

## **INFORME N° 004-06-GRE-OSITRAN**

Para : Gonzalo Ruiz Díaz  
Gerente General (e)

Cc : Víctor Carlos Estrella  
Gerente de Supervisión

De : Lincoln Flor Rojas  
Gerente de Regulación (e)

Christy García–Godos Naveda  
Analista de Regulación

Asunto : Propuesta de Contrato de Fideicomiso – COVIPERU

Fecha : 08 de febrero 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 que contemple lo 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 para el 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 ejemplar del 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.

## II. OBJETO

6. 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

7. 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 se 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**

8. 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.
9. 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)
10. De acuerdo con el Contrato de Concesión, la constitución del primer Fideicomiso fue una obligación del Concedente a la Fecha de Cierre.
11. Con relación al segundo tipo de Fideicomiso, mediante Oficio Circular N° 005-06-GG-OSITRAN de fecha 18.Ene.06 OSITRAN emitió opinión dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión.
12. En virtud de lo dicho anteriormente el presente Informe se centrará únicamente en el tercer tipo de Fideicomiso.
13. 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**

14. 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** :
  - Que el Patrimonio Fideicometido sea destinado al pago de los honorarios y gastos derivados directamente de las actividades de supervisión en que incurra el Supervisor.

El Patrimonio Fideicometido está conformado por los Depósitos de Pagos por Supervisión de Obras;
- **Plazo** (Cláusula 10.1º del proyecto de Contrato) : El Contrato se mantendrá vigente hasta que se produzca (i) todos los pagos por Supervisión de Obras de la Tercera Etapa o transcurridos tres meses luego de pagada la cuarta cuota de la Tercera Etapa, lo que ocurra primero; (ii) En el transcurso de tres meses luego de resuelto o extinguido el Contrato de Concesión; (iii) Acuerdo escrito entre el Fideicomitente y el 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) : Se establece que el Contrato se regirá por la Legislación aplicable y, en particular por lo dispuesto en la Ley de Bancos y el Reglamento de Fideicomisos.
 

La competencia para resolver cualquier discrepancia relacionada con el Contrato esta sometida a arbitraje de Derecho a través de un tribunal arbitral elegido por las partes de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Fideicomiso y tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

## IV.2 Entidad Fiduciaria

15. 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
16. 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”*
17. 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.
18. Como se señaló anteriormente, la Entidad Fiduciaria seleccionada por el Concesionario es COFIDE, en tal sentido, en la presente sección corresponde evaluar si la entidad seleccionada garantiza el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión. Las entidades seleccionadas por el Concesionario fueron las siguientes:

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

19. 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.
20. De acuerdo a información publicada por la Sociedad Calificadora de Riesgos Pacific Credit Ratings – PCR a setiembre de 2005<sup>1</sup>, los bonos corporativos en Soles que han sido emitidos por COFIDE presentan en su 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.
21. 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

---

<sup>1</sup> Informe preparado para el Comité del 27 de diciembre de 2005.

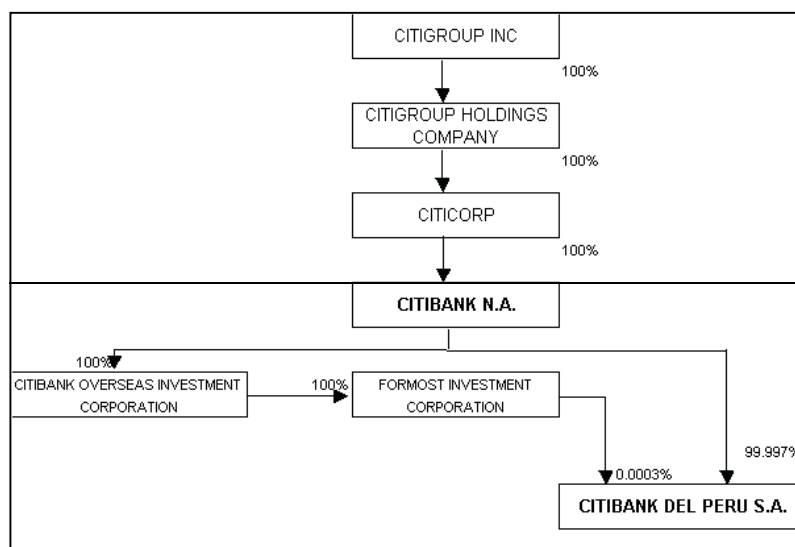
cierre del ejercicio del 2004 a 0,36% a septiembre del 2005. Este indicador es corroborado con los valores en circulación de COFIDE, los cuales representaron a septiembre del 2005 el 11,05% de los pasivos totales, esto es una muestra del nivel de solidez financiera que presenta esta institución.

22. Por otra parte en lo que respecta a su experiencia en Fidecomisos, 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 del 2005 ascendía US\$ 517,37 millones.
23. En virtud de lo señalado anteriormente, a nuestro criterio COFIDE es una entidad adecuada para administrar el Fondo de Fideicomiso debido al desempeño financiero que ha venido teniendo y por su experiencia en la administración de fideicomisos.

#### IV.2.2 CITIBANK

24. La empresa Concesionaria en su carta N° C031.05 solo hizo referenciala 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.
25. 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.
26. 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**



27. 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.

