

## LA NECESIDAD DE LEGISLAR LA IDENTIFICACIÓN DE UN PROYECTO HIDROELÉCTRICO

## THE NEED TO LEGISLATE THE IDENTIFICATION OF A HYDRO PROJECT

*Germán Tarazona Ángeles<sup>1</sup>*

gtarazona@estudiograu.com

Abogado Asociado del Estudio Grau, Perú

Recibido: 19 de agosto de 2015

Aceptado: 19 de setiembre de 2015

### SUMARIO

Introducción

Ley de Concesiones Eléctricas

Concesiones eléctricas y permisología

Etapas de un proyecto hidroeléctrico

Identificación del problema

La concesión temporal como mecanismo de protección legal

Aspectos a tomar en cuenta en una identificación de proyectos hidroeléctricos legislada

Beneficios de una identificación legislada

Conclusiones

Bibliografía

### RESUMEN

El presente artículo hace un acercamiento a la legislación referida a la generación de energía con recursos hidráulicos para luego describir y analizar ciertos problemas por la falta de una legislación que proteja la identificación de un proyecto hidroeléctrico y se proponen algunos lineamientos que podrían recogerse en la normativa para mejorar el desarrollo de los proyectos de energía con recursos hidráulicos.

La importancia de este trabajo reside en el potencial hidroeléctrico que tiene el Perú para desarrollar la actividad de generación de energía, situación que debe ser aprovechada al máximo para lograr una mayor inversión en

este sector y reducir la brecha de infraestructura que actualmente vive el país.<sup>2</sup>

### PALABRAS CLAVE

Autorización; concesión temporal; concesión definitiva; energía; generación eléctrica; identificación de un proyecto hidroeléctrico.

### ABSTRACT

This article makes an approach to legislation relating to hydraulic power generation resources, and describes problems arising from lack of legislation to protect the identification of a hydroelectric project, propose some guidelines that could be collected in the regulations to enhance the development of energy projects with water resources.

The importance of this paper is based in the Peruvian hydroelectric potential to develop the power generation activity, this power must be exploited to the maximum for greater investment in this sector and reduce the infrastructure gap that the country currently has<sup>3</sup>.

2. La brecha de infraestructura en energía eléctrica que ha sido estimada de 2012 al 2021 por la Asociación para el Fomento de la Infraestructura (AFIN) en la suma de USD 32,297 millones de dólares, en la publicación Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021, elaborada por el Centro de Investigación Universidad del Pacífico y el Instituto de Regulación y Finanzas de la Universidad ESAN. Recuperado de [http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan\\_nacional\\_de\\_infraestructura\\_2012\\_2021.pdf](http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_de_infraestructura_2012_2021.pdf)

3. *The infrastructure gap in power has been estimated by the Asociación para el Fomento de la Infraestructura (AFIN) in the amount of US \$ 32.297 million from 2012 to 2021, in the publication Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021, made by the Centro de Investigación Universidad del Pacífico and the Instituto de Regulación y Finanzas de la Universidad ESAN. Retrieved from [http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan\\_nacional\\_de\\_infraestructura\\_2012\\_2021.pdf](http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_de_infraestructura_2012_2021.pdf)*

1. Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

## KEYWORDS

Authorization; temporary concession; final concession; energy; power generation; identification of a hydroelectric project.

## INTRODUCCIÓN

La energía eléctrica puede producirse utilizando distintas fuentes primarias; en el caso de la energía hidroeléctrica que tiene como fuente primaria el agua, se utiliza la energía potencial del agua almacenada para convertirla primero en energía mecánica y luego en eléctrica mediante turbinas y generadores. Las centrales hidroeléctricas pueden ser de «embalse», en las que se utilizan represas para almacenar el agua o de «pasada», en las que solo se utiliza el caudal natural del río o los embalses naturales. (Dammert, García y Molinelli, 2008)

Es conocido que el potencial hidroeléctrico en nuestro país fue identificado por estudios realizados a través de la cooperación alemana mediante el *Estudio de evaluación del potencial hidroeléctrico nacional para los años 1973-1982* desarrollado por la Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ). En este estudio se evaluó el potencial hidroeléctrico técnicamente factible en las cuencas y se determinaron los costos de 800 proyectos, dentro de los cuales se seleccionaron 548 y se examinaron 2182 alternativas a nivel de prediseño; posteriormente se definieron 328 alternativas como teóricamente realizables y se encontró que estas contarían con un potencial teórico superior a 200,000 MW y con un potencial técnico de 58,937 y 395,118 GWh (Dammert, García y Pérez-Reyes, 2006). Dicho estudio, a pesar de su antigüedad y de algunos cuestionamientos por la técnica aplicada en su elaboración, es un indicador válido que muestra una idea del considerable potencial hidroeléctrico que tiene nuestro país y que hasta la fecha no ha sido explotado en toda su magnitud.

Con la promulgación y vigencia del Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, el sector eléctrico experimentó cambios significativos a partir de los cuales se elimina el monopolio del Estado a través de sus empresas estatales en el mercado eléctrico. Dicho mercado se encontraba integrado verticalmente<sup>4</sup>

4. Cuando se habla de Integración Vertical, se hace referencia a que todas las actividades del sector eléctrico (generación, transmisión y distribución) se concentraban en una sola empresa.

y con el nuevo marco normativo se produjo la desintegración de las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución en las cuales la inversión privada comienza a tener una importante participación que sigue en crecimiento.

