

Concurso Público Internacional en la modalidad de Proyectos Integrales para otorgar en concesión el proyecto: Reforzamiento del Sistema de Transmisión de la Zona Centro: Línea de Transmisión Pomacocha – Carhuamayo 220 kV y Subestaciones Asociadas

**RESPUESTAS A LAS SUGERENCIAS A LA PRIMERA VERSIÓN DEL CONTRATO**

**1 Circulares.**

Como parte del proceso se sugiere incluir un plazo para presentar sugerencias a las circulares que el Comité publique, siempre que estas modifiquen los términos del Contrato de Concesión o las Bases.

**Respuesta: Sugerencia no aceptada.**

**2 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°s. 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 la primera versión del 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: Sugerencia no aceptada. El derecho a la suscripción de los Convenios de Estabilidad Jurídica y Tributaria está consagrado en los dispositivos que regulan los referidos convenios.**

**3 Cláusula 2.2 – Cláusula del Concedente (declaraciones de las Partes)**

3.1 Debemos señalar que en las declaraciones del Concedente contenidas en la cláusula 2.2 del Contrato de Concesión no se ha incluido una que garantice que durante el lapso de tiempo que transcurrirá entre la presentación de las Ofertas por parte de los Postores y la fecha de cierre, no se producirá ninguna modificación de las Leyes Aplicables que tuviese un efecto adverso en la viabilidad y/o rentabilidad del Contrato.

En tal sentido, solicitamos que se incluya dentro de dicho apartado que el Concedente garantiza que durante el periodo transcurrido entre la fecha de presentación de las Ofertas por parte de los Postores y la Fecha de Cierre no se ha producido ninguna variación en las Leyes Aplicables que pudiera tener

un efecto adverso en la viabilidad y/o rentabilidad del Contrato. Para tales efectos, proponemos se incluya el siguiente literal dentro de la cláusula 2.2 del Contrato:

"2.2 El Concedente garantiza a la Sociedad Concesionaria, en la Fecha de Cierre, la veracidad y exactitud de las siguientes declaraciones:  
(...)

d) Entre la fecha de presentación de la Oferta y la Fecha de Cierre, no se ha producido modificación alguna en las Leyes Aplicables que afecte de manera adversa la viabilidad y/o rentabilidad del Contrato para la Sociedad Concesionaria."

**Respuesta: Se mantiene el texto del Numeral 2.2.**

#### **4 Cláusula 4.1 - Construcción de la Línea Eléctrica.**

- 4.1 Se solicita que el concedente imponga las servidumbres necesarias para el cumplimiento de los plazos para el desarrollo del Proyecto establecidos en el Anexo N° 5 del Contrato. Asimismo, se solicita que el Concedente garantice el rápido acceso a instalaciones de terceros así como que apoyará en las gestiones ante las municipalidades para la obtención de los permisos y licencias.
- 4.2 Sin perjuicio de señalado en el párrafo anterior, de acuerdo a la cláusula 4.1 del Contrato de Concesión la imposición de las servidumbres y en general cualquier otra autorización o similar deberá ser solicitada por la Sociedad Concesionaria a la Autoridad Gubernamental conforme al procedimiento y cumpliendo los requisitos previstos en las Leyes Aplicables.

Asimismo, la cláusula 4.3 del Contrato de Concesión señala que cuando el incumplimiento de los plazos establecidos en el Anexo N° 5, obedeciera a acción u omisión debidas de una Autoridad Gubernamental, tales plazos se entenderán extendidos en un periodo equivalente al entorpecimiento o paralización.

Teniendo ello en cuenta, solicitamos se confirme que si la Sociedad Concesionaria acredite la diligencia debida en el proceso de negociación, obtención, reconocimiento o imposición de servidumbre y no se lograra el acuerdo, reconocimiento y/o la imposición de servidumbre, y como consecuencia de lo cual resultaran afectados los plazos establecidos en el Anexo N° 5, la Sociedad Concesionaria amparada en la cláusula 4.3 verá extendidos los plazos en un periodo equivalente al entorpecimiento o paralización de los procedimientos.

**Respuesta: Se mantienen los textos de lo numerales 4.1 y 4.2 y se modifica el Numeral 4.3, de acuerdo al siguiente texto:**

**"4.3 Previo al inicio de la construcción, la Sociedad Concesionaria deberá presentar al COES para su aprobación, el Estudio de Pre Operatividad, según los requisitos y procedimientos de dicha entidad."**

#### **5 Cláusula 4.4 – Inicio de la Operación comercial (Construcción de la Línea Eléctrica)**

La cláusula 4.4 del Contrato de Concesión establece:

“Para los efectos del numeral 4.3 la Operación Comercial se inicia después que:

- a) El CONCEDENTE apruebe el informe final a que se refiere el Numeral 5.3.

...”

En el numeral 6 del presente documento sustentamos las razones por las cuales consideramos que no debería existir un período de Operación Experimental. Sin perjuicio de ello, consideramos relevante que el Comité de Inversión tome conciencia que existe una contradicción en los numerales 4.4, 5.1 y 5.2.

En primer lugar en el numeral 4.4 del Contrato existe un error en la referencia al numeral 5.3 en tanto que éste último se refiere al nombramiento de los Inspectores. El numeral correcto a que se debe hacer referencia es el numeral 5.4.

Pero aún cuando se efectúe la corrección anterior, subsiste la contradicción en tanto el numeral 4.4 establece como requisito previo a la Operación Comercial la aprobación del Informe Final, mientras que el numeral 5.1 señala que la Puesta en Operación Comercial es automática a la finalización del período experimental.

De otro lado, resultaría necesario modificar el numeral 5.2 a fin de guardar concordancia con el numeral 5.1. En tal sentido, el Informe Final debe realizarse antes del inicio de la Operación Experimental.

Por lo ello, y a fin que el texto propuesto guarde coherencia, se requeriría modificar los numerales 4.4 y 5.2 en los siguientes términos:

“4.4 Para los efectos del numeral 4.3 la Operación **Experimental** se inicia después que:

- a) El CONCEDENTE apruebe el informe final a que se refiere el Numeral **5.4**.

(...)”

“5.2 Antes de iniciar el Período de Operación Experimental, la Sociedad (...)”

**Respuesta: Ver Cláusulas 4 y 5 de la Segunda Versión del Contrato.**

## **6 Cláusula 5.1 –Operación comercial**

En la Cláusula 5.1 se establece que concluida la construcción y efectuadas las pruebas de verificación operativa exitosa, se iniciará un período de Operación Experimental que consiste en la operación de la Línea Eléctrica y sus componentes sin interrupciones atribuibles (...) por un período de 30 días calendario al final del cual comenzará automáticamente la Puesta en Operación Comercial.

Sobre lo señalado anteriormente se desprendería lo siguiente:

1. El plazo de 21 meses para la Puesta en Operación Comercial incluye: i) etapa de construcción, ii) etapa de operación experimental, y iii) aprobación del Informe Final por parte del Concedente (Anexo N° 2), según lo establecido en la cláusula 4.4 del Contrato.
2. En base a lo señalado en el numeral anterior 1) se desprende que la Sociedad Concesionaria tendría un **plazo máximo aproximado de 19 meses** para concluir los trabajos de construcción y efectuar las pruebas internas de operación, ello considerando que en un solo mes se realizarían las pruebas

con el Inspector y se aprobaría el informe final por parte del Concedente, previa aprobación del OSINERGMIN.

3. De continuarse con el texto original del Contrato, la Sociedad Concesionaria estaría prestando el Servicio de Transmisión por un periodo de aproximadamente de 2 meses sin recibir remuneración alguna por el servicio, sin embargo deberá asumir todos los costos de mantener operativa la instalación durante ese periodo de tiempo.

Sobre la base de lo señalado en los numerales 1, 2 y 3 anteriores, consideramos que técnicamente no es sustentable la incorporación de una etapa de "operación experimental", debido a que: (i) la Sociedad Concesionaria tiene la obligación de la presentación del estudio de operatividad al COES con el cual garantiza que las instalaciones no perjudicarán la seguridad y fiabilidad del SEIN, (ii) es requisito de dicho estudio que se presenten los protocolos de pruebas en campo de todos los equipos que garantizarán el correcto funcionamiento de las instalaciones, (iii) la aprobación del Informe final garantiza el correcto funcionamiento e integración al SEIN de la Línea Eléctrica y (iv) la integración de la Línea Eléctrica al SEIN por parte del COES según lo establecido en el procedimiento N° 21 del COES, que cuenta con las autorizaciones y aprobaciones suficientes para iniciar una operación comercial.

De otro lado la Operación Experimental y Las pruebas desarrolladas según el Anexo N° 2 (que permite la aprobación del Informe Final) tienen como objetivo garantizar que La Línea Eléctrica se encuentre en correctas condiciones para iniciar la Operación Comercial, por lo que sumado a lo expuesto en los párrafos anteriores consideramos que la referida Operación Experimental resulta redundante.

Por lo expuesto solicitamos se elimine el Período Experimental de forma tal que a la conclusión de las obras y con el cumplimiento de los requisitos indicados anteriormente se inicie automáticamente el Período de Operación Comercial.

**Respuesta: Sugerencia no aceptada.**

#### **7 Cláusula 5.11 - Refuerzos (Operación Comercial)**

De conformidad con la cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, si la Sociedad Concesionaria discrepara en todo o en parte con la comunicación que señala las facilidades que ésta deberá brindar durante el proceso de licitación y ejecución del Refuerzo, la controversia se resolverá con arreglo a la cláusula 13. Asimismo, el inicio del proceso de licitación del Refuerzo no está sujeto a que concluya el arbitraje.

Sin embargo, no se ha previsto alguna medida para resguardar el óptimo funcionamiento de la Línea Eléctrica. En tal sentido, solicitamos se contemple que si la Sociedad Concesionaria cuestionase que el Refuerzo afectará de alguna forma la óptima operación de la Línea Eléctrica y en tanto el arbitraje se encuentre en trámite, la Sociedad Concesionaria se encuentra exenta de cualquier tipo de responsabilidad, penalidad, infracción o sanción respecto de la adecuada operación de la Línea Eléctrica.

**Respuesta: Ver respuesta número 5.**

**8 Cláusula 6.1 b) - Cesión de posición contractual automática (Contrato con terceros)**

El literal b) de la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión establece que la Sociedad Concesionaria deberá contemplar en los contratos con consultores, contratistas y/o proveedores la cesión de posición contractual automática en caso de terminación del Contrato por cualquier causa.

No obstante ello, la cesión automática de un contrato de consultor, contratista y/o proveedor no es una práctica usual en el mercado. Por el contrario, las condiciones de dichos contratos en gran medida dependen de la contraparte y la calidad de la misma, es decir, de la Sociedad Concesionaria y las calidades o características de la misma. En tal sentido, solicitamos que se elimine el referido literal del Contrato.

**Respuesta: Sugerencia no aceptada.**

**9 Cláusula 7.2 (c) y 7.3: Pago de indemnización en caso de Destrucción Total (Contratos de seguro)**

El literal c) de la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión establece que en caso de Destrucción Total el beneficiario de la póliza será el Concedente. No obstante ello, es práctica usual del mercado de seguros y condición esencial de los acreedores permitidos que en caso de destrucción total el beneficiario de la póliza sea la Sociedad Concesionaria, con la obligación que por indemnizaciones mayores el importe de ésta sea entregado a los acreedores garantizados.

El hecho de considerar que el beneficiario de la póliza sea el Concedente resta fortaleza al Contrato de Concesión de cara a la negociación del financiamiento requerido para el proyecto, lo cual dificulta la negociación del referido financiamiento y puede terminar en un mayor costo financiero que al final los postores trasladarán a las ofertas económicas.

En tal sentido, solicitamos se sirvan modificar el literal c) de la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión estableciendo que el beneficiario de la póliza sea la Sociedad Concesionaria, de modo que en los contratos de financiamiento se defina los términos en que la Sociedad Concesionaria indemniza a los acreedores garantizados.

Teniendo ello en cuenta, solicitamos se sirvan modificar el literal c) de la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión en el siguiente sentido:

“c) El beneficiario de la póliza será la Sociedad Concesionaria. La compañía aseguradora pagará los beneficios de las pólizas respectivas entregándolos directamente a la Sociedad Concesionaria, quien procederá a distribuir los mismos siguiendo el orden de prelación establecido en la cláusula 12.11 del Contrato.”

**Respuesta: Se mantiene el texto del Literal c) del Numeral 7.2.**

**10 Cláusula 8.1 (d) - Índice de Actualización (Régimen Tarifario).**

El literal d) de la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión establece que el Índice de Actualización es índice de Actualización WPSSOP3500 publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

Empero, en algunas ocasiones este índice varía a pesar que ha sido publicado en condición de definitivo.

Motivo por el cual, solicitamos se precise que una vez que el regulador fije el índice inicial, este valor no podrá ser modificado en las siguientes regulaciones así el valor publicado por el Departamento de Trabajo del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica sea modificado posteriormente.

**Respuesta: Se mantiene el texto del Literal d) del Numeral 8.1.**

**11 Numeral 9.2 Literal d) - Obligación de causar la extinción de los gravámenes previo pago (Financiamiento de la Concesión).**

El literal d) de la cláusula 9.2 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“Los contratos que sustenten la deuda garantizada deberán estipular:

(...)

d) Que, en caso de terminación del Contrato, la Sociedad Concesionaria y los acreedores y cualquier otra Persona que haga falta, se comprometen a extinguir o causar la extinción y a levantar o causar que se levanten todas y cada una de las garantías, cargas y gravámenes que pudieran existir sobre los activos, derechos o Bienes de la Concesión, en los plazos que indique el Concedente, **aún cuando subsista cualquier obligación pendiente debida por la Sociedad Concesionaria a los acreedores o terceros”.**

(resaltado agregado)

Puede admitirse que el literal d) de la cláusula 9.2 del contrato aplique al vencimiento del plazo del Contrato, pero no ante cualquier terminación del mismo antes del plazo, especialmente si es por causa no imputable a la Sociedad Concesionaria, puesto que de otra forma existiría una condición muy gravosa para el financiamiento de la construcción de la infraestructura de transmisión, el reemplazo de equipamiento, los eventuales refuerzos y su operación y mantenimiento.

Adicionalmente, existen límites patrimoniales que las entidades financieras locales deben mantener al analizar los montos máximos en una financiación. Si una entidad financiera es obligada a liberar garantías cuando el monto de la deuda es importante podría incumplir límites legales.

En tal sentido, solicitamos se sirvan modificar el literal d) de la cláusula 9.2 de la siguiente manera:

“d) Que, en caso de terminación del Contrato, la Sociedad Concesionaria y los acreedores y cualquier otra Persona que haga falta, se comprometen a extinguir o causar la extinción y a levantar o causar que se levanten todas y cada una de las garantías, cargas y gravámenes que pudieran existir sobre los activos, derechos o Bienes de la Concesión, en los plazos que indique el Concedente. Previamente a ello, en caso de Destrucción Total y/o en cualquier caso de terminación del Contrato, el Concedente y/o el fiduciario se obligan a pagar a los acreedores de acuerdo al orden de prelación establecido en la cláusula 12.11 del Contrato. A tal efecto, la Sociedad Concesionaria hará sus mejores esfuerzos para que todos los contratos de deuda Garantizada establezcan un derecho de

prepago sin penalizaciones de la deuda existente (capital más intereses devengados), en caso de terminación anticipada del Contrato por cualquier causal."

