

INFORME N° 002-06-GS-GRE-GAL-OSITRAN

Para : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente General (e)

De : Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Lincoln Flor Rojas
Gerente de Regulación (e)

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Propuesta de Contrato de Fideicomiso – COVIPERU

Fecha : 07 de marzo de 2006

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de setiembre de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N° 6) entre el Estado Peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU).
2. Mediante Oficio N° 742-05-GS-OSITRAN de fecha 10 de noviembre de 2005, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN solicitó a la Empresa Concesionaria remita a la brevedad posible el proyecto de Contrato de Fideicomiso en los términos que establece la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.
3. Mediante Carta C.067.05 de fecha 18 de noviembre de 2005 la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. remitió la propuesta del Contrato de Fideicomiso a que hace referencia la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.
4. Mediante Carta C.085.05 de fecha 02 de diciembre de 2005 la Empresa Concesionaria remitió un nuevo proyecto de Contrato de Fideicomiso que incorpora modificaciones a la versión inicialmente remitida.
5. Mediante Memorando N° 005-06-GS-OSITRAN de fecha 09 de diciembre de 2006, la Gerencia de Supervisión remitió a la Gerencia de Regulación los antecedentes del Proyecto de Contrato de Fideicomiso referido a la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión para opinión y trámites correspondientes.

6. Mediante Informe N° 004-06-GRE-OSITRAN del 8 de febrero de 2006 la Gerencia de Regulación evaluó el proyecto de contrato presentado e hizo una serie de recomendaciones que deben ser incluidas en el mismo.
7. Posteriormente, la Gerencia General dispuso que las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal evalúen el proyecto de contrato y presenten un informe sobre el particular, acompañando el proyecto de resolución correspondiente. Es en atención a ello que se elabora el presente informe, el cual incorpora el análisis y las observaciones realizadas por la Gerencia de Regulación en el documento señalado en el numeral anterior.

II. OBJETO

8. El objeto del presente informe es emitir opinión con relación al proyecto de Contrato de Fideicomiso presentado por COVIPERU, conforme a lo establecido en la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.

III. MARCO LEGAL

9. La Cláusula 13.4 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“De la Potestad de Supervisión

13.4.- Durante el plazo de desarrollo de la Concesión, el REGULADOR contratará a través de un procedimiento de selección a un Supervisor de Obras para la Etapa de Construcción, de acuerdo a las Normas que fijan la materia. Dicho Supervisor de Obras actuará únicamente por cuenta y en representación de OSITRAN.

Los honorarios y gastos derivados directamente de las actividades de supervisión en que incurra el Supervisor de Obras, tales como la implementación del espacio necesario para instalar oficinas y casetas de trabajos en la zona de construcción, serán pagados por el REGULADOR a costa de la SOCIEDAD CONCESIONARIA hasta por un monto que no sobrepase el dos por ciento (2.0%) de la Inversión Proyectada Referencial de cada etapa, así como la referida a las Actividades Preparatorias. Para efectos de la determinación y oportunidad del pago se tendrá en cuenta el Cronograma de Ejecución de Obra al que se alude en la Cláusula 6.6 del presente contrato.

El procedimiento para el pago de los honorarios del mencionado Supervisor de Obras será el siguiente: el REGULADOR comunicará a la SOCIEDAD CONCESIONARIA EL monto a pagar directamente al fideicomiso señalado más adelante, tan pronto contrate los servicios de supervisor de Obras.

La supervisión de cada etapa será pagada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA en cuatro cuotas semestrales iguales conforme a lo siguiente:

- *Actividades Preparatorias: La primera cuota deberá ser pagada a más tardar a los dos (02) meses de la Fecha de Suscripción del Contrato, y las tres cuotas restantes con vencimientos semestrales.*
- *Primera Etapa: La primera cuota deberá ser pagada a más tardar al mes siguiente de iniciadas las Obras de esta Etapa, y las tres cuotas restantes con vencimientos semestrales.*

- *Segunda Etapa: La primera cuota deberá ser pagada a más tardar al mes siguiente de iniciadas las Obras de esta Etapa, y las tres cuotas restantes con vencimientos semestrales.*
- *Tercera Etapa: La primera cuota deberá ser pagada a más tardar al mes siguiente de iniciadas las Obras de esta Etapa, y las tres cuotas restantes con vencimientos semestrales.*

Los montos antes señalados deberán ser depositados en un fondo de fideicomiso que será constituido por la SOCIEDAD CONCESIONARIA a su costo, y que se instrumentará conforme a las instrucciones que imparta el REGULADOR para los efectos de este Contrato.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA pagará directamente a EL REGULADOR por concepto de Seguimiento y Control de Supervisión un monto equivalente al 0,5% de la Inversión Proyectada Referencial de cada etapa, así como la referida a las Actividades Preparatorias. Los pagos por este concepto ser realizarán en las mismas fechas en que se efectúen los depósitos al fondo de Fideicomiso. El depósito se realizará conforme lo indique EL REGULADOR.

