



LOS MANDATOS DE CONEXIÓN Y LOS CONTRATOS DEL SISTEMA
GARANTIZADO DE TRANSMISIÓN: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
LIBRE ACCESO A LAS REDES Y LA COLISIÓN DE DISPOSICIONES

MANDATES OF CONNECTION AND GUARANTEED CONTRACTS
TRANSMISSION SYSTEM: THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF FREE
ACCESS TO NETWORKS AND COLLISION DECREE

*Carlos Isasi Pastor*¹

carlos.isasi.pastor@gmail.com

Bachiller en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, Perú

Recibido: 24 de setiembre de 2015

Acceptado: 25 de octubre de 2015

SUMARIO

Introducción

Marco general

El principio de libre acceso a las redes

Los mandatos de conexión

Los contratos del sistema garantizado de
transmisión

Planteamiento de la controversia

Análisis de los aspectos relevantes de la
controversia

Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito desarrollar el marco general, nociones previas y análisis de los aspectos más relevantes frente a la controversia que se presenta cuando colisionan las disposiciones de un mandato de conexión, emitido por el Osinergmin, con un contrato del Sistema Garantizado de Transmisión, firmado entre el Estado peruano y un concesionario de transmisión y se presenta una situación única dentro del ámbito normativo energético.

PALABRAS CLAVE

Transmisión de energía eléctrica; principio de libre acceso a las redes; mandato de conexión; contrato del Sistema Garantizado de Transmisión.

ABSTRACT

This article has the objective to develop the general framework, previous knowledge and the analysis of the more important aspects related to the controversy that presents the collision of rules between a Connection Order, issued by the Osinergmin, and a Contract of the Guaranteed Transmission System, signed by the Peruvian state and a transmission licensee; that indeed present a unique situation in the energetic policy field.

KEYWORDS

Power transmission; Principle of Free Access to Networks; Connection Order; Contract of the Guaranteed Transmission System.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es innegable la convergencia de los múltiples sectores empresariales que presenta el mercado peruano, en especial, los que están íntimamente relacionados con el desarrollo de proyectos de gran envergadura como proyectos mineros, líneas de transmisión de energía eléctrica, centrales de generación de energía, redes de telecomunicaciones nacionales, entre otros; los cuales suponen un beneficio significativo para la economía emergente de nuestro país.

En ese marco, se observa el crecimiento normativo para establecer que los mencionados

1. Ha realizado prácticas profesionales en empresas privadas relacionadas con el sector Energía y Minas como Marcobre S. A. C. y ha sido titular del proyecto minero Mina Justa. Además, es miembro del Centro de Estudios de Derecho de Minería, Energía y Recursos Hídricos (CEDEMIN) de la Universidad de San Martín de Porres.

sectores empresariales rivalicen en libre competencia y así se logre el mayor beneficio para los agentes interesados en participar en esos mercados como también para el consumidor final.

Se puede afirmar que el Derecho peruano vigente busca que nuestra sociedad logre un mercado libre, sostenible y saludable, que finalmente permita un crecimiento transversal generalizado dentro de la diversidad cultural y étnica de nuestra nación. Por ello, con sumo cuidado, ha prestado especial atención a las bases que sientan los principios de la economía social de mercado y, en específico, lo que significa el desarrollo de la actividad empresarial relacionada con la explotación de servicios públicos.

La naturaleza de los servicios públicos en la normativa peruana es un concepto importante que debe tomarse en cuenta siempre, porque da luces frente a las controversias que se pueden presentar, como será en el desarrollo del presente artículo, que introduce los aspectos básicos del servicio de transmisión de energía eléctrica relacionados con los instrumentos jurídicos que regulan su desarrollo.

Bajo esa premisa, se tendrá inicialmente el desarrollo del marco general, en el cual se encuadran los instrumentos jurídicos de la normativa energética relacionada con la actividad de transmisión, de electricidad, para luego analizar particularmente a cada uno, al pasar por el principio de libre acceso a las redes, los mandatos de conexión y los contratos del sistema garantizado de transmisión.

Para culminar, se planteará la controversia única y novedosa que se presenta en el Derecho Energético cuando los mandatos de conexión y los contratos del sistema garantizado de transmisión colisionan, lo que genera consecuencias inéditas que ameritan un análisis que permita determinar si efectivamente está justificado y es lo recomendable alterar relaciones jurídicas de esta categoría especial.

Finalmente, se brindan las conclusiones del análisis previo de la controversia como también del desarrollo de cada uno de los instrumentos jurídicos involucrados en el presente artículo, con el objetivo de generar un mayor análisis y de que el lector pueda complementarlas con conceptos y apreciaciones adicionales.

MARCO GENERAL

Para el desarrollo del presente artículo, debe identificarse previamente el marco general en el cual se desarrollan los instrumentos jurídicos sometidos a análisis: (i) el principio de libre acceso a las redes, (ii) los mandatos de conexión y (iii) los contratos del sistema garantizado de transmisión.

Según lo establecido en la normativa peruana, se recurrirá inicialmente a la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), Decreto Ley N.º 25844, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 009-93-EM, normativas que sientan la base para comprender el marco general de la legislación en materia energética peruana vigente, sea para las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica dentro del territorio nacional.