Así desde 1990, con los procesos de privatización, el sector pasa a tener una estructura mixta de empresas públicas y privadas. Asimismo, la inversión, que en 1996 era cercana a los USD 500 millones, llega en el 2010 a cerca de USD 1700 millones; lo que significa que en quince años se acumuló una inversión de USD 9500. Se duplicó así la oferta de la capacidad de generación, que pasó de 4462 MW a 8887 MW en 2010. Solo en ese año se incrementó la capacidad instalada de energía eléctrica en el país en 613.7 MW. (Mendiola, Aguirre, Aguilar, Castillo, Giglio y Maldonado, 2012)

A la fecha existen muchos proyectos hidroeléctricos en cartera que cuentan con derechos de concesión temporal e incluso de concesión definitiva que no han tenido el desarrollo previsto por sus titulares; a diferencia de los proyectos termoeléctricos que han crecido considerablemente a partir de la explotación del gas de Camisea, un ejemplo actual de ello es la reciente inauguración de la Central Termoeléctrica Fénix Power en el distrito de Chilca, Cañete, la cual ha representado una inversión de USD 900 millones de dólares y que cuenta con una capacidad instalada de 570 MW, lo que equivale al 10 % de la energía que consume el país actualmente (Minem, 2015).

Atendiendo el contexto antes descrito, en este trabajo se considera la necesidad de que el marco normativo deba prever determinada protección legal en favor de quienes identifican un proyecto hidroeléctrico para que pueda ser desarrollado con mayor dinamismo y ejecutado bajo condiciones que le faciliten el camino a las inversiones, que es finalmente el ideal al que todos los involucrados aspiran. En ese sentido, con este trabajo no pretendemos solucionar el problema del estancamiento de los proyectos hidroeléctricos, sino aportar algunas ideas que podrían ser incorporadas a las normas para que se proteja al agente económico que identifica un proyecto hidroeléctrico y así se reduzcan los costos de transacción y que ello sea suficiente incentivo para captar las inversiones que requiere el sector.

Recordemos que la actividad de generación hidroeléctrica tiene un lugar importante en las políticas de energía del Estado, cuyo objetivo persigue contar con una matriz energética diversificada con énfasis en las fuentes renovables y la eficiencia energética, para lo cual dentro de los lineamientos prevé la necesidad de «priorizar la construcción de centrales hidroeléctricas eficientes como base para la generación eléctrica nacional que deben tener un trato especial, conforme lo ha reconocido en la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, aprobada por Decreto Supremo N° 064-2010-EM».

#### LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS

La norma principal que regula la actividad del sector eléctrico es la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844 (en adelante, la LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante, el RLCE).

En su artículo 1° la LCE señala que las disposiciones contenidas en dicha ley norman lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica; el

Ministerio de Energía y Minas y el Osinergmin en representación del Estado son los encargados de velar por su cumplimiento y podrán delegar en parte las funciones conferidas. Dicho artículo precisa en su parte final que las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Las personas jurídicas deberán estar constituidas con arreglo a las leyes peruanas.

Para la realización de las actividades de generación, transmisión y distribución, la LCE ha previsto el otorgamiento de derechos o títulos habilitantes como la concesión temporal, la autorización y la concesión definitiva; cada derecho debe obtenerse mediante el procedimiento administrativo respectivo ante la entidad competente, que puede ser el Ministerio de Energía y Minas o el gobierno regional de la región donde se desarrollará la actividad.

A modo de ilustración, se presenta un cuadro en el que se detallan los títulos habilitantes para desarrollar las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y las entidades competentes ante las cuales se realiza el trámite.

TÍTULOS HABILITANTES			
Actividad	Potencia	Título	Entidad
Generación	De 500 kv a 10 MW	Autorización	Gobierno Regional
	De 500 kv a 10 MW (RER)	Concesión Definitiva de Generación	Gobierno Regional
	Más de 10 MW	Concesión Definitiva de Generación	MINEM
	Termoeléctrica mayor a 500 kv a 10 MW	Autorización	Gobierno Regional
	Termoeléctrica mayor a 10 MW	Autorización	MINEM
Transmisión	Instalaciones sobre bienes del Estado o que requieran servidumbres	Concesión Definitiva de Transmisión	MINEM
Distribución	Demanda mayor a 500 kv	Concesión Definitiva de Distribución	MINEM

Cuadro 1. Títulos habilitantes para desarrollar las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y las entidades competentes ante las cuales se realiza el trámite

Fuente: elaboración propia

## CONCESIONES ELÉCTRICAS Y PERMISOLOGÍA

### Derecho de concesión temporal

La concesión temporal es un título habilitante que permite a su titular efectuar estudios de factibilidad para las actividades de generación y de transmisión. Es decir, el titular de una concesión temporal estará facultado para utilizar temporalmente, solo por el plazo de la concesión temporal, bienes de propiedad del Estado con fines de estudios. En caso se requiera, además, se deberán tramitar los permisos o autorizaciones para obtener derechos de estudios sobre recursos naturales como, por ejemplo, el agua.

Según el artículo 22° de la LCE, la concesión temporal se puede otorgar para la realización de estudios de factibilidad. Agrega el artículo 23° de la LCE que la concesión temporal permite realizar estudios de factibilidad relacionados con las actividades de generación y transmisión; específicamente, la de realizar estudios de centrales de generación, subestaciones o líneas de transmisión, mediante el cumplimiento de un cronograma de estudios.

