

Apuntes sobre el socio estratégico en los contratos de concesión de infraestructura de servicios públicos



DIANA GARATE MORENO

Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

DIANA TASSARA LAFOSSE

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. ¿Qué es el Socio Estratégico? Principales características.
- II. Acreditación de la capacidad técnica del Socio Estratégico:
 1. Acreditación de la experiencia técnica mediante empresas vinculadas, subsidiarias o matrices;
 2. Acreditación en caso de consorcios postores.
- III. Restricciones sobre la "Participación Mínima" del Socio Estratégico:
 1. Restricciones establecidas en el estatuto de la sociedad concesionaria;
 2. Transferencia de la "Participación Mínima" luego del periodo de restricción.
- IV. Problemática de la regulación contractual actual del Socio Estratégico:
 1. Transferencias indirectas;
 2. Transferencia de la "Participación Mínima" a favor de empresas que cumplan requisitos de construcción y operación;
 3. Pérdida de requisitos de precalificación.
- V. Conclusiones y sugerencias de regulación.



La actual brecha de infraestructura que adolece nuestro país es afrontada, entre otras medidas, mediante la participación de la inversión privada en la gestión del desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos a través de las denominadas Asociaciones Público Privadas (APP's)¹.

Las APP's están definidas en nuestra legislación como modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos -preferentemente privados- con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos².

Ahora bien, conforme lo establece nuestro ordenamiento legal vigente, existen diversas modalidades de APP's; no obstante ello, la experiencia demuestra que la modalidad por excelencia para el desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos, es el Contrato de Concesión.

En esta modalidad de APP's, el Estado cede a una persona natural o jurídica, denominada concesionario, la gestión de un servicio público, asumiendo este último el riesgo económico de la actividad concedida, y actuando en virtud del derecho conferido por el Estado para ejecutar y/o gestionar dicha actividad utilizando bienes de dominio público.

De este modo, el Contrato de Concesión se constituye como un mecanismo que permite afrontar la escasez de recursos estatales para el desarrollo de infraestructuras para la prestación de servicios públicos, solucionando así no sólo un problema

de capacidad presupuestaria del Estado, sino también privilegiando la eficiencia del sector privado en el desarrollo de estas actividades.

En efecto, para la celebración de este tipo de contratos, se parte de la premisa que el sector privado cuenta con mayor experiencia en el desarrollo y gestión de proyectos de infraestructura de servicios públicos, por lo que resulta una decisión eficiente por parte de la Administración Pública asociarse con el privado para que éste asuma la conducción, desarrollo y operación de estos de proyectos, bajo la supervisión y fiscalización estatal.

Ahora bien, considerando lo expuesto, surge la pregunta respecto a las medidas que adopta el Estado para cerciorarse que la empresa privada con la que contratará, y a quien otorgará las autorizaciones necesarias para desarrollar y gestionar el proyecto, reúne efectivamente las condiciones técnicas requeridas para afrontar el desarrollo del mismo, garantizando así un resultado positivo mediante una infraestructura operada y mantenida en forma adecuada.

La respuesta a esta pregunta se encuentra en la figura del Socio Estratégico, la misma que será objeto de desarrollo en el presente artículo.

De este modo, en un primer punto estableceremos el concepto de Socio Estratégico, analizando su finalidad y principales características. Posteriormente, realizaremos un análisis basado en la regulación contractual que ha tenido el Socio Estratégico en los diversos Contratos de Concesión celebrados por el Estado Peruano, tanto a nivel de gobierno nacional, como de gobiernos locales, procediendo a ocuparnos

1. Según el Índice Global de Competitividad 2011-2012 publicado por el World Economic Forum, el segundo factor más importante para medir la competitividad de un país se basa en su infraestructura. Dicho índice coloca al Perú en el puesto 105 en el ranking de dotación de infraestructura, tomando como referencia 142 países. Del mismo modo, el estudio denominado "Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021", elaborado por la Universidad del Pacífico y ESAN, ha cuantificado la brecha de infraestructura de nuestro país en US\$ 87,975 millones. Para cerrar dicha brecha en infraestructura se debería destinar el 6% del PBI del país (por ahora solo se destina el 2%).
2. Artículo 3 del Decreto Legislativo 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

de los problemas y limitaciones que se derivan de esta regulación. Por último, expondremos nuestras sugerencias de mejora a la regulación contractual del Socio Estratégico.

I. ¿QUÉ ES EL SOCIO ESTRATÉGICO? PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

El Socio Estratégico es usualmente definido en los contratos de concesión como aquel accionista o participacionista de la sociedad Concesionaria que durante el proceso de precalificación acreditó reunir la experiencia técnica requerida para la construcción y/u operación de infraestructura similar a la que es objeto del proyecto, y que ostenta la titularidad de una participación mínima en la Sociedad Concesionaria, de acuerdo a lo exigido en el Contrato de Concesión de que se trate.

En efecto, en los casos de concursos convocados por iniciativa estatal, durante el proceso de selección que se realiza para la elección del adjudicatario de la buena pro, existe un proceso previo de precalificación de los postores. Esta etapa tiene por finalidad acreditar que los postores que participarán en el proceso y que se constituyen como posibles adjudicatarios de la buena pro, reúnen los requisitos legales, técnicos y económicos que permitirán que en caso de resultar adjudicatarios, cuenten con la experiencia y solvencia económica necesaria para desarrollar el proyecto en forma adecuada. Dichos requisitos son establecidos por la entidad pública que convoca el proceso, atendiendo entre otros aspectos, a las características particulares del proyecto, así como a la envergadura del mismo.

Por su parte, en el caso de proyectos que resultan de una iniciativa del sector privado³, el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) que corresponda, deberá verificar que el proponente de la iniciativa privada reúna las características necesarias para desarrollar el proyecto propuesto. Siendo así, en caso se declare de interés la iniciativa privada, en función a las características

exigidas al proponente, el OPIP fijará los requisitos que deberán reunir los terceros que pudieran manifestar interés en el desarrollo de la iniciativa privada declarada de interés.

De este modo, sea que se trate de un proyecto que resulte de una iniciativa pública o de una privada, en todos los casos existirá un proceso previo de acreditación de experiencia del postor, proponente y/o tercero interesado, según sea el caso, lo que permitirá garantizar que la Sociedad Concesionaria que se constituya para la suscripción del Contrato de Concesión se encuentre en capacidad de afrontar y desarrollar de la mejor manera el proyecto de infraestructura de que se trate.

En efecto, la(s) persona(s) que acredite(n) la experiencia antes referida, será(n) quien(es) ostentará(n) la condición de Socio Estratégico en la Sociedad Concesionaria, debiendo por tanto (i) cumplir con mantener la Participación Mínima que exija el Contrato de Concesión, así como (ii) cumplir las limitaciones a la transferencia de sus acciones de acuerdo a los términos que exija dicho Contrato.

Es importante considerar que la figura del Socio Estratégico no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento legal. Siendo así, su desarrollo se ha dado a nivel contractual como un mecanismo para garantizar que la experiencia acreditada permanezca en la Sociedad Concesionaria a través del Socio Estratégico, por el periodo y en las condiciones que a estos efectos establezca el Contrato de Concesión, garantizando así la aptitud de la Sociedad Concesionaria para desarrollar el proyecto. De este modo, la regulación del Socio Estratégico variará de un contrato a otro, de acuerdo a la autonomía de las Partes, no existiendo un parámetro normativo que deba seguirse.

