

# Apuntes sobre el Libre Acceso a las Redes

María del Carmen Tovar Gil\*

## I. INTRODUCCIÓN

En el mes de agosto de 2007, el OSINERGMIN emitió una Resolución mediante la cual se dictó mandato de conexión a favor de una empresa, a fin de que una concesionaria de transmisión permita el acceso a su sistema secundario de transmisión.

En dicha Resolución, el Organismo Regulador analizó la solicitud de mandato de conexión, señalando que en primer lugar debía determinarse si es que el acceso solicitado recaía sobre una instalación sobre la que existen obligaciones de Libre Acceso. Luego, de establecer que efectivamente se encontraban en ese supuesto, debía determinarse si existía negativa para brindar el acceso, y de ser el caso si es que ésta era justificada.

En este caso, la empresa concesionaria tenía suscrito un contrato de suministro de electricidad con una empresa minera en el cual se garantizó que durante un periodo determinado la empresa concesionaria recibiría un pago de la empresa minera por el total de la capacidad de la línea, ya que ésta última había financiado íntegramente la construcción de la línea de transmisión. Pese a ello, el OSINERGMIN señaló que el marco legal aplicable, al momento de dicho pedido, no se desprendía que existía la posibilidad de establecer exclusividad de uso de las redes a

favor de terceros, sino que por el contrario, existía un carácter público en su uso.

Asimismo, interpretó que la existencia de contratos privados no puede constituir un mecanismo de exclusividad y, por tanto, de exclusividad para terceros que desean acceder a las redes, no solo porque la normativa excluye toda exclusividad en el uso de las redes, sino que con los contratos privados no pueden constituirse en “islas” que queden fuera del ordenamiento jurídico, más aún si estos afectan el interés público tutelado por la normativa o inclusive puedan atentar derechos de terceros.

Por otro lado, indica además, que a fin de determinar la norma a aplicar era pertinente señalar la Ley No. 28832, por la que se estableció el nuevo marco legal de la transmisión en el sector eléctrico. Así, consideró que esta precisión era necesaria en la medida que existe una distinción en el tratamiento de acceso, según se trate de instalaciones del Sistema Complementario de Transmisión, o de otras instalaciones del Sistema de Transmisión, tal como lo establece el artículo 11 del Reglamento de Transmisión, aprobado por Decreto Supremo No. 027-2007-EM.<sup>1</sup>

Se presentaba en este caso la necesidad de armonizar la aplicación práctica de distintos principios sobre los que

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia del Estudio Echeopar Abogados.

<sup>1</sup> A la fecha de presentación de la Solicitud de Mandato de Conexión, las instalaciones de la empresa concesionaria eran calificadas como parte del Sistema Secundario de Transmisión, por lo que para efecto de ese procedimiento, se entendieron como tal tipo de instalación.

se basan los fundamentos de las distintas normas que regulan la actividad eléctrica. El lograr interpretar estas normas en forma adecuada armonizando correctamente los principios que son su fundamento es vital para generar los incentivos adecuados para los actores. En nuestra opinión la aplicación efectuada por OSINERGMIN lamentablemente no logró en este caso ese objetivo.

En el presente artículo analizaremos el marco legal aplicable y los conceptos fundamentales del libre acceso a las redes contrastándolo con lo resuelto por el Organismo Regulator.

## II. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política del Perú de 1993, recoge en su Título III: Del Régimen Económico, los principios que rigen el sistema económico en nuestro país.

La piedra fundamental sobre la que está construida la legislación económica actual, se basa en el reconocimiento a la Libre Iniciativa Privada, la Libertad de Contratación y la Libre Competencia.

El artículo 58° de la Constitución establece que la iniciativa privada es libre y 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<sup>2</sup>

La Constitución reconoce también en su artículo 61° la obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia.<sup>3</sup>

Por su parte, el artículo 62° reconoce la libertad de las personas de contratar válidamente de acuerdo a las normas vigentes al tiempo de celebrarse el contrato.<sup>4</sup>

Estos principios se deben aplicar en forma armoniosa entre sí y constituyen la base sobre la que se construyen las leyes que regulan la actividad económica del país.

### 2.1 Principios de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N° 25844)

En noviembre de 1992 fue aprobada el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, (en adelante, la Ley). Luego, en febrero de 1993 se dictó mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM su reglamento, (en adelante, el Reglamento). La Ley y el Reglamento han sufrido diversos ajustes a lo largo de sus casi quince años de vigencia, pero han mantenido la misma orientación, enmarcada en los principios constitucionales que hemos expuesto en el punto anterior. La última modificación relevante se dio con la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, publicada con fecha 23 de julio de 2007.

<sup>2</sup> Artículo 58° 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.

<sup>3</sup> Artículo 61° El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

<sup>4</sup> Artículo 62° La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Podemos señalar sin temor a equivocarnos, que la Ley constituyó una importante modificación del régimen legal vigente en el sector eléctrico. Podemos también afirmar, que las normas constitucionales citadas en el punto anterior, constituyen la base para el régimen que se establece a partir de la Ley.

De acuerdo a lo señalado en el Libro Blanco del Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, entre las más importantes novedades del nuevo régimen legal estuvieron el fomento a la inversión privada y la introducción de competencia.<sup>5</sup>

Debe recordarse que la participación privada en el desarrollo de la actividad eléctrica estuvo limitada durante muchos años, siendo el Estado el operador casi exclusivo del servicio eléctrico. La Ley no solo restituye plenamente el derecho a la participación de la inversión privada en el sector, sino que claramente *incentiva* dicha participación. Esto responde al principio constitucional de la libre iniciativa privada y

a la clara decisión del Estado, a partir de esta norma, de promover la participación de la inversión privada en todas las actividades y particularmente en la actividad eléctrica a través de concesiones a privados.

La introducción de la competencia se promueve a través del incentivo de la inversión y del establecimiento de acceso abierto para el uso de las instalaciones de distribución y transmisión. Ambas cosas deben darse. Es preciso que haya inversión y que los sistemas de transmisión se amplíen y a partir de ello y complementándolo, que exista libre acceso a los sistemas de transmisión. Los dos objetivos deben lograrse y por ello es de vital importancia dar los incentivos correctos para que esto ocurra.

## 2.2 Marco legal sobre Transmisión y Libre Acceso.

La Ley, en su artículo 1º, establece que las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o

<sup>5</sup> “El marco regulatorio vigente introdujo importantes cambios en el sector; entre los principales se pueden citar:

- Eliminación del monopolio del Estado y la separación de la industria (unbundling) en tres actividades: generación, transmisión y distribución
- Fomento a la participación del sector privado, instrumentado a través de concesiones y autorizaciones otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas necesarios para operar en cualquiera de las tres actividades del sector.
- Regulación de las actividades de distribución y transmisión sobre la base de los costos medios eficientes. Las tarifas de generación para el abastecimiento del Servicio Público son regulados sobre la base de una estimación de los costos marginales esperados en el sistema.<sup>6</sup>
- Establecimiento del principio del acceso abierto para el uso de las instalaciones de transmisión y distribución.
- Fijación administrativa de precios en el segmento de la generación para el servicio público de electricidad. El Osinerg establece los precios de energía y potencia de manera separada, vía procedimientos que incluyen el reconocimiento de los costos eficientes. Los ingresos por el suministro de energía y potencia, son agregados para la determinación del ingreso de los generadores. Los precios que los generadores cobran a los distribuidores para el abastecimiento del mercado regulado, incluidos los costos de transmisión se denominan Precios en Barra.
- Establecimiento de un sistema de compensaciones o transferencias entre generadores. Las transferencias sirven para liquidar las diferencias entre lo contratado y lo efectivamente producido por las generadoras. Las transferencias de energía se calculan valorizando las mismas al costo marginal de corto plazo. Este sistema de transferencias es administrado por un organismo sectorial que representa a los generadores y transmisores principales, denominado Comité de Operación Económica del Sistema.
- Segmentación de dos tipos de clientes en función de su demanda por capacidad, siendo clientes “regulados” todos aquellos consumos menores a 1 MW de demanda de Potencia (Servicio Público de Electricidad) y Clientes “Libres” cuya demanda es mayor o igual a un MW. (aproximadamente 47% del volumen de ventas libres) (Subrayado es nuestro)

jurídicas, nacionales o extranjeras.<sup>6</sup>

El artículo 3° de la Ley dispone que se requiere concesión para el desarrollo de la transmisión de energía eléctrica cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbres por parte de este. Esto es aplicable a las líneas de transmisión principales o secundarias.<sup>7</sup>

El artículo 33° de la Ley establece que 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 al Reglamento.**<sup>8</sup>

Asimismo, el artículo 62° de la Ley establece que las discrepancias entre usuarios y concesionarios de transmisión por el uso de los sistemas de transmisión o las ampliaciones requeridas serán resueltas por OSINERGMIN siguiendo un procedimiento de dirimencia establecido en

la propia norma. Se indica que las inversiones realizadas por los usuarios tendrán carácter reembolsable.<sup>9</sup>

Mediante Resolución del Consejo Directivo del OSINERG N° 091-2003-OS/CD, publicada con fecha 22 de junio de 2003, se aprobó el Procedimiento para Fijar las Condiciones de Uso y Acceso Libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica, en adelante el Procedimiento. Esta norma tiene por objetivo establecer las condiciones de uso y los procedimientos que garantizan el libre acceso a las redes de transmisión y distribución, de acuerdo a lo establecido en los artículos 33°, 34° y 62° de la Ley.

El artículo 3° del Procedimiento, establece que el Suministrador de Servicios de Transporte está obligado a 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, el Reglamento y demás normas

<sup>6</sup> Artículo 1° El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERG en representación del Estado son los encargados de velar por el cumplimiento de la presente ley, quienes podrán delegar en parte las funciones conferidas."

Las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Las personas jurídicas deberán estar constituidas con arreglo a las leyes peruanas.

<sup>7</sup> De acuerdo al régimen de la Ley de Concesiones Eléctricas, en cada sistema interconectado, el Ministerio de Energía y Minas, a propuesta del OSINERG, definirá el Sistema Principal y los Sistemas Secundarios de Transmisión de acuerdo a las características establecidas en el Reglamento. Se indica que el Sistema Principal permite a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema. Los Sistemas Secundarios de Transmisión permiten a los generadores conectarse al Sistema Principal o comercializar potencia y energía en cualquier barra de estos sistemas. En las definiciones de la Ley se define el Sistema Secundario de Transmisión como la parte del Sistema de Transmisión destinada a transferir electricidad hacia un distribuidor o consumidor final, desde una Barra del Sistema Principal. Son parte de este Sistema las instalaciones necesarias para entregar electricidad desde una central de generación hasta una Barra del Sistema Principal de Transmisión.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Artículo 62 ° Las compensaciones y peajes por las redes del Sistema Secundario de Transmisión, o del Sistema de Distribución serán reguladas por OSINERG.

Las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del Sistema Secundario de Transmisión como del Sistema de Distribución serán resueltas por OSINERG.

Las instalaciones del Sistema Secundario de Transmisión, son remuneradas de la siguiente manera:

- a. Si se trata de instalaciones para entregar electricidad desde una central de generación hasta el Sistema Principal de Transmisión existente son remuneradas íntegramente por los correspondientes generadores;
- b. Si se trata de instalaciones que transfieren electricidad desde una barra del Sistema Principal de Transmisión hacia un Distribuidor o consumidor final son remuneradas íntegramente por la demanda correspondiente;
- c. Los casos excepcionales que se presenten en el Sistema Secundario de Transmisión que no se ajusten a las reglas anteriores serán resueltos por OSINERG conforme se señala en el Reglamento.

complementarias. Indica que la falta de capacidad y/o disponibilidad de medios para el acceso a redes del Suministrador de Servicios de Transporte al que se solicita acceso, no constituirá impedimento para el acceso. Señala que las dificultades que en este aspecto pudiesen existir serán contempladas y subsanadas, por acuerdo entre las partes o por lo dispuesto en el Mandato de Conexión.

En estas normas vemos como se abre el sector eléctrico a la inversión privada. Asimismo, se observa que, si bien la norma legal establece la obligación de dar acceso es claro, que si dicho acceso supone realizar ampliaciones, el titular de la concesión de transmisión no está obligado a financiar las nuevas inversiones. En tal sentido, cuando para conectarse es preciso ampliar las instalaciones el titular de la infraestructura no está obligado a financiar la inversión. En consecuencia, será preciso llegar a un acuerdo sobre la forma como se financiará la ampliación, para que dicho acceso pueda concretarse.

Es así como se armonizan las normas que regulan la libre iniciativa privada del titular de transmisión con las normas que establecen la obligación de acceso a las redes de dicho titular.

La Ley y el Reglamento, establecen que hay obligación del titular de una concesión de transmisión de dar acceso a sus redes cuando hay capacidad. Establece incluso que, si no hay capacidad, no es posible negar el acceso, sino que habrá que buscar la solución a los problemas de capacidad y llegar a un acuerdo con quien pide el acceso para implementar esta solución. Es claro que el titular de la concesión debe tener una actitud proactiva para con el solicitante de acceso pero no está obligado a financiarlo.

Cabe también señalar, para entender correctamente la lógica del marco legal eléctrico, que si un usuario final solicita una

ampliación y llega a un acuerdo por el cual este financia dicha ampliación, debe entenderse que dichas facilidades se han ejecutado y financiado por quien solicitó el acceso y financió la ampliación. Si luego de haber convenido y financiado la ampliación, llegara otro usuario final que requiere acceso y no hay capacidad suficiente, ese nuevo usuario tendrá la obligación de financiar la nueva ampliación de la red.

En ese sentido, debe citarse al experto en transmisión eléctrica Larry E. Ruff quien señala lo siguiente:

*“A Grid expansion is cost-effective only if it reduces generation costs enough to pay for itself. Thus, in principle there is a simple market test that can be applied to grid expansions. If those who will benefit from a grid expansion are willing to pay the costs, the grid should be expanded; if not, not. If a proposed grid improvement is cost effective, a grid user or a coalition of users should be willing to contract to pay for it, in exchange for transmission contracts protecting them against the future grid congestion. If no such coalition can be identified, the grid investment is not worth making because system users can meet their needs with some cheaper combination of increased costs for generation and load management.*

*Although this principle is simple enough, its application is far from simple. To determine who will benefit and by how much, it is necessary to project where and how fast load and new generation will appear, how the projected mix of generation will be operated to meet projected loads at least cost and how the costs of losses, constraints and outages might be reduced by various grid expansions. The formation of coalitions willing to pay for cost effective grid improvements is complicated by the fact that scale economies give grid users incentives to try to free ride on grid*

*investments paid by others.*" (Subrayado es nuestro) <sup>10 11</sup>

En consecuencia, debe existir armonía entre el respeto a la libre iniciativa privada, la promoción de inversiones y el derecho al libre acceso. No hay duda que, cuando existe capacidad en las redes, los titulares de transmisión deben dar acceso a esta infraestructura en forma no discriminatoria, cobrando las compensaciones que correspondan por su uso.

Pero, también es cierto que las ampliaciones de las redes de transmisión y especialmente de las redes de transmisión secundaria, como lo ilustra Ruff, por lo general se darán en la medida en que las empresas que requieren de estas facilidades estén dispuestas a invertir en ellas a cambio de poder garantizarse una capacidad disponible de transmisión para sus futuras expansiones.

Es por ello que, el marco de la actividad eléctrica, armoniza la necesidad de promover la inversión en transmisión, incentivando a los usuarios del sistema a financiar las ampliaciones que requieran para dicha expansión, con el derecho al libre acceso.

Por último, debemos señalar que tal y como menciona OSINERGMIN es cierto que situaciones como la antes descrita, quedarían superadas con la expedición del

Reglamento de Transmisión. Sin embargo, consideramos que la aprobación de dicha norma no hace más que reafirmar y dejar claro la correcta de aplicación de los principios que hemos señalado a lo largo de este artículo y que si OSINERGMIN hubiera podido armonizar correctamente aplicándolos al caso descrito, sin necesidad de contar con el Reglamento de Transmisión. Debemos desde luego alegrarnos de que el Reglamento de Transmisión contenga hoy una regulación que no permita una solución como la que genera la interpretación que hizo OSINERGMIN en el caso comentado pues si bien consideramos que la señal fue equivocada para el caso concreto la ley habría en todo caso subsanado esto para futuras situaciones.

### III. NATURALEZA DEL ACUERDOS QUE PUEDEN SUSCRIBIRSE ENTRE UNA TRANSMISORA Y UNA EMPRESA

Como hemos señalado, la construcción de una línea de transmisión secundaria responde a la necesidad de un generador de conectar su oferta a la red principal o a la de un usuario final de retirar electricidad para su consumo.

En este segundo caso, están los usuarios finales, los cuales requieren de la existencia de redes secundarias que puedan permitirles hacer llegar el suministro a su lugar de consumo.

<sup>10</sup> RUFF, Larry. Stop Wheeling and Start Dealing: Resolving the Transmission Dilemma. *Electricity Journal*, June 1994 edition, p. 20

<sup>11</sup> Una ampliación de red es eficiente en términos económicos sólo si reduce la generación de costos lo suficiente como para pagarse a sí misma. Por lo tanto, en principio, existe un sencillo examen de mercado que puede ser aplicado a las ampliaciones de red. Si los beneficiarios de la ampliación de la red están dispuestos a pagar su costo, entonces la red debería ampliarse; si no, no. Si una mejora de la red es eficiente en términos económicos, un usuario de la red o un conjunto de usuarios debería estar dispuesto a celebrar un contrato en el cual paguen por la red, a cambio de contratos de transmisión que los proteja contra futuras congestiones de la red. Si no existe tal conjunto de usuarios, entonces la inversión en la red no es eficiente pues los usuarios del sistema pueden satisfacer sus necesidades con una combinación más barata: incremento en los costos de generación y manejo de carga.

Aun cuando este principio es simple, su aplicación es lejos de ser simple. Para determinar quién se beneficia y por cuánto, es necesario proyectar a dónde y qué tan rápido la carga y la generación van a aparecer, cómo va a operar la combinación de generación para gestionar la carga proyectada a un menor costo y cómo el costo de las pérdidas, restricciones y cortes puede ser reducido mediante varias ampliaciones de red. La formación de grupos de usuarios dispuestos a pagar las mejoras en la red, que son eficientes en términos de costos, se complica por el hecho que las economías de escala le dan a los usuarios de la red incentivos para intentar "colgarse" (free-ride) de las inversiones en la red que son pagadas por otros.

Una empresa usuaria final puede encontrar que existen redes de transmisión con capacidad suficiente para atender su requerimiento, en cuyo caso pueden solicitar el libre acceso a las mismas compensando al titular por su uso. Puede suceder sin embargo, que las redes a las que requiere conectarse no tengan capacidad suficiente para atenderlo o que simplemente no exista red alguna.

Cuando las redes existen, pero requieren ampliaciones para hacer posible la conexión, la Ley, como hemos señalado, en el punto anterior, establece que el titular de la concesión debe brindar acceso, pero las ampliaciones deben ser financiadas por quien solicita el acceso. Esto supone llegar a un acuerdo sobre cómo financiar y ejecutar la ampliación.

Sin embargo, puede darse el caso que la facilidad de transmisión que una empresa usuaria final requiere para tener garantizada su capacidad de transmisión, **simplemente no exista**. Esto es usual en el caso de empresas, como las mineras, que tienen sus emplazamientos en zonas alejadas de las barras de los sistemas de transmisión principal. En esos casos, si la empresa

quiere conectarse para retirar electricidad del sistema tiene dos alternativas: o ejecuta la infraestructura directamente o busca una empresa de transmisión especializada que sea quien ejecute y ponga a su disposición las facilidades de transmisión.

Si la usuaria final ejecuta directamente la infraestructura, tendrá que solicitar la Concesión de Transmisión, involucrándose en la actividad eléctrica, que no es su especialidad y asumiendo las obligaciones de cualquier transmisor. Es decir tendrá que convertirse ella en concesionaria de transmisión. Pero si lo encarga a una empresa de transmisión, esta empresa especializada será la titular de la concesión y de los activos de la misma.

Debe tenerse en cuenta que, cuando una línea de transmisión no existe, no habrá titular de concesión de transmisión obligado a ejecutar la obra y hacerse cargo de la actividad. En consecuencia, en este caso, la empresa usuaria final no puede pedir directamente el acceso a ninguna empresa de transmisión dada la inexistencia de infraestructura física. Para solicitarse el acceso primero tiene que existir la facilidad de transmisión físicamente.

