa de la reforma fue que a las consideraciones de índole técnico no se le añadieron aquellas de racionalidad económica. En efecto, los MIRs del SPT y del SST compartían como característica el uso de un sistema de transmisión “económicamente adaptado” modelado por el organismo regulador como parámetro para la fijación de tarifas. Esto implicó que tanto los costos a ser reconocidos, como la infraestructura a ser remunerada, variaran conforme a la revisión periódica de tarifas del organismo regulador. Esto a su vez significó la introducción del riesgo consistente en que el valor de la inversión calculado por el organismo regulador fuese distinto al valor real de la inversión incurrida por el agente. Este riesgo regulatorio constituyó un desincentivo significativo para la expansión del sistema.

La solución coyuntural a este problema consistió en la introducción de una regulación contractual *ad hoc*, valiéndose del uso de las normas de promoción de la inversión privada contenidas en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM. El Estado Peruano celebró Contratos BOOT² con diversas empresas para la construcción, explotación, operación y mantenimiento de infraestructura de transmisión. De este modo, se transfirieron activos de las empresas estatales y se promovió la inversión privada deprimida en la etapa previa. Este mecanismo de regulación contractual fue adecuado para que los inversionistas contaran con un marco regulatorio que brinde certeza para la toma de riesgo en inversión a largo plazo, al conocerse de forma previa el modo de recuperación y la utilidad a generarse sobre las mismas.

2 Siglas en inglés de “Build, own, operate and transfer”.

En efecto, los Contratos BOOT disminuyeron el riesgo regulatorio para los agentes pues, entre otros, incluyeron: (i) una definición clara de los bienes (líneas, subestaciones y/o enlaces) incluidos en la concesión y, por tanto, bajo responsabilidad del concesionario; (ii) la estabilización del régimen tarifario con una garantía de recuperación de la inversión real conforme a los costos ofertados en una licitación pública (competencia por el mercado) para la promoción de la inversión; y, (iii) la definición de parámetros de calidad del servicio y demás responsabilidades del concesionario, así como las penalidades y compensaciones en caso de transgresiones a dichos parámetros u obligaciones.

El último cambio estructural importante en la regulación de los sistemas de transmisión se dio con la entrada en vigencia de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (“LGE”) en el año 2006 y del Decreto Supremo N° 027-2007-EM, Reglamento de Transmisión en el año 2007.

Este nuevo marco regulatorio significó, entre otros, la introducción de un modelo de planificación híbrido de la expansión del sistema eléctrico. En efecto, la etapa final de la reforma implicó la creación de dos nuevas clasificaciones de las nuevas instalaciones de transmisión a ser puestas en servicio desde la entrada en vigencia de la LGE: (i) el Sistema Garantizado de Transmisión (“SGT”); y (ii) el Sistema Complementario de Transmisión (“SCT”).

En el régimen original de la LCE los SPT y SST tienen una distinción operativa según la direccionalidad del flujo y la posibilidad de identificar a sus usuarios los usos, por lo que resulta factible identificar la infraestructura (física) con su clasificación correspondiente (legal) y por lo tanto diferenciar donde comienza y termina una instalación del SPT y una del SST. En contraste, el nuevo régimen de la LGE considera una distinción entre el SGT y SCT únicamente según categorías remunerativas pues los MIRs aplicables a cada sistema difieren considerablemente.

Adicionalmente, el modelo de planificación de cada sistema difiere. Mientras que el SGT se caracteriza por ser un modelo centralizado en el que el Estado necesariamente es el planificador de la expansión del sistema troncal que beneficia a todo el sistema, por medio del denominado “Plan de Transmisión” sujeto a evaluación pública de los agentes y ejecutado a través de licitaciones públicas; el SCT está comprendido por todas las demás instalaciones no troncales, ejecutadas como parte del “Plan de Transmisión” en algunos casos,

por los agentes privados, bajo supervisión del Estado en otros, y por aquellos ejecutados sin supervisión estatal (como es el caso de los SCT calificados como “privados”), supuestos en los que se decide la ejecución de inversión y construcción de nueva infraestructura en función de los beneficios que la misma les ofrece a los beneficiarios particulares.

La convivencia de estos dos modelos (centralizado para el SGT y descentralizado para el SCT), así como la diferencia en los MIRs aplicables a cada uno y la regulación general de las titularidades, responsabilidades y obligaciones de los concesionarios particulares de cada sistema, puede ser una fuente de conflicto para los agentes. En efecto, de todas las funciones propias de la industria de suministro de electricidad, la transmisión es tal vez la que requiere de una mayor cooperación entre los agentes para garantizar una expansión del sistema eléctrico ordenada y que asegure la calidad, la confiabilidad y la reducción de los niveles de congestión en el sistema.

En el caso peruano, en una primera etapa la coordinación para las inversiones en transmisión era poca o ninguna pues las mismas respondían a variables de carácter estratégico del negocio del inversionista interesado (generador, distribuidor o cliente libre) lo que tenía como consecuencia que las inversiones se hiciesen en el sistema eléctrico relevante para el agente según sus intereses sin considerar los potenciales efectos globales. La reforma de la LGE, al definir claramente los regímenes de los nuevos sistemas de transmisión ha buscado dar una solución a dicho problema. No obstante ello, tal como veremos más adelante, las deficiencias de coordinación aún existen entre los propios agentes, entre los agentes y el regulador, e inclusive entre distintas agencias reguladoras (pensemos en el OSINERGMIN y el Ministerio de Energía y Minas).

Estas deficiencias, en su modalidad más grave, pueden llegar a desnaturalizar a la regulación aplicable a cada sistema al influir en la asignación de riesgos e incentivos contenida en el modelo regulatorio.

Un tema en que estas deficiencias se hacen evidentes es en el principio de acceso abierto. Con la LCE, es decir en la primera etapa de la reforma de la regulación de transmisión, se incluyó en la regulación el denominado principio de acceso abierto a las instalaciones de transmisión (y distribución). En efecto, el artículo 33° de la LCE contempla la obligación de los concesionarios de transmisión de permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deben asumir los costos de la ampliación a realizarse, de ser necesaria, así como de

las respectivas compensaciones por el uso de dichos sistemas³. Por su parte, el artículo 62° del Reglamento de la LCE señala que OSINERGMIN resolverá las discrepancias por el uso de los sistemas de transmisión y detalla que las inversiones de los usuarios tendrán carácter de reembolsables conforme al artículo 84° de la LCE⁴. Finalmente, en el año 2003, mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 091-2003-OS/CED, OSINERGMIN aprobó la norma procedimental para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica (“Procedimiento de Acceso”).

La regulación legal y reglamentaria sobre el principio de acceso abierto (salvo por la reciente incorporación del artículo 62°-B al RLCE, que como se verá más adelante deja algunas interrogantes), se limita a la antes señalada. Ello resulta sorprendente pues, tal como lo hemos expuesto, desde la entrada en vigencia de la LCE ocurrieron reformas estructurales a la regulación de los sistemas de transmisión. En efecto, el principio de acceso abierto mantiene una escueta además de obsoleta regulación en la medida que no se ha adaptado ni a las reformas introducidas por la LGE y el Reglamento de Transmisión, ni al desarrollo del mercado de servicios de transmisión en los últimos 20 años caracterizado por un crecimiento de la demanda, una mayor cantidad y heterogeneidad de agentes, la existencia de regímenes paralelos para diversas instalaciones, entre otros.

3 LCE

“Artículo 33.- Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.”

4 RLCE

“Artículo 62.- Las discrepancias entre los usuarios y los concesionarios de transmisión por el uso de los sistemas de estos últimos, a que se refiere el Artículo 33 de la Ley, en lo relativo a capacidad de transmisión o las ampliaciones requeridas, serán resueltas por OSINERG, siguiendo el procedimiento de dirimencia establecido en el siguiente párrafo.

