



Contratos actuales con empresas generadoras en auditoría social a la Empresa Nacional de Energía Eléctrica (ENEE)



1. Contratos con empresas generadoras que contienen irregularidades emblemáticas:

Contexto general

El análisis y evaluación de contratos con generadoras de energía nos dan una imagen detallada de la administración y la capacidad de negociación de la ENEE para garantizar un servicio de calidad y buen precio para el pueblo hondureño. Por muchos años, han sido de público conocimiento los problemas que se han originado en la aprobación de contratos a las generadoras de energía, sin que la sociedad civil tuviera datos específicos y concretos de lo que realmente se estaba negociando.

La Asociación para una Sociedad más Justa (ASJ) empezó un proceso de auditoría en la que se analizaron a profundidad contratos actuales con generadoras. En el análisis se recopiló un total de 74 contratos, mismos que se pusieron a la disposición de la población (<https://asjhonduras.com/webhbn/sector-electrico/>) y de los cuales se revisaron 20 en forma general y 12 contratos en forma específica, que fueron elegidos con base en la naturaleza de sus montos, impacto, y empresa.

En la observación se encontraron debilidades e irregularidades preocupantes en las negociaciones y contrataciones que ocasionan más pérdidas para la ENEE, afectando las finanzas de la empresa y del pueblo hondureño.





2. Problemas encontrados con contratos actuales

El Estado de Honduras y la ENEE parecen a menudo negociar contratos que no sostienen los intereses de país. Algunos privilegios, incentivos y beneficios son dados a sectores completos y otros a empresas específicas. Lo preocupante es que parece que en estos procesos no se llevan a cabo las evaluaciones, controles y consideraciones de criterios técnicos o financieros.

La ASJ ha escogido presentar en este documento alguno de los contratos recibidos y analizados teniendo en cuenta los problemas de mayor impacto que generan a la empresa estatal y al país, así como también aquellos problemas que evidencian tratos preferenciales o son prácticas irregulares identificados en varios contratos.

Además, en algunas instancias también se observó que no se cumplen con normas internacionales ni la ley hondureña.

2.1. Contrato con LAEISZ

La empresa LAEISZ participó en una licitación pública internacional (N°. 100-009/2017), ofertando para tres diferentes proyectos de energía térmica (San Isidro, Reguleto y La Ceiba). LAEISZ, inicialmente hizo su oferta estableciendo que generaría la energía con combustible diésel, lo cual cumplía con los pliegos de condiciones. Sin embargo, se encontró que cuando se firmaron los tres contratos entre LAEISZ y la ENEE acordaron que se pudiera generar en búnker, pero manteniéndose el precio de diésel. Esto fue contrario a las condiciones iniciales de la propia licitación, la oferta inicial de LAEISZ, los precios de mercado, los principios de transparencia, principios de eficiencia, debido proceso, igualdad de condiciones y otros que deben darse en toda licitación; incluyendo la no aprobación en el Congreso Nacional de la República (CN).

El impacto que generó el cambio del tipo de combustible implicó en términos generales un perjuicio en contra del Estado de aproximadamente L 868 millones (unos USD 35 millones), aunado quedaron evidenciadas las condiciones privilegiadas a favor de una empresa en contra de la ley, autorizando el plazo de dichos contratos por menos años que los indicados en la Ley General de la Industria Eléctrica (LGIE), es decir, un mínimo de 10 años.

En septiembre de 2020, siguiendo con las irregularidades y más de tres años después de la adjudicación, el CN aprobó la modificación y ampliación de los tres contratos de LAEISZ¹, en contra de las disposiciones de la LGIE, cambiando las condiciones previas de la licitación y ampliando su vigencia por 12 años más, bajo el supuesto de un beneficio en la reducción de las tarifas. Sin embargo, no existen estudios técnicos ni financieros que avalen efectivamente que la ampliación de los contratos representa realmente una ventaja para el sector y para la población.

Tanto la ENEE, la Comisión Reguladora de Energía Eléctrica (CREE) y el Operador Del Sistema (ODS) expresaron su inconformidad de la gestión del CN y en forma expresa la CREE se ha opuesto a esta, indicando que no se podrán trasladar a la tarifa los costos asociados de esos contratos, por lo que no podrán ser recuperados, afectando la situación financiera difícil de la ENEE y, por ende, la de los usuarios finales.