En caso existiera una diferencia en relación al monto previsto y al efectivamente abonado, éste será cancelado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA directamente al CONCEDENTE con la finalidad de disponerlos al Fondo Vial al que se hace referencia en el Numeral 1.5 del presente contrato.

IV. ANÁLISIS

10. Antes de proceder a analizar el documento remitido por la Empresa Concesionaria, es conveniente señalar los fideicomisos que el Contrato de Concesión contempla para los diversos aspectos relacionados con su ejecución.
11. El Contrato de Concesión ha previsto la constitución de tres (03) fideicomisos, los cuales tienen por finalidad:
 - La adquisición y expropiación de predios y para obtener la libre disponibilidad de predios (cláusula 3.3 j))
 - Garantizar que el Concesionario cuente con los recursos para la correcta ejecución de las obras (cláusula 8.19)
 - Garantizar el pago de la Supervisión de Obras (cláusula 13.4)
12. De acuerdo con el Contrato de Concesión, la constitución del primer Fideicomiso fue una obligación del Concedente a la Fecha de Cierre.
13. Con relación al segundo tipo de Fideicomiso, mediante Oficio Circular N° 005-06-GG-OSITRAN de fecha 18 de enero de 2006 OSITRAN emitió opinión dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión.
14. En virtud de lo anterior el presente Informe se centrará únicamente en el tercer tipo de Fideicomiso.
15. Tal como puede apreciarse a partir de la cláusula 13.4, el Fideicomiso de Supervisión de Obras debe ser implementado conforme a las instrucciones que imparta el Regulador. En tal sentido, el Contrato de Concesión habilita el

pronunciamiento de OSITRAN en dicha materia. Sin embargo, no se han establecido plazos para la emisión de estos pronunciamientos.

IV.1 Contrato de Fideicomiso

16. Los principales términos y condiciones del proyecto se reseñan a continuación:

- **Fideicomitente** : La Sociedad Concesionaria – Concesionaria Vial del Perú S.A.
- **Fideicomisario** : Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público –OSITRAN
- **Fiduciario** : Corporación Financiera de Desarrollo S.A.
- **Objeto y Extensión del Fideicomiso** : El Patrimonio Fideicometido será destinado al pago de honorarios y gastos derivados directamente de actividades de supervisión en que incurra el Supervisor.
(Cláusula 3.1º y 4.1º del proyecto de Contrato)
El Patrimonio Fideicometido está conformado por los montos depositados con la finalidad de pagar por la Supervisión de Obras.
- **Plazo** (Cláusula 10.1º del proyecto de Contrato) : El Contrato estará vigente hasta: (i) que se produzcan todos los pagos por Supervisión de Obras de la Tercera Etapa o transcurridos tres meses de pagada la cuarta cuota de la Tercera Etapa, lo que ocurra primero; (ii) tres meses luego de resuelto o extinguido el Contrato de Concesión; (iii) la suscripción de un acuerdo escrito entre el Fideicomitente y Fideicomisario extinguiendo el Fideicomiso; o, (iv) el transcurso de veintisiete años a partir de la celebración del Contrato.
- **Ley, Jurisdicción y Competencias aplicables** (Cláusula 20º del proyecto de Contrato) : El Contrato se regirá por lo dispuesto en la Ley de Bancos y el Reglamento de Fideicomisos.
Cualquier controversia contractual será sometida a arbitraje de Derecho a cargo de un tribunal elegido por las partes y tramitado según los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

IV.2 Entidad Fiduciaria

17. En primer lugar debemos señalar que la Entidad designada como Fiduciario es LA CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO S.A. - COFIDE. Al respecto cabe señalar que mediante carta N° C031.05 de fecha 25 de octubre de 2005, la Empresa Concesionaria remitió a OSITRAN una lista corta de las Entidades

Fiduciarias que a su criterio ofrecían las condiciones más ventajosas para la constitución del Fideicomiso establecido en la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión. Las entidades citadas eran:

- COFIDE
- Citibank
- Banco de Crédito del Perú

18. En el Informe N° 012-05-GS-GAL-OSITRAN en el que se emitió opinión sobre el Contrato de Fideicomiso establecido en la cláusula 8.19 a se señaló que dichas Entidades eran *“viables para la suscripción del Contrato de Fideicomiso”*
19. Como se ha señalado, el Contrato de Concesión establece que el Contrato de Fideicomiso será instrumentado *“conforme a las instrucciones que imparta el REGULADOR”*. Es decir corresponde al Regulador establecer los requisitos mínimos para la Entidad Fiduciaria, a fin de que se garantice una adecuada administración de los fondos fideicometidos, así como un correcto cumplimiento de las obligaciones del fiduciario.
20. La Entidad Fiduciaria seleccionada por el Concesionario es COFIDE, en tal sentido, en la presente sección corresponde evaluar si dicha entidad garantiza el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión. Las entidades consideradas en la lista corta elaborada por el Concesionario fueron las siguientes:

