

Proyectos de exportación de electricidad al Brasil

María del Carmen Tovar Gil*

En el presente artículo, se analiza la viabilidad del marco legal y regulatorio vigente en el Perú a fin de desarrollar los proyectos de generación de electricidad con recursos hídricos para exportación de energía al Brasil, así como las garantías que deben contemplarse tanto para asegurar los intereses del Estado como los intereses de los inversionistas. Finalmente, se define la necesidad de celebrar un Convenio entre el Perú y Brasil a fin de otorgar las seguridades correspondientes.

I. INTRODUCCIÓN

Últimamente, ha trascendido y cobrado interés para la opinión pública el proyecto de desarrollar en la cuenca amazónica del territorio peruano varias centrales de generación de electricidad con recursos hidroeléctricos en beneficio del Perú y del Brasil.

Los proyectos que se vienen estudiando son de un tamaño que, por lo menos en el corto e incluso mediano plazo, no podrían ser tomados por la demanda nacional. Esto significa que no cabe pensar en la factibilidad de financiar la ejecución de estas infraestructuras, si los proyectos no vienen acompañados de la posibilidad de exportar al Brasil.

A su vez es claro que, aún cuando estos proyectos no puedan hoy ser justificados por la demanda interna peruana, sí constituirían un importante alivio al déficit de oferta de generación hidroeléctrica y una garantía de infraestructura para el país en el largo plazo.

Todo parece pues indicar que buscar que estos proyectos se concreten es una decisión adecuada y que, si se ejecuta en forma apropiada, debiera dejar un balance positivo tanto para el Perú como para el Brasil.

Vamos a abordar dos aspectos que desde el punto de vista legal y regulatorio son centrales para la puesta en marcha de estos proyectos.

En primer lugar, vamos a definir si para otorgar las autorizaciones gubernamentales que se requiere para la ejecución de estos proyectos es suficiente el marco legal vigente en nuestro país o si se precisa de la aprobación de nuevas leyes. Visto esto como

punto de partida, no menos importante es definir qué garantías son necesarias en la práctica para que proyectos de esta envergadura y características puedan concretarse. Este segundo análisis debe ser hecho tanto desde el punto de vista del interés de los inversionistas y los requerimientos que enfrentan para comprometer una fuerte inversión que se recupera en el largo plazo, como del Estado y su necesidad de cuidar los recursos hidroeléctricos para asegurar la demanda interna.

II. VIABILIDAD LEGAL

Para definir si se requiere aprobar nuevas leyes para hacer viables los proyectos a que nos hemos referido en el punto anterior es importante volver sobre las premisas básicas establecidas en la Constitución Política del Perú respecto de la actividad económica.

Con frecuencia se olvidan estos principios y se tiende a pensar en que un nuevo proyecto o una nueva actividad económica, "debe" estar expresamente regulada y ser específicamente autorizada, olvidando las premisas de libertad que felizmente inspiran nuestro régimen económico.

Recordemos pues entonces, que nuestra Constitución Política establece que el Estado garantiza la libre iniciativa privada. Esto ha sido además desarrollado en la ley y significa el derecho de toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, lo que comprende la producción o comercialización de bienes, o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales o las leyes.¹

* Socia del Estudio Echeopar Abogados

1 Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 757: "El estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de mercado se desarrolla sobre la base de la Libre Competencia.

El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente este principio indicando que:

“Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación...

La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir por la Constitución, los tratados y las leyes sobre la materia. Empero con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa privada contra la ingerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares” Expediente 008-2003-AI/TC.”

Sumado a esto, tenemos que el Decreto Legislativo N° 668 dispone que el Estado garantiza la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para lograr el desarrollo del país.

De acuerdo al Tribunal Constitucional ambas libertades están estrechamente ligadas entre sí, al punto que sus contenidos se superponen con frecuencia. Así, la libertad de comercio es entendida como la facultad de ejercer libremente la actividad de intercambio de mercaderías. Y la libertad de industria se relaciona con la realización de actividades de obtención y/o transformación de bienes².