No es posible subsanar las irregularidades previas en estos contratos de LAEISZ realizadas por la ENEE mediante acciones en contra de la ley, por lo que el CN debe reconsiderar sus acciones hasta ahora.

2.2 Contrato ENERSA

Esta contratación mostró irregularidades desde la creación de las bases de licitación hasta la entrada en vigor del contrato. En un proceso de licitación que comenzó tarde (ocho meses antes de que se venciera el contrato, del 13 de septiembre de 2017 al 2 de mayo de 2018) y que se desarrolló muy rápido

¹ Mediante Decreto Legislativo N°. 116-2020, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" bajo número 35,385, de fecha 28 de septiembre de 2020, se aprobaron los tres contratos de LAEISZ junto con otros contratos de la licitación 100-009/2017.

(en menos de cinco meses y dando solo un mes a los participantes para presentar una oferta con complejidad), ENERSA figuró como la única empresa que pudo competir, ya que pedían que iniciara la generación de energía un mes después de la adjudicación programada (24 de noviembre de 2017 al 1 de enero de 2018), limitando la participación de otras empresas y alejándose de una competencia sana y justa.

En el proceso de adjudicación se encontró otras irregularidades e inconsistencias. Primero, se observó que la Junta Directiva de la ENEE no obedeció la resolución de la Junta de Licitación de no adjudicar, cuando este ente tenía la facultad legal de tomar esa decisión. En segundo lugar, dicha Junta Directiva, en el proceso de adjudicación, tomó la decisión “de dejar en suspenso” cuando esta opción no existente en el marco legal. El 12 de diciembre de 2017, la Junta de Licitación indicó que no se adjudicara, pero el 27 de diciembre de 2017 la Junta Directiva decide suspender la adjudicación para adjudicar el contrato en forma retroactiva un año después (8 de noviembre de 2018). El contrato fue firmado 9 de noviembre de 2018, pero con vigencia del 3 de mayo de 2018, reconociéndose el precio más elevado en su nueva oferta y no la del contrato anterior.

Además, la Junta Directiva desconoció la evaluación económica de la Junta de Licitación, donde establecían que “el precio ofertado era una carga financiera significativa en contra de la ENEE y de la población, pudiendo tener un impacto a 10 años de L 4,355 millones (aproximadamente USD 177 millones), dinero que la ENEE no tiene.

En esta contratación se cambiaron estipulaciones en el contrato que resultaron en costos más grandes para la ENEE. ENERSA ofreció un precio más alto que en su contrato pasado y con el mismo servicio, aunque con plantas más viejas y cuya inversión ya fue recuperada en los contratos anteriores. Comparada a otra empresa (LUFUSSA) que también participó en la misma licitación, pero en otro lote y con características similares, ENERSA ofreció un precio mucho más alto por KWh (Precio ofertado nuevo ENERSA: 0.106903 USD/KWh, aproximadamente L 2.63/KWh; Precio contrato anterior de ENERSA: 0.08696 USD/KWh, aproximadamente 2.14 L/KWh; y Precio LUFUSSA: 0.095277 USD/KWh, aproximadamente 2.34 L/KWh).

Aunado a lo anterior, también se encontraron diferencias significativas entre el contrato final y las condiciones establecidas en la licitación, tales como:

1 Se agregaron indexaciones al euro en cargos de operación y mantenimiento. Ese cambio podría ascender a USD 300 mil al año (aproximadamente L 7.5 millones).

2 El cargo por potencia se indexó al CPI y al Índice de Precio al Consumidor (IPC), cuando no iba a estar indexado a nada.

3 Eliminaron la cláusula de daños a terceros (a la población) por falta de suministrar la energía por su culpa.

4 Además, se agregó una condición de pagos privilegiados (prelación de pagos) para 14 contratos más de 11 empresas de un mismo grupo junto a ENERSA (Grupo Terra), de las cuales nueve, no fueron parte de esta licitación, por lo cual no tenían derecho a ese beneficio.