Según el artículo 23° de la LCE, modificado mediante la Ley N° 29178, el plazo de vigencia de la concesión temporal es dos (2) años y puede extenderse una (1) sola vez a solicitud del titular hasta por un (1) año adicional, solo cuando el cronograma de estudios no haya sido cumplido por razones de fuerza mayor o caso fortuito. La concesión temporal será otorgada por resolución ministerial y su plazo de vigencia se cuenta desde la fecha de publicación de la resolución de otorgamiento. Al vencimiento del plazo, se extingue de pleno derecho. La solicitud de concesión temporal, así como la de extensión del plazo, se sujetan a los requisitos, condiciones y garantías establecidos en el RLCE.

El artículo 23° de la LCE establece también que el titular de la concesión temporal tendrá derecho preferente para solicitar la concesión definitiva correspondiente, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Reglamento. El derecho preferente caduca a los veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha de publicación del aviso de la solicitud de concesión definitiva presentada por el tercero.

De acuerdo con el artículo 30° del RLCE para obtener una concesión temporal se deberá cumplir con los siguientes datos y requisitos:

- Identificación y domicilio legal del peticionario. Si es persona jurídica, deberá estar constituida con arreglo a las leyes peruanas y presentar la escritura pública de constitución social y el poder de su representante legal, vigentes y debidamente inscritos en los Registros Públicos.
- Copia de la autorización para el uso de recursos naturales de propiedad del Estado para realizar los estudios, cuando corresponda.
- Memoria descriptiva y plano general del anteproyecto, que incluyan las coordenadas UTM (PSAD 56) de los vértices del área donde se llevarán a cabo los estudios.
- Cronograma de ejecución de estudios.
- Presupuesto de los estudios.
- Requerimiento específico de servidumbres temporales sobre bienes de terceros.
- Garantía vigente durante el plazo de concesión solicitado por un monto equivalente al 10 % del presupuesto de los estudios.
- Para el caso de una concesión temporal relacionada con la actividad de generación, únicamente quedarán comprendidas las solicitudes de concesión temporal cuya potencia instalada sea igual o superior a 750 MW o en el caso de que se requieran servidumbres sobre bienes de terceros.

En ese sentido, podemos señalar que la concesión temporal otorga los siguientes derechos a su titular:

- Permite realizar los estudios de factibilidad por un plazo de dos (2) años y con la posibilidad de renovarse únicamente por el plazo adicional de un (1) año.
- Permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbre temporal (LCE, art. 23).
- Otorga derecho preferente para solicitar la concesión definitiva correspondiente, de

acuerdo con las condiciones establecidas en el Reglamento. El derecho preferente caduca a los veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha de publicación del aviso de la solicitud de concesión definitiva presentada por el tercero (LCE, art. 23).

De acuerdo con el artículo 34° del RLCE, la concesión temporal no tiene carácter exclusivo. En consecuencia, se puede otorgar concesión temporal para realizar estudios de centrales de generación, subestaciones y líneas de transmisión dentro de las mismas áreas a más de un peticionario a la vez. Asimismo, en caso se otorgue una concesión definitiva sobre un proyecto que cuenta previamente con una concesión temporal, sin que haya ejercido el titular de esta el derecho de preferencia previsto en el último párrafo del artículo 23° de la Ley, dicha concesión temporal deberá tenerse por extinguida de pleno derecho a partir del día siguiente de publicada la resolución de otorgamiento de la concesión definitiva, en cuyo caso deberá procederse a devolver la garantía presentada por su titular, siempre que no se haya acreditado que este ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones inherentes a la concesión temporal.

Según lo precisa el artículo 34° del RLCE, el otorgamiento de la concesión temporal no libera a su titular de obtener los permisos requeridos para el uso efectivo de las áreas comprendidas dentro de la concesión otorgada, a fin de conservar el ambiente, respetar el derecho de propiedad y demás derechos de terceros. En ese sentido, agrega que, en caso concurra más de una concesión temporal sobre una misma área, las servidumbres temporales constituidas deberán ser utilizadas de forma conjunta cuando sea posible, con el fin de ser lo menos gravosas para el predio sirviente. Las compensaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar en favor de los titulares de los predios afectados serán prorrateadas entre los beneficiados por las servidumbres compartidas.

De oficio o a solicitud de parte, el Ministerio de Energía y Minas podrá disponer el uso compartido de las servidumbres y la forma de prorratear las compensaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar conforme al espacio y afectación que cada beneficiario requiera. Para tal fin, la Dirección podrá solicitar a Osinergmin o al ente correspondiente, los informes que resulten

necesarios para establecer la viabilidad técnica del uso compartido de las servidumbres. Asimismo, la Dirección podrá encargar a una institución especializada la valorización de las compensaciones o indemnizaciones que deben ser prorrateadas, salvo que las partes interesadas señalen de común acuerdo a quien se encargará de la valorización.

#### La concesión definitiva

La concesión definitiva es un título habilitante que le permite a su titular desarrollar la actividad de generación de energía por un plazo indefinido. Por ejemplo, para el caso de generación de energía hidráulica, el titular de una concesión tiene el derecho de ejecutar obras en la zona de concesión y utilizar el agua del río, turbinarla (pasarla por una turbina para generar electricidad) y devolverla al cauce del río.

Al respecto, el artículo 4° de la LCE establece que se requiere concesión definitiva para el desarrollo de cada una de las siguientes actividades:

- La generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos con potencia instalada mayor de 500 KW;
- La transmisión de energía eléctrica cuando las instalaciones afecten bienes del Estado o requieran la imposición de servidumbre por parte de este;
- La distribución de energía eléctrica con carácter de servicio público de electricidad cuando la demanda supere los 500 KW;
- La generación de energía eléctrica con recursos energéticos renovables conforme a la ley de la materia con potencia instalada mayor de 500 KW.

Según el artículo 22° de la LCE, la concesión definitiva se otorga por un plazo indefinido para el desarrollo de las actividades eléctricas, las cuales están descritas en el artículo 4° antes citado.

Al igual que para la concesión temporal, el artículo 24° de la LCE establece que la concesión definitiva permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbres para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones

y líneas de transmisión así como también de redes y subestaciones de distribución para servicio público de electricidad.

De conformidad con el artículo 25° de la LCE para obtener la concesión definitiva se deberá cumplir con los siguientes requisitos y datos:

- Identificación y domicilio legal del solicitante. Si es persona jurídica debe presentar la escritura pública de constitución social y el poder de su representante legal, debidamente inscritos en los Registros Públicos;
- autorización del uso de recursos naturales de propiedad del Estado, cuando corresponda;
- memoria descriptiva y planos completos del proyecto, con los estudios del proyecto a un nivel de factibilidad, por lo menos;
- calendario de ejecución de obras, con la indicación del inicio y la puesta en operación comercial;
- presupuesto del proyecto;
- especificación de las servidumbres requeridas;
- delimitación de la zona de concesión en coordenadas UTM (PSAD 56) y contrato formal de suministro de energía, en el caso de concesiones de distribución;
- resolución directoral aprobatoria del estudio de impacto ambiental;
- garantía de fiel cumplimiento de ejecución de obras que señale el Reglamento;
- sustento verificable del compromiso de inversionistas para el aporte de capital con fines de la ejecución de las obras, si se trata de concesión de generación;
- informe favorable emitido por una entidad clasificadora de riesgo calificada, respecto de la solvencia financiera del solicitante, si se trata de concesión de generación.

Según lo previsto en el artículo 28° de la LCE, la solicitud de concesión que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 25° deberá resolverse en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles a partir de la fecha

de su presentación. La presentación de los incidentes que se promuevan suspenderá el plazo hasta que queden resueltos. La concesión definitiva será otorgada por resolución suprema refrendada por el ministro de Energía y Minas.

La concesión definitiva, según lo establece el artículo 29° de la LCE, adquiere carácter contractual cuando el peticionario acepta por escrito la resolución emitida y suscribe el contrato correspondiente, el que debe elevarse a escritura pública en un plazo máximo de 60 días calendarios contados a partir de la fecha de recibida la transcripción de la resolución. Dicho contrato deberá contener el nombre del concesionario, derechos y obligaciones, condiciones, plazo de inicio y terminación de las obras, servidumbres, zonas de concesión cuando corresponda, causales de caducidad y demás disposiciones legales aplicables.

La LCE no reconoce expresamente exclusividad para el titular de una concesión definitiva. Cuando se otorga una concesión definitiva, se otorga con base en coordenadas que forman un polígono en determinado territorio; ese polígono se denomina «área de concesión», dentro de la cual se ejecutarán las obras necesarias para la generación de energía. En algunos casos el área de concesión no es ocupada en su totalidad, por ello, en nuestra opinión un área de concesión se puede superponer con otra área de concesión siempre y cuando ello sea técnicamente factible.

Lógicamente que si desde el punto de vista técnico ello no es posible, el derecho de quien es titular del área de concesión debería prevalecer frente a quien pretende la superposición y en ese supuesto sí podríamos considerar una exclusividad que, si bien no está precisada en la norma, se infiere de una imposibilidad técnica de coexistencia.

En virtud de una concesión definitiva, que tiene carácter contractual, el titular tiene la obligación de ejecutar las obras del proyecto eléctrico según el calendario de ejecución de obras que contiene el contrato de concesión, el cual una vez concluido permitirá que el proyecto entre en operación y consecuentemente en actividad comercial.

#### Autorización

Es un título habilitante para desarrollar la actividad de generación de energía y

se diferencia de la concesión definitiva básicamente en su carácter contractual, es decir, mientras que la concesión definitiva requiere de un contrato, para la autorización basta la expedición del acto administrativo que la contiene.

En el Cuadro 1, se especifican las actividades de generación que requieren autorización y la entidad en que se tramitan.

Autorizaciones y permisología<sup>5</sup> adicional

Durante la ejecución de un proyecto de energía, además se deben considerar otros permisos como los siguientes:

- *Estudio de impacto ambiental.* Todo proyecto de inversión requiere obtener una certificación ambiental expedida por la autoridad ambiental competente<sup>6</sup>, que es uno de los requisitos para obtener la concesión definitiva o la autorización.
- *Derechos sobre recursos naturales.* En el caso de proyectos hidroeléctricos, el recurso hídrico resulta fundamental en tanto es imprescindible asegurar la disponibilidad del recurso hídrico; es imperativo obtener varias autorizaciones de la Autoridad Nacional del Agua. Tales autorizaciones serían las siguientes: (i) autorización de ejecución de estudios para el aprovechamiento del recurso hídrico para obtener la concesión temporal, (ii) aprobación del estudio hidrológico a nivel definitivo para obtener la concesión definitiva, (iii) autorización de uso de aguas para ejecución de obras, (iv) licencia de aguas para el uso efectivo del agua que requiere el proyecto hidroeléctrico una vez culminada su construcción para la puesta en operación.
- *Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA).* Este certificado se otorga para la protección del Patrimonio Cultural de la Nación y tiene como

5. El término *permisología* no tiene una definición propiamente dicha, a pesar de que se usa con frecuencia en el ámbito de los proyectos de inversión. Dicho término está referido a la pluralidad de permisos o autorizaciones que se deben obtener de la administración pública como presupuesto habilitante para llevar la ejecución de los proyectos de inversión.

6. Dicha autoridad para el caso de actividades eléctricas recae sobre la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas.

finalidad asegurar al Estado que en el lugar donde se ejecutarán las obras no existen restos arqueológicos.

- *Derechos de servidumbre y uso del suelo.* Para el desarrollo del proyecto se requiere tener asegurada la disponibilidad del uso sobre el suelo donde se ubica el área de la concesión; de lo contrario el proyecto no podrá ejecutarse si se tiene en cuenta que ninguno de los derechos eléctricos asegura su disponibilidad, aunque la LCE y otros dispositivos legales permiten obtener servidumbres y usos sobre los predios de dominio público.

Entre otros permisos adicionales, podemos destacar el derecho de desbosque, uso de derecho de vía, compatibilidad sobre áreas naturales protegidas, licencia de construcción, entre otros. Sobre el particular, no existe de manera previa una lista cerrada de los permisos o autorizaciones, estos varían según el área geográfica donde esté ubicado el proyecto eléctrico y las diferentes exigencias y procedimientos que prevé cada autoridad dentro de su ámbito geográfico.

## ETAPAS DE UN PROYECTO HIDROELÉCTRICO

Habiendo hecho un repaso sobre las normas que regulan la actividad de generación de energía, podemos determinar que un proyecto hidroeléctrico cuenta con varias etapas. Una primera etapa sería la identificación del proyecto que consiste en ubicar físicamente un cauce hídrico que de acuerdo con sus condiciones de volumen de caudal y ubicación geográfica, con la ejecución de ciertas obras, pueda convertirse en una central de generación de energía. Una segunda etapa sería aquella de los estudios y permisos, la cual se desarrolla en forma articulada, es decir, que por un lado, para la realización de ciertos estudios se requiere de una autorización o permiso previo y por otro lado la aprobación de ciertos estudios constituye una condición previa para obtener otros permisos o autorizaciones; esta etapa puede estimarse hasta la obtención de la concesión definitiva de generación hidráulica. La tercera etapa vendría a ser la del financiamiento y construcción de las obras en la cual si el titular del proyecto no cuenta con el capital suficiente para solventar el costo de

la ejecución de las obras, debe acudir a una entidad financiera para obtener los fondos necesarios. Finalmente, una vez construida la central hidroeléctrica se inicia la etapa final que es la de operación y mantenimiento.

La única etapa que no cuenta con regulación normativa es la primera, referida a la identificación del proyecto, lo que a nuestro juicio genera algunos inconvenientes, que de superarse con una adecuada inclusión normativa, podrían darle mayor fluidez a los proyectos y generar confiabilidad y seguridad en los inversionistas.

### IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Quien decide emprender un proyecto hidroeléctrico desde la etapa de la identificación, debe realizar una primera inversión en la búsqueda del proyecto, ya sea mediante la búsqueda directa o la contratación de empresas especializadas en su identificación. Identificado el proyecto o posible proyecto, existe una gran incertidumbre respecto de la situación legal de este, puesto que no hay una forma ciento por ciento segura de saber si el proyecto identificado está disponible o si otros interesados ya están haciendo estudios. Lo que agrava la situación es que al no existir una protección legal adecuada, tampoco es seguro hacer las indagaciones respecto de la situación legal del proyecto que se identificó, ya que al darse a conocer su ubicación se podría despertar el interés de terceros o especuladores que buscan obtener una ventaja económica.

A su vez, las concesiones temporales otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas o en trámite ante dicha entidad, tampoco resultan de utilidad para los fines de determinar la situación legal del proyecto identificado, en tanto que al amparo del último párrafo del artículo 30° del RLCE, para el caso de concesión temporal relacionada con la actividad de generación, únicamente quedarán comprendidas las solicitudes de concesión temporal cuya potencia instalada sea igual o superior a 750 MW o en el caso de que se requieran servidumbres sobre bienes de terceros.

El problema de no conocer la situación legal de un proyecto hidroeléctrico identificado es que, como ha ocurrido y viene ocurriendo, más de un interesado desarrolla o pasa a la etapa de estudios y permisos, lo que genera un conflicto

entre los interesados que i) genera mayores costos, ii) estimula los conflictos sociales, iii) perjudica la bancabilidad del proyecto, iv) prolonga los tiempos estimados para su operación comercial, entre otros.

Ante esta situación, algunos inversionistas han optado por el camino más seguro para su inversión, que es adquirir proyectos hidroeléctricos en una etapa de desarrollo algo más avanzada, que tengan certeza sobre su titularidad y factibilidad, como por ejemplo, aquellos con concesión definitiva de generación otorgada o por lo menos peticionada. Otros optaron por asegurar los derechos de uso de los terrenos y predios necesarios para el proyecto, comprando las propiedades y haciendo los trámites de servidumbre antes de iniciar el proyecto, sin embargo, con la dación de la Resolución Directoral N° 006-2015-MEMD-DG del 12 de enero de 2015, el otorgamiento de servidumbres sobre terrenos del Estado se vio limitado a aquellos proyectos con solicitud de concesión definitiva admitida a trámite.