De las mencionadas actividades, se desarrollará lo relacionado con la transmisión de energía eléctrica y, en específico, lo que implica realizarla mediante un Sistema Garantizado de Transmisión. Para ello, se partirá de la premisa de que dicha actividad es considerada un servicio público y, en dicha calidad, tiene características singulares que lo distinguen de cualquier otro servicio que pueda ser ofrecido en el mercado.

En tal sentido, como lo señala el artículo 2º de la LCE, el servicio de transmisión de electricidad está constituido como un servicio público y en ese marco se desarrollan los instrumentos jurídicos sometidos a análisis. Asimismo, para entender el concepto de servicio público en el orden jurídico peruano, es preciso tener presente lo dispuesto por el artículo 58º de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece expresamente lo siguiente:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.²

2. Es preciso concordar el artículo citado con el segundo párrafo del artículo 60º del mismo cuerpo legal, en el sentido de que solo por ley expresa el Estado podrá realizar de manera subsidiaria la actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

De lo anterior se concluye que según el ordenamiento jurídico peruano, los servicios públicos están enmarcados en el régimen de una economía social de mercado y a su vez son campos de orientación y actuación del Estado, quien debe respetar la libre iniciativa privada, tanto en esa área como en las demás que conforman el mercado de bienes y servicios.

Complementariamente, la definición de servicio público se da mediante el desarrollo del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el expediente N.º 034-2004-PI/TC, en la cual se establecen taxativamente los elementos para reconocerlo en dicha calidad.³

El fundamento 40 de la sentencia recaída en el expediente N.º 034-2004-PI/TC señala lo siguiente:

[...] Es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son las siguientes:

- Su naturaleza esencial para la comunidad.
- La necesaria continuidad de su prestación.
- Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

De esa manera, el servicio de transmisión de energía eléctrica es un servicio público porque:

- Es de carácter esencial para la comunidad, debido a que mediante sus sistemas permite que la energía generada arribe a un destino determinado, en el cual se procederá con su distribución a diversos usuarios.

3. La jurisprudencia citada no tiene carácter vinculante; sin embargo, es determinante para identificar la posición que mantiene el Tribunal Constitucional respecto a esta materia. Asimismo, se recomienda la lectura del «Régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana» del Dr. Jorge Danós Ordóñez, en la Revista THEMIS N.º 55, para mayor profundización.

- Tiene una necesaria continuidad en su prestación, a razón de que al converger con otros agentes generadores, transmisores y distribuidores en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), un carácter intermitente únicamente lograría comprometer la confiabilidad del mismo.
- Mantiene estándares mínimos de calidad, reflejados en los diversos procedimientos técnicos y legales que regulan su desempeño para que la calidad y continuidad del servicio se mantengan.
- Posee condiciones de igualdad para su acceso, porque ello no puede estar condicionado a la arbitrariedad de los agentes titulares de las instalaciones, sino que, por el contrario, debe primar el acceso por parte de cualquier agente que mantenga interés, a menos que exista una justificación legal o técnica válida que impida el acceso en el caso específico.

Por lo antes expuesto, se corrobora que el servicio de transmisión de energía eléctrica es un servicio público y, como tal, mantiene características singulares frente a los demás que se presenten en el mercado de servicios y es, dentro de ese marco general, sobre el cual se desarrollará cada uno de los instrumentos jurídicos mencionados en el párrafo introductorio de la presente sección para lograr de esa forma entender la naturaleza que prima en el Derecho regulatorio.

EL PRINCIPIO DE LIBRE ACCESO A LAS REDES

En principio, se tendrá como base lo expuesto en la sección anterior y, en específico, la característica de los servicios públicos reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 034-2004-PI/TC, que señala que un servicio público tiene la «[...] necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad».

Al partir de esa premisa, se tiene que la LCE en su artículo 33º, contempla el principio de libre acceso a las redes de los concesionarios de transmisión de energía eléctrica de la siguiente manera:

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 con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley.

El citado artículo de la LCE establece taxativamente la obligación, por parte de los concesionarios de transmisión, de permitir el acceso de terceros para la utilización de sus sistemas. Por lo que resulta precisa la intervención del organismo regulador competente, en este caso, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) en la reglamentación de dicha obligación.

Así el Osinergmin, en uso de su función normativa, contemplada en el inciso c) del artículo 3° de la Ley N.º 27332⁴, estableció el «Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica», aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N.º 091-2003-OS-CD, a efectos de determinar el procedimiento y alcance de la aplicación del artículo 33° de la LCE.

Por lo anterior, resulta necesario que la interpretación del principio de libre acceso a las redes, aplicado a los concesionarios de transmisión, se realice de manera sistemática con la Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N.º 091-2003-OS-CD, para que se logre su total comprensión, debido a que el texto del artículo 33° de la LCE es insuficiente para resolver las controversias de carácter legal que se presentan cuando uno o varios agentes

desean acceder a una red de transmisión de energía eléctrica correspondiente a un titular distinto.

