

## **INFORME N° 012-05-GS-GAL-OSITRAN**

A : Jorge Alfaro Martijena  
Gerente General

De : Walter Sanchez Espinoza  
Gerente de Supervisión (e)

Félix Vasi Zevallos  
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Red Vial 6 – Aprobación de Contrato de Fideicomiso

Fecha : 7 de noviembre de 2005

---

### **1. OBJETIVO**

Emitir opinión sobre el Proyecto de Contrato de Fideicomiso remitido por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A, en adelante COVIPERU, en cumplimiento del numeral 8.19 del Contrato de Concesión.

### **2. ANTECEDENTES Y BASE LEGAL**

- 2.1. El 9 de diciembre de 1996 se publicó la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, la misma que establece las normas aplicables al Fideicomiso.
- 2.2. Mediante la Resolución de Superintendencia de Banca y Seguros N° 1010-99, publicada el 13 de noviembre de 1999, se aprobó el Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.
- 2.3. 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 de la Carretera Panamericana Sur – R0S1 entre el Estado Peruano actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A.
- 2.4. Mediante carta s/n del 20 de octubre de 2005, la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., remitió un Proyecto de Contrato de Fideicomiso y una lista de 9 posibles entidades fiduciarias a contratar, en cumplimiento de lo que establece la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, para la respectiva aprobación previa por parte de OSITRAN.

- 2.5. El 26 de octubre de 2005, mediante la carta N° C.031.05, COVIPERÚ remitió una lista corta de las entidades fiduciarias que considera reúnen las *condiciones más ventajosas que ofrecen cada una de ellas*(sic)<sup>1</sup>.

### 3. ANÁLISIS

- 3.1. A continuación se procederá a analizar el proyecto de Contrato de Fideicomiso presentado, bajo los términos y condiciones que establece el Contrato de Concesión. Con respecto a la constitución de un fideicomiso, la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

*“(…)*

*Desde la Fecha de Suscripción del Contrato, hasta la fecha de entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras señalada en el Numeral i) del literal a) la Cláusula 9.2, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a transferir mensualmente a favor de un fideicomiso que constituirá para tales efectos, el monto obtenido de multiplicar: i) los ingresos mensuales por concepto de Peaje que la SOCIEDAD CONCESIONARIA perciba durante el mes que corresponda; y ii) un porcentaje equivalente a la diferencia entre el porcentaje indicado en el literal b) de la presente cláusula y uno por ciento (1%).*

*El monto resultante de la operación antes indicada se depositará en el fondo de fideicomiso de manera mensual por mes vencido, dentro de los primeros cinco Días Calendario del mes siguiente, el cual tendrá por finalidad, garantizar que dichos recursos sean destinados a la correcta ejecución de las Obras conforme a los términos establecidos en el Anexo II del Contrato. En caso se produzca la resolución anticipada del Contrato por cualquier causa, los fondos del fideicomiso serán entregados al CONCEDENTE quien los destinará al Fondo Vial.*

*El fideicomiso será constituido por la SOCIEDAD CONCESIONARIA quien deberá remitir al REGULADOR a más tardar a los treinta (30) Días Calendario desde la Fecha de Suscripción del Contrato, el proyecto de contrato de fideicomiso para su aprobación previa. El REGULADOR emitirá opinión respecto del proyecto de contrato, así como de la elección de la entidad fiduciaria en un plazo no mayor de veinte (20) Días Calendario computados desde la recepción del proyecto referido. Vencido el plazo sin que el REGULADOR hubiese emitido opinión, se entenderá que el proyecto de contrato no ha sido aprobado.*

*(…)”*

En cumplimiento de lo establecido en esta Cláusula, COVI PERÚ presentó un proyecto de Contrato de Fideicomiso, donde actúan en calidad de:

- (i) Fideicomitente: Concesionaria Vial del Perú S.A.,
- (ii) Fiduciario: Banco de Crédito del Perú, Citibank o COFIDE y,
- (iii) Fideicomisario: la República del Perú.

Asimismo, en las definiciones del proyecto de contrato, se establece que el Porcentaje Fideicomitado (sic) será de 17.61%, que es el que resulta de la aplicación de la fórmula indicada en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.

---

<sup>1</sup> Conforme a la Carta el listado de posibles entidades fiduciarias a contratar son: 1. Citibank, 2. Banco de Crédito del Perú, y 3. COMIDE.

En lo que se refiere a los plazos y fechas de vigencia establecidos en el Contrato de Concesión, cabe anotar que el numeral 4.2 del proyecto de contrato establece cinco días calendarios posteriores a cada mes vencido, para efectuar los depósitos correspondientes a la cuenta del fideicomiso, indicando además que dicha obligación se mantiene inclusive, hasta el mes en que se entregue la Garantía de Fiel cumplimiento de la Construcción de Obras señalada en el numeral i) del literal a) de la Cláusula 9.2 del Contrato de Concesión.

- 3.2. El objeto y finalidad del contrato de fideicomiso se definen en la Cláusula Tercera del proyecto, siguiendo lo establecido en el Contrato de Concesión, es decir, que los recursos se destinen a la correcta ejecución de las obras (Actividades Preparatorias) conforme a los términos establecidos en el Anexo II, del Contrato de Concesión.
- 3.3. De igual manera, el Contrato de Concesión exige que en la elaboración del documento en sí, dicho proyecto deberá contener cuando menos: (i) el mecanismo para la verificación de la debida ejecución de los recursos del fondo, los que serán necesariamente utilizados en las Obras conforme al Contrato de Concesión; y, (ii) la instrucción a la entidad fiduciaria, para que ésta proceda a entregar los fondos del fideicomiso a la Sociedad Concesionaria o al Concedente según corresponda.

Cabe transcribir lo que el contrato de concesión establece al respecto en su Cláusula 8.19:

*(...)*

*Dicho proyecto deberá contener cuanto menos, el mecanismo para la verificación de la debida ejecución de los recursos del fondo, los que serán necesariamente utilizados en las Obras conforme al presente Contrato, así como la instrucción a la entidad fiduciaria, para que ésta, proceda a entregar los fondos del fideicomiso a la SOCIEDAD CONCESIONARIA o al CONCEDENTE según corresponda.*

*El contrato de fideicomiso, deberá estar perfeccionado a más tardar a los sesenta (60) Días Calendario de la Fecha de Suscripción del Contrato. Para tal efecto, los montos correspondientes a los dos primeros meses del Contrato, serán abonados en el fideicomiso de manera conjunta.*

*En caso de que la SOCIEDAD CONCESIONARIA no cumpliera con su obligación de constituir el fideicomiso en los términos y plazo señalado, así como con ejecutar los correspondientes depósitos en las oportunidades convenidas, procederá la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato referida en la Cláusula 9.2. En este último supuesto, por cada día de atraso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá pagar al CONCEDENTE una penalidad diaria equivalente a la suma de US \$ 2,000.00 (Dos Mil Dólares de los Estados Unidos de América), la que será destinada al Fondo Vial. (...)*

- 3.4. En relación con el contenido mínimo que indica el Contrato de Concesión, en la Cláusula Sexta del proyecto de contrato de fideicomiso se establecen los usos que se darán al Patrimonio Fideicometido. En dicha Cláusula, se establecen los procedimientos o mecanismos para la verificación de la debida ejecución de los recursos del fondo, los que serán necesariamente utilizados en las Obras conforme al Contrato de Concesión.

Además, en los anexos del proyecto se incluyen los modelos de las instrucciones a la entidad fiduciaria, para que ésta proceda a transferir fondos del fideicomiso a la Sociedad Concesionaria, al Constructor o al Concedente, según corresponda, así como los modelos de las notificaciones de impugnación a los pagos y resolución de contrato correspondientes.

Con respecto al abono de manera conjunta de los dos primeros meses del Contrato, en el numeral 4.1 del proyecto de contrato, se establece la obligación de la transferencia simultánea a la firma del contrato, conforme lo establece la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, de la suma de los fondos fideicometidos iniciales, mediante un cheque de gerencia. En cuanto a la suma que corresponde, y que se encuentra definida en la Cláusula Primera, tenemos una discrepancia que se tratará mas adelante.

3.5. Luego de la revisión de dicho proyecto, consideramos necesarias las siguientes precisiones y/o modificaciones que deben incorporarse en el contrato a suscribirse:

3.5.1. En el numeral 1.19 se define el Fondo Fideicometido Inicial como la suma de US\$ \_\_\_\_\_ que representa el 17.61% del peaje que el Fideicomitente percibió entre el 20 de setiembre de 2005 y el 20 de octubre del mismo año.

**Comentario:** La Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, indica que el contrato de fideicomiso deberá estar perfeccionado a más tardar a los sesenta (60) días calendario de la fecha de suscripción del Contrato de Concesión y para tal efecto, los montos correspondientes a los dos primeros meses del Contrato, serán abonados en el fideicomiso de manera conjunta.

Por lo tanto, se debe precisar en la definición comentada que, el Fondo Fideicometido Inicial debe ser la suma de US\$ \_\_\_\_\_ que representa el 17.61% del peaje que el Fideicomitente percibió entre el 20 de setiembre de 2005 y el 20 de noviembre del mismo año; o en todo caso hasta la fecha de suscripción del contrato de fideicomiso, lo que ocurra primero.

3.5.2. El numeral 2.3 precisa que el Fideicomitente debe transferir mensualmente el monto que resulta de la multiplicación de los *fondos fideicometidos* mensuales por concepto de peajes por el 17.61%.

**Comentario:** La Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, indica que la multiplicación se hace respecto a los *ingresos* mensuales por concepto de peaje por el 17.61%. Por lo que, el fondo fideicometido es el resultado de multiplicar los ingresos mensuales de peaje por el porcentaje fideicometido.

Por lo tanto, en el numeral 2.3 del Proyecto de Contrato, deberá cambiarse "... (i) Los Fondos Fideicometidos Mensuales por concepto de Peajes..." por "...(i) Los Ingresos Mensuales por concepto de Peaje...".

3.5.3. En el numeral 4.2 del proyecto de contrato, se indica:

*“4.2. (...) El **Fiduciario** cumplirá con dicha obligación mediante la entrega de cheque de gerencia o transferencia a la Cuenta Fiduciaria dentro de los cinco Días Calendario, o del primer Día posterior en caso que el quinto Día...”* [el resaltado es nuestro]

**Comentario:** Al respecto, se considera que el que tiene dicha obligación es el Fideicomitente, por lo tanto, ese numeral debe ser modificado de la siguiente manera:

*“4.2. (...) El **Fideicomitente** cumplirá con dicha obligación mediante la entrega de cheque de gerencia o transferencia a la Cuenta Fiduciaria dentro de los cinco Días Calendario, o del primer Día posterior en caso que el quinto Día...”* [el resaltado es nuestro]

3.5.4. En el numeral 4.4 del proyecto de contrato, se indica:

*“4.4. (...) la transferencia del Dominio Fiduciario de los Fondos Fideicometidos **Incialese** Fondos Fideicometidos Mensuales al Fiduciario (...)”* [el resaltado es nuestro]

**Comentario:** Consideramos que existe un error de redacción, y que podría corregirse de la siguiente manera:

*“4.4. (...) la transferencia del Dominio Fiduciario de los Fondos Fideicometidos **Iniciales y de los** Fondos Fideicometidos Mensuales al Fiduciario (...)”* [el resaltado es nuestro]

3.5.5. En los numerales 6.1.4, 6.1.5 y 6.1.6 del proyecto de contrato se establecen el plazo cinco (5), dos (2) días y cinco (5) días hábiles respectivamente, para que el Fideicomisario notifique la existencia de un Supuesto de Impugnación para oponerse al pago a realizar o para que el Fideicomitente se oponga a la Resolución del contrato.

**Comentario:** El plazo propuesto es corto, si se considera que debe efectuarse el análisis respectivo para impugnar la instrucción de los pagos y para impugnar la resolución, pues para tales efectos se requieren pruebas, cuya obtención puede demandar un plazo mayor y razonable.

Por lo tanto, los plazos que proponemos para los numerales mencionados deben de ser ampliados a diez (10) días hábiles.

Adicionalmente, los plazos para los desembolsos correspondientes deben contemplar la ampliación mencionada, los cuales procederán **una vez que se haya vencido** el plazo (**y no dentro de él**) sin que se haya presentado impugnación o, habiendo impugnación, se haya autorizado dicho desembolso.

3.5.6. En el numeral 7.2 del proyecto de contrato, se indica como obligación del fiduciario:

*“7.2 Recibir las sumas de dinero correspondientes a los Fondos Fideicometidos Iniciales y Fondos Fideicometidos Mensuales a través de la **Cuenta Fiduciaria.**” [El resaltado es nuestro]*

**Comentario:** En el numeral 4.1 se precisa que los *Fondos Fideicometidos Iniciales* se entregarán mediante Cheque de Gerencia, por ello debe precisarse en el numeral bajo comentario la siguiente redacción:

*“7.2 Recibir las sumas de dinero correspondientes a los Fondos Fideicometidos Iniciales y Fondos Fideicometidos Mensuales a través de **Cheque de Gerencia o de la Cuenta Fiduciaria.**” [El resaltado es nuestro]*

- 3.5.7. Los numerales 7.9 y 7.11 del proyecto de contrato indican la obligación de presentar información al fideicomitente y a la SBS.

**Comentario:** Conforme al artículo 10° del Reglamento del Fideicomiso, aprobado por Resolución SBS N° 1010-99, el fideicomitente y el fideicomisario tienen derecho de estar permanentemente informados sobre la situación del patrimonio fideicometido, razón por la cual deberá incluirse al fideicomisario como destinatario de la información a la que hace mención los numerales bajo comentario; siguiendo lo prescrito en el numeral 6) del artículo 256° de la Ley de Bancos.

- 3.5.8. El numeral 7.14 hace referencia a que el Fiduciario pedirá la aceptación del presupuesto de costos y gastos anuales del fideicomiso al Fideicomitente, en caso de que exceda los US\$ \_\_\_\_, sin precisar el monto. Asimismo, indica el plazo de un día para que el fideicomitente acepte cualquier exceso relativo al monto, caso contrario se presumirá su aceptación.

**Comentario:** El contrato de fideicomiso debe incluir dicho monto. Con respecto al plazo de un día para la aceptación del fideicomitente, consideramos que es muy corto, razón por la cual proponemos la ampliación a **cinco** días, por las consecuencias pecuniarias de tal decisión.

- 3.5.9. El literal i) del numeral 9.1 prescribe como causal de extinción del contrato de fideicomiso a la suscripción del Acta de recepción de las Actividades Preparatorias, conforme a lo establecido en la cláusula 6.17 del contrato de concesión. Además precisa que para este efecto, el fideicomisario tiene un plazo de cinco días para oponerse a tal causal de extinción.

**Comentario:** Consideramos que, se debe ampliar el plazo a quince días, en lugar de los cinco días propuestos, para que el fideicomisario se oponga a tal extinción, dado que la evaluación y trámites que correspondan, requieren de un plazo mayor al inicialmente propuesto.

3.5.10. El numeral 15.1 establece que las notificaciones pueden hacerse por facsimil, las que se considerarán válidamente enviadas una vez verificada su recepción.

**Comentario:** Sugerimos agregar al correo electrónico como mecanismo de notificación.

3.5.11. La cláusula décimo sexta faculta a las partes a modificar, de común acuerdo, el contrato de fideicomiso.

**Comentario:** Dado que respecto al proyecto de contrato de fideicomiso OSITRAN emitirá opinión, conforme a la cláusula 8.19 del contrato de concesión; siguiendo la misma regla, el regulador también deberá emitir opinión respecto a la eventual modificación del contrato de fideicomiso.

3.5.12. El numeral 21.6 dice:

“ (...) También asumirá los gastos **del** demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. (...)” [El resaltado es nuestro]

**Comentario:** Consideramos que debe decir:

“ (...) También asumirá los gastos **el** demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. (...)” [El resaltado es nuestro]

3.6. Finalmente, en la cláusula 8.19 del contrato de concesión, se indica que OSITRAN debe emitir opinión también respecto de la elección de la entidad fiduciaria a contratar por la empresa concesionaria.

Al respecto, cabe mencionar que la empresa COVI PERÚ, presentó conjuntamente con el proyecto de contrato, una lista de posibles entidades fiduciarias a contratar, las que se detallan a continuación:

- La Fiduciaria
- Interbank
- Banco Interamericano de Finanzas (BIF)
- Banco Wiese
- Citibank
- Banco de Crédito del Perú
- Banco BBVA-Continental
- Banco Financiero
- COFIDE

Posteriormente, remitió una lista corta de entidades fiduciarias, que de acuerdo a lo expresado por la empresa concesionaria, consideran tener las condiciones más ventajosas. Dichas entidades son: el Citibank, el Banco de Crédito del Perú y COFIDE.

Al respecto, consideramos que las tres instituciones financieras que propone la empresa concesionaria, son viables para la suscripción del Contrato de Fideicomiso. En ese sentido, la empresa concesionaria podrá decidir entre cualquiera de las instituciones que le resuelta más ventajosa para la

administración del Fondo Fideicometido. Para el efecto, en el caso de que se remita, un proyecto final que incluya las observaciones mencionadas en el presente informe, éste deberá precisar el nombre de la institución elegida.

#### **4. CONCLUSIÓN**

- 4.1. El proyecto de Contrato de Fideicomiso presentado por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., cumple con lo establecido en la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.
- 4.2. Se requiere que se incorporen las precisiones y modificaciones a las cláusulas del proyecto de Contrato de Fideicomiso, conforme al numeral 3.5 del presente Informe. Esto con la finalidad de dar mayor coherencia entre el Contrato de Fideicomiso a suscribirse con las demás cláusulas del Contrato de Concesión y con la legislación de la materia.

#### **5. RECOMENDACIÓN**

La Gerencia General deberá comunicar al Concesionario, que realice las modificaciones propuestas en el numeral 3.5 del presente Informe.

Atentamente

**WALTER SANCHEZ ESPINOZA**

Gerente de Supervisión (e)

**FELIX VASI ZEVALLOS**

Gerente de Asesoría Legal