



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

**LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES
DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD**

CIRCULAR Nº 01

20 de Marzo del 2009

El Comité Especial de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos, absuelve las consultas y sugerencias formuladas por diversos Adquirentes respecto de las Bases y el Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

Consulta Nº 1

Por medio de la presente, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2.3.1 de las Bases de la Licitación de la referencia, procedemos a presentar sugerencias a la Primera Versión del Contrato de Concesiones, sin perjuicio del hecho de considerar que, conforme al marco normativo vigente para el sector eléctrico peruano, las licitaciones de largo plazo para el suministro de electricidad al mercado regulado (normadas por la Ley Nº 28832, su Reglamento y el incentivo para hidroeléctricas del DL Nº 1041) constituyen el medio apropiado para promover la inversión en nuevas centrales hidroeléctricas.

Respuesta a la Consulta Nº 1

Según el TUO y la Ley Marco de APP's, PROINVERSIÓN tiene competencia para promover concesiones relativas a servicios públicos o infraestructura pública. La calificación de qué servicios son "servicios públicos" o de qué infraestructura es "infraestructura pública", corresponde en primer lugar a las normas estatales. En defecto de normas, el método de calificación consistiría en comparar el caso concreto materia de evaluación, con los atributos que la doctrina jurídica entiende como característicos de los servicios públicos o la infraestructura pública. El primer método (declaración por norma), ofrece una respuesta inequívoca, mientras que el segundo puede ofrecer alguna complejidad debido a los referentes que utiliza.

En el caso concreto del diseño del Concurso, se aplicó el primer método. En efecto, el artículo 2º de la Ley de Concesiones Eléctricas, establece que constituyen "servicios públicos", además de la transmisión y distribución eléctricas, "el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinada al uso colectivo". De acuerdo con esto, PROINVERSIÓN tiene competencia para promover la inversión privada a través de una concesión cuyo objeto sea el suministro de energía para uso colectivo o destinada al uso colectivo, es decir, al denominado mercado regulado de electricidad.

Ahora bien, la capacidad de PROINVERSIÓN de incluir en los contratos de concesión disposiciones de carácter tarifario –como es el de atribuir a los precios resultante del proceso el carácter de precio firme–, se basa en el artículo 25 del TUO. No se basa en la Ley 28832.

- 1 de 13 -





PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

PROINVERSIÓN ha ejercido dicha facultad en varias ocasiones para proyectos de distintos sectores regulados (electricidad, saneamiento, carreteras, puertos, aeropuertos, etc.). En todos los casos, los contratos de concesión incluyeron disposiciones tarifarias a pesar de que las regulaciones sectoriales correspondientes, no reconocían expresamente la capacidad de los contratos de concesión de incluir ese tipo de disposiciones

Es en el sector eléctrico precisamente, donde más se han desarrollado los contratos de concesión que incluyen disposiciones de efectos tarifarios. Este desarrollo incluyó reglamentación efectuada por el OSINERGMIN con posterioridad a la suscripción del contrato de concesión, dictada para implementar en la práctica las cláusulas de contenido tarifario¹. De hecho, casi todo el sistema principal de transmisión, sustenta sus remuneraciones en disposiciones contractuales, que no reflejaban el esquema tarifario fijado con carácter general por la LCE y sus reglamentos para el sistema principal.

Cabe también destacar, la defensa organizada por MEF, MINEM y OSINERGMIN en el caso Perú vs. Aguaytía Energy en el CIADI, que concluyó hace poco con un laudo favorable al Perú. En la contestación a la demanda presentada por Perú y en las opiniones de expertos locales e internacionales ofrecidas, se aprecia una extensa explicación del sustento legal, la necesidad económica y la ventaja práctica que supone promover concesiones que incluyan disposiciones de carácter tarifario. En este caso, el antecedente básico de fondo, materia de reproche por parte de Aguaytía, fue la decisión de COPRI de atribuir a una línea el tratamiento tarifario del sistema principal, a pesar que la performance física de dicha línea no cumplía los requisitos de norma para ser considerada principal.

Por lo tanto, el Concurso no se rige por las normas relativas a licitaciones de largo plazo que conducen las distribuidoras. Se rige por el TUO. Los precios resultantes del Concurso recibirán el tratamiento que corresponde a los precios firmes según la Ley 28832, no porque ésta sea aplicable al Concurso, sino por virtud de la facultad que el TUO otorga a PROINVERSIÓN para incluir en los contratos de concesión disposiciones de naturaleza tarifaria.

Consulta N° 2

En tal sentido, y antes de formular las sugerencias específicas a cada una de las cláusulas que regulan el Contrato de Concesión resulta preciso señalar que, en el actual contexto del sector eléctrico peruano, el diseño de la Licitación solamente permite la participación de agentes o generadoras que ya se encuentran operando o participando de la industria eléctrica peruana, excluyendo la posibilidad de que nuevos inversionistas en generación hidroeléctrica participen en la licitación.

¹ Cfr. los diversos y sucesivos "procedimientos para la liquidación anual" de los ingresos por servicio transmisión eléctrica. Ver por ejemplo la Resolución de OSINERG N° 336-2004-OS/CD, del 21/12/04.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Nos referimos al hecho que del universo de concesiones temporales y definitivas existentes, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, salvo por alguna excepción, los títulos de dichas concesiones que pueden acreditar estar operando una Central Hidroeléctrica de 50MW son quienes ya cuentan con generación en el Perú. Así, quedarían excluidos de participar todos los demás titulares de concesiones que, como en nuestro caso que llevamos invertidos mas de US\$ 200 millones en una CH y con mas de US\$ 100 millones adicionales por invertir, siendo parte de un grupo empresarial con experiencias en generación y contratación de electricidad, con amplia capacidad técnica y financiera no podría calificar como postor de la licitación bajo las reglas establecidas.

Respuesta a la Consulta N° 2

El comentario asume que el generador local debe ostentar por sí solo todos los requisitos para calificar, ignorando el hecho de que los interesados pueden consorciarse libremente con otras empresas para reunir los requisitos. Asimismo, la experiencia solicitada (50 MW) no necesariamente debe corresponder a activos localizados en Perú, puede ser en cualquier parte del mundo. Sin perjuicio de lo anterior PROINVERSIÓN, está revisando los requisitos técnicos de Calificación.

Consulta N° 3

Otro punto de especial preocupación es que el diseño del Contrato y las Bases refleja una intención que entre los titulares de concesiones definidas de hidroeléctrica que no se encuentran en operación comercial, es decir entre los proyectos que superaron la fase de estudios (concesión temporal) y pasaron a la fase de ejecución (concesión definitiva), solamente pueden participar aquellos que aun no han iniciado la construcción de la central no encontramos razón que justifique dicha discriminación, menos aun si del universo de concesiones definitivas, los únicos que no han cumplido el cronograma de ejecución de su proyecto establecido en el respectivo contrato de concesión son quienes han iniciado construcción. Mal se haría premiando con posibilidad de participar a quienes incumpliendo su contrato de concesión no han iniciado construcción y castigando a quienes si vienen cumpliendo sus obligaciones con el Estado establecidas en el respectivo contrato de concesiones, excluyéndolos de la licitación. Además del efecto discriminatorio que podría afectar la validez de la Licitación misma.

Respuesta a la Consulta N° 3

El diseño del Concurso obedece a la necesidad de evitar la escasez de contratos para el Servicio Público. Como toda obligación de suministro eléctrico debe por principio tener un respaldo físico (capacidad), las Bases efectivamente han preferido que dicho respaldo provenga de centrales hidroeléctricas nuevas. De ese modo, la cobertura de la demanda de Servicio Público podría servir para incentivar que el sector privado amplíe en los años venideros la capacidad hidroeléctrica del sistema.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Las centrales que actualmente se encuentran en proceso de construcción seguirían adelante incluso si el Concurso no existiera. La necesidad de incrementar la capacidad hidroeléctrica en los años venideros excede con creces la capacidad en proceso de construcción.

Consulta N° 4

El numeral 2.2 del Contrato de Concesión, contempla todas las declaraciones que el Concedente garantiza al Concesionario. Sin embargo, se ha omitido una declaración en la que se establezca que Ministerio de Energía y Minas garantiza que se encuentra debidamente autorizado conforme a las Leyes Aplicables a actuar como Suministrador en el Contrato de Suministro. Motivo por el cual solicitamos adicionar un literal en el numeral 2.2, que expresamente señale lo siguiente:

"El Ministerio de Energía y Minas está debidamente autorizado conforme a las Leyes Aplicables para actuar adjudicar y disponer a favor del Concesionario la firma del Contrato de Suministro".

Respuesta a la Consulta N° 4

El Concedente no tendrá en ningún momento el rol de suministrador.

Consulta N° 5

De acuerdo con el numeral 2.3 del Contrato de Concesión el Concedente garantiza al Concesionario que, de ser requerido por éste, hará sus mejores esfuerzos para:

"(...)

- Que el Concesionario obtenga los permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares, necesarios para el desarrollo de la CH, en caso dichos derechos no fueran otorgados por la Autoridad Gubernamental competente en el plazo legal establecido, a pesar de haberse cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables.
- Que se resuelvan de manera pronta los conflictos comunales, sociales o similares, que pudieran surgir en el entorno de la CH oponiéndose al desarrollo de la misma"

Teniendo ello en consideración, solicitamos que se incluya un párrafo al final del numeral 2.3 que establezca que, en aquellos casos en los que el Concesionario incumpla con los plazos establecidos en el Contrato de Concesión debido a los supuestos contemplados en los literales a y b precedentes, éste no incurrirá en incumplimiento alguno con respecto al Contrato de Concesión, y en consecuencia, no le serán aplicables las penalidades contempladas en el Anexo N° 3 y la cláusula 6 del mismo.

Respuesta a la Consulta N° 5

Ver Respuesta a la Consulta N° 8.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Consulta N° 6

El numeral 3.1 del Contrato de Concesión establece el objeto del Contrato de Concesión; no obstante ello, no se establece que una parte esencial del mismo es la adjudicación por parte del Concedente del Contrato de Suministro al Concesionario. Adicionalmente, tampoco se ha contemplado cómo afectaría al Contrato de Concesión que el Contrato de Suministro no fuera suscrito en la oportunidad y forma contemplada en el Contrato de Suministro. Teniendo ello en consideración, solicitamos se incluya dentro del numeral 3.1 del Contrato de Concesión lo señalado en los párrafos precedentes.

Respuesta a la Consulta N° 6

En la Fecha de Cierre el Concesionario suscribirá los Contratos de Suministro con los distribuidores.

Consulta N° 7

De acuerdo con el numeral 3.5 del Contrato de Concesión, el Concesionario mantendrá indemne al Concedente respecto de y contra cualquier acción o excepción de naturaleza legal, administrativa, arbitral o contractual, o reclamo de cualquier naturaleza respecto del Suministro.

Teniendo ello en cuenta, solicitamos que se nos precise cuales son los deberes y/u obligaciones que el Concesionario deberá cumplir para mantener indemne al Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 7

La cláusula 3.5 del Contrato de Concesión queda redactada del siguiente modo:

El Concedente no será responsable ante el Concesionario, los distribuidores o terceros, por el cumplimiento, el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones que según las Leyes Aplicables y los Contratos de Suministro correspondan al Concesionario en su condición de suministrador o a los distribuidores en su condición de suministrados.

Consulta N° 8

De acuerdo con el numeral 5.3 del Contrato de Concesión, la Parte que invoque la Fuerza Mayor deberá realizar sus mejores esfuerzos para asegurar la reiniciación de la actividad o prestación en el menor tiempo posible.

Sobre el particular, solicitamos que se nos precise que actividades están comprendidas dentro de los "mejores esfuerzos". Asimismo, solicitamos que se nos indique si los cuestionamientos a las actividades consideradas "mejores esfuerzos" son pasibles de ser considerados como controversias o conflictos de acuerdo a la cláusula octava del Contrato de Concesión.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Respuesta a la Consulta N° 8

La cláusula 5 del Contrato de Concesión queda redactada del siguiente modo:

5. Fuerza mayor.

- 5.1 El Concesionario no será imputable por el retraso de los hitos a que se refiere el numeral 7 del Anexo 1, cuando dicho retraso obedezca a Fuerza Mayor. Fuerza Mayor significará un evento, condición o circunstancia más allá del control razonable y previsible del Concesionario, la cual a pesar de sus esfuerzos razonables para prevenirla o mitigar sus efectos, ocasiona el retraso de los hitos.
- 5.2 Cuando el Concesionario advierta un evento de Fuerza Mayor, deberá informar al Concedente y OSINERGMIN sobre dicho evento dentro de las siguientes setenta y dos (72) horas de haber ocurrido o haberse enterado, según sea el caso; así como el período estimado de restricción de sus actividades y el impacto previsto. Adicionalmente, el Concesionario deberá mantener informados al Concedente y OSINERGMIN sobre el desarrollo del evento.
- 5.3 En el supuesto que una de las Partes no estuviera de acuerdo con la calificación del evento como de Fuerza Mayor o sus consecuencias, puede recurrir al procedimiento de solución de controversias de la Cláusula 8.