A modo de ejemplo, en el reciente Contrato de Concesión suscrito por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con ocasión del desa-

3. El régimen de iniciativas privadas se encuentra regulado en el Decreto Legislativo 1012, así como en los Decretos Supremos 146-2008-EF y 005-2013-EF.

rollo del proyecto vial Vías Nuevas de Lima, la definición de "Socio Estratégico" que se recoge es la siguiente:

"Socio Estratégico.-

Es (son) el(los) accionista(s) o participacionista(s) del CONCESIONARIO que acreditaron el cumplimiento de los requisitos señalados en la Declaración de Interés de la Iniciativa Privada y que tienen la titularidad de la Participación Mínima en el CONCESIONARIO."

Similar definición es recogida en Contratos de Concesión suscritos por el gobierno nacional a través de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada. Así, en el Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Villa El Salvador-Av. Grau-San Juan de Lurigancho (Tren Eléctrico), se recogió la siguiente definición de "Socio Estratégico":

"Socio Estratégico.-

Es el accionista o participacionista del CONCESIONARIO que acreditó el cumplimiento de los requisitos de capacidad técnica señalados en las Bases, y que ostenta la titularidad de la Participación Mínima en la CONCESIONARIO."

De este modo, la finalidad que subyace al concepto de Socio Estratégico será siempre la de

asegurar que el factor de experiencia técnica, ya sea en construcción y/u operación, que permitió la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión, permanezca en la Sociedad Concesionaria, en los términos establecidos en cada Contrato de Concesión, garantizando el adecuado desarrollo y gestión del Proyecto⁴.

II. ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD TÉCNICA DEL SOCIO ESTRATÉGICO

Ahora que ya tenemos una aproximación al concepto de Socio Estratégico, pasaremos a explicar cómo es que este último acredita su capacidad técnica en el marco de una iniciativa privada y/o un Concurso o Licitación pública convocada por el Estado Peruano.

Los requisitos que exigirá la entidad pública contratante para acreditar a un Socio Estratégico como tal, no se encuentran regulados en la normativa aplicable, sino que son requisitos que cada entidad, a su criterio, exige, atendiendo a las características propias de cada proyecto. De este modo, en el caso de iniciativas privadas, dichos requisitos serán exigidos al proponente durante el proceso de evaluación de la iniciativa privada, y posteriormente, de ser declarada de interés, se recogerán dichos requisitos en el acuerdo de Declaratoria de Interés, a efectos que éstos, sean exigibles a futuros terceros interesados. Por su parte, en el caso de procesos que tengan origen en una iniciativa pública,

4. Debe precisarse que si bien el concepto de Socio Estratégico se encuentra ligado usualmente a la experiencia técnica acreditada durante el proceso de precalificación, existen casos en que este concepto ha sido vinculado no sólo a la experiencia técnica, sino también a la capacidad económica acreditada. Un ejemplo de esto último es la definición de Socio Estratégico contenida en el Contrato de Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, la misma que establece lo siguiente:

"Socio Estratégico.-

Son aquellos acciones o participacionistas de la SOCIEDAD CONCESIONARIA que individualmente o en conjunto si se trata de Consorcio cumplieron con los requisitos técnico-económicos y financieros necesarios para ser nombrado Participante Precalificado durante el procedimiento licitatorio y que habiendo obtenido la Buena Pro de la Licitación es titular de la Participación Mínima en la SOCIEDAD CONCESIONARIA según la declaración contenida en el Sobre N° 1. En el caso de Consorcio, la Participación Mínima podrá distribuirse entre quienes lo integran, sin necesidad de constituir una nueva persona jurídica." (El subrayado es nuestro)

No obstante ello, considerando que la práctica más reciente en los Contratos de Concesión es vincular el concepto de Socio Estratégico únicamente a los requisitos técnicos acreditados, ésta será la premisa en virtud de la cual se trabajará en el presente documento.

dichos requisitos serán establecidos en las Bases de los Concursos o Licitaciones públicas, según corresponda.

Cabe señalar que, los requisitos técnicos que se establezcan variarán de acuerdo al tipo de infraestructura que se pretenda concesionar (ya sea la concesión de un puerto, carretera, aeropuerto, infraestructura de saneamiento, entre otras). Quiere decir que estos requisitos técnicos se encuentran siempre relacionados al tipo de infraestructura a concesionar, y por tanto, en función a ello el Socio Estratégico deberá acreditar su experiencia en operación y/o construcción.

Por ejemplo, en el caso del Contrato de Concesión del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, el Estado Peruano requirió al postor acreditar su experiencia en operación de terminales portuarios, mediante la presentación de informes o constancias expedidas por terceros en la cual se demuestre la operación de otros terminales portuarios del mundo que tengan un movimiento anual igual o mayor a 10'000,000 TEU's⁵. Mientras que en el caso del Contrato de Concesión del Tramo Vial Panamericana Sur: Ica-Frontera con Chile, el Estado Peruano requirió al postor acreditar su experiencia en construcción y mantenimiento de carreteras mediante la presentación de contratos de obra y construcción y de certificaciones de terceros que acrediten que el postor ha operado en los últimos 10 años una o más concesiones de carreteras asfaltadas que sumen por lo menos 100 kilómetros.

Debe precisarse que, usualmente, el Estado Peruano exige que estos requisitos sean declarados mediante el llenado de un formato que debe ser suscrito por el representante legal del postor. Dicho formato tiene carácter de declaración jurada, lo que significa que el Estado Peruano presume que la información contenida en el mismo es verdadera, bajo responsabilidad

del postor que la consigna. Sin embargo, en muchos casos la entidad pública convocante exige, además de la presentación del mencionado formato, que los postores presenten documentación sustentatoria que respalde la información contenida en la declaración.

Por ejemplo, en el caso del Contrato de Concesión para el Proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada-PTAR Taboada, las Bases señalaban que la capacidad técnica se debería acreditar mediante la presentación del Formulario N° 4, que tiene carácter de declaración jurada, experiencia en operación como mínimo durante 15 años, de plantas de tratamiento de aguas residuales, total o parcialmente mecanizadas, que en conjunto totalicen una capacidad de 3 m³/s para una población no menor a 250,000 habitantes; mientras que en el caso de la Concesión del Terminal Portuario de Paita, las Bases exigían además de la presentación del formato de declaración jurada, copia de toda la documentación sustentatoria que respalde lo declarado en el formato, tales como certificaciones de terceros, contratos, cartas de auditores, etc.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que el postor y/o la empresa que asumirá la condición de Socio Estratégico no puede por sí sola acreditar la experiencia técnica, debido a que su propia experiencia no es suficiente para satisfacer los requisitos técnicos exigidos por el Estado?

Estos casos son muy frecuentes en este tipo de procesos, toda vez que el Estado impone requisitos técnicos muy exigentes bajo la premisa de que se trata de la entrega en concesión de no cualquier tipo de infraestructura, sino que se trata de aportes de la inversión privada en infraestructura para la prestación de servicios públicos, servicios que son esenciales y necesarios para la población pues elevan la calidad de vida de la misma, mejorando asimismo la economía y productividad el país (crecimiento del PBI).