28. 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+

29. 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 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.”*

30. 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

31. 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.

32. De acuerdo a información publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP 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.
33. Las calificaciones de riesgos del Banco de Crédito del Perú publicadas en la Memoria anual del año 2004 son las siguientes:

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

34. 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 señala una considerable capacidad de endeudamiento de esta institución financiera. Adicionalmente debemos mencionar que el ratio de liquidez en Moneda Nacional asciende 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 se muestra un bajo riesgo de liquidez de corto plazo por un bajo nivel de endeudamiento.
35. Sobre la base de lo dicho anteriormente 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 Cesión y Transferencia de Dominio Fiduciario y Aspectos Generales del Patrimonio Fideicometido (Cláusula Cuarta)**

36. 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.
37. 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.
38. 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 estas cancelada dentro del primer mes de iniciada las obras correspondientes y las tres cuotas restantes con una periodicidad semestral.



39. El 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, se señala que la primera cuota debe ser pagada a los dos meses de suscrito el Contrato de Concesión. 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.
40. Toda vez que a la fecha se encuentra pendiente la designación por parte del Regulador del Supervisor de Obras, el Concesionario no se encuentra obligado a cancelar suma alguna por concepto de Supervisión de la Etapa Preparatorio, ya que aun no se le han comunicado los montos que deberán ser abonados.
41. Finalmente, en la cláusula 4.6 del Contrato de Fideicomiso se señala que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 246° de la Ley de Bancos que con la suscripción del Contrato de Fideicomiso se produce: a) la transferencia del Dominio Fiduciario de al primera cuota de al 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.4 Utilización del Patrimonio Fideicometido (Cláusula Sexta)**

42. 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 los fondos del Fideicomiso no sean suficientes.
  - Pagar al Supervisor los montos indicados por el Fideicomisario (OSITRAN)
  - Pagar Reembolsos autorizados por el Fideicomisario
43. 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 serán 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.
44. 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.

45. La formula planteada por el Concesionario podría dar a lugar 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 comprar respecto de las condiciones que pudieran ofrecer otras entidades financieras.
46. 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. En tal sentido, la propuesta del Concesionario podría generar efectos negativos para el Estado.
47. 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.
48. La modificación de esta sección del Contrato de Fideicomiso implicará la modificación de la cláusula 8.2, el segundo párrafo de la Cláusula Décimo Primera y la cláusula Décimo Novena del Contrato de Fideicomiso.

#### **IV.5 Obligaciones del Fideicomisario (Cláusula Novena)**

49. En esta sección se establecen las obligaciones del Fideicomisario (OSITRAN). Como una obligación se establece el 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.
50. La cláusula sexta del Contrato de Fideicomiso como se señaló en la sección anterior estipula que todos los gastos generados del establecimiento del Fideicomiso son cubiertos por el Patrimonio Fideicometido. Como se señaló en la sección anterior, 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 sección los comentarios señalados en la sección anterior, razón por la cual recomendamos que los gastos a que se hacen referencia en la sección novena del Contrato de Fideicomiso sean asumidos directamente por el Concesionario.

#### **IV.6 Extinción del Fideicomiso (Cláusula Décimo Novena)**

51. 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”*.

52. 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”*.
53. 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.
54. 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.7 Renuncia del Fiduciario (Cláusula Décimo Tercera)**

55. 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, 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.8 Remoción del Fiduciario (Cláusula Décimo Cuarta)**

56. 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.
57. En primer lugar consideramos que todo reemplazo del Fiduciario debe ser debidamente motivado, además deberá ser informado al Regulador a fin de que este emita su opinión respecto a la conveniencia o no de la sustitución del Fiduciario. Por otra parte, si como consecuencia de la remoción del Fiduciario se considera conveniente el pago de una indemnización, esta no puede ser cubierta con recursos del Fondo Fideicometido, sino con recursos del agente que solicitó dicha sustitución. .
58. En virtud de lo dicho anteriormente 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 que el pago de la indemnización sea asumido por el ente que solicitó la remoción o sustitución del Fiduciario.

#### **IV.9 Defensa del Patrimonio Fideicometido (Cláusula Décimo Octava)**

59. 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.
60. 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 Concesionario. Por otra parte si bien es cierto el Fiduciario cumple una labor de administración del Patrimonio Fideicomitido, su conocimiento sobre el manejo de este hace necesaria su participación en el proceso de defensa del mismo. En tal sentido recomendamos que se establezca en el Contrato de Fideicomiso que la selección del Estudio de Abogados a cargo de la defensa del Patrimonio Fideicomitido debe ser acordada tanto entre las Partes del Contrato de Fideicomiso (Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario).
61. 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”*.
62. Como señalamos en el párrafo anterior, 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 Concesionario, pudiendo el Fideicomisario (OSITRAN) participar en la selección del Estudio de Abogados responsable de la defensa.

#### **V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACION**

63. 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.
64. Corresponde al Concesionario, de conformidad al Contrato de Concesión, asumir los costos de la constitución, administración y mantenimiento del Fideicomiso.
65. 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

CGG/gsg  
REG-SAL-GRE-06-1339  
Nº Rgтро. 9262