

Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC); y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”

## **COMENTARIOS Y/O SUGERENCIAS DE LOS INTERESADOS A LA SEGUNDA VERSIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN**

### **SUGERENCIA Nro. 1. Cláusula 4, NUMERAL 4.3, SEGUNDO Y CUARTO PÁRRAFO**

Este numeral regula la suspensión del plazo del cumplimiento de los hitos del Contrato de Concesión por acción indebida u omisión de la Autoridad Gubernamental. Según este numeral, se considera como acción u omisión de la Autoridad Gubernamental.

La aprobación de la ingeniería a nivel definitivo es uno de los requisitos para iniciar la ejecución de la obra, por lo que, cualquier demora injustificada en la emisión de la opinión técnica favorable a cargo del Osinergmin, impacta en la ruta crítica del proyecto.

A pesar que nos parece evidente que la opinión técnica favorable la emite una Autoridad Gubernamental; que dicha opinión es el primer paso para obtener la Puesta en Operación Comercial y que es posible que la demora en la emisión de la opinión técnica favorable se deba a acción indebida u omisión, se sugiere incluir expresamente dentro este supuesto a las demoras en la emisión de la opinión técnica favorable sobre el proyecto de ingeniería a nivel definitivo, conforme a la cláusula 4.4, ya que, en otros proyectos, el Concedente no ha reconocido que tal demora se encuentra dentro de los supuestos del segundo párrafo de la cláusula 4.3, lo que no es equitativo. Proponemos el siguiente texto del segundo párrafo de la cláusula 4.3.:

*4.3. Los hitos señalados en el Anexo 7 deberán producirse en los plazos máximos previstos en dicho anexo, sin perjuicio de la suspensión de plazos indicados en la presente cláusula y en la Cláusula 10.*

...

*La acción indebida u omisión de la Autoridad Gubernamental Competente debe entenderse como la paralización o demora en la **obtención de opinión técnicas, en la** aprobación de autorizaciones relacionadas con la POC, así como en el otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y otros derechos superficiales similares necesarios para la construcción del Proyecto (pese a que el CONCESIONARIO haya cumplido, en forma y en fondo, con todos los requisitos y procedimientos exigidos por la Autoridad Gubernamental Competente, conforme con las Leyes y Disposiciones Aplicables).*

...”

### **SUGERENCIA Nro. 2. CLAUSULA 4, NUMERAL 4.10**

En este numeral se señala que *“El proyecto de ingeniería a nivel definitivo podrá ser objeto de un pedido razonable y justificado de modificación por parte del CONCEDENTE o de la Empresa Supervisora motivado por una Autoridad Gubernamental Competente, de conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables, para el otorgamiento de los derechos, licencias y autorizaciones requeridas conforme al Contrato y ser registrado en el cuaderno de obras”.*

Al respecto, sugerimos eliminar esta disposición, debido a que crea condiciones de incertidumbre respecto a los costos en los que incurrirá el Concesionario por los suministros del proyecto y también notamos que, cualquier modificación a la ingeniería

**Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”**

definitiva aprobada en un proyecto en curso, generaría impactos en el cronograma previsto no atribuibles al Concesionario, con lo cual, el impacto de dichas modificaciones a la ingeniería definitiva, afectarían al costo y al plazo del proyecto en perjuicio del Concesionario.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la aprobación del proyecto a nivel de ingeniería definitiva determina los suministros que se van a adquirir para el proyecto. Por tanto, si se habilita al Ministerio a modificar la ingeniería definitiva de forma posterior a su aprobación, podría requerirse al Concesionario equipamiento que no se encontraba previsto inicialmente, lo que podría incrementar los costos del proyecto. Además de ello, podría propiciar a que se adquieran nuevos suministros, lo que afectaría los plazos de compra, recepción y puesta en sitio de los suministros.

Cabe indicar que en el mismo numeral 4.10 se ha planteado que *“Las modificaciones o correcciones reguladas en la presente cláusula no podrán generar, bajo ningún supuesto, reconocimiento de monto alguno a favor del CONCESIONARIO ni reducirlos Niveles de Servicio ni los plazos máximos indicados en el Anexo 7”*.

Esto expondría al Concesionario a asumir costos que no se encontraban previstos aún con la ingeniería definitiva aprobada, con lo que el riesgo de suministro no puede ser acotado, lo que atenta contra el espíritu de las APP en cuanto los riesgos deben atribuirse de manera determinada.

### **SUGERENCIA Nro. 3 CLAUSULA 10, NUMERAL 10.5**

En el numeral 10.5 se indica lo siguiente:

*“La Parte que se vea afectada por un evento de fuerza mayor o caso fortuito deberá informar dentro de las siguientes setenta y dos (72) horas de haber ocurrido o haberse enterado”*

Sobre el particular, sugerimos que el plazo sea establecido en días hábiles, debido a que consignar el plazo en días calendario ES MUY REDUCIDO, para que el Concesionario pueda documentar, redactar, comunicar los eventos de fuerza mayor que ocurran.

Cabe indicar que un plazo en días calendario tan corto (como son 72 horas) no es equitativo, por la distancia, la posibilidad de interrupción de las comunicaciones, la posibilidad, en el caso de fuerza mayores graves de que no existan posibilidades de acceder o de recibir la información necesaria para la comunicación de la fuerza mayor. Un plazo tan corto genera que el riesgo de un tal evento afecte al Concesionario de manera inequitativa. Por ejemplo, el caso de una fuerza mayor ocurrida en un día no laborable, en feriados largos, en fin de semana. Las 72 horas a que se refiere la cláusula 10.5. es injusta y proclive a abusos.

Sugerimos el siguiente texto:

*“La Parte que se vea afectada por un evento de fuerza mayor o caso fortuito deberá informar **dentro de los siete días siguientes** de haber ocurrido o haberse enterado”*

Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”

**SUGERENCIA Nro. 4 CLAUSULA 14, SEGUNDO PARRAFO DEL ROMANILLOS II, DEL SEGUNDO PARRAFO DEL LITERAL B) DEL NUMERAL 14.7.**

La cláusula 14.7.b) ii segundo párrafo indica lo siguiente:

ii. ...

*Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE en representación del Estado de la República del Perú podrá declarar que al CONCESIONARIO se le considerará como “Nacional de otro Estado Contratante” si es que se encuentra sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal.*

Entendemos que el Concedente, en aplicación del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, solo reconocerá al Concesionario que sea un Nacional de otro Estado Contratante en la medida que el Concesionario se encuentre bajo control extranjero de un país con el que Perú tiene un tratado de protección de inversiones.

Consecuentemente, sugerimos adecuar el texto contractual a tal principio, para lo que se sugiere el siguiente texto:

ii. ...

*Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE en representación del Estado de la República del Perú **reconocerá al CONCESIONARIO** como “Nacional de otro Estado Contratante” si es que se encuentra sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal.*

**SUGERENCIA Nro. 5 CLAUSULA 4.1, TERCER PARRAFO.**

En el tercer párrafo de la cláusula 4.1 se indica lo siguiente:

*Asimismo, el CONCESIONARIO debe obtener los permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y otros derechos superficiales y similares, conforme a los requisitos y trámites exigidos por las Leyes y Disposiciones Aplicables. Para tales efectos, se deberá cumplir con la prioridad en trámites dispuesta en el artículo 10 del Decreto Legislativo Nro. 1362.*

La referencia al artículo 10 es errónea, sugerimos modificar la referencia al artículo 12.

**Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”**

### **SUGERENCIA Nro. 6 .- CLAUSULA 10.3.h**

En la cláusula 10.3.h se indica lo siguiente:

*“10.2. Ninguna de las Partes será imputable por la inejecución de una obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, si es provocada por fuerza mayor o caso fortuito.*

*10.3. Para fines de la Cláusula 10.2, fuerza mayor o caso fortuito es un evento, condición o circunstancia no imputable a las Partes, indistintamente, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impida a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o cause su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

*El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenir o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento.*

*La fuerza mayor o caso fortuito incluye, pero no se limita a lo siguiente, siempre que el hecho satisfaga la definición que antecede:*

...

*h). La eventual confiscación o requisa de los Bienes de la Concesión y su imposibilidad de recuperación, ocasionados por orden de cualquier autoridad, por causas no imputables al CONCESIONARIO, que afecten gravemente la ejecución del Contrato impidiendo al CONCESIONARIO cumplir con las obligaciones a su cargo.*

Siendo el efecto de la fuerza mayor uno de inimputabilidad de las Partes, el literal h) permitiría a una “autoridad” cualquiera confiscar Bienes de la Concesión, sin que el Concedente Estado Peruano puede ser imputable de responsabilidad. Lo que evidentemente no es equitativo.

Sugerimos eliminar la cláusula. 10.3.h.

### **SUGERENCIA Nro. 7 .- ANEXO 7.**

En el Anexo 7 se incluye una tabla con los plazos máximos para la obtención de los Hitos del contrato. Al respecto, indicamos que la diferencia de plazo entre el hito de obtención del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, aprobado por la Autoridad Gubernamental Competente y el Hito de Cierre Financiero en la tabla indicada es de 2 meses, este tiempo de separación entre ambos hitos es insuficiente debido a que, para terminar la Due Diligence técnica que forma parte del financiamiento de este tipo de proyectos, es un requisito indispensable por parte de las entidades financieras, solicitar que los proyectos en evaluación hayan obtenido su certificación ambiental, por lo anterior, proponemos que la separación entre ambos hitos sea de 5 meses, desplazando el Hito de Cierre Financiero del Proyecto del mes 29 al mes 32.

Nuestra propuesta modificaría la tabla del Anexo 7 de la siguiente manera:

**Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”**

<b>Hitos</b>	<b>Plazo en meses</b>
1.- Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, aprobado por la Autoridad Gubernamental Competente.	27
2.- Cierre Financiero del Proyecto.	32
3.- Llegada al correspondiente sitio de obra del banco de autotransformadores al que se refiere el Anexo 1 del Contrato.	41
4.- Puesta en Operación Comercial.	50

---

Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”

### CONSULTA N° 1

#### **Referencia a los Contratos materia de consulta:**

Numeral 3.3.1 del Anexo 1 de los Contratos 1, Contrato 2 y Contrato 3.

#### **Consulta:**

El numeral 3.3.1 contiene coordenadas para la ubicación de las nuevas subestaciones eléctricas, precisando que *“La subestación se construirá en un radio de distanciamiento no mayor de 1 km desde la ubicación propuesta según las coordenadas indicadas. Excepcionalmente y por impedimento de carácter técnico (constructivo y/o de acceso), arqueológico, ambiental o predial, se podrá examinar una distinta ubicación, la que estará contigua o lo más cercana posible al límite de distanciamiento señalado”*.

En esta línea de ideas, consideramos que la reubicación de las nuevas subestaciones eléctricas no debería estar limitado a un “impedimento o imposibilidad” sino a la conveniencia o eficiencia técnica del Proyecto, más aún considerando que el Concesionario es quien asume los riesgos técnicos, financieros, y constructivos del Proyecto, asimismo es responsable de definir el trazo final del Proyecto.

### CONSULTA N° 2

#### **Referencia a los Contratos materia de consulta:**

Numeral 2.11 del Contrato 1 y Contrato 3  
Numeral 3.1, literal e), del Anexo 1 del Contrato 2.

#### **Consulta:**

Si bien el Contrato 1 y Contrato 3 establecen que el *“el CONCEDENTE tramitará la solicitud de emisión de compatibilidad al SERNANP para la opinión previa técnica vinculante”*, tenemos que el Contrato 2 no contiene similar estipulación. En ese sentido, solicitamos se sirvan a aclarar si ¿El proyecto no requiere la emisión de compatibilidad de el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) o la misma ya fue obtenida por el Concedente? En este último caso, solicitamos publicarla juntamente con los documentos del proyecto.

De otro lado, si bien el Anexo 1 del Contrato 2 señala que SERNANP certifica que el trazo referencial del proyecto no se superpone a un Área Protegida Natural o Zona de Amortiguamiento, ello no necesariamente sería vinculante para el trazo definitivo. Por lo que, sugerimos que se incluya lo establecido en el Numeral 2.11 del Contrato 1 y Contrato 3 al Contrato 2.

### CONSULTA N° 3

#### **Referencia a los Contratos materia de consulta:**

Numeral 6.1 y Anexo 3 del Contrato 1, 2 y 3.

#### **Consulta:**

Si bien el Numeral 6.1 del Contrato 2 y 3 precisa que *“En los contratos o acuerdos que el CONCESIONARIO celebre con los Acreedores Permitidos u otros acreedores financieros, deberá estipularse que el CONCEDENTE no es responsable por los derechos u obligaciones derivados de los contratos con el CONCESIONARIO (...)*” (Subrayado y resaltado nuestro), tenemos que el

**Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”**

Contrato 1 no incorpora la frase subrayada anteriormente. En ese sentido, solicitamos se sirvan aclarar ¿qué se entiende por “otros acreedores financieros”.

Asimismo, solicitamos que se uniformice la redacción del Contrato 1, Contrato 2 y Contrato 3, ya sea con la incorporación de la definición del término “otros acreedores financieros” o su eliminación en los referidos contratos.

#### **CONSULTA N° 4**

##### **Referencia a los Contratos materia de consulta:**

Numeral 9.3 y 9.11 del Contrato 1, Contrato 2 y Contrato 3

##### **Consulta:**

En relación con el financiamiento, solicitamos aclarar y/o precisar los siguientes puntos:

- a. El literal d) del Numeral 9.3 de los Contratos 2 y 3 señala que la estructuración del financiamiento podrá incluir “*cualquier otro tipo de garantías distintas a las indicadas en los literales a) y b) incluyendo (...)*”. Sin embargo, el Contrato 1 establece no incorpora tal amplitud en las garantías. En este caso, solicitamos aclarar la redacción de los Contratos 2 y 3 y uniformizar la redacción de los tres contratos.
- b. Si bien el Numeral 9.11 establece que “*Un mínimo del cincuenta por ciento (50%) del monto requerido para el Cierre Financiero deberá ser acreditado a través de financiamiento con Acreedores Permitidos*”, tenemos que tal estipulación limita y/o restringe el potencial financiamiento para el Concesionario. Nos explicamos: El Concesionario asume el riesgo y obligación de la obtención del financiamiento bajo el Contrato 1, Contrato 2 y Contrato 3, siendo consustancial a tal riesgo y obligación que sea el Concesionario quien estructure el mejor esquema de financiamiento que asegure el desarrollo del proyecto, el cual podría ser a través del 100% de financiamiento corporativo, aporte de capital, entre otros. Nótese que, tal esquema de estructura ha sido utilizado en la ejecución de proyectos adjudicados con anterioridad. En ese sentido, solicitamos se elimine la obligación que el 50% del monto del Cierre Financiero provenga de Acreedores Permitidos, más aún considerando que será PROINVERSION quien verifique que el Concesionario cuenta con los flujos necesarios para el proyecto.

#### **CONSULTA N° 5**

##### **Referencia a los Contratos materia de consulta:**

Numeral 13.6 del Contrato 3

Anexo 7 del Contrato 1, Contrato 2 y Contrato 3.

##### **Consulta:**

En relación con la consulta previa, solicitamos se sirvan a aclarar/incorporar los siguientes puntos:

- a. De acuerdo con la Ley N° 29785, la Consulta Previa es promovida y de cargo de la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa, en este caso el Concedente (Ministerio de Energía y Minas). Es así como, el Concedente será el responsable de llevar a cabo la Consulta Previa, en caso corresponda, para el proyecto, no teniendo el Concesionario control sobre el plazo de duración de la Consulta Previa.

**Proyectos “Nueva Subestación “Hub” Poroma (Primera Etapa) y Enlace 500 kV “Hub” Poroma - Colectora, ampliaciones y subestaciones asociadas”; “Nueva Subestación “Hub” San José – Primera Etapa y Enlace 220 kV “Hub” San José – Repartición (Arequipa), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”; y “Nueva SE Marcona II y Enlace 138 kV Marcona II - San Isidro (Bella Unión) - Pampa (Chala), ampliaciones y subestaciones asociadas (Proyecto ITC)”**

Bajo ese escenario, sugerimos que el Contrato 1, Contrato 2 y Contrato 3 incorporen un plazo para que el Concedente lleve a cabo la referida consulta, y de ser el caso, se incluya la posibilidad que los hitos del proyecto contenidos en el Anexo 7 puedan ser ampliados o prorrogados, en caso el Concedente incurra en un mayor plazo para la realización de la consulta previa.

- b. Si bien el Numeral 13.6, literal c), del Contrato 3 contempla como causal de terminación la extensión en más de doce (12) meses del plazo de culminación de consulta previa indicado en la cláusula 2.12.1 de dicho contrato, tenemos que el Contrato 1 y Contrato 2 no establecen la misma disposición. En ese sentido, solicitamos precisar ¿Desde qué momento comienza a computar el plazo de culminación de consulta previa? Nótese que, el Contrato 3 no contiene la cláusula 2.12.1.