5. Las siglas TEU (acrónimo del término en inglés *Twenty-foot Equivalent Unit*, que significa Unidad Equivalente a Veinte Pies) representa una unidad de medida de capacidad del transporte marítimo (Buques portacontenedores y terminales portuarios para contenedores) expresada en contenedores.

En este contexto, siendo el Estado consciente que muchas veces los requisitos técnicos no pueden ser cumplidos sólo por una empresa, es que permite que la experiencia técnica atribuible al Socio Estratégico sea acreditada mediante la suma de la experiencia técnica de las empresas vinculadas, subsidiarias o matrices, de tal manera que, en conjunto, las empresas puedan acreditar la totalidad de la experiencia técnica requerida.

1. Acreditación de la experiencia técnica mediante empresas vinculadas, subsidiarias o matrices

Como veníamos señalando, en los casos en que el postor y/o la empresa que asumirá la condición de Socio Estratégico no puede por sí sola acreditar la experiencia técnica requerida, el Estado permite que dicha experiencia sea acreditada mediante la suma de la experiencia técnica de empresas vinculadas, subsidiarias o matrices.

Al respecto, es importante señalar que bajo la normativa de Iniciativas Privadas, APP's y/o concesiones, no existe una definición expresa de empresa vinculada, subsidiaria o matriz; sin embargo, dichas definiciones han sido creadas sobre la base del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos⁶, expedida por la Superintendencia de Mercado de Valores-SMV (antes CONASEV) y sobre la base de la experiencia en este tipo de concesiones. Es así que se han venido desarrollando conceptos alrededor de dichas definiciones que actualmente son comúnmente usadas en Concursos y Licitaciones Públicas.

En tal sentido, actualmente, las Bases de los Concursos y Licitaciones Públicas recogen las siguientes definiciones, o algunas equivalentes:

- **Empresa Afiliada:** Una empresa será considerada afiliada a otra empresa cuando el Control Efectivo de tales empresas se encuentre en manos de una misma Empresa Matriz.

- **Empresa Matriz:** Es aquella empresa que posee el Control Efectivo de una o varias empresas. También está considerada en esta definición aquella empresa que posee el Control Efectivo de una Empresa Matriz, y así sucesivamente.

- **Empresa Subsidiaria:** Es aquella empresa cuyo Control Efectivo es ejercido por la Empresa Matriz.

- **Empresa Vinculada:** Es cualquier Empresa Afiliada o Empresa Subsidiaria o Empresa Matriz.

- **Control Efectivo:** Se entiende que una persona natural o jurídica ostenta o está sujeta al Control Efectivo de otra persona jurídica o sometida a control común con ésta, cuando:

- Existe control, de manera directa o indirecta, de más del cincuenta por ciento (50%) de su capital social con derecho a voto; o
- Existe, de manera directa o indirecta, una representación en su directorio u órgano equivalente, superior al cincuenta por ciento (50%) de sus integrantes; o
- Por cualquier otro mecanismo o circunstancia (contractual o legal), controla el poder de decisión en la otra empresa de manera efectiva.

Como se puede apreciar, las definiciones recogidas denotan que tanto las empresas afiliadas, matrices, subsidiarias y vinculadas forman parte del grupo económico del Socio Estratégico, pues todas se encuentran interrelacionadas ya sea porque comparten el mismo "Control Efectivo" de sus accionistas, porque son parte de la misma matriz, o porque la matriz ejerce dicho "Control Efectivo" sobre el Socio Estratégico. En cualquiera de los

6. Resolución CONASEV 090-2005-EF-94.10, modificada por Resolución CONASEV 005-2006-EF/94.10.

supuestos anteriormente mencionados, el Estado permite usualmente la suma de la experiencia de todas estas empresas para la acreditación de la experiencia técnica del Socio Estratégico.

Por ejemplo, en el caso del Contrato de Concesión del Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur y el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, las

Bases establecían que, en ciertos requisitos técnicos, el Socio Estratégico podría sumar la experiencia de sus Empresas Vinculadas y la de aquellas empresas respecto de las cuales el Socio Estratégico es una Empresa Subsidiaria⁷.

En nuestra opinión, que el Estado permita que el Socio Estratégico sume la experiencia técnica de sus empresas vinculadas, subsidiarias o matrices

7. Sección 5.2.1. de las Bases del Terminal Portuario Zona Sur: Capacidad técnico-operativa:

"Para fines de acreditar la precalificación técnico-operativa del Socio Estratégico, de acuerdo con los requisitos que se señalan a continuación, se deberá completar el Formulario 2 del Anexo N° 3 de las presentes Bases, además de la documentación respectiva que sustenta la información presentada. Esta documentación podrá constar de informes de terceros para efectos de certificación, acreditación, supervisión o fiscalización.

A fin de acreditar la capacidad técnico-operativa del Socio Estratégico del Postor establecida en las Bases, se deberán observar las siguientes disposiciones:

Experiencia en Operación (Administración Portuaria):

- Movimiento anual igual o mayor a 2'500,000 TEU. Se consideran también los movimientos por transbordo. El movimiento debe corresponder a aquellos terminales de uso exclusivo en los que se tiene Control Efectivo del Administrador Portuario.
- Control Efectivo del Administrador Portuario exclusivo de por lo menos un terminal con movimiento anual igual o mayor a 500,000 TEU anuales. Se consideran también los movimientos por transbordo.
- Control Efectivo del Administrador Portuario exclusivo de por lo menos un terminal cuya principal carga esté constituida por contenedores y cuya longitud total de frentes de atraque sumada sea igual o mayor a 600 metros.

El Socio Estratégico debe cumplir concurrentemente los requisitos señalados en los acápites a), b) y c) anteriores. Para estos efectos, puede señalar uno o más terminales, de tal manera que terminales distintos puedan acreditar la experiencia señalada en cada acápite. Sólo en caso del requisito señalado en Acápite a), el Socio Estratégico podrá sumar la experiencia de sus Empresas Vinculadas y la de aquellas empresas respecto de las cuales el Socio Estratégico es una Empresa Subsidiaria. En el caso de lo señalado en los Acápites b) y c), el Socio Estratégico podrá cumplir con los requisitos ya sea directamente o a través de una o más Empresas Subsidiarias. En ningún caso se podrá sumar la experiencia de otros miembros del Consorcio. (El subrayado es nuestro)

Sección 5.2.2. Bases del Contrato del Terminal Portuario de Paita: Requisitos técnico-operativos:

"Para fines de acreditar la capacidad técnico-operativa del Postor, de acuerdo con los requisitos que se señalan a continuación, se deberá completar el Formulario 1 del Anexo N° 5 de las presentes Bases, además de la documentación respectiva que sustenta la información presentada. Esta documentación podrá constar en informes o constancias de terceros, memorias o documentos análogos de carácter público, para efectos de certificación, acreditación, supervisión o fiscalización.

Experiencia en operación del Postor:

A fin de acreditar la capacidad técnico-operativa del Postor éste deberá cumplir conjuntamente con los dos requisitos establecidos a continuación y de acuerdo a las siguientes disposiciones:

- El Postor deberá acreditar en uno o más terminales portuarios, experiencia en el movimiento de por lo menos un millón doscientos mil (1 200 000) TEUs anuales, de acuerdo a lo siguiente:
 - El Socio Estratégico deberá acreditar el Control Efectivo de uno o más Administradores Portuarios que cuenten con experiencia en administración de uno o más terminales portuarios con un movimiento anual total, igual o mayor a 1 200 000 TEUs. Se consideran también los movimientos por Transbordo.
 - El Socio Estratégico podrá acreditar el requisito al que se refiere el párrafo precedente, a través de la suma de la experiencia de sus Empresas Vinculadas.
 - En caso que el Postor sea un Consorcio podrá acreditar este requisito, sumando la experiencia directa en

es sumamente positivo pues se amplían las posibilidades de que se presenten más postores o terceros interesados, haciendo que el Concurso o Licitación Pública resulte más competitivo, lo cual redundará en un beneficio para el Estado ya que tiene mayores probabilidades de elegir al mejor postor.

2. Acreditación en caso de consorcios postores

Otra alternativa que el Estado prevé en los casos en que una empresa por sí sola no pueda acreditar la experiencia técnica requerida para el Socio Estratégico, es que se conforme un consorcio postor. De este modo, los integrantes del consorcio podrán sumar su experiencia técnica individual y conformar el Socio Estratégico.

Por ejemplo, en el caso de Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión del

Proyecto Provisión de servicios de saneamiento para los distritos del sur de Lima-PROVISUR, las Bases del Concurso⁸ establecen que la experiencia técnica requerida podrá ser acreditada a través del Postor, por uno o más integrantes del Postor en caso de consorcio, y adicionalmente por una empresa vinculada⁹.

Asimismo, en el caso del Contrato de Concesión para el Proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada-PTAR Taboada, se estableció que la experiencia técnica podía ser acreditada por uno o más integrantes del postor en caso de consorcio.

Es importante señalar que no en todos los casos queda expresamente establecida la posibilidad de sumar la experiencia de los integrantes del consorcio, o de las empresas vinculadas a este último. Esta es la situación, por ejemplo, del Contrato de Concesión del Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao-Zona

movimiento de TEUs de hasta dos de sus integrantes, siempre que por lo menos el 60% de la experiencia exigida antes referida corresponda al Socio Estratégico o a sus Empresas Vinculadas. Dicho porcentaje deberá acreditarse a través de uno o más Administradores Portuarios cuyo Control Efectivo corresponda al Socio Estratégico o a través de la suma de la experiencia de las Empresas Vinculadas a este, pudiendo incluir los movimientos por Transbordo.” (El subrayado es nuestro)

8. Cabe señalar que a la fecha de redacción del presente artículo, el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión del Proyecto Provisión de servicios de saneamiento para los distritos del sur de Lima-PROVISUR aún no ha culminado. En tal sentido, precisamos que para la redacción de este documento se ha utilizado la versión de las Bases del Proyecto publicada en el Portal de ProInversión con fecha 21 de diciembre de 2012 cuya redacción final podría recoger alguna modificación futura.

9. Requisitos de operación en el caso de PROVISUR:

“Documento N° 3: Declaración Jurada de Cumplimiento de los Requisitos Técnicos para la precalificación (Requisito Técnico Operacional).

a) De Operación:

Deberá acreditarse experiencia, dentro de los últimos quince (15) años, operando como mínimo:

Planta(s) desalinizadora(s) (agua de mar) para tratamiento de agua para consumo humano, que totalice(n) una capacidad de tratamiento de por lo menos setenta y cinco mil m³/día (75,000 m³/día). Una de las plantas deberá tener una capacidad de operación de por lo menos quince mil m³/día (15,000 m³/día), operando permanentemente durante tres (3) años como mínimo.

Planta(s) mecanizada(s) de tratamiento de aguas residuales, que en conjunto totalice(n) una capacidad de tratamiento de por lo menos sesenta mil m³/día (60,000 m³/día). El proceso de tratamiento de las plantas acreditadas deberán ser por lo menos de tipo de tratamiento secundario. Una de las plantas deberá tener una capacidad de tratamiento de por lo menos diez mil m³/día (10,000 m³/día); operando permanentemente durante tres (3) años como mínimo.

La experiencia podrá ser acreditada a través del Postor, por uno o más integrantes del Postor en caso de consorcio, por una empresa vinculada o por uno o más operadores especializados que serán contratados por el Concesionario, durante todo el periodo de vigencia de la concesión.” (El subrayado es nuestro)

Sur, del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, y del Contrato de Concesión del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.

En nuestra opinión, sí se debería permitir en todos los casos que los miembros del consorcio sumen su experiencia técnica para cumplir con los requisitos exigidos para el Socio Estratégico, pues de esta manera se privilegia la competitividad del proceso, ampliando las posibilidades de que se presenten más postores y/o terceros interesados en la Iniciativa Privada y/o Concurso o Licitación Pública de que se trate.

III. RESTRICCIONES SOBRE LA "PARTICIPACIÓN MÍNIMA" DEL SOCIO ESTRATÉGICO

Otra característica principal del Socio Estratégico es que este último debe tener la titularidad de un paquete mínimo de acciones o participaciones en la Sociedad Concesionaria. Dicho requerimiento no se encuentra regulado en la normativa aplicable, sino que, nuevamente, es una regulación usual en los Contratos de Concesión de infraestructura de servicios públicos a efectos de garantizar la permanencia del Socio Estratégico en la Sociedad Concesionaria, y en consecuencia, su permanencia en la operación de la concesión, a través de una participación significativa en dicha sociedad.

En dicho contexto, se entiende que la participación mínima es el número de acciones o participaciones con derecho a voto que deberá tener y mantener el Socio Estratégico en la Sociedad Concesionaria. El porcentaje de dicha participación mínima no es un porcentaje preestablecido, sino que se fijará para cada caso en atención al Contrato de Concesión de que se trate. Usualmente dicha participación mínima fluctúa entre 25% a 51% del total del capital social de la Sociedad Concesionaria, considerando a estos efectos únicamente las acciones con derecho a voto.

A modo de ejemplo, citamos dos definiciones de "Participación Mínima", una recogida en

el Contrato de Concesión del Proyecto Vías Nuevas de Lima, y otra recogida en el Contrato de Concesión para el Proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada-PTAR Taboada:

"Participación Mínima.-

Es la participación accionaria equivalente al veinticinco por ciento (25%) del capital social suscrito y pagado del CONCESIONARIO que el Socio Estratégico deberá tener y mantener como mínimo en el CONCESSIONARIO durante toda la vigencia de la Concesión y que se sujetará a las reglas, términos y condiciones de las cláusulas 15.9. y siguientes del Contrato."

"Participación Mínima.-Es la participación con derecho a voto que como mínimo deberá tener y mantener el Socio Estratégico en el capital social del CONCESIONARIO que, de acuerdo con lo establecido en este Contrato, deberá ser equivalente al 35%."

Ahora bien, es importante señalar que, en todos los contratos de concesión, sin excepción, dicha participación mínima se encuentra sujeta a ciertas restricciones y limitaciones que afectan la libre transferencia y gravamen de las acciones y/o participaciones que la conforman, las cuales se detallarán a continuación.

1. Restricciones establecidas en el estatuto de la sociedad concesionaria

Como señalamos, el Estado Peruano, o quien actúe en calidad de Concedente en cada caso, requiere que el Socio Estratégico posea una participación mínima en la sociedad concesionaria, a efectos de asegurar la permanencia de este último en la referida sociedad y en la operación de la concesión. Dicha permanencia también es asegurada por el Concedente a través de la imposición de restricciones temporales relacionadas a la libre transferencia y gravamen de este paquete de acciones o participaciones. Dichas restricciones son las siguientes:

a. Restricción a la libre transferencia de la participación mínima

El Concedente exige que el estatuto social de la Sociedad Concesionaria contenga una restricción a la libre transferencia o disposición, a favor de terceros, de la participación mínima correspondiente al Socio Estratégico, a favor de terceras personas, durante un periodo de tiempo determinado.

Quiere decir que, durante los primeros años de vigencia de la concesión, el Socio Estratégico no podrá transferir la titularidad de las acciones o participaciones que posee en el capital social de la Sociedad Concesionaria y que formen parte de la participación mínima. El resto de acciones o participaciones (es decir, las que no pertenecen a la participación mínima) podrán ser libremente transferibles.

A modo de ejemplo, citamos una cláusula estándar referida a la limitación de transferencia de acciones. Dicha cláusula 6.1.3.2. pertenece al Contrato de Concesión de la Playa de Estacionamiento Subterránea del Distrito de Miraflores:

"OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

6.1.1. El estatuto de EL CONCESIONARIO debe contener como mínimo las siguientes cláusulas, caso contrario deberá implementarlas de acuerdo a lo que se detalla a continuación (...):

6.1.3.2 Una restricción a la libre transferencia de acciones o participaciones que representen el 51% del capital social de EL CONCESIONARIO, prohibiéndose toda transferencia de éstas a terceros o a otros socios, hasta el quinto año de la Concesión, el resto de acciones o participaciones podrán ser transferidas libremente. A partir de dicha fecha se podrá transferir el 100% de dichas acciones o participaciones previa aprobación de LA MUNICIPALIDAD, con opinión del Supervisor de EL CONTRATO, previa verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos de precalificación establecidos en su oportunidad en el numeral 5 de las Bases, en lo que corresponda." (El subrayado es nuestro)

Es importante señalar que en algunos contratos de concesión, el plazo de la limitación para

la transferencia de acciones o participaciones pertenecientes a la participación mínima se computará desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, mientras que en otros dicho plazo se calculará desde la fecha de término de la construcción de las obras, o desde la fecha de inicio de la explotación de la misma. En consecuencia, dependiendo de la solución elegida en cada contrato, el plazo de la limitación a la transferencia de la participación mínima puede resultar menor o mayor.

A modo de ejemplo, si un contrato de concesión se suscribió en el año 2010, y de acuerdo a lo establecido en el mismo la restricción a la transferencia de la participación mínima es de 5 años computados desde el inicio de la explotación de la concesión, considerando que la explotación se inicie en el cuarto año desde la fecha de suscripción del contrato, estaríamos hablando de una restricción a la transferencia de la participación mínima por un periodo real de 9 años.

Por otro lado, es importante señalar que en algunos contratos de concesión se establece que la restricción a la transferencia de la participación mínima no sea una restricción absoluta. De este modo se regula una excepción a esta restricción estableciendo que la misma estará permitida cuando la transferencia de la participación mínima se efectúe a favor de una empresa del mismo grupo económico del Socio Estratégico.

A modo de ejemplo, citamos la cláusula 3.3 (h) (i) del Contrato de Concesión para el Proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada-PTAR Taboada, en la que se puede observar primero, el plazo de cómputo de la restricción de la transferencia de acciones, y la excepción a dicha restricción en los términos antes referidos:

"CONSTATAciones EN LA FECHA DE CIERRE

3.1 El CONCESIONARIO debe, a la Fecha de Cierre, haber cumplido con lo siguiente:

- a) El estatuto referido en el Literal a) precedente debe contener como mínimo las siguientes disposiciones:

- (i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones que representen el veinticinco por ciento (25%) correspondiente a la Participación Mínima del Socio Estratégico, a favor de terceros hasta que venza el quinto año contado a partir de la fecha de Inicio de la Operación de la Primera Etapa, salvo por lo previsto en la Sección X respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde la Fecha de Cierre, con la finalidad de obtener financiamiento (...).

La restricción antes indicada no incluye la transferencia de la Participación Mínima del Socio Estratégico a una empresa del mismo Grupo Económico, en la medida que el control efectivo de ambas sea ejercido por la misma Empresa Matriz, contando con autorización previa y por escrito del CONCEDENTE y siempre que el nuevo socio estratégico cumpla con los mismos requisitos técnicos de operación o de construcción establecidos para el Socio Estratégico inicial.” (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, en este caso la restricción es computada no desde la firma del contrato de concesión (como usualmente se pacta), sino desde el inicio de la operación de la primera etapa de la planta. Asimismo, se puede observar que en este caso se pactó una excepción a la limitación de la transferencia de acciones, estipulando que la misma no aplica en caso la transferencia de la participación mínima sea efectuada a favor de otra empresa del grupo económico del Socio Estratégico, con previa autorización del Concedente (el Estado Peruano, o alguno de sus gobiernos regionales o locales).

Por último, es preciso señalar que existen otros contratos de concesión en los que adicionalmente a la restricción descrita, se incluye una restricción expresa de no transferir la participación mínima a otros socios o accionistas de la sociedad concesionaria. Este es el caso de la cláusula 3.3. (b)(i) del Contrato de Concesión

del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao:

*CONSTATAIONES EN LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

3.2 El CONCESIONARIO debe, a la Fecha de Cierre, haber cumplido con lo siguiente:

- b) El estatuto referido en el Literal a) precedente debe contener como mínimo las siguientes disposiciones:

- (i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de las acciones o participaciones que representen el porcentaje correspondiente a la Participación Mínima (51%), a favor de terceros, incluyendo a los propios socios o accionistas de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, hasta finalizado el quinto año contado a partir de la fecha de suscripción del Acta final de Recepción de las Obras Iniciales por la APN, salvo por lo previsto en la Sección X respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, con la finalidad de obtener financiamiento. (...)

La restricción indicada en el primer párrafo de este inciso, no incluye la transferencia de la Participación Mínima a una empresa del mismo Grupo Económico, en la medida que el Control Efectivo de ambas sea ejercido por la misma Empresa Matriz, contando con autorización previa y por escrito del CONCEDENTE y la opinión favorable del REGULADOR.” (El subrayado es nuestro)

b. Prohibición de gravar la participación mínima a favor de terceros

Como se puede apreciar de todos los ejemplos anteriormente citados, la otra restricción impuesta por el Concedente sobre la participación

minima es la referida a la prohibición de gravar la misma a favor de terceros. De esta manera, el Concedente garantiza que la participación mínima del Socio Estratégico no sea transferida a cualquier tercero acreedor como consecuencia de una eventual ejecución de garantía mobiliaria sobre la participación mínima.

Dicha restricción también es temporal, y normalmente se le aplica el mismo plazo y condiciones establecidas para la restricción a la transferencia de la participación mínima.

Asimismo, al igual que en el caso de la restricción a la transferencia de la participación mínima, existe una excepción a la regla, y es que el Concedente permite que el Socio Estratégico otorgue en garantía su participación mínima sólo cuando sea constituida a favor de los acreedores que otorgarán el financiamiento para la concesión (los denominados contractualmente como "Acreedores Permitidos"¹⁰).

Es decir que, en caso la Sociedad Concesionaria quiera obtener financiamiento para la

construcción y operación de la concesión (denominado contractualmente como "Endeudamiento Garantizado Permitido"¹¹) puede gravar la participación mínima de titularidad del Socio Estratégico, como garantía del repago del financiamiento, a favor de los Acreedores Permitidos.

2. Transferencia de la "Participación Mínima" luego del periodo de restricción

Una vez culminada la restricción a la transferencia de la participación mínima detallada en el literal a) del numeral anterior, el Socio Estratégico puede transferir la misma sin limitación alguna, a cualquier tercero sea o no parte de su grupo económico, o socio o accionista de la Sociedad Concesionaria, usualmente informando y/o contando con previa opinión del Concedente y/o del organismo regulador, de ser el caso, siempre que el adquirente de la participación mínima (nuevo Socio Estratégico) cumpla con los mismos requisitos y condiciones que se establecieron en las Bases para el Socio Estratégico originario.

10. El concepto de Acreedores Permitidos es sólo aplicable para los supuestos de Endeudamiento Garantizado Permitido. Usualmente se establece que para tales efectos, Acreedor Permitido será:

- (i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro,
- (ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas,
- (iii) cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular N° 042-2010-BCRP emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o cualquier otra circular que la modifique, y adicionalmente las que las sustituyan, en el extremo en que incorporen nuevas instituciones,
- (iv) cualquier otra institución financiera internacional o nacional aprobada por la APN que tenga una clasificación de riesgo no menor a "A", evaluada por una entidad de reconocido prestigio aceptada por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV),
- (v) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por la SOCIEDAD CONCESIONARIA,
- (vi) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por la SOCIEDAD CONCESIONARIA mediante oferta pública, o
- (vii) los patrimonios fideicometidos administrados por fiduciarios o sociedades tituladoras.

No obstante ello, la definición puede encontrar variaciones o matices de un contrato a otro.

11. Conceptualmente, el Endeudamiento Garantizado Permitido es el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento, emisión de valores mobiliarios y/o de dinero tomado en préstamo de cualquier Acreedor Permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión que corresponda, incluyendo cualquier renovación o refinanciamiento de tal endeudamiento. Esta definición se ajustará en función al Contrato de Concesión de que se trate.

En efecto, en nuestra experiencia, es una práctica común que los Contratos de Concesión establezcan esta disposición, ya que lo que se busca es garantizar que el nuevo Socio Estratégico sea una empresa competente y con la experiencia necesaria para construir y/u operar el Proyecto de que se trate.

Citamos un ejemplo de esta disposición, recogido en el Contrato de Concesión del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao:

"CONSTATAIONES EN LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

(h) A partir del inicio del sexto año contado desde la fecha de suscripción del Acta final de Recepción de las Obras Iniciales por la APN, el Operador Estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones a favor de un nuevo Operador Estratégico, previa aprobación del CONCEDENTE, con opinión del REGULADOR que contará con un plazo máximo de veinte (20) Días para pronunciarse, luego de lo cual se entenderá que ha emitido un pronunciamiento favorable. El REGULADOR podrá requerir a la SOCIEDAD CONCESIONARIA información complementaria al respecto, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 13.1. El CONCEDENTE contará con un plazo de quince (15) Días contados desde la recepción de la opinión del REGULADOR o de transcurrido el plazo para que éste se pronuncie, lo que ocurra primero, para emitir su opinión, luego de lo cual se entenderá no aprobada la solicitud de la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Este nuevo Operador Estratégico deberá cumplir con los mismos requisitos y condiciones que se establecieron para el Operador Estratégico originario." (El subrayado es nuestro)

En este contrato de concesión, la restricción a la transferencia de la participación mínima es de 5 años computados desde la fecha de suscripción del Acta final de Recepción de las Obras Iniciales, en consecuencia, la restricción termina

una vez que empieza el sexto año desde la fecha de suscripción del Acta final de Recepción de las Obras Iniciales. Es por esta razón que a partir de esta fecha el Socio Estratégico puede transferir libremente su participación mínima a cualquier tercero, siempre y cuando cuente con la autorización del Concedente, y siempre que el adquirente reúna los requisitos establecidos en la cláusula citada.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL ACTUAL DEL SOCIO ESTRATÉGICO

Ahora bien, la regulación que actualmente existe en los Contratos de Concesión respecto al Socio Estratégico tiene algunas deficiencias o aspectos por resolver a efectos de obtener una garantía real respecto de la permanencia del Socio Estratégico en la Sociedad Concesionaria y/o en relación al objetivo de garantizar una adecuada operación y explotación de la infraestructura que corresponda.

De este modo, en esta sección nos avocaremos a identificar y describir los vacíos contractuales que se presentan hoy en día en los diversos contratos de concesión, a efectos de poder, en un momento posterior, evaluar sugerencias de regulación que permitan blindar dichos vacíos.

1. Transferencias indirectas

Uno de los principales problemas en torno a la figura contractual del Socio Estratégico es la poca claridad y falta de regulación relacionada a las transferencias de acciones o participaciones de los socios o accionistas del propio Socio Estratégico. Es decir, las transferencias indirectas de acciones o participaciones de la Sociedad Concesionaria.

La Interrogante más frecuente es, ¿si los accionistas del Socio Estratégico transfieren sus acciones a un tercero (ya sea la totalidad de las mismas, o solo una parte) la Sociedad Concesionaria incurre en una causal de incumplimiento de la restricción de transferir la participación mínima del Socio Estratégico?

En principio, la respuesta evidente es "no", toda vez que la restricción a la transferencia de acciones estipulada en los contratos de concesión se refiere a la transferencia de acciones de la Sociedad Concesionaria, no del Socio Estratégico. En tal sentido, una transferencia de acciones del accionista del Socio Estratégico a un tercero no altera la composición accionaria de la Sociedad Concesionaria, en la cual el Socio Estratégico sigue manteniendo su participación mínima aun cuando su "dueño" o su "matriz" sea una nueva sociedad.

Sin embargo, ¿esta transferencia indirecta de acciones de la Sociedad Concesionaria puede acarrear alguna consecuencia directa en esta última? ¿Qué ocurre cuando el Socio Estratégico acreditó su experiencia técnica con la experiencia de su matriz, y esta matriz posteriormente transfiere a un tercero la totalidad de las acciones que posee en el Socio Estratégico? ¿Significa que el Socio Estratégico está perdiendo capacidad técnica para operar la concesión?

Considerando los términos en que actualmente se regulan los contratos de concesión, no es posible determinar en forma indubitable si estos casos constituyen causales de violación de la restricción a la transferencia de la participación mínima ya que no se contempla en los contratos supuestos como el descrito en el presente acápite. No obstante ello, resulta evidente que las transferencias de acciones del Socio Estratégico, aunque sean transferencias indirectas en relación a la Sociedad Concesionaria, pueden ocasionar impacto directo, algunas veces negativo, en las operaciones de la Sociedad Concesionaria.

¿Qué puede hacer el Estado frente a estas situaciones?, ¿debería extender la restricción a la transferencia de la participación mínima a las acciones o participaciones de los accionistas del Socio Estratégico, a efectos de que ellos estén también imposibilitados de transferir un porcentaje mínimo?

En el punto 5 del presente artículo exponremos algunas posibles soluciones en torno a estas interrogantes.

2. Transferencia de la Participación Mínima a favor de empresas que cumplan requisitos de construcción y operación

Un punto a revisar es el referido a que, conforme lo hemos señalado en la sección 3.2 precedente, una vez que ha transcurrido el periodo de restricción para transferir la participación mínima, el Socio Estratégico podrá transferir la misma siempre que el adquirente de la participación mínima (nuevo Socio Estratégico) cumpla con los mismos requisitos y condiciones que se establecieron en las Bases para el Socio Estratégico originario.

De este modo, es necesario considerar que conforme hemos ejemplificado en el presente artículo, en algunos de los contratos de concesión, el periodo de restricción para la transferencia de la participación mínima se prolonga hasta la etapa de operación del proyecto.

No obstante ello, se establece que para que se pueda proceder a la transferencia de la participación mínima, es necesario que el nuevo Socio Estratégico cumpla con los requisitos técnicos que se acreditaron durante el proceso de precalificación, lo cual incluye, en la mayoría de casos, los requisitos de construcción y operación.

Siendo así, surge la interrogante respecto a si es necesario requerir que el nuevo Socio Estratégico acredite la experiencia en construcción requerida originalmente al Socio Estratégico, cuando la oportunidad en que adquirirá la participación mínima es una en la cual el periodo de construcción ya concluyó.

Entendemos que al requerir que el nuevo Socio Estratégico cumpla con los mismos requisitos acreditados por el Socio Estratégico originario, lo que se busca es proteger al Concedente a efectos que quien ingrese a la Sociedad Concesionaria como nuevo Socio Estratégico cuente con las mismas credenciales y calificaciones que el Socio Estratégico original.

No obstante ello, esta clase de disposiciones podría suponer una limitación excesiva al "derecho de salida" del negocio del Socio Estratégico,

considerando sobretodo que las prestaciones para las cuales es necesario contar con dicha experiencia ya fueron ejecutadas oportunamente por la Sociedad Concesionaria, bajo la intervención del Socio Estratégico original, y aprobadas por el Concedente.

Asimismo, considerando que usualmente para esta clase de proyectos de infraestructura de servicios públicos (proyectos de gran envergadura), el número de agentes en el mercado que cumple con las altas calificaciones requeridas es un número reducido, al establecer que el adquirente de la participación mínima deberá reunir todas las condiciones que se exigieron al Socio Estratégico original, se podría estar restringiendo la posibilidad real de que el Socio Estratégico transfiera efectivamente su participación mínima, ello en atención a la dificultad de obtener eventuales compradores que cumplan con los requisitos exigidos.

Como se puede apreciar, es necesario determinar si resulta necesario y/o si se justifica regular contractualmente una restricción de este tipo, y de ser el caso, determinar en qué términos debe regularse la misma.

En la sección 5 siguiente abordaremos esta materia, determinando algunos de los criterios a tener en consideración a efectos de absolver esta interrogante.

3. Pérdida de requisitos de precalificación

Otro posible escenario que no se encuentra adecuadamente regulado en los contratos de concesión es aquel escenario en que el Socio Estratégico que acreditó el cumplimiento de determinados requisitos técnicos durante el proceso de precalificación, pierda, en un momento posterior a la adjudicación de la buena pro (ya sea antes o después de la suscripción del Contrato), uno o más de los requisitos que acreditó durante el proceso de precalificación.

A modo de ejemplo, en las Bases del Contrato del Terminal Portuario Zona Sur se estableció entre algunos de los requisitos técnico-operativos que debían acreditar los postores, que éstos tuvieran "Control Efectivo del Adminis-

trador Portuario exclusivo de por lo menos un terminal con movimiento anual igual o mayor a 500,000 TEU anuales", y "Control Efectivo del Administrador Portuario exclusivo de por lo menos un terminal cuya principal carga esté constituida por contenedores y cuya longitud total de frentes de atraque sumada sea igual o mayor a 600 metros."

De este modo, cabe preguntarse ¿qué ocurre si es que en un momento posterior a la adjudicación de la buena pro el Socio Estratégico pierde el Control Efectivo sobre los Administradores Portuarios antes referidos? ¿Es causal de anulación de la adjudicación? Si el contrato de concesión ya se encontraba suscrito, ¿el Socio Estratégico y/o la Sociedad Concesionaria habrían incurrido en un incumplimiento contractual?

Lo cierto es que la regulación actual, tanto en las Bases de los procesos de selección como en los Contratos de Concesión, nada dice al respecto, y es por esta razón que existen diversas interpretaciones en torno a dicho tema. Habrá quienes sostengan que los requisitos exigidos en las Bases deben acreditarse únicamente al momento en que se realiza la evaluación del postor para designarlo como postor precalificado, y no es necesario que dichos requisitos técnicos-operativos se mantengan durante la vigencia del Contrato de Concesión.

En efecto, es posible sustentar que lo que se busca analizar es la experiencia del postor, por ello, considerando que la experiencia adquirida no se pierde aun cuando en un momento posterior varíen las condiciones que permitieron adquirir dicha experiencia, no nos encontraríamos ante ningún supuesto que pueda afectar la validez de la adjudicación de la buena pro, ni ante un eventual supuesto de incumplimiento contractual.

Por otro lado, otras personas sostienen que los requisitos técnico-operativos son requisitos que deberá cumplir el Socio Estratégico durante la etapa de precalificación, y mantenerlos a lo largo de toda la vigencia del Contrato de Concesión, por lo que la pérdida de alguno de estos requisitos en cualquiera de estas etapas, acarreará una afectación para la validez de la

adjudicación o para el cumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.

En nuestra opinión, ambas posiciones son admisibles y tienen argumentos a favor y en contra, máxime considerando que ni las Bases ni los Contratos de Concesión regulan expresamente estas materias. Considerando ello, resulta indispensable contar con una regulación expresa sobre estos temas.

En el punto 5 del presente artículo expondremos algunas posibles soluciones en torno a estas materias.

V. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE REGULACIÓN

Como se desprende de la sección anterior, existen diversos problemas y limitaciones derivadas de la poca regulación contractual que existe en torno a la figura del Socio Estratégico. En tal sentido, en aras de contribuir con esclarecer o resolver los problemas expuestos a lo largo del presente artículo, resumiremos brevemente nuestras sugerencias de mejora a la regulación contractual de esta figura.

Respecto al punto señalado en el numeral 4.1 referido a las transferencias indirectas de la participación mínima de la Sociedad Concesionaria, en principio, somos de la opinión que este tipo de transferencias (es decir, de los accionistas del Socio Estratégico) no deben limitarse. Los accionistas del Socio Estratégico deben transferir libremente sus acciones a terceros, no alcanzándoles las limitaciones establecidas usualmente en los contratos de concesión respecto a la transferencia de la participación mínima.

En efecto, establecer una restricción respecto de estas transferencias constituiría un desincentivo para la participación de los postores en los procesos de selección orientados a la suscripción de un contrato de concesión de infraestructura de servicios públicos, ya que dicha limitación afectaría el *"derecho de salida"* de los accionistas del Socio Estratégico.

A modo de ejemplo, debemos considerar que en muchos casos dentro de los accionistas del

Socio Estratégico se encuentran accionistas que tienen la calidad de inversionistas (por ejemplo, los fondos de inversión). Debido a su naturaleza, dichos accionistas sólo buscan generar rentabilidad por un periodo determinado, luego del cual se retiran de la sociedad transfiriendo sus acciones a terceros. En este escenario, si existiera la restricción a las transferencias indirectas y el inversionista deseara ejercer su *"derecho de salida"* del Socio Estratégico, transfiriendo su participación en el mismo a un tercero, tendría que solicitar la autorización al Concedente. De este modo, se podría *"bloquear"* su salida del Socio Estratégico, resultando un escenario poco atractivo para los inversionistas.

Otro ejemplo, es el caso en que el grupo económico del Socio Estratégico decida realizar una reorganización societaria que implique la transferencia de acciones entre sus empresas, incluyendo la transferencia de acciones del Socio Estratégico. En este caso, de existir alguna limitación a la transferencia indirecta de la participación mínima de la Sociedad Concesionaria, sus accionistas se verían limitados de efectuar cualquier transferencia, aun cuando solo se trate de una reorganización societaria del grupo, pues tendrían que solicitar autorización al Concedente, lo cual no resultaría lógico ya que en este supuesto las acciones representativas del capital social del Socio Estratégico permanecerán bajo el control final de la misma Empresa Matriz.

De este modo, concluimos que las transferencias indirectas de acciones de la Sociedad Concesionaria no deben, en principio, estar sujetas a limitaciones. Esta posición es concordante con la situación actual, ya que, siendo que no se establece en los contratos de concesión una prohibición expresa sobre la materia, se entiende que este tipo de transferencias se encuentran permitidas.

Cabe precisar que, aun cuando no estamos de acuerdo con que se restrinjan las transferencias indirectas de la participación mínima de la Sociedad Concesionaria, si sugerimos establecer cuando menos la obligación que, en caso dichas transferencias se produzcan, las mismas sean comunicadas oportunamente al

Concedente, a efectos de que este último tome conocimiento de las empresas que respaldan al Socio Estratégico.

Ahora bien, creemos que esta posición no es absoluta y que existen supuestos que justifican una excepción en virtud de la cual en determinados casos se limite válidamente las transferencias indirectas de acciones de la Sociedad Concesionaria y/o se establezca la necesidad de contar con autorización del Concedente para proceder con dichas transferencias.

Nos referimos al supuesto en el cual el Socio Estratégico hubiera acreditado su experiencia técnica durante la etapa de precalificación a través de la experiencia de su Empresa Matriz y/o en general a través de cualquier Empresa Vinculada.

Así, en estos supuestos, la transferencia de las acciones que la Empresa Vinculada mantiene en el Socio Estratégico puede afectar directamente la operación de la concesión, toda vez que el Socio Estratégico puede perder su capacidad técnica acreditada debido a su desvinculación con la empresa a través de la cual acreditó dicha experiencia.

En este supuesto, el nuevo accionista será un tercero sobre el cual no se tiene conocimiento de sus operaciones y/o experiencia técnica, lo cual podría resultar en un perjuicio para la operación de la Concesión debido a la inexperiencia de su Socio Estratégico.

Por ejemplo, ¿qué sucedería si la Empresa Matriz del Socio Estratégico que acreditó la experiencia en la operación de un puerto, transfiere sus acciones a una empresa que tiene experiencia operando únicamente carreteras? Dicha transferencia indirecta de acciones de la Sociedad Concesionaria podría afectar directamente la Concesión, ya que acarrearía la falta de experiencia del Socio Estratégico para construir y/u operar la infraestructura pública que es objeto del Contrato de Concesión, según sea el caso.

Es justamente por esta razón que en los casos en que se trate de transferencias de acciones de las Empresas Vinculadas al Socio Estratégico,

siempre y cuando se haya acreditado la experiencia de este último a través de una Empresa Vinculada, se debe requerir autorización previa del Concedente, a efectos de que el Concedente pueda determinar si la nueva empresa accionista del Socio Estratégico cuenta con la experiencia técnica requerida para construir y/u operar la infraestructura objeto de concesión.

Es importante señalar que los parámetros que el Concedente debe tener en cuenta para evaluar la experiencia técnica del nuevo accionista deberán ser aquellos requisitos técnicos establecidos previamente en la Declaratoria de Interés y/o en las Bases del Concurso o Licitación Pública, según corresponda, de tal manera que se efectúe una evaluación objetiva basada en criterios previamente determinados.

Ahora bien, en estos casos, al igual que en aquellos en que se desea transferir directamente la participación mínima del Socio Estratégico luego de superado el periodo de restricción, lo que se busca verificar es que el adquirente de las acciones cumpla con los requisitos mínimos requeridos para continuar con la construcción y/u operación de la Concesión. De este modo, en concordancia con lo establecido en el numeral 4.2 precedente, se deberá exigir que dicho adquirente cuente con los requisitos técnicos necesarios, atendiendo a estos efectos a la etapa de ejecución del Contrato de Concesión en la que se encuentren. Quiere decir que, si la Concesión se encuentra en etapa de construcción, se deberán acreditar los requisitos vinculados a experiencia en construcción y operación, de acuerdo a lo que haya sido establecido en la Declaratoria de Interés y/o en las Bases del Concurso o Licitación Pública, según corresponda. Por el contrario, de encontrarse en una etapa de operación, resultaría innecesario exigir el cumplimiento de los requisitos vinculados a experiencia en construcción, ya que dicha etapa ya habría culminado.

Finalmente, en relación a los supuestos referidos en el acápite 4.3, consideramos que, en la medida que lo que se busca asegurar con los requisitos técnicos de precalificación exigidos es que los postores cuenten con determinada

experiencia mínima para poder construir y/u operar determinada infraestructura, no es posible que dicho requisito se pierda en un momento posterior por la variación de determinada situación interna en el Socio Estratégico, ya que la experiencia obtenida previamente permanecerá en dicho postor.

No obstante ello, debemos señalar que no siempre los requisitos de precalificación se encuentran debidamente definidos en la Declaratoria de Interés y/o en las Bases del Concurso o Licitación Pública, según corresponda. En efecto, en ocasiones, dichos requisitos en lugar de encontrarse orientados a acreditar una determinada experiencia (por ejemplo, acreditar participación en la ejecución de proyectos de concesiones viales de al menos 1,000 km de carreteras), se orientan a situaciones concretas que podrían variar en el corto plazo, sin afectar

la experiencia adquirida que subyace al cumplimiento de dicho requisito (por ejemplo, la tenencia de Control Efectivo sobre una empresa que cumpla con determinadas características).

De este modo, siendo que lo relevante es la experiencia con la que cuente o no el postor, nuestra recomendación es que se delimiten correctamente los requisitos a exigirse en el marco de un proceso de selección, teniendo a su vez en consideración que la pérdida eventual de uno de los requisitos de precalificación no debe acarrear la afectación o invalidez de la buena pro otorgada y/o del Contrato de Concesión suscrito, ya que la evaluación se efectuó en un momento determinado, estableciéndose no sólo que el requisito exigido se cumplía, sino concluyendo que el postor correspondiente cumplía con la experiencia que justificaba la exigencia de dicho requisito.