En las disposiciones del Decreto Legislativo N° 668 se señala que el Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior, sin prohibiciones ni restricciones para-arancelarias de ningún tipo, quedando, por lo tanto, sin efecto las licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, registros de cualquier naturaleza y condicionamientos previos de cualquier naturaleza que afecten la importación o exportación de bienes.³

De otro lado y aterrizando más concretamente en la materia específica, si vamos al marco legal del sector eléctrico, la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844 (en adelante LCE), establece en su primer artículo, que las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras. Se pide que quienes desarrollen las actividades estén constituidos conforme a la legislación peruana.

El marco establecido por estas disposiciones contempla la posibilidad de llevar a cabo cualquier proyecto de generación y transmisión, obteniendo las concesiones y autorizaciones previstas ante la autoridad competente que es el Ministerio de Energía y Minas.

Adicionalmente hemos visto que no hay norma alguna que prohíba la exportación de electricidad, por lo que de acuerdo con la Constitución Política del Perú y las anotadas normas del Decreto Legislativo N° 668, se puede afirmar que la exportación de electricidad es una actividad permitida en el Perú.

En términos generales queda confirmado que a través del régimen de concesiones que establece la LCE, es posible obtener el título necesario para generar y transmitir electricidad por tiempo indefinido. Si se prevé que habrá conexión entre las redes de Perú y Brasil y no es necesaria la autorización para exportar la electricidad, concluiremos que, en estricto, los proyectos materia de comentario no requieren permisos adicionales a los ordinarios para un proyecto nacional.

La concesión de generación y transmisión que se otorgue, se regirá por las normas generales de la LCE y del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (RLCE) y normas complementarias. El trámite de otorgamiento del permiso termina con la firma de un contrato. El contrato de concesión es estándar y no es usual que incluya garantías o acuerdos contractuales específicos para determinado proyecto.

En consecuencia, en base a estas normas legales vigentes, podemos sostener en forma general, que una empresa nacional o extranjera, que quiera establecerse en el Perú, con el propósito de solicitar concesiones para instalar una planta de generación,

Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 757: “ Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo que establece la Constitución los tratados internacionales y las Leyes.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI/TC, de fecha 12 de noviembre de 2003.

3 Solo quedan exceptuadas las prohibiciones establecidas en el Texto Único de Productos de Exportación Prohibidas; los derechos y obligaciones emanados de los convenios internacionales suscritos por el país; la Ley N° 24047 Ley General de amparo al patrimonio cultural de la nación; y las medidas de emergencia que se requieren para asegurar la salud de la población, y para garantizar la seguridad externa y el orden interno. Dichas medidas excepcionales de emergencia y de carácter temporal deberán adoptarse por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

con el propósito de exportar todo o parte de la misma, puede hacerlo sin requerir en principio que se dicten normas legales adicionales a las existentes.

Ello por cuanto las normas vigentes, como acabamos de ver, garantizan a los actores económicos que puedan desarrollar libremente iniciativas para organizar la actividad eléctrica en el territorio nacional y que existe libertad de comercio exterior y como tal, libertad para exportar productos o servicios sin traba alguna.

Desde luego, no podemos olvidar que la electricidad es un producto de especiales características y, como tal, debemos explorar algunos otros temas para ver si efectivamente, como parece, en estricto sentido no se requieren nuevas leyes para poder concretar un proyecto como el que estamos comentando.

Como hemos dicho, por la naturaleza del bien de que se trata, el transporte de la electricidad no se da como el transporte de cualquier otro producto. En consecuencia, la exportación e importación de energía eléctrica presenta particularidades. Tenemos pues que, para transportar la energía que vaya a exportarse, se requiere hacerlo a través de líneas de transmisión. Estas sirven como carreteras para poder hacer llegar el producto hasta la frontera del país. Para operar una línea de transmisión que afecte bienes del Estado o requiera servidumbre se precisa que se otorgue una concesión⁴.

De acuerdo al marco legal vigente, no hay impedimento para solicitar una concesión para la construcción de una línea de transmisión tendida desde la planta de generación hasta la frontera y el Estado puede perfectamente otorgarla sin tener para ello que modificar sus leyes. En consecuencia, este tema estaría también cubierto y no supondría la necesidad de una norma legal.