IV.2.1 Corporación Financiera de Desarrollo S.A.- COFIDE

21. La Corporación Financiera de Desarrollo S.A.- COFIDE es una empresa de economía mixta, organizada como Sociedad Anónima, cuyo capital pertenece al Estado Peruano (98,7%) y a la Corporación Andina de Fomento – CAF (1,3%). Fue creada en marzo de 1971 con el propósito de contribuir al desarrollo nacional, actuando como institución especializada en el financiamiento de proyectos de inversión de mediano y largo plazo.
22. De acuerdo a la información publicada por la Sociedad Calificadora de Riesgos Pacific Credit Ratings – PCR a setiembre de 2005¹, los bonos corporativos en Soles que han sido emitidos por COFIDE presentan una clasificación AAA (triple A). Clasificación que implica la más alta calidad crediticia, así como que los factores de riesgo son prácticamente inexistentes, encontrándose por encima de una obligación de medio y largo plazo libre de riesgo.
23. Con relación al desempeño financiero de COFIDE, un indicador importante a tomar en consideración es la reducción del ratio de morosidad, el mismo que pasó de 3,9% al cierre del ejercicio del 2004 a 0,36% a setiembre del 2005. Este indicador es corroborado con los valores en circulación de COFIDE, los cuales representaron a setiembre del 2005 el 11,05% de los pasivos totales, esto es una muestra del nivel de solidez financiera que presenta esta institución.

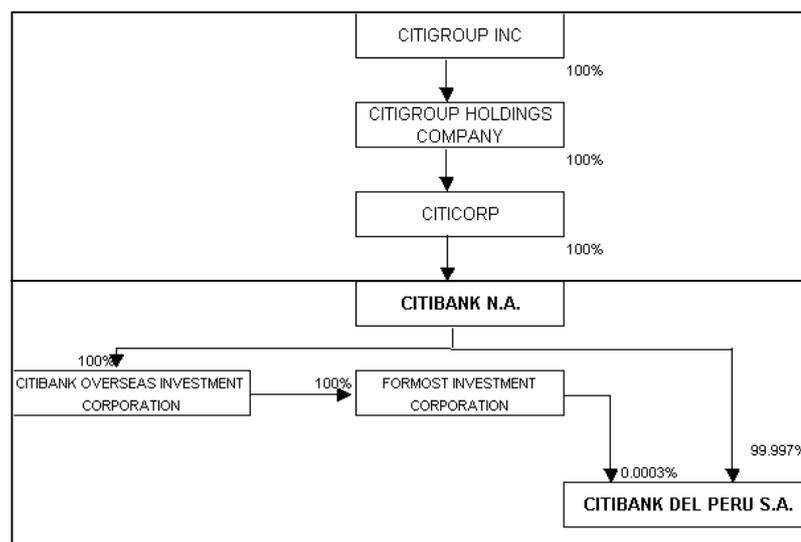
¹ Informe preparado para el Comité del 27 de diciembre de 2005.

24. Por otra parte en lo que respecta a su experiencia en Fideicomisos, se puede señalar que COFIDE administra fideicomisos y comisiones de confianza que, a septiembre del 2005, totalizaron los US\$ 787,1 millones. Es decir, en términos comparativos, COFIDE administra fondos por un valor cercano al 63% de su cartera propia. Entre los principales fideicomisos administrados, se encuentra el Fondo Mivivienda, el mismo que a septiembre el 2005 ascendía US\$ 517,37 millones.
25. En virtud de lo señalado, a nuestro criterio COFIDE es una entidad que reúne los requisitos para administrar el Fondo de Fideicomiso, debido a su desempeño y su experiencia en la administración de fideicomisos.

IV.2.2 CITIBANK

26. La empresa Concesionaria en su carta N° C031.05 sólo hizo referencia a Citibank, mas no precisó si se trataba de la sucursal de esta entidad financiera en el Perú. Para el presente informe entendemos que se propone como posible Fiduciario al Citibank del Perú S.A.
27. Como se aprecia en el Gráfico N°1, Citibank National Association es una empresa perteneciente al Grupo Citigroup Inc, a través de Citicorp, propietaria del 100% de las acciones de la primera. A su vez, Citibank National Association con otras dos empresas del grupo son propietarias de Citibank del Perú S.A.
28. Citibank National Association es una entidad financiera con oficina matriz en el Estado de Nueva York, Estados Unidos. Dicho banco opera en el Perú a través de Citibank del Perú S.A. desde 1985.