El interesado deberá presentar a OSINERG una solicitud de dirimencia, adjuntando el sustento técnico y legal de su requerimiento, la cual se pondrá en conocimiento de la otra parte por el término de cinco (5) días hábiles, para que presente el sustento técnico y legal de su posición. Una vez vencido este plazo la solicitud será resuelta por OSINERG dentro de los treinta (30) días calendario de presentada la solicitud, con lo que queda agotada la vía administrativa.

OSINERG queda facultado a dictar directivas para solucionar y resolver las solicitudes de dirimencia a que se refiere el presente artículo.

Las inversiones efectuadas por los usuarios tendrán carácter reembolsable, bajo la misma modalidad establecida en el Artículo 84 de la Ley.”

En términos generales, la obligación de brindar acceso a los sistemas de transmisión en cabeza del concesionario se materializa cuando existe una solicitud de conexión por parte de un generador, distribuidor o un usuario libre para conectarse a unas instalaciones de transmisión. La habilitación de la conexión física con frecuencia conlleva la modificación de las instalaciones de transmisión del concesionario que permite el acceso, modificaciones que tienen un correlato en la necesidad de incurrir en costos de inversión y en el incremento de los costos de operación y mantenimiento del concesionario. Asimismo, estas modificaciones acarrearán una serie de consecuencias en la operación y mantenimiento de las instalaciones involucradas, así como en el régimen de responsabilidad sobre los bienes de la concesión.

Lo anterior resulta particularmente importante en el caso de instalaciones pertenecientes al SGT, pues el régimen regulatorio establecido para este tipo de instalaciones tiene una racionalidad y alcances particulares, los cuáles pueden ser fácilmente desnaturalizados si se hace una aplicación ciega del artículo 33° de la LCE. Asimismo, si bien nos centraremos en las instalaciones SGT y sus respectivos contratos de concesión ("Contratos BOOT SGT"), las reflexiones materia del presente artículo pueden ser trasladables a aquellos contratos suscritos al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su reglamento, así como a las instalaciones SCT resultantes de licitaciones en la medida tengan similitudes con el régimen SGT.

En atención a la particular problemática que se presenta en el acceso de terceros a las instalaciones que forman parte del SGT, a continuación se exponen las principales características del régimen legal y contractual aplicable, detallando las obligaciones para los concesionarios de transmisión, con especial énfasis en la obligación de acceso contemplada en el artículo 33° de la LCE. Seguidamente, se detalla cuáles son las consecuencias legales y prácticas de dicho acceso.

Finalmente, se analiza la reciente incorporación del artículo 62-B en el RLCE, proponiéndose un esquema para su implementación, que sea compatible con las soluciones transaccionales producidas hasta la fecha; las mismas que tienen como eje el mantenimiento de la "integridad eléctrica" de los sistemas involucrados, de tal forma que no se afecten las obligaciones del concesionario SGT, ni desnaturalicen la asignación de riesgos o incentivos del régimen SGT. Todo esto con la finalidad de compatibilizar las obligaciones y derechos de los concesionarios SGT con las obligaciones y derechos de los demás agentes del mercado.

II. Régimen aplicable a las instalaciones SGT y particularidades de los Contratos BOOT SGT ante una solicitud de acceso

Desde el año 2008 y hasta la fecha, se han suscrito los siguientes Contratos BOOT SGT:

Cuadro N° 1: Contratos BOOT SGT suscritos entre 2008 y 2015

Año	Concesionaria	Clasificación del Sistema	Nombre de la Línea	Tipo de Contrato
2008	Abengoa Transmisión Norte	SGT	LT. Carhuamayo – Paragsha - Conococha - Huallanca - Cajamarca - Cerro Corona - Carhuaquero	BOOT
2008	Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía	SGT	LT. Mantaro - Caravelí - Montalvo	BOOT
2008	CTM	SGT	LT. Chilca - La Planicie - Zapallal	BOOT
2010	CTM	SGT	Reforzamiento del Sistema de Transmisión Centro-Norte Medio - LT. Zapallal - Trujillo	BOOT
2010	Abengoa Transmisión Sur	SGT	LT. Chilca – Marcona - Montalvo	BOOT
2010	Transmisora Eléctrica del Sur	SGT	LT. Tintaya – Socabaya y SE. Asociadas	BOOT
2010	CTM	SGT	Reforzamiento del Sistema Norte Talara - Piura	BOOT
2010	CTM	SGT	LT. Machupicchu – Abancay - Cotaruse	BOOT
2010	CTM	SGT	LT. Pomacocha – Carhuamayo y SE. Asociadas (licitada por MEM)	BOOT
2011	CTM	SGT	Reforzamiento del Sistema de Transmisión Centro Norte Medio LT. Trujillo - Chiclayo	BOOT
2013	Concesionaria Línea de Transmisión CCNCM	SGT	LT. Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba	BOOT
2013	ATN3	SGT	LT. Machupicchu-Quencoro-Onocora-Tintaya y SE. Asociadas	BOOT

Año	Concesionaria	Clasificación del Sistema	Nombre de la Línea	Tipo de Contrato
2013	CTM	SGT	LT. Mantaro-Marcona-Socabaya-Montalvo y SE. Asociadas	BOOT
2014	Consortio Isolux Transmisora Peruana	SGT	LT. Moyobamba-Iquitos y SE. Asociadas	BOOT
2015	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.-ISA	SGT	Primera Etapa de la SE. Carapongo y Enlaces de Conexión a Líneas Asociadas	BOOT
2015	Transmisora Eléctrica del Sur	SGT	LT. Azangaro-Juliaca-Puno	BOOT

Si bien ha sido materia de debate a nivel de la doctrina jurídica nacional, en los últimos años se ha decantado la idea que los contratos de concesión (entre los que se encuentran los Contratos BOOT SGT) presentan una naturaleza compleja, en la medida que muestran tres (3) contenidos que confluyen, como se puede apreciar del siguiente gráfico:

Gráfico N° 1: Elementos de los Contratos BOOT SGT



En atención a dicha realidad, hemos decidido desarrollar el presente artículo haciendo alusión a estos tres (3) elementos involucrados en la configuración de los Contratos BOOT SGT; principalmente haciendo referencia al contenido legal y contractual de los mismos.

A nivel legal, la LGE estableció, entre otros, que las instalaciones del SGT son aquellas que se construyen como resultado del Plan de Transmisión⁵ cuya concesión y construcción son el resultado de un proceso previo de licitación pública⁶, y que se pongan en operación comercial en fecha posterior a la promulgación de la LGE, es decir, luego del 23 de julio de 2006. Asimismo, la LGE estableció que una vez vencido el plazo de otorgamiento de la concesión, los activos de transmisión serán transferidos al Estado sin costo alguno⁷.

A nivel reglamentario, el Reglamento de Transmisión define al “Contrato de Concesión de SGT” como aquel suscrito entre el Estado Peruano y el ganador de la licitación pública y señala expresamente que *“Este contrato establece el compromiso de construcción, **propiedad, operación, régimen tarifario y devolución al Estado al término del Contrato**, según sea aplicable a cada caso en particular”*⁸. La proforma de Contrato de Concesión SGT contenida en las bases de la licitación pública incluye además el sistema de remuneración, garantías, penalidades y causales de resolución cuyos aspectos regulatorios deben contar con la opinión favorable del OSINERGMIN⁹.