Vinculado a esto surge, sin embargo, la inquietud de si es técnica y legalmente posible construir una central hidroeléctrica, cuya producción se destine a la exportación, sin interconectarse al sistema nacional. Lo cierto es que, de acuerdo al marco legal vigente, un titular de generación puede vender su producción alternativamente al mercado regulado, o al mercado libre. Actualmente, no hay impedimento para que un generador suministre directamente electricidad a un usuario no conectado al sistema interconectado nacional, a través de una línea de transmisión tendida desde la planta de generación a las instalaciones del comprador. En ese orden de ideas, es técnica y legalmente posible construir una central hidroeléctrica cuya producción se destine a la exportación, sin interconectarse al sistema nacional.

No estamos sugiriendo que la idea de estos proyectos sea que se construyan y se dediquen exclusivamente a la exportación, sin que se prevea su conexión al sistema nacional. Solo estamos analizando si legalmente sería factible solicitar una concesión para generar y transmitir electricidad con el propósito de exportarla. Y la respuesta desde el punto de vista legal es que sí, que efectivamente es posible y que no se requiere norma legal alguna para concretar un proyecto de ese tipo.

De otro lado, si la idea del proyecto es no solo exportar electricidad, sino también dedicar parte de tal electricidad al mercado interno, se daría la necesidad de conectarse al sistema.

Asumimos que para tal efecto se tenderían líneas de transmisión que permitan conectar las centrales al Sistema Interconectado Nacional. Si el estado tiene interés en que exista esta línea, podría eventualmente licitar su construcción a través de un contrato BOOT, como lo ha hecho con otras líneas de transmisión que ha considerado necesario para el sistema.

Debemos sí ser conscientes de que cuando la electricidad se inyecta en el Sistema Interconectado Nacional, el despacho se regirá por las normas generales sobre despacho y tarifas de la Ley de Concesiones Eléctricas del Perú. Esto podría generar limitaciones al cumplimiento de las garantías necesarias para la ejecución de un proyecto de exportación. Por ello, podría ser conveniente establecer algún régimen especial de despacho. Esto no supone necesariamente modificar la Ley pero sí probablemente hacer ajustes a normas reglamentarias.

III. REQUISITOS PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO

Como hemos señalado en el punto anterior, es factible obtener una concesión de generación para exportar electricidad y también para una Línea de Transmisión que permita evacuar electricidad de una planta de generación ubicada en el Perú, a fin de transportar la electricidad hacia un punto de la frontera del Perú.

Sin perjuicio de esta premisa general, es de singular importancia atender a que no solo es preciso estar en capacidad de comprobar que es legalmente posible desarrollar la actividad sin cambiar la ley, sino de verificar la viabilidad práctica y la razonabilidad de las garantías necesarias para ejecutar un proyecto.

Para que un proyecto de este tipo pueda ejecutarse los inversionistas que van a involucrarse en el mismo y van a buscar financiarlo, requieren tener la certeza no solo de que no se necesita modificar

4 Artículo 3° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

las leyes para obtener las concesiones y permisos necesarios sino que el Estado va a otorgar y conceder tales concesiones. No es suficiente tampoco, que el marco legal permita la existencia y ejecución de la línea de transmisión en territorio de Perú y no impida la conexión de esta línea de transmisión con la línea que se construya en el otro país. Es necesario, estando involucrados dos países, tener la certeza de que las líneas de transmisión que se tiendan a ambos lados de la frontera efectivamente se conectarán.

Lo cierto es que, de lo que hemos señalado en el punto anterior, podemos identificar que tanto el Estado como los inversionistas tendrán inquietudes que requieren sean absueltas para que el proyecto camine.

Veamos primero cuáles son las inquietudes por el lado del Estado. El Estado tiene la responsabilidad de cuidar el interés general. No puede ni debe ir contra las premisas constitucionales de libertad de iniciativa y de empresa, pero tiene que velar por asignar los recursos naturales apropiadamente y garantizar los servicios públicos en armonía con los intereses del país. No olvidemos que de acuerdo con la propia Constitución los recursos naturales son patrimonio de la nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento.

Entonces, el Estado sin duda puede otorgar en concesión recursos naturales para que los aprovechen, pero cuidará que su asignación sea racional y compatible con los intereses de la nación. De otro lado, de acuerdo al artículo 2° de la LCE, el servicio público de electricidad es de utilidad pública. En consecuencia, cuando se le pide al Estado la asignación del recurso hídrico, para dedicarlo a un proyecto de generación eléctrica, es claro que habrá una evaluación de la conveniencia de la misma.

En tal sentido, sin duda confirmamos lo ya dicho en el sentido de que si se le pide al Estado Peruano las concesiones necesarias para ejecutar proyectos de exportación, este puede desde luego otorgarlas y no requiere modificar la ley para tales efectos. Pero lógicamente, evaluará con cuidado la asignación de recursos hidroeléctricos para un proyecto de este tipo.

Es claro que el Estado tendrá la inquietud de asegurar que el proyecto debe dejar un beneficio al país. El Estado puede considerar pertinente tener alguna seguridad de que parte de la electricidad que se genere, garantice en el futuro la demanda nacional. Y como hemos visto, si simplemente otorga la concesión sin ninguna limitación, el inversionista tiene la libertad de asignarlo todo a exportación y el derecho de no conectarse al sistema nacional. El pretender poner restricciones después de ejecutado un proyecto, podría quizá ser legítimo, pero generará responsabilidad pues los inversionistas habrán tomado ya compromisos financieros y co-

merciales en armonía con los derechos que se les ha asignado.

De otro lado, son varias e importantes las inquietudes que surgen del lado de los inversionistas que piden las concesiones y permisos. Como hemos dicho los inversionistas no solo requieren tener los permisos, necesitan tener la seguridad de que el proyecto se puede ejecutar y se puede efectivamente operar y explotar en el tiempo, de modo que puedan recuperar su inversión y obtener la rentabilidad mínima esperada.

Para ello necesitan asegurar por lo menos:

- Que va a ser posible obtener y mantener las concesiones de generación en condiciones previsibles.
- Que la línea de transmisión que se construya se va a conectar efectivamente y se va a mantener en el largo plazo de modo que se transporte la electricidad hacia el comprador de la electricidad en el Brasil.
- Que una determinada proporción o cantidad de electricidad que se produzca podrá exportarse a Brasil, y que el régimen tarifario de esa exportación es previsible y adecuado.
- Que existe un régimen tarifario para la electricidad que se venda para consumo interno en el Perú que permita un retorno adecuado de la inversión.

Como hemos dicho el marco legal vigente permite la ejecución del proyecto. Sin embargo, como vemos, se requiere algo más, se requiere que haya ciertas garantías para los inversionistas de que no solo teóricamente se puede obtener los permisos y ejecutar el proyecto, sino que se tiene el apoyo del estado para vivir y sostenerse en el largo plazo, de modo que se esté en capacidad de garantizar la recuperación de la inversión. El compromiso del Estado tiene que venir de la mano y ser compatible con la necesidad de este de asignar eficientemente sus recursos naturales y garantizar la demanda interna.

Consideramos que la forma adecuada de concretar las garantías que requieren en específico los estados y los inversionistas para estos proyectos concretos, es a través de un convenio internacional en el que se incluyan los compromisos necesarios para dar tranquilidad a las distintas inquietudes que hemos señalado.

IV. FORMALIDAD DE APROBACIÓN DE UN CONVENIO PARA CANALIZAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS HIDROELÉCTRICOS PERÚ – BRASIL.

La Constitución Peruana señala en su artículo 55° que los tratados celebrados por el Estado y en vigor,

forman parte del Derecho peruano. Un tratado internacional es un acuerdo de voluntades realizado entre dos sujetos de Derecho Internacional que produce efectos jurídicos regulados por el Derecho Internacional Público. Así pues, sin importar la denominación que se le dé (convenio, pacto, acuerdo, etc.), cualquier acuerdo de voluntades entre el Estado Peruano y otro Estado o un Organismo Internacional, calificará como tratado para efectos de su incorporación al Derecho nacional.

Así pues, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la cual el Perú es parte, entiende por tratado *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*

Ahora bien, independientemente de la denominación que se le otorgue y de que a nivel internacional no existan tratados de jerarquías superiores a otros, a nivel interno en nuestro ordenamiento existen tres clases distintas de tratados: (i) Tratados ordinarios, (ii) Convenios internacionales ejecutivos, y (iii) Tratados con habilitación legislativa.⁵

De acuerdo con los artículos 56° y 57° de la Constitución⁶ y el artículo 2° de la Ley N° 26647⁷, existen dos procedimientos mediante los cuales pueden ser aprobados los tratados:

De acuerdo al artículo 56° de la Constitución, determinados tratados que versan sobre temas específicos y de especial sensibilidad para el país, deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de ser ratificados por el Presidente. Los tratados que requieren de la aprobación previa del Congreso son los que versan sobre Derechos Humanos⁸, los que involucran soberanía, dominio o integridad del Estado⁹. También cuando tratan sobre Defensa Nacional¹⁰ o incluyen Obligaciones Financieras del Estado¹¹. Finalmente, se incluyen en este procedimiento los tratados que crean, modifican o suprimen tributos o los que modifican o derogan alguna ley o los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Para el caso de tratados que no versen sobre alguno de los siete temas mencionados en el párrafo anterior, puede procederse a su celebración y/o ratificación sin aprobación del Congreso, a través de un Decreto Supremo promulgado por el Presidente. El Presidente deberá dar cuenta al Congreso.

En el caso del Convenio, que consideramos se requiere, para que los inversionistas y el Estado Peruano puedan tener las garantías necesarias para hacer factible los megaproyectos eléctricos no se requiere modificar leyes. En consecuencia, desde el punto de vista del Gobierno peruano, podría perfectamente aprobarse mediante Decreto Supremo como Convenio Ejecutivo.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 047-2004-AI/TC, párrafo 20.

6 Artículo 56°. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: (i) Derechos Humanos; (ii) Soberanía, dominio o integridad del Estado; (iii) Defensa Nacional; (iv) Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Artículo 57°. El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

7 Artículo 2°. - La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 57° de la Constitución.

En ambos casos, el Presidente de la República emite, además, el respectivo instrumento de ratificación”.

8 De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratados de Derechos Humanos son aquellos que tienen por fin “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

9 Los tratados típicos que caen en este rubro son los tratados que afectan o reafirman la soberanía del estado, como son los tratados de paz, de límites territoriales, demarcación y delimitación de fronteras, de cesión de territorio, de dominio marítimo y aéreo, los de establecimiento de relaciones diplomáticas y de relaciones consulares, los constitutivos de Organizaciones Internacionales, sean globales o regionales, los de amistad y solución pacífica de controversias, los tratados de integración, los tratados sobre conservación exploración y explotación de recursos naturales, los de protección del medio ambiente; entre otros.

10 De acuerdo a lo que se señala en los trabajos del Centro de Altos Estudios Militares, “la defensa nacional es la política que garantiza la seguridad integral y ésta es definida por la doctrina militar peruana como (...) una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses nacionales, así como su soberanía e independencia; entendida ésta como la facultad de actuar con plena autonomía en el campo externo y libre de toda subordinación en el campo externo”.

11 Este inciso se refiere a tratados que establezcan obligaciones de carácter financiero para el Estado y está relacionado con lo que establece el artículo 102°, incisos 4 y 5 de la Constitución, que otorga al Congreso la facultad de aprobar el presupuesto y la Cuenta General de la República. Por consiguiente, si un Tratado Internacional va a modificar el presupuesto o la cuenta general, deberá ser aprobado previamente por el Congreso.

El fundamento para requerir una aprobación por el Congreso en convenios que modifican una ley, viene dado porque de acuerdo con el artículo 102, inciso 1 de la Constitución, la promulgación, modificación y derogación de leyes es facultad del Congreso. En tal sentido, si la entrada en vigencia de un tratado va a modificar una norma con rango de ley, esta deberá ser aprobada previamente por el Congreso. En cambio, si el tratado únicamente modifica una norma de rango inferior, como puede ser por ejemplo un Decreto Supremo, este podrá ser ratificado sin necesidad de aprobación legislativa previa. Lo mismo es aplicable a los tratados que necesitan para su implementación de la promulgación de una norma con rango de ley. Es lógico que deba pasar por la aprobación previa de quien tendrá que promulgarla.

Ahora bien, si en cambio el tratado únicamente requiere de normas infra-legales para su aprobación, como puede ser por ejemplo un reglamento, podrá ser ratificado sin necesidad de aprobación legislativa previa.

V. CONTENIDO DE UN CONVENIO PARA CANALIZAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS HIDROELÉCTRICOS PERÚ – BRASIL

Sin perjuicio de otros temas que puedan incluirse en un convenio entre el Perú y el Brasil para dar garantías tanto a los inversionistas como al Estado Peruano de que sus preocupaciones están cubiertas identificamos los siguientes contenidos.

5.1. Necesidad de Asegurar la Concesión de Generación en el largo plazo

Como hemos visto, con las normas vigentes de la LCE es factible obtener una concesión de generación para ejecutar el proyecto.

Sin embargo, hemos también visto que el Estado puede decidir no asignar los recursos hidroeléctricos, en la medida de que considere que en un futuro esta asignación puede limitar su capacidad de atender la demanda interna. El Estado podría legítimamente considerar que el proyecto no puede ser exclusivamente para exportar y debe de servir también para garantizar la demanda eléctrica futura del país.

Lo cierto es que, si el proyecto no se llega a ejecutar, el afán del Estado de que parte de la electricidad soporte su demanda no tendrá sentido. Si no hay exportación probablemente no hay proyecto y no estaré garantizando nada. Por ello, lo que se requiere es buscar un balance adecuado de modo que se asegure que el proyecto, de un lado,

pueda ejecutarse y llegue a existir y, de otro lado, haya respaldo para no dejar sin atender a la futura demanda nacional.

Esto es algo que debe buscar hacerse compatible y para ello pueden establecerse opciones del Estado para reservar la posibilidad de compra por el Sistema Nacional de parte de la energía del proyecto.

5.2. Necesidad de Asegurar la Conexión de las Redes de Transmisión

También, hemos visto que con las normas vigentes de la LCE es factible obtener una concesión de transmisión para ejecutar una línea que permita evacuar electricidad de una planta de generación ubicada en el Perú, a fin de transportar la electricidad hacia un punto de la frontera del Perú con la República Federativa del Brasil.

No existe impedimento legal para que se otorgue tal concesión bajo la modalidad de una línea de transmisión del sistema complementario de transmisión. Asumimos que en el lado brasilero será posible tender una línea de transmisión que busque empalmar con la línea de transmisión que se ejecute en el lado peruano.

No es suficiente, sin embargo, que el marco legal permita la existencia y ejecución de la línea de transmisión en territorio de Perú y no impida la conexión de esta línea de transmisión con la línea que se construya en Brasil. Es necesario, tener la certeza de que ambas líneas efectivamente se conectarán.

Para ello, es preciso que intervenga la voluntad de los Estados involucrados para garantizar que se concrete la conexión. Si tal voluntad no ha sido expresada formalmente no hay la seguridad de que la conexión se realice, pues esto no depende exclusivamente de la legislación o de la voluntad de solo uno de los estados sino del concurso de ambos.

En consecuencia, aún cuando no se requiere dictar una norma legal para autorizar o disponer la conexión, consideramos que es necesario buscar el medio y en tal sentido sí es necesario un acuerdo intergubernamental entre los dos países involucrados, mediante el cual los dos Estados convengan en conectar y mantener conectadas las líneas de transmisión que se ejecuten, para hacer viable la exportación.¹²

Siendo que de acuerdo a lo que hemos indicado, desde la perspectiva del marco legal peruano no es preciso modificar la Ley, este acuerdo puede ser incorporado en un Convenio Internacional Ejecutivo, que requiere solo de su aprobación mediante

12 Si bien no sea necesario dictar una norma para autorizar la interconexión podrían ser necesarias o convenientes normas para facilitar aspectos administrativos o técnicos. Esto no implica que se cambie el nivel de autorización de un tratado que concrete la voluntad de interconectar.

Decreto Supremo. No requiere aprobación por el Congreso de la República sino solo dar cuenta al Congreso de la aprobación.