**Gráfico N°1
Estructura Empresarial del Citigroup**



29. Según los Estados Financieros auditados de Citigroup al 31 de diciembre de 2004 el patrimonio de la entidad financiera es de US\$ 109 miles de millones de dólares (m.m.) americanos, US\$ 1,484 m.m. de activos consolidados y utilidades después

de impuestos por US\$ 17 m.m. Estas cifras lo ubican entre las principales entidades financieras bancarias de Europa y los Estados Unidos.

30. Las calificaciones de riesgos de Citibank National Association y de su matriz Citigroup Inc, son las siguientes:

	Moody's	S&P	Fitch
Citibank N.A.	Aa1	AA	AA+
Citigroup	Aa1	AA -	AA+

31. Al respecto y de conformidad a lo establecido en el artículo 216 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702), el Banco Central de Reserva del Perú actualiza anualmente la Lista de Bancos de Primera Categoría. Asimismo, la Circular N° 010-2005-BCRP señala: *“Cabe precisar que dentro del concepto de instituciones financieras de primera categoría están incluidas las matrices mencionadas en la relación adjunta así como todas las sucursales. También lo están las subsidiarias que sean bancos en cuyo capital la matriz tiene participación de al menos dos tercios.”*

32. La Lista de Bancos de Primera Categoría de la Circular N° 010-2005-BCRP incluye en la posición 74° a Citibank National Association. En consecuencia, a nuestro entender Citibank del Perú S.A. reúne los requisitos para calificar como Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso materia de análisis.

IV.2.3 Banco de Crédito del Perú – BCP

33. El Banco de Crédito es la principal institución del sistema bancario peruano. Cuenta con la mayor red de sucursales y agencias, además de dos sucursales en el exterior establecidas en Panamá y Miami, y de dos oficinas de representación establecidas en Bogotá y Santiago de Chile. Realiza operaciones en Bolivia a través del Banco de Crédito de Bolivia. Adicionalmente, participa en el negocio a través de empresas subsidiarias que complementan sus servicios financieros e integran el negocio del grupo:

- Solución Financiera de Crédito del Perú, dedicada al crédito de consumo.
- Crédito Leasing S.A., empresa especializada en operaciones de arrendamiento financiero.
- Credibolsa SAB, sociedad agente de bolsa líder en el mercado.
- Credifondo SAFMI, empresa que administra fondos mutuos de renta variable, de renta fija, de corto plazo en dólares y soles y de inversión inmobiliaria.
- Inmobiliaria BCP S.A., dedicada a la inversión de bienes muebles e inmuebles, compraventa y arrendamiento de bienes de su propiedad o de terceros, destinados a su propio uso o al de terceros.
- Banco de Crédito Overseas Ltd., cuya actividad principal es el financiamiento de empresas corporativas.
- Banco de Crédito de Bolivia, el cual es uno de los principales bancos del sistema financiero boliviano en lo que respecta a colocaciones y depósitos.
- Creditítulos S.A., sociedad titulizadora.

34. De acuerdo a información publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) al 31 de diciembre del 2005 el Patrimonio del Banco de Crédito del Perú ascendió a S/. 2 791 millones. Por otra parte, según su balance a la misma fecha, el total de activos fue de S/. 26 718 millones y las utilidades netas fueron de S/. 691,73 millones.
35. Las calificaciones de riesgos del Banco de Crédito del Perú publicadas en su Memoria anual 2004 son las siguientes:

Clasificadora de Riesgo	Clasificación
Pacific Credit Rating	A 1
Apoyo y asociados Internacionales	A
Fitch Ibcá	Stable (=Perspectiva)
Moody's	D (Fortaleza Financiera)
S&P	BB-/Stable/B (para MN y ME)

36. Por otra parte, según información de la SBS, el BCP presenta un nivel de apalancamiento global de 8,72 veces, este ratio es inferior a la palanca de solvencia de 11 veces establecidos por la SBS e incluso inferior a la "palanca en la sombra" (útil para poder enfrentar recesiones fuertes en la economía peruana) de 9,52 veces. Por otra parte, el ratio de pasivo total entre capital social y reservas de 11,45 veces, lo que es indicativo de una considerable capacidad de endeudamiento de esta institución financiera. Adicionalmente, debemos mencionar que el ratio de liquidez en Moneda Nacional ascendió a 65,57% y el de Moneda Extranjera a 43,22, porcentajes superiores a los límites establecidos por la SBS de 8% y 20% respectivamente, por lo que muestra un bajo riesgo de liquidez de corto plazo por un bajo nivel de endeudamiento.
37. Sobre la base de estos elementos, a nuestro entender el Banco de Crédito del Perú S.A. reúne los requisitos para calificar como Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso materia de análisis.

