

INFORME N° 028-05-GRE-GAL-OSITRAN

Para : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

De : Gonzalo Ruiz Díaz
Gerente de Regulación

Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Christy García-Godos Naveda
Analista de Regulación

Asunto : Solicitud de opinión técnica para la constitución de garantías a favor de los Acreedores Permitidos.

Fecha : 21 de julio de 2005

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta N° NOR456-05 de fecha 16 de junio de 2005, la empresa Concesionaria del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, NORVIAL solicita a OSITRAN opinión técnica para la constitución de garantías a favor de los Acreedores Permitidos.
2. Mediante Acuerdo No. 668-176-05-CD-OSITRAN de fecha 30 de junio el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Informe N° 024-05-GRE-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica respecto a las Solicitudes de modificación de las Cláusulas 9.6 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón - Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.
3. Mediante Oficio N° 054-05-GRE-OSITRAN de fecha 04 de julio de 2005, OSITRAN solicitó a la Empresa Concesionaria remita los Contratos de Crédito y de Respaldo Financiero suscritos con los Acreedores permitidos.
4. Mediante Carta N° NOR492-05 de fecha 06 de julio de 2005, la empresa Concesionaria remitió a OSITRAN los Contratos de Préstamo suscritos con el Banco Interamericano de desarrollo (BID) y el International Finance Corporation (IFC), así como el Contrato de Respaldo Financiero.

II. OBJETO

5. El objeto del presente informe es emitir opinión respecto a los contratos de Garantía, Hipoteca y Fideicomiso del Concesionario para con los Acreedores permitidos conforme lo estipula la Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión.

III. MARCO LEGAL

6. Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión:

Garantías a Favor de los Acreedores Permitidos

9.5.- Con el propósito de financiar la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la Obra, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá, previa autorización otorgada por EL CONCEDENTE, con opinión favorable del SUPERVISOR, imponer un gravamen o asignación de fondos con la naturaleza de una garantía a favor de los Acreedores Permitidos, para garantizar el Endeudamiento Garantizado Permitido sobre:

- a) El derecho de Concesión, conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley N° 26885.*
- b) Los ingresos de la Concesión, netos de la Retribución, la Tasa de Regulación a la que se refiere el artículo 14°, inciso a) de la Ley 26917 y cualquier otro monto comprometido a entidades estatales.*
- c) Las acciones que correspondan a Participación Mínima, de conformidad con lo establecido en la cláusula 3.3. literal e) (i).*

(...)

9.6.- Para efecto de la autorización de constitución de las garantías a que se refiere la cláusula que antecede, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá entregar, a EL CONCEDENTE y al SUPERVISOR copia de los proyectos de contrato y demás documentos relacionados con la operación, así como una declaración del posible Acreedor Permitido en términos sustancialmente iguales a los contenidos en el anexo IV del presente Contrato.

El Anexo VI del presente Contrato contiene los términos de la comunicación que EL CONCEDENTE conviene irrevocablemente en otorgar a favor de los Acreedores Permitidos, consintiendo en la creación del paquete de garantías así como en su ejecución cuando así lo requieran los Acreedores Permitidos.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a otorgar en hipoteca su derecho de Concesión conforme lo establecido por la Ley 26885 en garantía de todas las obligaciones que asuma frente a los Acreedores Permitidos. La solicitud de autorización de constitución, la constitución de la garantía y su respectiva ejecución extrajudicial se regirán por las siguientes reglas:

9.6.1 Autorización de constitución de hipoteca

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá constituir hipoteca sobre su derecho de Concesión siempre que cuente con la previa autorización otorgada por EL CONCEDENTE, con opinión favorable del SUPERVISOR. La SOCIEDAD

CONCESIONARIA deberá presentar por escrito su solicitud de autorización simultáneamente a EL CONCEDENTE y al SUPERVISOR, acompañada del proyecto de contrato de hipoteca y sus respectivos anexos.

EL CONCEDENTE deberá emitir su pronunciamiento dentro de los treinta (30) Días siguientes de la fecha de recepción de la opinión del SUPERVISOR. El SUPERVISOR contará con veinte (20) Días contados desde la fecha de recepción de la Solicitud para emitir su opinión técnica.