5.3. Necesidad de garantizar que se podrá exportar electricidad

Además de garantizar la conexión internacional de líneas de transmisión, es necesario tener la seguridad de que se podrá exportar la electricidad, y que la cantidad y precio de la misma permitirá la recuperación de la inversión y dejará ganancias al proyecto.

Si se concreta el acuerdo de conexión mediante un Convenio Internacional a que nos hemos referido en el punto anterior, y en cumplimiento del mismo, las líneas de transmisión efectivamente se conectan y la exportación de electricidad será es legalmente posible.

No obstante, existen algunas consideraciones adicionales que hacer. Ellas son:

- Es necesario que esta posibilidad se mantenga a lo largo del tiempo.
- Es necesario asegurar una cantidad determinada de electricidad destinada a la exportación.
- Es necesario que exista libertad en el precio al que se venda a los compradores en Brasil.

Para un proyecto de largo aliento es preciso asegurar que la posibilidad de exportación se mantendrá por el plazo necesario para recuperar la inversión. Al obligarse Perú y Brasil a mantener conectadas sus líneas, esto estaría relativamente bien resguardado. Creemos, sin embargo, que debe además incluirse en este acuerdo, el efectivo compromiso de los dos Estados de permitir la exportación y de respetar que una proporción o cantidad de electricidad podrá ser materia de exportación o importación según sea el caso.

Debemos hacer notar que si las centrales que se ejecutan se interconectan al Sistema Interconectado Nacional Peruano, los generadores quedarán obligados por las normas sobre despacho de electricidad del COES. Esto significa que no serían totalmente libres en cuanto a su despacho y, si no se asume el compromiso de reserva que sugerimos, y no se aclara que la exportación esta fuera de las obligaciones de despacho, podría haber limitaciones a la exportación.

En la medida en que no existe la obligación legal para los concesionarios de generación de interconectarse al Sistema Interconectado Nacional, podría evitarse este riesgo si se estructura el Proyecto de forma que el Concesionario de Generación no interconecte las unidades de generación destinadas a la exportación, sino sólo las unidades de genera-

ción destinadas para el mercado interno. Esto, sin embargo, puede ser técnicamente complicado o económicamente ineficiente.

En nuestra opinión, los contratos de exportación al Brasil deberían considerarse contratos celebrados con un cliente libre y no con un cliente regulado. Debe entenderse que el concepto de servicio público de electricidad del artículo 2 de la LCE, está reservado al consumo que se realiza en Perú. El Estado Peruano no tiene la facultad de calificar como servicio público y regular la tarifa de la energía que se consume en Brasil.

En tal sentido, no debería considerarse que la electricidad que se exporta está sujeta a regulación y, por lo tanto, consideramos que debe entenderse que estas ventas se conceptualizan como contratos libres. Es necesario, para dar claridad y seguridad a los contratos de exportación, que este concepto se incluya en el Convenio entre estados y es conveniente que se precise a través de una norma reglamentaria interna las particularidades de los contratos de exportación de energía a Brasil.

De otro lado, considerando que no existe la obligación de los titulares de generación de interconectar sus unidades de generación al Sistema Interconectado Nacional, se tiene que partir de que existe un compromiso, no sólo de que se va a conectar con Brasil y permitir la exportación, sino de que los inversionistas de los emprendimientos, van a estructurar el proyecto de modo que este prevea también la inyección de electricidad al mercado interno peruano, a través del Sistema Interconectado Nacional para así dar también tranquilidad a los intereses del Perú.

En consecuencia, aún cuando no se requiere dictar una norma legal para autorizar o disponer la conexión, tratándose de un proyecto que excede las fronteras y competencias de un solo país, sí es necesario un acuerdo intergubernamental entre los países involucrados mediante el cual los Estados convengan en conectar y mantener conectadas las líneas de transmisión que se ejecuten, para hacer viable la exportación.

VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión podemos afirmar que el marco legal peruano permite el desarrollo del proyecto de exportación de electricidad a la República Federativa de Brasil.

Sin embargo, es necesario para dar las seguridades necesarias en un proyecto de esta envergadura que se celebre un Convenio entre el Perú y el Brasil. El Convenio que se sugiere no implica la modificación de leyes en el Perú, por lo que para efectos del Estado Peruano puede ser aprobado mediante Decreto Supremo. CA