Así, desde un punto de vista del régimen jurídico las instalaciones SGT, debe tomarse en consideración que el derecho de propiedad del concesionario sobre los bienes integrantes de instalaciones de transmisión se encuentran sujetos a una serie de limitaciones que encuentran su razón de ser en la utilidad o finalidad pública a la cual dichos bienes se encuentran afectos, es decir, al servicio público de transmisión de electricidad. Dicha afectación implica que los titulares de instalaciones de transmisión pertenecientes al SGT no tengan un dominio privado pleno sobre los bienes de su propiedad afectos al servicio público de transmisión de electricidad.

En efecto, las instalaciones SGT son el soporte para la prestación de un servicio público¹⁰. Tal como hemos visto, las licitaciones SGT tienen como resultado concesiones de naturaleza BOOT (*build, operate, own, transfer*) que implican que el concesionario actúe como propietario de los bienes de la concesión pero

5 LGE, artículo 1.30°.

6 LGE, artículo 22.1°.

7 LGE, literal c), artículo 22.2°

8 Reglamento de Transmisión, artículo 1.8°.

9 Reglamento de Transmisión, literal d), artículo 21.3°.

10 LCE, artículo 2°.

siempre con los alcances que otorga la regulación sectorial y contractual, y los utilice para prestar el servicio de transmisión de electricidad con la obligación de transferirlos al Estado Peruano al término de la concesión. En esa misma línea, las instalaciones SGT son claramente bienes afectos a dominio público¹¹ por ello la administración, conservación y tutela de dichos bienes compete a las entidades responsables de la prestación del servicio público, en este caso el concesionario del SGT, conforme a la normativa de la materia.

Por todo ello, la naturaleza del derecho de propiedad que el concesionario SGT tiene sobre las instalaciones SGT que implica que dicho concesionario no actúe sobre las instalaciones con todos los atributos de la propiedad sino conforme a las limitaciones del régimen jurídico antes descrito. Ello tiene importancia respecto de la posibilidad de acción de un concesionario SGT en el marco de una solicitud de acceso a sus instalaciones pues el concesionario deberá considerar que ningún tercero podrá afectar, en contravención al régimen del SGT, las instalaciones o los derechos de explotación otorgados y obligaciones asumidas por el concesionario SGT conforme a su Contrato BOOT SGT.

Así, si bien no existe una excepción expresa al principio de libre acceso respecto a las instalaciones SGT, ni tampoco un tratamiento específico o exclusivo sobre la materia para el SGT, es indudable que el concesionario SGT tiene limitaciones, establecidas por la regulación aplicable, relativas al ejercicio de su derecho de propiedad (y todos los atributos asociados al mismo) respecto de las instalaciones SGT, cuyo incumplimiento podría conducir a la desnaturalización de la finalidad de la regulación aplicable. El concesionario SGT tiene colocada una “camisa de fuerza” que lo constriñe al momento de negociar las condiciones de los acuerdos comerciales con los agentes que solicitan acceso a sus sistemas, la cual está constituida por las disposiciones del Contrato BOOT SGT y las obligaciones que ha asumido frente al Estado Peruano en su calidad de concedente en virtud del mismo.

A mayor detalle, es claro que el derecho de propiedad del concesionario sobre las Instalaciones SGT tiene limitaciones legales expresas (establecidas tanto en la LGE, como en el Reglamento de Transmisión) como lo son las siguientes:

11 Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00003-2007-PC/TC. De lo desarrollado en dicha sentencia puede concluirse que las Instalaciones SGT cumplen con los tres elementos que configuran la relación jurídica de dominio público: (i) una titularidad pública de los bienes; (ii) la afectación de los bienes a una finalidad o utilidad pública como el uso público o el servicio público; y, (iii) la aplicación de un régimen especial administrativo de protección y uso de los bienes.

- Vencido el plazo del Contrato BOOT SGT, el concesionario debe transferir todos los activos de transmisión asociados a las instalaciones SGT al Estado sin costo alguno (literal c, artículo 22.2° de la LGE);
- El concesionario SGT debe asumir los compromisos de construcción, propiedad, operación, régimen tarifario y devolución al Estado **conforme a lo establecido en el Contrato BOOT SGT** (artículo 1.8° del Reglamento de Transmisión); y,
- El concesionario SGT únicamente será remunerado por la construcción y operación de las instalaciones SGT conforme a los costos de inversión, y operación y mantenimiento consignados en el Contrato BOOT SGT que sustentaron su adjudicación en la licitación respectiva (artículo 24° y siguientes de la LGE)
- La retribución de la inversión por las instalaciones necesarias para dar acceso a terceros y para mantener la continuidad eléctrica de las instalaciones SGT, seguirá el mismo tratamiento que los refuerzos del SGT (conforme al Reglamento de Transmisión) y los costos de inversión para su implementación y construcción deberán ser asumidos por el tercero que solicitó el acceso (por la reciente incorporación del artículo 62°-B RLCE).

En cuanto a las obligaciones establecidas en los Contratos BOOT SGT, y considerando que es el propio marco normativo el que deriva el régimen SGT a una regulación contractual, de la revisión de los contratos suscritos hasta la fecha consignados en el Cuadro N° 1, se ha podido verificar que los mismos incluyen las siguientes obligaciones:

- El concesionario SGT debe operar y mantener las instalaciones SGT, además de ser el propietario de los Bienes de la Concesión (concepto que incluye a toda obra necesaria para la construcción y operación de las instalaciones);
- El concesionario SGT es responsable por la prestación del servicio de transmisión a través de las instalaciones SGT garantizando calidad, eficiencia y continuidad;
- El concesionario SGT debe transferir todos los Bienes de la Concesión al Estado Peruano al momento de la terminación del Contrato BOOT SGT

de forma tal que los mismos puedan ser explotados nuevamente para la prestación del servicio de forma ininterrumpida;

En general, el concesionario SGT debe ser propietario, operar, mantener y transferir al estado una línea de transmisión que corresponda a un enlace entre los puntos comprendidos definidos las especificaciones técnicas.

Por otro lado, las instalaciones SGT también presentan una particularidad en lo que respecta a los costos asociados a la implementación de una nueva conexión a dichas instalaciones. En términos generales, sobre los costos que deben ser asumidos por el solicitante de una conexión el artículo 33° de la LCE señala que estos son los “costos de ampliación” y las “compensaciones por el uso”. Por su parte el artículo 62° del Reglamento de la LCE señala que las inversiones efectuadas por los usuarios tendrán carácter de reembolsable conforme al artículo 84° de la LCE.

El contenido de las normas antes citadas es desarrollado a mayor detalle en el Procedimiento de Acceso. En efecto, dicha norma indica en su artículo 3° lo siguiente:

“Artículo 3.- Obligaciones del Suministrador de Servicios de Transporte.

Todo Suministrador de Servicios de Transporte está obligado a:

3.1 Permitir la conexión y utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley, su Reglamento y demás normas complementarias. (...)

3.9 Reembolsar las inversiones realizadas por los Clientes de Suministro Eléctrico en los casos de ampliación de redes, de acuerdo con las modalidades establecidas en el Artículo 84 de la Ley de Concesiones Eléctricas y en la Directiva de Contribuciones Reembolsables.”

Como puede observarse, el Procedimiento de Acceso reitera que los terceros deberán asumir tanto los costos de ampliación en caso necesario, como las compensaciones por el uso, precisando que serán reembolsables únicamente aquellos costos asociados a la ampliación de redes.

En cuanto a la práctica del OSINERGMIN, mediante Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 372-2005-OS/CD “Dictan mandato de interconexión a favor de Hidrandina S.A. y la Dirección Ejecutiva de Proyectos del Ministerio de Energía y Minas para que EGENOR permita realizar trabajos en

la Subestación Huallanca”, el OSINERGMIN definió cuáles son los costos que el solicitante debe asumir conforme a lo dispuesto en la LCE y su reglamento. En efecto, en dicha oportunidad señaló lo siguiente:

“SOBRE LAS CONDICIONES PARA LA EMISIÓN DEL MANDATO DE CONEXIÓN (...)

2.9 Que, a fin de poder admitir la solicitud de Mandato de Conexión, primero deberá determinarse si existe o no la negativa a dar acceso a redes por parte de la Suministradora de Servicios de Transporte, esto es, por parte de EGENOR.

2.10 Que, al respecto debemos precisar que para determinar la existencia de la negativa, debe precisarse si las exigencias de EGENOR están permitidas por las normas que regulan el libre acceso, caso contrario se entenderá que tales exigencias constituyen una negativa al acceso.

2.11 Que, al respecto debemos citar lo expuesto por el artículo 33 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual prevé que el acceso a los sistemas de transmisión por parte de terceros quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario y las compensaciones por el uso. (...)

2.13 Que, habiendo hecho esta precisión, corresponde determinar si la carta fianza solicitada constituye parte de los costos que la norma precisa. Al respecto, los costos de ampliación requeridos, implican los costos para la ampliación misma, lo cual corresponde indudablemente ser asumidos por el solicitante del acceso a las redes, y por tanto, no implica establecer como obligación el otorgamiento de garantías de cualquier tipo. Asimismo, las compensaciones por el uso, están referidas a aspectos regulatorios, esto es, a las compensaciones fijadas por OSINERG en uso de su función regulatoria, la cual cubre los costos por el uso y por tanto las exigencias económicas adicionales no constituyen una obligación que establezca la norma como requisito del acceso a las redes.

2.14 Que, según lo expuesto debemos concluir que la carta fianza exigida por EGENOR para otorgar el acceso a sus redes, no constituye una obligación establecida en la Ley de Concesiones Eléctricas ni en las normas sobre acceso a redes y condiciones de uso, por lo que su exigencia constituye necesariamente una negativa de brindar acceso a las redes. (...)

2.18 Que, por tanto, de lo expuesto corresponde otorgar Mandato de Conexión a la empresa HIDRANDINA y a la DEP, considerando que de acuerdo al marco normativo del sector eléctrico que rige el acceso a las redes, deben asumirse los costos de ampliación a realizarse en caso necesario y las compensaciones por el uso. (...)”

Así, en la resolución antes citada, OSINERGMIN estableció que el solicitante debe asumir aquellos costos relativos a la conexión misma; por su parte las compensaciones por el uso serán conforme a las tarifas reguladas por el OSINERGMIN. Asimismo, definió que una exigencia al solicitante estará permitida y no será considerada como una negativa a otorgar el acceso, en tanto la misma tenga justificación en la normativa aplicable.

Al respecto, consideramos que los costos asociados a la conexión misma son tanto los costos de inversión (CAPEX), como los costos incrementales por operación y mantenimiento (OPEX) en los que tendrá que incurrir el concesionario SGT por causa de la conexión solicitada. Estos costos, son los que han sido recientemente reconocidos con la incorporación del artículo 62-B al RLCE¹², que ha establecido como regla que los terceros que accedan a instalaciones SGT deberán asumir los costos de la ampliación a realizarse y las compensaciones por el uso, entendiendo

12 RLCE

“Artículo 62-B.- Los terceros que accedan al Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), con instalaciones que no forman parte del Plan de Transmisión, deberán solicitar previamente la conformidad técnica de las instalaciones de conexión al COES.

El titular de la Concesión del SGT, se hará cargo de la implementación/construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones que se requieran para mantener la continuidad eléctrica del SGT. Conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley, el tercero debe asumir los costos de ampliación a realizarse y las compensaciones por el uso, este último corresponde a los costos de inversión para la implementación y construcción de las instalaciones de continuidad.

Para realizar la retribución de la inversión, se prevé el mismo tratamiento aplicado a un Refuerzo que forma parte del SGT, sin limitación en el monto de inversión, desde la fecha de su puesta en operación comercial; por lo tanto, el titular de la concesión del SGT licitará por lo menos del ochenta (80) por ciento del valor de la inversión; para la adquisición de bienes y servicios para la ejecución del Refuerzo; el veinte (20) por ciento restante podrá contratarlo o ejecutarlo de manera directa.

Trascurridos seis (06) meses contados a partir de la puesta en operación comercial del Refuerzo, el titular de la concesión presentará al tercero un informe auditado por una empresa especializada, debiendo contener el valor de la inversión del Refuerzo ejecutado.

Los costos de operación y mantenimiento de las instalaciones de continuidad, son los que resultan del acuerdo entre el Concesionario del SGT y el tercero, los que son asumidos por este último y no deben ser porcentualmente superiores al porcentaje que representan estos costos, respecto de la inversión establecida en el Contrato de Concesión SGT suscrito por el Concesionario con el Estado.

Las instalaciones que se requieran para mantener la continuidad del SGT cuyos costos de ampliación son asumidas por terceros, forman parte de la Concesión del SGT.

En el caso de acceso al SGT por parte de las EDEs, según lo aprobado en el Plan de Inversiones por el OSINERGMIN, los costos de inversión, operación y mantenimiento a que se refiere el segundo párrafo de este artículo, serán consideradas como parte del costo medio anual, a que se refiere el artículo 139 del presente Reglamento”.

por tales a los costos de inversión para la implementación y construcción de las “instalaciones de continuidad” del SGT.

Sobre este último aspecto es necesario que se tome en consideración el sistema de remuneración de las instalaciones SGT previsto en la normativa aplicable al cual nos referimos a continuación.

En términos generales, las instalaciones del SGT se remuneran a través de la base tarifaria que es definida por el OSINERGMIN y que incluye tres componentes¹³:

- a. La remuneración de las inversiones, la cual se calcula como la anualidad para un periodo de recuperación de la inversión total de hasta treinta años, la misma que es actualizada con una tasa del doce por ciento (12%)¹⁴.
- b. Los costos eficientes de operación y mantenimiento de las instalaciones.
- c. La liquidación que pueda corresponder por el desajuste entre lo autorizado como Base Tarifaria del año anterior y lo efectivamente recaudado por la empresa transmisora.

La remuneración de la inversión, y los costos de operación y mantenimiento que forman parte de la base tarifaria son los que correspondan a la propuesta ganadora del proceso de licitación convocado para la construcción de las instalaciones del SGT que concluye con la firma del Contrato BOOT SGT. Conforme a lo anterior, el hecho de que la base tarifaria sea el producto de la propuesta ganadora en cada proceso de licitación para otorgar una concesión para instalaciones SGT implica que la remuneración se define a través de la competencia por el mercado entre los postores que participan del concurso público y no por el OSINERGMIN. Así, son los postores, sobre la base de sus propios cálculos y fórmulas, quienes determinan la base tarifaria de sus instalaciones en una única oportunidad, sin que ello pueda ser objeto de modificación o alteración alguna por el regulador.

En ese sentido, la asunción de los costos incrementales de operación y mantenimiento por parte del solicitante se encuentra justificado, en el caso

13 LGE, artículo 24 y ss.

14 Esta tasa corresponde a la establecida en el Artículo 79° de la LCE.

particular de intervenciones sobre instalaciones SGT, en el hecho que el régimen tarifario aplicable y previamente descrito implica una remuneración a través de una base tarifaria cuyos componentes corresponden a la propuesta ganadora del proceso de licitación respectivo. En tal sentido, cualquier modificación a instalaciones pertenecientes al SGT que implique mayores costos de operación y mantenimiento no será reconocido en la tarifa respectiva y, por tanto, deberá ser asumido por el solicitante como un costo hundido de su derecho de conexión. Lo contrario implicaría un perjuicio patrimonial al concesionario SGT en beneficio del solicitante que no tiene asidero en el ordenamiento jurídico.

Entendemos que éste ha sido el mismo criterio recogido por el reciente incorporado artículo 62°-B del RLCE, al establecer los costos de las ampliaciones a realizarse (instalaciones necesarias para permitir el acceso del tercero y mantener la continuidad eléctrica del SGT), costos que comprenden los de inversión para la implementación y construcción de las instalaciones de continuidad, serán asumidas por el tercero.

Sin embargo, la redacción del referido artículo 62°-B no resulta del todo clara cuando señala que, para la retribución de la inversión para la implementación y construcción de las instalaciones de continuidad, se prevé el mismo tratamiento aplicado a un refuerzo que forma parte del SGT. Esta afirmación, en principio, resultaría contradictoria con la asunción de los costos de inversión por el tercero solicitante, toda vez que el Reglamento de Transmisión prevé que los refuerzos son incorporados a la base tarifaria¹⁵ y con ello serían pagados por

15 Reglamento de Transmisión

“Artículo 7.- Implementación de los Refuerzos

7.1. Una vez aprobado y publicado el Plan de Transmisión, los titulares de las instalaciones sobre las que se ha previsto ejecutar los Refuerzos incluidos en la relación de Proyectos Vinculantes del Plan de Transmisión, tienen un plazo de treinta (30) días hábiles para someter a consideración de OSINERGMIN la especificación detallada de las obras del Refuerzo a ejecutarse.

7.2 Dentro de los treinta (30) días hábiles después de vencido el plazo señalado en el numeral anterior, OSINERGMIN determinará una propuesta de Base Tarifaria para las correspondientes instalaciones de Refuerzo.

7.3 Una vez aprobada la Base Tarifaria, los respectivos titulares tienen un plazo de quince (15) días hábiles para ejercer su derecho de preferencia a que se refiere el literal b) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley.

7.4 Cuando la instalación a ser reforzada sea del SGT y el titular de dicha instalación ejerza su derecho de preferencia, suscribirá el Addendum a su Contrato de Concesión del SGT para que la instalación de Refuerzo sea incorporada a dicho Contrato. El Refuerzo formará parte

todos los usuarios del SGT vía peajes y compensaciones y, por lo tanto no serían asumidas por el tercero solicitante del acceso como lo señala el mismo artículo 62°-B.

En ese sentido, entendemos que cuando el artículo 62°-B se refiere al tratamiento de la retribución de las inversiones por las instalaciones de continuidad, como si fueran instalaciones de refuerzo; este tratamiento se relaciona con los siguientes aspectos:

- a. A lo señalado por el artículo 7.4 del Reglamento de Transmisión, en cuanto a que las instalaciones de continuidad serán incorporadas como instalaciones que forman parte del SGT desde su entrada en operación comercial; para lo cual el titular SGT suscribirá el respectivo Addendum a su Contrato SGT. En ese sentido, al formar parte del SGT, las instalaciones de continuidad incorporadas a las instalaciones SGT también deberán ser transferidas al Estado una vez vencido el plazo del Contrato BOOT SGT, de acuerdo con el artículo 22.2° de la LGE.

Esta interpretación, es concordante con lo señalado por el penúltimo párrafo del artículo 62°-B, cuando se refiere a que las instalaciones que se requieran para mantener la continuidad del SGT, cuyos costos de ampliación son asumidas por terceros, forman parte de la concesión del SGT.

- b. A lo señalado por el artículo 7.5 del Reglamento de Transmisión, en cuanto a que el concesionario SGT que iniciará el proceso de licitación

del SGT desde la fecha en que entre en operación comercial.

7.5 En caso de que el titular de las instalaciones que deben ser reforzadas no ejerciera su derecho de preferencia para ejecutar la obra de Refuerzo, o habiéndolo ejercido no cumpla con suscribir el correspondiente Contrato de Concesión dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificado, el Ministerio podrá evaluar la pertinencia de: i) en la siguiente actualización del Plan de Transmisión retirar los Refuerzos del Plan de Transmisión, recabando previamente la opinión del COES y OSINERGMIN; o, ii) iniciar el proceso de licitación para la construcción, operación y mantenimiento del respectivo Refuerzo, quedando el Concesionario existente obligado a dar las correspondientes facilidades para las actividades que sean necesarias a efecto del proceso de licitación, ejecución de los estudios que correspondan, así como para la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de Refuerzo.

7.6 Lo establecido en el presente artículo es de aplicación a los Refuerzos de cualquiera de las instalaciones que integran los Sistemas de Transmisión comprendidos en el numeral 20.1 del artículo 20 de la Ley. En las situaciones particulares en que no sea posible aplicar los procedimientos establecidos, el Ministerio podrá adoptar un mecanismo específico que responda a las características de la instalación a reforzar”.

para la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de continuidad, debe brindar las correspondientes facilidades para las actividades que sean necesarias para el proceso de licitación, ejecución de los estudios que correspondan, así como para la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de continuidad.

Por tal motivo, el propio artículo 62°-B prevé que el titular deberá licitar por lo menos el ochenta por ciento (80%) del valor de la inversión para la adquisición de bienes y servicios para la ejecución del “Refuerzo”, y el veinte por ciento (20%) restante podrá contratarlo o ejecutarlo de manera directa.

Sin perjuicio de ello, la implementación concreta de lo dispuesto por el artículo 62°-B del RLCE deberá considerar las características particulares de las configuraciones físicas que se presentan para otorgar el acceso de terceros a las instalaciones SGT, así como las soluciones transaccionales implementadas hasta la fecha, en la medida que permiten el mantenimiento de la “integridad eléctrica” de los sistemas eléctricos involucrados haciendo compatible ésta operatividad con las obligaciones propias del concesionario SGT, tal y como se describirá a continuación.

III. Planteamiento del supuesto de conexión de un tercero a instalaciones SGT y del esquema de implementación de lo previsto en el artículo 62°-B del RLCE

Considerando como un modelo hipotético de un sistema SGT representado en el gráfico siguiente por la línea entre los puntos A y B, el servicio de transporte de dichos sistemas debe ofrecer determinadas prestaciones técnicas (capacidad, regularidad, seguridad, etc.), establecidas en las leyes aplicables y el Contrato BOOT SGT correspondiente.

La implementación de la conexión puede tener las siguientes consecuencias respecto de la configuración física de las instalaciones SGT:

Gráfico N° 2: Seccionamiento

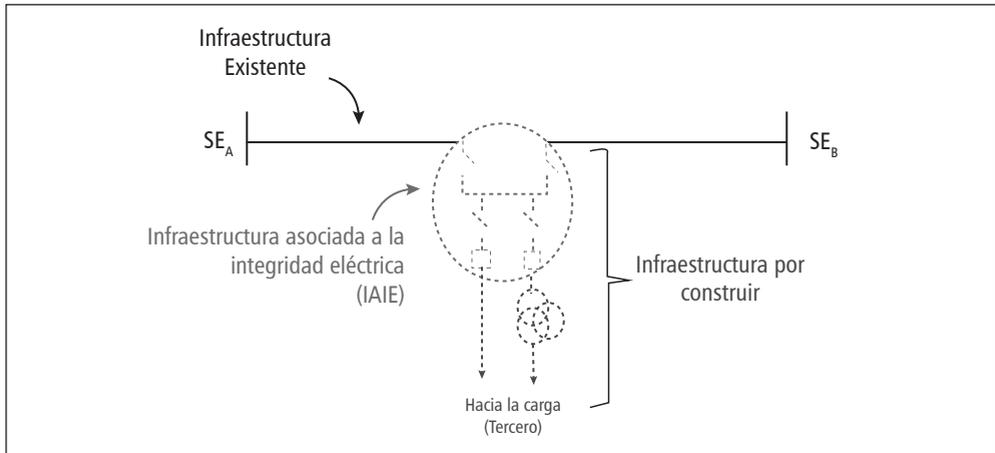
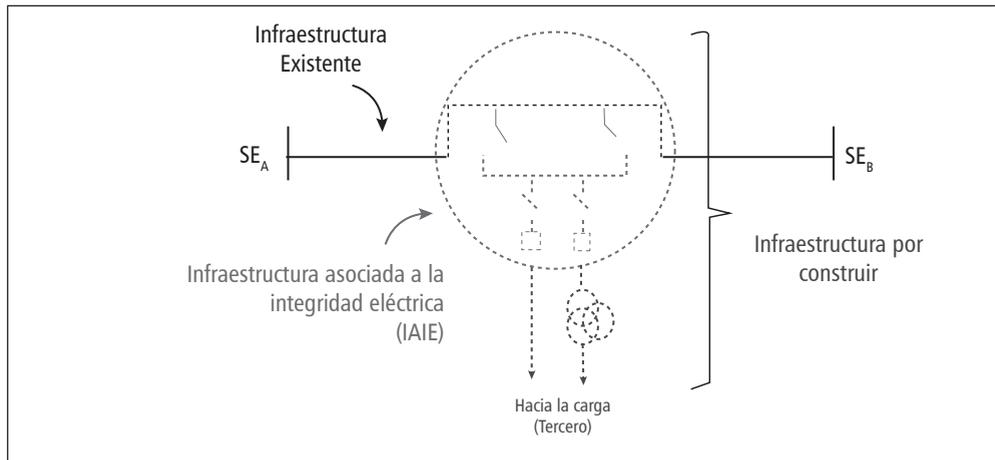


Gráfico N° 3: Derivación



Cuando un tercero (usuario libre, distribuidor o generador) requiere conectarse a alguna de las líneas graficadas anteriormente, seccionándola en algún punto intermedio o ampliándola, genera la necesidad de una infraestructura por construir ("IPC"), lo que a su vez conlleva una serie de interrogantes en cuanto al régimen de titularidad, responsabilidad, operación y transferencias de bienes que debe seguir esta infraestructura.

Así, por ejemplo, hasta antes de la incorporación del artículo 62°-B del RLCE, la normativa aplicable no señalaba quién debía ser el propietario de la IPC o quién debe operarla, ni mucho menos quién debe construirla; y solo se limitaba a señalar que, desde la vigencia de la LGE, la infraestructura que es resultado de la iniciativa propia, de uno o varios agentes (usuarios libres, generadores o distribuidores) y permite transferir electricidad hacia los usuarios libres o que permite a los generadores entregar su energía producida al SEIN, es parte del SCT. En ese sentido, ante la ausencia de regulación los agentes desarrollaron soluciones transaccionales que hacían del concesionario SGT, titular de la IPC y con ello responsable de su construcción y operación, misma solución que ha sido recogida por el reciente artículo 62°-B del RLCE.

Todos estos aspectos son de enorme relevancia para la continuidad de la prestación del servicio de transmisión en instalaciones SGT, las que en nuestro ejemplo son las que brindan el acceso; y sobre todo para la prestación del servicio en adecuadas condiciones técnicas, según lo requerido por los respectivos Contratos BOOT SGT y la normativa aplicable.

Precisamente, fueron estos aspectos los que se desarrollaron e implementaron mediante soluciones transaccionales por parte de los agentes involucrados los mismos que crearon esquemas contractuales en los que se postulaba que, no toda la IPC formaba parte del SCT (ya sea que éste sea calificado como SCT de generación o demanda, según el tipo de tercero que solicita el acceso); sino que, una parte de dicha infraestructura debía integrarse a la concesión SGT, y ser operada por el respectivo concesionario SGT o el operador contratado por él.

Estas soluciones contractuales producto de la práctica comercial de los agentes, son las mismas que han sido recogidas como reglas por el artículo 62°-B del RLCE, en la medida que eran necesarias para materializar el acceso abierto, de tal forma que se pueda determinar cuál de las partes involucradas en la solicitud de acceso (por un lado el concesionario SGT y, por otro lado el usuario libre, distribuidor y/o generador) es la llamada a construir, operar y hacerse responsable de los bienes (físicos y/o derechos conexos a los mismos) de la IPC.

Conforme se puede desprender de la exposición de la legislación eléctrica realizada en el numeral I del presente artículo, el término infraestructura asociada a la integridad eléctrica (“IAIE”), ha sido recogido indirectamente por el artículo 62°-B cuando hace referencia a las “instalaciones de continuidad”.

De esta manera, la IAIE o las ahora denominadas “instalaciones de continuidad” deberán ser entendidas como aquella parte de la IPC, que permitiría al concesionario SGT conservar los mismos dominios y responsabilidades existentes antes del seccionamiento sin afectar los derechos y obligaciones del Contrato BOOT SGT. En ese sentido, la IAIE deberá abarcar hasta el límite de las instalaciones físicas que sean necesarias para que, después del seccionamiento, la capacidad del Concesionario de tomar decisiones patrimoniales u operativas siga siendo la misma que tenía antes del seccionamiento y, pueda cumplir con las obligaciones asumidas en virtud del Contrato BOOT SGT y la normativa aplicable.

Al respecto debemos señalar que, si bien es cierto que la LCE, su reglamento, la LGE y el Reglamento de Transmisión establecen el derecho de los terceros interesados (generadores, usuarios libres y distribuidores) de acceder a las instalaciones de transmisión; no resulta menos cierto que dicho derecho debe ser ejercido de forma tal, que no altere el derecho del concesionario SGT de explotar y operar la infraestructura de transmisión que le fue entregada en concesión, de acuerdo a lo establecido en el Contrato BOOT SGT y la normativa aplicable.

En ese sentido, los derechos, potestades y obligaciones de los Concesionarios SGT, no podrían ser efectivos si el tercero que solicita el acceso es considerado como el titular y/u operador de toda la IPC por considerarla como parte de su SCT. Ello, en virtud de lo señalado de forma general por la LGE cuando menciona que, la infraestructura que es resultado de la iniciativa propia, de uno o varios agentes (usuarios libres, generadores o distribuidores) y que permite transferir electricidad hacia los usuarios libres o que permite a los generadores entregar su energía producida al SEIN, forma parte del SCT.

Conforme a lo señalado, es claro que el concesionario SGT está obligado a cumplir tanto con el principio de acceso abierto, como con operar las instalaciones SGT conforme a lo dispuesto en el respectivo Contrato BOOT SGT. En esa línea, no cabe realizar una interpretación que convierta en inejecutables ciertas obligaciones en beneficio de otras. En el marco de una regulación normativa y contractual que debe ser interpretada de manera sistemática, no cabe establecer un orden de prioridad para el cumplimiento de las obligaciones de concesionario SGT sino que, por el contrario, y en aras de cumplir con la finalidad de dicha regulación, es necesario asumir una interpretación que permita armonizar la obligación de brindar el acceso

pero respetando el contenido del resto de obligaciones asumidas conforme al Contrato BOOT SGT.

Resulta claro entonces, que el artículo 62°-B ha respondido en parte las principales interrogantes generadas por la solicitud de acceso de un tercero a las instalaciones SGT, tales como ¿Quién debe ser el propietario de los bienes e instalaciones involucradas en la IAIE o las denominadas “instalaciones de continuidad”? ¿Quién debe ser el operador de la misma y el responsable de la prestación del servicio de transmisión en el SGT, en las condiciones de calidad y eficiencia requeridas por la normativa aplicable? ¿Quién debe asumir los costos por la construcción de dicha infraestructura y quién su remuneración?

Las respuestas a dichas interrogantes, abarcadas por el artículo 62°-B y su necesaria implementación posterior permitirán que, de un lado, el concesionario SGT ejerza sus derechos respecto de la infraestructura que le permite transportar energía por el SGT y, a la vez cumplir con su deber de operar dicha infraestructura de acuerdo a las leyes aplicables y a su BOOT SGT y; de otro lado, permitirá al tercero acceder a la infraestructura del SGT a efectos de satisfacer su interés particular de adquirir energía del SEIN y/o evacuar su energía producida al referido sistema.

Ahora bien, en la medida que la normativa eléctrica no nos brinda una respuesta clara respecto de qué parte de la IPC es la que permitiría a las partes involucradas hacer ejercicio de cada uno de sus derechos sin perjudicar a la otra parte, o lo que es lo mismo qué parte de la IPC debe calificarse como “instalaciones de continuidad”, es necesario recurrir a otras normas que nos brinden luces al respecto y nos permitan plantear la existencia de una IAIE en el SGT.

En ese sentido, el artículo 30 del TUO de Concesiones nos permite hacer frente a la problemática planteada:

*“Artículo 30.- Los bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la concesión, no podrán ser transferidos separadamente de ésta, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo de vigencia de la misma, sin la aprobación del sector u organismo correspondiente del Estado. **Al término de la concesión pasarán al dominio del Estado**”*

De lo establecido por dicho artículo, podemos concluir que una parte de la IPC o aquella que forma la IAIE o las “instalaciones de continuidad” devendría en parte integrante de la concesión SGT; mientras que la otra parte no se integraría a dicho sistema y, por el contrario formaría parte del SCT del tercero que solicitó el acceso.

Por otro lado, los Contratos BOOT SGT contienen no sólo una definición, sino una descripción detallada de los bienes de la concesión. Esta definición comprende usualmente a todos los bienes muebles e inmuebles incluyendo terrenos, edificaciones, equipamiento, accesorios, permisos y en general todas las obras, equipos e información adquiridas por el concesionario SGT para la construcción y operación de la línea de transmisión materia de concesión conforme al Contrato BOOT SGT y para el cumplimiento de su finalidad. Específicamente, la línea de transmisión es normalmente definida como un enlace entre dos o más puntos (subestaciones preexistentes o nuevas) del sistema eléctrico que el concesionario SGT se compromete a mantener en operación.

Antes de proceder a explicar con más detalle las implicancias prácticas involucradas en el hecho de que una parte de la IPC o aquella que forma la IAIE devenga en parte integrante de las instalaciones del SGT, debemos señalar que dicha constatación nos permite afirmar que, tal como señalamos en la introducción, en nuestro ordenamiento no existe una correlación entre las instalaciones y los sistemas (SPT, SST y/o SGT y SCT), pues ambas definiciones se guían por criterios distintos. En efecto, mientras la definición de sistema se fundamenta en la distinta remuneración que recibe el concesionario titular de la infraestructura; la definición de instalaciones sólo se refiere a las conexiones físicas y las construcciones involucradas.

En tal sentido, no existe una frontera física propiamente dicha entre las instalaciones del SPT y/o SGT y el SCT; por el contrario, tal y como sucede con aquella parte de la IPC que se integra al SPT y/o SGT producto de la solicitud de acceso de un tercero, las instalaciones del SGT se encuentran superpuestas a las instalaciones del SCT.

Llegados a este punto, nos falta determinar con mayor precisión, qué parte de la IPC debe ser de titularidad del concesionario del SGT a efectos de mantener la integridad del sistema que opera.

De acuerdo a la definición de bien integrante proporcionada por el artículo 887° del Código Civil¹⁶, es parte integrante todo bien que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien al que se integra. Será entonces parte integrante del SGT aquella parte de la IPC que no pueda ser separada de las instalaciones del SGT sin destruir, alterar o deteriorar dichas instalaciones.

A modo de ejemplo, podríamos plantear que la IAIE para el caso que la conexión requiera del seccionamiento de las instalaciones del SGT, deberían ser las siguientes:

- (i) Las instalaciones en las que se proceda al seccionamiento de la línea del SGT.
- (ii) Las conexiones e instalaciones que se realicen desde el seccionamiento de la línea del SGT, hacia la nueva subestación que dará lugar a la línea del tercero (línea del SCT).

El hecho de que las referidas instalaciones de transmisión (IAIE) constituyan parte integrante de las instalaciones preexistentes del SGT, implica que el concesionario de dichas instalaciones será a su vez titular de la IAIE, y como tal será el responsable de la operación de dichas instalaciones, así como de reparar los potenciales daños que causen las mismas o que sean causados a las mismas.

Asimismo, el hecho de ser propietario de éstas instalaciones (IAIE) permite que el concesionario de las instalaciones del SGT, cumpla principalmente con las siguientes obligaciones: (i) la obligación comúnmente consignada en los Contratos BOOT SGT relativa a la transferencia al Estado de los bienes de la concesión al término de la misma, sin necesidad de solicitar la conformidad del tercero; bienes a los que no sólo se habrá integrado la IAIE, sino que también los derechos conexos a la misma; (ii) la obligación de mantener y operar la infraestructura de transmisión de acuerdo a las reglas de calidad, eficiencia y continuidad del servicio, contenidas en las leyes aplicables y; (iii) la obligación de ser responsable de los daños causados a o por los bienes de la concesión.

16 Código Civil

“Artículo 887.- Noción de parte integrante

Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las parte integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”.

Por otro lado, considerando que el concesionario de las instalaciones del SGT actuará como el propietario de la IAIE, es él mismo quien debe adoptar las decisiones relativas a la construcción de dicha infraestructura, ya sea que el mismo construya la IAIE por sí mismo o mediante el empleo de contratistas a su elección o, por el contrario permita que el tercero o sus contratistas construyan la IAIE, mediando la supervisión y aprobación previa del concesionario SGT.

El documento que contendrá estas decisiones de carácter práctico, será naturalmente el Acuerdo o Convenio de Conexión que suscriban las partes involucradas en la solicitud de acceso (esto es, el concesionario de las instalaciones SGT y el tercero que solicitó el acceso). En efecto, el Acuerdo o Convenio de Conexión no sólo detallará las instalaciones que forman parte de la IAIE, sino que además será el documento que establezca las condiciones técnicas, económicas, de seguridad y cualesquiera otras aplicables para el acceso del tercero a las instalaciones del concesionario SGT, así como cuál de las partes será la encargada de efectuar las obras que forman parte de la IAIE, los plazos de ejecución de las mismas y las acciones de supervisión que correspondan.

Asimismo, en el referido Convenio de Conexión se deberá garantizar que las condiciones de la conexión, no impiden de modo alguno que el concesionario de las instalaciones SGT cumpla con sus obligaciones contenidas en el Contrato BOOT SGT y la normatividad aplicable.

No obstante ello, cabe la posibilidad de que las partes involucradas nunca lleguen a un acuerdo para la conexión y una de ellas (el tercero) solicite al OSINERGMIN la emisión de un mandato de conexión de acuerdo al Procedimiento de Acceso. En este supuesto, el OSINERGMIN será el encargado de fijar las condiciones antes señaladas.

Así, tanto el marco normativo vigente como los Contratos BOOT SGT establecen límites legales que deben ser tratados y reflejados en el convenio de conexión para la habilitación de una conexión que implique un seccionamiento o derivación de instalaciones SGT. En efecto, no estamos ante un contrato de naturaleza privada sino, por el contrario, se trata de una regulación contractual vinculante por directa aplicación del marco normativo vigente que ordena que dicho instrumento sea el que establezca los derechos y obligaciones de los concesionarios de instalaciones de transmisión pertenecientes al SGT. Por ello, la obligación del concesionario SGT de respetar el principio de acceso abierto debe ser interpretada necesariamente de manera conjunta con sus demás obligaciones legales.

Lo anterior ha sido reconocido por el propio OSINERGMIN quien, como se mencionó previamente, admite los condicionamientos al otorgamiento de acceso para nuevas conexiones en la medida que los mismos se sustenten en limitaciones de carácter técnico o legal.

Tal como precisamos en la sección previa, las instalaciones SGT se remuneran a través de una base tarifaria que no puede ser modificada por el OSINERGMIN. Por ello, los costos asociados a cualquier modificación a instalaciones pertenecientes al SGT no son reconocidos en la tarifa respectiva.

En tal sentido, la respuesta dada por el artículo 62°-B es coherente con esta situación y por ello ha establecido que estos costos deben ser asumidos por el solicitante como un costo hundido de su derecho de conexión. Así, es el tercero que solicitó el acceso y el dueño de las instalaciones que forman parte del SCT el encargado de asumir todos los costos (ya sean los costos de inversión o los costos incrementales de operación y mantenimiento) que involucren las nuevas instalaciones. Considerando además que el tercero que solicitó el acceso, podrá efectuar las reservas de capacidad sobre la infraestructura que no tenga la calidad de IAIE y que forma parte del SCT, así como tendrá libre disponibilidad y capacidad de negociación sobre la misma, al amparo de lo dispuesto por la LGE y el Reglamento de Transmisión.

Por lo antes señalado, la implementación del artículo 62°-B tanto a nivel procedimental como de jurisprudencia administrativa, deberá ser meticulosa y necesariamente deberá contemplar las características particulares de remuneración y obligaciones que recaen sobre las instalaciones SGT. Caso contrario, algunos de los riesgos de una errada calificación de las IAIE o “instalaciones de continuidad” como pertenecientes al SCT implicaría que, en los hechos, y conforme a lo dispuesto en el artículo 11° del Reglamento de Transmisión, será posible comprometer a favor de un usuario la capacidad asociada a dichas instalaciones, reduciendo la capacidad disponible para terceros solicitantes. En tal sentido, podrían existir acuerdos privados oponibles a terceros que limitarían el acceso a instalaciones que físicamente constituyen la continuidad de instalaciones pertenecientes al SGT.

Adicionalmente, tal como se señaló previamente las obligaciones asumidas por el concesionario SGT serían de imposible cumplimiento al afectarse: (i) la efectiva transferencia al Estado Peruano de las instalaciones SGT; (ii) la capacidad del concesionario SGT de administrar como propietario las

instalaciones SGT; y, (iii) la posibilidad del concesionario SGT de garantizar que el servicio de transmisión sea brindado con los niveles de calidad contractualmente pactados por introducir a un tercero que tendrá control de un segmento de las instalaciones SGT al margen de la autoridad operativa del concesionario SGT. Todo esto, claramente desnaturalizaría la finalidad de la regulación aplicable conforme a la cual se selecciona a un operador por concurso público y con determinadas calificaciones asegurándose de esa manera la idoneidad del mismo.

Por otro lado, una errada calificación de las IAIE o “instalaciones de continuidad” como pertenecientes al SCT, no sólo implicaría una distorsión a la asignación de riesgos diseñada y plasmada en el Contrato BOOT SGT (por ejemplo en lo referido a la asunción por parte del concesionario SGT del pago de compensaciones por calidad del servicio de transmisión respecto de las instalaciones SGT) sino que, además, en el futuro desincentivaría tanto a posibles nuevos concesionarios SGT, como a aquellos interesados en asumir la operación de las instalaciones SGT una vez concluido el Contrato BOOT SGT al entregárseles activos de transmisión seccionados y respecto de los cuales no tendrán autoridad operativa exclusiva.

Así, se desnaturalizaría el régimen de las instalaciones SGT el cual prevé la existencia de un procedimiento de calificación del concesionario SGT (en el concurso respectivo) cuya capacidad de responder ante eventuales fallas y asignación de compensaciones está asegurada. Es decir, el Estado Peruano ha querido que sea el concesionario SGT quien responda por la calidad del servicio prestado a través de instalaciones troncales al resultar de alta importancia para la operación del SEIN.

IV. Conclusiones

- La clasificación de las instalaciones de transmisión originalmente establecida en la LCE, distinguió al SPT y al SST por factores operativos: la direccionalidad del flujo y la posibilidad de identificar a sus usuarios. Lo anterior permitía identificar y delimitar la infraestructura con su clasificación legal. La nueva clasificación de la LGE estableció una distinción entre el SGT y SCT diferente, según categorías remunerativas, y asignó a cada sistema un MIR particular.

- El principio de acceso abierto a las instalaciones de transmisión (y distribución) previsto en el artículo 33° de la LCE contempla la obligación de los concesionarios de transmisión de permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deben asumir los costos de la ampliación a realizarse, de ser necesaria, así como de las respectivas compensaciones por el uso de dichos sistemas. En el caso de instalaciones pertenecientes al SGT, la obligación de acceso abierto debe ser conciliada con el régimen regulatorio para este tipo de instalaciones pues, de lo contrario, este puede ser desnaturalizado.
- Si bien no existe una excepción expresa a la obligación de acceso abierto para las instalaciones SGT, conforme al régimen general del SGT el concesionario SGT tiene limitaciones relativas al ejercicio de su derecho de propiedad de las instalaciones SGT como lo son: la obligación de transferir al Estado al término de la concesión las instalaciones; los compromisos de construcción y operación de la infraestructura de transmisión deben ser conforme al Contrato BOOT SGT; y, un régimen tarifario que únicamente le reconoce los costos consignados en el Contrato BOOT SGT los cuales se utilizan para definir la base tarifaria respectiva.
- Las instalaciones SGT presentan una particularidad en lo que respecta a los costos asociados a la implementación de una nueva conexión. Tanto los costos de inversión, como los costos incrementales de la operación y mantenimiento del concesionario SGT por causa de la conexión, no son reconocidos por las tarifas reguladas por el OSINERGMIN pues la base tarifaria es fijada en una única oportunidad sin que pueda ser objeto de modificación por el regulador. Por ello los costos asociados a la conexión deberán ser asumidos por el solicitante como un costo hundido de su derecho de conexión y así ha sido reconocido por el reciente incorporado artículo 62°-B del Reglamento de la LCE.
- La implementación de una nueva conexión a instalaciones SGT, implica la construcción de nueva infraestructura cuya responsabilidad y titularidad no es definida por la regulación aplicable denominada IPC. Aquella parte de la IPC que permite al concesionario SGT conservar su dominio y responsabilidad previos a la conexión, sin afectar sus derechos y obligaciones conforme al Contrato BOOT SGT, es definida como la IAIE y ha sido indirectamente adoptada por el artículo 62°-B del Reglamento de la LCE al tratar las “instalaciones de continuidad”.

- Considerando la definición antes mencionada, la IAIE debe ser transferida en propiedad por el tercero solicitante de la conexión al concesionario SGT, quien deberá asumir su operación de modo que pueda cumplir con sus obligaciones conforme al Contrato BOOT SGT. Ello debe ser recogido en el convenio de conexión correspondiente.
- Respecto a los costos asociados a la IAIE, considerando que las instalaciones SGT se remuneran a través de una base tarifaria que no puede ser modificada por el OSINERGMIN, dichos costos al no ser reconocidos por la tarifa, también deben ser asumidos por el solicitante.
- La implementación procedimental o vía jurisprudencia administrativa por el OSINERGMIN de lo dispuesto por el artículo 62°-B, deberá considerar el régimen remunerativo y las obligaciones específicas que recaen sobre los titulares de instalaciones SGT a efectos de garantizar conjuntamente el principio de acceso abierto a terceros como el cumplimiento de las obligaciones del Contrato BOOT del Concesionario SGT.