Con relación al pacto del pago prioritario para otras empresas del mismo grupo empresarial, casi la mitad de los contratos añadidos surgieron de contrataciones directas y no hay indicios de un análisis del impacto económico que implicaba incluir 13 contratos más a los 11 que el Estado tenía estimado incluir, es decir que se beneficiaron 24 contratos cuando solo serían 11. En esta aprobación de pago prioritario a favor de otras y nuevas empresas que no participaron en la licitación y según los documentos revisados, fue firmado un acuerdo de renegociación entre la ENEE y la ENERSA (31 de octubre de 2018) entre Jesús Arturo Mejía Arita, en su condición de secretario de la Junta Directiva de la ENEE; Carlos Roberto García Bográn, como representante legal de ENERSA, y Judith Girón Funes, representando a las otras empresas. Y el 8 de noviembre de 2018, Jesús Mejía Arita, siempre como secretario de la Junta Directiva de la ENEE, firmó la resolución de la Junta Directiva autorizando la prelación de pagos a otras empresas.

2.3. Beneficio indebido para las empresas generadoras de energía renovable

En 2013 se hicieron cambios a la ley (Decreto 138-2013) relacionados a pagos de energía eléctrica, para que el Estado de Honduras tuviera la obligación de pagar potencia instalada durante 10 años a todas las empresas generadoras. Según prácticas internacionales, a las generadoras de energía que pueden brindar cierta cantidad de energía en cualquier momento se les remunera un pago por potencia. Sin embargo, esto no aplica para algunas generadoras de energía renovable (eólicas, hidráulicas, solares), ya que no pueden asegurar un nivel de potencial a cualquier hora del día porque dependen de eventos variables de la naturaleza.

De 2004 a 2019 se le pagó indebidamente a este tipo de generadoras de energía renovables (eólicas y solares) aproximadamente L 2,700 millones, unos USD 109 millones, ya que estas generadoras no brindaron dicho servicio. Lo correcto y legal debería ser que solo se les pagara a las empresas que efectivamente brindan dicho servicio; pero como está estipulado en la ley, se aplica a todas, aun y cuando técnicamente no corresponde.

Desde 2013 el Estado ha otorgado otros incentivos para promover la generación de energía, tales como: exoneraciones de impuesto sobre ventas, de importación, beneficios aduaneros, impuestos sobre la renta y retenciones sobre servicios u honorarios, incentivo de un pago del 10% del precio base por 15 años, etc. Nuevamente y durante la primera semana de agosto de 2020, el CN aprobó otra exoneración de impuestos, correspondiente al impuesto por importación de combustible para las empresas que no tuvieran contratos con el Estado.

2.4. Contrato con Portable Hydro Power (PHP)

El contrato de la ENEE con PHP presenta varias irregularidades e ineficiencias. En primer lugar, en el contrato se estableció que a esta planta se le pagara antes que a una planta del Estado de Honduras (Planta Hidroeléctrica El Níspero), lo cual además de estar en contra de la ley² representó un impacto económico contra el Estado de aproximadamente USD 900 mil en 20 meses, ya que esa energía pudo haber sido generada en la Planta El Níspero en forma más económica.

Además, se encontró que la ENEE firmó un contrato con PHP en consorcio con la misma ENEE, ya que la empresa estatal apareció como contraparte asociada con la empresa privada. En el consorcio se pactó que la ENEE tenía el 30% de las acciones, cuando fue quien contribuyó más al proyecto, así como también asumió los riesgos principales del negocio (asegurar el recurso hídrico, permisos ambientales, etc.), lo cual no es congruente con la participación de la ENEE y debió ser más alto. Además, a la fecha no hay indicios documentales que alguna vez se le hayan acreditado sus dividendos.

Se autorizó a PHP para utilizar las instalaciones y el recurso del agua de una planta existente, propiedad de la estatal, sin invertir mucho y afectando con ello la producción de la planta de El Níspero, ubicada en la misma localización. PHP consumió aparentemente el 89% del agua de El Níspero, afectando con ello la producción de la planta estatal y obligando al Estado a comprar más energía a otras empresas privadas para satisfacer la necesidad general del país.

Finalmente, se encontró que el Estado no tuvo en cuenta la opinión profesional del Colegio de Ingenieros Mecánicos, Eléctricos y Químicos de Honduras (CIMEQH) que emitió varios comunicados y declaraciones públicas de oposición técnica y especializada desde el inicio de las negociaciones, mencionando el tema de la ineficiencia de dos plantas con cercanía y compartiendo el mismo recurso, el porcentaje bajo de acciones a la ENEE y que se pagaría más cara la energía.

² Artículo 9, Decreto 70-2007/ 138-2013.

2.5. Contrato VETASA-MELECSA

Mediante decreto ejecutivo³ se autorizó a la Junta Interventora de la ENEE para contratar en forma directa el contrato de operación y mantenimiento de las centrales térmicas SULTZER y ALSTHOM, contratándose en 2008 al consorcio VETASA-MELESA. En el contrato, el consorcio se comprometió a arreglar la planta preexistente (propiedad de la ENEE), construir un nuevo proyecto, dar mantenimiento a plantas, además cumplir con otros requisitos para que el contrato pudiera entrar en vigencia. (Ej. licencias ambientales y pólizas de seguros).

Se encontró que dicho consorcio no cumplió con ninguno de los compromisos contractuales, aunado que las plantas han estado en abandono por más de 10 años y que no se invirtió en una planta nueva, teniendo el Estado que comprar energía a otras empresas para que suplieran energía en esa zona. Aun con todo ello, se le pagó al consorcio L 71,547,938.96 (28 de julio de 2015), con pagos parciales del cargo fijo financiero y del cargo fijo por operación y mantenimiento. Actualmente, existen notas del consorcio reclamando otra deuda a la ENEE por L 74,677,408.89 (2 de agosto de 2019 y 9 de septiembre de 2019).

³ PCM-12-2007



3. Opciones sobre los contratos actuales

Uno de los problemas esenciales de los contratos ya firmados es que, una vez firmados, estos otorgan a quienes los firman derechos y obligaciones. Ello significa que el querer modificarlos, terminarlos o anularlos genera efectos frente a otros, que puede implicar también daños en contra del Estado, aun y cuando dichos contratos hayan sido firmados en la opacidad, fuera de los procesos de la ley o conteniendo aspectos dañinos a los intereses del Estado y de la población.

Por ello, las opciones a realizar frente a los contratos actuales requieren de un análisis previo de las ventajas y desventajas de las propuestas posibles de soluciones, pues -aunque asista el derecho del Estado de poderlos anular y terminar por incumplimiento, irregularidades y falta de requisitos legales- el Estado se ve con pocas o sin opciones para seguir brindando los servicios de energía al país. Aspecto que ha empoderado al sector privado al momento de negociar. No obstante, a efectos de resumir y tener un contexto general, dichas opciones se mencionan básicamente las siguientes, las cuales se enuncian en orden de lo más conveniente para el Estado a lo menos fructuoso:

3.1. Permitir que los contratos continúen hasta su terminación

normal (que venzan), llevar un control de los contratos actuales para planificar los siguientes procesos, hacer cambios en los nuevos contratos que se puedan generar en la próxima licitación que nazca de un proceso eficiente pero también realizar reformas en la parte normativa.

Esto implica dejar que venzan los contratos según las fechas estipuladas en sus contratos sin tener como objetivo realizar una renegociación. Por el contrario, se ratificaría no crear espacios para que se puedan extender fuera del

marco de la ley del sector.

Esto conlleva, también, registrar y tener un control minucioso del desempeño de las empresas de acuerdo a las condiciones pactadas en cada uno de sus contratos. Se debe asegurar que las generadoras de energía cumplan con todo lo pactado y en caso de incumplimiento, la empresa estatal y los órganos fiscalizadores deben proceder a aplicar las sanciones y multas que correspondan, aspectos que deberán ser considerados para los subsiguientes procesos de contratación, registrándolas como empresas que sí han cumplido o no, con contratos anteriores. En ese contexto, se recomienda que no solo cuenten con auditorías internas estatales sino también sea obligatorio que la sociedad civil pueda llevar a cabo auditorías sociales.

Teniendo esas actividades realizadas, se podrán rescatar elementos importantes y de análisis para poder llevar a cabo futuros procesos de licitaciones con estándares mundiales, es decir, con verdadera promoción a la participación internacional, con tiempos suficientes y estudios actualizados que permitan elaborar bases bien sustentadas, con transparencia y participación de la sociedad civil por medio de la socialización de las bases, normativa a aplicar para las licitaciones y la posibilidad de realizar auditorías sociales en los contratos.

Así mismo, permitirá contar con nuevos elementos que puedan servir de base para los cambios legales requeridos que impidan o eviten que el Estado vuelva a caer en los mismos problemas del pasado, es decir, llevar a cabo procesos a la carrera, sin estudios actualizados, sin verdadera competencia, con plazos rápidos, obligados a firmar contratos por 10 años y sin tener la posibilidad de tener opciones para casos excepcionales y apremiantes, etc.

Todo lo anterior significa fortalecer al personal de la ENEE y de la CREE como órganos responsables de asegurar los futuros procesos de contratación en forma correcta, transparente e igualitaria para todos los participantes. También es imperativo que se abran los procesos a la participación ciudadana, mediante veeduría especializada desde la planificación, proceso y hasta el cumplimiento de los contratos; así mismo, fortalecer las sanciones para casos de incumplimientos y otras irregularidades.

³ PCM-12-2007

Aunque el Estado tenía programado iniciar las actividades de los nuevos procesos para 2019, por diferentes acciones, a noviembre de 2020 estos no se han podido desarrollar en forma correcta, siendo que la aprobación de los términos de referencia para los pliegos de la próxima licitación pública internacional se encuentra en análisis en la CREE y sujetos a cambios, al haberse aprobado un nuevo reglamento para dichos procesos. Es así que, desde ya, se visualiza que el Estado podría estar cometiendo los mismos errores procedimentales de antaño, al verse en la necesidad de contratar en forma rápida para asegurar la generación de energía para el país.

Se debe exigir a todos los involucrados que actúen en forma eficiente y con prioridad los intereses de la ciudadanía, sobre todo en tiempos de pandemia y proceso de reconstrucción de la infraestructura del país, desligándose de los intereses propios y en forma transparente, posiblemente modificando la ley para que las autoridades tengan tiempo suficiente para preparar un verdadero proceso de licitación internacional transparente, participativo e igualitario.

3.2. Renegociar los contratos previamente identificados

ya sea con negociación por empresa, o con negociaciones por grupos de contratos, por zona, tipo de generación, etc.

El Estado de Honduras deberá realizar un mayor análisis sobre el desempeño de las empresas con base en las condiciones contractuales, es decir, medir en forma técnica y legal si dichas empresas han dado cumplimiento a lo dispuesto en sus contratos e identificar si una posible renegociación representa más ventajas o desventajas para el Estado. Del resultado de dichos análisis se identificará que algunos contratos podrían o deberían continuar y otros, con mayor certeza, reflejarán la conveniencia de cancelarse o renegociarse, siempre teniendo como fin el terminar contratos dañinos a los intereses del Estado, pero cuya terminación no provoque más impactos negativos contra la empresa estatal y, por ende, para el país.

Para los contratos que se identifique pueden renegociarse, podrían utilizarse estas opciones:

i. La cláusula para arbitraje

Esta opción implica que las partes se someterán a un proceso de negociación frente a un tercero, pudiendo ser las Cámaras de Comercio en el país o a nivel internacional, según lo indicado en cada contrato.

De los aspectos positivos destaca que este es un proceso rápido que podría resolver las diferencias en forma eficiente. El Estado podría tener como aspecto de negociación el pago a la deuda adquirida a la fecha a las generadoras y es un proceso imparcial, ya que interviene un tercero objetivo.