En caso el SUPERVISOR requiera la presentación de información adicional ésta deberá ser solicitada dentro de los diez (10) primeros Días de recibida la solicitud. En tal caso y por una sola vez el plazo máximo de veinte (20) Días para la emisión de la opinión técnica del SUPERVISOR comenzará nuevamente a computarse desde la fecha de presentación de la información adicional solicitada, a total satisfacción del SUPERVISOR, información que deberá ser remitida simultáneamente al SUPERVISOR y a EL CONCEDENTE.

El CONCEDENTE podrá solicitar información adicional hasta en un plazo máximo de quince (15) Días antes del vencimiento del plazo para la emisión de su pronunciamiento. En tal caso, el plazo máximo de treinta (30) Días para emitir su pronunciamiento, comenzará nuevamente a computarse desde la fecha de presentación de la información adicional solicitada.

En caso vencieran los plazos mencionados en el párrafo anterior sin que EL CONCEDENTE se pronuncie se entenderá que la solicitud de la SOCIEDAD CONCESIONARIA ha sido autorizada por EL CONCEDENTE.

Para la modificación de la hipoteca sobre la Concesión en caso sea necesario, las Partes acuerdan seguir el mismo procedimiento.

IV. ANÁLISIS

7. La Empresa Concesionaria ha solicita la aprobación del Concedente de los Contratos de Garantía, Hipoteca y Fideicomiso que suscribirá con los Acreedores permitidos conforme lo estipula el Contrato de Concesión.

IV.1 Calidad de Acreedores Permitidos

8. El Contrato de Concesión en la Cláusula 1.5, relativa a definiciones define como Acreedores permitidos a: *(i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado Peruano sea miembro*
9. En efecto en el Anexo I de la Circular N° 010-2005-BCRP que actualiza la relación de los Bancos de Primera Categoría y sustituye a la comunicada mediante Circula N° 011-2004-EF/90, se incluye al BID y al IFC como entidades Supranacionales.
10. En tal sentido de acuerdo a la Cláusula 1.5 estas dos entidades tienen la calidad de Acreedores Permitidos y el Endeudamiento Garantizado no requiere de aprobación del Concedente ni opinión del Supervisor.

IV.2 Declaraciones de los Acreedores Permitidos

11. Como se señaló en la sección III, el Contrato de Concesión establece en la cláusula 9.6 que la Empresa Concesionaria además de presentar copias de los Contratos de Garantías deberá presentar *“una declaración del posible Acreedor Permitido en términos sustancialmente iguales a los contenidos en el anexo IV del presente Contrato”*
12. En efecto, la Empresa Concesionaria ha cumplido con presentar al Concedente y a OSITRAN las declaraciones de los Acreedores Permitidos: Banco Interamericano de Desarrollo – BID y del International Finance Corporation – IFC. Sin embargo se observa que ambos documentos incorporan en el literal a) un párrafo en el que se precisa que el que el financiamiento esta sujeto a la aprobación de las condiciones establecidas en los respectivos contratos de crédito.
13. Al respecto, es importante señalar que el Concesionario, previamente a la presentación la documentación bajo comentario, ha solicitado al Concedente la modificación del término *“sustancialmente iguales”* por el de *“similares”*. OSITRAN ha opinado favorablemente a esta modificación, estando pendiente que sea acordada con el Concedente.
14. En tal sentido en caso de aprobarse la citada modificación, las declaraciones de los Acreedores Permitidos estarían de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión.

IV.3 Garantías a favor de los Acreedores Permitidos

15. La Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión permite al Concesionario otorgar en Garantía:
 - El derecho de Concesión
 - Los ingresos de la Concesión Netos de la Retribución, la Tasa de Regulación y cualquier otro monto comprometido con Entidades estatales
 - Las acciones que correspondan a Participación Mínima
16. La Empresa Concesionaria ha presentado los siguientes proyectos de Contratos de Garantías :
 - Contrato de Hipoteca de la Concesión
 - Contrato de Prenda de Acciones (Participación Mínima)
 - Contrato de Fideicomiso
17. A fin de poner en contexto los proyectos de Garantía presentados por el Concesionario, a continuación se hace una breve referencia a los términos y condiciones principales del Endeudamiento que tales garantías respaldarían y que son comunes a ambas instituciones financieras (BID e IFC)