**Respuesta:** Se mantiene el texto del Literal d) del Numeral 9.2.

## 12 Financiamiento de la Concesión

### Numeral 9.3 literal b)

De acuerdo al primer párrafo del literal b) de la cláusula 9.3 del Contrato de Concesión establece que:

"Que los acreedores podrán solicitar al Concedente la sustitución de la Sociedad Concesionaria sin que haga falta el consentimiento de ésta, si por **consideraciones financiera o de otra índole**, perciben que tal sociedad no podrá cumplir con las obligaciones del Contrato o con el pago de la deuda garantizada."  
(resaltado agregado)

No obstante ello, no se ha señalado qué se debe entender o qué comprende las consideraciones de otra índole. Por ello, solicitamos nos indiquen que supuestos o circunstancias están comprendidos en "... otra índole".

Adicionalmente, y con la finalidad de resguardar los derechos de la Sociedad Concesionaria solicitamos que los acreedores previamente a la sustitución de la Sociedad Concesionaria notifiquen a ésta de las consideraciones o circunstancias que motivan su sustitución.

Teniendo en consideración lo señalado en los párrafos precedentes, solicitamos se modifique el literal objeto del presente comentario, de la siguiente manera:

"Que los acreedores podrán solicitar al Concedente la sustitución de la Sociedad Concesionaria sin que haga falta el consentimiento de ésta, de producirse un Evento de Incumplimiento, según lo definido como tal en cada contrato de financiamiento. Siempre que, los acreedores hayan cumplido con notificar de tal evento a la Sociedad Concesionaria y se haya procedido de conformidad a lo dispuesto en el propio contrato de financiamiento.

**Respuesta:** Se modifica el Literal b) del Numeral 9.3, de acuerdo al texto siguiente:

"b) Que los acreedores podrán solicitar al Concedente la sustitución de la Sociedad Concesionaria sin que haga falta el consentimiento de ésta, de producirse un evento de incumplimiento, según lo estipulado como tal en cada contrato de financiamiento. Siempre que, los acreedores hayan cumplido con notificar de tal evento a la Sociedad Concesionaria y se haya procedido de conformidad a lo establecido en el propio contrato de financiamiento.

A los efectos de la sustitución, los acreedores propondrán al Concedente una o más empresas con las calificaciones técnicas que cumplan, directamente o a través de Empresas Vinculadas, los requisitos de Calificación que en su día se exigieron en el Concurso, para asumir la

posición contractual de la Sociedad Concesionaria y garantizar la continuidad del Servicio. El Concedente no negará la sustitución sin causa razonable y contestará la solicitud en el plazo de treinta (30) Días. El silencio del Concedente comportará la aceptación de la solicitud.”

**13 Cláusula 10.3 – Fuerza Mayor (Responsabilidad Contractual)**

Se debe precisar que las obligaciones afectadas quedarán suspendidas mientras dure el evento de Fuerza Mayor y la vigencia del Contrato de Concesión se extenderá por un plazo igual al que dure la Causal de suspensión, de acuerdo a las Leyes Aplicables.

**Respuesta: Ver Numeral 10.1.**

**14 Cláusula 10.7– Sanciones por atraso (Responsabilidad contractual)**

De acuerdo a la cláusula 10.7 del Contrato de Concesión por cada día calendario de atraso en el inicio de la Puesta en Operación Comercial, según lo señalado en el Anexo N° 5, la Sociedad Concesionaria deberá pagar una sanción monetaria.

En concordancia con lo establecido en la cláusula 4.3 el incumplimiento de dichos plazos que obedezca a una acción u omisión indebida de la Autoridad Gubernamental implicará que tales plazos serán extendidos.


Por tanto, solicitamos se confirme que lo establecido en la cláusula 10.7, es decir, las sanciones por día de atraso en el inicio de la Puesta en Operación Comercial, establecido en el Anexo N° 5 serán de aplicación únicamente en la medida que no sea de aplicación una extensión de plazo de acuerdo a lo establecido en la cláusula 4.3.

Por otro lado, 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 4.3 de este Contrato, siempre que la Sociedad Concesionaria acredite haber actuado con la Debida Diligencia para la obtención de estos permisos y autorizaciones.

**Respuesta: Se modifica el Numeral 10.7, de acuerdo al texto siguiente:**

**“10.7 Por cada día calendario de atraso en el inicio de la Puesta en Operación Comercial, según lo señalado en el Anexo N° 5, la Sociedad Concesionaria deberá pagar al Concedente, una sanción monetaria que se calculará del siguiente modo:**

- a) US\$ 8,333.00 (Ocho Mil Trescientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares), por cada uno de los primeros treinta (30) días calendario de atraso.**
- b) US\$ 16,667.00 (Dieciséis Mil Seiscientos Sesenta y Siete y 00/100 Dólares), por cada uno de los treinta (30) días calendario de atraso subsiguientes al período señalado en a).**
- c) US\$ 25,000.00 (Veinticinco Mil y 00/100 Dólares), por cada uno de los noventa (90) días calendario de atraso subsiguientes al período señalado en b).**





Las referidas sanciones se aplicarán en la medida que no sea de aplicación una extensión de plazo de acuerdo a lo establecido en el Numeral 5.5 y una vez vencida la referida extensión.”

**15 Cláusula 10.10 - Causales de Sanción a la Sociedad Concesionaria (Responsabilidad Contractual)**

La cláusula 10.10 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

“10.10 Será sancionada con el pago de US\$ 2'000,000.00 (Dos Millones de Dólares), la ocurrencia de cualquiera de los eventos siguientes:

- a) 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.
- b) 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.

(...)”.

Sobre el particular, la causal estipulada en el literal a) de la cláusula 10.10, se encuentra tipificada como una sanción dentro de la Resolución N° 028-2003-OS/CD “Aprueban tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones de OSINERGMIN”. Asimismo, la declaración del INDECOPI de que la Sociedad Concesionaria haya realizado actos que constituyen abuso de posición de dominio implica la imposición de una multa por parte de dicha autoridad.

Según el marco legal peruano no es válido imponer más de una sanción por el mismo hecho infractor. En tal sentido, el Contrato no puede establecer una segunda sanción respecto de conductas que de ocurrir serían objeto de sanción en virtud de las normas especiales respectivas. Consecuentemente, solicitamos se precise si las sanciones previstas en esta cláusula sustituyen a aquellas que pudieran imponer el OSINERGMIN o el INDECOPI, según corresponda, en caso de verificarse alguna de las conductas citadas. Asimismo, solicitamos se sirvan señalar el fundamento legal que sustenta el hecho de que a través de un contrato de concesión se sustituya la facultad sancionadora del regulador y de la autoridad de defensa de la competencia.

De otro lado, solicitamos se precise los elementos atenuantes y agravantes que se considerará para imponer las sanciones, en tanto que entendemos que la intención del Comité de Inversión del MEM no es que la sanción siempre sea equivalente al monto previsto sea que se trate de una infracción leve o grave. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las normas del OSINERGMIN y del INDECOPI que contemplan las conductas sancionables antes indicadas, definen regímenes de gradualidad de las sanciones.

**Respuesta: Se modifica el Numeral 10.10, de acuerdo al texto siguiente:**

**“10.10 Será sancionada con el pago de US\$ 2’000,000.00 (Dos Millones y 00/100 Dólares) el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de lo dispuesto en el laudo que se emite como consecuencia de la controversia a que se refiere el tercer párrafo del Numeral 5.13, o en la comunicación a que se refiere el segundo párrafo del mismo numeral, según corresponda.**

**También se aplican para esta sanción las reglas indicadas en los numerales 10.8 y 10.9.”**

## **16 Numeral 12.2 - Terminación del Contrato**

16.1 De conformidad con la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión, el Concedente podrá resolver el Contrato de Concesión si la Sociedad Concesionaria incurriese en:

“d) Dejara de operar la Línea Eléctrica por ciento ochenta (180) horas, continuas o no, dentro de un año calendario.”

Sin embargo, el tiempo de ciento ochenta (180) horas establecido es considerablemente menor al señalado en el artículo 36° de la Ley de Concesiones Eléctricas para los supuestos que originan la caducidad de la Concesión Eléctrica, el mismo que asciende a ochocientos setenta y seis (876) horas, sin causa justificada. Es decir, se ha previsto un régimen casi cinco (5) veces más severo que el establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas.

Teniendo ello en cuenta, solicitamos se modifique dicho supuesto, estableciéndose que la falta de operación de la Línea Eléctrica debe ser por el periodo contemplado en el artículo 36° de la Ley de Concesiones Eléctricas. Asimismo, solicitamos se establezca expresamente que la falta de operación se debe a causas injustificadas, tal como también se encuentra en el artículo 36° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Sin perjuicio de lo anterior, solicitamos se precise qué se debe entender por “dejar de operar” así como, se señale desde cuándo debe computarse el año.

**Respuesta: Se modifica el Literal d) del Numeral 12.2, de acuerdo al texto siguiente:**

**“d) Dejara de operar la Línea Eléctrica, de conformidad con lo establecido en el literal c) del Artículo 36 de la Ley de Concesiones.”**

## **17 Cláusula 12.9 - Terminación del Contrato**

La cláusula 12.9 g) establece lo siguiente:

“g) Si el Contrato termina por resolución debido a causa distinta a Destrucción Total y el Plan de Transmisión Vigente o el Concedente determinase que la Línea Eléctrica no debe mantenerse en uso, el Concedente quedará obligado a pagar el valor de los bienes distinguiendo las siguientes etapas:

i) En la Etapa de Construcción: el valor de los bienes instalados será igual a: el producto del monto de inversión ofertado por la Sociedad Concesionaria, multiplicado por el porcentaje de avance físico de obra,

que será determinado por un experto designado por el Concedente; o el Valor Contable de los Bienes de la Concesión, lo que sea menor.

- ii) En la Etapa de Operación: el valor de los bienes será igual a: el valor presente de los ingresos de las anualidades de la inversión a que se refiere el Literal a) del Artículo 24 de la Ley N° 28832 y el Numeral 22.2 del Artículo 22 del Reglamento de Transmisión, por el tiempo que reste para culminar el plazo del Contrato; o el Valor Contable de los Bienes de la Concesión, lo que sea menor. “

Al respecto señalamos, que se debe distinguir aquellos casos en que la terminación del contrato se deba a causa imputable a la sociedad concesionaria, de aquellos en los cuales el concedente determine que la Línea Eléctrica no debe mantenerse en uso. Consideramos que no se deberían ver afectados los ingresos esperados de la Sociedad Concesionaria cuando la terminación del contrato no se deba a causa imputable a la Sociedad Concesionaria.

Teniendo en consideración lo señalado, solicitamos que se modifique el literal ii), de la siguiente manera:

- “ii) En la Etapa de Operación: el valor de los bienes será igual a: el valor presente de los ingresos de las anualidades de la inversión a que se refiere el Literal a) del Artículo 24 de la Ley N° 28832 y el Numeral 22.2 del Artículo 22 del Reglamento de Transmisión, por el tiempo que reste para culminar el plazo del Contrato. “

**Respuesta:** Se modifica el Literal g) del Numeral 12.9, de acuerdo al texto siguiente:

- “g) Si el Contrato termina por resolución debido a causa distinta a Destrucción Total y el Plan de Transmisión Vigente o el Concedente determinase que la Línea Eléctrica no debe mantenerse en uso, el Concedente quedará obligado a pagar el valor de los bienes distinguiendo las siguientes etapas:

- i) En la Etapa de Construcción: el valor de los bienes instalados será igual a: el producto del monto de inversión ofertado por la Sociedad Concesionaria, multiplicado por el porcentaje de avance físico de obra, que será determinado por un experto designado por el Concedente; o el Valor Contable de los Bienes de la Concesión, lo que sea menor.
- ii) En la Etapa de Operación: el valor de los bienes será igual a: 1) en caso de terminación por causa del concedente, el valor presente de los ingresos de las anualidades de la inversión a que se refiere el Literal a) del Artículo 24 de la Ley N° 28832 y el Numeral 22.2 del Artículo 22 del Reglamento de Transmisión, por el tiempo que reste para culminar el plazo del Contrato; 2) en caso de terminación por otras causas, el valor anterior o el Valor Contable de los Bienes de la Concesión, lo que sea menor.”



**18 Cláusula 12.10 - Transferencia de los Bienes de la Concesión**

- 18.1 Adicionalmente, el literal d) de la cláusula 12.10 establece que: “Los contratos celebrados con terceros también serán objeto de transferencia,

en la medida que el Concedente o el nuevo concesionario acepten la cesión". Sin embargo, se omite señalar que la cesión se realizará, cuando dichos contratos estén vigentes al momento de la terminación de la concesión. Ello debido a que normalmente dichos contratos establecen como su fecha de terminación la misma que la Concesión. De esta manera, en el evento que dichos contratos se terminen por el vencimiento de la Concesión, de ellos no pueden derivarse obligaciones adicionales para la Sociedad Concesionaria, en el sentido de mantener vigentes esos contratos a la espera que el Concedente o el nuevo concesionario tomen una decisión.

Teniendo ello en cuenta, solicitamos se modifique dicho literal de la siguiente manera:

"Los contratos celebrados con terceros también serán objeto de transferencia, en la medida que el Concedente o el nuevo concesionario acepten la cesión y **siempre que dichos contratos no hayan concluido al término de la Concesión.**"

(resaltado agregado)

**Respuesta: Se mantiene el texto del Literal d) del Numeral 12.10.**

18.2 Cláusula 12.10 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: El Literal g) del Numeral 12.10 no requiere ser aclarado.**

18.3 Finalmente, en el literal h) se señala que los costos y gastos que demande la transferencia de los Bienes de la Concesión, serán asumidos por la Sociedad.

Empero, solicitamos se precise que ello será así sólo cuando la Concesión termine por causa imputable a la Sociedad Concesionaria.

**Respuesta: Se mantiene el texto del Literal h) del Numeral 12.10.**

## **19 Numeral 12.15**

Parecería que hubiese un error de concordancia en la referencia a la cláusula 5.11 ya que este solo se refiere a las facilidades para el tercero que ejecute el refuerzo y no a una serie de actividades.

**Respuesta: Se mantiene el texto del Numeral 12.15.**

## **20 Numeral 13.5 – Controversias No Técnicas (Solución de controversias)**

La cláusula 13 que refiere a Solución de Controversias establece en su numeral 13.5 a) que las Controversias No-Técnicas se resuelven mediante arbitraje de derecho disponiéndose que no podrán ser objeto de arbitraje, las decisiones del OSINERGMIN, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa.

De la lectura de la cláusula puede inferirse que se persigue hacer explícito que no se puede recurrir a la vía arbitral pero sí a la vía administrativa judicial, para apelar o impugnar resoluciones del OSINERGMIN; sin embargo, encontramos de suma importancia que se haga explícito que dicha precisión no afecta el derecho de la Sociedad Concesionaria de recurrir al arbitraje para someter la solución de diferencias que pueda tener con el Concedente, respecto a la interpretación o ejecución del Contrato sobre materias que pueden o no haber sido objeto de resoluciones del OSINERGMIN en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa.

Por ejemplo, la regulación tarifaria de peajes de transmisión es una competencia administrativa del OSINERGMIN atribuida por norma expresa. Para impugnar o apelar una resolución de contenido tarifario del Consejo Directivo del OSINERGMIN, corresponde recurrir a la vía judicial mediante Acción Contenciosa Administrativa. Sin embargo, si la Sociedad Concesionaria encuentra que dicha regulación tarifaria es contraria a la correcta aplicación del Contrato pero el Concedente discrepa al respecto, el asunto puede ser sometido a Arbitraje.

Sugerimos modificar la Cláusula 13.5 conforme al texto siguiente:

“13.5 Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, nacional o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

a) Las partes reconocen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. En tal sentido, no podrán ser materia de arbitraje, la **impugnación o apelación de actos administrativos con decisiones del OSINERGMIN u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa, sin perjuicio del derecho de las Partes de someter a arbitraje discrepancias relacionadas al Contrato sobre asuntos que pueden haber sido materia de decisiones del OSINERGMIN u otras entidades.**”

**Respuesta: Se mantiene el texto del Numeral 13.5.**

## **21 Cláusula 14 - Equilibrio Económico-Financiero**

21.1 La cláusula de desequilibrio económico contemplada en el Contrato de Concesión establece un ámbito de aplicación bastante restringido, debido a que el equilibrio económico únicamente puede ser afectado **“exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes Aplicables”**.

En efecto, de acuerdo al diccionario de la Real Academia española, la palabra exclusiva significa único, solo, o, que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir; de otro lado, la palabra explícitamente significa que expresa clara y determinadamente una cosa. En consecuencia, de lo anterior se desprende que la ruptura del equilibrio económico de la Concesión debe darse como consecuencia de una afectación única y determinante a la Concesión por cambios en las Leyes Aplicables.

Debe tenerse en cuenta que las Autoridades Gubernamentales también expiden normas en el ejercicio de sus funciones; y además, tienen un rol

muy importante en la interpretación de las leyes y normas, así como en la manera o metodología de aplicación de las mismas. En tal sentido, un cambio en la forma de interpretación o una variación en la metodología de aplicación de una determinada ley, puede implicar una afectación del equilibrio económico del Contrato de Concesión sin necesidad de haberse producido un cambio propiamente en la ley.

- 21.2 Por otro lado, en la cláusula 14.3 se establece que la ruptura del equilibrio económico solo se presentará si existe una afectación a los ingresos o costos de operación y mantenimiento del Servicio de manera tal que la diferencia entre los ingresos menos los costos de operación y mantenimiento varíe en diez por ciento (10%) o más, con respecto a la diferencia entre los ingresos menos los costos del mismo periodo que se habría obtenido si no hubiese ocurrido los cambios en las Leyes Aplicables.

Al respecto, debemos manifestar nuestra preocupación por el umbral de variación de la diferencia entre los ingresos menos los costos de la Sociedad Concesionaria en la explotación del Servicio que se exige para iniciar la acción de desequilibrio económico. En primer lugar, el monto establecido en diez por ciento (10%) para solicitar el desequilibrio económico es bastante alto. Adicionalmente, el desequilibrio económico debería determinarse en base a un monto conocido y fácilmente determinable, es decir, sobre los ingresos percibidos por la Sociedad Concesionaria, ello debido a que no es posible determinar los costos de una determinada concesión si es que esta forma parte de una Sociedad Concesionaria que tiene varias concesiones de diferentes instalaciones.

- 21.3 Finalmente, las cláusula 14.4 y 14.6 hacen referencia a la solicitud de opinión y actuación del OSINERGMIN en el establecimiento de la magnitud del desequilibrio en función a ciertos criterios que la propia cláusula establece.

No obstante ello, la contraparte de la Sociedad Concesionaria es el Concedente y no el OSINERGMIN, por lo tanto, cualquier dictamen que requiera el Concedente para establecer la magnitud del desequilibrio en caso éste se configure, es un problema que deberá ser resuelto entre el Concedente y la Sociedad Concesionaria.

Sin perjuicio de ello tampoco se contempla un plazo para que el OSINERGMIN emita su opinión, en cuyo caso su actuación podría dilatar aún más la solución del desequilibrio económico de la Concesión.

- 21.4 Teniendo en consideración lo señalado en los párrafos precedentes, en las siguientes líneas presentamos una propuesta de cláusula de Equilibrio Económico – Financiero.

**"14. Equilibrio Económico - Financiero**

14.1 Las Partes reconocen que el Contrato, a la fecha de Cierre, se encuentra en una situación de equilibrio económico – financiero en términos de derechos, responsabilidad y riesgos asignados a las Partes.

14.2 La presente cláusula estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico – financiero al cual tendrán derecho el Concedente y la Sociedad Concesionaria en caso que el mismo

se vea afectado cuando ocurra un acto o medida de una Autoridad Gubernamental o cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, en la medida que tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a los ingresos y costos relacionados con la prestación del Servicio, o ambos a la vez.

- 14.3 El equilibrio será restablecido si, como consecuencia de lo anterior se afectan los ingresos y/o los costos de operación y mantenimiento del Servicio, de manera tal que se alcance una variación del 5% de la Base Tarifaria en un determinado periodo.
- 14.4 Si el equilibrio económico del presente Contrato se ve afectado, tal como se define en la Cláusula anterior, la Sociedad Concesionaria o el Concedente, podrá proponer por escrito a la otra Parte y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico afectado.
- 14.5 Invocado el restablecimiento del equilibrio económico – financiero, se encargará a un Auditor Independiente, cuantificar si existe la invocada ruptura del equilibrio económico – financiero por una de las Partes, así como determinar el monto de compensación que permita restituir dicho equilibrio.

Los honorarios y costos que generen la prestación de los servicios de el Auditor Independiente, así como cualquier gasto relacionado con la ejecución de sus servicios en relación a la referida auditoría, serán asumidos por la Parte que invocó el desequilibrio o la ruptura del equilibrio económico – financiero.

- 14.6 Para tal efecto, el Auditor Independiente podrá solicitar al Concedente o la Sociedad Concesionaria la información que considere necesaria sobre los ingresos y costos que hayan sido afectados por los cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables y/o modificación de los criterios de aplicación o interpretación de las mismas.
- 14.7 La propuesta a la Cláusula 14.4, deberá ser entregada dentro del plazo de dos (2) meses después de que se haya alcanzado el porcentaje de la variación indicada en la cláusula 14.3. No puede presentarse ninguna propuesta antes que culmine el segundo año posterior a la Puesta en Operación Comercial.
- 14.8 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.
- 14.9 Si las Partes no se pusieran de acuerdo sobre el resultado emitido por la Empresa Auditora dentro del plazo de diez (10) Días de su notificación a las Partes, entonces cualquiera de ellas podrá considerar que se ha producido una Controversia No – Técnica y será resuelta de conformidad con los mecanismos de solución de controversias regulados en la Cláusula 13 del Contrato.”

**Respuesta: Se mantiene el texto de la Cláusula 14.**

## **22 Cláusula 15.3 - Modificaciones y aclaraciones al Contrato de Concesión**

De acuerdo a la cláusula 15.3 del Contrato de Concesión, a las modificaciones y aclaraciones al Contrato le son aplicables lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

Sobre el particular, el artículo 9º del Supremo N° 146-2008-EF establece que:

**“Artículo 9.- Procedimiento y causales de renegociación del contrato de Asociación Público - Privada**

Salvo para casos asociados a errores materiales o por requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa del cierre financiero del contrato de APP, no podrán efectuarse adendas al mismo durante los primeros 3 años desde la fecha de su suscripción.

(...)

No obstante ello, dentro del Contrato de Concesión hay causales que podrían producir la necesidad de realizar cambios o aclaraciones al mismo, sin necesidad de que hayan transcurrido tres (3) años, por ejemplo un evento de fuerza mayor, la ocurrencia de un desequilibrio económico, entre otros.

Teniendo ello en consideración, solicitamos se sirvan modificar el segundo párrafo de la cláusula 15.3 de la siguiente manera:

“Con excepción de los casos previstos en el Contrato, es de aplicación al presente Contrato lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Supremo N° 146-2008-EF....”

**Respuesta: Se mantiene el texto del Numeral 15.3.**

## **23 Anexo N° 5 – Plazos para el desarrollo del proyecto.**

Se observa en el Anexo N° 5, que el tiempo transcurrido desde el hito N° 3 “Llegada a los correspondientes sitios de obra de los materiales del Proyecto” y el hito N° 4 “Puesta en Operación Comercial”, es de 7 meses. Si a este periodo se le descuenta los 30 días calendarios del Período Experimental indicados en el numeral 5.1 del Contrato y se le descuenta también los 20 días hábiles requeridos para la aprobación del informe final por parte de Inspector y del Concedente, según lo indicado en el literal g) del Anexo N° 2 del contrato de Concesión; sólo se tendría un plazo de construcción efectivo de la Línea de Transmisión de 5 meses.

La experiencia en obras pasadas, nos ha demostrado que el rendimiento para el tendido de conductores en una Línea de Transmisión en la zona de Sierra es de 20 km por mes, lo que produce una duración de casi de 5 meses. También consideramos mínimo un plazo de dos meses para el montaje electromecánico de las estructuras, lo que en total hacen casi 7 meses, lo que resulta superior a los 5 meses indicado en el párrafo anterior.



Por lo antes expuesto, solicitamos se modifique el plazo del hito N° 4 del Anexo N° 5 a Veintitres (23) meses.

**Respuesta:** Se modifica el Anexo N° 5, conforme se detalla a continuación:

**"Anexo N° 5**

**PLAZOS PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO**

Los siguientes eventos deberán cumplirse en los plazos que se indican a continuación (todos contados a partir de la Fecha de Cierre):

<b>Hitos</b>	<b>Plazo</b>
<b>1.- Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la Autoridad Gubernamental competente</b>	<b>Nueve (9) meses</b>
<b>2.- Cierre financiero del proyecto</b>	<b>Diez (10) meses</b>
<b>3.- Llegada a los correspondientes sitios de obra de los materiales y equipos del Proyecto</b>	<b>Catorce (14) meses</b>
<b>4.- Puesta en Operación Comercial</b>	<b>Veintitres (23) meses</b>

El cierre financiero se entiende producido, cuando toda la documentación relativa al financiamiento completo de la Línea Eléctrica ha sido suscrita por todas las partes que participan en el financiamiento y se han cumplido todas las condiciones establecidas para que se produzcan los desembolsos."