La afirmación del párrafo precedente, respecto a la insuficiencia del artículo 33° de la LCE para resolver controversias que versen sobre el acceso a redes de transmisión eléctrica se sustenta en que los casos presentados están revestidos de complejidad y características singulares, porque en el ámbito energético convergen los aspectos legales y técnicos que determinarán si es físicamente posible lo que el ordenamiento jurídico ordena. Pues, a pesar de que determinada acción sea jurídicamente posible por su admisión en el ordenamiento jurídico, no necesariamente esto significará que física y técnicamente sea lo más beneficioso en un determinado escenario.

De otro lado, es preciso señalar que del principio de libre acceso a las redes se crean los instrumentos jurídicos como el mandato de conexión dictado por el Osinergmin, que sirve para obligar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33° de la LCE, evidentemente porque en el Derecho regulatorio los organismos reguladores deben ser eficaces para cumplir con su función de velar por la continuidad y acceso al servicio público.

Finalmente, el principio de libre acceso a las redes es necesario porque prohíbe el uso de prácticas discriminatorias o tratos diferenciados a los agentes que deseen acceder a una red de un tercero, de esa forma también se logra fomentar la libre competencia, principio recogido en la Constitución.

LOS MANDATOS DE CONEXIÓN

La Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N.º 091-2003-OS-CD, que complementa el artículo 33° de la LCE, crea el instrumento jurídico denominado mandato de conexión, para asegurar el cumplimiento del mencionado artículo, en tanto y en cuanto las partes involucradas no logren arribar a un acuerdo respecto a la conexión al sistema de transmisión de energía eléctrica.

El Documento de Trabajo N.º 22-GFE, *Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica*, elaborado por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del

4. Artículo 3°. Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones:

[...]

c) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos y otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones regulatorias y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia escala de sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro del sector a que pertenece el organismo regulador.

[...]

Osinergrmin, define el mandato de conexión de la siguiente manera:

El mandato de conexión es el instrumento jurídico-regulatorio que tiene Osinergrmin para asegurar el acceso a redes, considerando su monopolio natural. En efecto, Osinergrmin mediante Resolución de Consejo Directivo define si otorga o no acceso a determinada red del operador; sea transmisor o distribuidor [...]

De esa forma, queda claro que el mandato de conexión es un instrumento jurídico, de naturaleza regulatoria, que da eficacia al principio de libre acceso a las redes como el de libre competencia, en lo que respecta al monopolio natural identificado en el servicio público de transmisión de energía eléctrica.

Asimismo, el mandato de conexión supone el accionar del Consejo Directivo, órgano máximo del Osinergrmin y el único facultado para evaluar su emisión para los casos específicos, una vez que se hayan seguido las disposiciones contenidas en el *Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica*.

En la Figura 1 se muestra el procedimiento para la emisión de un mandato de conexión por parte del Osinergrmin y consiste en las siguientes cuatro etapas:

- Solicitud: el agente que requiera conectarse a la red de transmisión de un tercero solicitará al Consejo Directivo del Osinergrmin la emisión de un mandato de conexión a su favor, debidamente fundamentado en una conducta que afecte el cumplimiento del principio de libre acceso a las redes.
- Opinión de la parte afectada: el Osinergrmin comunicará a la parte afectada sobre la solicitud de emisión de mandato de conexión para que esta emita una réplica que explique los fundamentos legales y técnicos que justifican la conducta que limita la aplicación del principio de libre acceso a las redes.
- Emisión: el Consejo Directivo del Osinergrmin procederá con la emisión del mandato de conexión, siempre que corresponda, al haber evaluado su viabilidad legal y técnica.
- Publicación: la Resolución de Consejo Directivo del Osinergrmin que dicta el mandato de conexión y se publica en el Diario Oficial El Peruano.

A continuación, la Figura 1 resume las cuatro etapas antes desarrolladas para la emisión de un mandato de conexión:

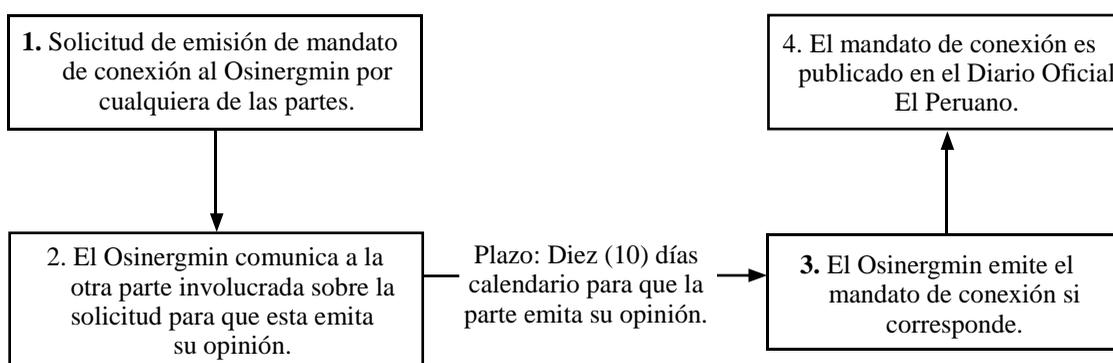


Figura 1. Procedimiento para la emisión de los mandatos de conexión

Fuente: elaboración propia

El mandato de conexión será emitido por el Osinergrmin dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados desde la recepción de la solicitud. Por causas debidamente motivadas, el Osinergrmin podrá ampliar el plazo de emisión del mandato de conexión por veinte (20) días calendario.