Este panorama deja la identificación y el desarrollo inicial de los proyectos hidroeléctricos, en su mayoría, a otros agentes económicos de menor capacidad, que si bien, con todo derecho participan en la vida económica del país, su finalidad no es llegar a operar una central hidroeléctrica —por la magnitud de la inversión y el respaldo económico que esta actividad requiere— y su intervención hace mucho más lenta la gestión del proyecto por limitaciones propias de capital y más onerosa porque al producirse la transferencia del proyecto al inversionista, lógicamente esperan una participación o una utilidad que recompense su trabajo.

La situación se complica cuando entre los agentes económicos de menor capacidad que participan en la identificación y desarrollo inicial de los proyectos surgen los conflictos por la titularidad y se presentan un sinnúmero de situaciones que afectan su avance.

Por otro lado, también los agentes económicos menores son víctimas de la falta de regulación durante la identificación de un proyecto en la medida en que no pueden ofertar los proyectos a los inversionistas con libertad, ya que siempre existe el temor de que algún otro interesado o un especulador se involucre en su proyecto y que se generen conflictos



por la titularidad. Incluso, existe el temor frente a los propios inversionistas por su gran capacidad económica, por lo que los convenios de confidencialidad resultan una herramienta fundamental en las transacciones.

Como vemos, quien pretende desarrollar un proyecto hidroeléctrico debe realizar una primera inversión y ello no le garantiza la titularidad, ya que corre un riesgo importante de perder dicha inversión por no tener derecho alguno que lo proteja por haber identificado un proyecto ni para recuperar la inversión que pudiera haber asumido.

#### LA CONCESIÓN TEMPORAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN LEGAL

Si bien es cierto, el agente económico o inversionista que identifica un proyecto hidroeléctrico tiene la posibilidad de obtener una concesión temporal de conformidad con el artículo 22° de la LCE, la cual le otorga algunos «derechos» como realizar los estudios y también el uso de bienes de dominio público para tal efecto; ello no asegura el derecho exclusivo sobre el proyecto hidroeléctrico identificado y por ende no cuenta con una protección o garantía de recuperar la inversión incurrida en la identificación del proyecto hasta obtener el derecho exclusivo mediante la concesión definitiva; situación que sin duda desincentiva al agente económico.

En consecuencia, la concesión temporal es un título habilitante limitado en cuanto a derechos y a obligaciones. Así, i) nada impide que los estudios de factibilidad se realicen sin haber obtenido la concesión temporal, con lo cual su obtención carece de utilidad, más aún cuando hay que presentar una carta fianza que garantice la realización del estudio; ii) el derecho a obtener servidumbres no es inmediato, porque para ello el titular tiene la carga de realizar un procedimiento administrativo ante la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas para afectar los bienes de dominio del Estado, en cuyo supuesto se debe contar previamente con el diagnóstico técnico-legal favorable que expida la autoridad competente (Superintendencia de Bienes Nacionales), de conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM sobre los cuales podrían ya existir derechos otorgados a terceros (por ejemplo,

concesiones mineras). En el mismo sentido, en relación con las servidumbres sobre predios de los particulares (propiedad privada), con quienes se dificulta aún más la situación porque hay que llegar a un acuerdo con el propietario y pagar la compensación correspondiente.

Adicionalmente, las servidumbres que pudieran requerirse para los estudios son temporales y se mantienen durante el tiempo de vigencia de la concesión temporal.

Si el titular de la concesión temporal cumple con elaborar el estudio de factibilidad del proyecto, no obtiene ningún beneficio o protección legal. Si bien el concesionario tiene la obligación de realizar el estudio en un plazo de dos años prorrogable por un año por motivos de fuerza mayor; una vez cumplida dicha obligación y tras la presentación del estudio respectivo al Ministerio de Energía y Minas este no emite pronunciamiento alguno que lo apruebe o lo rechace (situación que no está prevista en la normativa) con lo cual el cumplimiento de realizar el estudio no genera incentivo en el concesionario.

La posibilidad de otorgarse concesión temporal a más de un administrado incentiva la especulación. El otorgamiento de más de una concesión temporal constituye un obstáculo para el desarrollo de los proyectos que es avalado por la actual normativa por varias razones: (i) desincentiva al titular del proyecto a continuar en su desarrollo porque además de todos los permisos tiene que «sacar del camino» a su competidor para lo cual debe afrontar mayores costos sin la seguridad de que la inversión pueda ser recuperada; (ii) se generan conflictos sociales en la población donde se encuentra ubicado el proyecto, por cuanto aparecen diferentes grupos de intereses en conflicto, aun cuando en dicha etapa no se determina la viabilidad del proyecto, que generan falsas expectativas en la población que para tal oportunidad no podrá apreciar los beneficios sociales y económicos que el proyecto les pudiera retribuir; (iii) se elevan los costos de transacción y por ende del valor del proyecto y dejan de tener el atractivo necesario para los inversionistas.

En ese sentido, no compartimos la posición en favor de la forma cómo se regula la concesión temporal en la LCE, al considerar positivo que no otorgue derecho de exclusividad sobre el área de concesión, porque esto evita las acciones

especulativas para reservar áreas de concesión. El mejor ejemplo se observa en los proyectos de energía eólica, donde en una misma área conviven hasta seis concesiones temporales sobrepuestas. En tal sentido, si realmente existe interés se desarrollará el proyecto. Por otro lado, la principal ventaja que otorga la concesión temporal frente a los competidores, es que otorga el derecho de preferencia en caso de una concurrencia, presentada por algún otro interesado en la solicitud de concesión definitiva (Salvatierra, 2007).