IV.3 Definiciones (Cláusula Primera)

38. En esta cláusula se incluyen definiciones de diversas cuentas que van a formar parte del fideicomiso a constituir, tal como puede verse en las cláusulas 1.7 a 1.10. Sin embargo, en cláusulas como la 1.16, 1.17 y 6.13 se hace referencia a la "Cuenta del Fideicomisario", la cual no ha sido contemplada entre las definiciones. En tal sentido, y con la finalidad de una mayor claridad en la ejecución del Contrato, es conveniente que se incluya dicha cuenta en las definiciones de esta cláusula.
39. De otra parte, en la cláusula 1.22 se define el "Factor Fiduciario" haciendo referencia a que su designación se realizará según se establece en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato. Sin embargo, la designación del factor está contemplada en la Cláusula Décimo Quinta, siendo necesario efectuar la corrección correspondiente.

IV.4 Cesión y Transferencia de Dominio Fiduciario y Aspectos Generales del Patrimonio Fideicometido (Cláusula Cuarta)

40. En el proyecto de Contrato de Fideicomiso se establece que el Fideicomitente se obliga a ceder y transferir en dominio fiduciario al Fiduciario en forma irrevocable los montos correspondientes a las cuotas que determine el Regulador en la periodicidad establecida en el Contrato de Concesión.
41. Para efectos de la primera cuota correspondiente a la etapa preparatoria, se establece que la misma será cancelada por el Concesionario al momento de suscribirse el Contrato de Fideicomiso directamente al Regulador, debiendo abonarse las tres cuotas restantes con una periodicidad semestral.
42. El pago de las cuotas correspondientes a la Primera, Segunda y Tercera Etapa se ajusta a lo establecido en el Contrato de Concesión, siendo la primera de éstas cancelada dentro del primer mes de iniciada las obras correspondientes y las tres cuotas restantes con una periodicidad semestral.
43. Por su parte, el tercer párrafo de la Cláusula 13.4 del Contrato de Concesión estipula que corresponde al Regulador informar al Concesionario respecto del monto a pagar al Fideicomiso tan pronto como se contraten los servicios de Supervisión de Obras. Por otra parte, en la sección correspondiente al pago de las cuotas relativas a la etapa preparatoria de esta cláusula, se señala que la primera cuota debe ser pagada a los dos meses de suscrito el Contrato de Concesión. Tal como queda en evidencia, esta última obligación supone que la designación del Supervisor de Obras debió ocurrir dentro de los dos primeros meses contados desde la suscripción del Contrato de Concesión.
44. Toda vez que a la fecha se encuentra pendiente la designación por parte del Regulador del Supervisor de Obras, entendemos que el Concesionario no se encuentra obligado a cancelar suma alguna por concepto de Supervisión de la Etapa Preparatoria por no haberse producido el supuesto previo a la misma, es decir, no se le han comunicado los montos que deberán ser abonados.
45. Finalmente, en la cláusula 4.6 del Contrato de Fideicomiso se señala que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 246º de la Ley de Bancos que con la suscripción del Contrato de Fideicomiso se produce: a) la transferencia del Dominio Fiduciario de la primera cuota de la Etapa Preparatoria; y b) la obligación del Fideicomitente de transferir al Dominio Fiduciario las cuotas restantes. Estableciéndose además, que estas transferencia tienen como finalidad que el Fiduciario las incorpore al Patrimonio Fideicometido. En la redacción de esta última precisión observamos un error de redacción, que debe ser subsanado, en esta frase dice: "Todas dichas transferencias.....", debiendo decir : " Dichas transferencias ... ".

IV.5 Utilización del Patrimonio Fideicometido (Cláusula Sexta)

46. En esta cláusula se establece que los recursos de Patrimonio Fideicometido serán destinados a :

- Cancelar los honorarios del Fiduciario, gastos y/o tributos de cualquier especie derivados del Contrato de Fideicomiso
 - Transferir los montos requeridos vía instrucción conjunta, o monto inferior en caso que los fondos del Fideicomiso no sean suficientes.
 - Pagar al Supervisor los montos indicados por el Fideicomisario (OSITRAN)
 - Pagar Reembolsos autorizados por el Fideicomisario
47. De acuerdo a la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión, el objeto de los aportes que debe hacer el Concesionario es cubrir los costos que la supervisión de obras demande. En tal sentido, los montos que solicitará el Regulador al Concesionario para que deposite en el Fideicomiso deberán ser únicamente para cubrir los costos de la supervisión de obras, no pudiendo incluirse los costos que la administración del Fideicomiso demande u otros gastos relacionados.
48. Adicionalmente debemos señalar que la cláusula 13.4 del Contrato señala que el Fideicomiso *“será constituido por la SOCIEDAD CONCESIONARIA a su costo”*. Es decir, los costos que demande su constitución y por consiguiente el mantenimiento del mismo deben ser asumidos directamente por el Concesionario, no pudiendo destinarse los fondos del Patrimonio Fideicometido para cubrir gastos del Fiduciario u otros gastos vinculados.
49. La formula planteada por el Concesionario podría dar lugar a situaciones en que el Fondo Fideicometido no cubra los costos de la Supervisión de obras, toda vez que parte de estos fondos son destinados a cubrir los gastos de administración del fondo, así como otros costos relacionados. Adicionalmente, debemos señalar que el Contrato de Fideicomiso no contempla el procedimiento a seguir en caso esta situación se presente. Cabe señalar, que como los términos del Fideicomiso son negociados directamente por el Concesionario, el Regulador, según la propuesta del Concesionario, no participa en la negociación, no teniendo por tanto control sobre los mismos, ni teniendo oportunidad de evaluar o comparar respecto de las condiciones que pudieran ofrecer otras entidades financieras.
50. Por otra parte, siendo que los costos son financiados por el Patrimonio Fideicometido el Concesionario pudiera no tener los incentivos para obtener las mejores condiciones de los agentes Fiduciarios, tales como costos de manejo del Fondo, gastos administrativos entre otros.
51. En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta el objeto del Fideicomiso, consideramos que corresponde al Concesionario asumir directamente los costos que su constitución, administración y manejo demande. En consecuencia, y de conformidad al Contrato de Concesión, el proyecto de Contrato de Fideicomiso debe ser modificado en lo referido al pago de los honorarios del Fiduciario, así como los gastos y/o tributos de cualquier especie derivados del Contrato de Fideicomiso.
52. La modificación de esta sección del Contrato de Fideicomiso implicará también la modificación de la Cláusula 8.2, el segundo párrafo de la Cláusula Décimo Primera y la Cláusula Décimo Novena del Contrato de Fideicomiso.
53. En atención a que la observación formulada para esta cláusula se ha hecho aplicable a la Cláusula Décimo Novena, debe también incluirse lo establecido en la Cláusula 7.14 en la cual se establece un mecanismo de aprobación de costos y gastos operativos y administrativos anuales a cargo del Fideicomitente. Sobre la

base de nuestra oposición a que los fondos que alimentan el Fideicomiso se destinen a tales costos y gastos, deberá eliminarse la referencia de esta cláusula por derivarse de lo anteriormente cuestionado.

54. De otra parte, en el segundo párrafo de la Cláusula 6.1.3 se señalan los tres documentos que deben adjuntarse a la Instrucción de Pago. A diferencia de lo que ocurre con el segundo y tercer documentos que son mencionados y enumerados, el primero es solamente mencionado pero no enumerado; asimismo, respecto del segundo documento sería conveniente se señale “...(ii) descripción de los honorarios y/o gastos del ...” en vez de, simplemente, “...(ii) descripción de los honorarios y gastos del ...”.
55. Adicionalmente, al final de este párrafo se señala que la Instrucción de Pago al Supervisor debe estar suscrita por el representante del Fideicomisario y del Supervisor “con la personalidad y capacidad de los mismos certificada por notario público”. Al respecto, la redacción de dicha frase es poco clara pues no parece limitarse a la autenticidad de las firmas (como ocurre con los supuestos de legalización de firmas) sino que el notario debiera evaluar identidad, capacidad e incluso podría eventualmente hasta derivarse “capacidad para representar”, es decir, los poderes sobre la base de los cuales se actúa.
56. Al margen de la poca claridad en la redacción, consideramos que no es conveniente someter cada Instrucción de Pago a un notario, más aún tomando en cuenta que dicha Instrucción de Pago es remitida por el Fideicomisario, es decir, por OSITRAN. En todo caso, podría plantearse un mecanismo formal por el cual tanto OSITRAN como el Supervisor informen al Fiduciario qué persona es la que está en capacidad de suscribir tal documento, limitándose entonces la labor del Fiduciario a verificar tal situación.
57. El cuarto párrafo de esta Cláusula 6.1.3 señala que el “Fideicomisario podrá oponerse al pago al Supervisor solicitado mediante la Instrucción de Pago al Supervisor”, para luego hacer referencia al caso en que el Fideicomitente considere que se ha producido un Supuesto de Impugnación. Teniendo en consideración que la Instrucción de Pago al Supervisor es emitida por el Fideicomisario y que se trataría de una oposición al mismo, parece ser que la referencia correcta es que la oposición podrá ser realizada por el Fideicomitente y no por el Fideicomisario, como se señala en el Contrato de Fideicomiso, debiendo procederse entonces a realizar la corrección correspondiente.

IV.6 Obligaciones del Fiduciario (Cláusula Séptima)

58. En la Cláusula 7.2 se señala que el Fiduciario está obligado a recibir las sumas de dinero correspondientes a las Cuotas “a través de Cheque de Gerencia o de la Cuenta Fiduciaria”, siendo más preciso señalar que dichas sumas podrán recibirse “a través de Cheque de Gerencia, depósitos o transferencias a la Cuenta Fiduciaria”.
59. Al final de la Cláusula 7.9 debe corregirse el error en la frase “noventa (90) Días Calendario del cada año” por “noventa (90) Días Calendario de cada año”.

IV.7 Obligaciones del Fideicomitente (Cláusula Octava)

60. En la Cláusula 7.9 debe corregirse el error en la frase “sujeto a los dispuesto en la Cláusula 4.3” por “sujeto a lo dispuesto en la Cláusula 4.3”.

IV.8 Obligaciones del Fideicomisario (Cláusula Novena)

61. En esta sección se establecen las obligaciones del Fideicomisario (OSITRAN). Como una de las obligaciones se establece que OSITRAN debe cumplir con las obligaciones formales y sustanciales de todos los tributos que pudieran gravar los pagos realizados por el Fiduciario, de acuerdo a lo establecido en la cláusula sexta del contrato de Fideicomiso.
62. La cláusula sexta del Contrato de Fideicomiso como se señaló anteriormente estipula que todos los gastos generados del establecimiento del Fideicomiso son cubiertos por el Patrimonio Fideicometido. Según la opinión formulada sobre dicha cláusula, consideramos que este tipo de gastos no pueden ser cubiertos por el Patrimonio Fideicometido, ya que los fondos del Fideicomiso están destinados a cubrir únicamente los costos y gastos de la Supervisión de Obras. En tal sentido resultan aplicables a esta cláusula los comentarios anteriormente realizado, razón por la cual recomendamos que los gastos a que se hacen referencia en la Cláusula Novena del Contrato de Fideicomiso sean asumidos directamente por el Concesionario.

IV.9 Extinción del Fideicomiso (Cláusula Décima)

63. Entre las causales previstas para la extinción del Fideicomiso se ha previsto el transcurso de 27 años a partir de su celebración (punto iv) de la Cláusula 10.1). Al respecto, no entendemos la referencia a dicho número específico de años, sobre todo considerando que el plazo de vigencia del Contrato de Concesión es, en principio, de 30 años. Asimismo, el plazo máximo establecido por Ley para este tipo de contratos es también de 30 años.
64. En tal sentido, deberá revisarse dicho inciso y eliminarlo de no existir alguna justificación particular, siendo suficiente la vinculación entre la vigencia del Fideicomiso a la de la Concesión, siempre dentro del plazo legal máximo establecido.

IV.10 Renuncia del Fiduciario (Cláusula Décimo Tercera)

65. En esta Cláusula se regula el procedimiento que deberá seguirse en caso el Fiduciario renuncie a tal cargo. Consideramos conveniente que se incorpore como obligación del Fiduciario informar también al Regulador (tanto por su condición de Regulador, como por la de Fideicomisario), sobre dicha decisión, toda vez que el Regulador debe emitir opinión sobre la calidad del nuevo fiduciario, así como del nuevo contrato de Fideicomiso. Adicionalmente, debe tenerse presente que el Regulador en su calidad de Fideicomisario deberá estar preparado ante los posibles problemas que la sustitución del Fiduciario pueda generar.

IV.11 Remoción del Fiduciario (Cláusula Décimo Cuarta)

66. En esta cláusula del Contrato de Fideicomiso se establece como facultad del Fideicomitente reemplazar al Fiduciario. Sin embargo no se establecen de forma clara los motivos que podrían dar origen a esta remoción, sólo se menciona que en los casos que la remoción se origine por incumplimiento del Fiduciario, se deja total discrecionalidad del Fideicomitente para realizar esta sustitución. Adicionalmente, se establece que en caso el reemplazo sea decidido de forma unilateral y sin expresión de causa al Fiduciario, se deberá pagar una indemnización al Fiduciario, indemnización que será pagada con recursos del Fondo Fideicometido.
67. En primer lugar, consideramos que todo reemplazo del Fiduciario debe ser debidamente motivado, además deberá ser informado al Regulador a fin de que éste emita su opinión respecto de la conveniencia o no de la sustitución del Fiduciario. En tal sentido, debe eliminarse toda referencia a la remoción unilateral e injustificada.
68. Por otra parte, se señala también que en dicho supuesto –remoción unilateral y sin expresión de causa- el pago de eventuales indemnizaciones serán cubiertas con fondos del Fideicomiso. Al respecto, habiéndonos opuesto a este tipo de remoción debe eliminarse la referencia a esta indemnización por ser derivada de tal supuesto.
69. En virtud de lo anterior recomendamos se modifique la cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Fideicomiso a fin de que se prevea la participación del Regulador en este proceso y se elimine la remoción del Fiduciario por el Fideicomitente de manera unilateral y sin expresión de causa.