Actualmente se desconoce a cuáles contratos en total les aplica la cláusula de arbitraje, por lo que ese es el primer paso para evaluar esa opción. Entonces, uno de los elementos en contra para es que solo aplicaría para los contratos que tienen dicha cláusula. Además, ya que el Estado ha incumplido, también puede ser contraproducente para el gobierno, sobre todo por la gran deuda de no pago que tiene con todas las empresas de generación de energía y aunque existan indicios de colusión entre la estatal y las empresas privadas para crear espacios a favor de los privados, dicha colusión será muy difícil de demostrar y terminará siendo probablemente un elemento perjudicial para el Estado, obligándole a reconocer toda la deuda, sin obtener relevancia todos los incumplimientos que haya tenido la empresa privada.

ii. Negociar entre las partes mediante procesos amigables

Esta opción genera un espacio de conciliación entre las partes sin intervención de un tercero. Además de requerir la voluntad de ambas partes, representa un proceso con menos impacto económico, si las partes negocian con base a hechos o datos reales y no se busca favorecer intereses particulares sino el bien común, principalmente los intereses de la sociedad, evitando negociaciones opacas o sin transparencia. Como la ENEE ha gestionado un proceso de análisis

de análisis de algunos contratos en donde ya han visualizado los problemas generales que afectan a todas las generadoras, en caso de iniciar un proceso de negociación bipartita el Estado podría entrar en un proceso mejor preparado, sin que se creen espacios donde la posición de la empresa privada sea superior o más ventajosa que la del Estado.

Sin embargo, para poder utilizar esta opción, ambas partes deben tener la voluntad para hacerlo y las generadoras podrían rehusarse a esta vía. Ambas partes deben estar dispuestas a perder algo. Algunas opciones de modificación de los contratos no aplicarían si la ley no se modifica, lo que requiere hacer un proceso conjunto (previo o simultáneo) para reformar la ley; por ejemplo:

1

La aprobación del pago obligatorio tiene el Estado por disponibilidad de energía en contratos de energía renovable durante 10 años, cuando realmente no brindan el servicio;

2

Tener la obligación de firmar contratos de al menos 10 años;

3

Asegurar que el despacho de energía primero pueda darse por parte del Estado, ante cualquier opción que pueda brindar el sector privado, entre otros.

Por la no retroactividad de la ley, se corre el riesgo de tener que pagar hasta lo no debido a la fecha para iniciar una relación contractual más justa y legal de ahora en adelante.

iii. Considerar una intervención estatal sobre todos los contratos de energía en aras de la protección de un interés mayor

Otra opción sería que el Estado, en aras de asegurar el buen servicio a la ciudadanía y también protegiendo un bien mayor, pudiera ejercer una intervención estatal en todos los contratos de energía, regulando precios, eliminando los pactos en contra del Estado y de la ciudadanía y reestableciendo condiciones justas para las partes y la sociedad en general.

No obstante, esta opción, aunque legalmente posible y socialmente justificable (sobre todo por la situación de la pandemia que brinda cierta justificación legal, técnica y operativa), puede representar un daño futuro de posibles demandas del sector afectado, del cual existe un alto riesgo de terminar pagando daños y perjuicios en contra de las empresas generadoras; pero también dando un golpe duro en la imagen de país por atentar a un principio internacional de hacer valer los contratos y la seguridad jurídica de los mismos.





4. Recomendaciones

Antes de tomar la decisión, el Estado debe actualizar el análisis de todos los contratos, aspecto que ayudará para cualquiera de las opciones que se seleccione.

Teniendo como antecedentes las experiencias a nivel nacional e internacional de las intervenciones estatales sobre la empresa privada en países similares al nuestro, se recomienda:

1 No optar por la intervención estatal, ya que además de crear una imagen negativa de país, los afectados terminan ganando las demandas, causando un alto impacto económico en contra de las arcas del Estado.

2 Para aquellos contratos donde se cuenten con pruebas suficientes de incumplimiento del privado, que se procedan a la ejecución de las garantías de cumplimiento de contrato y demás proceso administrativo para dar por terminados los contratos según la ley y con ello evitar posibles demandas futuras. Y aunque se den dichas demandas, al haberse cumplido la ley y debido proceso, se ratificaría lo actuado por el Estado.

3 Para aquellos contratos donde las empresas han cumplido pero que tienen condiciones que surgieron de forma irregular u otros, identificar cuáles se pueden anular con base a la ley y cuáles no. Para este último grupo, se recomendaría renegociar los contratos en forma amigable, pero con acompañamiento de expertos, organismos multilaterales y de sociedad civil con experiencia, para que sirvan de incidencia para buscar siempre el bien general y evitar negociaciones en detrimento del Estado y de la sociedad, tal cual se han identificado en el pasado.