- **Destino de Fondos** : Financiamiento del Proyecto de la Construcción de la Carretera Huacho – Pativilca como parte de las obligaciones del Contrato de Concesión.
- **Monto** : Hasta por US\$ 18 millones (por cada institución financiera)
- **Plazo** : 12 años, incluyendo 2,5 años de gracia
- **Pago Principal** : De acuerdo al Cronograma, siendo el primero el 15 de agosto de 2007 y el último el 15 de noviembre de 2016
- **Tasa de Interés** : Libor más 4,5 % nominal anual

IV.4 Contrato de Hipoteca de la Concesión

18. Los principales términos y condiciones del proyecto de Contrato de Hipoteca se reseñan a continuación.

- **Objeto y Extensión de la Hipoteca** (Cláusulas 4° y 6° del proyecto de Contrato) : La hipoteca recae sobre la Concesión y todos y cada uno de los derechos y bienes que le correspondan.
- **Monto Garantizado** (Cláusula 5° del proyecto de Contrato) : US\$ 43 200 000 más intereses, comisiones tributos, gastos de ejecución y otros gastos.
- **Ejecución de la Hipoteca** (Cláusula 10° del proyecto de Contrato) : Se reproduce el proceso de ejecución previsto en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión y que es de aplicación a la hipoteca de acuerdo a la cláusula 9.6.2 de dicho contrato.
Adicionalmente se establece que las partes garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo podrán variar los plazos y acordar procedimientos complementarios de ejecución.
- **Ley, Jurisdicción y Competencias aplicables** (Cláusulas 14° y 15° del proyecto de Contrato) : Se establece que el Contrato esta sujeto a las normas peruanas. La jurisdicción y competencia para resolver cualquier discrepancia relacionada con el Contrato esta sometida a los jueces y tribunales de la Ciudad de Lima – Perú

19. En la cláusula 6.1 del Contrato de hipoteca se señala que:

“Esta Hipoteca incluye de la manera más amplia que permita la Ley Aplicable y sin limitación alguna, la Concesión y todos y cada uno de los derechos y bienes que de

hecho o por derecho le corresponden a la Concesión incluyendolos (sic) bienes reversibles, según dicho término se define en el Contrato de Concesión que de alguna u otra forma se encuentran incorporados y/o están afectos a la Concesión o constituyen bienes accesorios inseparables del objeto de la misma, sea que hubieran sido entregados por el Concedente al inicio o durante la Concesión, o adquiridos o construidos por la Sociedad Concesionaria durante la vigencia de la Concesión; y los bienes no reversibles, según dicho término se define en el Contrato de Concesión, cuyo inventario la Sociedad Concesionaria se obliga a entregar al Agente de Garantías a la firma de este Contrato para formar parte del mismo y, en adelante, dentro de los primeros noventa (90) días calendarios de cada año, a cuyos efectos suscribirá una escritura pública modificatoria en tanto dicho inventario haya sido modificado de año en año, según lo previsto en la Subcláusula 6.4. Del mismo modo, la Hipoteca incluye cualquier otro bien y/o derecho que se encuentre o se llegue a encontrar permanentemente destinado y/o esté previsto destinarlo para ser utilizado en beneficio de la Concesión, sin perjuicio que se haya constituido sobre tales bienes y activos otra garantía en favor de las Partes Garantizadas; (conjuntamente, los bienes reversibles, no reversibles y cualquier otro bien y activo, los "Bienes y Activos" y, junto con la Concesión, el "Bien Objeto de Garantía").