Asimismo, se agrega como último párrafo del numeral 7 del Anexo 1 del Contrato de Concesión, el siguiente texto:

Cuando el incumplimiento de los plazos a que se refiere la tabla anterior, obedeciera a acción u omisión del Estado, tales plazos se entenderán extendidos en un período equivalente al del entorpecimiento o paralización. Se entenderá que la acción u omisión del Estado provoca el incumplimiento del plazo respectivo, cuando el entorpecimiento o paralización afectan la ruta crítica de las obras.

Consulta N° 9

De acuerdo al numeral 6.1 del Contrato de Concesión, el Anexo N° 3 estipula penalidades para los supuestos ahí considerados. Empero, todos los supuestos contemplados en dicho Anexo N° 3 se encuentran referidos a incumplimientos o retrasos por parte del Concesionario mas no contempla ningún incumplimiento o retraso por parte del Concedente.

En tal sentido, solicitamos que se incluya dentro de dicho cuadro como supuesto pasible de penalidad por parte del Concedente que el mismo se retrase en la entrega y/o inicio del Contrato de Suministro. Asimismo, se incluya también como otro supuesto pasible de penalidad el retraso en el cumplimiento de la obligación contemplada en el numeral 3.2 del Contrato de Concesión.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

En concordancia con ello, se deberá también, realizar algunos ajustes al procedimiento contemplado para el pago de las penalidades, numeral 6.2 del Contrato de Concesión. De forma tal que se establezca el procedimiento que deberá seguir el Concedente para pagar la penalidad impuesta en el Contrato de Concesión.

Respuesta a la Consulta N° 9

Sugerencias no aceptadas.

Consulta N° 10

De acuerdo con los numerales 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario y el Concedente podrán resolver el Contrato de Concesión si la otra Parte incumpliese una obligación sustancial establecida en el mismo o en las Leyes Aplicables. Sobre el particular, solicitamos que se nos explique qué debe entenderse por obligación sustancial del Contrato o de las Leyes Aplicables.

Respuesta a la Consulta N° 10

Se eliminan del Contrato de Concesión, el inciso f) de la Cláusula 7.2, así como la referencia a dicho inciso y a la Cláusula 7.3 que figuran en la Cláusula 7.5.

Consulta N° 11

De conformidad con el numeral 7.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario podrá resolver el Contrato de Concesión si el Concedente incumpliera una obligación sustancial. Sin perjuicio de lo consultado en la pregunta antecedente, solicitamos se incluya dentro del numeral 7.3, como causal expresa de resolución del Contrato por parte del Concesionario que el Concedente incumpla la obligación de adjudicar al Concesionario un Contrato de Suministro o que éste termine sin culpa del Concesionario antes del Plazo de Suministro.

En ambos casos, adicionalmente se deberá prever el pago de una indemnización al Concesionario ascendente al valor presente de los flujos futuros del Contrato de Concesión (correspondiente al Contrato de Suministro) debidamente descontados.

Respuesta a la Consulta N° 11

Al primer párrafo: se elimina del Contrato de Concesión toda la Cláusula 7.3 (los numerales siguientes serán re-enumerados en la segunda versión de este contrato). Ver también la Respuesta a la Consulta N° 6. Se anota que el Concedente intervendrá en los Contratos de Suministro para garantizar el tratamiento de precios firmes (que sería la única obligación sustancial del Concedente bajo el Contrato de Concesión).

Al segundo párrafo: sugerencia no aceptada.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Consulta N° 12

El numeral 8.3 del Contrato de Concesión establece que las pautas a seguir para la designación del Experto que dilucidará las controversias técnicas. Al respecto, se señala que:

"(...)

En caso que las partes no se pusieran de acuerdo en la designación del Experto, entonces el Experto deberá ser designado por dos personas, cada una de ellas designada por una de las Partes.

(...)"

Sin embargo, se omite señalar el plazo para que las Partes designen a las dos personas que deberán, posteriormente, elegir al Experto. En tal sentido, solicitamos que se precise el plazo correspondiente.

