

Resolución de Consejo Directivo

Nº 009-2000-CD/OSITRAN

Lima, 14 de noviembre de 2000

Se interpreta el término control efectivo empleado en las Bases de los Contratos de Concesión correspondientes a la Infraestructura Vial Ferroviaria para establecer la vinculación entre empresas en la aplicación del mecanismo de liberación de pago de las retribuciones Principal y Especial.

VISTO:

El Informe Nº 14-2000-DTIV-OSITRAN elaborado por el Jefe de la División Técnica de Infraestructura Vial y presentado por la Gerencia General en la sesión de Consejo Directivo del ocho de noviembre de 2000;

CONSIDERANDO :

Que, la cláusula décima de los Contratos de Concesión correspondientes a la explotación de la Infraestructura ferroviaria suscritos por el Estado Peruano y las empresas concesionarias Ferrovías Central Andina S.A. y Ferrocarril Transandino S.A., denominada "Incentivos a la Inversión del Concesionario", establece un mecanismo de liberación de pago que permite a dichas empresas dejar de pagar las Retribuciones Principal y Especial al Estado en mérito a sus inversiones;

Que, para la aplicación del referido mecanismo, la cláusula primera de los Contratos de Concesión, denominada "Definiciones y Reglas de Interpretación", señala que Inversiones significarán los recursos de las empresas concesionarias destinados exclusivamente a la rehabilitación o mantenimiento de la línea férrea, excluyéndose a las inversiones que dichas empresas realizan a través de empresas vinculadas a las mismas y las remuneraciones de su personal;

Que, asimismo, a efectos de establecer la vinculación entre empresas, la referida cláusula dispone que empresas vinculadas serán aquellas definidas como tales en las Bases de los Contratos de Concesión;

Que, el acápite 1.3º de las Bases de los Contratos de Concesión, denominado "Definiciones" precisa lo siguiente:

"Empresa Afiliada: Es aquella empresa cuyo control efectivo es poseído por una misma empresa matriz, o cuyo capital social con derecho a voto o el poder de decisión (directo o indirecto) en el Directorio u órgano equivalente es poseído directa o indirectamente en más del cincuenta por ciento (50%) por una misma empresa matriz,

Empresa Matriz: Es aquella empresa que posee el control efectivo de otra empresa o más del cincuenta por ciento (50%) del capital social con derecho a voto en otra empresa, o cuya representación directa o indirecta en el Directorio u órgano equivalente es superior al cincuenta por ciento (50%).

También es considerada en esta definición aquella empresa que posee el control efectivo o más del cincuenta por ciento (50%) del capital social con derecho a voto, o cuya representación, directa o indirecta, en el Directorio u órgano equivalente es superior al cincuenta (50%) en la empresa Matriz, tal como ésta ha sido definida, y así sucesivamente.

Empresa Subsidiaria: Es aquella empresa cuyo capital social con derecho a voto, o el poder de decisión en el Directorio u órgano equivalente es poseído, directa o indirectamente, en más de un 50%, por otra empresa, o en la que es poseído, directa o indirectamente, en más de un cincuenta por ciento (50 %), por otra empresa, cuyo control efectivo es poseído por otra, denominada Empresa Matriz.

También es considerada en esta definición aquella empresa cuyo capital social con derecho a voto, o el poder de decisión (directo o indirecto) en el Directorio u órgano equivalente, es poseído, directa o indirectamente, en más de un 50%, por la Empresa Subsidiaria, tal como ésta ha sido definida, y así sucesivamente.

Empresa Vinculada: Es aquella que guarda relación con alguna otra empresa, en calidad de matriz, subsidiaria o afiliada, en los términos indicados en estas bases.

Que, en las referidas definiciones de empresa matriz, subsidiaria y afiliada, se contempla como uno de los supuestos para determinar la existencia de vinculación entre empresas la definición del término “control efectivo”;

Que, sin embargo, a diferencia de los otros supuestos de vinculación entre empresas, el “control efectivo” no se encuentra precisado en el contrato de concesión en cuanto a su contenido y alcance;

Que, dicha imprecisión ha ocasionado que tanto OSITRAN, organismo a quien corresponde supervisar la ejecución de los Contratos de Concesión, así como las empresas concesionarias se encuentren en una situación de incertidumbre jurídica respecto al referido término en la aplicación del mecanismo de liberación de pago contemplado en los Contratos de Concesión;

Que, la situación de incertidumbre jurídica se genera en la medida que las bases y la legislación peruana no contemplan una definición respecto del término control efectivo y que las definiciones relacionadas al mismo, establecidas en las normas jurídicas no son homogéneas en cuanto a su contenido y alcance, ocasionando con ello un perjuicio al correcto desarrollo de las concesiones;

Que, en virtud a las reglas de interpretación a las que se refiere la cláusula 1.2 del contrato de concesión, cualquier término no definido en el contrato tendrá el significado que le atribuyan las bases y, en caso dicho término no esté definido en ellas, tendrá el significado que le asignen las Leyes Aplicables y, en su defecto, el significado que se le de al mismo en el curso normal de las operaciones ferroviarias;

Que sobre la base de lo establecido en la cláusula antes señalada, la revisión de las normas aplicables vigentes indica que el artículo 105 de la Ley General de Sociedades, se refiere al control indirecto de acciones lo que alude a supuestos vinculados con la propiedad de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir la mayoría de miembros del directorio, en tanto que la Resolución N° 445-2000-SBS de la Superintendencia de Banca y Seguros al referirse al supuesto de control entre empresas establece elementos más amplios que los referidos a la propiedad de acciones o a la representación del directorio como es el caso de la gobernabilidad de las políticas operativas o financieras entre empresas;

Que, como consecuencia de ello, resulta necesario precisar los alcances y contenidos del término control efectivo y eliminar la situación de incertidumbre jurídica que permita a OSITRAN y a las empresas concesionarias ejecutar sus actividades predecible y transparentemente en la toma de sus decisiones;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 7.1° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Us Público, una de las principales funciones de OSITRAN es interpretar los títulos en virtud de los cuales las empresas públicas o privadas realizan sus actividades de explotación de la infraestructura de transporte de uso público, entre las cuales se encuentra la infraestructura ferroviaria concesionada;

Que, la referida función se deriva de las atribuciones reguladoras y normativas de OSITRAN establecidas en el artículo 6.2° del mismo marco normativo, que facultan a dicho Organismo con exclusividad a dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones o derechos de las empresas públicas o privadas que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público o de los usuarios;

Que, dichas atribuciones han sido recogidas también en el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, en el caso de la infraestructura ferroviaria, los títulos respecto de los cuales las empresas concesionarias explotan dicha infraestructura están dados por los Contratos de Concesión;

Que, en consecuencia, corresponde a OSITRAN en el marco de sus funciones, interpretar el término control efectivo empleado en las Bases de los Contratos de Concesión y determinar su contenido y alcance;

Que la interpretación a efectuarse debe regir a partir de la vigencia de la presente resolución puesto que la misma se realiza en ejercicio de la facultad normativa de Ositran y ajustarse a la naturaleza y objeto de los contratos de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil y los artículos 168º y siguientes del mismo marco normativo;

Que, en atención a que el término control efectivo es empleado como uno de los supuestos que originan la vinculación entre empresas, su interpretación debe responder a un concepto que permita determinar e identificar dicha vinculación y a la vez distinguirlo de los otros supuestos que según los Contratos la configuran, es decir, los referidos al capital social, a la conformación del directorio y a la conformación de los órganos equivalentes a los directorios, como es el caso de la definición de control indirecto de acciones en la Ley General de Sociedades, y establecer parámetros de otra índole como los contemplados en la definición de control que utiliza la Superintendencia de Banca y Seguros, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores y otras instituciones que cautelan el mismo objetivo;

Que, asimismo, lo mencionado ha sido recogido expresamente en las últimas versiones de los Contratos de Concesión de puertos y redes viales que se encuentran en proceso de licitación, donde la vinculación entre empresas va más allá de lo concerniente a la propiedad de acciones y conformación de directorio u órganos equivalentes al mismo;

Que, adicionalmente a ello, debe tenerse en consideración que en el caso concreto de los Contratos de Concesión correspondientes a la infraestructura ferroviaria, la exclusión de las inversiones realizadas utilizando empresas vinculadas a las empresas concesionarias como proveedores de bienes y servicios respecto del mecanismo de liberación de pago tiene como objetivo implícito evitar la influencia negativa que pudiera tener dicha vinculación sobre la calidad y la valorización de las inversiones en perjuicio de los intereses del Estado y de los usuarios de la infraestructura;

Que, en ese sentido, OSITRAN considera que el término “control efectivo” empleado en las Bases de los Contratos de Concesión debe contemplar parámetros relacionados con la gobernabilidad de las decisiones empresariales que se relacionen con las políticas operativas y/o financieras entre las empresas; con la forma en que una empresa actúa en la otra como una dependencia o departamento ya que las decisiones entre ambas dejarían de ser autónomas; con la dependencia económica que se produzca entre las empresas en la prestación de bienes y servicios; y con la vinculación en el régimen de garantías que pudiera presentarse entre ambas;

Que la incorporación de todos los parámetros antes mencionados busca evitar la interdependencia que pueda existir entre las empresas que pudiera repercutir en las decisiones empresariales de cada una de ellas;

Que, no obstante ello, debe tenerse en cuenta que las empresas concesionarias desde la fecha de cierre hasta la entrada en vigencia de la presente Resolución han efectuado inversiones sin conocer los referidos parámetros;

Que, en ese sentido, OSITRAN considera que las inversiones efectuadas antes de la vigencia de la presente Resolución deben ser evaluadas en cuanto a la vinculación entre empresas y específicamente en lo concerniente al término control efectivo, empleando una interpretación de dicho término que resulte más beneficiosa que la que se aprueba en virtud al principio jurídico In dubio Pro Administrado, que en el presente caso estaría en la interpretación sustentada en la Ley General de Sociedades;

Que, sin embargo, en la aplicación de dicha interpretación OSITRAN debe velar porque la misma no vulnere los intereses del Estado ni de los usuarios;

Que, para tal efecto, OSITRAN aplicará los mecanismos de evaluación para el reconocimiento de inversiones que se orienten a la verificación de la calidad de las mismas y a su valorización adoptando las medidas que eviten una distorsión en perjuicio de los intereses del Estado y del usuario;

Que, para tal efecto las empresas concesionarias deben proporcionar a OSITRAN toda la información sustentatoria que se les requiera a fin de acreditar fehacientemente que las inversiones efectuadas responden razonablemente a los principios contemplados en el contrato de concesión y en las regulaciones establecidas por OSITRAN;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del ocho de noviembre de 2000;

SE RESUELVE :

Artículo Primero.- Interpretar el término “control efectivo” empleado en las definiciones de empresa afiliada, matriz, subsidiaria y vinculada a las que se refieren las Bases de los Contratos de Concesión, correspondientes a la infraestructura ferroviaria, y demás documentos que forman parte integrante del mismo, en los siguientes términos:

“El término control efectivo comprenderá cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) Cuando una empresa tiene la potestad para gobernar las políticas operativas, financieras o comerciales de una o varias empresas bajo un reglamento, contrato, régimen de poderes o cualquier otra modalidad.
- b) Cuando de la documentación oficial de una empresa se puede afirmar que ésta actúa como división o departamento de la otra empresa.

- c) Cuando una empresa ha adquirido más del cincuenta por ciento (50%) de los bienes producidos o servicios prestados por otra empresa durante el período al que refieren las inversiones presentadas.
- d) Cuando cualquier obligación de una empresa está garantizada por otra que no sea una empresa del sistema financiero.
- e) Cuando una misma garantía otorgada por una empresa respalda obligaciones de dos o más empresas.
- f) Cuando existe un contrato de cesión de garantías entre dos empresas.”

Artículo Segundo.- La interpretación del término "control efectivo" que se efectúa en el artículo precedente será utilizada en cualquier caso en que resulten aplicables las definiciones de empresa afiliada, matriz, subsidiaria y vinculada a las que se refieren las Bases del Contrato de Concesión, correspondientes a la infraestructura ferroviaria, así como a los demás documentos que forman parte integrante de los contratos, desde la entrada en vigencia de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Para las inversiones efectuadas por las empresas concesionarias con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Resolución se interpretará el término control efectivo de acuerdo a la definición de control indirecto de acciones prevista en el artículo 105 de la Ley General de Sociedades.

Para efectos de verificar las inversiones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Resolución, las empresas concesionarias deberán proporcionar a OSITRAN toda la documentación sustentatoria que garantice que las inversiones efectuadas respondan razonablemente a lo establecido en el contrato de concesión y en las normas que OSITRAN emita y haya emitido sobre la materia, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 6.2 de la Ley 26917 y la cláusula 10.1.5 del contrato de concesión.

Artículo Cuarto.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese, publíquese y archívese.

LEONIE ROCA VOTO-BERNALES
Vice Presidenta

