



ProInversión

Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Perú

CONCURSO PÚBLICO INTERNACIONAL EN LA MODALIDAD DE PROYECTO INTEGRAL PARA LA ENTREGA EN CONCESIÓN DE LAS LÍNEAS DE TRANSMISIÓN MANTARO- CARAVELÍ-MONTALVO Y MACHUPICCHU-COTARUSE

CIRCULAR N° 02

03 de Diciembre del 2007

- I.- El Comité Especial de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos, absuelve las consultas y sugerencias formuladas por diversos Adquirentes, en los términos siguientes:

A. CONSULTAS Y SUGERENCIAS A LAS BASES

Consulta N° 1

1.2 Definiciones

Definición 1.2.9: Se ha hecho una precisión legal respecto a que el Concedente es el Estado peruano, representado por el Ministerio de Energía y Minas. Ello es concordante con lo señalado en la definición 1.2.10.

Nueva Definición: Solicitamos se incorpore, como definición de "Fecha de Cierre", el siguiente párrafo:

"Es el día establecido en las Bases, en que se cumplen todos y cada uno de los requisitos señalados en el numeral 5 de las Bases y a partir de la cual empieza a computarse el plazo de vigencia del Contrato de Concesión."

La precisión obedece a que se han presentado, en más de una oportunidad, observaciones por parte de los Registradores Públicos a cargo de la inscripción de los Contratos de Concesión o de las Hipotecas correspondientes respecto a la necesidad de acreditar la oportunidad exacta de la Fecha de Cierre, a efectos de determinar el plazo de la Concesión.

Respuesta a la Consulta N° 1

Ver Cláusula 1.4.j) del Contrato.

Consulta N° 2

5.1 Requisitos para la Fecha de Cierre

- a) La Fecha de Cierre es la oportunidad en la cual se verifica el cumplimiento de las condiciones necesarias para que las partes se encuentren habilitadas para suscribir el Contrato de Concesión. Dichas condiciones deben ser cumplidas tanto por el Concesionario como por el Concedente y corresponden a obligaciones que son indispensables para la firma del Contrato, para su ejecución o para que el Concesionario goce de determinados beneficios que le otorga el marco legal aplicable a las concesiones de obras públicas de infraestructura.





En ese sentido, sugerimos que se agregue al numeral 5 los siguientes requisitos a ser cumplidos por el Concedente, los cuales son estándar en este tipo de concursos:

- El Concedente debe acreditar que el representante legal del Estado se encuentra debidamente autorizado;
- El Concedente debe hacer entrega del Contrato de Concesión debidamente firmado;
- El Concedente debe devolver la Garantía de Validez, Vigencia y Seriedad de la Oferta Económica entregada por el Concesionario y demás postores al presentar sus ofertas;
- El Concedente debe entregar una copia certificada del decreto supremo mediante el cual se autoriza al Estado a otorgar la garantía del Estado en respaldo de las obligaciones y garantías del Concedente, estipuladas en el Contrato de Concesión. Ello en el marco del artículo 4° de la Ley N° 26885 y del artículo 2° del Decreto Ley N° 25570, modificado por el artículo 6° de la Ley N° 26438.
- El Concedente debe entregar una copia firmada del contrato de garantía suscrito en el marco del artículo 4° de la Ley N° 26885 y del artículo 2° del Decreto Ley N° 25570, modificado por el artículo 6° de la Ley N° 26438.

b) Por otro lado, en relación con los demás requisitos contemplados en las Bases, tenemos los siguientes comentarios:

- Sugerimos que el Contrato de Concesión no considere la intervención del Operador Precalificado.

Todas las obligaciones del Contrato de Concesión deben ser asumidas única y exclusivamente por la Sociedad Concesionaria, en ese sentido, el Operador Precalificado responderá por el límite de su aporte en el capital de la sociedad. A su vez, debe tenerse en cuenta que el Concedente se encuentra suficientemente respaldado por la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y con la posibilidad de declarar la caducidad de la Concesión en caso de incumplimiento de las obligaciones del Operador Precalificado.

Es estándar en las concesiones otorgadas en el marco del Decreto Supremo N° 059-96-PCM que el Operador contrate directa, única y exclusivamente con la Sociedad Concesionaria, asumiendo esta última frente al Concedente toda la responsabilidad por el cumplimiento de las tareas u obligaciones señaladas para el Operador.

Por lo antes señalado, sugerimos la eliminación de dicho requisito, establecido en los numerales 5.1.1. y 5.1.5.

- Por otro lado, sugerimos eliminar el requisito de acreditar el capital social mínimo en la Fecha de Cierre y posponer dicha acreditación para una oportunidad posterior, la cual se ha denominado Fecha de Vigencia de las Obligaciones, tal y como se expondrá en la sección correspondiente a los comentarios del Contrato.

La idea de establecer dicha obligación luego de la Fecha de Cierre es dar un plazo flexible para que el Concedente pueda realizar los actos necesarios para suscribir con el concesionario y sus accionistas los correspondientes convenios de estabilidad jurídica. Una vez suscritos se estará en condiciones de realizar un aumento en el capital social que pueda ser acreditado como inversión estabilizada.

De exigir dicho requisito antes de suscritos los convenios de estabilidad jurídica, el capital mínimo no podrá calificar como inversión para efectos de dicho convenio.





- Por otro lado, en caso se insista en la necesidad de contar con una constancia que acredite que los accionistas de la Sociedad Concesionaria no se encuentran inhabilitados para contratar con el Estado, el numeral 5.1.5 debería permitir, alternativamente, la presentación de una declaración jurada conforme a un formato preestablecido sin necesidad de contar con una constancia de CONSUCODE. Dicha solicitud obedece a que CONSUCODE únicamente puede emitir este tipo de constancias respecto de empresas previamente registradas ante tal entidad, lo cual no ocurre en el caso de empresas que no han operado o contratado previamente con el Estado en el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, marco legal distinto al que regirá el Contrato de Concesión.
- c) Finalmente, en relación con este punto sugerimos que se incorpore una fórmula más flexible que permita que en caso sea imposible cumplir con las condiciones de la Fecha de Cierre, las partes puedan acordar una prórroga. Ello, sin perjuicio de mantener la disposición referida a que el incumplimiento del Concesionario puede generar la ejecución de la garantía de validez, vigencia y seriedad de la oferta.

Respuesta a la Consulta N° 2

Respuestas al acápite a):

- A la primera viñeta: Ver literal g) de la Cláusula 1.1 del Contrato, y los Artículos 6.k) y 10.j) del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas.
- A la segunda viñeta: La firma del Contrato precede a su entrega a las partes.
- A la tercera viñeta: Ver último párrafo del numeral 5.1 de las Bases.
- A la cuarta y quinta viñetas: ProInversión solicitará al Poder Ejecutivo el otorgamiento de la garantía referida en la consulta. Será suscrita en la Fecha de Cierre.

Respuestas al acápite b)

A la primera viñeta: El Operador Calificado (denominado "Operador Técnico" en el Contrato), no es parte del Contrato (ver el exordio del Contrato). Los numerales 5.1.1 y 5.1.5 de las Bases, no establecen que el Operador Calificado será parte del Contrato. La suscripción del Pliego de Firmas antes de la Fecha de Cierre (para presentar sobres 1 y 2), por parte del Operador Técnico, confirma frente a los demás que éste conoce los términos del Contrato cuyas operaciones técnicas quedarán a su cargo.

A la segunda viñeta: Sugerencia no aceptada.

A la tercera viñeta: Ver numeral 4 del acápite II de la presente Circular.

Respuesta al acápite c)

Ver numerales 1.3.1 y 1.3.2 de las Bases.

Consulta N° 3.

6.3 Informe de Contraloría

Sugerimos eliminar la referencia al informe de la Contraloría, toda vez que se trata de un proyecto que se encuentra fuera de las competencias de la Contraloría. En efecto, el Contrato de Concesión no involucra ninguna operación de fianza, aval u otras garantías a ser otorgadas por el Estado, por lo que no se compromete su crédito o capacidad financiera.

Respuesta a la Consulta N° 3.

Las Bases consignan el numeral en cuestión a raíz de una directiva interna de aplicación general (estándar).





Consulta N° 4.

Garantías de Impugnación

Se sugiere modificar la redacción de las garantías de impugnación a efectos de evitar su ejecución en aquellos supuestos en los que se decida apelar la decisión. El objetivo es que dicha garantía únicamente pueda ejecutarse cuando se cuente con una decisión administrativa consentida o inapelable, ya que de lo contrario se estaría restringiendo el derecho constitucional de defensa de los postores.

Respuesta a la Consulta N° 4

Sugerencia no aceptada. Ver Numeral 4.3.4 de las Bases.

Consulta N° 5.

Carta de Presentación de la Oferta y Oferta Económica

Respecto a la oferta económica, sugerimos especificar que estará constituida por el Costo Total, el cual estará compuesto tanto por el Monto de Inversión como por los Costos de Operación y Mantenimiento (COyM).

Asimismo, en aras de la transparencia y para facilitar la comparación entre las ofertas, sugerimos que el factor de competencia sea exclusivamente el Monto de Inversión y que los COyM se fijen como una cantidad equivalente al 3% de dicho Monto de la Inversión, tal y como ocurre en varios contratos BOOT de transmisión vigentes. Debe tenerse en cuenta que el propio OSINERGMIN está reconociendo, en la regulación tarifaria en proceso de implementación, que los COyM deben ser un porcentaje de la inversión.

Respuesta a la Consulta N° 5.

Al primer párrafo: Ver numerales 1 y 2 del acápite I del Anexo 2 de las Bases.

Al segundo párrafo: Sugerencia no aceptada. Según la Ley N° 28832 tanto la inversión como O&M son valores que deben resultar de la licitación.

B. CONSULTAS Y SUGERENCIAS A LA PRIMERA VERSION DEL CONTRATO

Consulta N° 6.

Numeral 1.4.f)

Se indica que existirá Destrucción Total cuando se provoquen daños a las Líneas de Transmisión estimados en 50% o más del Valor Contable de ambas Líneas.

Consideramos que es demasiado alto el porcentaje considerado para calificar la Destrucción Total. En todo caso, debería ser el 50% del Valor Contable de cualquiera de las Líneas de Transmisión, permitiéndose que pueda resolverse el Contrato respecto de la Línea de Transmisión involucrada.

Respuesta a la Consulta N° 6.

Se responden aquí las Consultas N° 6, 19, 36, 99, 100, 112 y 138 (todas relativas a "Destrucción Total"), en los términos siguientes:

1. La definición de Destrucción Total incluida en la Cláusula 1.4 del Contrato, queda redactada del siguiente modo: *Aquella (...) daños a cualquiera de las Líneas Eléctricas, estimados en cincuenta por ciento (50%) o más del Valor Contable de la línea afectada.*





2. El inciso c) de la Cláusula 7.2 del Contrato, queda redactado del siguiente modo:

En caso de Destrucción Total, el beneficiario de la póliza será el Concedente. La compañía aseguradora pagará los beneficios de las pólizas respectivas entregándolos directamente a un fiduciario que el Concedente contratará al producirse la terminación del Contrato.

3. Se elimina de la Cláusula 7.3 la última oración (*Si califica, el Concedente evaluará...*).

4. La Cláusula 12.13 del Contrato queda redactada en la siguiente forma:

En caso de Destrucción Total se procederá del siguiente modo:

- a) *Las Partes evaluarán la conveniencia técnica y económica de restaurar los daños y los términos y condiciones en que se efectuaría la reconstrucción y la reanudación del Servicio.*
 - b) *El Contrato quedará terminado automáticamente si transcurriesen sesenta (60) Días desde que se produjo la Destrucción Total, sin que las partes se hubieran puesto de acuerdo conforme al literal anterior. El Contrato terminará solamente respecto de la Línea Eléctrica afectada.*
 - c) *Los beneficios recibidos de los seguros serán considerados como "el producto de la licitación" a los efectos de la Cláusula 12.11, y el fiduciario a que se refiere la Cláusula 7.2.c) pagará las deudas de la Concesión relativas a la Línea Eléctrica involucrada, siguiendo el orden establecido en la Cláusula 12.11.*
5. Se elimina de la Cláusula 12.3 la expresión "se produjese la Destrucción Total o si".
6. La Cláusula 12.5 queda redactada del siguiente modo: *Cualquiera de las Partes podrá resolver el Contrato si se presentara un evento de Fuerza Mayor y éste o sus efectos no pudieran ser superados pese a haber transcurrido doce (12) meses continuos desde que se inició el evento.*

Consulta N° 7

Numeral 1.4.m)

Sugerimos uniformar los conceptos y las definiciones. Mientras que en esta versión del Contrato se hace referencia a MI1 y MI2, en las Bases se hace referencia a CTL1 y CTL2.

Respuesta a la Consulta N° 7.

- El título del Formulario 4-A de las Bases será: "Desagregado de CTL1 y CTL2".
- Se agrega en el Contrato el Anexo 6, cuyo título tendrá el tenor siguiente:

Anexo 6

Desagregado de CTL1 y CTL2

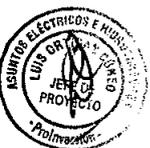
(Formulario 4-A de las Bases)

Asimismo, se agrega en el Índice del Contrato: "6. Desagregado de CTL1 y CTL2".

- Se elimina el literal m) de la Cláusula 1.4 del Contrato.

Consulta N° 8.

Numeral 2.1.d)





Las declaraciones previstas en este Numeral se extienden también respecto de "...cualquier socio principal..." de la Sociedad Concesionaria o del Operador Técnico. Es necesario precisar los alcances de la expresión "socio principal" respecto de la que no existe definición en el Contrato o en las Bases. Consideramos que debería indicarse que las referidas declaraciones deberían comprender a cualquier socio que ejerza Control Efectivo, conforme este término en definido en las Bases.

Respuesta a la Consulta N° 8.

Se inserta en la Cláusula 1.4 del Contrato la siguiente definición:

Socio Principal: Es cualquier persona que ostenta el Control Efectivo de la Sociedad Concesionaria o el Operador Técnico.

Consulta N° 9.

Numeral 2.3

Debe eliminarse la discrecionalidad del Concedente para aceptar un cambio en el Operador Técnico. El cambio debe ser automático en la medida que el nuevo Operador Técnico cumpla con los requisitos exigidos por las Bases. En tal sentido el texto de este Numeral debería disponer:

"...A solicitud de la Sociedad Concesionaria el Concedente aceptará que el Operador Técnico sea reemplazado por otra Persona, antes de diez (10) años, siempre que dicha Persona cumpla con los requisitos financieros, técnicos y legales previstos en las Bases. Si el Concedente no responde la solicitud...."

Respuesta a la Consulta N° 9

La Cláusula 2.3 queda redactada como sigue:

*(...) el Concedente **aceptará** (...) dicha persona **cumpla los requisitos mínimos de precalificación previstos en las Bases del Concurso.** Si el Concedente no responde (...).*

Consulta N° 10.

Numeral 3.4

Es necesario que se detallen los terrenos que deberán ser entregados por el Concedente para la instalación de estaciones nuevas y/o de estaciones contiguas a las ya existentes y/o de los terrenos en que se realizarán las ampliaciones de estaciones existentes operadas por terceros. Entendemos que sobre esos terrenos se establecería un derecho de superficie a favor de la Sociedad Concesionaria a efectos de que pueda cumplir con la condición de ser propietaria de los Bienes de la Concesión.

Respuesta a la Consulta N° 10.

El Concedente no identificará los terrenos necesarios, ni los entregará o establecerá derechos de superficie sobre los mismos. Se agrega un segundo párrafo en la Cláusula 4.1 del Contrato, con el tenor siguiente:

El Concedente impondrá las servidumbres que sean requeridas de acuerdo a lo establecido en las Leyes Aplicables, pero no asumirá los costos incurridos para obtener dichas servidumbres. Asimismo, de ser requerido por la Sociedad Concesionaria, el Concedente hará sus mejores esfuerzos para que aquélla acceda a instalaciones de terceros, y coadyuvará en la obtención de los permisos y licencias municipales, en caso que éstos no fueran otorgados en el tiempo debido a pesar de haberse cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables.





Consulta N° 11.

Numeral 4.1

Debe agregarse la obligación del Concedente de colaborar con la Sociedad Concesionaria a fin de que ésta pueda obtener la concesión definitiva de transmisión eléctrica, así como la imposición de servidumbres, así como la obligación de otorgar dicha concesión definitiva y establecer las servidumbres, siempre que la Sociedad Concesionaria cumpla con los requisitos previstos en las Leyes Aplicables.

En este mismo numeral también debe preverse la posibilidad que el Concedente u otras dependencias del Estado que resulten competentes, puedan otorgar derechos de uso a favor de la Sociedad Concesionaria sobre predios de su propiedad o bajo su administración.

Respuesta a la Consulta N° 11.

Ver Respuesta a Consulta N° 10.

Consulta N° 12.

Numeral 4.2

Es necesario precisar qué se entiende por equipos y materiales de "tecnología apropiada" para la prestación del servicio.

Respuesta a la Consulta N° 12.

Se elimina de la cláusula 4.2 del Contrato la expresión "de tecnología apropiada para la prestación del Servicio".

Consulta N° 13.

Numeral 4.3

Aún cuando por Circular deben precisarse los meses para la Puesta en Operación Comercial de las Líneas de Transmisión, es necesario que en este numeral se prevea (i) que la LT. Machupicchu será ejecutada en dos etapas, por lo que (ii) cada etapa debe tener un plazo y momento propio para su Puesta en Operación Comercial. Esta precisión también debe considerarse a efectos de la aplicación del beneficio de Recuperación Anticipada del impuesto general a las ventas, conforme a lo indicado en el punto 46 de esta comunicación.

Respuesta a la Consulta N° 13.

La Cláusula 4.3.a) queda redactada del siguiente modo:

a) *L.T. Mantaro-Caraveli-Montalvo: ___ meses.*

Proinversión está a la espera de una definición de MINEM sobre si habrá un desfase temporal en la ejecución de los circuitos de la LT Machupicchu - Cotaruse. Cuando Proinversión conozca la definición, se remitirá una Circular que incluirá la redacción de 4.3.b) y ajustes en otras partes del Contrato que pudieran eventualmente resultar necesarios.

Consulta N° 14.

Numeral 5.2

Para no retrasar las pruebas de verificación, debe establecerse un plazo para que el Concedente proponga a la Sociedad Concesionaria la lista de la cual se escogerá al Inspector. Una demora en la presentación de esta lista retrasará el inicio de la Puesta en Operación Comercial.





En tal sentido sugerimos se precise que la lista de cinco empresas de reconocido prestigio será entregada por el Concedente a más tardar a los veinticuatro meses de la Fecha de Cierre, quedando facultada la Sociedad Concesionaria a elegir al Inspector, en caso no recibiera la mencionada lista en el plazo antes indicado.

De otro lado, tomando en cuenta que OSINERGMIN debe estar presente en las pruebas previas a la operación comercial, así como que será quien emita el respectivo informe final, es necesario incluir en este numeral que la eventual ausencia del Inspector (motivada por cualquier motivo incluyendo, pero no limitándose a, la falta de pago de sus honorarios por parte del Concedente) no impedirá la realización de las respectivas pruebas.

Respuesta a la Consulta N° 14

La Cláusula 5.2 queda redactada del siguiente modo:

"El Inspector será elegido por el Concedente de una lista de cinco (5) empresas de reconocido prestigio aceptada por el Concedente, que debe proponer la Sociedad Concesionaria en el plazo de veinticuatro (24) meses contado a partir de la Fecha de Cierre. Los honorarios del Inspector serán por cuenta de la Sociedad Concesionaria."

Consulta N° 15.

Numeral 5.4

Sírvanse precisar si el Concedente entregará algún Bien de la Concesión a la Sociedad Concesionaria en la Fecha de Cierre. Nuestro entendimiento es que no habrá entrega alguna, pues los terrenos y cualquier otro derecho que deberá entregar el Concedente a la Sociedad Concesionaria para posibilitar la construcción y el desarrollo de este Contrato, deberían ser entregados cuando corresponda conforme al cronograma de actividades que debe entregar la Sociedad Concesionaria conforme a lo previsto en el Numeral 4.5 del Contrato.

También será necesario precisar en este Numeral que el Concedente será responsable por cualquier situación, acto o hecho que afecte de cualquier forma a cualquier Bien de la Concesión que entregue a la Sociedad Concesionaria y que se hubiera originado antes de dicha entrega, aún cuando sus efectos se presenten luego de ella.

Asimismo, debe precisarse que la indemnidad aplicable conforme a este Numeral no procederá en caso que los daños fueran causados por el Concedente, Autoridades Gubernamentales y/o por Personas contratadas por cualquiera de ellos.

Respuesta a la Consulta N° 15.

Al primer párrafo: Ver Respuesta a la Consulta N° 10.

Al segundo párrafo: Ver Respuesta a la Consulta N° 10.

Al tercer párrafo: Se agrega al final de la Cláusula 5.4 el tenor siguiente:

(...) respecto de los Bienes de la Concesión o la prestación del Servicio, excepto en caso que los daños o perjuicios sean causados por el Concedente, su personal, representantes o agentes.

Consulta N° 16.

Numeral 5.6

Debe sustituirse la referencia a "situaciones de emergencia o crisis" por la de eventos de Fuerza Mayor, a fin de emplear conceptos que están regulados por el Contrato.





Además, no es aceptable supeditar la aplicación de este Numeral a una decisión o declaración de la Autoridad Gubernamental.

Cabe mencionar que el manejo operativo de este tipo de situaciones está regulado por los procedimientos existentes del COES.

Es necesario revisar este Numeral y toda la regulación de la Fuerza Mayor en este Contrato (considerando, por ejemplo lo mencionado en los puntos 20 y 21 de esta comunicación) a fin de efectuar las precisiones del caso y que la Sociedad Concesionaria tenga claridad respecto del alcance de sus obligaciones y derechos.

Respuesta a la Consulta N° 16

La Cláusula 5.6 queda redactada del siguiente modo:

(...) o crisis, la Sociedad Concesionaria seguirá prestando (...).

Consulta N° 17

Numeral 6.1.b)

Se prevé la eventual cesión de la posición contractual de la Sociedad Concesionaria, en aquellos contratos que hubiera celebrado con terceros, a criterio del Concedente.

Sugerimos indicar que ello procederá en la medida que el tercero acepte dicha cesión de posición contractual.

Respuesta a la Consulta N° 17

La Cláusula 6.1. b) exige que los contratos incluyan el consentimiento anticipado de los terceros para que la cesión opere.

Consulta N° 18

Numeral 6.1.b) y 6.2

Señalan que el Concedente también podrá, a su solo criterio, dar por terminados los contratos vinculados con el financiamiento de las Líneas de Transmisión.

Esta disposición es inaceptable e impide el financiamiento del proyecto. Si el Concedente puede dar por terminado el contrato de financiamiento, también daría por terminadas las garantías derivadas de la Concesión, lo que genera un riesgo inadmisibles para cualquier entidad financiera. Tal como lo señalamos en el punto 16 de esta comunicación, es indispensable revisar y modificar todas las secciones del Contrato relativas al financiamiento.

Respuesta a la Consulta N° 18

Se elimina del Contrato la Cláusula 6.2.

La Cláusula 6.3 se re-enumera como 6.2, y queda redactada del siguiente modo: (...) refiere la cláusula 6.1, diez (...).

Consulta N° 19

Numeral 7.3

Debe eliminarse de este Numeral la mención a que en caso de Destrucción Total, el Concedente evaluará y decidirá si continua el Servicio o si resuelve el Contrato, toda vez que ello contradice lo previsto en el Numeral 12.5.b) del Contrato.





Respuesta a la Consulta N° 19

Ver Respuesta a la Consulta N° 6.

Consulta N° 20.

Numeral 8. Régimen Tarifario

Con la finalidad de poder contar con dos rondas de sugerencias, solicitamos que tan pronto se cuente con la redacción de este Numeral, éste sea puesto en conocimiento de los postores para sugerencias, sin que sea necesario esperar la entrega del segundo proyecto de Contrato.

Respuesta a la Consulta N° 20

Sugerencia aceptada.

Consulta N° 21.

Numeral 9.1

Sírvanse confirmar nuestro entendimiento respecto de que corresponde exclusivamente a la Sociedad Concesionaria la decisión acerca de la modalidad de financiamiento a emplear lo que incluye, pero no se limita, a la posibilidad de emplear el leasing.

Respuesta a la Consulta N° 21

No puede emplearse el leasing (Ver Cláusula 3.4 del Contrato).

Consulta N° 22

Numeral 9.2.d)

El Contrato presenta serias deficiencias respecto del financiamiento que será necesario que tome la Sociedad Concesionaria para posibilitar la construcción de las Líneas de Transmisión. Como se aprecia de los comentarios contenidos en los puntos 13, 17, 18, 19, 20, 21, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 42, 43, 44, entre otros, de esta comunicación, el Contrato contiene disposiciones que no hacen bancable este proyecto y que hacen indispensable revisar y modificar íntegramente los aspectos relacionados con el financiamiento del este Contrato.

En ese sentido, el Numeral 9.2.d) debe ser eliminado del Contrato. En efecto, ninguna entidad financiera internacional o local aceptaría garantías derivadas de este Contrato, tales como la hipoteca del derecho a la concesión o la cesión de los flujos del proyecto si los derechos derivados de esas garantías se extinguen o se levantan a pedido del Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 22.

Ver Cláusula 9.3.b) del Contrato y Respuesta a la Consulta N° 39. Considerar también la prioridad reconocida a los acreedores por la Cláusula 12.11.a).





Consulta N° 23.

Numeral 9.3.b)

Es necesario ampliar los alcances de esta disposición para prever que (i) los acreedores podrán cumplir las obligaciones a cargo de la Sociedad Concesionaria, provenientes del Contrato o del contrato de concesión definitiva de transmisión, con la finalidad de mantener vigente el Contrato y sin que ello implique que los acreedores asuman la responsabilidad que corresponde a la Sociedad Concesionaria; (ii) los acreedores, directamente o a través de terceros que ellos contraten para el efecto, podrán tomar la ejecución del Contrato y del contrato de concesión definitiva de transmisión durante el plazo que medie entre su decisión de sustituir a la Sociedad Concesionaria y la selección de un nuevo concesionario; (iii) el Concedente no podrá caducar o resolver el Contrato en la medida que previamente no hubiera otorgado a los acreedores el derecho a satisfacer la obligación incumplida del Concesionario y/o cuando los acreedores hubieran iniciado un procedimiento encaminado a asumir temporalmente la ejecución del Contrato o a sustituir a la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 23.

Sugerencias no aceptadas. Ver Cláusula 9.3.a).

Se agrega una oración final en el literal a) de la Cláusula 9.3 con el tenor siguiente:

Los acreedores indicarán al Concedente las comunicaciones cursadas a la Sociedad Concesionaria cuya copia solicitan.

Consulta N° 24.

Numeral 9.3.c)

Se prevé que los acreedores tendrán derecho a recibir las sumas de dinero a que hubiera lugar, luego de la licitación de la Concesión.

Esta es otra disposición que hace inviable el financiamiento y este proyecto. Ninguna entidad financiera, internacional o local, otorgará recursos si no tiene certeza respecto del retorno de los mismos. Obsérvese que la finalización de la concesión puede deberse a incumplimiento del Concedente o a eventos de Fuerza Mayor o por Destrucción Total y, en cualquiera de esos casos, no solo se supedita la cobranza del acreedor a una decisión del Concedente (como es si licitará o no nuevamente la Concesión) si no a hechos de terceros (la existencia de postores y la adjudicación de la Concesión) en situaciones como las mencionadas, en las que es sumamente discutible si será posible entregar nuevamente la Concesión.

Es necesario que en este Numeral se indique con precisión que los acreedores siempre obtendrán el pago de los financiamientos otorgados como Deuda Garantizada, ya sea con cargo a la referida licitación o, en el peor de los casos, mediante pago directo del Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 24.

Sugerencia no aceptada. Asimismo, ver Respuesta a la Consulta N° 39, y considerar la prioridad reconocida a los acreedores por la Cláusula 12.11.a).

Consulta N° 25.

Numeral 10.1. a) y b) y 10.2

Se establecen dos conceptos distintos para la Fuerza Mayor. De un lado se dispone que lo será un evento, condición o circunstancia más allá del control razonable y previsible de la Parte que la invoca, concepto que solamente es aplicable para la Puesta en Operación Comercial según se prevé en el Numeral 10.2, mientras que para cualquier otra obligación prevista en el Contrato será aplicable el concepto previsto en el Código Civil.





Este último concepto es antiguo e inadecuado para las circunstancias actuales, en donde bien puede afirmarse que existen pocos eventos que no sean previsibles (como el fenómeno del Niño, por ejemplo). Tomando esto en cuenta, así como la necesidad de contar con reglas claras y adecuadas a las circunstancias actuales, es necesario que (i) se adopte un solo concepto de Fuerza Mayor aplicable para el Contrato y que (ii) sea el concepto previsto en el Numeral 10.2, el mismo que deberá ser aplicable para cualquier obligación prevista en el Contrato.

Además, también es necesario precisar los efectos de la Fuerza Mayor sobre el Contrato, en particular con lo relativo al cómputo de su plazo de vigencia, el que debería quedar suspendido en tanto se produzcan los efectos del evento de Fuerza Mayor, a fin de reanudarse una vez que dichos efectos desaparezcan.

Respuesta a la Consulta N° 25

1. La Cláusula 10.1 queda redactada como sigue: Ninguna (...) su debido cumplimiento.

(Se elimina desde "Para fines...")

2. La Cláusula 10.2 queda redactada del siguiente modo:

Fuerza Mayor significará un evento, condición o circunstancia más allá del control razonable y previsible de la Parte que la invoca, la cual a pesar de los esfuerzos razonables de la Parte que invoca Fuerza Mayor para prevenirla o mitigar sus efectos, causa el incumplimiento de una obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

3. La Cláusula 10.6 del Contrato queda redactada del siguiente modo:

Sin perjuicio de la obligación de la Sociedad Concesionaria de presentar al Concedente la información a que se refiere la Cláusula 10.4, la evaluación de la variación temporal de las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor o caso fortuito, se regirá por las directivas aprobadas con tal fin por OSINERGMIN y las Leyes Aplicables.

La investigación, asignación de responsabilidades, determinación y pago de compensaciones, revisión o impugnación, así como cualquier otro asunto relativo a la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos y sus normas complementarias, se regirá por lo dispuesto por dicha Norma, sus normas complementarias y las Leyes Aplicables.

En ambos casos, son inaplicables las Cláusulas 10.2, 10.5 y 13.

Consulta N° 26.

Numerales 10.4 y 10.5

Entendemos que esta regulación se aplicaría a la relación contractual entre el Concedente y la Sociedad Concesionaria. Como lo señalamos anteriormente, se trata de un procedimiento paralelo al de calificación de situaciones de fuerza mayor por parte de OSINERGMIN. El contar con dos procedimientos paralelos, aplicables a un mismo hecho, además de generar innecesaria burocracia y mayores gastos para la Sociedad Concesionaria, puede conducir a soluciones contradictorias (una contractual y una regulatoria) respecto de un mismo evento. Debe precisarse que sucede en estos supuestos.

Respuesta a la Consulta N° 26

Ver Respuesta a la Consulta N° 25.

Consulta N° 27.

Numeral 10.7





Las penalidades sólo deben aplicarse en la medida que el atraso en el inicio de la Puesta en Operación Comercial se deba a causas imputables a la Sociedad Concesionaria. Debe quedar claro que la Sociedad Concesionaria no será responsable por eventos de Fuerza Mayor o por causas imputables al Concedente, Autoridades Gubernamentales y/o terceros.

Respuesta a la Consulta N° 27

La cuantificación anticipada del pago (10.7 ó 10.8), no implica que se prescinda del análisis de imputabilidad/responsabilidad (Cláusula 10.1.).

Consulta N° 28.

Numeral 10.9.b)

En la línea de lo indicado en el punto anterior, debe eliminarse este Numeral, o modificar su redacción, a fin de evitar que se interprete que la Sociedad Concesionaria responderá en cualquier caso, incluso ante eventos de Fuerza Mayor. La redacción actual permite entender que el Concesionario será responsable cuando no haya dolo o culpa ("con prescindencia de dolo o negligencia grave") que son los factores atributivos de responsabilidad contractual.

Respuesta a la Consulta N° 28

La Cláusula 10.9 queda redactada del siguiente modo:

Los supuestos de incumplimiento a que se refieren las cláusulas 10.7 y 10.8, provocarán la obligación de pagar la sanción respectiva, sin que haga falta una intimación previa. El pago de la sanción a que se refiere la cláusula 10.7, no comporta la liberación de la Sociedad Concesionaria de la obligación de cumplir la obligación respectiva.

Consulta N° 29.

Numeral 10.9.c)

Se prevé que la aplicación de las sanciones ahí previstas no libera a la Sociedad Concesionaria de cumplir con las obligaciones contenidas en los numerales 10.7 y 10.8 del Contrato.

El Numeral bajo comentario no debe aplicar respecto de la obligación prevista en el numeral 10.8 del Contrato, toda vez que la verificación del cumplimiento de la misma se realiza luego de la Puesta en Operación y, eventualmente, podría suponer que la Línea de Transmisión involucrada debiera dejar de operar temporalmente.

Respuesta a la Consulta N° 29.

Ver Respuesta a la Consulta N° 28.

Consulta N° 30.

Numeral 10.10.a) y c)

Considerando que la eventual contradicción a la aplicación de sanciones originará la aplicación de los mecanismos de solución de conflictos previstos en el Contrato, el plazo previsto para formular dicha contradicción debería ser el mismo previsto para Controversias No Técnicas (15 Días) en lugar del plazo previsto en esta versión del Contrato (5 Días).

Respuesta a la Consulta N° 30

El plazo indicado en el literal a) de la cláusula 10.10, se incrementa de cinco a quince Días.





Consulta N° 31.

Numeral 10.10.b) y 11.1

Debe expresamente indicarse que en caso de contradecirse la procedencia del pago de sanciones no procederá que el Concedente ejecute la Garantía (fianza bancaria) entregada por la Sociedad Concesionaria.

Esta misma precisión deberá incluirse en el modelo de la Garantía incluido como anexo 3 del Contrato.

Respuesta a la Consulta N° 31.

Ver cláusula 13.6 del Contrato.

Ver el numeral 13 del acápite II de la presente Circular (se establece nueva redacción de toda la cláusula 11).

Consulta N° 32.

Numeral 11.2

Debe agregarse que la Garantía (fianza bancaria) se reducirá a US\$4'000,000 a partir del momento en que se cuente con el informe final emitido por OSINERGMIN conforme a lo previsto en el Numeral 5.3 y en el anexo 2 del Contrato.

Respuesta a la Consulta N° 32.

Ver el numeral 13 del acápite II de la presente Circular (se establece nueva redacción de toda la cláusula 11).

Consulta N° 33.

Numeral 11.4

Debe preverse expresamente que, de producirse la situación prevista en este Numeral, el Concedente (i) deberá depositar los fondos resultantes de la ejecución de la Garantía en una cuenta de propósito especial abierta en el mismo banco emisor de la Garantía; y (ii) transferirá a favor de la Sociedad Concesionaria dichos fondos en el mismo día en que reciba de ésta la nueva Garantía.

Respuesta a la Consulta N° 33.

Ver numeral 13 del acápite II de la presente Circular.

Consulta N° 34.

Numeral 12.2.a

Considera como una causal de resolución del Contrato el que, luego de suscrito el Contrato, se compruebe la falsedad de cualquiera de las declaraciones formuladas conforme a la cláusula 2.1 del Contrato.

Estamos de acuerdo con esta causal de resolución. Sin embargo, en los términos en que está definida, permitiría que la misma pudiera ser invocada en cualquier momento de la vigencia del Contrato, esto es, durante al menos 30 años. A fin de evitar riesgos distintos a los que son propios de la Concesión, sugerimos que se establezca un plazo durante el cual será posible invocar esta causal, el que además sería aquel con que contaría el Concedente para verificar la exactitud de las declaraciones hechas. En tal sentido, planteamos que esta causal pueda ser invocada hasta el último día hábil del año en que se produzca la Puesta en Operación Comercial.

Respuesta a la Consulta N° 34

Sugerencia no aceptada.





Consulta N° 35

Numeral 12.2.e.

Tomando en cuenta que debe garantizarse a las Partes el uso oportuno de su derecho de defensa, debe modificarse lo previsto en este literal para establecer que las sanciones se considerarán firmes al agotamiento de la vía judicial (no la administrativa, como se prevé en el Contrato) o al vencimiento del plazo para iniciar la acción contencioso-administrativa, sin que la misma hubiera sido presentada.

Respuesta a la Consulta N° 35

El literal e) de la Cláusula 12.2 queda redactado como sigue:

(...) firmes en sede administrativa, y en sede judicial si se hubiese interpuesto el contencioso respectivo.

Consulta N° 36.

Numeral 12.3

Debe eliminarse la referencia a la Destrucción Total como una causal de resolución del Contrato, toda vez que ella se encuentra regulada como tal en el Numeral 12.5.b).

Respuesta a la Consulta N° 36.

Ver Respuesta a la Consulta N° 6.

Consulta N° 37.

Numeral 12.6

Consideramos que debe incluirse en los supuestos de incumplimiento subsanable a lo indicado en el literal k) del Numeral 12.2.

Respuesta a la Consulta N° 37

Se incluye en la cláusula 12.6 la referencia al literal k) de la cláusula 12.2.

Consulta N° 38.

Numeral 12.8

En esta sección del Contrato se regula la intervención de la Concesión que, como se precisa en su literal c), supone que el interventor (un órgano de línea del MEM, por ejemplo) contará con las más amplias facultades para (i) determinar las acciones de carácter administrativo para la continuación de la operación de la Línea Eléctrica y (ii) para determinar las acciones de carácter técnico que permitan la oportuna y eficiente prestación del Servicio. La Sociedad Concesionaria debe cumplir las instrucciones del interventor; asumir los gastos de la intervención y mantiene el derecho a percibir todos los ingresos que genere la Concesión durante la intervención.

Aún cuando en el Numeral bajo comentario no se indica quien designa al interventor, al indicarse que esa función puede ser desempeñada por un órgano de línea del MEM, permite asumir que corresponderá al Concedente efectuar esa designación.

En resumen, la intervención supone trasladar de la Sociedad Concesionaria al interventor las facultades para tomar las decisiones fundamentales respecto de la operación, mantenimiento, conservación y explotación de las Líneas de Transmisión, aún cuando la Sociedad Concesionaria continua siendo tal y, por ende, continua asumiendo las responsabilidades que le corresponden.





Es necesario definir con precisión los supuestos y efectos de la intervención. A nuestro entender se trata de una situación sumamente excepcional, que contradice la esencia de la Concesión, la misma que supone transferir al sector privado la prestación del Servicio.

Desde esta perspectiva:

- a. Debe eliminarse el literal ii) del Numeral bajo comentario, que prevé la aplicación de esta figura para el supuesto de la finalización del Contrato por el vencimiento de su plazo. En esta hipótesis, no existe incumplimiento alguno por parte de la Sociedad Concesionaria y ésta continúa obligada a proporcionar el Servicio conforme al Contrato, hasta el último día de vigencia de éste, asumiendo toda la responsabilidad que ello acarrea.

Incluso en la legislación vigente lo que se prevé para este supuesto en que dos años antes del vencimiento del plazo de la Concesión el COES deberá evaluar, dentro del Plan de Transmisión, la necesidad y plazo de mantener las Líneas de Transmisión y, en caso así se determine, corresponderá que el MEM licite nuevamente la concesión (v. artículo 22 de la Ley No.28832). Esta disposición ha sido regulada en el Reglamento de Transmisión (aprobado mediante Decreto Supremo No.027-2007-EM) el que, en su artículo 9.2. obliga a los concesionarios, saliente y entrante, a iniciar las coordinaciones para la transferencia seis meses antes de la finalización del Contrato.

- b. Debe modificarse lo previsto en el literal iii) para establecer que la contradicción judicial de la terminación de los contratos de concesión definitiva de transmisión posterga el inicio de la intervención. Debe considerarse que esta contradicción perseguiría impedir que el Contrato se resuelva por la terminación de dichos contratos de concesión definitiva de transmisión y, tal como se prevé en el numeral 12.7 y el numeral 12.8.iv), cualquier otro supuesto de resolución del Contrato que trate de ser aplicado no surtiría efectos, ni permitiría la intervención de la Concesión, si fuera contradictorio.

Esta misma precisión debe efectuarse en el Numeral 12.8.b) iii) del Contrato.

- c. Conforme a lo anterior, entendemos que la intervención solamente debería aplicar cuando las Partes lo convengan; cuando el Contrato quede resuelto sin cuestionamientos (o cuando éstos sean resueltos en forma definitiva) o cuando lo soliciten acreedores de Deuda Garantizada.

Respuesta a la Consulta N° 38.

Al inciso a. : Sugerencia no aceptada. La intervención no tiene el mismo alcance que la "administración plena y directa" a que se refiere la cláusula 12.8.b).ii), ni constituye una forma de sancionar un incumplimiento. Es un proceso de transición, en el cual el Concedente no puede tener el rol de un observador pasivo. Asimismo, la cláusula 12.8 es compatible con el Artículo 9.2 del Reglamento de Transmisión.

Al inciso b.: Sugerencia no aceptada. La intervención según el Contrato, debe ser congruente con la intervención según el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, de acuerdo con el cual (Artículo 77°), la contradicción de la caducidad no posterga la intervención.

Al inciso c.: Ninguna respuesta.

La cláusula 12.8.c) queda redactado del siguiente modo: (...) del Ministerio de Energía y Minas, a elección del Concedente, y ostentará, (...)

Consulta N° 39.

Numeral 12.9

Prevé la realización de una nueva licitación de la Concesión para cualquier caso de terminación del Contrato.

Esta sección debe ser revisada profundamente pues no asegura al inversionista ni a sus financistas el retorno de sus respectivas inversiones o préstamos.





Luego de haberse realizado las inversiones (con recursos propios de la Sociedad Concesionaria o de terceros) no es posible que el recupero quede supeditado a acontecimiento inciertos como son el desarrollo de una licitación y, peor aún, a la existencia de un ganador en dicha licitación. ¿Qué sucede si no existen postores? ¿Si el COES determina que las Líneas de Transmisión o alguna de ellas ya no deben continuar operando? ¿Qué ocurre si los recursos obtenidos de la licitación, en el caso de existir un ganador, no alcanzan para cubrir la inversión y/o los financiamientos? ¿Qué sucede si la finalización del Contrato se debe a Destrucción Total o a Fuerza Mayor?.

Es indispensable que se establezca expresamente que en cualquier caso de resolución del Contrato, las inversiones y/o financiamientos (calificados como Deuda Garantizada) serán pagados con los recursos provenientes de la licitación, en caso ella se convoque y se seleccione un ganador dentro de los seis meses siguientes a la finalización del Contrato y que, de no iniciarse o culminarse la licitación o de no existir un ganador de la misma, corresponderá al Concedente efectuar el pago de dichos conceptos dentro de los primeros tres meses del siguiente ejercicio presupuestal.

Respuesta a la Consulta N° 39.

Sugerencia no aceptada.

Se agrega un literal h) en la cláusula 12.9, con el tenor siguiente:

En el caso a que se refiere la cláusula 12.9.c).ii), si no se convoca a licitación por segunda vez o si la segunda convocatoria quedara desierta o culminara sin adjudicatario, el Concedente quedará obligado a pagar un valor igual al monto base de la primera o segunda convocatoria, respectivamente, o el Valor Contable de los Bienes de la Concesión, lo que sea menor. El valor a pagar será considerado como el "producto de la licitación" a los efectos de la cláusula 12.11.

Se agrega un literal i) en la cláusula 12.9, con el tenor siguiente:

Si el Contrato termina por resolución debido a causa distinta a Destrucción Total, y el Plan de Transmisión vigente o el Concedente determinase que las Líneas de Transmisión no deben mantenerse en uso, el Concedente quedará obligado a pagar el Valor Contable de los Bienes de la Concesión. El valor a pagar será considerado como el "producto de la licitación" a los efectos de la cláusula 12.11.

La definición de "Bienes de la Concesión" en la cláusula 1.4 del Contrato, queda redactada como sigue: *Bienes de la Concesión: Es (...) objeto del Contrato. Incluye los Refuerzos, si los hubiera ejecutado la Sociedad Concesionaria.*

Consulta N° 40.

Numeral 12.9.e)

Sin perjuicio de que todo este Numeral debe ser modificado, conforme a lo pedido en nuestra anterior observación, deben considerar que existe una referencia incorrecta pues, en donde dice "...inciso e).ii) anterior...", debería decir "...inciso c).ii) anterior...".

Respuesta a la Consulta N° 40.

El literal e) de la cláusula 12.9 queda redactado del siguiente modo:

(...) inciso c), ii) anterior (...).

Consulta N° 41.

Numeral 12.9.f)





Señala que "...En caso de terminación del Contrato por causa distinta al vencimiento de su plazo, el nuevo concesionario asumirá la posición contractual en el Contrato, agregándose las cláusulas que determine el Concedente o PROINVERSION en atención a las circunstancias."

El párrafo transcrito contiene un imposible jurídico. Si el Contrato quedo resuelto (terminado, finalizado) ya no existe como tal y, por ello, no es posible ceder derechos o alguna de las posiciones contractuales que de él derivaban.

Si lo que se pretende es el ingreso de otra entidad en la posición contractual de la Sociedad Concesionaria en el Contrato, lo que debe preverse, más que supuestos que ocasionarán la resolución del Contrato, son supuestos en que la Sociedad Concesionaria perderá el derecho a su posición contractual en el Contrato. Esto permitirá que efectivamente la posición contractual pueda ser transferida, dará sentido a la intervención de la Concesión (una vez que quede firme la pérdida del derecho a la posición contractual en el Contrato), sin perjuicio de que igual deberá preverse que en caso no exista quien quiera asumir la posición contractual y/o que la licitación correspondiente no se realice y/o no se culmine en un plazo determinado, corresponderá que la inversión y/o la Deuda Garantizada sean pagados por el Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 41.

La cláusula 12.9.f), queda redactada del siguiente modo:

El nuevo Concesionario deberá suscribir con el Concedente un nuevo contrato de concesión, el cual será formulado por el Concedente o PROINVERSIÓN, contemplando las Leyes Aplicables vigentes en dicho momento.

Consulta N° 42.

Numeral 12.9.g)

Sin perjuicio de la modificación general pedida para esta sección del Contrato, debe modificarse lo previsto en este Numeral para adecuarlo a las Leyes Aplicables, según las cuales corresponde al COES la evaluación correspondiente dentro del Plan de Transmisión y no se trata de una decisión unilateral del Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 42.

La Cláusula 12.9.g) queda redactada del siguiente modo: (...) *lugar si el Plan de Transmisión vigente determinara (...).*

Consulta N° 43.

Numeral 12.10

También debe adecuarse conforme a lo planteado respecto del Numeral 12.9 del Contrato. Por ejemplo, debe precisarse que los Bienes de la Concesión se entregarán al nuevo Concesionario, de existir este. En caso contrario, serán entregados al Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 43

La Cláusula 12.10.a) queda redactada del siguiente modo:

Los Bienes de la Concesión serán entregados al nuevo concesionario, o al Concedente o la persona que éste decida en caso que el Concedente asuma la administración plena y directa de la Concesión, de manera tal que los Bienes de la Concesión puedan continuar siendo explotados por el nuevo concesionario o el Concedente para la prestación del Servicio en forma ininterrumpida.





Consulta N° 44.

Numeral 12.10.d)

Debe precisarse que se transferirán los contratos vigentes y siempre que dichos terceros acepten la cesión de los contratos.

Respuesta a la Consulta N° 44.

La precisión es innecesaria por lo siguiente: i) transferir un contrato no vigente encierra un imposible jurídico, y, ii) de acuerdo con la cláusula 6.1.b), los contratos con terceros deben estipular la facultad del Concedente o el nuevo concesionario de disponer la cesión sin que haga falta más que una comunicación simple en ese sentido.

Consulta N° 45.

Numeral 12.11

Este Numeral también debe ser modificado conforme a lo señalado respecto del Numeral 12.9. Ningún acreedor otorgará financiamiento para este proyecto si la recuperación de su acreencia depende del resultado de una licitación la que, incluso, debería realizarse cuando la Concesión (o el derecho a ella) se pierdan por Destrucción Total o Fuerza Mayor.

Sin perjuicio de ello, no hay razón para que la primera prelación en el cobro sea establecida para cubrir los gastos de la licitación misma, cuya realización y/o desenlace está fuera de los alcances de la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 45.

Sugerencias no aceptadas.

Consulta N° 46.

Numeral 12.12

La transferencia de los Bienes de la Concesión al Concedente debe ser por el valor contable de estos, salvo que hubieran sido depreciados totalmente en cuyo caso la transferencia sería sin costo alguno.

Respuesta a la Consulta N° 46

Sugerencia no aceptada: Ver Artículo 22.2.c) de la Ley N° 28832 y Artículo 8.1 del Reglamento de Transmisión.

Consulta N° 47.

Numeral 12.13

También debe modificarse en función a las observaciones planteadas para los Numerales 12.9, 12.10 y 12.11.

Debe establecerse con precisión quien asume el riesgo de Destrucción Total o de Fuerza Mayor. La versión bajo comentario del Contrato solamente asigna el riesgo hasta el límite de la Pérdida Máxima Probable la que no necesariamente puede cubrir la inversión y/o la Deuda Garantizada. Debe establecerse con precisión que cualquier faltante respecto de esos conceptos será cubierto por el Concedente.





Respuesta a la Consulta N° 47

Sugerencias no aceptadas. Ninguna cláusula del Contrato dice que el riesgo se asigne a la Sociedad Concesionaria solamente hasta el límite de la Pérdida Máxima Probable. Asimismo, ver Respuesta a la Consulta N° 6.

Consulta N° 48.

Numeral 12.14

Igual comentario que en el punto anterior. Deben ampliarse los supuestos que permiten la aplicación de este Numeral para comprender cualquier supuesto de finalización del Contrato por incumplimiento del Concedente.

Además, la referencia a la cláusula 12.3 debería ser reemplazada para referirse a la cláusula 12.5

De otro lado, como quiera que la aplicación de este Numeral deriva del incumplimiento del Concedente, no resulta adecuado lo previsto en el literal b) de este Numeral, según el cual le corresponde al Concedente la organización del procedimiento para calcular la cantidad a pagar a favor de la Sociedad Concesionaria. Debe establecerse que el cálculo lo efectuará un Experto designado y actuando conforme a las reglas previstas en el Numeral 13.3 del Contrato, precisándose que el Experto definirá los términos y alcances de su intervención en función de las posiciones escritas que le presenten las Partes.

Finalmente, debe eliminarse la referencia prevista en el literal c) de este Numeral, según la cual de la suma que se determine como adeudada a favor de la Sociedad Concesionaria deberá descontarse los gastos y pagos indicados en la cláusula 12.11.a) (el proyecto bajo comentario hace referencia equívocamente a la cláusula 12.10.a)). No es posible que la Sociedad Concesionaria asuma el pago de un procedimiento originado en un incumplimiento del Concedente, siendo éste quien debe asumir esos gastos.

Respuesta a la Consulta N° 48.

En la Cláusula 12.14, la referencia a la Cláusula 12.3, queda reemplazada por 12.4.

La Cláusula 12.14.b) queda redactada del siguiente modo:

El cálculo de la cantidad a pagar será efectuado por un Experto, que será designado y actuará conforme a las reglas de la cláusula 13.3.

La Cláusula 12.14.c), queda redactada del siguiente modo:

De la cantidad calculada conforme al literal b), el Concedente descontará los conceptos indicados en la Cláusula 12.11.a), a excepción de los gastos efectuados por el interventor y el Concedente, asociados al proceso de intervención y de licitación.

Consulta N° 49.

Numeral 13.3

Debe precisarse el alcance del conflicto de interés que no debe tener el Experto. El texto actual señala que no debe haberlo al momento "y después" de la designación del Experto, cuando lo que corresponde es que no lo haya al momento y durante el periodo que intervenga el Experto como tal.

Respuesta a la Consulta N° 49.

La Cláusula 13.3 queda redactada del siguiente modo:

(...) ninguna de las Partes al momento de su designación y mientras intervenga como Experto.(...)





Consulta N° 50.

Numeral 14.3

Es necesario incorporar un nuevo párrafo en donde expresamente se prevea la posibilidad de introducir modificaciones al Contrato, en caso que ello sea requerido por los financiadores de Deuda Garantizada.

Respuesta a la Consulta N° 50.

Cualquier modificación del Contrato es posible, siempre que el Concedente la acepte y las Leyes Aplicables la permitan.

Consulta N° 51.

Otros

Debe incorporarse un Numeral que permita y garantice a la Sociedad Concesionaria que accederá y recibirá el beneficio de la Recuperación Anticipada del impuesto general a las ventas (IGV), conforme ha sido previsto en el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada. Este aspecto resulta fundamental para la viabilidad de este proyecto pues, dentro de los primeros treinta meses del Contrato, es decir durante la etapa pre-operativa, la Sociedad Concesionaria no tendrá ingresos gravados con el IGV contra que imputar el crédito fiscal acumulado por las adquisiciones de bienes y servicios. Esta disposición es indispensable y viene siendo empleada por PROINVERSION en todos los demás casos de concesiones de infraestructura (carreteras, saneamiento, puertos, aeropuertos regionales, entre otros).

A dicho efecto sugerimos incluir:

“La Sociedad Concesionaria accederá al régimen de Recuperación Anticipada del Impuesto General a las Ventas a que se refiere el Decreto Legislativo No.973, previo cumplimiento de los requisitos y demás disposiciones contenidas en la norma antes citada. Para este propósito se considera como etapa pre-operativa al periodo comprendido entre la Fecha de Cierre y el inicio de la Puesta en Operación Comercial de cada etapa de las Líneas de Transmisión.”

Respuesta a la Consulta N° 51.

Sugerencia no aceptada. Conforme a la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 973, está prohibido incorporar en los contratos que se suscriban con el Estado al amparo de normas sectoriales (como es el Contrato de Concesión), disposiciones que garanticen el acceso al beneficio tributario en cuestión. Asimismo, la identificación de la etapa o etapas pre-operativas a los efectos del beneficio, deben establecerse en el Contrato de Inversión a que se refiere el indicado decreto legislativo, y no en el Contrato de Concesión.

Consulta N° 52.

Anexo No.3

Debe incorporarse expresamente que en caso de contradecirse la procedencia del pago de sanciones no procederá que el Concedente ejecute la Garantía (fianza bancaria) entregada por la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 52

Ver Cláusula 13.6.

Consulta N° 53.

Debería incorporarse cláusulas específicas referentes al desequilibrio económico-financiero, al igual que en los demás contratos de concesión de infraestructura.





Respuesta a la Consulta N° 53.

Se agrega en el Contrato la Cláusula 15 con el tenor siguiente:

15. Equilibrio económico – financiero.
- 15.1 Las Partes reconocen que a la Fecha de Cierre el Contrato se encuentra en una situación de equilibrio económico-financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes. La presente cláusula estipula un mecanismo para restablecer el equilibrio económico-financiero, al cual tendrán derecho la Sociedad Concesionaria y el Concedente, en caso que el equilibrio económico de la Concesión sea afectado.
- 15.2 Se entenderá que el equilibrio económico financiero ha sido afectado, cuando:
- Ocurra un acto o medida de una Autoridad Gubernamental, o cambios en las Leyes Aplicables, relativos a cualquier aspecto de la Concesión, incluyendo temas tributarios o medioambientales, pero distintos a: i) la imposición de multas o cualesquiera sanciones o acciones derivadas de actos incurridos por, o que sean responsabilidad de, la Sociedad Concesionaria, ii) incumplimientos contractuales o legales; y, iii) actos o medidas del Concedente u Osinergmin en ejecución de este Contrato. Y,
 - Como consecuencia de lo anterior, se afecten los ingresos o los costos de operación y mantenimiento del Servicio, de manera tal que los ingresos o costos de la Sociedad Concesionaria en la explotación del Servicio, durante un periodo de cuatro trimestres consecutivos, varíen en diez por ciento (10%) o más, con respecto a los ingresos o costos de los cuatro trimestres inmediatamente anteriores.
- 15.3 Si el equilibrio económico del presente Contrato se ve afectado, tal como se define en la cláusula anterior, la Sociedad Concesionaria podrá proponer por escrito ante el Concedente y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico existente a la fecha en que se produjo el hecho a que se refiere el literal a) de la cláusula anterior. Copia de la solicitud será remitida al Osinergmin, para que emita una opinión técnico-económica con relación a lo solicitado, que deberá ser evaluada por el Concedente, sin carácter vinculante. Esta opinión deberá ser remitida al Concedente dentro del plazo de veinte (20) Días.
- 15.4 La propuesta a que se refiere la cláusula anterior, deberá ser entregada dentro del plazo de dos (2) meses después de vencidos los cuatro trimestres consecutivos a que se refiere la cláusula anterior. No puede presentarse ninguna propuesta antes que culmine el cuarto año posterior a la Puesta en Operación Comercial de la Línea Eléctrica que ingrese primero a operación comercial.
- 15.5 La existencia de un desequilibrio sólo podrá dar lugar a la modificación de las prestaciones de las Partes para efectos de restablecer el equilibrio, mas no dará lugar ni a la suspensión ni a la resolución del Contrato.
- 15.6 De existir discrepancias entre las Partes sobre si existe ruptura del equilibrio económico financiero, la cuantía del mismo o la forma de restablecerlo, serán resueltas de conformidad con los mecanismos estipulados en la cláusula 13 para las Controversias No Técnicas.

Consulta N° 54.

Convenio de Estabilidad Jurídica. El artículo 19 del TUO, en concordancia con la disposición Tercera, del Título V –Disposiciones Complementarias-, del Decreto Legislativo 839 de 1996, establecen:

“Tratándose de contratos de concesión, el plazo de los convenios de estabilidad jurídica regulada en los Decretos Legislativos N°. 662 y 757, se extenderá por todo el plazo de la concesión”.





"Para el otorgamiento de las garantías y beneficios contemplados en estos dispositivos legales, se aplicarán los plazos y requisitos de la inversión contemplados en los respectivos contratos de concesión, no siendo aplicable el plazo de dos años a que se refieren dichas normas".

Ni en las Bases ni en el borrador de Contrato de Concesión se hace alusión alguna a este derecho que tienen los inversionistas de suscribir con el Estado un Acuerdo de Estabilidad Jurídica y Tributaria.

Adicionalmente, estos Convenios de Estabilidad Jurídica y Tributaria deben establecerse tanto para beneficio de la Sociedad Concesionaria como de los inversionistas (tratándose de sociedades extranjeras, en el segundo caso).

Respuesta a la Consulta N° 54.

Nada de lo estipulado en el Contrato impide que el Concesionario o los inversionistas soliciten convenios de estabilidad jurídica, conforme a las leyes aplicables.

Consulta N° 55.

Solicitamos precisar si existen Estudios de Impacto Ambiental relacionados debidamente aprobados por la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas o quien haga sus veces y si dichos estudios se entregarán como parte de la información que proveerá el Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 55.

Respecto a la LT Mantaro-Montalvo: no existe ni se entregará EIA.

Respecto a la LT Machupicchu-Cotaruse: EGEMSA está ejecutando el EIA respectivo (se encuentra en la etapa de audiencias), y estará disponible para los Adquirentes y Postores, tan pronto concluya su tramitación. La Sociedad Concesionaria deberá analizar si conforme a las Leyes Aplicables y a sus propias decisiones, el EIA aprobado puede ser utilizado tal como está, o si requiere alguna modificación (por ejemplo por cambio de ruta).

Consulta N° 56.

Numeral 1.1 (Disposiciones preliminares), literal c). El informe N° 027-2007-MEM-DGE enviado con Oficio N° 934-2007-MEM/DM no se encuentra disponible. ¿Cuándo será publicado?

Respuesta a la Consulta N° 56.

Se elimina del Contrato el literal c) de la Cláusula 1.1.

Consulta N° 57.

Numeral 1.1 (Disposiciones preliminares), literal e). Plan de Promoción. La referencia al mismo está en mayúsculas, pero no está definido en el numeral 1.4 del borrador de Contrato, solicitamos se incorpore su definición.

Respuesta a la Consulta N° 57

Ver numeral 1.5 del Contrato.





Consulta N° 58.

Numeral 1.4 (Disposiciones Preliminares). Se sugiere que se incluya la definición de Bienes de la Sociedad Concesionaria, así: "Bienes de la Sociedad Concesionaria: Son los bienes de propiedad de la Sociedad Concesionaria que no se encuentran relacionados con el objeto de la Concesión y son de su libre disposición".

Respuesta a la Consulta N° 58

Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 59

Se sugiere incluir la siguiente definición: "Control Efectivo: Se denomina Control Efectivo, a la influencia preponderante y continua en las decisiones de los órganos de decisión de una persona jurídica. Se presume que existe Control Efectivo, a menos que se demuestre lo contrario a juicio del Órgano Supervisor, en los siguientes casos: a) Cuando una persona natural o jurídica ejerce poder sobre más de la mitad de los votos de la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación o similares; y, b) Cuando una persona natural o jurídica que no se encuentre comprendida en el literal precedente, tiene facultad para designar o remover a la mayoría de los miembros del Directorio u órgano equivalente de decisión, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras bajo un reglamento o un contrato, cualquiera que fuere su modalidad".

Respuesta a la Consulta N° 59

Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 60.

Numeral 1.4 (Disposiciones Preliminares). Confirmar que la Fecha de Cierre definida en el Contrato y el "cierre" señalado en el Numeral 5 de las Bases se refieren al mismo acto.

Respuesta a la Consulta N° 60.

Confirmado.

Consulta N° 61.

Numeral 1.4 (Disposiciones Preliminares), literal l). La definición debe estar en plural, pues se tratan de dos (2) Líneas Eléctricas.

Respuesta a la Consulta N° 61.

La definición está en plural.

Consulta N° 62.

Numeral 1.4 (Disposiciones Preliminares), literal v. En la definición de Valor Contable, incluir la palabra "dólares" en mayúscula para que se interprete conforme a la definición establecida en el literal h) de esta numeral.

Respuesta a la Consulta N° 62.

Se reemplaza "dólares" por "Dólares".





Consulta N° 63.

Numeral 2.1 (Declaraciones de las Partes). ¿Es indispensable formar una nueva Sociedad Concesionaria para la suscripción del Contrato de Concesión?, o una empresa transmisora existente que cumple los requisitos para ser considerado Operador Precalificado, puede incorporar dentro de sus operaciones esta nueva concesión y como empresa en marcha suscribir el Contrato de Concesión materia del concurso, siendo que no existe razón, ni técnica ni económica, que impida la participación en esta Concesión a empresas existentes de manera directa.

Respuesta a la Consulta N° 63.

La empresa que asumirá la posición de Sociedad Concesionaria, puede ser una empresa en marcha, siempre que cumpla los requisitos establecidos en el numeral 5.1.2 de las Bases.

La empresa en marcha que asumirá la posición de Sociedad Concesionaria, puede ser también Operador Calificado en el Concurso (llamado Operador Técnico en el Contrato).

Consulta N° 64.

Numeral 2.1 (Declaraciones de las Partes). Se menciona que “la Sociedad Concesionaria y el Operador Técnico son sociedades debidamente constituidas y válidamente existentes conforme a las leyes del País o lugar de su constitución”. Confirmar que la Sociedad Concesionaria y el Operador Técnico deben estar constituidas en el Perú.

Respuesta a la Consulta N° 64.

La Sociedad Concesionaria necesariamente debe ser una persona jurídica constituida en el Perú (Artículo 1° de la Ley de Concesiones Eléctricas).

El Operador Técnico en cambio, puede ser una persona jurídica constituida en el extranjero.

Consulta N° 65.

Numeral 2.2 (Declaraciones de las Partes). Se sugiere solicitar que el Concedente haga las siguientes declaraciones:

“Explotación del Sistema de Transmisión: Que la Sociedad Concesionaria tendrá el derecho de explotar el Sistema de Transmisión entre la fecha de Puesta en Operación Comercial y el vencimiento del Plazo del Contrato de Concesión. Este derecho sólo concluirá por la aplicación de las causales de terminación previstas en la cláusula 12 de este Contrato”.

“Que cualquier controversia referente a la terminación de la Concesión, la suspensión o la terminación del Contrato de Concesión únicamente se resolverá de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 13”.

Respuesta a la Consulta N° 65.

Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 66.

Numeral 2.3 (Declaraciones de las Partes). Confirmar que la obligación de que la Sociedad Concesionaria tenga un Operador Técnico, es por todo el plazo de la Concesión, sin perjuicio que la obligación de mantener la Participación Mínima sea por el período establecido en este numeral.





Respuesta a la Consulta N° 66.

No. La obligación de la Sociedad Concesionaria de asegurar que el Operador Técnico sea titular de la Participación Mínima y se encargue de las operaciones técnicas de la concesión, se prolonga únicamente por diez (10) años contados a partir de la Fecha de Cierre.

Consulta N° 67.

Numeral 3.2 (Objeto, vigencia y plazo del Contrato). La gestión ambiental en este proyecto será muy crítica tal y como se plantea en este numeral, por lo cual se debe contar con un esquema de seguimiento y control muy estricto especialmente para la etapa de construcción. ¿Para la etapa de constitución de las servidumbres se cuenta con datos de referencia?, ¿hay estudios preliminares que caracterizan la zona en aspectos sociales, arqueológicos y asentamientos humanos?

Respuesta a la Consulta N° 67.

A la primera pregunta: No.

A la segunda pregunta: El EIA que prepara EGEMSA (Respuesta a la Consulta N° 55), puede proveer algunos datos de interés.

Consulta N° 68.

Numeral 3.2 (Objeto, vigencia y plazo del Contrato). En este numeral se establece que la sociedad concesionaria debe prever las holguras convenientes para superar contingencias relacionadas con problemas ambientales y de patrimonio cultural. Sin embargo existen plazos establecidos por ProInversión para finalizar la construcción de las líneas; siendo que las variables anteriormente señaladas no estarían bajo el control de la Sociedad Concesionaria.

En todo caso, sugerimos se considere un capítulo relativo a la suspensión y prórroga del plazo de la concesión en caso la Sociedad Concesionaria acredite que el manejo de estas variables le impide cumplir los plazos establecidos, tal como anteriormente se ha hecho para los contratos BOOT.

Asimismo se deberá contemplar el apoyo del Concedente como facilitador para la solución de estas variables, sin perjuicio de la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 68.

Al segundo párrafo. Sugerencia no aceptada. Ver Cláusula 10.1.

Al tercer párrafo: Ver Respuesta a la Consulta N° 10.

Consulta N° 69.

Numeral 3.5 (Objeto, vigencia y plazo del Contrato). Definir que es "Primera Puesta en Operación Comercial" y aclarar si aplica para cualquiera de las dos líneas objeto de la concesión.

Respuesta a la Consulta N° 69.

La Cláusula 3.5 queda redactada del siguiente modo:

La vigencia del Contrato se inicia en la Fecha de Cierre y concluye treinta (30) años después de la Puesta en Operación Comercial de aquella de las Líneas Eléctricas que ingrese primero a operación comercial.





Consulta N° 70.

Numeral 4.1 (Construcción de las Líneas Eléctricas). ¿El Concedente entregará los terrenos y las servidumbres necesarias para las ampliaciones o construcción de las subestaciones?

¿El Concedente asumirá los costos incurridos en la obtención de las servidumbres en caso que dicha obligación corresponda a la Sociedad Concesionaria? Si la Sociedad Concesionaria no llega a un acuerdo con los dueños de los predios, el Concedente procederá a imponer las servidumbres de acuerdo a lo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas, no siendo responsabilidad de la Sociedad Concesionaria la demora que se ocasione por el incumplimiento del Concedente de cumplir con la imposición de las servidumbres.

Confirmar que el Concedente garantizará el rápido acceso a instalaciones de terceros así como apoyará en las gestiones ante las municipalidades para la obtención de los permisos y licencias. Adicionalmente se solicita señalar en que va a consistir el apoyo del Concedente para conseguir la concesión y las servidumbres.

Respuesta a la Consulta N° 70.

Ver Respuesta a la Consulta N° 10.

Consulta N° 71.

Numeral 4.3 (Construcción de las Líneas Eléctricas). Según el Plan de Promoción de la Inversión Privada referente a este proceso indica que el plazo de construcción es de 30 meses. Por favor expresar la fecha en la cual se confirmará mediante Circular los plazos máximos para la Puesta en Operación Comercial de cada una de las Líneas Eléctricas

Respuesta a la Consulta N° 71.

Ver Respuesta a la Consulta N° 13.

Consulta N° 72.

Numeral 4.5 (Construcción de las Líneas Eléctricas). Precisar cual sería el evento que marca el inicio de la construcción para tener claridad en la fecha para entregar el cronograma de actividades.

Respuesta a la Consulta N° 72.

La Cláusula 4.5 del Contrato queda redactada del siguiente modo:

(...) y a OSINERGMIN, en el plazo de seis (6) meses contado a partir de la Fecha de Cierre.

La Cláusula 4.7 del Contrato queda redactada del siguiente modo:

La Sociedad Concesionaria deberá remitir al Concedente y a OSINERGMIN, una versión actualizada del cronograma a que se refiere la Cláusula 4.5, a los doce (12) y a los dieciocho (18) meses después de la Fecha de Cierre.

Consulta N° 73.

Numeral 4.8 (Construcción de las Líneas Eléctricas). Se solicita se proporcione lineamientos generales respecto a las facilidades a brindar para el seguimiento de ejecución de obras.

Respuesta a la Consulta N° 73.

No hace falta establecer lineamientos generales para este tema.





Consulta N° 74

Numeral 4.9 (Construcción de las Líneas Eléctricas). Se entiende que en caso se defina en forma desagregada el Componente Nacional, éste podría sufrir modificaciones durante la etapa de ejecución de las obras siempre que se respete el porcentaje ofertado de dicho Componente Nacional.

Asimismo, deberá evaluarse en su momento los casos de distorsiones que puedan ocurrir, más allá de las variaciones previsibles en los mercados, que podrían afectar el cumplimiento del Componente Nacional ofertado.

Respuesta a la Consulta N° 74.

Al primer párrafo: Correcto.

Al segundo párrafo: Se evaluará dentro del marco del Contrato y las Leyes aplicables; sin perjuicio de ello el incumplimiento por causas imputables a la Sociedad Concesionaria ocasionará la penalidad establecida en el Contrato.

Consulta N° 75.

Numeral 4.9 (Construcción de las Líneas Eléctricas). Dado el impacto del incumplimiento del Componente Nacional, ¿cuáles son los criterios de evaluación de dicho incumplimiento?

Respuesta a la Consulta N° 75.

Las definiciones relativas a “bienes y servicios nacionales” figuran en el Anexo 5 del Contrato.

Consulta N° 76.

Numeral 4.9 (Construcción de las Líneas Eléctricas). Se solicita se proporcione lineamientos generales para la elaboración del informe sustentatorio referido.

Respuesta a la Consulta N° 76.

No hace falta establecer lineamientos generales para este tema.

Consulta N° 77.

Numeral 5.6 (Operación Comercial). Se solicita precisar la diferencia entre “emergencia” y “crisis”.

Respuesta a la Consulta N° 77.

Las obligaciones que impone la cláusula 5.6, son las mismas para los casos de emergencia y crisis, por lo que la diferenciación es innecesaria. Asimismo, ver Respuesta a la Consulta N° 16.

Consulta N° 78.

Numeral 5.7 (Operación Comercial). Se solicita se proporcione lineamientos generales respecto a la información y facilidades a brindar para el control del cumplimiento del Contrato por parte de las Autoridades Gubernamentales.

Respuesta a la Consulta N° 78.

No hace falta establecer lineamientos generales para este tema.





Consulta N° 79.

Numeral 5.9 (Operación Comercial). Confirmar que de acuerdo a lo expresado en este numeral, si es obligatorio mantener un programa de aseguramiento de calidad durante la construcción de la línea.

Respuesta a la Consulta N° 79.

Confirmado.

Consulta N° 80.

Numeral 6.1 (Contratos con terceros), literal b) y numeral 6.2. Cuando la causal por ser al "solo criterio del Concedente", esté fundamentada en un acto o hecho que genere perjuicios a esos contratistas, el Concedente debe ser el responsable de mantener indemne al Operador Técnico y a la Sociedad Concesionaria; y será el único responsable por las indemnizaciones a que haya lugar.

Respuesta a la Consulta N° 80.

Sugerencia no aceptada. El perjuicio causado por la terminación de sus contratos, sería resarcible a los contratistas respectivos sólo si la Sociedad Concesionaria hubiese incumplido la Cláusula 6.1.b) del Contrato, que le obliga a estipular en sus contratos con terceros, que el Concedente o un nuevo concesionario puede dar por terminados dichos contratos.

Consulta N° 81.

Numeral 7.1 (Contratos de seguro), literal b). ¿Se exige sólo una póliza de todo riesgo o también se hace necesaria una póliza de todo riesgo construcción y/o montaje?

La elección de la "empresa especializada de reconocido prestigio internacional" para determinar la cuantía de la PMP, ¿compete sólo al Concesionario, o debe ser avalada de alguna forma por el Concedente?

Respuesta a la Consulta N° 81.

Al primer párrafo: La infraestructura en proceso de construcción o montaje, califica como Bienes de la Concesión, y por tanto debe ser asegurada conforme a la cláusula 7.1.

Al segundo párrafo: Compete sólo a la Sociedad Concesionaria.

Consulta N° 82.

Numeral 7.2 (Contratos de seguro), literal c). En caso de destrucción total y de acuerdo a las condiciones del mercado de seguros y las condiciones establecidas por los acreedores garantizados, el beneficiario de la póliza es la Sociedad Concesionaria, con la obligación que por indemnizaciones mayores el importe de ésta sea entregado a los acreedores garantizados. Adicionalmente se establece un orden de prelación que incluye a la Sociedad Concesionaria como uno de los beneficiarios del monto remanente luego de los pagos efectuados a los trabajadores, acreedores preferentes, otros acreedores, etc.

Debe tenerse en cuenta que nunca ha sido condición de los contratos de infraestructura de transmisión eléctrica que el Concedente sea quien cobre el importe de la indemnización y se encargue del pago a los acreedores siguiendo el orden de prelación contractualmente establecido. Esta exigencia podría traer problemas para conseguir el financiamiento dado que es usual que el beneficiario sean los acreedores garantizados o bien un fiduciario.

Respuesta a la Consulta N° 82

La cláusula 7.2 se mantiene sin modificaciones.





Consulta N° 83.

Numeral 7.3 (Contrato de seguro). En el caso de que el siniestro califique como Destrucción Total, consideramos que se va a requerir la participación de los acreedores garantizados para cualquier decisión respecto a la reconstrucción de la Línea Eléctrica.

Respuesta a la Consulta N° 83.

La cláusula 7.2 se mantiene sin modificaciones.

Consulta N° 84.

Numeral 8.0 (Régimen tarifario). Se establece en el borrador de Contrato: "*El contenido de esta cláusula será remitido posteriormente, luego de la opinión favorable de Osinergmim*". ¿Cuándo será remitida esta información? Es muy importante que este numeral sea de conocimiento de los Adquirientes con la debida anticipación para la preparación de las ofertas; ya que entendemos que en ese numeral se especificará el monto anual a reconocer por las Líneas Eléctricas y la forma de pago.

Respuesta a la Consulta N° 84.

La cláusula 8 será remitida con la anticipación debida. Asimismo, ver Respuesta a la Consulta N° 20.

Consulta N° 85.

Numeral 9.2 (Financiamiento de la Concesión), Literal d). Favor revisar la eliminación de este numeral ya que podría dificultar la obtención de financiamiento. Tener en cuenta que en anteriores Contratos BOOT los acreedores tienen la obligación de causar la extinción de los gravámenes siempre y cuando se haya realizado el pago.

Respuesta a la Consulta N° 85.

Ver Respuesta a la Consulta N° 22.

Consulta N° 86.

Numeral 9.3 (Financiamiento de la Concesión), literal b). ¿Cuáles son esas consideraciones de otra índole que pueden argumentar los acreedores para solicitar al Concedente la sustitución de la Sociedad Concesionaria?

Respuesta a la Consulta N° 86.

Son los contratos de deuda garantizada, los que pueden acotar cuáles son las consideraciones financieras o de otra índole, bajo las cuales cabe la aplicación de la 9.3.b).

Consulta N° 87.

Numeral 10.1 (Responsabilidad Contractual). Se observa que se están aplicando dos conceptos de fuerza mayor; diferenciando entre la etapa de ejecución de las obras y la etapa de operación. Consideramos que esta dualidad de conceptos podría implicar problemas de interpretaciones posteriores. De otro lado se está quebrando la línea de todos los contratos de infraestructura que definen la Fuerza Mayor basada en la debida diligencia del Concesionario.

Respuesta a la Consulta N° 87.

Ver Respuesta a la Consulta N° 25.





Consulta N° 88.

Numeral 10.2 (Responsabilidad Contractual). Para la definición de Fuerza Mayor se sugiere mantener la definición establecida en Contratos de Concesión de procesos anteriores, que es la siguiente:

“Para fines de este Contrato, el término “Fuerza Mayor” significará un evento, condición o circunstancia más allá del control razonable y previsible de la Parte que la invoca, la cual a pesar de sus esfuerzos razonables para prevenirla o mitigar sus efectos, causa un retraso o suspensión material de cualquier obligación impuesta bajo este Contrato, incluyendo, pero no limitándose a lo siguiente:

Los eventos considerados como fuerza mayor serán sin ser limitativos los siguientes:

- (i) cualquier acto de guerra externa (declarada o no declarada), invasión, conflicto armado, bloqueo, embargo, revolución, motín, insurrección, conmoción civil o actos de terrorismo; siempre que la afecten directamente.*
- (ii) cualquier paro o huelga de trabajadores que afecte directamente a la Sociedad Concesionaria por causas más allá de su control razonable, o que sean imprevisibles.*
- (iii) la existencia de una Causal de Suspensión tal como esta se entiende de acuerdo al Numeral 19.1;*
- (iv) cualquier terremoto, inundación, tormenta, huracán, tornado, tormenta eléctrica, incendio, explosión, o evento similar de la naturaleza, siempre que afecten de manera directa, total o parcialmente, al Sistema de Transmisión; y*
- (v) actos de Gobierno cuyo efecto o consecuencia impidan o limiten de manera directa y sustancial la prestación del Servicio.”*

Respuesta a la Consulta N° 88

Ver Respuesta a la Consulta N° 25.

Consulta N° 89.

Numeral 10.6 (Responsabilidad contractual). En relación al límite de penalidad establecido en la Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos para los transmisores, ¿se calculará solamente sobre los ingresos semestrales de esta nueva concesión, sea esta una empresa existente o una nueva Sociedad Concesionaria?

Respuesta a la Consulta N° 89.

Estése a lo dispuesto por la Norma. El Contrato no puede modificar la Norma.

Consulta N° 90.

Numeral 10.7 (Responsabilidad contractual). Confirmar que los montos establecidos para las sanciones monetarias establecidas en dicho numeral son por cada día calendario de atraso.

Respuesta a la Consulta N° 90.

Confirmado.

Consulta N° 91.

Numeral 10.7 (Responsabilidad contractual). Las sanciones relacionadas con atraso en la puesta en Operación Comercial deben asociarse únicamente a atrasos atribuibles a la Sociedad Concesionaria; es decir, se deben excluir los atrasos que obedezcan a permisos de terceros como licencias ambientales y otras autorizaciones como las mencionadas en el numeral 4.4 de este Contrato, siempre que la Sociedad Concesionaria acredite haber actuado con la debida diligencia para la obtención de estos permisos y autorizaciones.





Respuesta a la Consulta N° 91

Sugerencia no aceptada. La cuantificación anticipada del pago (10.7 ó 10.8), no implica que se prescinda del análisis de imputabilidad (Cláusula 10.1.).

Consulta N° 92.

Numeral 10.10 (Responsabilidad contractual), literal a). El plazo establecido resulta insuficiente para poder ejercer el derecho de defensa al cual se hace referencia en el inciso b).

Respuesta a la Consulta N° 92.

Ver Respuesta a la Consulta N° 30.

Consulta N° 93.

Numeral 11 (Garantías). Teniendo en cuenta la optimización de gastos, ¿es posible entregar pólizas de seguros de caución en lugar de las garantías bancarias mencionadas?

Respuesta a la Consulta N° 93.

No.

Consulta N° 94.

Numeral 11.1 (Garantías). La fianza bancaria por 40 millones de Dólares indicada en este numeral y cuyo modelo se adjunta en el Anexo 3 del Contrato, ¿es solo por la construcción de la infraestructura? ¿No se exige garantías para la etapa de operación de la Concesión como en Procesos Anteriores?

Respuesta a la Consulta N° 94.

Ver numeral 13 del acápite II de la presente Circular.

Consulta N° 95.

Numeral 12.1, (Terminación del Contrato), literal b). Confirmar que se refiere al Contrato de Concesión Definitivo establecido en el artículo 29° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Adicionalmente, se deberá tomar en cuenta que dicho Contrato tiene carácter indefinido por lo que no resulta adecuado referirse a la terminación del mismo.

Respuesta a la Consulta N° 95.

Al primer párrafo: Confirmado.

Al segundo párrafo: Contrato con plazo indefinido no significa que no pueda terminar.

Consulta N° 96.

Numeral 12.2 (Terminación del Contrato), literal b). ¿La demora en la entrada en operación comercial es sin causa justificada?

¿Por qué no lo hacen explícito como en el numeral d)?.

Respuesta a la Consulta N° 96.

Al primer párrafo: Ver cláusula 10.1.





Al segundo párrafo: Se elimina del literal d) la expresión "sin causa justificada".

Consulta N° 97.

Numeral 12.2 (Terminación del Contrato), literal d). El tiempo de 180 horas establecido es considerablemente menor al señalado en el artículo 36° de la Ley de Concesiones Eléctricas para caducidad de la Concesión Eléctrica, el mismo que es de 876 horas. Solicitamos revisen el sustento técnico de dicho valor.

Además solicitamos aclarar se entiende como "causa justificada", y

¿quien la califica?

¿Qué significa dejar de operar las líneas?

Respuesta a la Consulta N° 97.

Al primer párrafo: Se mantiene el valor indicado.

Al segundo párrafo: Ver segundo párrafo de la Respuesta a la Consulta N° 96.

Al tercer párrafo: Ver segundo párrafo de la Respuesta a la Consulta N° 96.

Al cuarto párrafo: Significa dejar de prestar el Servicio.

Consulta N° 98.

Numeral 12.2 (Terminación del Contrato), literal g). Sugerimos la eliminación de esta causal, pues una multa podría venir de cualquier organismo gubernamental, regional o local, siendo que en determinados casos las multas no guardan racionalidad con la infracción cometida en el supuesto que efectivamente se hubiera cometido. Además, esta causal no ha sido considerada anteriores contratos de concesión.

Respuesta a la Consulta N° 98.

Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 99

Numeral 12.3 (Terminación del Contrato). Sugerimos eliminar la facultad del Concedente de resolver unilateralmente el Contrato en caso de Destrucción Total. Esta sugerencia es en concordancia con la modificación que se propone a continuación para el numeral 12.5.

Respuesta a la Consulta N° 99

Ver Respuesta a la Consulta N° 6.

Consulta N° 100.

Numeral 12.5 (Terminación del Contrato), literal b). Sugerimos que en caso de Destrucción Total las Partes puedan ponerse de acuerdo respecto a la conveniencia técnica-económica de la terminación o no del Contrato en lugar de que sea una decisión unilateral de cualquiera de las Partes.

Respuesta a la Consulta N° 100.

Ver Respuesta a la Consulta N° 6.





Consulta N° 101.

Numeral 12.8 (Terminación del Contrato), literal c). Se solicita modificar que el interventor pueda ser un órgano de línea del Ministerio de Energía y Minas, considerando que no debe ser una persona vinculada ni al Concedente ni a la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 101.

Sugerencia no aceptada. Asimismo, ver Respuesta a la Consulta N° 38.

Consulta N° 102.

Numeral 12.8 (Terminación del Contrato) literal e). Los gastos totales que demande la intervención al final del plazo de la concesión que serán a cargo del Concedente mencionados en el literal e) deberían acotarse.

No serán de cargo de la Sociedad Concesionaria cuando las causas de la intervención sean imputables al Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 102.

Al primer párrafo: Sugerencia no aceptada.

Al segundo párrafo: La cláusula 12.8.e) queda redactada del siguiente modo: (...) *la Sociedad Concesionaria, excepto cuando la intervención se produzca por causa imputable al Concedente.*

Consulta N° 103.

Numeral 12.9 (Terminación del Contrato), literal b). Confirmar que este numeral únicamente aplica cuando existe Resolución o Terminación del Contrato por causas imputables a la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 103.

Confirmado.

Consulta N° 104.

Numeral 12.9 (Terminación del Contrato), literal e). Se hace referencia al inciso e).ii) anterior. Esta referencia no existe. Se solicita aclarar la referencia.

Respuesta a la Consulta N° 104.

Ver Respuesta a la Consulta N° 40.

Consulta N° 105.

Numeral 12.10 (Terminación del Contrato), literal a). Sugerimos precisar que al momento de entregar los bienes de la concesión por parte de la Sociedad Concesionaria se deberá suscribir un Acta de Entrega en la cual se establezcan las condiciones operativas en que se están entregando los bienes.

Respuesta a la Consulta N° 105.

La cláusula 12.10.e) queda redactada del siguiente modo:

(...) normal. Las partes suscribirán un acta de entrega.





Consulta N° 106.

Numeral 12.10 (Terminación del Contrato), literal d). Se sugiere la siguiente redacción: “Los contratos vigentes celebrados con terceros también serán objeto de transferencia, en la medida que el Concedente o el nuevo concesionario acepten la cesión”.

Respuesta a la Consulta N° 106.

Ver Respuesta a la Consulta N° 44.

Consulta N° 107.

Numeral 12.10 (Terminación del Contrato), literal f). En lo relacionado con los costos que se deriven, de ser el caso, de las cesiones de otros contratos, debe ser claro que estos costos los asume el Concedente o el nuevo concesionario, no la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 107.

Ver numeral 17 del acápite II de la presente Circular.

Consulta N° 108.

Numeral 12.10 (Terminación del Contrato), literal g). Aclarar que en todos los casos de terminación de la Concesión, la inafectación de todo tributo creado o por crearse para la transferencia al Estado de los Bienes de la Concesión es tanto para la Sociedad Concesionaria como para el Concedente.

Respuesta a la Consulta N° 108.

No es necesaria la aclaración solicitada.

Consulta N° 109.

Numeral 12.11 (Terminación del Contrato), literal b). Sugerimos retirar el límite del Valor Contable de los Bienes de la Concesión para el pago del saldo remanente a la Sociedad Concesionaria, en su calidad de accionista de la empresa y de acuerdo a los derechos que le establece la Ley de Sociedades (esto ha sido establecido en anteriores Contratos BOOT).

Respuesta a la Consulta N° 109.

Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 110.

Numeral 12.12 (Terminación del Contrato). Aclarar si los refuerzos que se mencionan en este numeral son los propios de la Concesión o son refuerzos nuevos.

En cuanto a la valoración de los mismos, siendo una actividad que puede valorarse con criterios objetivos, dentro de los parámetros de suministro establecidos para la ejecución de las actividades de la Concesión, se sugiere que en el Contrato se establezca un método de cálculo del valor remanente de los Refuerzos ejecutados.

Respuesta a la Consulta N° 110.

Al primer párrafo: Ver numeral 26 del Artículo 1° de la Ley N° 28832.





Al segundo párrafo: A OSINERGMIN corresponde reglamentar la forma de calcular el valor remanente de un Refuerzo.

La Cláusula 12.12 queda redactada como sigue:

(...) calculado por OSINERGMIN, y será pagado: i) por el concesionario entrante, en la oportunidad que asuma la operación de la instalación respectiva, o, ii) por el Estado, no más tarde que seis (6) meses después que dicha instalación deje de operar.

Consulta N° 111.

Numeral 12.12 (Terminación del Contrato). De acuerdo con este numeral, ¿cuál sería el tratamiento para los repuestos (sic) que en ese momento tenga la Sociedad Concesionaria?

Respuesta a la Consulta N° 111.

Los repuestos califican como Bienes de la Concesión. Si la consulta se refiere a Refuerzos, ver Artículo 8° del Reglamento de Transmisión.

Consulta N° 112.

Numeral 12.13 (Terminación del Contrato). Igual a la observación a realizada al Numeral 7.2 (Contratos de seguro), literal c). Es usual que los beneficiarios de los seguros sean los acreedores garantizados o un fiduciario.

Respuesta a la Consulta N° 112.

Ver Respuesta a la Consulta N° 6.

Consulta N° 113.

Numeral 12.14 (Terminación del Contrato), literal a). Por favor aclarar que la tasa del 12% corresponde a una tasa que se aplicaría a un flujo de caja neto en Nuevos Soles o Dólares y en términos reales o nominales.

También se solicita aclarar que se reconozca el valor invertido en libros a la fecha y no se interprete como el previsto al final de la Concesión.

Respuesta a la Consulta N° 113.

Al primer párrafo: La Cláusula 12.14.a).i), queda redactada del siguiente modo: (...) *neto en Dólares de la (...) 12%, tasa nominal efectiva anual.*

Al segundo párrafo: Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 114.

Numeral 13.3 (Solución de controversias). ¿Cómo se determinará que el experto seleccionado no esté capacitado para resolver las controversias?

Respuesta a la Consulta N° 114.

Es el propio experto seleccionado el que decide si se siente capacitado para resolver la controversia.





Consulta N° 115.

Numeral 14.5 (Miscelánea). En el mismo se establece la obligación de la Sociedad Concesionaria de ceder al Concedente todos los derechos relativos a los créditos de carbono que puedan derivarse de la existencia y explotación de la Línea Eléctrica ya sea en el marco del Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto o cualquier otro convenio o contrato preexistente o posterior al Contrato. Lo anterior en primer lugar, desincentiva la inversión de la Sociedad Concesionaria y del Adquirente en tecnologías limpias, puesto que el beneficio que pudiera obtenerse será para el Concedente; y lo que es más grave, dicha cesión podría implicar que se esté obligando al Adquirente o a la Sociedad Concesionaria a transferir gratuitamente y contra su voluntad parte del conocimiento que pudiera explotar incluso un tercero.

Respuesta a la Consulta N° 115.

Se elimina el actual Numeral 14.5 del Contrato.

Consulta N° 116.

Anexo 1 (Especificaciones del Proyecto). ¿Cuándo entregarán este anexo? Esta información es fundamental para la estructuración de la propuesta.

Respuesta a la Consulta N° 116.

Los Anexos 1A y 1B del Contrato correspondientes a las Especificaciones Técnicas de los Proyectos de las Líneas Eléctricas, se han remitido con la Circular N° 01.

Consulta N° 117.

Anexo 2 (Procedimiento de verificación de las Líneas Eléctricas). Los literales d) y e) tienen las letras a) y b).

Respuesta a la Consulta N° 117.

Se corrige las segundas a) y b) por c) y d).

Consulta N° 118.

Anexo 3 (Modelo de Garantía). El plazo de vigencia de la garantía objeto de este anexo no es concordante con el plazo a que hace referencia el numeral 11.2: "La garantía será devuelta a la Sociedad Concesionaria inmediatamente después de verificado el cumplimiento de la obligación a que se refiere la cláusula 4.9"; la que a su vez establece que "(...) El cumplimiento de esta obligación será evaluado en los tres (3) meses inmediatamente siguientes a la Puesta en Operación Comercial de ambas líneas".

Respuesta a la Consulta N° 118.

Ver numeral 13 del acápite II de la presente Circular.

Consulta N° 119

Anexo 4 (Telecomunicaciones). Este Anexo no se encuentra referenciado en el cuerpo del documento.

Respuesta a la Consulta N° 119.

Todos los anexos forman parte del Contrato.





ProInversión

Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Perú

Consulta N° 120.

Anexo 4 (Telecomunicaciones), Numeral 1, literal d). La Sociedad Concesionaria no será responsable por las fallas y efectos negativos en el Sistema Eléctrico, producidos como resultado de actividades relacionadas con el uso de las fibras ópticas otorgadas al Estado.

Respuesta a la Consulta N° 120.

Ver adjunto a la presente Circular, el nuevo texto del Anexo 4 del Contrato.

Consulta N° 121.

Anexo 4 (Telecomunicaciones), Numeral 2. Se establece que el Estado adquiere para sí, el derecho de uso gratuito sobre cuatro (4) pares de fibras ópticas iluminadas. Dados los costos del equipamiento, se sugiere que este derecho sobre las fibras ópticas iluminadas se condicione a que la Sociedad Concesionaria efectivamente ilumine el cable de fibra para prestar servicios de telecomunicaciones. En su defecto el Estado adquirirá únicamente el usufructo sobre 4 pares de fibras ópticas oscuras, dado que los equipos que se instalen para iluminar la fibra para uso propio de la Sociedad Concesionaria son equipos de menor capacidad. Los costos de iluminar la fibra para efectuar la entrega al Estado de los cuatro (4) pares de fibra óptica se elevarían considerablemente si la Sociedad Concesionaria no utilizara los mismos equipos para la prestación de servicio de telecomunicaciones.

De la misma forma lo señalado en los numerales a), e) y f) debería estar condicionado a que la Sociedad Concesionaria efectivamente preste servicios de telecomunicaciones. Caso contrario las obligaciones de la Sociedad Concesionaria deberán limitarse al mantenimiento de la fibra óptica.

Esta sugerencia se efectúa en base a la experiencia de las condiciones establecidas para brindar al Estado una reserva de capacidad cuando se presta servicios de telecomunicaciones a terceros utilizando infraestructura eléctrica.

Respuesta a la Consulta N° 121.

Ver Respuesta a la Consulta N° 120.

Consulta N° 122.

Anexo 4 (Telecomunicaciones), Numeral 2, literal b). Se sugiere la siguiente redacción: "El usufructo que adquiere el Estado, será utilizado únicamente para que las entidades estatales que designe, realicen actividades de prevención, promoción, desarrollo e inversión social en educación y salud; seguridad interior, seguridad ciudadana, defensa nacional, así como para asistir en situaciones de desastres y/o emergencias declaradas".

Respuesta a la Consulta N° 122

Ver Respuesta a la Consulta N° 120.

Consulta N° 123.

Anexo 4 (Telecomunicaciones), Numeral 2, literal d). Se sugiere la siguiente redacción: "La totalidad de los derechos reconocidos a favor del Estado solo podrían ser ejercidos por una o más entidades estatales que señale el Estado. Estos derechos no podrán ser usados para fines comerciales ni directa o indirectamente."

Respuesta a la Consulta N° 123.

Ver Respuesta a la Consulta N° 120.





Consulta N° 124.

Anexo 4 (Telecomunicaciones), Numeral 2, literal d). Todas las responsabilidades y obligaciones a cargo de la Sociedad Concesionaria con relación al servicio de Telecomunicaciones, deberán ser aplicadas al Estado frente al uso de sus 4 pares de fibras.

Respuesta a la Consulta N° 124.

Ver Respuesta a la Consulta N° 120.

Consulta N° 125.

Solicitamos poner a disposición de los Adquirientes un modelo de los "Contratos de concesión definitiva de transmisión eléctrica" mencionados en el numeral 1.3 del Contrato.

Respuesta a la Consulta N° 125.

Ni la formulación ni la suscripción de dicho contrato es parte del Concurso.

Consulta N° 126.

La Ley 28832 ha previsto que el Concedente adecuará la Norma Técnica de los Servicios Eléctricos (NTCSE) en los aspectos referentes al tratamiento de la transmisión. Al respecto, hacemos notar algunos de los problemas que tiene la actual NTCSE en cuanto a la transmisión:

- Las compensaciones que pagan los transmisores se centran en las interrupciones del servicio eléctrico, y no al tipo de servicio que brinda esto es la disponibilidad de sus activos.
- El pago de compensaciones por interrupciones se realiza con una fórmula que tiene en cuenta el número y la duración de las interrupciones del servicio eléctrico, multiplicada por la energía no servida y el costo de la energía no servida (350 US\$/MWh). La fórmula de cálculo hace que los montos de las compensaciones sean de un orden de magnitud que desincentiva, después de pocas horas de pasado el evento, tomar acciones de reposición. Por ejemplo, para una carga de 75 MW y 27 horas de interrupción se llega a un monto de 3 millones de Dólares, no guardando proporción el pago de compensaciones con los ingresos asociados a la instalación.
- El monto de las compensaciones está limitado al 10% de los ingresos semestrales de una empresa, por lo que un mismo evento lleva a que diferentes empresas paguen diferentes montos.
- En algunos casos las empresas transmisoras efectúan compensaciones por NTCSE, a pesar que en el semestre sólo hizo mantenimiento preventivo, ya que se pueden superar las tolerancias de interrupciones de las barras originadas por otras empresas que se suman a las originadas por el transmisor.

Estas deficiencias de la NTCSE podrían originar riesgos a las empresas transmisoras que pueden tener impacto en las ofertas. En tal sentido, sería recomendable que la modificación de la NTCSE se efectúe antes de la presentación de ofertas.

Respuesta a la Consulta N° 126.

Proinversión remitirá sus sugerencias al Ministerio de Energía y Minas.

Consulta N° 127

Pliego de Firmas

Sugerimos que el Contrato de Concesión no considere la intervención del Operador Precalificado.





Como se ha señalado anteriormente, todas las obligaciones del Contrato de Concesión deben ser asumidas única y exclusivamente por la Sociedad Concesionaria, en ese sentido, el Operador Precalificado responderá por el límite de su aporte en el capital de la sociedad.

En consecuencia, solicitamos que, además de eliminar la posibilidad que el Contrato sea firmado por el Operador, se modifiquen los términos de las Cláusulas 2.1.

Respuesta a la Consulta N° 127.

Ver Respuesta a la Consulta N° 2.

Consulta N° 128.

1.1 Disposiciones Preliminares. Base Legal

El Contrato debe incorporar como base legal el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, su Reglamento y demás normas aplicables al otorgamiento de concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, cuya aplicación se encuentra expresamente prevista por el artículo 6° del Reglamento de Transmisión.

Respuesta a la Consulta N° 128.

El Contrato se refiere a las leyes pertinentes como Leyes Aplicables.

Consulta N° 129

1.4 Disposiciones Preliminares. Definiciones.

- Sugerimos incorporar las siguientes definiciones por ser conceptos ya utilizados o que deben ser utilizados en el Contrato de Concesión: Bases, Caducidad de la Concesión, Clientes, Concedente, Contrato, Contrato de Concesión de Transmisión Eléctrica, Costos de Operación y Mantenimiento, Costo Total, Fecha de Vigencia de las Obligaciones, Servidumbres, Tarifa y Terminación del Contrato;
- Sugerimos modificar el concepto de Base Tarifaria. De acuerdo con la Ley N° 28832, se trata del monto anual a reconocer por las instalaciones del sistema garantizado de transmisión y que debe ser reflejado en la tarifa. Dicho importe será determinado como consecuencia del proceso de selección y estará constituido por la oferta económica, por lo que debe ser definido en esos términos.

Respuesta a la Consulta N° 129.

Sugerencias no aceptadas. Ver Cláusula 1.5 del Contrato.

Consulta N° 130.

2.1 Declaraciones y garantías del Operador Técnico

Como se ha señalado anteriormente, solicitamos que el Operador no efectúe declaraciones o asuma obligaciones en el Contrato. Todas las obligaciones del Contrato deben corresponder exclusivamente a la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 130.

Ver Respuesta a la Consulta N° 2.





Consulta N° 131.

2.2 Declaraciones y garantías del Concederte

Se han incorporado declaraciones y garantías que deberá efectuar el Concedente en favor del Concesionario y que son estándar en este tipo de contratos. Tales declaraciones tienen por objeto garantizar al concesionario la estabilidad del marco legal que se aplicará a la concesión, la remuneración de su inversión a través de la tarifa, así como su derecho a explotar las Líneas Eléctricas conforme a los términos del Contrato de Concesión.

Es importante incorporar tales declaraciones en la medida que éstas se encontrarán cubiertas por el contrato de garantía que deberá otorgar el Estado en el marco de las Leyes N° 26885, 25570 y 26348.

Respuesta a la Consulta N° 131.

Sobre la estabilidad del marco legal de las concesiones: Ni el Contrato ni las leyes citadas estabilizan el marco de legal de las concesiones.

Sobre la remuneración de la inversión a través de la tarifa: El Contrato obliga al Concedente a que la Sociedad Concesionaria sea remunerada en los términos del Contrato y las Leyes Aplicables.

Sobre el derecho a explotar las Líneas Eléctricas: El Contrato otorga a la Sociedad Concesionaria el derecho a explotar las Líneas Eléctricas en los términos del Contrato y las Leyes Aplicables.

Consulta N° 132.

3. Objeto del Contrato

Se sugiere restringir los alcances de la cláusula tercera, exclusivamente, a lo que es objeto del Contrato, de manera que aspectos como la vigencia y plazo contractual sean tratados en cláusulas independientes, por requerir un desarrollo específico.

Por otro lado, en relación con el objeto del contrato, sugerimos que éste sea redefinido conforme a las fórmulas estándares que se utilizan en los contratos de concesión celebrados al amparo del Decreto Supremo N° 59-96-PCM y que responden a la naturaleza de un contrato de concesión propiamente dicha, toda vez que la redacción original parece responder más a un contrato EPC (Engineering Procurement Construction) que a un contrato de concesión.

Respuesta a la Consulta N° 132.

El Contrato es un Contrato de Concesión. Ver el exordio así como las Cláusulas 1 y 1.4.e) del Contrato. También numerales 1.1, 1.2.10 y 1.2.14 de las Bases.

Consulta N° 133.

Fecha de Vigencia de las Obligaciones

Se ha incorporado el concepto de Fecha de Vigencia de las Obligaciones (FVO) el cual viene siendo utilizado en los contratos de concesión convocados por PROINVERSIÓN en los últimos años.

Este concepto permite suscribir el contrato y a la vez otorgar cierta flexibilidad a las partes para poder cumplir con las condiciones necesarias para su ejecución o para que el concesionario pueda gozar de todos los beneficios que el marco legal contempla para este tipo de contratos. Anteriormente a la incorporación de este concepto en los contratos de concesión, tales obligaciones debían ser cumplidas por las partes a la Fecha de Cierre; sin embargo, al tratarse de requisitos cuyo cumplimiento pocas veces depende exclusivamente de la voluntad de las partes, se generaban inconvenientes al tener que modificar la fecha de firma del contrato, ampliar el plazo de vigencia de la garantía de seriedad de la oferta de los postores, entre otros.





En consecuencia, se plantea la incorporación de la Fecha de Vigencia de las Obligaciones como la oportunidad en la cual se cumplen todas y cada una de los requisitos señalados, los cuales constituyen, en conjunto, una condición suspensiva para la vigencia de las obligaciones sustanciales de las partes (nos referimos a las obligaciones de construcción y operación de las Líneas Eléctricas, entre otros).

En ese sentido, sugerimos que se agregue como condiciones para la configuración de la FVO los siguientes requisitos, los cuales son estándar en este tipo de concursos:

- El Concedente deberá hacer entrega la Concesión de Transmisión Eléctrica, el cual constituye el título habilitante para que el concesionario pueda finalmente ejercer sus derechos en virtud del Contrato de Concesión. De allí la necesidad que éste instrumento se encuentre emitido previamente a la vigencia de las obligaciones del concesionario. Vale la pena señalar que en el caso de los contratos de concesión BOOT suscritos anteriormente, el Contrato de Concesión de Transmisión Eléctrica fue entregado a la Fecha de Cierre, por lo que se trata de una condición absolutamente razonable y estándar en la ejecución de este tipo de contratos;
- El Concedente debe haber realizado las gestiones y coordinaciones necesarias para la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica con los accionistas y la sociedad concesionaria. Como se ha explicado anteriormente, este requisito es indispensable en la medida que la inversión a acreditar en el Convenio de Estabilidad Jurídica estará dada por el capital de la Sociedad Concesionaria, el cual también estamos sugiriendo que quede acreditado como condición para la configuración de la FVO. En ese sentido, resulta indispensable la colaboración del Estado para que los convenios de estabilidad sean firmados antes del aumento de capital correspondiente al capital mínimo del concesionario. De esta manera se permite que exista un plazo prudencial para el ingreso del dinero a través del Sistema Financiero, la celebración de la Junta General de Accionistas de aumento de capital y su posterior inscripción en los Registros Públicos. Dicha obligación del Concedente y condición de Fecha de Cierre debe incluirse con independencia del importe establecido como capital mínimo, ya que corresponderá al adjudicatario decidir si suscribe o no el referido Convenio de Estabilidad Jurídica.
- El Concedente debe haber dictado la resolución suprema y suscrito el convenio de inversión que se requiere para que el concesionario pueda gozar del Régimen de Recuperación Anticipada del IGV. De no cumplir con este requisito se corre el riesgo que el concesionario no pueda acceder a un beneficio que el marco legal le otorga y que permite reducir significativamente los costos de inversión y, consiguientemente, realizar una oferta económica más competitiva que redunde en una tarifa menor para los usuarios.

Respuesta a la Consulta N° 133

A la primera viñeta: Sugerencia no aceptada. La Sociedad Concesionaria deberá tramitar la concesión definitiva de transmisión eléctrica (así como la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, imposición de servidumbres, etc.), como consecuencia precisamente, de la suscripción del Contrato.

A la segunda viñeta: Sugerencia no aceptada. La Sociedad Concesionaria podrá tramitar su convenio de estabilidad jurídica conforme a las Leyes Aplicables. El costo de las Líneas Eléctricas será con toda seguridad, muy superior al capital social inicial requerido en las Bases.

A la tercera viñeta: Sugerencia no aceptada. Ver Respuesta a la Consulta N° 51.

Consulta N° 134.

Plazo del Contrato

En concordancia con lo establecido en el Decreto Supremo N° 59-96-PCM, se debe precisar que los plazos del contrato serán extendidos en caso ocurran demoras en la ejecución de las prestaciones de cargo del concesionario que no le sean imputables. Un ejemplo de lo anterior es el supuesto de demoras por las Autoridades Gubernamentales en otorgar las concesiones o autorizaciones.





Cabe señalar que el artículo 36° c) de la norma citada, expresamente contempla el deber del Concedente de ampliar el plazo del contrato en caso de ocurrir demoras por acción u omisión del Estado, por lo que resulta obligatorio incorporar este supuesto al Contrato. Asimismo, resulta absolutamente congruente que lo mismo ocurra en los supuestos de Fuerza Mayor.

Adicionalmente, el artículo 36° antes mencionado señala que la ampliación del plazo debe ocurrir, sin perjuicio de las compensaciones a que hubiere lugar. Precisamente a partir de dicha disposición legal es que se sugiere la incorporación de un mecanismo que permita compensar al concesionario cualquier perjuicio económico que sufriera como consecuencia de este hecho.

Respuesta a la Consulta N° 134.

Al primer y segundo párrafo: Está previsto en el Contrato (cláusulas 10.1 y 10.2), que si a pesar de los esfuerzos razonables de la Sociedad Concesionaria para prevenir o mitigar los efectos, la acción u omisión indebidas de las Autoridades Gubernamentales causaran el cumplimiento tardío de alguna obligación sujeta a plazo, la Sociedad Concesionaria no será responsable.

Al tercer párrafo: Conforme a las Leyes Aplicables, el Concedente es responsable por los perjuicios que produzca el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Consulta N° 135.

Construcción de las Líneas Eléctricas

Se sugiere incorporar a esta cláusula la obligación del Estado de colaborar en la obtención de autorizaciones, imposición de servidumbres, así como facilitar el acceso y otorgar la ayuda de la fuerza pública en caso de ser necesario. Debe tenerse en cuenta que las Líneas Eléctricas discurrirán por una amplia extensión del territorio en la que existen una serie de autoridades locales, comunales, regionales, etc. Si bien es cierto que el concesionario es el obligado a tramitar los permisos, autorizaciones y servidumbres requeridos para ejecutar las obras, necesitará del apoyo del Estado para ello.

Por otro lado, tomando como modelo el contrato de concesión celebrado por el Estado para la ejecución del ducto de transporte de gas de Camisea, se ha considerado necesario poner un tope al importe que asumirá el concesionario por concepto de servidumbres. De no poner un monto límite, será muy difícil para los postores estimar el costo involucrado en la imposición de servidumbres, lo cual introducirá un elemento adicional de riesgo que conllevará a la presentación de ofertas más onerosas.

Asimismo, reconociendo que la imposición de un límite puede resultar insuficiente, se sugiere incorporar un mecanismo que permita ajustar la tarifa para reconocer los mayores costos incurridos o, alternativamente, la asunción por el Estado del diferencial.

Finalmente, en relación con esta sección, se sugiere incorporar una precisión en la cláusula 6.7, a efectos de dejar en claro que el contrato involucra dos etapas de construcción. Ello permitirá gozar del beneficio del Régimen de Recuperación Anticipada del IGV respecto de las obras en construcción, incluso si una de las Líneas ya se encuentra operativa.

Respuesta a la Consulta N° 135.

Al primer párrafo: Ver Respuesta a la Consulta N° 10.

Al segundo párrafo: Sugerencia no aceptada. Las Líneas Eléctricas no cruzarán áreas con densidad poblacional relevante.

Al tercer párrafo: Sugerencia no aceptada.

Al cuarto párrafo: Ver Respuesta a la Consulta N° 51.





Consulta N° 136.

Operación comercial

Se considera igualmente necesario que el Concedente colabore con el concesionario en la coordinación con las autoridades competentes a efectos de realizar las pruebas necesarias para poner en operación las Líneas Eléctricas.

Respuesta a la Consulta N° 136.

El Contrato y los Procedimientos de COES describen con gran detalle los procedimientos a seguir para poner a prueba las Líneas Eléctricas.

Consulta N° 137.

Contratos con terceros

Se sugiere precisar que, en el marco de los contratos con terceros, la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria respecto a las obligaciones asumidas en el contrato de concesión es frente al Concedente.

Por lo tanto, la Sociedad Concesionaria estará en libertad de trasladar ciertas responsabilidades (construcción, operación, suministro, etc.) a terceros, a efectos de poder efectuar una asignación eficiente de riesgos.

Asimismo, consideramos inconveniente que los contratos de financiamiento se sujeten a las condiciones previstas en esta cláusula (como por ejemplo, la posibilidad que el Concedente o el nuevo concesionario de por resueltos los contratos). Dicha posibilidad incorpora un nivel de riesgo que difícilmente será aceptado por quienes financiarán el proyecto o que de ser aceptado supondrá que el financiamiento resulta más oneroso lo cual conllevará a la presentación de ofertas más altas y a tarifas más altas.

Respuesta a la Consulta N° 137.

Al primer párrafo: Ver Cláusula 6.1.a).

Al segundo párrafo: La Sociedad Concesionaria no puede trasladar ninguna de sus responsabilidades bajo el Contrato a terceros. En el caso de las operaciones técnicas, la sociedad debe valerse obligatoriamente del Operador Técnico, sin que ello comporte un traslado de responsabilidad.

Al tercer párrafo: Ver Respuesta a la Consulta N° 18.

Consulta N° 138.

Seguros

Considerando que los Bienes de la Concesión serán del concesionario y que éste financiará su ejecución, sugerimos modificar la cláusula 9.2 c) a efectos que el concesionario pueda recuperar su inversión a través de la indemnización pagada por el seguro, en caso de destrucción total. De lo contrario se produciría, por un lado, un enriquecimiento sin causa del Estado, y, por el otro, una expropiación del patrimonio del concesionario.

Asimismo, resulta contradictorio con lo señalado en dicha cláusula que se permita al Concedente decidir si la indemnización será entregada o no al concesionario para reparar el siniestro y reanudar el servicio. Si se produce la pérdida total de la infraestructura, la reconstrucción debe suponer un nuevo proyecto por lo que no se debe perjudicar a los acreedores del concesionario ni al concesionario, al imponerle obligaciones que van más allá de lo que es objeto del contrato. Es por ello que sugerimos eliminar el último numeral de la cláusula de seguros.





Finalmente, en caso no se produjera una destrucción total de la infraestructura y el seguro no cubriese lo necesario para la reparación, debería proceder la aplicación de un mecanismo que permita al concesionario que se le remunere por los mayores gastos o inversiones incurridos. El concesionario no está obligado a invertir más allá del Monto de Inversión comprometido en su oferta económica.

Debe tenerse en cuenta que el no contemplar este tipo de mecanismos incrementan los riesgos del proyecto, haciéndolo más oneroso.

Respuesta a la Consulta N° 138.

Ver Respuesta a la Consulta N° 6.

Consulta N° 139.

Régimen Económico de la Concesión

- Como se ha señalado al inicio de este documento, resulta indispensable contar con las estipulaciones contractuales referentes al esquema tarifario. De lo contrario, será imposible para los postores realizar un análisis serio del proyecto. En ese sentido, reiteramos la necesidad de ampliar los plazos del cronograma y permitir la formulación de nuevos comentarios una vez que se cuente con información respecto a este punto.

- Equilibrio económico financiero:

La cláusula de equilibrio económico financiero es una estipulación estándar en los contratos de concesión y se encuentra expresamente prevista en el artículo 33° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

Los contratos de concesión de obra pública, como es el caso del Contrato, deben ser diseñados de forma tal que aseguren una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta de la concesión¹. Es decir que debe existir un equilibrio entre las inversiones efectuadas y los ingresos que el concesionario recibirá durante la vigencia del contrato.

Para lograr tal equilibrio, el concesionario debe elaborar su oferta económica realizando un cálculo de los costos en los que incurrirá a lo largo de la concesión, de los riesgos que deberá asumir, así como de la capacidad que tendrá de recuperar su inversión. Dicho cálculo se efectúa tomando en consideración los términos y condiciones del contrato de concesión, en la medida que es en este instrumento en el que quedan reflejados sus derechos y obligaciones.

Dado lo prolongado de los plazos necesarios para que el concesionario recupere su inversión mediante la explotación de la infraestructura, existe el riesgo de que durante la vida de la concesión surjan situaciones ajenas al control del concesionario, que alteren el equilibrio de las prestaciones contenidas en el contrato de concesión. La causa de dicha alteración puede originarse no sólo en el caso fortuito, sino en hechos imputables al Concedente, cuando la actuación de este último incide en los costos de explotación o en la percepción de los ingresos previstos por el contrato.

Precisamente a efectos de mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes ante la potestad que tiene el Estado de dar leyes y adoptar decisiones que inciden directamente en los costos y/o ingresos del contrato de concesión es que surge la necesidad de implementar la mencionada cláusula de reestablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

En tal sentido, solicitamos su incorporación y, para tales efectos se sugiere una redacción de cláusula que resulta similar a la de otros contratos de concesión.

¹ DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000. p. 462.





Respuesta a la Consulta N° 139.

A la primera viñeta: Ver Respuesta a la Consulta N° 20.

A la segunda viñeta: Ver Respuesta a la Consulta N° 53.

Consulta N° 140.

Financiamiento de la Concesión

Dada la envergadura de la inversión, consideramos indispensable otorgar un marco flexible, que permita al concesionario otorgar las garantías y constituir los gravámenes permitidos por el marco legal para esta clase de proyectos. De esta manera se facilitará la obtención del financiamiento necesario para la concesión, lo que obliga a la implementación de los mecanismos que los acreedores requieren para garantizar su crédito, incluidos aquellos en los que será necesaria la participación del Concedente.

Por tal razón, no es razonable ni conveniente pretender que los contratos de financiamiento cumplan con determinadas estipulaciones. Es el mercado el que dicta los términos aplicables para el financiamiento de cada proyecto, dependiendo de su naturaleza, el riesgo en la percepción de ingresos, la coyuntura política y económica mundial, etc.

Respuesta a la Consulta N° 140.

La Cláusula 9 del Contrato provee un marco flexible para el financiamiento de la Concesión.

Consulta N° 141.

Responsabilidad Contractual

Fuerza Mayor

- Sugerimos precisar el alcance de la fuerza mayor a efectos de incorporar conceptos que doctrinariamente son asimilables, tales como el hecho determinante de tercero.
- Asimismo, se sugiere incorporar expresamente la suspensión del plazo de la concesión durante el período en el cual se encuentre vigente el evento de fuerza mayor o sus efectos.

Penalidades

- Se sugiere sustituir el término sanción por penalidad, ya que la naturaleza jurídica de los conceptos contemplados en el Contrato es el de penalidades contractuales. Las sanciones, por el contrario, responden al ejercicio de la facultad punitiva del Estado y corresponden a una relación jurídica de naturaleza administrativa y no contractual.
- Asimismo, propones limitar los alcances de la responsabilidad a supuestos de dolo o negligencia grave.
- Por otro lado, proponemos acotar los términos de la penalidad prevista para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones relativas al componente nacional. Los términos originales de dicha cláusula atentan contra los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pudiendo incluso resultar en confiscatorios. En esa línea, resulta razonable que el concesionario pague una penalidad proporcional a su incumplimiento y no a la totalidad de la obligación, incluyendo aquel extremo en el que sí cumplió.

Respuesta a la Consulta N° 141.

A la primera viñeta: Sugerencia no aceptada.

A la segunda viñeta: Ver Respuesta a la Consulta N° 134.





A la tercera viñeta: Se ha elegido el género (sanción contractual) y no la especie (penalidad=cuantificación anticipada del resarcimiento), puesto que no necesariamente será el patrimonio del Estado el que sufra un menoscabo por el incumplimiento de las obligaciones respectivas.

A la cuarta viñeta: Ver Respuesta a la Consulta N° 28.

A la quinta viñeta: Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 142.

Terminación del Contrato

En relación con la intervención de la concesión, sugerimos que ésta se sujete a las disposiciones de las Leyes Aplicables, conforme corresponde. Asimismo, creemos que no existe justificación para que se tome la administración de la Sociedad Concesionaria 18 meses antes de finalizado el plazo de la concesión. Puede existir una coordinación previa, pero en ningún caso podría permitirse una intervención en la administración y en las decisiones técnicas cuando aun es la Sociedad Concesionaria la responsable por el cumplimiento de las disposiciones del contrato.

Lo anterior podría llevar a un incumplimiento del Contrato como consecuencia de las instrucciones dadas en el régimen de intervención, lo cual resulta inaceptable.

Respuesta a la Consulta N° 142.

Ver Respuesta a la Consulta N° 38.

Consulta N° 143.

Solución de Controversias

El arbitraje internacional constituye una garantía para los inversionistas reconocida en el artículo 63° de la Constitución y el artículo 17° del Decreto Supremo N° 59-96-PCM, motivo por el cual solicitamos su incorporación. Para tal efecto se sugiere una redacción similar a la de otros contratos de igual naturaleza.

Debe tenerse en cuenta que el arbitraje internacional tiene por finalidad otorgar un nivel de garantía y de credibilidad en el sistema que favorezca la inversión extranjera. Precisamente atendiendo a ello es que fue recogido como tal en la Constitución Política.

Asimismo, como señala el artículo 17° del Decreto Supremo N° 59-96-PCM, el arbitraje nacional o internacional podría ser implementado por el concesionario incluso si no se estipula en el contrato, motivo por el cual resulta razonable que el Contrato lo regule, estableciendo procedimientos y límites que se ajusten a los intereses de las partes.

Respuesta a la Consulta N° 143.

Sugerencia no aceptada.

Consulta N° 144.

Telecomunicaciones

Consideramos necesario precisar que la decisión del concesionario de realizar actividades de telecomunicaciones no debe afectar en modo alguno su derecho a percibir la tarifa conforme a los términos fijados al momento de presentar la oferta económica.





Asimismo, solicitamos modificar los alcances del derecho de usufructo que se impone a favor del Estado en relación con la disponibilidad de fibra óptica. Al respecto, consideramos que cuatro pares² de fibras ópticas es una cantidad excesiva para los requerimientos que podría tener el Estado en las materias señaladas en el Contrato (salud, funciones públicas), por lo que este número debe ser reducido. En todo caso, sugerimos que se modifique el proyecto en términos similares a la modificación incorporada el mes pasado en el contrato de concesión de Red de Energía del Perú S.A.

Asimismo, debe quedar claramente establecido que el Estado únicamente podrá utilizar dicha capacidad para los fines que le son propios y de manera directa, no debiendo ser posible su comercialización con terceros. En ese sentido, el Contrato debería prohibir que el Estado, bien directa o indirectamente, utilice esta capacidad para dar servicios o hacer la competencia a la Sociedad Concesionaria.

Respuesta a la Consulta N° 144.

Ver Respuesta a la Consulta N° 120.

II. El Comité Especial de PROINVERSION en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos, ha acordado las modificaciones a las Bases y Contrato siguientes:

1. En las Bases y Contrato se reemplaza la expresión "Mantaro-Cotaruse-Socabaya" por "Mantaro-Caraveli-Montalvo".
2. El inciso i) del numeral 3.1.3 de las Bases, queda redactado del siguiente modo:
No tiene por asesores, personal técnico, profesionales, ejecutivos o directivos, a Personas (...).
3. El inciso viii) del numeral 3.1.3 de las Bases, queda redactado del siguiente modo:
No han incumplido obligaciones contractuales o legales, que hayan originado la resolución de un contrato suscrito bajo el marco del proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, el TUO aprobado por D.S. 059-96-PCM, o la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.
4. El numeral 5.1.5 de las Bases, queda redactado del siguiente modo:
El Operador Calificado, y en su caso cada uno de los integrantes del Consorcio, deberán presentar la constancia que emitirá CONSUCODE, de no estar inhabilitados para participar en procesos de selección ni para contratar con el Estado. Lo propio hará la Sociedad Concesionaria, en caso ésta preexista al Concurso.
5. Se agrega en las Bases el numeral 6.4, con el tenor siguiente:
La suscripción del Contrato no afecta el deber de la Sociedad Concesionaria o sus Empresas Vinculadas, de cumplir, de ser el caso, las condiciones a las cuales se sujetaron las autorizaciones de operaciones de concentración conforme a la Ley N° 26876, o las condiciones de igual naturaleza que la Autoridad Gubernamental imponga posteriormente.



² Debe tenerse en cuenta que la tecnología actual permite que las fibras ópticas sean utilizadas de manera bidireccional por lo que ya no se hace referencia a "pares" de fibra óptica.





6. El numeral 1 del acápite 2 del anexo 2 de las Bases, queda redactado del siguiente modo:

(...) proporcional, del siguiente modo:

$$Px = (CTm / CTx) * 100$$

Donde:

Px: Puntaje del Postor X.

CTm: Costo Total más bajo.

CTx: Costo Total propuesto por el Postor X.

7. Pliego de Firmas del Contrato:

- En la columna de la derecha que figura debajo de "Suscripciones que se realizan antes de la Fecha de Cierre (para presentar sobres 1 y 2)", se reemplaza "razón social del Operador" por "Razón social de la empresa".
- En la columna de la izquierda que figura debajo de "Suscripciones que se realizan en la Fecha de Cierre", se reemplaza "Razón social del Operador" por "razón social de la Sociedad Concesionaria".

8. El primer párrafo de la Cláusula 2.1 del Contrato, queda redactado del siguiente modo: *(...) la veracidad y exactitud (...)*

9. En el primer párrafo de la Cláusula 3.1 del Contrato, se reemplaza "Caducidad de la Concesión" por "Terminación del Contrato".

10. Se agrega un segundo párrafo en la Cláusula 4.5 del Contrato, con el tenor siguiente:

En el mismo plazo, entregará también el proyecto de ingeniería de las Líneas Eléctricas.

11. Se agrega en el Contrato la Cláusula 5.10, con el tenor siguiente:

La Sociedad Concesionaria no tiene derecho a cuestionar en modo o fuero alguno, el Refuerzo a ejecutarse ni la Base Tarifaria que OSINERGMIN hubiese aprobado para el Refuerzo. Sólo puede ejercer o no ejercer su derecho de preferencia.

Si la Sociedad Concesionaria no ejerciera su derecho de preferencia para ejecutar un Refuerzo en la forma y tiempo dispuestos por las Leyes Aplicables, el Concedente remitirá a la Sociedad Concesionaria una comunicación indicando las facilidades que ésta deberá brindar durante el proceso de licitación, los estudios que deberá efectuar, así como las facilidades, coordinaciones y distribución de responsabilidades para la construcción, operación y mantenimiento del Refuerzo. Si la Sociedad Concesionaria discrepara en todo o en parte con la referida comunicación, la controversia se resolverá con arreglo a la Cláusula 13. El inicio del proceso de licitación del Refuerzo no está sujeto a que concluya el arbitraje.

12. Se agrega en el Contrato la Cláusula 10.11, con el tenor siguiente:

Será sancionada con el pago de US\$ 3'000,000.00 (Tres Millones de Dólares), la ocurrencia de cualquiera de los eventos siguientes:

- El incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, de un Mandato de Conexión dispuesto por OSINERGMIN o la Autoridad Gubernamental competente, siempre que dicho mandato haya quedado firme en sede administrativa, y en sede judicial si se hubiese interpuesto el contencioso respectivo.*
- La declaración formulada por la Autoridad Gubernamental competente, de que la Sociedad Concesionaria ha realizado actos o conductas que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado eléctrico o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia en el mismo, siempre que dicha declaración haya quedado firme en sede administrativa, y en sede judicial si se hubiese interpuesto el contencioso respectivo*





- c) *Si la Sociedad Concesionaria hubiese contraído deuda garantizada incumpliendo lo dispuesto en la Cláusula 9.2.*
- d) *El incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, de lo dispuesto en el laudo a que se refiere el segundo párrafo de la Cláusula 5.10 del Contrato, o en la comunicación a que se refiere el primer párrafo de la misma Cláusula, según corresponda.*

También se aplican para esta sanción las reglas de las Cláusulas 10.9 y 10.10.

13. La Cláusula 11 del Contrato queda redactada del siguiente modo:

11.0 Garantías.

11.1 *A fin de garantizar el pago de las sanciones que establece la cláusula 10.7, la Sociedad Concesionaria entregará al Concedente una fianza bancaria, conforme a las reglas siguientes:*

- a) *La fianza será emitida por cualquiera de las entidades bancarias indicadas en el anexo 3 de las Bases, siguiendo el formato y por el monto que indica el anexo 3 del Contrato. Su entrega es requisito para el cierre del Concurso.*
- b) *La fianza será devuelta a la Sociedad Concesionaria no más tarde que Diez (10) Días después de producida la Puesta en Operación Comercial de ambas Líneas Eléctricas.*
- c) *En caso de atraso de la Puesta en Operación Comercial, la fianza deberá ser renovada o prorrogada hasta que se pague la sanción o se resuelva en definitiva que no procede el pago de ninguna sanción, según sea el caso.*

11.2 *A fin de garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones que le corresponden conforme al Contrato y las Leyes Aplicables, incluyendo el pago de las sanciones estipuladas en las Cláusulas 10.8 y 10.11, la Sociedad Concesionaria entregará al Concedente una fianza bancaria, conforme a las reglas siguientes:*

- a) *La fianza será emitida por cualquiera de las entidades bancarias indicadas en el anexo 3 de las Bases, siguiendo el formato y por el monto que indica el anexo 3-A del Contrato. Su entrega es requisito para la aprobación del informe final a que se refiere la Cláusula 5.3.*
- b) *La fianza será devuelta a la Sociedad Concesionaria no más tarde que un (1) mes después de concluida la transferencia de los Bienes de la Concesión, siempre que no subsista ninguna controversia relativa al Contrato o su terminación*
- c) *La fianza deberá ser renovada o prorrogada hasta que se complete la transferencia de los Bienes de la Concesión o mientras subsistan controversias relativas al Contrato o su terminación.*

11.3 *Si llegado su vencimiento las fianzas no son renovadas o prorrogadas conforme a las Cláusulas 11.1 y 11.2, el Concedente podrá ejecutar totalmente la garantía respectiva, en cuyo caso los fondos resultantes de la ejecución se constituirán automáticamente, sin necesidad de aprobación adicional, en la garantía correspondiente, hasta el momento en que la Sociedad Concesionaria entregue al Concedente una nueva garantía. Entregada ésta, el Concedente procederá en el plazo de tres (3) Días a entregar a la Sociedad Concesionaria los fondos resultantes de la ejecución de la garantía original, sin intereses y deducidos los gastos correspondientes.*

11.4 *Las garantías a que se refieren las cláusulas 11.1 y 11.2 son distintas e independientes de la indicada en el artículo 25.i) de la Ley de Concesiones Eléctricas.*





14. Como consecuencia de las modificaciones en la Cláusula 11 del Contrato, debe considerarse lo siguiente:

- El numeral 5.1.3 de las Bases, queda redactado como sigue: (...) de la **primera Garantía** emitida (...) de acuerdo al formato **del Anexo 3 del Contrato**; así como (...).
- En el Índice del Contrato, el Anexo 3 pasa a denominarse “Formato de primera Garantía”
- El título del Anexo 3 del Contrato, pasa a denominarse “Formato de primera Garantía”.
- Se agrega en el Índice del Contrato: “Anexo 3-A Formato de segunda Garantía”.
- Se agrega al Contrato, el Anexo 3-A, cuyo tenor se adjunta a la presente Circular.
- El literal c) de la Cláusula 12.2 del Contrato queda redactado del siguiente modo: *No renovara o no prorrogara las garantías, conforme a lo previsto en la Cláusula 11.*
- La Cláusula 13.6 queda redactada del siguiente modo: (...) *obligaciones garantizadas con fianza conforme a la Cláusula 11, si fuera aplicable (...).*

15. Se agrega en el Contrato la Cláusula 12.15, con el tenor siguiente:

A los efectos del literal l) de la Cláusula 12.2 del Contrato, se considerará que constituye incumplimiento injustificado, grave y reiterado, la ocurrencia de cualquiera de los eventos indicados en el segundo párrafo de la Cláusula 5.10 del Contrato.

16. En la Cláusula 12.2.k) se reemplaza “Contratará los contratos de financiamiento” por “Contrajera deuda garantizada”.

17. Se agrega el literal h) de la cláusula 12.10 del Contrato, con el tenor siguiente:

Todos los costos y gastos que demande la transferencia de los Bienes de la Concesión, serán de cargo de la Sociedad Concesionaria.

Atentamente,



[Handwritten signature]
Jose Eduardo Chueca Romero
Presidente del Comité de PROINVERSIÓN
en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos





ProInversión

Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Perú

Anexo N° 3-A

Formato de segunda Garantía

.. (ciudad) .. de .. de 20 ..

Señores

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Av. de las Artes N° 260, San Borja

Perú.-

Referencia: Contrato de Concesión SGT de la LT Mantaro-Caravelí-Montalvo y L.T. Machupicchu-Cotaruse

Por la presente y a solicitud de nuestros clientes, señores _____, constituimos esta fianza solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y de realización automática, por la suma de Siete Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 7 000 000.00) a favor de ustedes, para garantizar que ____ (la Sociedad Concesionaria)____, cumpla las obligaciones que a ésta corresponden según el contrato de la referencia.

El pago de esta garantía se hará efectivo de manera automática y sin necesidad de acto posterior por parte de ustedes, al recibir nosotros una solicitud escrita en tal sentido.

Nuestras obligaciones bajo la presente garantía, incluyendo el pago del monto garantizado, no se verán afectadas por cualquier disputa entre ustedes, nuestros clientes, ____ (la Sociedad Concesionaria)____ o cualquier otra persona, relativa al contrato de la referencia o a cualquier otro asunto o contrato.

El plazo de vigencia de esta garantía será de ____ meses, contado a partir de ____.

Cualquier demora de nuestra parte para pagar el monto de esta garantía, a partir de la fecha en que sea requerida por ustedes conforme a los términos que aquí se indican, devengará un interés equivalente a la tasa LIBOR a un año más un margen de 3%. La tasa LIBOR aplicable será la establecida por el Cable Reuter diario que se reciba en Lima a horas 11:00 a.m., debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que sea exigido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.

Salvo indicación expresa en sentido contrario, los términos utilizados en esta garantía tienen el mismo significado que se les atribuye en las Bases.

Atentamente,





Anexo N° 4

Telecomunicaciones

Conforme al Anexo 1 del Contrato, el soporte para el sistema de telecomunicaciones debe ser brindado entre otros, por cables de fibra óptica. En esa razón, se pacta lo siguiente:

1. El Estado adquiere el derecho de usufructo gratuito sobre el 20% de la capacidad total de transmisión de telecomunicaciones (fibras ópticas iluminadas), que la Sociedad Concesionaria tenga instalada y operativa en cualquier momento, y en toda la longitud de las Líneas Eléctricas. Este derecho se sujeta a las Leyes Aplicables, el Contrato y las reglas siguientes:
 - a) El usufructo comprenderá el acceso directo a los equipos de derivación (Adm., conmutadores o cualquier dispositivo similar) e instalaciones conexas (como la energía), y en general a cualquier otra facilidad que le permita extraer las señales de las indicadas fibras. La entrega de capacidades al Concedente se producirá en la subestación más cercana a las ciudades o lugares a los que se quiera dotar de servicio. Las capacidades se entregarán en interfaz óptica o eléctrica, a elección del Concedente. En éste último caso, el Concedente podrá ubicar los equipos de radio necesarios en las instalaciones de telecomunicaciones de la Sociedad Concesionaria.
 - b) La capacidad cedida será utilizada únicamente para que las entidades estatales o los particulares que el Concedente designe, realicen actividades de prevención, promoción, desarrollo e inversión social en educación y salud; seguridad interior, seguridad ciudadana, defensa nacional, así como para asistir en situaciones de desastres y/o emergencias declaradas. El usufructo del Concedente no podrá ser usado para fines comerciales directa o indirectamente.
2. La Sociedad Concesionaria podrá desarrollar servicios de telecomunicaciones con carácter comercial directamente o a través de operadores de telecomunicaciones, sujetándose a lo que disponga el Contrato, las Leyes Aplicables y las reglas siguientes:
 - a) Si transcurridos tres (3) años desde la Puesta en Operación Comercial, la Sociedad Concesionaria u otras personas, no prestaran servicios públicos de telecomunicaciones con carácter comercial, pese a que la capacidad total de transmisión (iluminada o no), excede las necesidades del Concedente y las necesidades propias de la Sociedad Concesionaria, entonces el Concedente o la entidad que éste designe organizará una o más licitaciones privadas de difusión pública, con el objeto de que terceros tengan acceso a la capacidad remanente, con el fin de prestar servicios públicos de telecomunicaciones con carácter comercial.
 - b) A fin de organizar la licitación indicada en el literal a) anterior, el Concedente comunicará a la Sociedad Concesionaria, las bases de la licitación y el proyecto de contrato respectivos, incluyendo la retribución que recibirá la Sociedad Concesionaria por el acceso a la fibra óptica (iluminada y/o oscura), y los servicios e instalaciones conexas. Si la Sociedad Concesionaria discrepara en todo o en parte con las bases o el proyecto de contrato, se producirá una Controversia Técnica que deberá ser resuelta conforme a la Cláusula 13.3 del Contrato.
3. La fibra óptica y los equipos y servicios complementarios o conexas, forman parte de los Bienes de la Concesión. Los contratos o acuerdos que suscriba la Sociedad Concesionaria con terceros, con relación a los servicios de telecomunicaciones, no podrán exceder el plazo del Contrato y culminarán simultáneamente con la terminación del Contrato.
4. Las actividades de telecomunicaciones deberán efectuarse de manera tal que no se limite ni se ponga en riesgo la continuidad y seguridad del servicio de transmisión eléctrica.
5. Nada de lo establecido en el presente anexo afectará la Base Tarifaria.