De otro lado, se dispone que, en caso el Experto designado no se considere capacitado para resolver la controversia técnica que le fuere sometida "(...)... se podrá designar a otra Persona en la misma forma para que, a partir de la aceptación del encargo conferido, sea considerada para todo efecto como el Experto.(...)".

Sin embargo, luego de analizar el párrafo antes acotado, no es totalmente claro cual sería el procedimiento a seguir para la designación del nuevo Experto. Por tal motivo, solicitamos que se precise dicho procedimiento.

Respuesta a la Consulta N° 12

El primer y segundo párrafo de la Cláusula 8.3 quedan redactados de la siguiente forma:

Todas y cada una de las Controversias Técnicas que no puedan ser resueltas directamente por las Partes dentro del Plazo de Trato Directo deberán ser sometidas a la decisión final e inapelable de un solo experto en la materia (el "Experto"). El Experto podrá ser un perito nacional o extranjero con amplia experiencia en la materia de la Controversia Técnica respectiva, quien no deberá tener conflicto de interés con ninguna de las Partes al momento y después de su designación como tal.

La designación del Experto se sujetará a las reglas siguientes:

- El Experto será designado por las Partes de mutuo acuerdo dentro de los tres (3) Días posteriores a la determinación de la existencia de una Controversia Técnica.
- En caso que las Partes no se pusieran de acuerdo en la designación del Experto, entonces el Experto deberá ser designado por dos personas, cada una de ellas designada por una de las Partes dentro del plazo de cinco (5) Días posteriores al vencimiento de los tres (3) Días a que se refiere el inciso a) anterior.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

- c) En caso que dichas dos personas no se pusieran de acuerdo en la designación del Experto dentro del plazo de cinco (5) Días siguientes de haber sido designadas, o no fueran designadas dentro del plazo correspondiente, entonces se elegirá al Experto por sorteo de una terna que cualquiera de las Partes podrá solicitar al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el cual deberá satisfacer los mismos requisitos aplicables para el Experto designado por las Partes y resolverá conforme a lo dispuesto en esta cláusula 8.
- d) En caso el Experto seleccionado no se considere capacitado para resolver la Controversia Técnica que le fuera sometida, se podrá designar a otra Persona en la misma forma establecida en los incisos a), b) y c) anteriores, en cuyo caso el plazo de tres (3) Días a que se refiere el inciso a) se computará a partir de la fecha en que ambas Partes sean notificadas por escrito de la declinación del Experto.

Consulta N° 13

El numeral 9.3 del Contrato de Concesión contempla la posibilidad de que el Concesionario transfiera, ceda sus derechos, ceda su posición contractual o haga novación sobre todas o cualquiera de sus obligaciones a derechos, de acuerdo al Contrato de Concesión. Para ello, previamente, deberá contar con el consentimiento escrito del Concedente, el cual no podrá ser negado sin causa razonable.

Sin embargo, no se establece el plazo para que el Concedente se pronuncie al respecto, así como tampoco se establece qué sucedería en caso el Concedente no llegase a pronunciarse sobre tal pedido. En tal sentido, solicitamos que se establezca un plazo prudencial para que el Concedente emita su opinión, y en caso que no se verifique un pronunciamiento expreso, se entienda por aprobado el pedido.

Respuesta a la Consulta N° 13

Se agrega como última oración de la Cláusula 9.3 el texto siguiente:

Si el Concedente no responde la solicitud en treinta (30) Días, la solicitud se entenderá aceptada.

Consulta N° 14

En el Contrato de Concesión no se ha incluido una cláusula de equilibrio económico. Al respecto, debe señalarse que los Contratos de Concesión celebrados previamente por el Estado Peruano en materia de infraestructura eléctrica han incluido cláusulas sobre equilibrio económico financiero. En tal sentido, no incluir la cláusula respectiva en el modelo de contrato bajo comentario rompería la practica habitualmente seguida en el Perú en materia de inversión en infraestructura eléctrica, creando una disparidad en el trato a la inversión sin que exista una motivación para ello.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Dada la naturaleza de los contratos para la construcción y operación de infraestructura de transmisión de electricidad, los mismos que son contratos de largo plazo, resultando imposible predecir las alteraciones que pueden producirse en el tiempo en relación a los aspectos económicos –financieros sobre la base de los cuales tanto los inversionistas como el propio Estado asumieron los compromisos contractuales.

En tal virtud, solicitamos se sirvan incorporar una cláusula que establezca las reglas aplicables a situaciones de desequilibrio económico financiero, para evitar que se incrementen los costos de financiamiento del proyecto y como consecuencia de ello las ofertas económicas de los postores. Para tales efectos, proponemos que se incluya en el Contrato de Concesión una cláusula de equilibrio económico con el siguiente tenor:

"Cada dos (2) años contados a partir de la Fecha de Cierre, y dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de vencido cada tramo de dos (2) años, cuando cualquiera de las Partes considere que el equilibrio económico del Contrato de Concesión se ha visto afectado, como producto de cambios en las Leyes Aplicables, así como en la interpretación o en la aplicación de las mismas o de actos de Autoridad Gubernamental, en relación con aspectos económico-financieros vinculados a: (a) la inversión, explotación u operación de la CH; o (b) la ejecución del Contrato de Concesión, particularmente lo relativo a la percepción del Precio Firme, podrá proponer por escrito y con la necesaria sustentación las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico en la magnitud que tenía en la Fecha de Cierre, tal como se estipula en el Contrato de Concesión. Este derecho podrá ser ejercido automáticamente, sin esperar al cumplimiento del plazo de dos (2) años, en caso de ocurrir variaciones mayores al 5% del Precio Firme adjudicado.

Las Partes se comprometen a efectuar sus mayores y mejores esfuerzos para acordar las modificaciones que hagan posible el restablecimiento del equilibrio económico dentro de un plazo de treinta (30) Días de presentada la propuesta a que hace referencia el numeral precedente. Esta modificación podrá involucrar la variación del Precio Firme.

Si las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de treinta (30) Días mencionado, entonces cualquiera de ella podrá considerar que se ha producido una Controversia No –Técnica y queda facultada a someterla a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Cláusula 8.0. El Laudo Arbitral podrá establecer las compensaciones que se aplicarán para restablecer el equilibrio económico del Contrato, y la oportunidad y condiciones de su aplicación.

Respuesta a la Consulta N° 14

Sugerencia no aceptada. Se repite que el Concedente intervendrá en los Contratos de Suministro para garantizar el tratamiento de precios firmes, siendo este carácter el fundamento de la estabilidad de los ingresos del Concesionario.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

Consulta N° 15

En los contratos de concesión de obras de infraestructura es habitual incluir cláusulas que contemplan derechos especiales para los acreedores garantizados a fin de ofrecerles garantías sobre los recursos que entregan para la financiación del proyecto. Entre esos derechos se encuentran por ejemplo la opción de que los acreedores garantizados cumplan con las obligaciones del Concesionario en caso éste incurriera en incumplimiento, para lo cual el Concedente notifica de tal hecho también a los acreedores garantizados. De igual manera, se incluyen reglas que permiten a los acreedores garantizados vías para ejecutar las garantías que hayan recibido de parte del Concesionario, como por ejemplo la sustitución de ésta en ejecución de la hipoteca sobre la concesión o similares.

Sugerimos se incluyan ese tipo de cláusulas a fin de otorgar mayor fortaleza al Contrato de Concesión de cara a la obtención del financiamiento requerido para el proyecto de modo que ello incida positivamente en los términos del financiamiento y, por ende, en las ofertas económicas de los postores. En tal sentido, en las siguientes líneas proponemos la siguiente redacción:

"Garantías a Favor de las Entidades Financieras

Para cumplir con el objeto del Contrato de Concesión, el Concesionario podrá a) constituir hipoteca sobre su derecho de Concesión en los términos previstos en la Ley N° 26885 siendo la presente autorización aquella a la que se refiere el literal (b) del punto 5.9 de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 156-2001 SUNARP/SL; b) constituir garantía sobre sus ingresos futuros; c) constituir prenda sobre valores que sean de propiedad del Concesionario; d) emitir valores mobiliarios (bonos, títulos, etc.) respaldados con garantías reales; y, e) constituir cualquier otra garantía real o personal permitida por las Leyes Aplicables.

Lo estipulado en el numeral anterior no eximirá al Concesionario de su obligación de cumplir con todas y cada una de las disposiciones del presente Contrato y de las Leyes Aplicables. El Concedente acuerda y conviene que ni las entidades financieras ni cualquier persona que actúe en representación del Concesionario será responsable del cumplimiento de las obligaciones de ésta bajo el Contrato de Concesión o las Leyes Aplicables.