20. En esta cláusula al definirse el objeto de la hipoteca, se incluyen de manera directa a los bienes reversibles y no reversibles en adición a los derechos de la Concesión. Tomando en consideración que se trata de la hipoteca sobre el Derecho de la Concesión, el bien objeto de la garantía es la Concesión misma considerada como una unidad y no los bienes que puedan conformarla. En tal sentido, es necesario precisar que esta garantía recae sobre el derecho de la Concesión y, con ella, el derecho de explotación de los bienes que la conforman.
21. Ello es coherente con el Artículo 13° del Texto Único Ordenado de las Normas sobre Concesiones, que establece que la Concesión no otorga derechos reales sobre los bienes objeto de la misma. De igual manera el Artículo 3° de la Ley N° 26885 señala que es el Derecho de Concesión aquello que puede ser objeto de la hipoteca. Finalmente, el Artículo 30° del referido Texto Único Ordenado señala de manera expresa que los bienes considerados partes integrantes o accesorias de la concesión, no podrán ser hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo de vigencia de la misma.
22. De otra parte, esta cláusula establece que a efecto de la identificación de los bienes sobre los que recae la hipoteca, deberá realizarse un inventario durante los primeros 90 días de cada año, el cual forma parte del Contrato. Asimismo se señala que la modificación del referido inventario supondrá la modificación del Contrato de Hipoteca y se realizará a través de una Escritura Pública.
23. Sobre el referido punto consideramos conveniente que se busque identificar los bienes afectos a la Concesión que, a su vez es objeto de la Hipoteca. Sin embargo, y tal como mencionamos previamente, dichos bienes no son objeto de la hipoteca sino el derecho genérico a la explotación de los mismos derivado de la relación de Concesión misma. En tal sentido, coincidimos con que se establezca un inventario como mecanismo de monitoreo de información, pero no como parte del Contrato de Hipoteca, cuya modificación requeriría la modificación de dicho instrumento.

24. Sobre la base de lo mencionado, recomendamos que se modifique la cláusula 6.1 en los siguientes términos:

6.1 Esta Hipoteca incluye, de la manera más amplia que permita la Ley Aplicable y sin limitación alguna, la Concesión y todos y cada uno de los derechos que de hecho o por derecho le correspondan, incluyendo, sin limitarse, el derecho a la explotación de los bienes reversibles, según dicho término se define en el Contrato de Concesión, que de alguna u otra forma se encuentran incorporados y/o están afectos a la Concesión o constituyen bienes accesorios inseparables del objeto de la misma, sea que hubieren sido entregados por el Concedente al inicio o durante la Concesión, o adquiridos o construidos por la Sociedad Concesionaria durante la vigencia de la Concesión; y el derecho de explotación de los bienes no reversibles, según dicho término se define en el Contrato de Concesión, cuyo inventario la Sociedad Concesionaria se obliga a entregar al Agente de Garantías a la firma de este Contrato y, en adelante, dentro de los primeros noventa (90) días calendarios de cada año, según lo previsto en la Subcláusula 6.4. Del mismo modo, la Hipoteca incluye cualquier otro derecho sobre bienes, distintos a los señalados anteriormente, que se encuentre o se llegue a encontrar permanentemente destinado y/o esté previsto destinarlo para ser utilizado en beneficio de la Concesión, sin perjuicio que se haya constituido sobre tal derecho otra garantía en favor de las Partes Garantizadas; (conjuntamente, los derechos de explotación de los bienes reversibles, de los bienes no reversibles y de cualquier otro bien y activo, de los "Bienes y Activos" y, junto con la Concesión, del "Bien Objeto de Garantía").

25. Adicionalmente en la cláusula 10.1 se ha establecido el procedimiento de ejecución de la Hipoteca que, como mencionamos, replica el procedimiento establecido en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión. Sin embargo el inciso d) de esta cláusula permite que las Partes Garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo puedan variar los plazos del procedimiento y acordar procedimientos complementarios.

26. Sobre el particular consideramos que habiéndose establecido el procedimiento en el Contrato de Concesión, su modificación debería, en lo que corresponde al Estado, ser sometido tanto a la aceptación del Concedente como a la opinión favorable del Regulador. La necesidad de opinión previa por parte del Regulador esta orientada a contar con una opinión técnica que evalúe el acuerdo bajo los parámetros del Contrato de Concesión y del marco regulatorio en general. Consideramos además que dicha opinión técnica debería ser favorable debido a que es también opinión favorable aquella que emite el regulador respecto del Contrato mismo de Hipoteca. En consecuencia, se mantiene el carácter de la opinión del Regulador tanto para la aprobación del Contrato como para su eventual modificación.

27. En virtud de lo mencionado anteriormente, recomendamos que se modifique el literal d) de la cláusula 10.1 en los siguientes términos:

*d) Las Partes acuerdan que las Partes Garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo, **previa opinión favorable del Supervisor**, podrán variar los plazos establecidos en la presente cláusula y acordar procedimientos complementarios a los aquí establecidos, con la finalidad de poder llevar a cabo la ejecución de la Hipoteca.*

28. Teniendo en consideración las observaciones que planteamos, la opinión favorable deberá estar condicionada a la incorporación de las modificaciones en los términos antes señalados.