Asimismo, según el *Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica*, en la tercera etapa de la emisión de un mandato de conexión, se analizan principalmente los siguientes aspectos:

Técnicos:

- Capacidad física: referida al espacio para el nuevo equipo a instalar y hacer efectiva la conexión solicitada.
- Capacidad asociada al equipo o instalación eléctrica: referida a que la instalación tenga capacidad para la ampliación de carga solicitada en la conexión.
- Afectación del nivel de tensión: debido a que la conexión solicitada no puede afectar el nivel de tensión del sistema a conectarse.
- Afectación del suministro de terceros regulados o libres: relacionado con que la conexión solicitada afecte el suministro de terceros.

Económicos:

- Inversión en ampliación de capacidad: se determina si es necesaria la inversión en ampliación de capacidad del sistema de transmisión y la asunción de dicho costo. Se admite la figura de la contribución reembolsable para financiar dichas ampliaciones.
- Osinergmin no se pronuncia respecto a los daños a terceros producto de la conexión. Se admite que las partes involucradas pacten garantías que cubran los resarcimientos a ser generados, pero ello no debe suponer una condicionante para el acceso a las redes.

Legales:

- La titularidad de la instalación: si el titular de la instalación es propietario, concesionario o administrador.
- El tipo de solicitante.
- El tipo de instalación: se determinará si se está frente a una instalación de transmisión o distribución eléctrica para poder establecer las obligaciones de libre acceso.

- El usuario a beneficiar: pertinente en el aspecto de la prohibición establecida por el artículo 34° de la LCE, respecto a las redes del concesionario de distribución.
- La existencia de pagos pendientes: ello está relacionado con el acceso a las redes, ya que tampoco puede ser una condicionante.

Tipo de instalación:

- Líneas de transmisión de energía eléctrica.
- Subestaciones de transformación de energía eléctrica.
- Subestaciones de distribución de energía eléctrica.

Niveles de tensión:

- MAT: muy alta tensión (mayor a 100 kV).
- AT: alta tensión (igual o mayor que 30 kV).
- MT: media tensión (mayor que un kV y menor a 30 kV).
- BT: baja tensión (menor a un kV).

Asimismo, el citado documento elaborado por la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del Osinergmin señala que el acceso a las redes implica el pago por la infraestructura, el cual debe ser un pago regulado, y el no abuso del uso de la red al actuar de buena fe, al velar por la coordinación en la operación y mantenimiento de la infraestructura.

Finalmente, los mandatos de conexión son clasificados por el Osinergmin de la siguiente forma: (i) con condiciones, en el cual el Osinergmin reemplaza la voluntad de las partes y establece los términos de la conexión a las redes; (ii) sin condiciones, en el cual el Osinergmin preserva la voluntad de las partes y otorga un plazo para su implementación; y (iii) provisionales, los cuales permiten una conexión temporal hasta que se determine que la emisión de un mandato de conexión definitivo es pertinente; similar a una medida cautelar, requiere un derecho fehaciente y es de carácter excepcional.

LOS CONTRATOS DEL SISTEMA GARANTIZADO DE TRANSMISIÓN

En principio, para el desarrollo de los contratos del sistema garantizado de transmisión

(contratos SGT) se recurrirá a la Ley N.º 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica (LGE) y en específico a lo establecido en su artículo 20º, citado a continuación:

Artículo 20º. Sistema de Transmisión del SEIN

20.1. El Sistema de Transmisión del SEIN está integrado por instalaciones:

- Del Sistema Garantizado de Transmisión.
- Del Sistema Complementario de Transmisión.
- Del Sistema Principal de Transmisión.
- Del Sistema Secundario de Transmisión.

20.2. Las instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión y del Sistema Complementario de Transmisión son aquellas cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de la presente Ley, conforme se establece en los artículos siguientes.

20.3. Las instalaciones del Sistema Principal de Transmisión y del Sistema Secundario de Transmisión son aquellas instalaciones calificadas como tales al amparo de la LCE y cuya puesta en operación comercial se ha producido antes de la promulgación de la presente Ley.

Como puede advertirse, el Sistema Garantizado de Transmisión es parte integrante del SEIN y su determinación como tal está sujeta a que su puesta en operación comercial se produzca después de la promulgación de la LGE, carácter de mayor relevancia para la clasificación antes brindada.

A su vez, se tiene que las instalaciones que conforman el Sistema Garantizado de Transmisión son el «conjunto de activos o instalaciones de transmisión que se construyen como resultado del Plan de Transmisión, cuya concesión y construcción sean resultado de un proceso de licitación pública» (LGE, artículo 22, numeral 22.1).

Los procesos de licitación pública relacionados con el Sistema Garantizado de Transmisión podrán ser conducidos por el Ministerio

de Energía y Minas o encargados por este a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, Proinversión; si esta es la encargada, los procesos de licitación pública se realizarán dentro de la normativa y procedimientos que cuenta para dichos efectos.

Adicionalmente, respecto a las instalaciones pertenecientes al Sistema Garantizado de Transmisión, se tendrá en cuenta que (i) el plazo máximo de concesión tendrá una duración de treinta años de operación comercial, más el tiempo necesario para su construcción; (ii) una vez vencido el plazo de otorgamiento de la concesión, los activos de transmisión serán transferidos al Estado sin costo alguno, salvo el valor remanente de los refuerzos que se hayan ejecutado durante el plazo de vigencia de la concesión; y (iii) dos años previos al vencimiento de la concesión, el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES) evaluará, dentro del Plan de Transmisión, la necesidad y el plazo de mantener en uso la instalación de transmisión.

De esa manera, se tiene que los contratos SGT serán el resultado de una licitación pública a cargo del Ministerio de Energía y Minas o derivada por este a Proinversión, sobre la concesión y construcción de instalaciones previstas en el Plan de Transmisión aprobado por el Ministerio de Energía y Minas, previa opinión del Osinergmin. Claramente sujeta al cumplimiento de lo dispuesto en la LGE con respecto al plazo máximo de la concesión y la devolución de los activos del SGT al Estado, sin costo alguno, además de otras disposiciones relacionadas.

En conclusión, los contratos SGT son fuente de obligaciones y derechos entre el Estado, representado a través del Ministerio de Energía y Minas, y un tercero que participó dentro del proceso de licitación para obtener la buena pro para la ejecución del proyecto que ha sido contemplado dentro del Plan de Transmisión y corresponde al Sistema Garantizado de Transmisión.

PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA

De lo expuesto en las secciones anteriores, se plantea la controversia bajo el supuesto de que el Estado, representado a través del Ministerio

de Energía y Minas, suscribe un contrato SGT con un tercero interesado en el desarrollo de un proyecto perteneciente al Plan de Transmisión y, con motivo de su culminación, un agente solicita su conexión a dicho sistema de redes de transmisión.

Las partes, tanto el concesionario de transmisión como el solicitante de la conexión, no arriban a un acuerdo respecto a la conexión solicitada, puesto que las instalaciones de este último suponen un seccionamiento del Sistema Garantizado de Transmisión concesionado y, por ende, una modificación a su integridad física, como a la obligación de operar, mantener y, finalmente, transferir los bienes de la concesión al Estado al término de la vigencia del contrato SGT.

Por lo cual el solicitante de la conexión procede a requerir al Osinergmin que dicte un mandato de conexión a su favor y el concesionario de transmisión cumpla con la obligación de brindarle acceso a sus redes de transmisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33° de la LCE.

El Osinergmin, a través de su Consejo Directivo, inicia el procedimiento para dictar un mandato de conexión y solicita al concesionario de transmisión su opinión sobre por qué la conexión del solicitante debía verse restringida. El principal argumento del concesionario de transmisión es que el seccionamiento del Sistema Garantizado de Transmisión concesionado a su favor implica un menoscabo a su integridad física y conlleva el posible incumplimiento del contrato SGT suscrito con el Estado, en lo que respecta a la operación, mantenimiento y posterior transferencia de los bienes de la concesión.

Al evaluar los argumentos del concesionario de transmisión, el Osinergmin determina que sí es procedente la emisión de un mandato de conexión a favor del solicitante y, por lo tanto, requiere que su implementación se lleve a cabo con la reserva de que los términos contractuales se mantengan a disposición de las partes.

Finalmente, es de precisar que el mandato de conexión dictado por el Consejo Directivo del Osinergmin ha sido ratificado en todas las instancias correspondientes y, por lo tanto, ha quedado firme. En ese sentido, se plantea la controversia con respecto a la colisión de

disposiciones entre un mandato de conexión y un contrato SGT, para lo cual se han realizado las siguientes figuras que ilustran de mejor manera el caso:

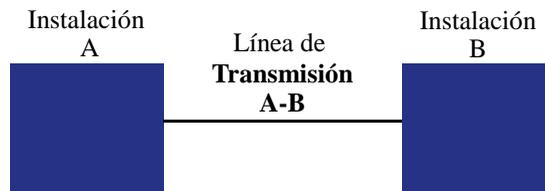


Figura 2. Configuración original del SGT

Fuente: elaboración propia

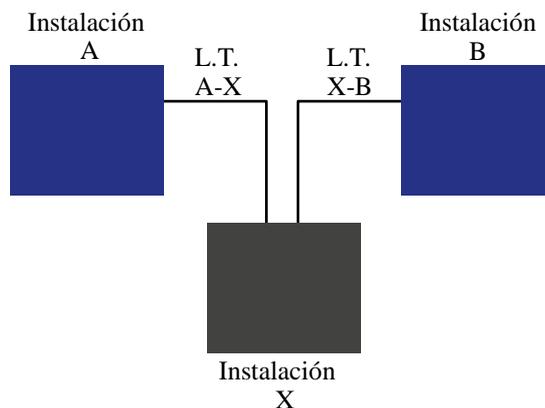


Figura 3. Configuración del SGT modificada por el mandato de conexión

Fuente: elaboración propia

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA CONTROVERSIA

Del planteamiento de la controversia, deben analizarse los siguientes aspectos relevantes: (i) la aplicación del principio de libre acceso a las redes mediante la emisión de un mandato de conexión, (ii) la vulneración a la integridad física de un Sistema Garantizado de Transmisión y (iii) las consecuencias evidentes en el marco jurídico del Sistema Garantizado de Transmisión.

Respecto a la aplicación del principio de libre acceso a las redes mediante la emisión de un mandato de conexión

En lo que respecta a los concesionarios de transmisión, el principio de libre acceso a las redes se establece expresamente en el artículo

33° de la LCE. En ese sentido, es pertinente analizar si dicho principio debió prevalecer en la controversia resuelta por el Osinergmin, debido a que se advierte una colisión de este, mediante la emisión de un mandato de conexión, con los derechos y obligaciones originados de un contrato SGT en el caso específico.

Para el caso descrito, se parte de la premisa de que un agente requiere la conexión a un Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), cuya construcción ha sido culminada y se encuentra en la etapa de operación y mantenimiento a cargo de su respectivo concesionario de transmisión. Asimismo, es preciso tener en consideración que la solicitud de conexión por parte del agente supone el seccionamiento de un tramo de línea de transmisión del mencionado sistema de redes.

De lo anterior, se evidencia la modificación al SGT concesionado y a su vez la ponderación a efectuarse, sin preservar la integridad física del mencionado sistema o cumplir con la aplicación del principio de libre acceso a las redes, mediante la emisión de un mandato de conexión, con la consideración o sin esta de la existencia de un régimen especial que regula los derechos y obligaciones del concesionario de transmisión para este caso específico.

Al respecto, se tiene que el principio de libre acceso a las redes es claro y no efectúa distinciones entre los sistemas que conforman el SEIN, por lo que su aplicación al caso planteado no estaría fuera del marco normativo que rige el servicio público de transmisión eléctrica y, por lo tanto, estaría a discrecionalidad del Osinergmin, la forma en que se aplicaría, mas no su aplicación mediante un mandato de conexión.

De esa manera, queda establecido que la aplicación del principio de libre acceso a las redes es pertinente y resulta ser también una obligación del Osinergmin. Consecuentemente, la colisión entre el mandato de conexión y los derechos y obligaciones originados de un contrato SGT deberán ser tratados mediante una adecuada forma de aplicación de la normativa.

Asimismo, se tiene que el Osinergmin pudo emitir las siguientes clases de mandatos de conexión: (i) con condiciones, (ii) sin

condiciones y (iii) provisionales. En el caso planteado, el Osinergmin optó por emitir un mandato de conexión sin condiciones y de esa manera preservó la libertad contractual de las partes para determinar el tratamiento de los aspectos más relevantes para la conexión al SGT.

Lo optado por el Osinergmin es acertado, al tener en cuenta que la conexión del agente interesado supone el seccionamiento de un tramo de la línea de transmisión del SGT y, evidentemente, una modificación a este. Pues, si el Osinergmin hubiera optado por la determinación de condiciones, las probabilidades de generar una mayor colisión entre el contrato SGT y el mandato de conexión se hubiesen visto incrementadas, a razón de que al ordenar la conexión del agente solicitante, el seccionamiento de la línea y sus consecuencias hubiesen tenido que ser regidas mediante lo dispuesto en el mandato de conexión, en posible perjuicio de lo establecido en el contrato SGT.

En conclusión, la aplicación del principio de libre acceso a las redes por parte del Osinergmin mediante la emisión de un mandato de conexión es pertinente en el caso planteado, sin perjuicio de que la forma de aplicación optada por este mantiene en menor magnitud la colisión entre el mandato de conexión y el contrato SGT, al preservar la voluntad de las partes y evitar regir las consecuencias más controversiales del seccionamiento del tramo de línea de transmisión del SGT.

Respecto a la vulneración de la integridad física de un Sistema Garantizado de Transmisión

Sobre este aspecto en específico, se presenta la disyuntiva de si la emisión del mandato de conexión a favor del agente solicitante evidencia una vulneración a la integridad física del SGT por generar el seccionamiento de un tramo de línea de transmisión perteneciente a este, mediante la incorporación de una instalación que no está bajo la titularidad del concesionario de transmisión del SGT.

En un primer análisis, es correcto afirmar que la integridad física del SGT de titularidad del concesionario de transmisión eléctrica es vulnerada, porque el contrato SGT que lo rige no disponía de la configuración que se presenta físicamente con la solicitud de conexión

del agente interesado. Sin embargo, se debe determinar si la vulneración física del SGT, sustentada fácticamente, es verdaderamente una «vulneración», con razón de que el principio de libre acceso a las redes ordena que los concesionarios de transmisión deban permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, sin excepción, como quedó demostrado en la sección anterior.