Por medio del presente instrumento, y sujeto a las disposiciones establecidas en las Leyes Aplicables, el Concedente de manera expresa consiente que el Concesionario constituya a favor de los Acreedores de Deuda Garantizada, garantías reales o personales sobre el Contrato de Suministro, el Contrato de Concesión, ingresos futuros por concepto de Precio Firme y otros activos relacionados, así como, sobre cualquier otro bien o derecho del Concesionario, siempre que los recursos que se obtengan sean destinados únicamente al desarrollo de la Concesión, y los correspondientes contratos contengan cláusulas que garanticen la continuidad de la prestación del suministro en el supuesto de ejecución de garantía. El Concesionario remitirá al Concedente, copia de los contratos que se suscriban en aplicación de esta Cláusula dentro de los quince (15) Días de su suscripción.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD

El Concesionario informará al Concedente sobre las operaciones crediticias y/o financieras, tanto en el mercado nacional como internacional, que constituyan Deuda Garantizada y le entregará copia de los contratos respectivos con los acreedores. Asimismo informará al Concedente semestralmente respecto de los saldos deudores con cada entidad financiera acreedora con la que mantuviera deudas calificadas como Deuda Garantizada. De la misma manera, el Concesionario informará al Concedente el nombre y los datos de los representantes de los acreedores del Concesionario con Deuda Garantizada (el "Representante")

Si el Concesionario lo solicita, el Concedente enviará al Representante copia de las comunicaciones cursadas por el Concedente al Concesionario. Sin embargo, de suscitarse hechos que pudieran ocasionar la Caducidad de la Concesión, el Concedente se obliga a informar de los mismos al Representante, sin necesidad de aprobación del Concesionario. El Concedente otorgará en doble ejemplar, entregado por el Concesionario, el cargo de recepción de cada notificación que le dirija en relación a operaciones de Deuda Garantizada.

Los acreedores del Concesionario con Deuda Garantizada, a que se refiere el Numeral (párrafo 3), podrán solicitar al Concedente la sustitución del Concesionario por consideraciones financieras o de otra índole, si el Concesionario no puede cumplir con las obligaciones de este Contrato de acuerdo con lo que se establezca en los contratos de financiamiento. A los efectos de tal sustitución, los Acreedores de Deuda Garantizada propondrán al Concedente una o más empresas con las calificaciones técnicas que cumplan los requisitos de precalificación de la Licitación para asumir la posición contractual del Concesionario y garantizar la continuidad de la operación.

El Concedente se reserva el derecho de no aceptar a cualquiera de las entidades sustitutas propuestas. Dicha aceptación no será negada si la o las entidad(es) sustituta(s) propuestas(s) cumplen(n) con los requisitos técnicos, financieros, legales y otros estipulados en el Anexo 3 de las Bases, sin perjuicio de lo previsto en las Leyes Aplicables en materia de antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico. El Concedente tendrá un plazo máximo de noventa (90) días para pronunciarse respecto a la sustitución propuesta por los Acreedores de Deuda Garantizada.

El Concedente se compromete a enviar una notificación escrita a los Acreedores de Deuda Garantizada, antes de suscribir alguna enmienda o modificación al Contrato de Concesión, en tanto dicha enmienda o modificación afecten la posición de los Acreedores de Deuda Garantizada en el presente Contrato".



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Agencia de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LA UNIÓN NACIONAL FRENTE A LA CRISIS EXTERNA"

**LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA ENTREGA DE CONCESIONES
DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESTINADA AL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD**

Respuesta a la Consulta N° 15

Sugerencias no aceptadas. La Concesión no tiene bienes, el Concesionario no tiene que entregar la CH al vencimiento de la Concesión y los ingresos por los Contratos de Suministro no son ingresos de la Concesión. Por consiguiente, carecen de utilidad las autorizaciones y compromisos habitualmente considerados en una cláusula de "garantías para los acreedores financieros".

Consulta N° 16

El régimen de Fuerza Mayor señalado en la Cláusula 5.0, ¿es aplicable para todas las obligaciones del Concesionario, incluyendo las contempladas en las Leyes Aplicables?

Se realiza esta consulta, en vista de que la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE), regula ciertos plazos en los que el concesionario debería informar a OSINERGMIN de la ocurrencia de algún evento de fuerza mayor que haya ocasionado transgresiones a la NTCSE.

Respuesta a la Consulta N° 16

Ver respuesta a la Consulta N° 8.

Atentamente,


Patrick Barclay Méndez
Miembro del Comité de PROINVERSIÓN
en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos