

INFORME N° 077-05-GAL-OSITRAN

A : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

c.c. : Alejandro Chang Chiang
Presidente

Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

De : Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

Asunto : Interpretación del numeral i) del inciso k) del artículo 3° del Contrato de Concesión NORVIAL

Fecha : 24 de noviembre de 2005

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de enero de 2003 Estado Peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC (en adelante, el Concedente) y NORVIAL S.A. (en adelante, la Concesionaria) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.
2. Posteriormente, el 08 de noviembre de 2004, dichas partes suscribieron la Addenda N° 01 al Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte (en adelante, la Addenda)
3. Desde la celebración del contrato de concesión está pendiente de cumplirse la obligación contractual del Concedente de entregar los predios y terrenos necesarios para que la Concesionaria pueda iniciar las obras de construcción a que se refiere la cláusula 6.1 del contrato de concesión.
4. Mediante oficio N° 167-2005-MTC/02.02 de fecha 9 de noviembre del año en curso, el Director General de la Secretaria de Transportes del MTC solicita el pronunciamiento de OSITRAN sobre los alcances del numeral i) del inciso k) del artículo 3° del Contrato de Concesión antes mencionado, en el sentido de precisar si los fondos del fideicomiso permiten cancelar a los poseedores de los predios afectados.

II. OBJETO

El objeto del presente informe es emitir opinión legal respecto de la solicitud de interpretación del Contrato de Concesión presentada por el MTC, a fin de que sea elevada al Consejo Directivo de OSITRAN para que proceda a emitir opinión, según las competencias que legalmente se le han atribuido.

III. MARCO LEGAL

El artículo 7° de la Ley N° 26917 - Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece lo siguiente:

“Artículo 7°

Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)”

IV. ANALISIS

1. El numeral i) del inciso k) de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión establece lo siguiente

Constataciones en la Fecha de Suscripción del Contrato

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

(...)

k) La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá acreditar haber constituido el fondo de fideicomiso y haber depositado en el mismo el importe de US\$. 3 500 000,00 (Tres Millones Quinientos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) para que sea exclusivamente destinado a:

*Durante el desarrollo de las **adquisiciones** y expropiaciones, y hasta que estas culminen, el fondo tendrá como Fideicomisarios a la misma SOCIEDAD CONCESIONARIA y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones quién actuará mediante la dependencia y el representante de ésta que se designe mediante Resolución Ministerial, y los fondos serán utilizados para atender los gastos necesarios para la afectación y adquisición de los predios comprendidos en el Derecho de Vía, incluyendo los gastos notariales y registrales, el impuesto de alcabala, los gastos judiciales en el proceso de expropiación, así como los gastos que sean necesarios realizar para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía ocupadas por poseedores del mismo, por parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, de ser el caso. En esta etapa corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el dar las órdenes de pago correspondientes a la entidad fiduciaria. (el resaltado es nuestro)*

2. En atención a que la consulta está orientada a definir si los fondos de fideicomiso pueden ser aplicados a los poseisionarios, es importante iniciar el análisis haciendo referencia a las relaciones jurídicas de propiedad y posesión.

- **Derecho de Propiedad vs Derecho de Posesión**

3. Tanto el derecho de propiedad como el de posesión denotan un poder jurídico que ejerce directamente o indirectamente una persona sobre un bien, para su aprovechamiento económico total o parcial, y que es oponible a terceros. Este poder jurídico se conoce en la ley y en la doctrina como Derecho Real.
4. De acuerdo al artículo 896° del Código Civil, la posesión es el ejercicio de hecho de uno o mas poderes inherentes a la propiedad. La propiedad, según el artículo 923°, es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer, y reivindicar un bien. En consecuencia, la propiedad es un derecho real más completo y poderoso ya que permite usar, disfrutar, disponer, y reivindicar un bien, mientras que la posesión confiere alguno de estos poderes. Empero, no por ello la posesión es menos derecho real.
5. Por otro lado, el Código Civil permite la adquisición de bienes de diferente tipo – sean bienes muebles e inmuebles, corporales o incorporales- sea a título oneroso mediante compraventa, permuta o cualquier otro contrato nominado o innominado.

- **La cláusula a interpretar**

6. El numeral i) del inciso k) del artículo 3° del Contrato de Concesión admite –sin precisar el título- que los fondos del fideicomiso pueden destinarse a adquisiciones y gastos para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía. Ello queda en evidencia cuando dicha cláusula señala que:

"los fondos serán utilizados para atender los gastos necesarios para la afectación y adquisición de los predios comprendidos en el Derecho de Vía"

A lo cual se agrega:

*"los gastos que sean necesarios realizar para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía **ocupadas por poseedores del mismo**"*

7. Los dos fragmentos citados de la cláusula bajo análisis ponen en evidencia que se ha establecido el fideicomiso con la finalidad no sólo de enfrentar los problemas de expropiación (propiedad) sino también los de libre disponibilidad ante la simple posesión. En tal sentido, consideramos que es perfectamente válido que el Concedente adquiera derechos de posesión y no únicamente derechos de propiedad, como señalarían las normas de adquisición de bienes inmuebles de la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN), o normas internas del Concedente.
8. Sin perjuicio de lo expuesto, nada obsta para después de adquirir el derecho de posesión y transferirlo a la Sociedad Concesionaria a fin de cumplir sus obligaciones contractuales, el Concedente pueda convertir la posesión en propiedad por medio de alguna de las siguientes alternativas jurídicas:

- a. De acuerdo al numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley General de Expropiaciones- N° 27117, que establece que se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación, así como al **poseedor** con más de 10 años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas.
 - b. Conforme al numeral 11.4. del citado artículo 11° de la precitada ley, cuando el bien no esté inscrito a nombre del poseedor, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 días.
 - c. En los casos de predios registrados a nombre de terceros, distintos a los poseedores corresponde al amparo del artículo 898° del Código Civil, sumar los plazos posesorio a quien le transmitió validamente el bien, para después pedir la prescripción adquisitiva. En efecto, el artículo 950° establece que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante 5 años cuando median justo título y buena fe; y, 10 años sin estos requisitos.
 - d. Mediante la Ley N° 27628, que facilita la ejecución de obras públicas; estableciendo que "la adquisición de inmuebles afectados por trazos en vías públicas se realizará por trato directo entre la entidad ejecutora y **los propietarios**, o conforme al procedimiento establecido en la Ley General de Expropiaciones". Asimismo, el artículo 3° de esta Ley establece un porcentaje adicional de pago a **los propietarios** equivalente al 10% del valor comercial actualizado de los inmuebles antes mencionados.
 - e. Finalmente, al amparo de la Ley N° 26512 el MTC puede proceder al saneamiento legal de los bienes inmuebles **de propiedad** del Estado asignados a dicho ministerio, debiéndose regularizar esta obligación mediante la inscripción en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble, posteriormente se inscribirá el bien en el Margesí de Bienes Nacionales.
9. En resumen, al permitir la adquisición de derechos de posesión y no únicamente derechos de propiedad, el Concedente estaría subsanando su incumplimiento de ya casi 3 años al no entregar a la Concesionaria los predios y terrenos necesarios para la construcción de las obras a que se obligó ésta, según la cláusula 6.1 del contrato de concesión

• **El Fideicomiso**

10. El Fideicomiso es una institución legal regulada por la Ley General del Sistema Financiero (Ley N° 26702) que lo define en los siguientes términos

Artículo 241.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al

cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes

11. En el presente caso, a través de la Addenda de 5 de noviembre de 2004, se modificó la Cláusula 3.3 literal k, numeral i) del Contrato de Concesión, estableciéndose la creación de un Fondo de Fideicomiso (en adelante, el Fideicomiso).

12. Las características del Fideicomiso son:

- Patrimonio Fideicometido: *Tres Millones Quinientos y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 3'500,000.00).*
- Fideicomitente: *La Concesionaria.*
- Fideicomisarios: *La Concesionaria y el MTC.*
- Fiduciario: *La Fiduciaria S.A.*
- Fines específicos:
 - i. Los gastos necesarios para la afectación y **adquisición** de los predios comprendidos en el Derecho de Vía, incluyendo los gastos notariales, el impuesto de alcabala, los gastos judiciales en el proceso de expropiación.
 - ii. Los gastos necesarios realizar para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía **ocupadas por poseedores del mismo por parte de la Concesionaria.**

13. Asimismo, se dispone que una vez realizados todos los gastos de saneamiento de los inmuebles que involucre el Derecho de Vía, los fondos que queden el Fideicomiso, quedarán afectos al pago correspondiente a la Garantía Tarifaria. Incluso los gastos que se realicen en virtud de las expropiaciones realizadas por la entidad estatal competente para ello, se financiará con los fondos del Fideicomiso.

14. Cabe señalar que la forma de utilización de estos fondos difiere según el tipo de gastos a ser asumidos. En efecto, de acuerdo a la antes mencionada cláusula 3.3 literal k, numeral i), del contrato de concesión, es claro que los gastos necesarios para contar con la libre disponibilidad de la vía ocupada por poseedores podrán ser efectuados, con cargo al Patrimonio Fideicometido, por la Sociedad Concesionaria y no necesariamente por el Concedente. En efecto, la cláusula en cuestión señala:

*Durante el desarrollo de las adquisiciones y expropiaciones, y hasta que estas culminen, (...) **los fondos serán utilizados para atender los gastos necesarios para la afectación y adquisición de los predios comprendidos en el Derecho de Vía, incluyendo los gastos notariales y registrales, el impuesto de alcabala, los gastos judiciales en el proceso de expropiación, así como los gastos que sean necesarios realizar para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía ocupadas por poseedores***

del mismo, **por parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, de ser el caso. (...)**

En nuestra opinión, esta cláusula permite expresamente a la Sociedad Concesionaria dar ordenes de pago a la Fiduciaria, para la compra de predios ocupados por poseedores.

15. Por ultimo, a fin de dar un sentido concordado a toda la cláusula 3.3 literal k, numeral i), cabe señalar que la parte final de la cláusula bajo comentario indica:

“En esta etapa corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el dar las ordenes de pago correspondientes a la entidad fiduciaria.”

Consideramos que dicho precepto queda restringido a ordenes a la entidad fiduciaria, dadas **simultáneamente** por el MTC y por la Concesionaria, **únicamente en el caso de propietarios**. En efecto, es clara la regla que para poseedores se señala en el punto inmediatamente anterior, por lo que este supuesto sólo puede referirse a propietarios.

Reforzando lo expuesto, debe tomarse en cuenta que la parte relativa a **poseedores** fue agregada al contrato de concesión por la Adenda de fecha 4 de noviembre de 2004. Al respecto, el Informe N° 008-04-GRE-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación y Asesoría Legal de OSITRAN señaló:

“OSITRAN considera pertinente la propuesta acordada por el MTC y NORVIAL.

La propuesta de modificación busca ampliar los usos – destinos de los fondos del Fideicomiso, en el entendido de que podrían haber gastos adicionales a los originalmente planteados (saneamiento físico - legal) en que la Sociedad Concesionaria tendrá que incurrir para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía ocupadas por poseedores del mismo. Es **decir la modificación busca autorizar a la Sociedad Concesionaria a cubrir con los fondos del fideicomiso la plena adquisición de la posesión de los terrenos, que podría impedir la ejecución de las obras.** “ (el resaltado es nuestro)

La parte introducida por la Adenda es resaltada en la siguiente cita :

- i) *Durante el desarrollo de las adquisiciones y expropiaciones, y hasta que estas culminen, el fondo tendrá como Fideicomisarios a la misma SOCIEDAD CONCESIONARIA y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones quién actuará mediante la dependencia y en representante de ésta que se designe mediante Resolución Ministerial, y los fondos serán utilizados para atender los gastos necesarios para la afectación y adquisición de los predios comprendidos en el Derecho de Vía, incluyendo los gastos notariales y registrales, el impuesto de alcabala, los gastos judiciales en el proceso de expropiación, **así como los gastos que sean necesarios realizar para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía ocupadas por poseedores del mismo, por parte de LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, de ser el caso.** En esta etapa corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA el dar las ordenes de pago correspondientes a la entidad fiduciaria.*

16. Sin embargo, la disposición que contempla el contrato de concesión de que la Sociedad Concesionaria de ordenes directas para la compra de terrenos de poseedores no tiene equivalente en el Contrato de Fideicomiso constituido al amparo de dicha cláusula, el cual está orientado fundamentalmente a los procesos de expropiación.

En tal sentido, consideramos que la finalidad relativa a la libre disponibilidad en relación con poseedores de los predios debería verse reflejada también en dicho instrumento a través de una modificación al mismo, ya que sin ello la Fiduciaria acatará el texto actual del contrato de Fideicomiso.

17. Por otro lado, de lo señalado anteriormente queda claro cuales son los fines específicos del Fideicomiso y el destino exclusivo de los fondos: el patrimonio del Fideicomiso está sujeto exclusivamente al dominio jurídico del Fiduciario, que es una empresa privada y, adicionalmente, ha sido constituido por el Fideicomitente que también es una empresa privada, motivos por los cuales los fondos que los componen son **fondos privados**.

18. Asimismo, de lo expuesto se deduce que el origen de los fondos no es el Tesoro Público, es decir no son fondos públicos, por lo que el mecanismo operativo del Fideicomiso no es el correspondiente a las normas de Adquisiciones de Bienes del Estado establecidas por CONSUCODE, ni tampoco resultan aplicables las normas de adquisiciones de bienes inmuebles de la Superintendencia Nacional de Bienes, o normas internas del Concedente.

19. En efecto, en lo que respecta a la titularidad del Patrimonio Fideicometido cabe señalar que:

“ (...) El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fideicomitente, del fiduciario, del fideicomisario, de cualquier otro patrimonio fideicometido administrado por el fiduciario y, de ser el caso, del destinatario del remanente.”¹

20. Por tanto, ni la Sociedad Concesionaria, ni el Concedente a través del MTC son titulares de los fondos del Fideicomiso, sin perjuicio de que estos fondos están destinados a un fin exclusivo en beneficio del Concedente; por lo que los fondos del Patrimonio Fideicometido, no tienen por que estar sujetos a disposiciones aplicables a recursos públicas, sino tan sólo a las disposiciones previstas en el Contrato de Fideicomiso².

21. A mayor abundamiento, de la Resolución Ministerial 546–2005–EF/75, “Disposiciones sobre la identificación y registro contable de pasivos firmes y contingentes asumidos en los contratos de concesión” publicada el 09.Nov.05, se desprende que no serán contabilizados los fideicomisos como parte de las Cuentas Fiscales del Estado, cuando éste o alguna entidad Concedente no sea fideicomitente. Ello confirma que los fideicomisos no son fondos públicos.

¹ De conformidad con el artículo 3 del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios (R. SBS 1010 – 99).

² De conformidad con el artículo 4 del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios (R. SBS 1010 – 99), el dominio fiduciario es el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario **las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso** con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo.

22. Finalmente, cabe puntualizar que la cláusula bajo comentario establece que el desarrollo de las adquisiciones y expropiaciones será llevada a cabo mediante la dependencia y el representante de ésta que se designe por resolución ministerial.

- **Responsabilidad del Concedente**

23. De conformidad con la cláusula 5.1, el Concedente está obligado ante la Concesionaria a la entrega de todos los inmuebles (terrenos, predios, unidades catastrales, entre otros) libres de toda carga y gravámenes, personas u ocupantes de áreas pertenecientes al Derecho de Vía.

24. En tal sentido, de acuerdo con lo señalado en la misma cláusula, recae sobre el Concedente la total responsabilidad frente a la Concesionaria ante cualquier reclamo, reclamo o demanda o acción que terceros respecto de los bienes entregados a esta. Es decir, cualquier contingencia existente al momento de la entrega de los bienes al Concesionario (como la existencia de cargas, gravámenes o reclamos de parte de terceros sobre la base de la posesión o titularidad sobre los predios), queda bajo responsabilidad del Concedente.

IV.- CONCLUSIONES

1. El Fideicomiso tiene propósito específico expresado en el mismo Contrato de Concesión y la primera addenda. Su patrimonio está sujeto exclusivamente al dominio jurídico del Fiduciario y proviene del Fideicomitente, ambas empresas privadas: es decir son **fondos privados**.
2. En consecuencia, al no ser fondos públicos, el patrimonio del Fideicomiso no esta sujeto a ninguna restricción administrativa para la compra de bienes establecida por CONSUCODE o la SBN.
3. Por no ser fondos públicos, nada obsta para que, tras adquirir a poseedores y transferir a la Sociedad Concesionaria, el MTC tramite la conversión del derecho real de posesión en propiedad.
4. El Contrato de Concesión permite expresamente que los gastos para la desocupación del Derecho de Vía de poseedores sean asumidos con cargo al Patrimonio Fideicometido y pagados por la Sociedad Concesionaria.

Sin embargo, esta disposición no tiene equivalente en el Contrato de Fideicomiso, por lo que debe verse reflejada en una modificación del mismo.

5. La intervención simultánea del Concedente y la Sociedad Concesionaria, presenta en la parte final del Numeral 1, del inciso k) de la cláusula 3.3. del Contrato de Concesión, para dar órdenes de pago a la Entidad fiduciaria se restringe únicamente al caso de propietarios.
6. La Sociedad Concesionaria se encuentra exenta de cualquier responsabilidad por los bienes entregados por el Concedente, de acuerdo a lo previsto en la cláusula 5.1. del Contrato de Concesión.

VII. RECOMENDACIÓN

En atención a lo expuesto en el presente informe, recomendamos su elevación al Consejo Directivo a fin de que esta instancia, en ejercicio de las facultades conferidas por ley, proceda a ratificar la interpretación del Contrato de Concesión contenida en las conclusiones precedentes.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

FVZ/gsg
REG-SAL-GAL-05-9026
MP: 8580