IV.12 Defensa del Patrimonio Fideicometido (Cláusula Décimo Octava)

70. En la cláusula 18.1 se estipula el procedimiento a seguir para la designación legal del estudio de abogados que asuma de defensa del Patrimonio Fideicometido en caso sea necesario realizar algún acto o intervenir en cualquier acción, excepción o medida cautelar ya sea de carácter Judicial o extrajudicial. Así se estipula que la selección del Estudio de Abogados será responsabilidad del Fideicomisario.
71. Debido a que el objeto del fideicomiso es el pago de la Supervisión de Obras, obligación del Concesionario, que se ejecuta vía la constitución del Fideicomiso, consideramos que en el proceso de selección del Estudio de Abogados que asuma su defensa debe participar directamente el Fideicomitente, y contar con la opinión favorable del Fideicomisario, debiendo establecerse un plazo razonable tanto para la designación como para la emisión de la opinión.
72. En este supuesto deberá preverse que en caso el Fideicomitente no cumpla con designar al Estudio de Abogados, el Fideicomisario podrá designarlo debiendo el Fiduciario proceder con la contratación. De igual manera, en caso el Fideicomisario no emita la opinión correspondiente, el Fiduciario procederá a contratar al Estudio de Abogados designado por el Fideicomitente.

73. De otra parte, en la cláusula 18.2 se señala que *“Los gastos en que se incurran para la defensa del Patrimonio Fideicometido serán efectuados con cargo al mismo y, de no existir fondos suficientes en el Patrimonio Fideicometido, serán asumidos por el Fideicomisario”*.
74. Como señalamos anteriormente, el objeto del Fideicomiso es cumplir con una obligación a cargo del Concesionario, en tal sentido la defensa de estos fondos deberá ser cubierta íntegramente por el Fideicomitente (Concesionario).

IV.13 Extinción del Fideicomiso (Cláusula Décimo Novena)

75. La Cláusula 10.2 del Contrato de Fideicomiso señala que *“producida la extinción del Fideicomiso y producidos todos los pagos pendientes conforme al presente Contrato o provisionados los fondos para los mismos, el remanente de los Recursos del Patrimonio Fideicometido será transferido al Fideicomitente”*.
76. Por otra parte, en la cláusula el último párrafo de la cláusula 13.4 se dice: *“En caso existiera una diferencia en relación al monto previsto y al efectivamente abonado, éste será cancelado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA directamente al CONCEDENTE con la finalidad de disponerlos al Fondo Vial al que se hace referencia en el Numeral 1.5 del presente Contrato”*.
77. Como se puede apreciar entre los textos antes citados existe una contradicción. Toda vez que el Contrato de Concesión es el instrumento legal que da origen al Contrato de Fideicomiso, este último debe adaptarse a las condiciones previstas en el Contrato de Concesión y cualquier disposición contraria deberá ser modificada.
78. Por tanto recomendamos que la cláusula 10.2 del Contrato de Fideicomiso sea modificada de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la cláusula 13.4 del Contrato de Concesión.

IV.14 Arbitraje (Cláusula Vigésimo Segunda)

79. En la Cláusula 22.2 se señala que el tribunal arbitral estará integrado por tres miembros y que cada parte designará un árbitro, debiendo éstos designar al tercero. Al respecto, cabe señalar que el propio Contrato de Fideicomiso señala como definición de “Partes” (Cláusula 1.33) a Fideicomitente, Fideicomisario y Fiduciario. En tal sentido, lo señalado en la Cláusula 22.2 es inconsistente, debiéndose en todo caso establecerse que Fideicomitente y Fideicomisario elegirán cada uno un árbitro, quienes se encargarán de designar al tercero, según se establece en dicha cláusula.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

1. El objeto del Fideicomiso es garantizar el pago al Supervisor de Obras. En tal sentido, los Recursos del Patrimonio Fideicometido no pueden ser destinados a cubrir gastos o costos distintos al pago por supervisión de obras.

2. Corresponde al Concesionario, de conformidad al Contrato de Concesión, asumir los costos de la constitución, administración y mantenimiento del Fideicomiso.
3. La nueva versión del Contrato de Fideicomiso deberá incorporar las observaciones y recomendaciones planteadas en el presente informe.

Atentamente,

LINCOLN FLOR ROJAS
Gerente de Regulación (e)

CHRISTY GARCÍA – GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

VÍCTOR CARLOS ESTRELLA
Gerente de Supervisión

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal