

## INFORME JURÍDICO

**A:** Econ. Mariella Sánchez Guerra.  
Directora Ejecutiva  
Fondo de Agua para Lima y Callao - AQUAFONDO

**DE:** Dra. Lorena Cecilia Ramírez Otero

**ASUNTO:** Informe sobre la situación jurídica de AQUAFONDO, derechos y deberes, con relación al importe de S/ 1, 454, 570.43 transferidos por FONDAM a su cuenta corriente operativa soles del Banco de Crédito del Perú.

**FECHA:** 06 de septiembre de 2021.

---

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al asunto de la referencia para informarle lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 07.03.2011, Grupo GEA, *The Nature Conservancy* (TNC), PUCP, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Unión de Cervecerías Peruanas *Backus & Johnston S.A.A.*, Fondo de las Américas (FONDAM) celebraron el *Convenio para la creación del Fondo para la Conservación de las Cuencas y los Recursos Hídricos de Lima y Callao –AQUAFONDO-* y *Lineamientos y Principios Marco para la Administración de Recursos y Proyectos para su Operación y Funcionamiento*, denominado CONVENIO MARCO.

Este CONVENIO MARCO no contiene la manifestación de voluntad, ni la previsión clara de constituir una Persona Jurídica distinta, tampoco bajo la forma jurídica de Asociación; de ahí que se necesitase posteriormente del Acta de Fundación de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO de fecha 01.12.2015 para constituir está, por voluntad de los mismos firmantes del CONVENIO MARCO (excepto TNC).

Pero, este CONVENIO MARCO sí contiene la intención clara de todos los firmantes de constituir un Fondo Patrimonial bajo el nombre de AQUAFONDO (en adelante FONDO AQUAFONDO) mediante la afectación de fondos (aportes) de cada uno, a la consecución de un objetivo o propósito que coincide en lo esencial con el actual propósito de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO previsto en sus estatutos. De forma que usualmente se reconoce este CONVENIO MARCO como el origen de la actual Asociación denominada *Fondo de Agua para Lima y Callao – AQUAFONDO*. (en adelante ASOCIACIÓN AQUAFONDO).

Por disposición de este Convenio, FONDAM tomó a cargo la administración del FONDO AQUAFONDO (como Fondo Patrimonial), conforme a los lineamientos del CONVENIO MARCO, las disposiciones del Comité Directivo creado por este Convenio, y las instrucciones de cada firmante en el acto de realizar el aporte o en los anexos del CONVENIO MARCO. De forma que, todo lo que FONDAM recibió ya sea como aportes iniciales en virtud de la cláusula cuarta del CONVENIO MARCO, o que hubiera recibido posteriormente en cumplimiento del CONVENIO MARCO, lo tenía en administración. Cabe señalar, que FONDAM tenía previsto como parte de sus líneas de acción, el administrar fondos de diversas instituciones para la realización de proyectos de diversa naturaleza. Es así también que, desde la suscripción del CONVENIO MARCO, el FONDO AQUAFONDO funcionó como mecanismo de financiamiento a los propósitos y objetivos del

CONVENIO MARCO, y como Junta de Administración respecto de la actividad desarrollada por FONDAM.

2. Con fecha 13.07.2015 TNC y FONDAM celebran *Convenio de Instrucciones del aportante TNC para la administración de sus recursos bajo la cuenta AQUAFONDO. Apoyo a la capitalización de AQUAFONDO en el Marco del Proyecto con Global Environmental Facility (GEF) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (GRT/CF-12631-RG)*, -en adelante el CONVENIO DE INSTRUCCIONES-. Según el apartado b) de la cláusula quinta de este Convenio, TNC realizaría un desembolso único de S/1'396,120 (en adelante "EL IMPORTE") través de transferencia bancaria a nombre de FONDAM.

Conforme a lo declarado en la cláusula décima: disposición adicional del CONVENIO DE INSTRUCCIONES, EL IMPORTE es una cofinanciación con fondos provenientes del BID, recibidos a través del Acuerdo de Cooperación no reembolsable firmado con TNC el 16 de marzo de 2011 (en adelante LA COOPERACIÓN PRINCIPAL).

3. Con fecha 17.02.2016 se eleva a escritura pública del Acta de fundación de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO suscrita por Grupo GEA, PUCP, SPDA, Fundación Backus y FONDAM, el 07.03.16 se inscribe en registros públicos adquiriendo personalidad jurídica, y el 23.03.16 obtiene número RUC.

4. Mediante Carta de 19.08.19 dirigida por TNC a FONDAM, se le solicita trasladar a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO la totalidad de EL IMPORTE, más los rendimientos generados por esta suma.

5. Con fecha 06.09.19 FONDAM transfiere a la suma de S/1'454,570.43 en la Cuenta N° 194-2329140-0-66 que le fuera indicada para el abono mediante Carta N° 316-2019-DE-AQF. Según el documento "*Resumen del Depósito a Plazo desde depósito inicia hasta su cancelación*" elaborado por FONDAM, S/. 1'396,120 constituían el capital recibido por el CONVENIO DE INSTRUCCIONES y S/ 58,450.43 serían intereses producidos por depósitos a plazo fijo.

## II.- ANÁLISIS:

### II.1. NATURALEZA DEL CONVENIO DE INSTRUCCIONES Y DEL DERECHO ACTUAL DE AQUAFONDO SOBRE EL IMPORTE.

6. En su cláusula primera y a lo largo de su texto el CONVENIO DE INSTRUCCIONES se autodefine como una "donación", indicando que TNC da en donación. Lo que hace preciso establecer si este Convenio contiene los elementos esenciales para constituir una donación, ya sea a favor de FONDAM o a favor de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO de EL IMPORTE.

**PRIMERA: OBJETO.** El objeto de este convenio de instrucciones para desembolso, (en adelante denominado "Convenio") es otorgar una donación ("Donación") para apoyar financieramente la capitalización de AQUAFONDO para cumplir con su objeto, de acuerdo a los términos del Convenio Marco, anexo al presente documento e incorporado como Anexo 1 y para operar efectivamente como mecanismo financiero y plataforma para la gestión integrada del agua en las cuencas de Lima. Esta disposición sobrevivirá la expiración de la presente Donación

7. Según el texto introductorio del CONVENIO DE INSTRUCCIONES, este documento forma parte del CONVENIO MARCO. En este sentido, podemos afirmar que en su texto se contienen instrucciones de TNC a FONDAM de la misma naturaleza que las contenidas en los Anexos del CONVENIO MARCO, a través de los cuales los firmantes daban las instrucciones a FONDAM para la administración de sus aportes iniciales afectados conforme a la cláusula cuarta de dicho CONVENIO MARCO.

Por otro lado, el CONVENIO DE INSTRUCCIONES no contiene respecto de FONDAM, lo que es esencial a una Donación según la legislación colombiana<sup>1</sup>: El incremento en el patrimonio de FONDAM, que de este modo reporta utilidad al recibir lo donado (arts. 1443 y 1497 C.Civ.Col).

Lo anterior confirma que lo señalado en el apartado b) de la cláusula quinta del CONVENIO DE INSTRUCCIONES, sobre que FONDAM debía transferir el desembolso recibido “al fondo patrimonial de

**QUINTA: DISPOSICIONES SOBRE PAGOS. .**

(a) Bajo el presente acuerdo TNC realizará un desembolso único de PEN S/. 1.396.120,00 (1 millón trescientos noventa y seis mil 200 nuevos soles) ante la recepción de copia firmada de la presente Donación

(b) El único desembolso a realizar será enviado a FONDAM mediante transferencia bancaria a nombre, el cual será transferido al fondo patrimonial de AQUAFONDO administrado por FONDAM.

de AQUAFONDO administrado por FONDAM”, debe interpretarse con el mismo sentido del 2do párrafo de la cláusula quinta del CONVENIO MARCO, es decir, como que lo recibido debía formar parte de la cuenta bajo la cual FONDAM administraba los fondos que se reunían al amparo del CONVENIO MARCO. Así pues, FONDAM no recibió bajo estos términos, el encargo de dar en donación a AQUAFONDO lo que a su vez recibiera en donación de TNC.

**2do párrafo de la cláusula quinta de CONVENIO MARCO:**

A su vez convienen que EL ADMINISTRADOR creará y administrará, de acuerdo a las reglas contenidas en el presente Convenio Marco una cuenta con el nombre de AQUAFONDO, orientada a los fines y objetivos señalados en la Cláusula precedente que constituye un Fondo Patrimonial compuesto por los recursos señalados en la Cláusula Sexta.

8. Según los insertos en el “Informe de Auditoría Financiera del Examen a los Estados Financieros al 3 de diciembre de 2020 y 2019 (no auditados)” elaborado por la firma auditora Martínez Rodríguez y Asociados. Audit-Tax-Advsory, la ASOCIACIÓN AQUAFONDO habría registrado el abono de EL IMPORTE más sus intereses (S/1’454,570.43) como una donación recibida. Asimismo, en el punto 10.2 de este Informe de Auditoría se indica que dicho saldo contable ha sido registrado en el patrimonio de AQUAFONDO de forma transitoria, por no haber sido aprobados aún por su Asamblea General y Consejo Directivo, y que la expectativa de la Gerencia de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO sobre EL IMPORTE, es que este permita “asegurar la estabilidad en periodos de dificultades económicas o prever sucesos extraordinarios y/o servirán al apalancamiento y fortalecimiento del patrimonio de AQUAFONDO”.

<sup>1</sup> Nótese que el CONVENIO DE INSTRUCCIONES prevé que sus disposiciones serán interpretadas según la legislación de Colombia y en su defecto según la legislación estadounidense que resulte aplicable.

FONDO DE AGUA PARA LIMA Y CALLAO - AQUAFONDO		
Estado de Flujos de Efectivo		
Por los años terminados el 31 de diciembre de 2020 y de 2019 (No Auditados)		
	2020	2019
	S/	S/
	(No Auditados)	
<b>Flujo de efectivo de las actividades de operación</b>		
Superávit (Déficit) de las actividades del año	178,156	62,479
<b>Más (menos) partidas que no representan movimiento de efectivo</b>		
Depreciación	5,502	4,531
Provisión de cobranza dudosa	4,298	46,354
Provisiones y ajustes	(52,648)	(107,851)
<b>Variaciones netas en activos y pasivos de operación</b>		
Otras cuentas por cobrar	127,986	(18,787)
Cuentas por pagar comerciales	(169)	169
Otras cuentas por pagar	22,928	(3,621)
<b>Efectivo neto proveniente (utilizado en) las actividades de operación</b>	<b>286,053</b>	<b>(16,726)</b>
<b>Flujo de efectivo de las actividades de inversión</b>		
Venta de equipos de cómputo	-	-
Compra de equipos de cómputo	(1,522)	(13,585)
<b>Efectivo neto proveniente (utilizado en) las actividades de inversión</b>	<b>(1,522)</b>	<b>(13,585)</b>
<b>Flujo de efectivo de las actividades de financiamiento</b>		
Aportes de asociados	-	60,100
Donaciones recibidas	-	1,454,571
Intereses de operaciones financieras	146	328
<b>Efectivo neto proveniente en las actividades de financiamiento</b>	<b>146</b>	<b>1,504,999</b>
<b>Aumento neto (Disminución) del efectivo y equivalente de efectivo</b>	<b>284,677</b>	<b>1,474,688</b>
Saldo de efectivo y equivalente de efectivo al inicio del año	1,629,893	155,205
<b>Saldo de efectivo y equivalente de efectivo al final del año (nota 4)</b>	<b>1,914,570</b>	<b>1,629,893</b>

Las notas a los estados financieros adjuntas, son parte integrante de este estado.

10.2 Fondo patrimonial.-

El fondo patrimonial de Aquafondo corresponde a la transferencia realizada con fecha 6 de setiembre de 2019, a la cuenta corriente del Banco de Crédito del Perú, cuyo saldo asciende al 31 de diciembre de 2020 a la suma de S/ 1,454,571 (Capital: S/ 1,396,120, interés: S/ 58,450); en referencia al Convenio (Acuerdo de Donación N 5.1.11 SIDB 2014) denominado "Apoyo a la Capitalización de Aquafondo en el Marco del Proyecto con Global Environmental Facility (GEF) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)"; de acuerdo a la comunicación remitida de fecha 19 de agosto del 2019 por la organización The Nature Conservancy (TNC) al Fondo de las Américas (FONDAM). (Ver nota 4)

Al 31 de diciembre de 2020 y de 2019, dicho saldo contable ha sido registrado en el patrimonio de Aquafondo de forma transitoria debido a que a la fecha de la presentación de los estados financieros adjuntos, no han sido aprobados en actas por los órganos de gobierno como son la Asamblea General de Asociados y el Consejo Directivo.

En opinión de la Gerencia de Aquafondo dichos fondos patrimoniales, permitirán asegurar la estabilidad en periodos de dificultades económicas o prever sucesos extraordinarios y/o servirán de apalancamiento y fortalecimiento del patrimonio de Aquafondo.

\*\*\*Las imágenes extraídas del texto del "Informe de Auditoría Financiera del Examen a los Estados Financieros al 3 de diciembre de 2020 y 2019 (no auditados)"

9. Frente a lo señalado en el punto 8 anterior, es preciso indicar que mediante el CONVENIO DE INSTRUCCIONES tampoco se dio en donación EL IMPORTE y sus rendimientos a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, de forma que solo hubiera quedado pendiente la aceptación de ésta, luego que adquiriese personalidad jurídica (existencia). Así pues, para la donación entre vivos, la legislación colombiana exige capacidad para recibir donaciones, que solo concurre si el Donatario existe al momento de hacerse la donación (art. 1447 C.Civ.Col); lo cual no se cumplía a la fecha de suscripción del CONVENIO DE INSTRUCCIONES, dado que la ASOCIACIÓN AQUAFONDO adquiere personalidad jurídica muy posteriormente con su inscripción en registros públicos el 07.03.16.

10. A la vista de los asientos del Libro de Inventarios y Balances de AQUAFONDO a fecha 30.04.16, se concluye que EL IMPORTE no fue transferido como aporte inicial de TNC a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, como pudiera haberlo sido en virtud de la siguiente disposición contenida en el Acta de fundación de AQUAFONDO; muy probablemente debido a que TNC no aparece entre los asociados que suscribieron dicha Acta de fundación:

SE DEJA CONSTANCIA TAMBIEN QUE LOS FIRMANTES DE DICHO CONVENIO HAN APORTADO RECURSOS Y DINERO PARA EL DESARROLLO DE AQUAFONDO, RECURSOS QUE LOS FUNDADORES ACUERDAN CONSIDERAR COMO LA CUOTA DE INSCRIPCIÓN DE CADA UNA DE ELLAS A LA ASOCIACIÓN QUE SE FORMALIZA EN LA FECHA. EN CONSECUENCIA, LOS APORTES REALIZADOS CON ANTERIORIDAD POR LOS FUNDADORES SERÁN CONSIDERADOS COMO SU CUOTA DE INSCRIPCIÓN. =====  
A LA FECHA, LOS FUNDADORES IGUALMENTE RATIFICAN Y ACUERDAN QUE EL SALDO DEL PATRIMONIO RESULTANTE DE LAS ACTIVIDADES Y DEL DESARROLLO DE PROYECTOS EJECUTADOS BAJO EL CITADO CONVENIO MARCO SE TRANSFERIRÁ A LA ASOCIACIÓN DE TAL MODO QUE EL BALANCE FINAL QUE SE ELABORE A LA FECHA DE TRANSFERENCIA DEL PATRIMONIO COMÚN ACUMULADO SEGÚN LAS ESTIPULACIONES DEL CONVENIO MARCO SERÁ EL BALANCE INICIAL DE LA ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO "FONDO DE AGUA PARA LIMA Y CALLAO- AQUAFONDO QUE SE CONSTITUYE EN LA FECHA. =====

11. Por otro lado, tampoco se han reconocido y traspasado inversiones o gastos que asciendan al TOTAL de EL IMPORTE, a través de las dos "Actas de Reconocimiento de Gastos realizados por FONDAM a favor de AQUAFONDO" de fecha 15.07.18; sino solo en la parte ejecutada. Reafirmando que EL IMPORTE es a la fecha una suma de efectivo transferida a la cuenta corriente de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO por parte de FONDAM en setiembre de 2019.

12. Existe claro sustento de que FONDAM ha sido el depositante de EL IMPORTE en la cuenta corriente de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO y que efectuó el abono por orden de TNC. Sin embargo, es necesario que se proceda conforme a lo indicado por TNC en su Carta a FONDAM de 19.08.19, coordinándose con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO el documento jurídico más adecuado a suscribir, para dar sustento a la transferencia.

**13.** Debe tenerse en cuenta que las instrucciones de uso/destino o administración que TNC ha instruido respecto de EL IMPORTE y sus rendimientos, se contienen en el CONVENIO DE INSTRUCCIONES, en el CONVENIO MARCO al que se remite, y en la Sesión de Comité Directivo de 29.10.12. Pero el contenido de ninguno de estos tres acuerdos le es vinculante o de obligado cumplimiento a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO.

Así pues, AQUAFONDO no ha suscrito el CONVENIO DE INSTRUCCIONES, ni le son obligatorios los términos acordados en la Sesión de Comité Directivo de 29.10.12; y aunque pacíficamente se admite que el CONVENIO MARCO es el origen de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO,

4.- RECONOCIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES Y OPERACIONES ANTERIORES AL ACTO FUNDACIONAL DE AQUAFONDO =====  
SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS FUNDADORES HAN VENIDO DESARROLLANDO UNA SERIE DE ACTIVIDADES Y OPERACIONES BAJO LAS REGLAS DEL CONVENIO MARCO DE FECHA 07 DE MARZO DE 2011, MEDIANTE EL CUAL SE CREÓ DE HECHO EL FONDO PARA LA CONSERVACION DE LAS CUENCAS Y LOS RECURSOS HIDRICOS DE LIMA Y CALLAO - AQUAFONDO Y QUE INCLUYE LOS LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS MARCO PARA LA ADMINISTRACION DE RECURSOS Y PROYECTOS PARA SU OPERACION Y FUNCIONAMIENTO (EN ADELANTE, "EL CONVENIO MARCO"). DICHO CONVENIO SE MODIFICÓ CON FECHA 27 DE FEBRERO DE 2015 POR UNANIMIDAD DE LAS INSTITUCIONES QUE LO SUSCRIBIERON PARA APROBAR LA CESIÓN DE SU POSICIÓN EN EL MISMO DE UNIÓN DE CERVEGERIAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. A FAVOR DE FUNDACIÓN BACKUS. =====  
SE DEJA CONSTANCIA TAMBIÉN QUE LOS FIRMANTES DE DICHO CONVENIO HAN APORTADO RECURSOS Y DINERO PARA EL DESARROLLO DE AQUAFONDO, RECURSOS QUE LOS FUNDADORES ACUERDAN CONSIDERAR COMO LA CUOTA DE INSCRIPCIÓN DE CADA UNA DE ELLAS A LA ASOCIACIÓN QUE SE FORMALIZA EN LA FECHA. EN CONSECUENCIA, LOS APORTES REALIZADOS CON ANTERIORIDAD POR LOS FUNDADORES SERÁN CONSIDERADOS COMO SU CUOTA DE INSCRIPCIÓN. =====  
A LA FECHA, LOS FUNDADORES IGUALMENTE RATIFICAN Y ACUERDAN QUE EL SALDO DEL PATRIMONIO RESULTANTE DE LAS ACTIVIDADES Y DEL DESARROLLO DE PROYECTOS EJECUTADOS BAJO EL CITADO CONVENIO MARCO SE TRANSFERIRÁ A LA ASOCIACIÓN DE TAL MODO QUE EL BALANCE FINAL QUE SE ELABORE A LA FECHA DE TRANSFERENCIA DEL PATRIMONIO COMÚN ACUMULADO SEGÚN LAS ESTIPULACIONES DEL CONVENIO MARCO SERÁ EL BALANCE INICIAL DE LA ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO "FONDO DE AGUA PARA LIMA Y CALLAO- AQUAFONDO QUE SE CONSTITUYE EN LA FECHA. =====

su contenido no forma parte de sus estatutos, ni tampoco es un inserto de la escritura pública de constitución de la

Asociación. La referencia al CONVENIO MARCO en el punto 4 de la Escritura Pública de Constitución de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, parece más una referencia a la Denominación o al Título del CONVENIO MARCO, que una sujeción clara de la Asociación a sus disposiciones. Por otro lado, el CONVENIO MARCO puede resultar vinculante para los asociados que lo suscribieron y los que -como la Fundación Backus- lo firmaron con posterioridad, y en ese sentido "fungir" como algo un "Acuerdo de Asociados" similar a un "sindicato de acciones" que determine su actuar en los órganos y frente a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, pero no le es vinculante a ésta aunque conozca de su contenido, ya que no existe para asociaciones una norma igual a la del art. 8 de la Ley General de Sociedades<sup>2</sup>.

Por todo ello es importante para TNC pactar con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO el régimen de uso/destino o administración de EL IMPORTE y sus rendimientos, además de legitimar su actual posesión por parte de la Asociación.

## **II.2. DEL FUTURO CONVENIO CON AQUAFONDO PARA LA ASIGNACIÓN DIRECTA O DE RENDIMIENTOS DE EL IMPORTE.**

**14.** De la documentación alcanzada para la elaboración del presente Informe, no hemos podido determinar con certeza si ya venció la última ampliación del CONVENIO DE INSTRUCCIONES. Su plazo de vigencia inicial vencía el 15.12.12, pero obra una Carta de FONDAM de mediados de 2019 remitiendo un Proyecto de Adenda ampliatoria de plazo, lo que abre la posibilidad de que a la fecha este CONVENIO DE INSTRUCCIONES aún esté vigente aunque no operativo. No obstante, aunque resultase cierto esto último, se desaconseja formalizar la tenencia de EL IMPORTE, a

<sup>2</sup>El art. 8 de la Ley General de Sociedades, señala que *son exigibles para la Sociedad, en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.*

través de una cesión de la posición contractual de FONDAM en el CONVENIO DE INSTRUCCIONES a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO; entre otras razones por las siguientes:

**13.1.** Al ser actualmente TNC asociado de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, existen disposiciones del Convenio de Instrucción que son contrarias a la Ley Peruana a la que está sometida esta Asociación. Así, lo señalado en el apart b) de la cláusula Novena, que estipula que en caso de disolución o liquidación de AQUAFONDO, **EL IMPORTE** deberá ser devuelto a TNC, resultaría ineficaz por infringir la prohibición del art. 98 del C.Civ.

(b) En caso de disolución o liquidación de AQUAFONDO por cualquier razón, el monto total entregado para capitalización bajo esta Donación deberá ser devuelto a TNC en un plazo mayor de 30 días naturales contados a partir de la fecha de la resolución que determine disolución o liquidación de AQUAFONDO.

Art.98 del Cod. Civ: "Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, **con exclusión de los asociados**. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación"

Tal estipulación necesitaría adecuarse como parte de otro tipo Convenio. Por ejemplo, si se celebrase una donación, esta entrega puede estipularse aunada a un cargo con derecho de reversión- y, siempre que no resulte tampoco incompatible con las prohibiciones impuestas por SUNAT para la exoneración de IR concedida a la Asociación (ver punto 16 del presente Informe).

**13.2.** El CONVENIO DE INSTRUCCIONES no ha determinado, si **EL IMPORTE** se entrega para ser empleado como "asignación directa", o para que solo sus rendimientos se destinen al financiamiento de programas, proyectos o actividades propios de los objetivos de AQUAFONDO. Al parecer **EL IMPORTE** se ha usado conforme a esta última modalidad señalada en el punto 6.4.a.2 del CONVENIO MARCO, pero tal instrucción no está contenida en el CONVENIO DE INSTRUCCIONES. Por lo tanto, si TNC desea que dicha modalidad de uso sea obligatoria y prevalezca, deberá pactarlo expresamente con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO.

**TERCERA: MONTO.** A efectos de ese presente Convenio, FONDAM recibirá un monto no mayor a PEN S/. 1.396.120,00 (Un millón trescientos noventa y seis ciento veinte 00/100 nuevos soles) que corresponde en su totalidad a la modalidad de "asignación directa" y/o "uso de rendimientos" en línea con lo dispuesto por el inciso 6.4.a.1 y 6.4.a.2 de la Cláusula Sexta del Convenio Marco, y aprobado por el Comité Directivo del AQUAFONDO en la sesión ordinaria de fecha 29 de octubre de 2012 (Anexo 1). A menos que haya una enmienda formal al presente Convenio, TNC no estará obligada a entregar fondos adicionales a FONDAM para capitalizar el fondo.

**13.3.** Las estipulaciones sobre el uso, entrega o administración de **EL IMPORTE**, que habrían sido acordadas en la Sesión del Comité Directivo de 29.10.12 (según cláusula tercera del CONVENIO DE INSTRUCCIONES), no han quedado plasmadas en el Acta de dicha sesión, por lo que para que las mismas persistan y sean vinculantes para la ASOCIACIÓN AQUAFONDO deberán ser negociadas y acordadas por escrito con ésta como parte del contrato de traspaso de **EL IMPORTE** que se suscriba.

**13.4.** AQUAFONDO no puede operar respecto del **EL IMPORTE** solo sujetándose a todas las disposiciones del CONVENIO DE INSTRUCCIONES en la integridad de sus términos, sino que se precisa una adaptación de las que resulten pertinentes en un nuevo acto jurídico, básicamente debido a tres aspectos:

(a) FONDAM tiene dentro de su objeto el administrar fondos de otras instituciones cuyos propósitos comparte, y ese punto de vista es el que predomina en el CONVENIO DE INSTRUCCIONES (en términos como “instrucciones”, “gastos reembolsables”, etc.). Mientras que la ASOCIACIÓN AQUAFONDO no tiene previsto ese tipo de actividad dentro de su objeto. AQUAFONDO es la persona jurídica asociación que ha asumido como su propósito y fines, lo que era el objetivo y fines del Fondo AQUAFONDO según la cláusula cuarta del CONVENIO MARCO; y a cuyo cumplimiento debe y puede orientar todas sus actividades, incluida la forma de administrar o rentabilizar lo fondos que recibida.

(b) TNC reviste la calidad de asociado respecto de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO. Debido a ello cualquier donación, cargo con derecho de reversión, o encargo de administración de fondos que celebre con AQUAFONDO, debe concordarse y adecuarse antes a las normas del Código Civil (art. 91) y del Estatuto (artículos octavo y noveno), que regulan las relaciones de los asociados con la Asociación. Así como también, debe realizarse con mayor profundidad un análisis del impacto tributario, de los derechos que desee reservarse TNC frente a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, a fin de no incurrir en conductas que pudieran ser consideradas por la SUNAT como prohibidas por el art. 19 del TUO de la Ley de Impuesto a la Renta.

(c) El CONVENIO DE INSTRUCCIONES estipula que el mismo debe ser interpretado y regido conforme a la legislación colombiana y la legislación estadounidense que resulte aplicable. Sin embargo, si la ASOCIACIÓN AQUAFONDO asumiese la

VIGÉSIMA TERCERA: LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN. La presente Donación será interpretada regida de acuerdo a las leyes de Colombia y aquellas leyes de los Estados Unidos que sea aplicables. TNC y FONDAM se comprometen a someter cualquier litigio que involucre la interpretación o aplicación de cualquiera de los términos o disposiciones de la present Donación a los tribunales de Bogotá, Colombia.

posición contractual de FONDAM en dicho Convenio, faltaría *a priori* la justificación para que esta relación jurídica le sea aplicable la legislación colombiana, dado que sus elementos esenciales no parecen ubicarse en diversos países, como para requerir la aplicación de normas de derecho internacional privado.

14. En el CONVENIO DE INSTRUCCIONES se indica que **EL IMPORTE** que se da en administración a FONDAM, será cofinanciado con fondos provenientes del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) no reembolsables. Lo anterior

PRIMERA: OBJETO. El objeto de este convenio de instrucciones para desembolso, (en adelante denominado “Convenio”) es otorgar una donación (“Donación”) para apoyar financieramente la capitalización de AQUAFONDO para cumplir con su objeto, de acuerdo a los términos del Convenio Marco, anexo al presente documento e incorporado como Anexo 1 y para operar efectivamente como mecanismo financiero y plataforma para la gestión integrada del agua en las cuencas de Lima. Esta disposición sobrevivirá la expiración de la presente Donación

da sentido a lo declarado, en la cláusula primera del CONVENIO DE INSTRUCCIONES, respecto de que el propósito al que está afectado **EL IMPORTE** sobrevive a la subsistencia de este Convenio con FONDAM. Pero debe determinarse el contrato o convenio más adecuado a celebrar con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO para regular su actual posesión de EL IMPORTE.

15. El objetivo o propósito al que estaba afecto el Fondo AQUAFONDO, es esencialmente igual al propósito y fin de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO plasmado en sus Estatutos, aunque estos no indican expresamente que se operará como un mecanismo financiero.

Fondo AQUAFONDO (cláusula cuarta del CONVENIO MARCO)	Estatutos de ASOCIACIÓN AQUAFONDO
<p>El AQUAFONDO es a su vez un mecanismo de financiamiento, basado en una estructura institucional, creada a través del presente convenio, y, sometida a las reglas contenidas en el mismo y las que complementariamente apruebe el Comité Directivo, constituido por recursos económicos organizados bajo la forma de un fondo patrimonial que LOS CONTRATANTES crean a través del presente Convenio Marco.</p> <p>El objetivo del AQUAFONDO es promover una nueva cultura del agua, contribuyendo a la solución de los problemas de degradación en las cuencas de los ríos Chillón, Rimac y Lurín, especialmente sus cabeceras, mediante el desarrollo de proyectos financiados con los ingresos que genere el fondo patrimonial y los recursos para asignación directa y que permitan proteger y mejorar la disponibilidad y calidad de los recursos hídricos de las tres cuencas.</p> <p>El AQUAFONDO operará como mecanismo financiero, que tiene como finalidad: (1) la compensación a través de la conservación y protección de los servicios ecosistémicos provistos por las cuencas de los ríos Rimac, Chillón y Lurín, que proveen del agua requerida para las actividades económicas que se desarrollan en el ámbito de influencia de las referidas cuencas y que proveen el recurso para el abastecimiento de las poblaciones ubicadas en dicho ámbito; y, (2) la promoción de las buenas prácticas que contribuyan al mantenimiento de los servicios ecosistémicos antes referidos en el ámbito de las cuencas señaladas.</p>	<p>ARTICULO CUARTO. FINES:-----          LA ASOCIACION ES UNA INSTITUCION EMINENTEMENTE CIENTIFICA Y EDUCATIVA QUE DESARROLLARA Y PROMOVERA LAS ACTIVIDADES QUE SE MENCIONAN A CONTINUACION, A TITULO ENUNCIATIVO Y NO LIMITATIVO:-----</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. CREAR, PROMOVER Y DIFUNDIR CONOCIMIENTOS E INFORMACION PERTINENTES PARA EL USO EFICIENTE Y SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS HIDRICOS EN LAS CUENCAS DE LOS RIOS RIMAC, CHILLON Y LURIN QUE DESEMBOCAN EN EL OCEANO PACIFICO, CON LA INTENCION DE FORMAR UNA NUEVA CULTURA DE USO DEL AGUA.-----</li> <li>2. PROMOVER EL DESARROLLO DE SEMINARIOS, CONFERENCIAS Y CONGRESOS A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL, QUE PERMITAN EL CONOCIMIENTO Y LA MEJOR APLICACION DE LOS ULTIMOS AVANCES CIENTIFICOS MUNDIALES EN EL CAMPO DEL USO EFICIENTE Y SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS HIDRICOS.-----</li> <li>3. PROMOVER EL DESARROLLO DE ESTUDIOS CIENTIFICOS, PROYECTOS, ACTIVIDADES E INICIATIVAS DESTINADOS A MEJORAR LA CALIDAD Y LA DISPONIBILIDAD DE LOS RECURSOS HIDRICOS EN LAS REFERIDAS CUENCAS, ASI COMO DIRIGIRLOS Y EJECUTARLOS.-----</li> <li>4. CREAR INSTRUMENTOS APROPIADOS PARA LA GESTION DE LA CALIDAD Y DISPONIBILIDAD DEL AGUA EN LAS CITADAS CUENCAS, A PARTIR DE ESTUDIOS CIENTIFICOS Y PONERLOS AL SERVICIO DE LA COMUNIDAD, CON LA FINALIDAD DE CONTRIBUIR A REDUCIR LOS NIVELES DE CONTAMINACION DE LOS RECURSOS HIDRICOS QUE ABASTECEN A LIMA METROPOLITANA Y A INCIDIR DE MANERA POSITIVA EN LA SALUD DE LA POBLACION.-----</li> </ol>

Si se celebra Contrato de Prestación de Servicios con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO para que ésta administre **EL IMPORTE** -como lo hacía FONDAM- o permitiéndole subcontratar su administración, y estipulando que use los rendimientos dicha administración del El Importe para sus fines, es muy probable que SUNAT no considere tal supuesto como una donación, sino como una Prestación de Servicios Remunerada, con todas las consecuencias que de ello se derivarían.

Si bajo la misma figura de un Contrato de Prestación de servicios de administración se prevé que la ASOCIACIÓN AQUAFONDO use los “rendimientos” de **EL IMPORTE** que administra, propiedad de TNC, solo previa autorización o aprobación de éste (del gasto o similares), **SUNAT podría interpretar que AQUAFONDO está distribuyendo indirectamente sus rentas entre sus Asociados, con la consecuente sanción de pérdida de la exoneración del Impuesto a la Renta conforme a lo señalado en el art. 19.b del TUO de la Ley de Impuesto a la Renta.**

Art. 19.b del TUO de la Ley de Impuesto a la Renta “...*Se considera que las entidades a que se refiere este inciso distribuyen indirectamente rentas entre sus asociados o partes vinculadas a éstos o aquéllas, cuando sus costos y gastos:*

- i. *No sean necesarios para el desarrollo de sus actividades, entendiéndose como tales aquellos costos y gastos que no sean normales en relación con las actividades que generan la renta que se destina a sus fines o, en general, aquellos que no sean razonables en relación con sus ingresos.*

(...)

*De verificarse que una entidad incurre en distribución directa o indirecta de rentas, la SUNAT le dará de baja en el Registro de entidades exoneradas del Impuesto a la Renta y dejará sin efecto la resolución que la calificó como perceptora de donaciones. La fundación o asociación no gozará de la exoneración del Impuesto en el ejercicio gravable en que se le dio de baja en el referido registro ni en el siguiente, y podrá solicitar una nueva inscripción vencidos esos dos ejercicios”.*

16. La contingencia anterior es menor en cambio, si el Contrato que se celebra entre TNC y la ASOCIACIÓN AQUAFONDO es uno de Donación, aunque se establezcan limitaciones en la forma de su uso bajo la forma de cargas. Así pues, bajo un contrato de este tipo, EL IMPORTE sería un bien mueble de propiedad de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, recibido en virtud de una donación, con cargas que afectan sus modos de uso, pero cuyas rentas directa e indirectamente son siempre en beneficio de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO.

Sobre la posibilidad de establecer derechos de reversión de EL IMPORTE por el incumplimiento de cargas impuestas, el art. 1631 C.Civ contempla que solo puede establecerse un derecho de reversión a favor del donante. Ahora bien, siendo el donante un asociado, habría que realizar un análisis tributario más profundo o planificación, para evitar la contingencia frente a SUNAT de que impute que la ASOCIACIÓN AQUAFONDO distribuye (con tal reversión) *sus rentas* entre sus asociados, lo que la colocaría fuera de las condiciones de exoneración del art. 19.b de la Ley del Impuesto a la Renta. Parece poco plausible, pero igualmente es conveniente dar un adecuado desarrollo a cualquier disposición de este tipo que deseen incluirse en el contrato de donación.

Artículo 19.- Están exonerados del impuesto hasta el 31 de diciembre de 2023.

(...)

b) Las rentas de fundaciones afectas y de asociaciones sin fines de lucro cuyo instrumento de constitución comprenda exclusivamente, alguno o varios de los siguientes fines: beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales, y/o de vivienda; **siempre que destinen sus rentas a sus fines** específicos en el país; **no las distribuyan, directa o indirectamente, entre los asociados o partes vinculadas a estos o a aquellas**, y que en sus estatutos esté previsto que su patrimonio se destinará, en caso de disolución, a cualquiera de los fines contemplados en este inciso.

**17.** Para dar EL IMPORTE en donación a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, debe celebrarse el contrato por escrito de fecha cierta, ya que así lo exige bajo sanción de nulidad el art. 1624 C.Civ. cuando el valor de lo donado supera el 25% de la UIT. **Es también precisamente por este art. 1624, que el solo acto de ordenar la transferencia del dinero a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO y el haber proporcionado ésta su número de cuenta para el abono, no la ha convertido en propietaria de EL IMPORTE por donación.**

**18.** El propietario de EL IMPORTE a la fecha sigue siendo TNC (o BID). De forma que, la decisión de invertir EL IMPORTE en moneda extranjera no corresponde que sea adoptada por ningún órgano de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, sino por el Comité Directivo del FONDO AQUAFONDO conforme a sus facultades de la cláusula décimo cuarta del CONVENIO MARCO. Dado que dicho Comité ya no existiría, entonces cualquier decisión de inversión sobre EL IMPORTE debe ser adoptada por su propietario.

**16.** El presente informe se ha elaborado partiendo de la premisa de que TNC sería el propietario de EL IMPORTE, ya que en el CONVENIO DE INSTRUCCIONES se indica que los fondos cofinanciados con el BID eran no reembolsables. Sin embargo, se recomienda analizar el texto de la COOPERACIÓN PRINCIPAL para establecer conclusiones definitivas. Por otro lado, a partir de saber si la COOPERACIÓN PRINCIPAL ha finalizado, debe identificarse de su contenido, las políticas y procedimientos pertinentes y derechos del BID obligatorios de observar y respetar, en el uso o administración futuro del **EL IMPORTE**; a fin de que sean estipulados de la mejor forma, en el nuevo contrato con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO.

### **III. CONCLUSIONES:**

**3.1.** El CONVENIO MARCO y el CONVENIO DE INSTRUCCIONES no resultan vinculantes para la ASOCIACIÓN AQUAFONDO, ni establecen suficientemente un derecho o título, conforme al cual esta Asociación tenga en posesión EL IMPORTE. Por lo que debe documentarse jurídicamente la transferencia que del mismo le hiciera FONDAM por orden de TNC.

**3.2.** La propiedad sobre EL IMPORTE no ha sido transferida a la ASOCIACIÓN AQUAFONDO; y tampoco le ha sido contratada su administración o gestión. Por lo tanto, se recomienda que sea el propietario de EL IMPORTE o a quien éste se lo hubiera encomendado, el que adopte las decisiones acerca de su inversión o conversión a moneda extranjera.

**3.3.** No resulta procedente que la ASOCIACIÓN AQUAFONDO sustituya a FONDAM en su posición contractual en el CONVENIO DE INSTRUCCIONES, ya que sus estipulaciones requerirían una adaptación (incluso derogación) según las normas del Código Civil y del Estatuto pertinentes - que regulan las relaciones entre la Asociación y sus asociados-, y según las normas tributarias. Por similares razones, desaconsejamos celebrar con la Asociación AQUAFONDO un Contrato para la administración de EL IMPORTE, y percepción en propiedad de sus rendimientos y/o su uso previa autorización del propietario. SUNAT podría desconocer el carácter gratuito tanto del servicio como de la entrega del rendimiento, e incluso entender que AQUAFONDO infringe las prohibiciones del art. 19.b de TUO de la Ley de Impuesto a la Renta, con las consecuencias que de ello se derivarían.

**3.4.** El acto jurídico más recomendable para documentar la actual posesión y uso de EL IMPORTE por parte de la Asociación AQUAFONDO es el Contrato de Donación. El mismo que deberá celebrarse por escrito de fecha cierta bajo sanción de nulidad.

**3.5.** Se recomienda analizar el documento que contiene la COOPERACIÓN PRINCIPAL, para identificar los derechos, las políticas y procedimientos pertinentes del BID, que son de observancia y cumplimiento obligado, durante el futuro uso o administración de EL IMPORTE; y estipularlos de la forma más adecuada en el nuevo contrato con la ASOCIACIÓN AQUAFONDO.

#### **IV. DOCUMENTOS ANALIZADOS:**

**4.1.** Convenio para la creación del Fondo para la Conservación de las Cuencas y los Recursos Hídricos de Lima y Callao –AQUAFONDO- y Lineamientos y Principios Marco para la Administración de Recursos y Proyectos para su Operación y Funcionamiento

**4.2.** Convenio de Instrucciones del aportante TNC para la administración de sus recursos bajo la cuenta AQUAFONDO. Apoyo a la capitalización de AQUAFONDO en el Marco del Proyecto con Global Environmental Facility (GEF) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (GRT/CF-12631-RG).

**4.3.** Escritura pública de constitución de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO de fecha 17.02.2016, que contiene sus Estatutos.

**4.4.** Carta de TNC dirigida a FONDAM, de fecha 19.08.19.

**4.5.** Carta N° 316-2019-DE-AQF

**4.6.** Carta N° FDLA 029 DAFI 19, de 20.06.2019

**4.7.** Informe de Auditoría Financiera del Examen a los Estados Financieros al 3 de diciembre de 2020 y 2019 (no auditados), elaborado por la firma auditora Martínez Rodríguez y Asociados. Audit-Tax-Advosory.

**4.8.** Asientos del Libro de Inventarios y Balances de AQUAFONDO a fecha 30.04.16

**4.9.** Acta de Reconocimiento de Gastos realizados por FONDAM a favor de AQUAFONDO, de fecha 15.07.18.

**4.10.** Segunda Acta de Reconocimiento de Gastos realizados por FONDAM a favor de AQUAFONDO, de fecha 15.07.18

**4.11.** Acta de la Sesión de Comité Directivo del FONDO AQUAFONDO de fecha 29.10.12.

**4.12.** Constancia de transferencia a Terceros emitida por el BCP, por la operación N° 139745057 de fecha 06.09.2019, por el importe de S/1'454,570.43.

**4.13.** Documento de fecha 06.09.2019 elaborado por FONDAM y remitido a la Dirección Ejecutiva de la ASOCIACIÓN AQUAFONDO conteniendo reporte sobre: *“Interés generado/utilización de fondos. FONDAM AQUAFONDO / TNC-FONDO PATRIMONIAL. Gasto del 13.07.2015 al 31.12.2018. Estimado al 31 de diciembre del 2018, incluye gastos bancarios al 31.08.2019”* y *“Resumen del depósito a plazo desde depósito inicial hasta su cancelación”*.

Lima, 6 de septiembre de 2021



Dra. Lorena Cecilia Ramírez Otero  
Reg. CAP 656