IV.5 Contrato de Prenda de Acciones (Participación Mínima)

29. Los principales términos y condiciones del proyecto de Prenda de Acciones se reseñan a continuación.

- **Objeto y Extensión de la Prenda** (Cláusulas 1.2 y 6° del proyecto de Contrato) : La prenda recae sobre las acciones que conforman la participación mínima del Socio Estratégico (35%) e incluye todo derecho y/o título que se deriven de las referidas acciones. Los dividendos y los derechos de voto serán respectivamente recibidos o ejercidos por los accionistas libres de la prenda mientras no ocurra un incumplimiento de la obligación garantizada.
- **Monto Garantizado** : US\$ 43 200 000 más intereses, comisiones tributos, gastos de ejecución y otros gastos.
(Cláusula 5° del proyecto de Contrato)
- **Ejecución de la Prenda** (Cláusula 12° del proyecto de Contrato) : Se ha previsto que hasta el quinto año de la Concesión la prenda se ejecute de conformidad con lo previsto en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión, la misma que es reproducida. Adicionalmente se establece que las partes garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo podrán variar los plazos y acordar procedimientos complementarios de ejecución.

A partir del quinto año se prevé un procedimiento de ejecución llevado a cabo por el agente de garantías, a su sola discreción, judicial o extrajudicialmente. La ejecución extrajudicial es, asimismo, dejada principalmente a la discreción del Agente de Garantías.
- **Ley, Jurisdicción y Competencias aplicables** (Cláusulas 15° y 16° del proyecto de Contrato) : Se establece que el Contrato esta sujeto a las normas peruanas. La jurisdicción y competencia para resolver cualquier discrepancia relacionada con el Contrato esta sometida a los jueces y tribunales de la Ciudad de Lima – Perú

30. De acuerdo a lo señalado previamente en el Contrato de Prenda se establecen dos procedimientos de ejecución de esta garantía, en función del momento en que se produzca dicha ejecución, es decir, antes o después del quinto año de la Concesión.

31. En relación con el procedimiento de ejecución aplicable hasta el quinto año de la Concesión contemplado en la cláusula 12.1, se ha replicado el procedimiento establecido en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión. Sin embargo, de manera similar con lo que ocurre con la ejecución de la Hipoteca, el inciso d) de esta

cláusula permite que las partes garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo puedan variar los plazos del procedimiento y acordar procedimientos complementarios.

32. Sobre el particular consideramos que son aplicables los comentarios contenidos en el numeral 26 del presente informe. En virtud de lo mencionado anteriormente, recomendamos que se modifique el literal d) de la cláusula 12.1 en los siguientes términos:

d) *Las Partes acuerdan que las Partes Garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo, **previa opinión favorable del Supervisor**, podrán variar los plazos establecidos en la presente cláusula y acordar procedimientos complementarios a los aquí establecidos, con la finalidad de poder llevar a cabo la ejecución de la Prenda.*

33. Como se indicara anteriormente, la cláusula 12.2 del Contrato de Prenda señala que a partir del quinto año de la Concesión la ejecución de la prenda se llevará a cabo por el agente de garantías, a su sola discreción, de manera judicial o extrajudicial. La ejecución extrajudicial es, asimismo, dejada principalmente a la discreción del Agente de Garantías.

34. Al respecto la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión señala que *“el procedimiento de ejecución de la prenda de acciones correspondientes a la Participación Mínima (...) se regirá obligatoriamente por las siguientes reglas”*. En tal sentido dicho procedimiento resulta de aplicación necesaria siempre que se pretenda ejecutar las acciones correspondientes a la participación mínima tanto antes como después del quinto año de la Concesión.

35. Sobre este punto es importante señalar que si bien las “cláusulas adicionales” modificaron la versión original de la cláusula 3.3.e.i)¹ eliminando su último párrafo,

¹ **La versión original de la cláusula 3.3.e.i) era la siguiente:**

3.3.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA debe, a la Fecha de Suscripción del Contrato, cumplir con lo siguiente:

(...)

e) El estatuto de la SOCIEDAD CONCESIONARIA debe contener como mínimo las siguientes cláusulas:

i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de acciones o participaciones que representen el 35% de Participación Mínima del Socio Estratégico, que limite toda transferencia, disposición o gravamen de éstas a terceros o a otros socios, hasta el quinto año de la Concesión. A partir de dicha fecha el Socio Estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones previa aprobación del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR.

