

Apuntes respecto a las modificaciones de los contratos de concesión en el sector energía otorgados por el TUO de Concesiones

Mery Chamorro Vilca (*)

Motivación

A propósito de la sustentación de tesis para el grado de Magíster en Finanzas & Derecho Corporativo en ESAN, realicé en colaboración de Muriel Menchola, Roxana Azaña y Lorena León un análisis respecto a las renegociaciones en los contratos de concesión de infraestructura de transporte bajo el título denominado “Renegociación de Contratos de Concesión en Infraestructura de Transportes: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de Mejoras”, el cual será próximamente publicado a través de la editorial de la Universidad ESAN.

Como parte de este trabajo, se observa un número importante de adendas a los contratos de concesión de infraestructura de transporte. En este contexto, resultaba interesante realizar un trabajo similar en el sector energía, que nos permita ver qué sucede en este sector y cuáles son las diferencias entre ambos sectores.

Introducción

¿Para qué analizar las modificaciones a los contratos de concesión en el sector energía otorgados bajo el TUO de Concesiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM? ¿Qué relevancia podemos encontrar en estas modificaciones? ¿Las modificaciones a los contratos nos permiten visualizar problemas en la ejecución del Contrato o en el diseño del mismo?

Han transcurrido alrededor de 20 años desde la suscripción del primer contrato de concesión del sector energía al amparo de lo establecido en el TUO de Concesiones, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM. Este primer contrato fue el Contrato de Concesión de la Línea de Transmisión Tintaya

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Asociada de Santiváñez Abogados.

– Socabaya suscrito en el año 1998. A partir de dicha fecha se han suscrito veinticuatro (24) contratos de concesión en el sector electricidad y cinco (05) en el sector hidrocarburos¹. El Comité de Inversión del Ministerio de Energía y Minas ha efectuado la entrega en concesión de dos líneas de transmisión. Es decir, a la fecha se cuenta con un número importante de contratos de concesión en el sector energía suscritos al amparo de lo establecido en el TUO de Concesiones.

MARCO TEÓRICO

Doctrinariamente, existen teorías que establecen diferencias entre un contrato público y un contrato privado. Evidentemente, los contratos públicos revisten formalidades particulares. Igualmente, sucederá con las modificaciones a dichos contratos. Siendo el contrato de concesión un contrato de carácter público es importante tener en consideración este factor como punto de análisis de las modificaciones contractuales en los contratos de concesión celebrados al amparo del TUO de Concesiones.

No sólo los criterios formales revisten a los contratos públicos, asimismo, estos contemplan disposiciones que buscan resguardar a los inversionistas frente a modificaciones que puedan prevenir de un “oportunismo gubernamental”. Muchos de los riesgos en los contratos públicos se asocian al sujeto con quien se realiza la transacción, en estos casos, al Estado. Esta particularidad de los contratos públicos genera un riesgo para el inversionista, dado que el privado se encuentra sujeto a modificaciones o interpretaciones del Estado que puedan alterar la estructura de negocio.

Ahora bien, el “oportunismo gubernamental” que indica SPILLER (2008, 1: 9) no es el único elemento de análisis. También se encuentra la “regulación contractual excesiva” como un elemento a considerar en las modificaciones contractuales. En este caso, el sector público, representado por los funcionarios, tendrá como objetivo tener un mayor número de supuestos regulados en el contrato a fin de contemplar las menores posibilidades de interpretaciones

1 Este número no incluye al Contrato de Concesión del Sistema de Transporte de Gas Natural por Ductos de Camisea al Sur del País por cuanto no fue otorgada al amparo de lo establecido en el TUO de Concesiones.

oportunistas del contrato por parte de los privados. Sin embargo, ello podría ocasionar un contrato inflexible para asumir las vicisitudes acontecidas durante la etapa contractual, más aún, frente a plazos de contrato de alrededor de 30 años, como son comúnmente los plazos de los contratos de concesión. Es decir, las características más importantes de estos contratos son la información asimétrica y una alta probabilidad de oportunismo de terceros. Según SPILLER (2008, 1: 23), resulta evidente que ante un largo período de vigencia del contrato, la posibilidad que este atravesase un shock externo puede ser alto, en consecuencia esto podría impactar en la viabilidad económica de la concesión.

Por otro lado, las modificaciones contractuales también pueden ser sujetas a oportunismo privado, tal como menciona GUASCH (2005:26) *“Los gobiernos no son los únicos que pueden llegar a comportarse de manera oportunista. Una vez que una empresa privada ha recibido una concesión en el sector de infraestructura, puede que decida actuar para «presionar» al gobierno – por ejemplo, insistiendo en una renegociación del contrato para obtener condiciones más favorables o utilizando captura regulatoria–. Las fuertes ventajas de información de la empresa comparada con el gobierno (y, en muchos casos, en relación con otros operadores potenciales) y las influencias percibidas en la negociación pueden convertirse en fuertes incentivos para procurar la renegociación de un contrato y asegurarse un acuerdo mejor que el original.”*

Es decir, estos contratos permanentemente se encuentran ante un dilema por ambas partes - privado y público- el balance entre ambos intereses sería la clave para diseñar contratos que se puedan adaptar a shock externos o situaciones gravitantes; empero, ello debe realizarse ante un marco regulatorio idóneo que permita la ejecución contractual y el cumplimiento de las estipulaciones contractuales previamente establecidas.