Al respecto, son de especial atención las definiciones que la Real Academia Española (2001) otorga al término *vulnerar*, entendido como (i) transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto; (ii) dañar, perjudicar; y (iii) herir en su definición más anticuada. En ese sentido, al ser una vulneración «la acción de vulnerar», solo al haber violado una ley o un precepto, como condición previa, podría concluirse su existencia.

Con lo cual se advierte la colisión entre lo dispuesto en los contratos SGT, respecto a la obligación por parte del concesionario de transmisión de construir, operar y mantener el mismo, así como al término de la concesión transferir los bienes de esta al Estado de acuerdo con la configuración dispuesta del SGT con lo dispuesto en la LCE, en específico, el principio de libre acceso a las redes.

En una comparación, las disposiciones del SGT se encuentran contempladas tanto en la ley, en la LGE, como replicados en el contrato SGT materia de suscripción por parte del Estado, debidamente representado a través del Ministerio de Energía y Minas; y de otro lado, el principio de libre acceso a las redes se regula mediante la disposición general establecida en la LCE y la disposición reglamentaria emitida por el Osinergmin para asegurar su cumplimiento, la Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N.º 091-2003-OS-CD. De esa manera, en el ámbito normativo, se observa finalmente que ambas disposiciones están contenidas en leyes, es decir, en un mismo rango normativo.

De esa manera, el conflicto entre las mencionadas disposiciones se dará en consideración de cuál responde, en estricto, a generar un mayor bien común, en virtud del interés público que presenta el servicio público de transmisión de energía eléctrica, aspecto tratado en las secciones iniciales del presente trabajo de investigación que, como se

observa, resulta determinante en la resolución de controversias en el ámbito normativo energético.

Consecuentemente, es claro que el principio de libre acceso a las redes está enfocado en que se preserve y genere un mayor bien común dentro de los agentes involucrados en el SEIN y, con motivo de ello, está vigente y es aplicado por el Osinergmin en las situaciones en que las partes involucradas en un evento de interconexión no se arriban a un acuerdo para asegurar su cumplimiento, mediante la emisión de un mandato de conexión siempre que sea pertinente; mientras que los contratos SGT, ciertamente, también presentan dicha característica en menor magnitud, porque su existencia, prevista en el Plan de Transmisión, tiene como objeto que el servicio público de transmisión de energía eléctrica sea incluso de mayor acceso para los agentes que conforman el SEIN.

Por lo tanto, la primera afirmación respecto a la vulneración de la integridad física del SGT se ve desvirtuada, debido a que el interés público como sustento del principio de libre acceso a las redes es razón suficiente para que se disponga la emisión de un mandato de conexión a favor del agente solicitante de la conexión al SEIN, mediante el seccionamiento del SGT; y, además, porque en última instancia las disposiciones que las rigen podrán ocasionar incompatibilidades fácticas⁵, mas no legales, ya que los SGT no son excluyentes, sino en definitiva, complementarios.

Las consecuencias evidentes en el marco jurídico del Sistema Garantizado de Transmisión

La modificación física del SGT, como ha sido anteriormente determinado, no es una vulneración a su integridad, porque resulta de la aplicación del principio de libre acceso a las redes como también a la posibilidad existente de que las partes involucradas puedan subsanar dicha situación fáctica mediante el ejercicio de su libertad contractual, preservada por el Osinergmin. Sin embargo, con respecto al marco jurídico del SGT, se tendrán dos consecuencias evidentes: (i) la modificación

5. Las cuales son subsanables por agentes involucrados, mediante la utilización de su libertad contractual, que fue preservada por el Osinergmin al emitir el Mandato de Conexión a favor del agente solicitante.

del contrato SGT y (ii) la modificación de la concesión definitiva otorgada por el Ministerio de Energía y Minas para el desarrollo del SGT, de titularidad de su respectivo concesionario de transmisión.

En ese sentido, al abordar el primer punto, se identifica que las partes intervinientes en el contrato SGT son las siguientes: (i) el agente interesado en desarrollar el proyecto contemplado en el Plan de Transmisión y (ii) el Estado, representado a través del Ministerio de Energía y Minas; ambas partes con derechos y obligaciones a su cargo relacionadas con la configuración final del SGT.

De esa manera, al haberse emitido un mandato de conexión a favor de un agente interesado en la conexión al SGT, mediante el seccionamiento de un tramo de línea, es evidente que físicamente se ha producido una modificación que debe verse replicada en la configuración final del SGT, a efectos de resguardar principalmente los derechos y el cumplimiento de obligaciones correspondientes al concesionario de transmisión, es decir, el mencionado agente que desarrolló el SGT.

Lo anterior, a razón de que dicho agente tiene a cargo principalmente la operación, mantenimiento y posterior transferencia del SGT al Estado. Por lo cual, se tiene que las mencionadas obligaciones se ven comprometidas con la nueva configuración del SGT, producto de la emisión del mandato de conexión y, en ese sentido, deberán ser reestructuradas o relativizadas mediante la utilización de los mecanismos legales que la ley vigente le faculta.

Previo al desarrollo del mecanismo legal que permitirá modificar el contrato SGT, es necesario indicar con mayor detalle por qué las obligaciones del concesionario SGT se encuentran comprometidas con la emisión del mandato de conexión:

- En principio, se tratará respecto a la operación del SGT, ya que, como podrá observarse de las figuras mostradas en la sección de planteamiento de la controversia, el seccionamiento logrará que existan dos operadores en dicho tramo del SGT: el concesionario de transmisión del SGT para los dos extremos y las líneas y el agente interesado en la conexión que

operará la instalación que seccionó el tramo del SGT. Por lo cual, la operación del SGT se ve comprometida por la complejidad que presenta la coordinación entre los operadores mencionados, con la reserva de que las partes mencionadas logren arribar a un acuerdo satisfactorio.

- La obligación de mantenimiento del SGT se da durante la vigencia del contrato SGT y coincide con la etapa de operación del mismo. Por ende, esta se ve comprometida desde que, al coincidir dos tramos de líneas de transmisión de energía eléctrica en una instalación de titularidad de un tercero, se presentarán naturalmente restricciones a las labores que podrán realizar. Sin embargo, al igual que el párrafo anterior, no se debe descartar la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo al respecto.
- La transferencia de los bienes de la concesión del SGT al Estado, una vez que culmine la vigencia del mismo, se ve comprometida al ser de suma importancia la identificación de los equipos, instalaciones y demás accesorios que corresponden al SGT y permiten su continuidad, con la precisión de que estos también se pueden encontrar dentro de la instalación del agente solicitante de la conexión, ajeno a dicha relación contractual.

Entonces, en lo relacionado con la modificación del contrato SGT, se tiene que el mecanismo a accionar es la libertad contractual de las partes intervinientes, el Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas y el concesionario de transmisión SGT; para lograr lógicamente la suscripción de una adenda que contemple la nueva regulación de las obligaciones comprometidas como la nueva configuración física, entre otros aspectos de interés. De esa manera, se reitera la importancia de que el mandato de conexión haya preservado la libertad contractual del concesionario de transmisión SGT y el agente solicitante de la conexión, en materia de identificación de equipos pertenecientes al SGT con la nueva configuración y demás obligaciones, pues ello permite que, a su vez, las partes que suscribieron el contrato SGT puedan también lograr un acuerdo que no colisione con la disposición general del mandato de conexión.

De otro lado, se señaló también la necesaria modificación de la concesión definitiva otorgada por el Ministerio de Energía y Minas al concesionario de transmisión, como requisito previo y contemplado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de dicha entidad, respecto al contrato que este a su vez origina, de acuerdo con lo establecido en la LCE.

En ese sentido, al igual que el contrato SGT, primará la libertad contractual de las partes para determinar lo que la adenda al contrato de concesión definitiva deba contemplar; con la precisión de que el inicio de dicho trámite sí se encuentra contemplado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas y, por tanto, presenta determinados requisitos para su aprobación.

En conclusión, se tendrán dos situaciones que se resolverán mediante la libertad contractual de las partes, que, en este caso, serán el concesionario de transmisión y el Estado; con la consideración de que en uno de los casos es necesario el cumplimiento de requisitos previos para el inicio de su trámite, refiriéndonos a la modificación de la concesión definitiva.

CONCLUSIONES

La actividad de transmisión de energía eléctrica es un servicio público y, como tal, responde a una normativa particular que busca proteger su naturaleza mediante la preservación de la libre competencia y la calidad, así como la continuidad en su prestación ofrecida por los distintos agentes del mercado energético.

El principio de libre acceso a las redes es aplicable a los concesionarios de transmisión de un SGT y, por lo tanto, debe permitir el acceso a los agentes solicitantes de la conexión, aunque incluso ello suponga una modificación física sustancial de la configuración inicial del SGT.

Los mandatos de conexión son la forma mediante la que el Osinergmin asegura el cumplimiento del principio de libre acceso a las redes y, en el caso de los SGT, es prudente que emitan uno sin condiciones para que las partes involucradas tanto en la controversia como en el contrato SGT preserven su libertad para establecer los términos en los cuales se llevarán la conexión como las modificaciones respectivas a la configuración física del SGT.

La colisión de disposiciones entre un mandato de conexión y un contrato SGT se resuelve mediante la aplicación del interés público que reviste el servicio público de transmisión de energía eléctrica y con la preservación de la libertad contractual de las partes, con la precisión de que se fiscalice el cumplimiento progresivo de lo dispuesto por el mandato de conexión.

La preservación de la libertad contractual de las partes, ante la colisión de disposiciones de un mandato de conexión con un contrato SGT, permite que el concesionario del SGT active mecanismos legales que permitan replicar la modificación de la configuración de este para resguardar o relativizar las obligaciones comprometidas, mas no vulneradas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2008). «El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana». *THĒMIS* (55), pp. 255-264.

OCHOA CARDICH, César (2013). «El servicio público en la Constitución peruana de 1993». *Pensamiento Constitucional* (18), pp. 105-119.

JANÉ LA TORRE, Eduardo y BERNALES MEJÍA, Lucía (2008). *Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los sistemas de transmisión y distribución eléctrica* (Documento de Trabajo N.º 22). Lima: Osinergmin.

Real Academia Española (2001). *Vulnerar en Diccionario de la lengua española* (22.^a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=vulnerar>.