En nuestra opinión, si lo que se quiere es evitar la especulación, bastará con exigir dentro de los requisitos para el otorgamiento de la concesión temporal, que el peticionante acredite solvencia financiera y que otorgue una adecuada garantía para evitar la especulación. En cierto modo, el Osinergmin ya ha adoptado medidas similares que prueban su eficacia en las subastas con recursos energéticos renovables (subastas RER).

En efecto, en las subastas RER los postores no deben acreditar titularidad exclusiva sobre el proyecto de energía con el que se presentan a la subasta, únicamente presentan sus garantías, lo suficientemente altas para evitar la presencia de especuladores y, en líneas generales, dicho sistema viene dando resultados a la luz de las centrales de generación que participaron en la subastas RER y que a la fecha vienen operando.

#### ASPECTOS A TOMAR EN CUENTA EN UNA IDENTIFICACIÓN DE PROYECTOS HIDROELÉCTRICOS LEGISLADA

En general, consideramos que la normatividad que regula el desarrollo de proyectos de energía con el recurso hidráulico, debe modificarse y tener en cuenta aspectos que le brinden mayor dinamismo y confiabilidad en su desarrollo

En primer lugar, se debe brindar una protección legal adecuada a quien identifica el proyecto y exigirle el respaldo económico y las garantías que le aseguren al Estado la culminación de los estudios; asimismo, analizar la posibilidad de otorgar la protección legal por un plazo determinado perentorio, al término del cual de no haberse culminado con la ejecución de los estudios, aquel que recibió la protección legal la perdería y revertiría los derechos en favor del Estado para que este pueda incorporar a

nuevos inversionistas interesados, pero sin perjudicar la inversión de quien identificó el proyecto. La finalidad es que el desarrollo del proyecto no se detenga hasta su puesta en operación comercial.

Esto último operaría de una forma muy similar a como opera la caducidad de la concesión definitiva de generación por la causal de incumplimiento del calendario de ejecución de obras, que subasta o licita un proyecto para su continuación.

Tal vez la figura más cercana y sencilla sea modificar los alcances de la concesión temporal que le otorgue exclusividad. La exclusividad que podría tener la concesión temporal como una forma de proteger los derechos de quien identifica un proyecto hidroeléctrico ya se da en otro tipo de proyectos de explotación de recursos naturales, como en los sectores de hidrocarburos y minería, en los que quien identifica el potencial del recurso natural obtiene la concesión o autorización del Estado para su exploración y explotación respectiva.

En el sector de hidrocarburos, la Ley N° 26221 – Ley que norma las Actividades de Hidrocarburos en el Territorio Nacional, establece el contrato de licencia y los contratos de servicios como los títulos habilitantes para desarrollar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, los cuales tienen carácter exclusivo.

En el sector minero, el Texto Único Ordenado de la Ley de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece como título habilitante la concesión minera, a partir de la cual quien identifica el recurso mineral tiene derecho de manera exclusiva a explorar y explotar el recurso mineral.

Por lo tanto, no existe justificación para que en el sector eléctrico, particularmente en el de generación con recursos hídricos, no se establezca cierta exclusividad en favor de sus titulares que permita desarrollar los proyectos con mayor predictibilidad y seguridad jurídica.

Actualmente, el titular de un proyecto asume riesgos económicos y sociales que no le aseguran la recuperación del capital invertido, los cuales se reducirían si la normativa le brinda seguridad y le otorga derechos de concesión temporal exclusivos por un tiempo determinado.

Lo expuesto es reconocido por el sector empresarial dedicado a la actividad de generación eléctrica en una reciente publicación aparecida en el diario La República (27 de febrero de 2015) que al advertir que el actual precio del gas del Lote 88 desincentiva la inversión en proyectos hidroeléctricos, describe las principales dificultades que atraviesan quienes desarrollan este tipo de proyectos:

*Las distorsiones del mercado eléctrico peruano como el precio del gas natural para el mercado interno (del Lote 88 que tiene un precio controlado por contrato) dificulta las inversiones en centrales hidroeléctricas, advirtió Mile Cacic, gerente general de Luz del Sur.*

*Explicó que otro «vía crucis» para la inversión en hidroeléctricas son los permisos y trámites que desincentivan al inversor. Solo los estudios para una central hidroeléctrica demandan tres años, mientras que para una planta térmica es un año.*

*A la fecha, la autorización de uso del recurso hídrico para una hidroeléctrica debe demandar seis meses; sin embargo, según Cacic toma un tiempo real de un año, asimismo la opinión favorable en un área natural protegida debería tomar tres meses pero demora un año.*

*En el caso de un Estudio de Impacto Ambiental Aprobado (EIA) debería tomar ocho meses pero demanda 24 y obtener el certificado de inexistencia de restos arqueológicos debe tomar un tiempo de tres meses pero demora 12 meses.*

*Cacic reveló que el periodo de construcción de una hidroeléctrica es de tres años y de una térmica de un año, mientras que las inversiones para las hidroeléctricas ascienden a USD 2,5 millones por MW y la inversión en una térmica es de USD 0,5 millones por MW.*

*El ejecutivo reveló que en promedio el tiempo para obtener una decisión definitiva para una central hidroeléctrica es de tres años.*

*Por lo que recomendó eliminar todas las distorsiones del mercado eléctrico empezando por el precio del gas para generación.*

En suma, la problemática antes descrita no hace más que elevar los costos de transacción en el desarrollo y ejecución de un proyecto hidroeléctrico; situación que hace necesaria una debida protección legal del titular de un proyecto hidroeléctrico desde su identificación, de tal manera que tenga el suficiente incentivo para invertir en su desarrollo y que sea atractivo para los agentes económicos que cuenten con el respaldo financiero para su ejecución; sin que se siga especulando con este tipo de proyectos.

La consecuencia más resaltante de mantener el actual régimen de derechos eléctricos en la LCE está relacionada con que, en los últimos años, se han desarrollado pocos proyectos hidroeléctricos, a diferencia de los proyectos de centrales termoeléctricas.

Esto a pesar de la gran cantidad de derechos de concesión temporal que se otorgan por año y que no corresponden al número de concesiones definitivas que en menor medida se otorgan cada año. Además de que un importante número de concesiones definitivas aún no inician la etapa de construcción y de que motivan reiteradas e indefinidas modificaciones del cronograma de ejecución de obras bajo la causal de fuerza mayor<sup>7</sup>.

#### BENEFICIOS DE UNA IDENTIFICACIÓN LEGISLADA

Los beneficios que se podrían lograr con una adecuada protección legal en favor de quienes identifican y desarrollan proyectos hidroeléctricos se resumen a continuación:

Se reducirían significativamente los costos de transacción porque ello permitiría que un solo agente económico desarrolle el proyecto hidroeléctrico.

Los conflictos sobre derechos eléctricos y demás permisología desaparecerían y su obtención sería más predecible.

Se permitiría al titular del proyecto un mejor manejo de la conflictividad social y un manejo amigable sobre el entorno social del proyecto.

7. Como evidencia de lo afirmado, en el siguiente enlace <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFE/SupervisionContratos/sup7/ECDOM/2%20Temporales.pdf?2> se puede consultar información actualizada al mes de abril de 2015, publicada por Osinergmin, sobre las concesiones temporales de proyectos hidroeléctricos en etapa de estudios otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en los años 2013, 2014 y 2015, a partir de la cual se puede identificar un potencial de energía hidroeléctrica de 6168 MW.

Se reduciría la especulación en el desarrollo de estos proyectos y se reducirían los riesgos en favor de los inversionistas.

El titular del proyecto podría predecir y asegurar la inversión asumida en el desarrollo del proyecto.

La producción de energía hidráulica se incrementaría con relación a la participación que actualmente tienen en el mercado eléctrico.

Se lograría un mayor dinamismo en el desarrollo de los proyectos hidroeléctricos, lo que se traduciría en más centrales hidroeléctricas operando.

## CONCLUSIONES

El Perú tiene un importante potencial hidroeléctrico que no debe desaprovechar y para ello la normativa debe jugar un rol importante de promoción e incentivo.

El derecho de concesión temporal es limitado y no otorga la protección debida a quienes desarrollan los proyectos hidroeléctricos.

Es necesario que la normativa se modifique para brindar una mayor protección a quien identifica un proyecto hidroeléctrico, y que le otorgue exclusividad, lo que se podría lograr precisando los alcances de la concesión temporal.

## REFERENCIAS

CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO Y EL INSTITUTO DE REGULACIÓN Y FINANZAS DE LA UNIVERSIDAD ESAN (2012). *Por un Perú integrado: Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021*. Lima: Asociación para el Fomento de la Infraestructura (AFIN).

DAMMERT, Alfredo; GARCÍA, Raúl y MOLINELLI, Fiorella (2008). *Regulación y supervisión del sector eléctrico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DAMMERT, Alfredo; GARCÍA, Raúl y PÉREZ-REYES, Raúl (2006). *Análisis de las barreras y facilidades para la inversión en centrales hidroeléctricas* (Documento de

Trabajo N° 24). Lima: Oficina de Estudios Económicos de Osinerg.

Decreto Ley N° 25844. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 19 de noviembre de 1992.

Decreto Ley N° 25844. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 19 de noviembre de 1992.

Decreto Supremo N° 009-93-EM. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 25 de febrero de 1993.

Decreto Supremo N° 014-92-EM. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 4 de junio de 1992.

Decreto Supremo N° 064-2010-EM. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 24 de noviembre de 2010.

LaRepública.pe (27 de febrero de 2015). Precio del gas del Lote 88 desincentiva inversión en centrales hidroeléctricas. Recuperado de <http://archivo.larepublica.pe/27-02-2015/precio-del-gas-del-lote-88-desincentiva-inversion-en-centrales-hidroelectricas>

Ley N° 26221. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 20 de agosto de 1993.

Ley N° 29178. Diario oficial *El Peruano*, Lima, 3 de enero de 2008.

MENDIOLA, Alfredo; AGUIRRE, Carlos; AGUILAR, Óscar; CASTILLO, Suzete; GIGLIO, Gerard y MALDONADO, Walter (2012). *Proyectos de generación eléctrica en el Perú: ¿centrales hidroeléctricas o centrales térmicas?* Lima: Universidad ESAN.

Ministerio de Energía y Minas (23 de abril de 2015). Presidente de la República y ministra de Energía y Minas inauguran central termoeléctrica de Fénix Power 570 mw. Lima, Perú: Ministerio de Energía y Minas. Recuperado de [http://www.minem.gob.pe/\\_detallenoticia.php?idSector=6&idTitular=6739](http://www.minem.gob.pe/_detallenoticia.php?idSector=6&idTitular=6739)

SALVATIERRA COMBINA, Rolando (.). Los contratos de concesión en el sector eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo* N.º 7 Año 4 – Contratación Estatal y Régimen de Concesiones del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.