Finalmente, considerando el marco normativo que a continuación desarrollaremos es preciso sostener que la teoría imperante en materia de modificaciones contractuales es la llamada teoría de los contratos incompletos. Dicha teoría alega que la construcción de contratos completos es prácticamente imposible dado los altos costos de transacción y la falta de información entre las partes. Precisamente, sobre este aspecto, GUASCH (2005: 102) sostiene que esta teoría puede haber aumentado las expectativas de renegociación de los operadores e influido en sus ofertas; ello, aunado al rezago de la regulación en los países de América Latina, el cual aumenta la

incertidumbre y debilita la ejecución de los contratos, permitiendo un gran espacio para las renegociaciones a los contratos.

MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE MODIFICACIONES A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

El TUO de Concesiones y su Reglamento contienen disposiciones que regulan la renegociación de los contratos. En primer lugar, encontramos la disposición del literal d) del Artículo 32° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprobó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (referido en el presente artículo como TUO de Concesiones) que faculta al Estado modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al Artículo 33° del TUO de Concesiones², el cual a su vez establece lo siguiente:

“Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) La naturaleza de la concesión;*
- b) Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas;*
- y*
- c) El equilibrio financiero para ambas partes.”*

Del mismo modo, el Reglamento del TUO de Concesiones, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, que establece en el literal f) del Artículo 30° lo siguiente:

“Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:

2 El Artículo 32 del TUO de Concesiones establece lo siguiente:

Artículo 32.- El Estado podrá:

- a) hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato;
- b) declarar temporalmente suspendida la concesión, cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 38 del presente Texto Único Ordenado;
- c) declarar la caducidad de la concesión, cuando concurra alguna de las causales previstas en el Artículo 39 del presente Texto Único Ordenado; y
- d) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente.

(...)

f) modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes;"

Como vemos, si bien los artículos indicados regulan las modificaciones a los contratos de concesión, podemos encontrar diferencias entre lo dispuesto por el TUO de Concesiones y su reglamento. Por un lado, el TUO de Concesiones establece el criterio de lo "conveniente" para efectos de proceder a la modificación del contrato de concesión; mientras que, en el caso del Reglamento, se establece el criterio de la "necesidad". Nótese que ambos criterios son sustancialmente distintos, ya que en el caso del criterio de la conveniencia, si nos remitimos a la definición de "conveniente" en el Diccionario de la Real Academia Española, se define por todo aquello "útil, oportuno, provechoso"; mientras que lo "necesario" significa "forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder".

Como se aprecia, el TUO de Concesiones y su Reglamento contiene criterios ambivalentes; así en el caso del criterio establecido en el TUO de Concesiones, *lo conveniente*³ es aquello que tiene un provecho para ambas partes; mientras que *lo necesario*⁴ es aquello que debe suceder porque resulta inevitable. Sin perjuicio de ello, ambos coinciden en señalar que la modificación del contrato se realizará respetando en lo posible: (i) la naturaleza de la concesión, (ii)

3 Respecto a la conveniencia, es interesante resaltar el análisis realizado en el Informe N°09-07-GRE-GS-GAL-Ositran, respecto a la quinta solicitud de modificación al Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que luego de describir los artículos correspondientes al TUO de Concesiones indica: "*De lo anteriormente señalado, se desprende que el Estado puede modificar el contrato de concesión, siempre que exista una conveniencia, que de acuerdo a la norma reglamentarias del TUO, está definida en términos de una necesidad de modificar el contrato de concesión. Dicha debe estar necesariamente asociadas a los supuestos de modificación contractual que establece el contrato de concesión o algunas otras que no hayan sido previsibles para las partes al momento de celebrar el contrato de concesión." (Subrayado del autor) (Numeral 28)*

4 Nuevamente, en el Informe indicado en la cita anterior, respecto al criterio de lo necesario se indica lo siguiente: "*En consecuencia, si LAP no sustenta técnicamente la existencia de una necesidad con el fin de modificar el contrato de concesión en alguno de los supuestos a que se refiere el numeral 24.7 del contrato de concesión, la solicitud de modificación contractual en cuestión se declarará improcedente, de conformidad con el marco legal y contractual al que se ha hecho referencia*" (Numeral 46) .

las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y, (iii) el equilibrio financiero de las prestaciones de las partes. En este punto, analizaremos cada uno de los parámetros mencionados, a fin de comprender su real alcance:

- (i) Naturaleza de la concesión: Comprende el objeto, modalidad y características principales como, por ejemplo, el derecho del concesionario para realizar la construcción, operación y mantenimiento de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (Huamaní y Vargas: 2011, 101). Por consiguiente, respetar la naturaleza de la concesión implica, dentro del alcance del análisis, verificar si la modificación del contrato de concesión implica que la modalidad cambie su carácter de autosostenible a cofinanciada o viceversa.
- (ii) Condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas: Son aquellas condiciones referidas a los términos de ingeniería y económicos presupuestales, en las cuales se ha centrado el PPIP y la subsiguiente suscripción del contrato de concesión. (Huamani y Vargas: 2011, 101) En suma, son aquellas condiciones que permitirán la viabilidad de la concesión. En el caso de condiciones económicas tenemos, por ejemplo, el mecanismo de retribución de la concesión u otras relativas a las garantías otorgadas; mientras que las condiciones técnicas variarán en cada contrato, según el tipo de infraestructura concesionada.
- (iii) Equilibrio financiero de las prestaciones de las partes: Cada contrato de concesión regula su propio equilibrio económico. En dicha línea, a la fecha de suscripción del contrato de concesión, las partes declaran expresamente que todas y cada una de las prestaciones y obligaciones a cargo de ellas, se encuentran en equilibrio, el cual se mantendrá durante toda la vigencia del contrato.

Estos requisitos permitirán revisar la pertinencia y viabilidad para la suscripción de una adenda, por lo que su análisis permitirá revisar las modificaciones que se presenten al contrato de concesión y dar inicio a cualquier proceso de renegociación.

Ahora bien, el Reglamento del Decreto Legislativo N°1012, que aprobó 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, incluyó una nueva regla a las disposiciones contenidas en el TUO de Concesiones y su reglamento. Esta nueva regla establece una restricción para la suscripción de adendas dentro de los primeros tres años de la suscripción del respectivo contrato, salvo determinados supuestos. Dado que el Decreto Legislativo N° 1012 no reguló ningún aspecto relativo a la suscripción de adendas a los contratos de concesión, el reglamento excedió los alcances de la norma reglamentada.

Esta disposición, contenida en el Artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, ha sido modificada hasta en tres oportunidades. Estas modificaciones han tenido como objetivo ampliar los supuestos que permiten la suscripción de adendas dentro de estos primeros tres años, explicitando los problemas que esta norma ha tenido en su implementación.

Los supuestos que permiten la suscripción de adendas dentro de estos primeros tres años son los siguientes: (i) cuando se trate de la corrección de errores materiales; (ii) de requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; y (iii) la precisión de los aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato de concesión; o, se sustente la necesidad de adelantar el programa de inversiones con cargo a la retribución prevista en el contrato a favor del Estado y dicha modificación no implique un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumenten los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato.

La finalidad de la norma ha sido, evidentemente, limitar la suscripción de adendas a los contratos, por cuanto, para el legislador no resulta beneficioso la suscripción de adendas dentro de este período.

Desde nuestra perspectiva, podemos encontrar varios supuestos en los cuales resulte necesaria la suscripción de adendas. Así por ejemplo, podemos indicar ¿qué sucede en los supuestos de fuerza mayor? Los contratos de concesión establecen plazos para el cumplimiento de la puesta en operación comercial. Es posible que en muchos casos requiera aplicarse el supuesto de fuerza mayor durante este período y que como consecuencia de ello se solicite una modificación de los plazos, es decir, la suscripción de una adenda. Es evidente que esta regla que límite la suscripción de las adendas, no puede ser aplicada, más aún cuando el contrato contempla la suspensión de plazo ante eventos de fuerza mayor o la debida ampliación de plazos por esta causal, pero ¿sería posible que el Estado niegue la suscripción de una adenda por esta razón? Del mismo

modo, ¿el contrato de concesión puede contemplar la posibilidad de modificar el contrato ex ante? ¿Creemos – realmente - que el contrato no será afectado por ninguna circunstancia dentro de los primeros tres años de la concesión?

Como hemos advertido, es posible enumerar un amplio número de supuestos que no se encuentran contemplados en el artículo 9° en cuestión. Esto nos permite afirmar las series dificultades que puede generar esta disposición para la ejecución de las actuales concesiones, más aún cuando las mismas empiezan a enfrentar nuevas circunstancias, tales como: elevados costos de servidumbre, la ejecución de consulta previa, entre otros. Frente a estas consideraciones, recomendamos una evaluación de esta disposición normativa.

MARCO NORMATIVO A NIVEL SECTORIAL

En el marco normativo peruano no existe unidad respecto al tratamiento de las modificaciones a los Contratos de Concesión. En verdad, el TUO de Concesiones y su reglamento deberían ser las normas que regulen el marco normativo respecto a las modificaciones a los contratos de concesión, sin embargo, es posible encontrar distintas disposiciones particulares e incluso sectoriales que regulen las modificaciones a los contratos.

En el sub sector electricidad no se encuentra ninguna disposición relativa a las modificaciones a los contratos de concesión. Sin embargo, en el sub sector hidrocarburos podemos apreciar que existe una disposición en el Reglamento de Distribución por Red de Ductos establece en su artículo 41° que *“Las modificaciones al Contrato incluyendo la prórroga del plazo, así como la cesión de posición contractual, serán autorizados por Resolución Suprema y elevadas a Escritura Pública. Las modificaciones deberán encontrarse sustentadas en el respectivo informe técnico-legal emitido por la DGH, que justifique la necesidad de efectuar dichos cambios”*.

Es decir para las modificaciones a los contratos de concesión del sector hidrocarburos se requiere mayores formalidades, toda vez que se debe cumplir con la expedición de una resolución suprema que apruebe la modificación, y así también la elaboración de un informe técnico-legal por la Dirección General de Hidrocarburos.

Precisamente en el sub sector hidrocarburos a diferencia del sector electricidad se requiere de un informe técnico-legal. Asimismo, para la elaboración de las

adendas respectivas se han establecidos comisiones especiales. Este es el caso de la suscripción de la adenda N°3 al Contrato de Concesión de Distribución por Red de Ductos del Departamento Ica y ha sido conformada una nueva comisión especial para la elaboración de la cuarta adenda al Contrato. Esta particularidad solo se ha visto en el caso de las modificaciones a los contratos del subsector de hidrocarburos.

PARTICIPACIÓN DEL ÓRGANO REGULADOR EN LAS MODIFICACIONES A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

En los casos de las modificaciones a los contratos de concesión en el sector infraestructura la participación del Órgano Regulador ha sido permanente. Tal como podemos apreciar en las cláusulas contractuales de algunos de los más importantes contratos de concesión de este sector, la opinión de regulador debía emitirse con anterioridad a la celebración de cualquier adenda al Contrato de Concesión.

A continuación se describen las cláusulas de los contratos de concesión de infraestructura de transporte:

Contrato de Concesión Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	Contrato de Concesión Red Vial N°6	Contrato de Concesión Terminal Portuario del Callao – Zona Sur
Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN y de los Acreedores Permitidos en tanto se mantenga cualquier Endeudamiento Garantizado Permitido aprobado íntegramente por el Concedente. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes. (...)	Toda solicitud de enmienda deberá ser presentada al Regulador, con copia para el otro contratante, con el debido sustento técnico. El Concedente o la Sociedad Concesionaria resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del Regulador. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados por las Partes. (...)	Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al REGULADOR, con copia para la otra Parte, con el debido sustento. El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO resolverán la solicitud contando con la opinión del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes. (...)

Las cláusulas relativas a los contratos de concesión detallados en el cuadro anterior corresponden a contratos de concesión suscritos con anterioridad a la vigencia del artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012. Como se aprecia en el marco de estas cláusulas de los contratos de concesión, el Órgano Regulador debía opinar previo a cualquier solicitud de modificación de contrato de concesión.

Debe indicarse que la opinión del regulador no se encuentra contemplada en la Ley de Organismos Reguladores. Tampoco es posible determinar su alcance dentro de alguna de las funciones de supervisión, regulación, normativa, fiscalización o sancionadora otorgadas mediante esta ley. Por lo que, la facultad para emitir opinión ante modificaciones a los contratos, ha sido otorgada mediante contrato. Sin perjuicio de ello, en el caso particular del Organismo Regulador para la Inversión en Infraestructura de Transporte, las modificaciones a dichos contratos se encuentra regulada a través de los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión fueron aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004⁵.

Por el contrario, en el caso de los contratos de concesión del sector electricidad, precisamente respecto a los contratos de concesión de las líneas de transmisión,

5 El inciso f) del numeral 7.1 del Artículo 7° de la Ley de Ositran y, específicamente, el Artículo 37° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, el Reglamento de Ositran), otorga al Regulador la función específica de emitir opinión previa sobre la renegociación de los contratos de concesión, cuyo texto citamos:

Artículo 37.- Opinión Previa y Supervisión de los contratos. A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el Ositran, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del Ositran. En ese mismo sentido el Ositran deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para tal efecto el Ositran deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA ().

la cláusula de modificaciones a los contratos no incluye la solicitud de la opinión del Órgano Regulador para realizar modificaciones a los contratos de concesión.

Tal como podemos apreciar del siguiente cuadro, en el cual se detalla los principales contratos y las distintas modificaciones que la cláusula ha sido objeto en estos años, de acuerdo a lo siguiente:

Primera Etapa Contrato de Concesión Línea de Transmisión Mantaro – Socabaya / Contrato de Concesión del Reforzamiento de los Sistemas Eléctricos de Transmisión del Sur/Línea de Transmisión	Segunda Etapa Contrato de Concesión de la Línea de Transmisión Machupicchu-Cotaruse	Tercera Etapa Contratos de Concesión Línea de Transmisión Cláusula de Contrato de la Línea de Transmisión SGT “Reforzamiento del Sistema de Transmisión Centro-Norte Medio en 500 kV
<p>22.6 (...) <i>Las modificaciones y aclaraciones al presente Contrato, incluyendo aquellas que la Sociedad Concesionaria puede proponer a sugerencia de las entidades financieras, únicamente serán válidas cuando sean acordadas por escrito y suscritas por representantes con poder suficiente de las Partes y cumplan con los requisitos pertinentes de las Leyes Aplicables.</i></p>	<p>14.3 <i>Las modificaciones y aclaraciones al Contrato, serán únicamente válidas cuando sean acordadas por escrito y suscritos por representantes con poder suficiente de las Partes y cumplan con los requisitos pertinentes de las Leyes Aplicables.</i></p>	<p>15.3 <i>Las modificaciones y aclaraciones al Contrato, serán únicamente válidas cuando sean acordadas por escrito y suscritas por representantes con poder suficiente de las Partes y cumplan con los requisitos pertinentes de las Leyes Aplicables.</i> <i>Es de aplicación al presente Contrato lo dispuesto en el Artículo 9° 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, en tanto dicha disposición se encuentre vigente.</i></p>

Tal como podemos apreciar, la cláusula de modificaciones a los contratos de concesión ha sufrido modificaciones importantes. Ahora bien, debemos indicar que los contratos de concesión detallados son importantes en cuanto a partir de estos contratos se introdujo una modificación a la cláusula; por lo que, para efectos de este análisis, hemos procedido a dividir cada cláusula por etapas. Así, encontramos la primera etapa en la cual se estipulaba que las modificaciones se realizaban a sugerencia de las entidades financieras; en una

segunda etapa, la cláusula permitía a las partes toda modificación conforme a las Leyes aplicables – entiéndase al TUO de Concesiones y su Reglamento; finalmente, la tercera etapa que incluyó la disposición del artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 indicándose de manera expresa su aplicación para la disposición de modificaciones a los contratos de concesión. De tal manera, en la tercera etapa al haberse incluido el artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 se incluyó con ello la opinión del regulador para las modificaciones al contrato; sin embargo, en estos casos también debemos considerar que los alcances de esta opinión se encuentra comprendida a los puntos: facilidades esenciales, tarifas y calidad de servicio. Cabe agregar que las disposiciones contenidas en el artículo 9° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, solo resulta aplicable para aquellos contratos que se haya dispuesto el cumplimiento de esta norma en la redacción de la cláusula de modificaciones al contrato. No será posible en este supuesto la aplicación del artículo 9° de dicho reglamento para contratos suscritos con anterioridad a dicha fecha.

Ahora bien, en el caso del sector hidrocarburos aplica la disposición del artículo 9° del Reglamento. Empero, por disposición sectorial contemplada en el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos también se solicita la opinión de la Dirección General de Hidrocarburos. Sin perjuicio de ello, con ocasión de la constitución del comité especial encargado de la elaboración de la tercera adenda al Contrato de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos del Departamento de Ica se ha incluido a un funcionario del Osinergmin.

ANÁLISIS DEL SECTOR ELÉCTRICO

A inicios de los años 90's, el Perú cambio su modelo económico a fin de reducir la participación del Estado en la economía peruana. A partir de ello, se inició un programa de privatización y otorgamiento de concesiones a través del cual se transfirió la administración de los servicios públicos al sector privado. El programa de privatización y concesiones fue ejecutado para cada uno de los sectores importantes de la economía: telecomunicaciones, energía, sistema financiero, minería, entre otros; siendo, el sector más atractivo, el sector energía. Energía fue el sector más dinámico, a través de la modalidad de venta de activos, se transfirieron al sector privado las empresas tales como: Edelnor y Edelsur, Empresa de Generación Termoeléctrica de Ventanilla - Etevensa,

Empresa de Generación Eléctrica Norperú – Egenor, Empresa Eléctrica de Piura - EEPSA, incluso las empresas que conforman el día de hoy el grupo Distriluz, Electro Norte, Electro Norte Medio, Electro Centro, Electro Nor Oeste. En este último caso, el esquema de privatización no funcionó por lo que dichas empresas retornaron a titularidad estatal.

Posteriormente, en el año 1998 se inició el programa de concesiones. Este programa se inició con un contrato de concesión del sector energía, el Contrato de Concesión de la Línea de Transmisión Mantaro – Socabaya.

A diferencia del sector energía, el sector infraestructura de transporte no experimentó una dinámica similar, puesto que se promovió un proceso de privatización con anterioridad al proceso de concesiones. Las empresas de este sector, Corpac y Enapu no fueron privatizadas. El programa de concesiones de este sector se inició con mayor intensidad a partir del año 2005, con la suscripción del Contrato de Concesión de Ancón- Huacho-Pativilca. Actualmente, en este sector se han suscrito veintiocho (28) de contratos de concesión los cuales comprenden puertos, aeropuertos y carreteras. De este grupo de contratos, el promedio de número de adendas en promedio fue tres (03) adendas por cada contrato de concesión suscrito.

En el sector infraestructura de transporte se han realizado dos estudios respecto a las renegociaciones de los contratos de concesión en infraestructura de transporte. En su mayoría, los autores han sido colaboradores del ente regulador: HUAMANÍ y VARGAS (2011); MONTESINOS y SAAVEDRA (2011). Asimismo, es muy conocido el trabajo realizado por GUASCH (2005) en su libro titulado “Concesiones en Infraestructura. *Cómo hacerlo bien*”.

Las conclusiones de MONTESINOS y SAAVEDRA (2011,64) indicaron que la alta incidencia de renegociaciones en los contratos de concesión se encontraban vinculados a condiciones de diseño del contrato y de la licitación, así como a los mecanismos institucionales. En esta misma línea argumentativa, para HUAMANÍ y VARGAS (2011, 111) las renegociaciones ineficientes pueden ser evitadas desde el diseño del Contrato, el diseño de la subasta y el marco legal, basados fundamentalmente en la teoría económica y la evidencia empírica.

Como vemos, ambos artículos concluyen que el factor determinante de la alta tasa de renegociaciones de contratos de concesión en el sector infraestructura de transporte se encuentra en el diseño de los contratos de concesión.

En el análisis realizado por GUASCH (2005, 107) expone que *“Las renegociaciones fueron mucho menos frecuentes en los sectores de telecomunicaciones y energía, en cierta medida como consecuencia de la naturaleza más competitiva de esos sectores. Esa naturaleza competitiva reduce significativamente la influencia de los concesionarios y su poder de negociación para las renegociaciones. En la mayoría de los casos de los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones y energía no son los únicos proveedores del servicio. (...)”*

GUASCH destaca las diferencias del sector energía con relación a otros sectores, distinguiendo que en este sector, el mercado se encuentra más diversificado, existe un mayor número de operadores y un alto nivel de competitividad, permitiendo un mercado desarrollado y maduro. Estos elementos desincentivan un alto número de adendas a los contratos de concesión.

Precisamente, a diferencia del sector infraestructura, el sector energía ostenta un esquema regulatorio más claro que permite asegurar la realización de inversiones, el mismo que ha permitido la suscripción de un gran número de contratos de concesión de líneas de transmisión.

Ahora bien a diferencia de lo ocurrido en las líneas de transmisión, recientemente, en el año 2010 se han suscrito contratos de concesión denominados “Reserva Fría de Generación”, que hasta la fecha no han sido materia de modificación contractual mediante adenda, debido a la restricción de suscripción de los primeros tres años regulado por el marco legal vigente. En este caso, a pesar que el esquema remunerativo no se encontraba completamente reglamentado, el contrato estableció claramente los lineamientos y principios que las entidades deben seguir para finalizar su esquema regulatorio. Precisamente, con fecha reciente se aprobó el Procedimiento Técnico COES PR-42 “Régimen Aplicable a las Centrales de Reserva Fría de Generación” mediante Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 141-2013-OS/CD, publicado con fecha 03 de julio de 2013 que complementa la regulación y aplicación del régimen aplicable a las centrales de generación en condición de Reserva Fría.

MODIFICACIONES A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LAS LÍNEAS DE TRANSMISIÓN

A diferencia de otros sectores, el mercado eléctrico fue objeto de un proceso de reforma, con anterioridad al proceso de privatización que explicamos

anteriormente, que dinamizó dicho sector. Esta reforma consistió en la segmentación del mercado por generación, transmisión y distribución, ello produjo la segregación de las únicas empresas eléctricas del Perú que desarrollaban generación, transmisión y distribución a través de empresas regionales y dedicadas a cada una de estas áreas del mercado. El proceso de privatización del mercado eléctrico fue intenso pero no fue totalmente exitoso. Hasta la fecha, Proinversión tiene en proceso de promoción de la inversión privada muchas empresas estatales del sector distribución y generación que no fueron licitadas.

Sin embargo, el caso de las líneas de transmisión fue totalmente opuesto. Las empresas que luego del proceso de reforma tuvieron los derechos eléctricos para suministrar el servicio de transmisión fueron ETECEN y ETESUR. A diferencia de otros procesos de privatización este no se realizó a través de la modalidad de venta de activos o acciones, sino a través de un contrato de concesión al amparo del TUO de Concesiones.

Mediante el Contrato de Concesión ETECEN – ETESUR se transfirió al sector privado las líneas de transmisión que hasta esa fecha se encontraban instaladas en el país. Posteriormente, se realizaría la concesión de la Línea de Transmisión Tintaya – Socabaya, entre otras. Estos contratos establecieron un marco regulatorio que permitía asegurar la remuneración de los costos de inversión y de operación y mantenimiento, aplicando con ello la llamada *regulación por contrato*. Esta figura permitió las inversiones en este sector que fueron realizados mediante contratos de concesión.

Luego de la suscripción de tres contratos de concesión de líneas de transmisión se publicó la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica que modificó el esquema tarifario a fin que se pague la anualidad de la inversión y los costos de operación y mantenimiento. El modelo tarifario para el pago del Costo de Inversión y los Costos de Operación y Mantenimiento de las líneas, objeto de licitación son claros y adecuados para la ejecución del servicio.

A diferencia de los sectores de transporte o saneamiento, el sector energía tiene una mayor ventaja. La ventaja de este mercado respecto a otros es su mayor desarrollo, tanto el ámbito normativo como regulatorio. En definitiva diseñar contratos de concesión en mercados regulatorios más completos permite diseños de contratos más eficientes y menos regulados. Al contrario, en

mercados regulatorios menos desarrollados incentiva a contratos que regulen y que busquen regular el mayor número de supuestos posibles.

A continuación se detalla en el siguiente cuadro las principales modificaciones de los contratos de concesión del sector electricidad. En primer lugar, veremos un cuadro con las modificaciones de los Contratos de las Líneas de Transmisión pertenecientes al Sistema Principal de Transmisión.

ELECTRICIDAD					
Contratos Líneas de Transmisión - Sistema Principal de Transmisión					
Nº	Proyectos	Concesionario	Fecha de suscripción del Contrato	Adendas	Materia de Modificación
1	S.T. Mantaro-Socabaya	Consorcio Transmántaro S.A. (CTM)	27/02/1998	Adenda Nº 1 (10.05.2000)	Modificaciones: (i) Régimen Tarifario, (ii) Caducidad de la Concesión, (iii) Solución de Controversias
				Adenda Nº 2 (28.09.2000)	Adecuación por unificación de sistemas interconectados Norte y Sur al SINAC. Introducción Período Experimental
				Adenda Nº 3 (09.03.2004)	Modificación del capital mínimo social
				Adenda Nº 4 (01.10.2004)	Precisión de los Costos de OYM
				Adenda Nº 5 (20.05.2005)	Incorporación al Contrato de las modificaciones derivadas de la Decisión del Experto (Ajuste de VNR)
				Adenda Nº 6 (25.04.2006)	Modificaciones Operador Estratégico Calificado
				Adenda Nº 7 (02.02.2007)	Sustitución del Operador Estratégico Calificado
				Adenda Nº 8 (12.06.2009)	Ampliación en el Sistema de Transmisión
2	Reforzamiento de los Sistemas Eléctricos de Transmisión del Sur y la Prestación del servicio de Transmisión de Electricidad (L.T. Socabaya-Moquegua y L.T. Puno-Moquegua-Tacna)	Red Eléctrica del Sur S.A. (REDESUR)	19/03/1999	Adenda Nº 9 (13.01.2011)	Introducción del mecanismo para la contratación de la inspección para la Ampliación acordada mediante Adenda Nº 8
				Adenda Nº 1 (14.09.2000)	Modificación de Plazo de POC
				Adenda Nº 2 (21.03.2002)	Modificación a (i) Caducidad de la Concesión y (ii) financiamiento
				Adenda Nº 3 (06.09.2005)	Modificación a la forma de pago del capital social
				Adenda Nº 4 (15.06.2006)	Ajustes a los Costos de Operación y Mantenimiento (Trato Directo)
3	L.T. Oroya-Carhuamayo-Paragsha-Derivación Antamina y Aguaytía-Pucallpa	Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA)	26/04/01	Adenda Nº 5 (10.04.2008)	Modificación de la Cláusula de Régimen Tarifario
				Adenda Nº 1 (05.01.2007)	Modificación de Baja de Bienes de Concesión
4	Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN - ETESUR	Red de Energía del Perú S.A. (REP)	05/09/2002	Adenda Nº 2 (15.05.2012)	Acuerdo Marco de Ampliaciones
				Modificación 1(31.03.2006)	Acuerdo Marco de Ampliaciones
				Modificación 2 al Contrato (18.09.2007)	Modificaciones a anexo relativo a Telecomunicaciones
				Minuta Aclaratoria Definitiva (28.05.2007)	Aclaratoria respecto a la remuneración por ampliaciones

El siguiente cuadro realiza un detalle de las principales modificaciones a los Contratos de Concesión de las Líneas de Transmisión pertenecientes al Sistema Garantizado de Transmisión, de acuerdo al siguiente detalle:

Electricidad					
Contratos Líneas de Transmisión - Sistema Garantizado de Transmisión					
Nº	Proyectos	Concesionario	Fecha de suscripción del contrato	Adendas	Materia de Modificación
1	L.T. 220 kV Carhuamayo-Paragsha- Conococha-Huallanca- Cajamarca-Cerro Corona-Carhuaquero	Abengoa Transmisión Norte S.A.	22/05/2008	Adenda Nº 1 (03.03.2009)	Modificación del Monto de Inversión, a consecuencia de modificación del trazo referencial de la línea.
				Adenda Nº 2 (28.05.2010)	Modificación de Plazo de la Puesta en Operación Comercial
				Adenda Nº 3 (05.11.2010)	Puesta en Operación Comercial parcial
2	L.T. Machupicchu- Cotaruse	Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.	22/08/2008	Adenda Nº 1 (25.02.2010)	Modificación de Plazo de la Puesta en Operación Comercial
3	L.T. Mantaro-Caravelí- Montalvo	Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.	22/08/200/	Adenda Nº 1 (25.02.2010)	Modificación de Plazo de la Puesta en Operación Comercial
4	L.T. Chilca-La Planicie-Zapallal	Consortio Transmantaro S.A. (CTM)	08/09/2008	Adenda Nº 1 (29.04.2011)	Modificación de Plazo de la Puesta en Operación Comercial.
5	Reforzamiento del Sistema de Transmisión Centro- Norte Medio en 500 kV (L.T. Zapallal- Trujillo)	Consortio Transmantaro S.A. (CTM)	18/02/2010	N.A.	
6	Reforzamiento del Sistema Norte con un Segundo Circuito de Transmisión 220 kV entre Talara y Piura	Consortio Transmantaro S.A. (CTM)	26/08/2010	N.A.	
7	L.T. Tintaya- Socabaya 220 kV y Subestaciones Asociadas	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.	30/09/2010	N.A.	

8	L.T. Pomacocha-Carhuamayo 220 kV y Subestaciones Asociadas	Consortio Transmantaro S.A. (CTM)	27/09/2010	N.A.	
9	L.T. Machupicchu-Abancay-Cotaruse en 220 kV	Consortio Transmantaro S.A. (CTM)	22/12/2010	N.A.	
10	L.T. SGT 500 kV Chilca-Marcona-Montalvo	Abengoa Transmisión Sur S.A	22/07/2010	N.A.	
11	L.T. Trujillo-Chiclayo en 500 kV	Consortio Transmantaro S.A. (CTM)	26/05/2011	N.A.	
12	LT Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic - Moyobamba en 220 kV	Concesionario Línea de Transmisión CCCM S.A	16/03/2013	N.A.	
13	Lt Machupicchu-Quencoro-Onocora - Tintaya	ATN 3 S.A	13/06/2013	N.A.	

Como se puede apreciar los contratos de concesión de las líneas de transmisión correspondiente al sistema principal de transmisión, es decir con anterioridad a la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, tienen un número de adendas mayor que los contratos de concesión suscritos con posterioridad a dicha norma y que conforman el Sistema Garantizado de Transmisión.

Esta diferencia corresponde a que en una primera etapa, el contrato de concesión al amparo del TUO de Concesiones estructuró un mecanismo tarifario que permitiera a los concesionarios asegurar la remuneración del costo de la inversión total durante el plazo de la concesión, esto es, lo que se ha llamado *regulación por contrato*.

En este sentido, SANTIVANÉZ Y SUMAR (2012) en su artículo denominado *Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica*, expresaron “En efecto, la regulación contractual incluida en los Contratos BOOT del SPT otorgó la estabilidad y predictibilidad requeridas por los inversionistas privados para efectuar sus inversiones, por lo que el marco normativo del SPT de alguna forma cedió ante las reglas previstas en los contratos. Tal como se indicó precedentemente, los contratos antes referidos, se suscribieron teniendo como marco legal el TUO de Concesiones, norma que

declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, estableciendo que la modalidad a emplearse para tales efectos a la concesión”.

Dado que en esta primera etapa primó la regulación por contrato, para las ampliaciones a la línea de transmisión se requirió a su vez establecer un mecanismo claro y eficiente de remuneración de estas inversiones. Más aún cuando el marco normativo de la Ley de Concesiones Eléctricas no creaba un marco adecuado que permitiese la realización de ampliaciones.

(i) Plazo de la Puesta en Operación Comercial

Ahora bien, a diferencia de la primera etapa de los contratos de concesión de las líneas de transmisión del sistema principal, en el caso de los contratos de concesión de las líneas de transmisión que forman parte del sistema garantizado de transmisión la mayor incidencia en modificaciones contractuales se ha originado en el plazo para la puesta en operación comercial (POC).

Como se puede apreciar de las cinco adendas suscritas a la fecha, cuatro de ellas han sido suscritas como consecuencia de una modificación al plazo de la POC. Actualmente, los concesionarios de transmisión alegan serios problemas con relación a la imposición de servidumbres, elevados precios de los terrenos, conflictos sociales, aprobaciones de estudios impacto ambiental, entre otros que originan la modificación de los plazos de la POC.

Un claro ejemplo de ello ocurrió en la construcción de la Línea de Transmisión Carhuaquero-Paragsha-Conococha-Huallanca-Cajamarca-Cerro Corona-Carhuaquero en el cual debido a las dificultades para construir la línea en el tramo Cerro Corona - Carhuaquero producido por el ambiente hostil de la población de algunos sectores de la población de Cajamarca. En este caso, la línea de transmisión fue modificada y el trazo de la misma no abarcó el tramo correspondiente a Cerro Corona – Carhuaquero.

Podemos apreciar que estos problemas pueden agravarse con la implementación de la Consulta Previa. Las ampliaciones de plazo generan incrementos en los costos financieros y de inversión que los concesionarios no pueden recuperar dado que el valor asignado en la licitación. Ello, conlleva a que los concesionarios calculen en sus ofertas estos posibles retrasos teniendo un efecto directo en el monto de inversión de las líneas de transmisión.

Desde hace un corto período, se escuchan algunos planteamientos que solicitan un cambios en el modelo de licitación de estas líneas que asignen menores riesgos en los inversionistas respecto a estos retrasos o problemas en los permisos sociales para la construcción de las líneas.

Probablemente, este modelo – que a la fecha ha permitido un gran número de suscripción de contratos – reciba su más importante desafío con la implementación de la consulta previa. Estaremos atentos.

(ii) El caso de la Concesión de la Línea de Transmisión Machupichu – Cotaruse, el caso ISONOR.

En el 2008, Isonor Transmisión SAC se adjudicó dos proyectos: Línea de Transmisión Machupicchu – Cotaruse y la Línea de Transmisión Caravelí – Cotaruse, el cual fue licitado por Proinversión en conjunto. Durante esta coyuntura se desataba la crisis europea, la cual fue sustentada por la empresa - de capitales españoles - como causal para solicitar modificaciones al contrato con el objetivo de incrementar la cláusula tarifaria.

El Estado Peruano no accedió a dicha solicitud de modificación. En tal circunstancia, Isonor Transmisión SAC fue objeto de controversia ante el CIADI alegando la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación, que a su vez permitiría la modificación de la cláusula tarifaria del Contrato de Concesión. Recientemente, CIADI resolvió el proceso a favor del Estado Peruano.

Esta es uno de las primeras controversias ganadas por el Estado Peruano, a su vez representa un importante caso en el cual una modificación no puede ser aceptada si esta implica evidentemente una modificación a las reglas de juego, por el cual se llevó a cabo los procesos de selección. Asimismo, representa un desincentivo para la presentación de ofertas económicas agresivas que luego requiera modificaciones contractuales.

CONCLUSIONES

A diferencia del sector infraestructura, el sector energía es un sector más dinamizado y con un marco regulatorio más claro y desarrollado. Ello ha permitido que los concesionarios tengan menores incentivos para la suscripción de adendas.

En el caso de los contratos de líneas de transmisión, el mayor número de adendas se realizaron a los contratos suscritos con anterioridad a la Ley N° 28832, la cual estableció un marco remunerativo adecuado para la construcción de las líneas de transmisión. Del mismo modo, estableció claramente el esquema de remuneración para los casos de inversiones adicionales a los contratos de concesión no previstos en el esquema del contrato. Por ello, los contratos de concesión suscritos con anterioridad a dicha fecha requirieron la suscripción de adendas para la realización de las ampliaciones a las líneas de transmisión, a fin de asegurar un esquema remunerativo que garantice la recuperación de la inversión. Es decir, dado que el esquema inicial requirió la aplicación de la “regulación por contrato” entonces las adendas respondieron a esta misma necesidad y requirieron de la “regulación por contrato” para asegurar su remuneración.

Como vimos, las principales modificaciones a los contratos de concesión de las líneas de transmisión se realizan a los plazos de la puesta en operación comercial debido a los recientes problemas que tienen los operadores de transmisión para la construcción de las líneas de transmisión. El gran reto para el diseño actual de concesión de las líneas de transmisión será con la ejecución de la consulta previa y cómo el Estado, en su calidad de Concedente, va a enfrentar este reto.

BIBLIOGRAFÍA

Guasch, J. L. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Madrid, España: The World Bank.

Huamaní, S. & Vargas, T. (2011) *Renegociaciones no eficientes a partir del diseño del contrato y la licitación en las concesiones en transporte*. Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, 7, 89-120.

Montesinos, Jorge y Saavedra, Eduardo (2011) *Algunos alcances acerca de la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público*. Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, 7, 44 - 67.

Mozzoro, Marian y Spiller, Pablo (2012) *Third –Party Opportunism and the nature of public contracts*. National Bureau of Economic Research.

Spiller, Pablo (2008) *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*. National Bureau of Economic Research.

Santivañez, Roberto y Sumar, Paul (2012) *Cuarenta años de evolución del Marco Legal Peruano de la Transmisión Eléctrica*. *Revista Peruana de Energía*, 1, 83-116.