A excepción del 35% de acciones o participaciones que representan esta Participación Mínima del Socio Estratégico, el resto de acciones o participaciones integrantes del capital social de la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrán ser transferidas y gravadas libremente.

El procedimiento de ejecución previsto en la cláusula 9.8. del presente Contrato, será obligatorio para la ejecución de la prenda de acciones correspondiente a la Participación Mínima.

Si el porcentaje de acciones otorgado en prenda fuera menor a la Participación Mínima, la totalidad de esta será ejecutada de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.8. del presente Contrato.

que establecía la obligatoriedad del procedimiento contenido en la cláusula 9.8, es esta última cláusula la que permite sustentar la obligatoriedad de dicho procedimiento. Entendemos que la razón que justifica este procedimiento obligatorio incluso luego del quinto año es que se trata precisamente de las acciones correspondientes al Socio Estratégico; en tal sentido, se ha hecho una clara diferencia entre la ejecución de la prenda de acciones según se refieran o no a las de la participación mínima.

36. Cabe señalar que la cláusula 9.8 no hace distinción en relación con el beneficiario de la prenda ejecutada, pues, a diferencia de otras cláusulas hace expresa mención a simplemente los “Acreedores” y no a los “Acreedores Permitidos”, en consecuencia dicho procedimiento se aplicará siempre que se hayan prendado las acciones correspondientes a la Participación Mínima.
37. Por otra parte debe considerarse que el procedimiento de Ejecución de la Prenda establecido en la cláusula 9.8 busca garantizar que quien vaya a adquirir las acciones de la Participación Mínima cumpla con las condiciones o lineamientos sustantivos contenidos en las bases del Concurso por el cual se otorgó la Concesión. En tal sentido, su obligatoriedad en cualquier supuesto de ejecución de la prenda se encuentra plenamente justificada.
38. Asimismo, es importante señalar que la autorización de parte del Concedente y opinión favorable del Regulador para gravar las acciones de la Participación Mínima (requisito necesario en cualquier momento de la Concesión) no es incompatible ni reiterativo respecto del procedimiento contemplado en la cláusula

En caso la prenda de acciones fuera superior a la Participación Mínima establecida en el presente Contrato, el exceso de dicho porcentaje podrá ejecutarse conforme a lo previsto en la cláusula 9.8. del Contrato, a opción del Socio Estratégico.

Queda establecido que la ejecución de la prenda total o parcial de la Participación Mínima siempre se regirá por lo establecido en la cláusula 9.8. del Contrato.

A través de las “Cláusulas Adicionales” se modificó la cláusula 3.3.e.i) en los siguientes términos:

3.3.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA debe, a la Fecha de Suscripción del Contrato, cumplir con lo siguiente:

(...)

e) El estatuto de la SOCIEDAD CONCESIONARIA debe contener como mínimo las siguientes cláusulas:

- i) Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de acciones o participaciones que representen el 35% de Participación Mínima del Socio Estratégico, que limite toda transferencia, disposición o gravamen de éstas a terceros o a otros socios distintos de los que conforman el Socio Estratégico, de conformidad con lo establecido en el párrafo siguiente, hasta el quinto año de la Concesión, salvo por lo previsto en el literal c) de la cláusula 9.5 respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde el inicio de la Concesión con la finalidad de obtener financiamiento. A partir de dicha fecha el Socio Estratégico podrá transferir, disponer o gravar dichas acciones o participaciones previa aprobación del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR.

Las transferencias de la Participación Mínima entre quienes integren el Socio Estratégico deberán contar con la aprobación previa y por escrito del CONCEDENTE, con opinión del SUPERVISOR y deberán necesariamente mantener las condiciones establecidas como requisitos técnicos y financieros para la precalificación en la Licitación Pública Internacional para entrega en Concesión del Tramo Ancón - Huacho – Pativilca.

9.8 del Contrato de Concesión. En efecto, la autorización y opinión previa abre la posibilidad a la constitución de la prenda sin que ello tenga efecto alguno sobre el posible adquirente de las acciones prendadas; mientras que el procedimiento de ejecución previsto se orienta, entre otras cosas, a determinar la idoneidad del comprador en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

39. Sobre la base de lo anteriormente mencionado recomendamos que se elimine la cláusula 12.2 del Contrato de Prenda y se modifique el encabezado del tercer párrafo de la cláusula 12.1 en los siguientes términos:

*“El procedimiento de ejecución de la Prenda que se realizará bajo la dirección del Agente de Garantías en beneficio de las Partes Garantizadas y con la participación del Concedente, se regirá obligatoriamente por las siguientes reglas:
(...)”*

40. Teniendo en consideración las observaciones que planteamos la opinión favorable deberá estar condicionada a la incorporación de las modificaciones en los términos antes señalados.

IV.6 Contrato de Fideicomiso

41. Los principales términos y condiciones del proyecto de Prenda de Acciones se reseñan a continuación.

- **Fideicomitente** : La Sociedad Concesionaria
- **Fideicomisarios** : Los prestamistas principales (BID e IFC).
El Agente de Garantías Externo, el Agente Depositario e Intermediario de las Garantías (Deutsche Bank AG New York Branch).
- **Fiduciario** : Banco de Crédito del Perú
- **Objeto y Extensión del Fideicomiso** : El objeto del fideicomiso o patrimonio fideicometido está constituido por los Fondos y las Cuentas señaladas en el proyecto del Contrato.
(Cláusulas 1.2º y 4º del proyecto de Contrato)

Los Fondos son todas las inversiones en efectivo, valores u otra propiedad que se depositen o acrediten en las Cuentas.

Las Cuentas son todas las cuentas y sub-cuentas locales creadas por el Fiduciario y que son identificadas en la cláusula 4.2 del proyecto del Contrato.

Son objeto del Fideicomiso los ingresos de la Concesión descontados los conceptos de retribución y tasa de regulación.

- **Plazo** (Cláusula 9° del proyecto de Contrato) : Máximo 30 años.
- **Ejecución del Fideicomiso** (Cláusula 10° del proyecto de Contrato) : Se reproduce el proceso de ejecución previsto en la cláusula 9.8 del Contrato de Concesión y que es de aplicación a la hipoteca de acuerdo a la cláusula 9.6.2 de dicho contrato.
Adicionalmente se establece que las partes garantizadas y el Concedente de mutuo acuerdo podrán variar los plazos y acordar procedimientos complementarios de ejecución.
- **Ley, Jurisdicción y Competencias aplicables** (Cláusulas 14° y 15° del proyecto de Contrato) : Se establece que el Contrato esta sujeto a las normas peruanas. La jurisdicción y competencia para resolver cualquier discrepancia relacionada con el Contrato esta sometida a los jueces y tribunales de la Ciudad de Lima – Perú

42. De la revisión de este Contrato no hemos podido identificar algún aspecto que pudiera ser objetado a la luz de lo establecido en el Contrato de Concesión y en el marco regulatorio. Cabe señalar que el mecanismo de ejecución del fideicomiso se encuentra definido en el documento denominado “Trust and Retention Accounts Agreement - (TRAA)” que de conformidad con la definición de Acreedores Permitidos no requiere aprobación del Concedente ni opinión previa del Regulador.

43. En atención a lo señalado en el numeral anterior opinamos favorablemente respecto a este Contrato de Fideicomiso.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

44. Por los argumentos expuestos en el presente informe recomendamos que la opinión favorable de OSITRAN al Contrato de Hipoteca y del Contrato de Prenda de Acciones esté condicionada a la incorporación de las modificaciones en los términos planteadas en las secciones IV.4 y IV5 del presente informe.

45. El Contrato de Fideicomiso presentado por la Empresa Concesionaria se encuentra de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión y el Marco Regulatorio General, en tal sentido recomendamos emitir opinión favorable sobre el mismo.

46. Recomendar la elevación del presente informe al Consejo Directivo para que emita opinión respecto a los Contratos de Hipoteca, Prenda de Acciones y Fideicomiso solicitado por la empresa concesionaria Norvial S.A.

Atentamente,

GONZALO RUIZ DIAZ
Gerente de Regulación

FÉLIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

CHRISTY GARCÍA – GODOS NAVEDA
Analista de Regulación

CGG-JMC/gsg
REG-SAL-GRE-05-5645
TD: