

El régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo en materia de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el Perú

The Legal Regime of Exclusive Purpose Companies in Terms of Public Works Infrastructure And Public Services Projects in Peru

Richard Martin Tirado

Pontificia Universidad Católica del Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-7272-0654>

RESUMEN

A diferencia de la contratación pública tradicional, referida a las adquisiciones de bienes y a la contratación de obras y servicios, las operaciones en las que se exige la constitución de una provisión de servicios públicos (SPE), se configuran para proyectos de largo plazo, en las cuales es indispensable contar en calidad de contraparte contractual del Estado, a una organización empresarial debidamente constituida con las reglas previstas en la Ley General de Sociedades (LGS). Es decir, se debe contar con un sujeto de derecho que tenga la condición de persona jurídica. En este sentido, el autor busca ahondar en el régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo para la gestión de infraestructuras y de SPE.

Palabras clave: Sociedades propósito, obras públicas, infraestructura

ABSTRACT

Unlike traditional public contracting, referring to the acquisition of goods and the contracting of works and services, the operations in which the constitution of an SPE is required, are configured for long-term projects, in which it is essential count as a contractual counterpart of the State, a business organization duly constituted with the rules provided for in the LGS, that is, it must have a subject of law that has the status of legal person. In this sense, the author seeks to delve into the legal regime of the exclusive purpose companies for the management of infrastructures and provision of public services (hereinafter the SPE).

Keywords: Purpose Partnerships, Public Works, Infrastructure

Fecha de recepción:
10/4/2023

Fecha de aprobación:
14/5/2023

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente artículo es el régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo para la gestión de infraestructuras y de provisión de servicios públicos (SPE).

En el Perú, es poco o nulo lo que se ha escrito sobre el régimen legal aplicable a las SPE, desde la perspectiva del derecho administrativo, pues, valgan verdades, se percibe que este es un asunto propio del funcionamiento corporativo de las sociedades que en general contratan con el Estado. Así, se olvida que estamos ante organizaciones empresariales que deben su constitución y funcionamiento a un conjunto de reglas propias del derecho administrativo y no solo a la regulación establecida en la Ley General de Sociedades (LGS).

Usualmente, la legislación de los diversos países involucrados en los procesos de promoción de la inversión privada exige la constitución de una SPE, la que debe ser organizada por los propios promotores y accionistas del proyecto y que se encuentran sujetas a la legislación interna del lugar en el que se debe ejecutar el proyecto.

La obligación de constituir una SPE tiene diversas justificaciones. En esencia, los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada en sus diversas modalidades tienen suficientes razones para esta exigencia, a efectos de la ejecución de un proyecto, pues, a diferencia de los clásicos contratos con financiamiento exclusivo del Estado y que se encuentran regulados en la Ley de Contrataciones del Estado y sus normas reglamentarias, nos encontramos ante un tipo de contratación a largo plazo, en la cual concurren requisitos especiales y en que ciertamente no basta exigir a la contraparte estatal el simple cumplimiento

de las reglas de un típico postor a título individual o consorciado.

No debe olvidarse que las SPE se encuentran vinculadas al desarrollo previo de un procedimiento licitatorio diseñado para el otorgamiento de un proyecto y que —como consecuencia de este— se torna indispensable contar con un sujeto de derecho, que sea —dadas las características de los proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos— una organización empresarial creada especialmente para la ejecución de las tareas inherentes a estos proyectos. Así, se justifica plenamente que para la formalización de los respectivos contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada se deba delimitar el rol que cumplen los sujetos que hayan participado en el procedimiento de selección como postores y que hayan sido declarados como adjudicatarios de la buena pro, con respecto de los que finalmente deban celebrar el respectivo contrato y, por ende, asuman los derechos y obligaciones propios del proyecto, durante un periodo de tiempo.

A diferencia de la contratación pública tradicional, referida a las adquisiciones de bienes y a la contratación de obras y servicios, las operaciones en las que se exige la constitución de una SPE se configuran para proyectos de largo plazo, en las cuales es indispensable contar en calidad de contraparte contractual del Estado, a una organización empresarial debidamente constituida con las reglas previstas en la LGS. Es decir, se debe contar con un sujeto de derecho que tenga la condición de persona jurídica.

Tal como se ha señalado, ello se justifica en razón que en el régimen clásico de contratación pública es posible admitir la participación en forma indistinta ya sea en forma individual o consorciada, de personas naturales y/o jurídicas, sin ninguna clase de restricción más allá

de la exigida en cada procedimiento de selección, pues nos encontramos ante operaciones contractuales que usualmente son de ejecución inmediata y en las cuales el financiamiento de estas se encuentra asegurado *ex ante*, pues, según las disposiciones aplicables a este tipo de contratos, no puede convocarse a ningún tipo de licitación, si previamente no se encuentra incorporada esta en el presupuesto de la entidad convocante y aprobada en el respectivo Plan Anual de Contrataciones, bajo sanción de nulidad, y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar por la inobservancia de este tipo de obligación.

En contraposición a estas reglas de la contratación pública clásica, en el caso de los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada nos encontramos ante un fenómeno distinto. Ello implica la necesidad de establecer requisitos para la celebración y ejecución de estos contratos.

Es importante señalar que en los proyectos de inversiones de gran envergadura se requiere contar con el apoyo de entidades del sistema financiero internacional, las cuales exigen a los promotores y accionistas de los proyectos, la constitución de una SPE, pues a través de ellas se puede crear una nueva empresa en función de capitales mínimos o iniciales, a los cuales se les podrá agregar otros nuevos. Precisamente, la SPE, como contraparte del Estado en el respectivo contrato, es el instrumento que permite asumir compromisos financieros con los acreedores para la ejecución del proyecto.

La constitución de una SPE nos ofrece algunas ventajas comparativas, como la posibilidad que una empresa en giro o en funcionamiento no vea afectada su capacidad financiera ni la liquidez de sus propias operaciones ante las demandas del proyecto, tal como ocurriría en el supuesto en el que no se constituya una SPE.

Este aislamiento de los flujos de un proyecto a través de la constitución de una SPE nos permite contar con adecuados mecanismos de repago de la deuda a los acreedores del proyecto y, por ende, contar con una mayor garantía frente a terceros. Dependiendo de cada caso y de la naturaleza del proyecto, se deberán establecer los mecanismos para el adecuado control de los pagos en favor de los acreedores.

Para entender la lógica que acompaña al financiamiento de proyectos en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, se suele distinguir entre el financiamiento corporativo y el *project finance*. Precisamente, es en este último mecanismo en que se exige la constitución de una SPE para efectos del financiamiento de un proyecto. En esencia, cuando es necesario aislar los flujos de un proyecto del resto de operaciones de una empresa, se constituye una SPE.

En el documento elaborado por ESAN (2018: 44), se sostiene que el *project finance* constituye «un mecanismo de apalancamiento financiero, mediante una compleja estructura de contratos y obligaciones para el desarrollo de proyectos de inversión de largo plazo».

Engel, Fischer y Galetovic (2014: 144) lo expresan así:

Existen varias razones para preferir el Project Finance en vez del financiamiento corporativo. El apalancamiento aumenta el retorno esperado sobre el capital, incluso después de ajustar los mayores costos de financiamiento. Asimismo, es más difícil levantar capital que emitir deuda, especialmente si se trata de proyectos sin historia.

El *project finance* nos permite ejecutar un proyecto aislando los flujos de otras operaciones. A diferencia de lo que ocurre en un esquema de financiamiento corporativo, en el cual se alude a

un conjunto de proyectos, el carácter especial de determinados proyectos nos permite justificar, de alguna forma, la necesidad de canalizar una inversión concreta a través de una SPE.

Engel, Fischer y Galetovic (2014: 136-137) sostienen el carácter dinámico del financiamiento de los proyectos en función de que estos se orienten a la fase de construcción o de operación de un proyecto. Así, se distingue entre los patrocinadores operacionales y los financieros. En el primer caso, se alude a los patrocinadores vinculados a la industria de la infraestructura que suelen ser atraídos por el negocio en sí mismo de la construcción. En cambio, los patrocinadores financieros son aquellos a los que les interesa el financiamiento del proyecto.

Por otra parte, desde el punto de vista financiero, no es lo mismo el tipo de financiamiento que se genera cuando el proyecto se encuentra en una fase de construcción o en la fase de operación. En este último caso, suelen aparecer los bonistas en reemplazo de los prestamistas bancarios, como una clara evidencia del tipo de intereses en juego.

Son varios los argumentos que justifican la existencia de un *project finance*, entre los cuales se pueden identificar los siguientes:

- La posibilidad de utilizar grandes recursos de capital —usualmente privados—, con los que el Estado no cuenta para la ejecución de un proyecto.
- La necesidad de atenuar o mitigar los riesgos inherentes a la ejecución de determinados proyectos, lo cual requiere de la participación de una organización especializada.
- La alternativa de no comprometer los recursos internos de una empresa en un solo tipo de proyecto o en un proyecto de gran envergadura.

- La exigencia de contar con mecanismos de garantía en favor de los acreedores del proyecto.

En la búsqueda del uso eficiente de los recursos asignados a través del *project finance*, se utiliza una nueva sociedad a la que se suele denominar como SPE. En nuestra legislación, en materia de proyectos de infraestructura y de servicios públicos, no existe una forma jurídica concreta que regule el funcionamiento de esta sociedad, siendo la de uso más común, pese a sus dificultades, la sociedad anónima cerrada, que no se encuentra exenta de interferencias en su actuación, por las restricciones que operan con respecto al número tope de accionistas así como por las restricciones para la libre transferencia de acciones, supuesto que la acerca más a una típica sociedad de personas antes que a una sociedad de capitales, que resulta el escenario más adecuado para la operación de la SPE.

La SPE, según ESAN (2018: 46), es:

«La titular de los activos del proyecto y será la encargada de su gestión, ejecución y explotación. Asimismo, suscribirá la cadena de contratos necesarios para que el proyecto opere. Además, será la responsable de recibir los ingresos y flujos de caja futuro que se generen en un proyecto de inversión, permitiendo el aislamiento de los riesgos de los accionistas respecto del proyecto, pues solo arriesgarán los fondos propios invertidos como accionistas, sin afectar su capacidad financiera y su liquidez».

Para Engel, Fischer y Galetovic (2014: 135), existen tres características adicionales en los proyectos de APP que son importantes:

- En primer lugar, son suficientemente grandes y justifican una administración independiente, en especial durante la fase de construcción y, en algunos casos, en la etapa de operación.

- En segundo lugar, durante la fase de construcción y de operación, se subcontrata gran parte de las tareas con proveedores especializados.
- En tercer lugar, cuando los servicios son contratables, es posible unificar la construcción y la operación. Esto genera una serie de esfuerzos por internalizar los costos de operación y mantenimiento.

Es importante señalar que detrás de la constitución de una SPE existen un conjunto de actores involucrados, como los accionistas (*sponsors*), los que usualmente son aquellos que tuvieron una participación en el procedimiento de selección. No obstante, los accionistas se encuentran obligados a diferencia de lo que ocurre en el régimen clásico de la contratación pública, a constituir una SPE para efectos de la ejecución del proyecto.

Valcárcel (2006: 369), al comentar este aspecto para el caso de la constitución de las sociedades concesionarias, plantea la necesidad de distinguir el rol del promotor con la propia empresa concesionaria en los siguientes términos:

«Nos encontramos ante figuras distintas cuanto menos desde el punto de vista de su intervención y de la labor que asumen en las operaciones que damos cuenta.

[...].

1. El promotor. Es el agente o agentes que respondiendo a una demanda concreta de la Administración promueven la constitución de una empresa que se presentara al concurso convocado por aquella o se compromete a la ejecución de la misma una vez le haya sido adjudicado el proyecto [...].

2. La concesionaria o sociedad vehículo. Lo normal es que, una vez adjudicado el contrato, el grupo de empresas que se presentaron conjuntamente como licitador único (como promotor), cumplan el compromiso plasmado en la oferta y constituyan una organización temporal en concreto, una unión temporal de empresa (UTE)».

Con respecto a la vinculación de los promotores con la sociedad, Valcárcel (2006: 370) no duda en señalar:

La sociedad [...] constituida ad hoc para la realización de una determinada infraestructura, es la que se vincula directamente con la Administración, en definitiva, la que ocupa la posición de parte contratante y la que va a tener que responder ante la autoridad pública. Será la perceptora de los pagos, flujos, *cash flow* que satisfagan los usuarios del bien o servicios en la fase de explotación con los que se sufragarán los gastos en que se hubiese incurrido y se obtendrán los beneficios que condicionaron el interés por el proyecto.

Es posible que se encuentren también involucrados, en función de la magnitud del proyecto, otra clase de actores, como los acreedores permitidos, que vienen a constituir aquellas empresas u organizaciones —usualmente del sistema financiero—, que apoyan al desarrollo del proyecto con el financiamiento.

Las características y requisitos para la participación de los acreedores permitidos se suelen establecer a nivel de cada proyecto y en función de la envergadura de estos.

Según lo señalado, los promotores y socios del proyecto deben tener la suficiente habilidad para identificar escenarios para el desarrollo de sus operaciones. A partir de ello, la constitución de una SPE se hace indispensable y nos permitirá afrontar con mayores elementos de juicio, entre otros aspectos, la composición de capital de la SPE, el manejo especializado de los flujos, los riesgos de los aportes, etcétera.

Ahora bien, el carácter especial y complejo de los proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos nos obliga a la adopción de medidas específicas para regular la participación de aquellos sujetos que actúan en calidad de contraparte del Estado. Precisamente, el objetivo del

presente artículo es verificar el conjunto de requisitos que resultan exigibles para el funcionamiento de una SPE como una organización distinta a la adjudicataria de la buena pro.

En el contexto descrito, se evaluarán los alcances de la normativa existente en el Perú, y los retos que —a casi de treinta años de vigencia del modelo de promoción de la inversión privada— se hacen exigibles en el marco del funcionamiento de las SPE.

En la actualidad y debido a los sucesivos cambios del marco legal aplicable a los procesos de promoción de la inversión privada en el Perú, se advierte que la constitución y funcionamiento de las SPE no tienen una regulación especial desde el punto de vista administrativo. Se puede afirmar que la opción del legislador nacional ha sido, desde un inicio, permitir que en cada caso, y atendiendo a las características de los proyectos, se constituyan diversos tipos de SPE, en las que se utilice los tipos o modelos societarios previstos en la LGS.

La normativa vigente en materia de asociaciones público-privadas (APP), establecida por el Decreto Legislativo 1362, del 21 de julio de 2018, que regula el régimen de promoción de la inversión privada, mediante asociaciones público-privadas y proyectos, en activos y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 240-2018-EF, no escapa a esta afirmación.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una nota característica de los procesos de privatización en los países de Iberoamérica es que estos no han adoptado respuestas uniformes en relación con el déficit creciente en materia de infraestructura y de provisión de servicios públicos. En este contexto y siguiendo a Cassagne (2019: 594), se puede afirmar:

[...] en la mayoría de los países de Latinoamérica se sufre un evidente déficit en lo concerniente a las obras necesarias para su desarrollo económico y social. El mayor problema radica en que la necesidad de dotar al país de infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de obras de tales características.

Frente a este escenario, y como parte de la respuesta de nuestros países ante los retos y desafíos en materia de dotación de infraestructura y de provisión de servicios públicos, se advierte la necesidad de parte de los Estados de generar políticas públicas para reducir la brecha con diferentes fórmulas. Para ello, se han venido implementando nuevos esquemas de colaboración público-privada para el desarrollo de los proyectos.

En el Perú, por cambios normativos, las APP han sido parte de esta respuesta, y han surgido como un modelo de dotación de infraestructura y de provisión de servicios públicos, en el que frente a la carencia de recursos públicos y de otras fortalezas que son propias del sector privado, se nos plantea la posibilidad que, al amparo de una nueva técnica de contratación administrativa, tanto el sector público como el privado, puedan generar en forma conjunta e proyectos en los que cada parte aporte lo mejor de sus capacidades.

Para Cassagne (2020: 121), estamos, a propósito de este tipo de mecanismos, ante un nuevo modelo de organización de proyectos, en el que la administración, y en definitiva el Estado, se repliega en la gestión de determinados derechos, pero, a la vez, se concentra en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya gestión se adjudica en forma preferente a los sectores privados y que, finalmente, traducen

una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad en la actuación estatal.

La concepción del Estado regulador y garante que se deriva de esta nueva forma en el que se compromete la actuación del Estado obedece, pues, a un conjunto de factores, que, según Cassagne (2020: 120), se apoyan en las ineficiencias del aparato estatal, los altos costos de las prestaciones a cargo del Estado, etcétera. Por contradictorio que ello parezca, el Estado regulador y garante no termina abdicando de su función social, sino busca fortalecer su actuación, tratando que se alcancen los mejores niveles de calidad y eficiencia en los servicios públicos, mediante la colaboración privada.

Dejando en claro que existe un rol regulador y garante del Estado, ello implica reformular el rol del Estado como prestador directo de servicios para asegurar la provisión de estos por medio de la imposición de obligaciones a los particulares. Así, el Estado asume una posición de asegurador directo del funcionamiento y de la calidad de servicios, y vigila el mercado para que los operadores respeten la competencia y la regulación pública.

A partir de este nuevo enfoque de la gestión contractual y en el que se advierte la posibilidad de establecer mecanismos de gestión indirecta de los proyectos a través de particulares, se generan dos tipos de relaciones, las cuales inciden en el tipo de contratos que se derivan de los procesos de promoción de inversión privada. Según esta afirmación y de cara a establecer los supuestos que justifican la constitución y funcionamiento de las SPE como contraparte contractual del Estado, se pueden identificar las siguientes relaciones contractuales:

- La existencia de un contrato principal regulado por el derecho administrativo, y que

se deriva del procedimiento de selección y otorga al adjudicatario de la buena pro, un título habilitante para la explotación de un servicio o la ejecución de la obra. En el ordenamiento jurídico peruano, ello origina la celebración de un contrato que se suscribe, por un lado, entre el Estado, representado por una entidad que forma parte de la estructura de la organización estatal, y, por el otro, una sociedad constituida para efectos de la ejecución del proyecto (la SPE), y que, tal como se ha señalado, se creará para efectos exclusivos de este.

- La existencia de un contrato accesorio entre la SPE y el usuario del servicio, el cual se encuentra regulado por el régimen privado común, dada la presunta igualdad de derechos y obligaciones de las partes contratantes.

3. LAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO EXCLUSIVO Y LOS MODELOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

3.1. Generalidades

En el Perú, no existe una legislación propia para el caso de las SPE en el ámbito de los proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La opción que se utiliza es aplicar en forma genérica las disposiciones de la Ley General de Sociedades (LGS) y la remisión supletoria a los tipos societarios establecidos en este cuerpo legal. Ahora bien, la naturaleza de las operaciones a cargo de las SPE nos revela la necesidad de contar con un marco legal específico a futuro, pues este tipo de organizaciones escapan al diseño tradicional de las sociedades reguladas en la LGS.

En concordancia con la LGS, en nuestro país se opta por un modelo de contrato que se forma-

liza con el inversionista al momento de la etapa de cierre, pero cuyos alcances y efectos son absolutamente distintos a los que se utilizan para el régimen clásico de contratación pública.

Si bien hasta este momento de la explicación el tema no parece tan complejo, en realidad sí lo es, pues implica superar un conjunto de paradigmas que siempre han venido acompañando a la formalización del contrato administrativo. En efecto, hasta este punto del análisis, no parecerían existir grandes dificultades ni diferencias con lo que ocurre en el régimen clásico de contratación pública. Sin embargo, debe advertirse que una vez adjudicada la buena pro en los procedimientos de selección aplicables a los contratos de promoción de la inversión privada, se abre un escenario normativo y económico absolutamente distinto y que se encuentra, en mi opinión, directamente vinculado a la triple dimensión (como procedimiento, acto y contrato), que acompaña a las actuaciones que se desarrollan en los proyectos de promoción de la inversión privada.

En el modelo peruano, se opta por dejar abierto a cada contrato la regulación de las SPE, aspecto que no deja de ser polémico, pues en el tiempo ello puede generar una afectación a los principios de igualdad y predictibilidad, en tanto se terminen exigiendo distintos requisitos a una organización u otra, sin mediar una razón objetiva que las distinga. Sobre este tema, somos de la opinión que se deben establecer requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio para todas las sociedades, para generar uniformidad en el funcionamiento de este tipo de organizaciones.

El carácter personalísimo del contrato que celebra el Estado con la SPE exige conocer las características de cada parte a lo largo de la relación contractual. Por ello, no deja de ser un

tema relevante el que —en estos casos— nos encontremos ante un tipo de contrato a largo plazo, en el que resulta indispensable que la contraparte del Estado cumpla durante la vigencia de este, con requisitos mínimos para ejecutar el contrato.

El reconocimiento del carácter *intuitu personæ* de este tipo de contratos no deja de ser un tema polémico en el debate doctrinal y ha merecido cuestionamientos como los formulados por Blanquer (2012: 1083), en la línea de objetar el sentido tradicional del término. No obstante, nos adherimos a la postura de considerar el carácter *intuitu personæ* de este tipo de contratos, en función a la trilogía existente entre el procedimiento de selección, el otorgamiento del título habilitante en favor del adjudicatario de la buena pro y la ulterior obligación de constituir la SPE por parte de los promotores del proyecto.

En el mismo sentido que Pérez Hualde (2017: 127), sostengo el carácter *intuitu personæ* de este tipo de contratos, pues:

«La atribución de potestades y el otorgamiento de privilegios públicos hacen imprescindibles que el contrato sea celebrado con personas cuidadosamente seleccionadas. Por lo tanto, no es posible la libre transferencia, cesión o subcontratación, abierta o encubierta de sus derechos y obligaciones a favor de terceros».

Pese a que existen autores como Blanquer (2012: 1084) que cuestionan el sentido terminológico de la expresión *intuitu personæ* en este tipo de contratos, y expresan sus reparos a las limitaciones que se puedan plantear en función de esta categoría a los supuestos de subrogación de un tercero en la posición contractual de un concesionario de un servicio público, coincidimos con este autor en la necesidad de exigir a todo tipo de concesionario el cumplimiento directo y personal de las obligaciones, pues:

Dejando al margen la selección del adjudicatario por supuestas razones de confianza subjetivas y centrándonos en el cumplimiento del contrato, resulta indicado añadir que la concesión de servicio público es un contrato *intuitu personæ* en el sentido de que la ejecución o cumplimiento del contrato debe realizarse sin intermediarios. El servicio debe ser prestado de forma personal y directa por el propio adjudicatario y no por un tercero con quien se hayan contratado las prestaciones esenciales que son objeto del contrato.

Por mi parte, coincido en que el adjudicatario de la buena pro debe cumplir a cabalidad con los compromisos asumidos en mérito al otorgamiento del título habilitante para la ejecución del proyecto. Por ello, el carácter *intuitu personæ* de la relación contractual que se genera en nuestros países como consecuencia de la adjudicación de la buena pro no niega la existencia de un conjunto de criterios objetivos en la selección del adjudicatario y en la posterior celebración del contrato administrativo, que inclusive se deben salvaguardar en aquellos supuestos en los que opera la subrogación del concesionario de un servicio público, pues, finalmente, nos encontramos ante la exigencia de cumplir las obligaciones derivadas de un mismo contrato. Y es que, como reafirma Pérez Hualde (2017:128):

Las cualidades personales de la empresa concesionaria son los puntos más importantes a ponderar al momento de la decisión de adjudicación en licitación de este tipo de contratos. Tienen particular relevancia, por encima de cualquier ponderación estrictamente económica, pues la relación será prolongada, se trata de un contrato de larga duración y las condiciones técnicas y económicas sufrirán numerosas transformaciones durante su ejecución.

A partir de lo señalado, se advierte la necesidad de exigir a la SPE que acredite el cumplimiento de requisitos mínimos, los que —en rigor— deberían estar regulados en una norma, pero

que en el modelo peruano se exigen caso por caso en función de los contratos respectivos.

Según lo expresado, y pese a no existir en nuestro país una regulación normativa sobre las SPE, se advierte que, en este tipo de organizaciones, es necesario contar con disposiciones específicas vinculadas a los siguientes aspectos:

- Objeto o giro exclusivo de la sociedad.
- Sometimiento a la ley nacional.
- Capital social mínimo de la sociedad.
- Plazo determinado o determinable de vigencia de la sociedad, el cual no debe ser inferior al periodo del contrato principal.
- Participación mínima del adjudicatario de la buena pro en la estructura de la futura sociedad.
- Intervención de un operador especializado que sustente la ejecución del contrato.
- Reglas mínimas para las acciones de reorganización empresarial, como la transformación societaria, fusiones, escisiones, etcétera.
- Restricciones para la libre cesión del contrato a favor de terceros.
- Otras exigencias en función del proyecto.

En el Perú, el régimen legal aplicable para la constitución y funcionamiento de las SPE es el dispuesto en la LGS y en los no previsto, en las bases y en las exigencias mínimas que se establecen en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada. Sin embargo, existen determinadas exigencias de la LGS que terminan siendo incompatibles con el funcionamiento de las SPE, como en el caso del número de accionistas que se exigen para la constitución de una sociedad anónima abierta (artículo 249.1) o para la libre transferencia de acciones en el caso de la sociedad anónima cerrada (artículos 237 y 238).

No cabe duda entonces que estamos ante un tipo especial de organización societaria, en la cual se requiere de normas mínimas que regulen su funcionamiento. Esta problemática no es ajena en la doctrina comparada.

Autores como Rufián (2018:82), en el caso de la legislación chilena, sostienen la necesidad de contar con este tipo de sociedades a propósito de las empresas concesionarias en razón que:

«El concesionario es lo que se denomina entonces una sociedad vehículo del proyecto (SPV o SPV, *Special Purpose Vehicle*), constituida *ad hoc* para el desarrollo del proyecto y titular del contrato de concesión». El ente concedente se relaciona con el SPV principalmente como origen del activo que se pretende desarrollar, ya que se trata de infraestructuras relacionadas con la prestación de servicios públicos y además puede ser el 'único cliente' de la SPV dependiendo de la naturaleza del contrato».

Coincido con Rufián (2018: 82), cuando se afirma que la sociedad concesionaria es un «vehículo jurídico, técnico y financiero encargado de la administración del contrato de concesión». Por ello, es que —según el artículo 9 de la Ley de Concesiones de Chile— el adjudicatario quedará obligado a «constituir, en el plazo y con los requisitos que el Reglamento o las Bases Administrativas establezcan, una sociedad de nacionalidad chilena, o agencia de la extranjera con quien se entenderá celebrado el contrato de concesión».

En mi opinión, es necesario establecer reglas normativas para la constitución y funcionamiento de las SPE. No obstante, este debate no se ha producido todavía en nuestro país, y lo que básicamente se advierte es una regulación en función de cada caso. Pese a la flexibilidad con la que se ha venido abordando este tema, es necesario contar con reglas mínimas.

Hace algunos años, autores como Fernández Daza (1996: 21), a propósito del análisis de la Ley de Autopistas de España, Ley 8/1972 del 10 de mayo, señaló:

«En general, todas estas medidas resultantes de la regulación primitiva de la concesión han resultado ser excesivamente restrictivas para el mejor desenvolvimiento de las sociedades, sin embargo, no se ha producido una derogación general de las normas que las imponen. Se ha seguido el camino de la negociación individual de cada una de las sociedades concesionarias con la administración concedente, que poco a poco, ha ido aliviando la presión de algunas de estas normas a través de acuerdos singulares [...]».

En el Perú, la LGS establece formas societarias a las cuales se adecúan las SPE. Sin embargo, es necesario establecer criterios claros y concretos para distinguir entre una modalidad u otra prevista en la LGS, y, a partir de ello, verificar cuáles de los tipos legalmente habilitados por este marco normativo, resultan los más eficientes para el funcionamiento de las SPE.

3.2. Las partes del contrato de promoción de la inversión privada y la necesidad de contar con una sociedad de propósito exclusivo para efectos de la ejecución de los proyectos

No se puede contar con una idea certera sobre el régimen legal de las SPE, si previamente no tenemos una definición de la naturaleza jurídica de los contratos administrativos que la sustentan. En efecto, es necesario que se identifiquen a las partes que celebran estos contratos, lo cual es un aspecto distintivo con respecto a los actores que participan en este.

A propósito del análisis de las partes en el contrato de concesión de servicios públicos y que también resulta válido para el caso de la legis-

lación peruana que ha optado por un modelo genérico de contrato de APP, en el que la concesión de servicios públicos es una especie de aquel, Pérez Hualde (2017: 95) señala sobre las partes del contrato:

Podemos sintetizar precisando que el contrato de concesión de SP, en tanto contrato administrativo, posee —como señalamos— solo dos partes claramente diferenciada: ‘concedente y concesionario’. Esto es así, sin perjuicio de la presencia de otros sujetos activos participantes en la relación jurídica sobre la que transita el contrato y que encuentra su fuente en la relación pública que caracteriza al SP que es su objeto. En otras palabras, observamos la presencia de las «partes» contractuales y la de otros sujetos que ejercen en ese ámbito facultades propias, de las que se hallan investidas por las constituciones, nacional y provinciales —según los casos—, y las leyes en virtud de la regulación de esa relación que tiene por finalidad la efectiva realidad de la garantía constitucional.

Tal como se ha señalado, en nuestra legislación no existe una definición expresa de los contratos de promoción de la inversión privada. En el marco del Decreto Legislativo 1362, en la actualidad se cuenta con una legislación de APP y de sus diversas modalidades, entre las cuales se encuentra el contrato de concesión. En realidad, el legislador peruano ha optado por un enunciado general no exento de críticas, en el que se permite la adopción de una serie de modalidades contractuales a partir de una normativa general de APP.

Lo expuesto se encuentra reconocido en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1362 en los siguientes términos:

«Artículo 21.- Contratos de asociación público-privada

21.1. El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de asociación público-privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que

dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios.

21.2. El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de asociación público-privada, directamente o a través de terceros, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de asociación público-privada que recaigan sobre bienes públicos, no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos.

21.3. El inversionista no puede establecer unilateralmente exenciones en favor de usuario alguno, salvo lo establecido por ley expresa».

El referido artículo alude actividades que se expresan en este tipo de contrato, pero no define en que consiste el contrato de APP. Como consecuencia de ello, se puede concluir lo siguiente:

- Se constata la falta de una definición unívoca de aquello que constituye un contrato de APP. El precepto legal antes señalado no nos permite conocer con certeza en que supuestos opera este tipo de relación contractual. En realidad, al establecerse una fórmula genérica como la reseñada en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1362, lo que termina ocurriendo es que no se conocen los elementos que definen a un contrato bajo esta modalidad.
- No es posible efectuar una identificación de los elementos típicos del contrato de APP. Ello se corrobora con una lectura atenta del artículo 21 del Decreto Legislativo 1362, pues en este precepto legal se alude a una modalidad contractual, pero no se precisa en qué casos corresponde establecer que nos encontramos ante este tipo de contratos. Si bien puede ser de utilidad práctica contar con un «contrato genérico» de APP,

ello no deja de generar problemas por carecer de parámetros objetivos.

- En algunos casos se constata una superposición entre los diversos contratos típicos preexistentes o incluso esta generalidad del contrato de APP, nos permite considerar al interior de esta categoría a la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.
- Una cabal comprensión de la naturaleza jurídica del contrato de APP en el Perú nos exige acudir a la triple dimensión que acompaña a estos contratos, como son el procedimiento, acto y contrato en sí mismos considerados. Ello se explica porque nos encontramos ante un procedimiento de selección de un inversionista, un acto de otorgamiento del título habilitante a favor de los postores seleccionados y a la posterior calificación como sujeto contratante por parte del inversionista constituido en una SPE.
- El contrato de APP es el resultado de actuaciones desde el procedimiento de selección, el acto administrativo de otorgamiento de la buena pro en favor del adjudicatario que le permite a este último, contar por un tiempo determinado con una habilitación legal para desarrollar y/o gestionar un servicio o infraestructura pública. Y, por último, nos encontramos ante un contrato administrativo pactado entre el Estado y una SPE, en virtud del cual esta asume, a su cuenta y riesgo, las obligaciones y derechos derivados del contrato.
- La triple dimensión que se genera en este tipo de proyectos ha hecho que la doctrina

defina al contrato derivado de los procesos de promoción de la inversión privada, como la relación celebrada entre el Estado y una SPE, en virtud del cual esta última asume a su cuenta y riesgo, en el marco del principio del equilibrio financiero, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y el derecho a obtener la tarifa pactada, en el plazo y según las condiciones legales y reglamentarias del instrumento legal de adjudicación.

En esta parte del trabajo, resulta muy útil despejar algunas dudas sobre el alcance de las relaciones que se establecen entre las partes contratantes, en los siguientes términos:

- En primer lugar, nos encontramos ante una relación compleja, pues se asume que existe un contenido contractual y otro de carácter reglamentario entre las partes contratantes. Ello se refleja en derechos y obligaciones aplicables a los sujetos contratantes. Este argumento no es superficial, tiene enormes implicancias en la práctica, pues determina, de una forma u otra, el diseño del contrato. A partir de este doble sentido de la relación, se ha afirmado que estos contratos tienen un carácter complejo, pues, en muchos aspectos, se advierten cláusulas que en esencia son normativas, y otra que son de contenido netamente contractual. En la actualidad y dada la evolución del marco regulatorio aplicable a los referidos contratos, ya no resulta necesario que este marco normativo se incorpore en forma expresa en los contratos, pues ellos operan por mandato legal y en algunos supuestos por una expresa remisión del contrato a la normativa aplicable.
- En segundo lugar, el contrato constituye una relación jurídica principal, que se de-

riva de actuaciones administrativas previas que, luego de transitar por un procedimiento de selección y el acto de otorgamiento de la buena pro, determinan la celebración de un contrato de APP. Como consecuencia de todas las actuaciones previas, la ulterior celebración del contrato determina una relación jurídica principal y, a partir de ella, la celebración de relaciones contractuales accesorias, como los contratos de garantía, seguridades, usufructo, uso, arrendamiento, superficie, prenda, hipoteca u otros, que solo tienen efecto en función de la validez y vigencia del contrato principal.

- En tercer lugar, nos encontramos ante un contrato personalísimo o *intuitu personae*, en que cobran una vital importancia las características de cada parte contratante. Por ello, es necesario que, en este tipo de contratos, se considere que, a diferencia de otros sujetos que participan en la contratación estatal, es relevante conocer *ex ante* y durante la ejecución contractual con quién se encuentra vinculado el Estado en calidad de contraparte.

Reiteramos que este aspecto se identifica con mayor claridad si se evalúan las actuaciones desde la perspectiva del procedimiento que acompaña a la selección del postor, el título habilitante que se manifiesta con el otorgamiento de la buena pro en favor de un postor, y, finalmente, la constitución de una SPE, para actuar en calidad de contraparte del Estado. Pues bien, ello implica que, en el tránsito a esta conversión en una SPE, se fijen requisitos que le otorgan una determinada identidad a esta persona jurídica y que nos obligan a establecer decisiones o características especiales, de cara a un contrato administrativo de largo plazo.

Tal como se ha establecido, la SPE, que se constituye para efectos de la ejecución del contrato,

tiene características especiales que la hacen diferente a cualquier otro modelo societario. Ello no es un tema accesorio, pues debe tenerse en cuenta que el adjudicatario de la buena pro y la ulterior constitución de una SPE para la ejecución del contrato cuentan con unas notas personalísimas. En tal sentido, no es admisible que se modifique unilateralmente la estructura del capital social de la SPE o se pretenda ceder la posición contractual de la SPE, adoptar acciones de reorganización societarias, subcontrataciones u otros modos de alteración del sujeto de la relación contractual, sin el consentimiento de la contraparte estatal.

- En cuarto lugar, nos encontramos ante un contrato constitutivo de derechos y obligaciones para las partes, pues, una vez celebrada la relación contractual, se activarán derechos y obligaciones para las partes. Como se ha señalado, el acto del otorgamiento de la buena pro genera un título habilitante en favor del adjudicatario, que, en rigor, no tiene un contrato formalizado, pero que —a partir de esta habilitación— tiene un derecho exclusivo por el periodo del futuro contrato a la explotación de la actividad.

A partir de este escenario, al adjudicatario de la buena pro, antes de constituirse en una SPE, se le abren las puertas del mercado financiero, pues ya tiene en firme un título habilitante. Hasta antes de obtener la condición de adjudicatario solo tenía una simple expectativa. El otorgamiento del título habilitante convierte a esta expectativa en un derecho en exclusiva, el cual se materializa con la celebración del respectivo contrato.

No obstante, se debe estar muy atento a la fase de cierre y celebración del contrato, pues se han presentado numerosos casos a nivel de proyectos en experiencias comparadas, así

como en casos nacionales en los que —a pesar de haberse adjudicado la buena pro— el Estado, *a posteriori* de esta decisión, se ha negado a celebrar el respectivo contrato.

Frente a esta circunstancia, es indudable que, en función de los mecanismos de protección que resultan aplicables a los inversionistas y pese a no existir un contrato formalmente celebrado entre las partes, se puede invocar beneficios en favor del inversionista (como confianza legítima, trato discriminatorio, etcétera), en los que se pone de manifiesto la postura contraria a la acción unilateral del Estado.

Queda claro, entonces, que estamos ante un supuesto de responsabilidad del Estado que, en función de la oportunidad en la que se determine su negativa a contratar con el adjudicatario posteriormente organizado bajo la forma de una SPE, será materia de reglas de responsabilidad pre- o poscontractual y a la eventual obligación de pagar indemnizaciones por parte del Estado.

- En quinto lugar, nos encontramos ante un contrato sujeto a un régimen jurídico particular, pues se trata de un contrato administrativo, que, por su propia naturaleza, se encuentra sometido a las reglas de derecho público. Así, se podrá advertir la existencia de potestades administrativas que se reflejan en la aplicación del *ius variandi*, reversión, rescate, revocación, interpretación contractual, caducidad, intervención, etcétera.
- En sexto lugar, estamos ante la presencia de un contrato que no supone la transferencia de activos o de una infraestructura estatal, pues, en este tipo de relación contractual, solo se cede la explotación del servicio y el uso de la infraestructura por un tiempo determinado. Una vez terminada la relación

contractual por el cumplimiento del plazo o del objeto del contrato, o concluida en forma anticipada el contrato, los bienes integrantes de esta son devueltos al Estado. Se trata de un contrato en el cual no se cede la titularidad.

- En sétimo lugar, y por ello no menos importante, nos encontramos ante un contrato de carácter temporal, en la medida en que se trata de la ejecución de proyectos sometidos a una temporalidad, al término del cual se debe retomar la gestión a manos del Estado, salvo que este opte por licitar y entregar su gestión nuevamente a terceros. Se trata de un contrato de largo plazo, en el cual se pacta el cumplimiento de derechos y obligaciones durante un periodo de tiempo. A diferencia de otro tipo de modalidades contractuales, el plazo es un elemento esencial del contrato y, por definición, no puede ser pactado en forma discrecional.

3.4. Los sujetos parte del contrato

3.4.1 El Estado

Las partes que suscriben el contrato derivado de los procesos de promoción de la inversión privada, que usualmente en el Perú se someten al Decreto Legislativo 1362 y a sus diversas modalidades contractuales, son el Estado y la SPE.

En representación del Estado, participa una entidad que forma de la estructura de la organización estatal. Es decir, es la Administración Pública, responsable de la infraestructura o de la titularidad del servicio público, la cual debe decidir qué proyectos son los adecuados para ser entregados al sector privado.

La entidad debe contar expresamente con la competencia para celebrar el contrato. Par-

tiendo de esta atribución específica, este sujeto puede ser una entidad que forma parte del gobierno nacional, regional o local, o la entidad a la cual se le haya asignado competencia más allá de ser parte de un determinado nivel de gobierno. Este tema tiene enormes implicancias desde el punto de vista práctico, pues, al analizar la intervención de los organismos reguladores en las controversias arbitrales que se derivan de los contratos, una de las dificultades que se nos presentan para admitir su intervención, es cómo superar el hecho objetivo que esta entidad no suscribe el contrato y, por ende, no califica como parte signataria y, menos aun, como parte no signataria debido a su rol de entidad regulatoria y, finalmente, que su incorporación a los procesos arbitrales como parte coadyuvante de la entidad es contraria a su garantía de actuación en términos de independencia, imparcialidad y neutralidad.

3.4.2 La sociedad de propósitos especiales

Se entiende por una SPE a la persona jurídica que, por su cuenta y riesgo, se obliga con la entidad estatal a construir y mantener, operar, gestionar o, simplemente, construir y conservar las actividades comprometidas en el marco del proyecto. Las obligaciones que asumen las SPE pueden ser una o varias de las actividades mencionadas. En general, la SPE está facultada para ejecutar todas aquellas actividades que no le estén prohibidas por la ley o el contrato, y que sean necesarias por su adecuada ejecución.

Como se ha señalado, el procedimiento de selección concluye con la adjudicación de la buena pro en favor de uno de los postores participantes. Ello se determina por un acto administrativo de otorgamiento del título habilitante, mediante el cual se efectúa la aceptación de la oferta. En forma posterior a estas actua-

ciones, se producirá el cierre y celebración del contrato, lo que, a su vez, originará la formalización del contrato.

Con el cierre y celebración del contrato se formaliza la relación contractual del Estado en su rol de entidad y de la SPE constituida para efectos del proyecto. El contenido de la relación contractual se realiza con la suscripción del referido contrato por la entidad y el inversionista, fijándose las condiciones contractuales, que regirán para las partes durante un determinado periodo.

Rufián (2018: 82) señala, a propósito de la exigibilidad en el caso de Chile de determinados requisitos para el funcionamiento de las sociedades concesionarias:

[...] Normalmente, la legislación internacional sobre concesiones exige que se forme una sociedad ad hoc, creada por los promotores del proyecto en el país que convoca la concesión y regida por la legislación del Estado donde se sitúa la concesión, independientemente de la nacionalidad de los promotores o adjudicatarios. Debido a que con frecuencia a las licitaciones se presentan consorcios formados por varias empresas que tienen personalidad jurídica distinta, la sociedad concesionaria será una nueva sociedad cuyos socios son los que formaron el consorcio adjudicatario, ligados entre sí por algún tipo de vínculos anterior a la formación misma de la sociedad».

Más adelante, Rufián (2018: 83) agrega:

«Las razones para crear un vehículo específico para desarrollar un proyecto de concesiones son de variada naturaleza, pero básicamente son razones jurídicas relacionadas con los procesos de contratación pública; comerciales, para aislar las responsabilidades de la sociedad de las otras actividades de sus accionistas; y financieras, para facilitar el aislamiento de los flujos financieros de la sociedad relacionados con el proyecto».

En forma específica, el artículo 3 del derogado texto único ordenado (TUO) de las Normas con Rango de Ley que Regulaban la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado mediante el Decreto Supremo 060-96-PCM, indicaba:

«Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a *personas jurídicas* nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la Promcepri, por un plazo establecido» (las cursivas son mías).

Por otra parte, el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362, aprobado por el Decreto Supremo 240-2018-EF establece:

«Artículo 5.- Definiciones:

Los siguientes términos tienen los significados que a continuación se indican.

14. Inversionista: Es la persona jurídica que como resultado de participar en el proceso de promoción como proponente o postor, resulta adjudicatario de la buena pro, y suscribe el Contrato de APP o PA con la entidad pública titular del proyecto»

En la primera versión del contrato estándar de asociaciones público-privadas presentado por Proinversión, en noviembre de 2019, se indica como una nota al modelo lo siguiente:

«2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 240-2018-EF, en este modelo de contrato estándar de asociación-público-privada se emplea el término Inversionista para referirse a la persona jurídica que como resultado de participar en el proceso de promoción como proponente o postor, resulta adjudicatario de la buena y suscribe el contrato de APP con la entidad pública titular del proyecto. El término inversionista podrá ser sustituido por concesionario, contratista, o cualquier otro término que resulte pertinente de acuerdo con el tipo contractual a ser implementado, el cual

deberá ser determinado por la entidad pública titular del proyecto con base a las especificidades del proyecto a ser desarrollado».

En nuestro país, la contraparte contractual es siempre una persona jurídica, a la que se denomina «sociedad», por lo que un consorcio o una asociación en participación no calificarían como tal en los términos de la LGS, a diferencia de lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, en que se permite que el contratante sea adicionalmente una persona natural e incluso que integre un consorcio, tanto de personas naturales y/o jurídicas.

Esta diferencia encuentra su sustento en que la generalidad de los proyectos de gestión de servicios públicos y/o de desarrollo de infraestructura pública que son entregados por el Estado a un inversionista privado suponen altos niveles de inversión y financiamiento por parte de este último. Ello no necesariamente sucede en las relaciones contractuales que se realizan en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, pues, en aplicación de esta norma, el Estado se vincula con un agente privado para que este brinde desde la prestación de servicios individuales —para lo cual no existe necesaria justificación para exigir la presencia de una persona jurídica como contraparte del Estado— hasta la construcción de una infraestructura, lo cual nunca involucrará su gestión.

Otro factor que justifica la existencia de una persona jurídica en calidad de sociedad es que este tipo de contratos constituyen relaciones jurídicas de largo plazo, en las que difícilmente pueda responder una persona natural en función de la temporalidad del proyecto.

3.4.2 El rol del operador

Según lo señalado, puede indicarse que el operador del contrato es un tercero que en algunos

casos forma parte de la estructura societaria de la empresa como especialista en las actividades propias del proyecto, a quien se le ha encargado determinadas actividades que requieren de una alta especialización técnica, para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

Es importante advertir la necesidad que se delimite en forma precisa en los contratos, el rol del operador y se diferencie su actuación con respecto del asesor. Se han presentado casos en los que, por una deficiente regulación del contrato, se ha confundido el rol del operador con el asesor. Ello es de vital importancia, pues la figura del operador es esencial para el desarrollo del proyecto, a diferencia del asesor que es sustituible.

Cuando no se entiende bien la figura del operador, se pueden presentar complicaciones en la ejecución del contrato, pues el operador es el sujeto que concentra la especialización para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El tema es muy sensible, pues no basta identificar al contrato como un simple negocio económico-financiero en el cual solo sea necesario tener recursos disponibles para la ejecución del proyecto, sino también es importante que se tenga un operador especializado para el desarrollo y cumplimiento del objeto del contrato.

No es extraño, por ello, que en gran parte de los proyectos sometidos a las reglas de APP en general y de los contratos modales, se exija la participación de un operador especializado que nos garantice que la ejecución del proyecto está en manos de una organización acreditada en el desarrollo de las actividades involucradas. No basta, pues, en este tipo de proyectos asegurar el financiamiento del mismo.

En contraposición al rol del operador, nos encontramos con la figura del asesor. Este últi-

mo no es parte de la relación contractual y no forma parte de la calificación efectuada para la selección del adjudicatario de la buena pro. En consecuencia, su admisión, permanencia y sustitución, por otro de iguales o mejores condiciones, no afecta la ejecución del contrato. Una situación distinta se presenta en el operador, cuya participación es intrínseca al contrato y que, usualmente, integra la estructura de la sociedad como una exigencia indispensable para la celebración y ejecución del contrato.

3.4.3 La participación de los organismos reguladores

Los organismos reguladores no son parte de la relación jurídica que nace del contrato. Sin embargo, producto de la redefinición de los roles del Estado, se encuentran facultados legal y contractualmente para incidir de manera intensa y permanente durante la ejecución de este. Ello no los habilita a suscribir el contrato en calidad de partes contratantes.

No se puede admitir, entonces, que los organismos reguladores celebren contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, pues formalmente estas entidades han sido creadas para fines y propósitos específicos. En rigor, no pueden ser reconocidos como partes contratantes (o en materia de solución de controversias como partes signatarias). Tampoco es válido admitir su reconocimiento como partes no signatarias para posibilitar su intervención en los procesos arbitrales. Lamentablemente, este último supuesto ha sido recogido en la legislación peruana, por el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362.

Se puede afirmar con Tassano (2016:111) que:

los organismos reguladores se crean, además, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión. En esa línea, su éxito dependerá del

entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales.

Desde un punto de vista funcional, se puede entender que la función regulatoria se manifiesta en dos componentes que sustentan su actuación. Por una parte, se encuentra el componente económico, a través del cual la regulación se encarga, principalmente, de regular las actividades económicas que se concentran en monopolios. Así, ante la ausencia de un equilibrio natural proporcionado por la competencia, la Administración Pública (a través de los organismos reguladores) interviene e impone reglas que permitan regular el poder económico que se concentra en grupos determinados. Por otra parte, existe un componente social que es también resguardado por la función regulatoria. Se entiende, en este último caso, que en el desarrollo de las actividades económicas se generan consecuencias directas o indirectas en otros bienes jurídicos protegidos por el Estado, siendo la función regulatoria la que protege el bienestar de los ciudadanos que pueden verse afectado con estas actividades.

En nuestro país, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332, en su artículo 2, refiere la naturaleza de los organismos reguladores. Indica:

«Artículo 2.- Naturaleza de los organismos reguladores

Los organismos reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera».

Si bien en el referido artículo se precisa que las citadas entidades son organismos públicos descentralizados, la Sexta Disposición Transi-

toria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, señala que toda referencia a estos organismos se entenderá referidas a las entidades públicas ejecutoras o especializadas, según corresponda. En concordancia con ello, el artículo 31 de la citada ley, señala que los organismos reguladores constituyen organismos públicos especializados.

En el artículo 32 de la Ley 29158, se establece, igualmente, que los organismos reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados en el mercado o para garantizar el efectivo funcionamiento de los mercados no regulados.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley 27332 establece las funciones que asumen los organismos reguladores en los ámbitos de su competencia, siendo estas las siguientes: a) función supervisora, b) función reguladora, c) función normativa, d) función fiscalizadora y sancionadora, e) función de solución de controversias y f) función de solución de reclamos de los usuarios. Así, el artículo citado establece:

«Artículo 3.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada;
- b) Función reguladora: Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c) Función normativa: Comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos

- de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
 - e) Función de solución de controversias: Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
 - f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan».

En el modelo peruano de promoción de la inversión privada, se debe distinguir el rol que cumplen las entidades a cargo de la promoción de la inversión, como Proinversión y los ministerios en el caso del Gobierno nacional, con respecto al rol que le compete desarrollar a los organismos reguladores. En efecto, las agencias de promoción se encargan de encaminar los procesos de promoción de este tipo de inversiones. Para ello, es necesaria la coordinación con diversas entidades de la administración pública, entre las cuales necesariamente se encuentran los organismos reguladores.

Las atribuciones de los organismos reguladores se observan en las etapas previas al contrato y/o la inversión, la etapa de ejecución contractual y/o ejecución de las inversiones, y la etapa de posinversión durante la vigencia de los contratos de promoción de la inversión privada.

En realidad, los organismos reguladores surgen como consecuencia del nuevo rol del Estado, en el que se manifiesta la intervención administrativa sobre las relaciones de los particulares, para controlar el poder derivado de una situación de

monopolio natural y de corregir las externalidades que influyen en los costes de la actividad que no estén directamente relacionados con la misma. No obstante, no existe justificación legal para otorgarles la condición de parte contratante.

4. REQUISITOS EXIGIBLES A LAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL

4.1. La SPE debe tener un objeto social exclusivo

A diferencia de las sociedades anónimas tradicionales que contemplan un estatuto abierto y general para el desarrollo de todo tipo de actividades, en el caso de las SPE se debe exigir una «exclusividad» del objeto social, para dotar a este tipo de organizaciones de un sentido de especialidad y delimitación de sus operaciones. Igualmente, ello nos sirve para facilitar los mecanismos de supervisión del contrato por parte de los organismos reguladores.

No resulta un tema adjetivo la exigencia de contar con un objeto exclusivo por parte de una SPE. En realidad, ello es una consecuencia del conjunto de derechos y obligaciones a las que se ha comprometido el inversionista, de modo tal que, en principio, solo se deberían realizar a través de la SPE aquellas actividades que son propias del giro u objeto social.

Según lo señalado, el objeto social de la SPE deberá indicar en forma específica y concreta su rol en el contrato a efectos de delimitar el ejercicio de sus respectivos derechos y obligaciones. Por ello, es importante que se obligue a que la SPE incorpore, en su denominación, su calidad de contraparte del respectivo contrato celebrado con el Estado, para cuyo efecto se agregará a su denominación un nombre que permita identificarla con certeza, como una sociedad de propósito especial.

En el supuesto de no establecerse un objeto social específico por parte de la SPE, se puede terminar generando una distorsión en el desarrollo de sus actividades y, lo que es más grave aún, una afectación de sus flujos económicos.

Ello no quiere decir que la SPE se encuentre limitada en el desarrollo de diversas actividades. Por el contrario, en la medida en que el propio estatuto lo permita y se tenga claramente determinado el objeto de la SPE, es posible desarrollar otras actividades como los medios que sirvan para alcanzar el objeto social establecido para el desarrollo del proyecto. Lo importante es que, a través de un adecuado control de sus flujos, la administración de los ingresos propios del giro del negocio, así como de la aplicación de reglas de contabilidad regulatoria, no se termine afectando el funcionamiento de la SPE.

En la medida en que el cumplimiento del objeto social de la SPE se encuentre claramente establecido, es viable que se desarrollen actividades accesorias o complementarias, siempre y cuando estas actividades no se confundan o generen subsidios cruzados con otras, pues ello afectaría el giro del negocio. De ocurrir este último supuesto, se podrían generar problemas de gestión en la SPE y generar las alertas regulatorias sobre el proyecto.

La exigencia de un objeto social exclusivo en el caso de las SPE no es un tema ajeno en la legislación nacional. Por ejemplo, en el caso de las empresas de intermediación laboral, las administradoras de fondos de pensiones (AFP) o en el caso de las entidades bancarias y financieras, la ley exige que este tipo de sociedades se constituyan bajo la forma de sociedad anónima y tengan un objeto social exclusivo.

En la primera versión del contrato estandarizado de APP presentado por Proinversión en noviembre de 2019, se establece, en el numeral 6.1.b, como un requisito a cumplir por el inversionista a la fecha del cierre comercial, que el estatuto de la sociedad contenga como mínimo:

«6.1. Requisitos del inversionista
[...]

i. El objeto social se debe circunscribir exclusivamente a la ejecución del objeto del contrato».

4.2. La adopción por parte de la SPE de una de las formas societarias reguladas en la Ley General de Sociedades

En nuestro ordenamiento jurídico la sociedad anónima suele ser la forma más utilizada para la constitución de una SPE. La LGS le dedica uno de sus cinco libros, estableciendo en forma adicional dos formas especiales, como las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas cerradas.

Según Hundskopf (2021: 48),

estas modalidades especiales pertenecen en realidad a una sola forma societaria buscando con ello una mayor versatilidad y adecuación. Se resalta en algunos casos su carácter personalista a través de las sociedades anónimas cerradas o familiares, con limitaciones a la libre transferencia de acciones (entre otras características), y en otros casos, se establece una preponderancia meramente capitalista donde la *affectio societatis* se ve relegada para realizar de forma más rápida su transacción en el mercado bursátil, que es lo que ocurre con las sociedades anónimas abiertas.

En el esquema general de la sociedad anónima ordinaria y de las dos formas especiales establecidas por el legislador, no se advierte que la LGS nos otorgue respuestas definitivas con respecto a las dificultades que se nos presentan para la constitución y funcionamiento de la SPE. En efecto, la sociedad anónima abierta se encuentra diseñada para ser una cabal ex-

presión de una sociedad de capitales y, en este contexto, debería ser la forma societaria más adecuada para canalizar el funcionamiento de una SPE. Sin embargo, la realidad nos demuestra que la SPE no opera como una típica sociedad de capitales, en la medida en que existen obligaciones que se deben cumplir debido a la singularidad de sus actividades.

Por otra parte, la sociedad anónima cerrada no encaja en forma natural en el espacio diseñado para el desarrollo de una SPE, pues por mandato legal se encuentra excluida del mercado de valores, y a lo cual se le debe agregar la existencia de restricciones con respecto al número de socios, a la libre transferencia de las acciones y a otros supuestos, todo lo cual nos acerca más a la lógica de una sociedad de personas.

En el Perú, el diseño de la LGS permite la constitución de un modelo general u ordinario de sociedad anónima, a la cual es posible aplicar las disposiciones contenidas del artículo 50 al 233 de esta ley. Asimismo, contempla la existencia de dos formas o modalidades especiales de sociedades anónimas, como la sociedad anónima abierta y la sociedad anónima cerrada.

En aplicación del principio de autonomía de la voluntad de los socios fundadores de una sociedad y siempre que ello no se encuentre limitado en las bases administrativas y en las estipulaciones contractuales, es factible constituir una SPE que opere bajo supuestos distintos a los requisitos establecidos, tanto para la sociedad anónima abierta como para la cerrada.

En tal sentido, se deberá cumplir con las formalidades previstas en las disposiciones generales exigidas para toda sociedad regulada por la LGS y con las regulaciones propias de las sociedades anónimas.

4.3. La sociedad debe estar sometida a la legislación nacional

La SPE deberá ser constituida en el Perú y someterse al ordenamiento jurídico nacional y a los tribunales y leyes del Perú.

En las bases aplicables a los procedimientos de selección, deberá obligarse a que la SPE se encuentre sometida a la legislación peruana.

La razón que justifica el sometimiento a la legislación no solo se asocia al carácter administrativo de los contratos que se celebran entre el Estado y la SPE, sino al hecho de que la operación contractual se sustenta en la gestión indirecta de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos cuya titularidad es del Estado peruano.

4.4. La SPE debe constituirse en una nueva organización empresarial

Para el inicio efectivo de las actividades de la SPE, será indispensable constituir una sociedad anónima según la LGS.

Se ha afirmado que la SPE deberá adoptar cualquiera de las formas aplicables a la sociedad anónima reguladas en la LGS, con los requisitos que caso por caso en función de los proyectos se exigen a los inversionistas en las bases y en los respectivos contratos de promoción de la inversión privada.

En tal sentido, la organización de la sociedad deberá seguir las reglas previstas en la LGS, que, en el caso del Perú, adopta un modelo estandarizado de sociedad anónima y dos formas especiales de aquella, como la sociedad anónima abierta y la sociedad anónima y la sociedad anónima cerrada.

En el presente artículo nos concentraremos en el análisis de las dos formas especiales que se

regulan en la LGS, pues es precisamente en estos supuestos en los que tenemos mayores dificultades para la constitución y funcionamiento de la SPE.

La sociedad anónima abierta

Según el artículo 249 de la LGS, existen requisitos formales para la constitución de una sociedad anónima abierta.

Este tipo de sociedades se concibe para sociedades de participación masiva en su accionariado y tiene una gran incidencia de mecanismos de control externos, fundamentalmente de parte de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). En tal sentido, según el artículo 249 de la referida LGS, la sociedad anónima es abierta si se cumplen previamente con una o más de las siguientes condiciones:

1. Hizo oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones.
2. Tiene más de 750 accionistas.
3. Más del 35 % de su capital pertenece a 175 o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria o individual no alcance al dos por mil o exceda del 5 % del capital.
4. Se constituye como tal.
5. Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a este régimen.

Entre las normas propias de la sociedad anónima abierta, pueden destacarse:

- El derecho de concurrencia a la junta: Solo participan en la Junta General los accionistas con acciones con derecho a voto cuyas acciones están inscritas en la sociedad anónima abierta con diez días de anticipación (artículo 256 de la LGS).
- Quórum y convocatoria: El quórum de la sociedad anónima abierta para las juntas es, en primera convocatoria, el 50 % de acciones suscritas con derecho a voto. En segunda será de 25 % y en tercera convocatoria será cualquier número. Los acuerdos se adoptan por la mayoría de las acciones presentes; sin que sea posible exigir un quórum mayor o mayorías más altas (artículo 256 de la LGS).
- Estipulaciones no válidas: No son válidas las estipulaciones del pacto social o del estatuto de la sociedad anónima abierta que contengan:
 1. Limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones.
 2. Cualquier forma de restricción a la negociación de las acciones.
 3. Un derecho de preferencia a los accionistas de la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de estas (artículo 254 de la LGS).
- Aumento de capital sin derecho preferente: Pueden acordarse aumentos de capital por nuevos aportes, suprimiendo el derecho de suscripción preferente siempre que el acuerdo cumpla con los requisitos legales y cuente con el voto del 40 % de las acciones con derecho a voto (el porcentaje puede ser menor si las acciones creadas sean objeto de oferta pública), y que al acuerdo no está

destinado a mejorar directa o indirectamente la posición accionaria de algún o algunos accionistas (artículo 259 de la LGS).

- Auditoría externa anual: A diferencia de la sociedad anónima cerrada, en que la auditoría es facultativa, este tipo de sociedad se encuentra sujeta a auditoría externa anual obligatoria (artículo 260 de la LGS).
- Derecho de información fuera de la junta: Deberá proporcionarse la información que le soliciten, fuera de junta, los accionistas que representen no menos del 5 % del capital pagado, siempre que no se trate de información reservada o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad (artículo 261 de la LGS).
- Derecho de separación: Los accionistas tienen derecho a separarse si no votaron a favor del acuerdo para excluir sus acciones de Registro Público del Mercado de Valores (artículo 262 de la LGS).
- Tiene una estructuración simple con determinados matices propios de las sociedades de personas.
- El capital social se concentra en un número reducido de accionistas, para fomentar un adecuado control de la organización.
- Requiere la presencia de un número de accionistas no menor de dos y no mayor a veinte y no tener acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores.
- Existe un derecho de adquisición preferente, salvo que exista una disposición contraria en el estatuto.
- La existencia de un directorio es opcional, pudiendo operar sin este órgano.
- Las funciones del directorio pueden ser transferidas a la gerencia general.
- La decisión de contar o no con directorio dependerá en el fondo del número de accionistas que conformen la sociedad.
- El estatuto puede contemplar otras causales de exclusión de los socios distintas o complementarias a las previstas en la LGS.
- Se puede establecer estatutariamente la necesidad que la sociedad autorice la transferencia de acciones a terceros.
- Se puede limitar la representación de un accionista a otro o a su cónyuge o ascendiente o descendiente del primer grado (opción muy común en el caso de las sociedades familiares).
- Las convocatorias a juntas pueden efectuarse por medios distintos a la publicación en diarios.
- Se contempla la posibilidad de que existan juntas no presenciales que operan como los directorios no presenciales.

La sociedad anónima cerrada

El artículo 234 de la LGS establece puntualmente:

La sociedad anónima puede sujetarse al régimen de la sociedad anónima cerrada cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se podrá solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una sociedad anónima cerrada».

De optarse por un modelo de sociedad anónima cerrada, se deberá tomar en cuenta al margen de los aspectos operativos inherentes a esta sociedad, que existe un límite formal o tope de asociados, que en el presente caso no pueden exceder de veinte.

Es importante señalar que este tipo de sociedad se caracteriza por los siguientes aspectos.

- Se regula la transferencia de acciones en el caso de sucesión, previa determinación del estatuto o pacto social del régimen de transferencia a favor de los socios sobrevivientes.
- El derecho de separación procede cuando el socio no ha votado a favor de las limitaciones de las acciones o del derecho de adquisición preferente.
- El pacto social, estatuto o el acuerdo de la Junta General adoptado con el 50 % de las acciones suscritas con derecho a voto puede disponer la realización de una auditoría externa anual.

4.5. Los límites a los procesos de reorganización empresarial

Es importante señalar que cuando nos referimos a la constitución de una SPE, no solo nos estamos refiriendo a una sociedad específicamente creada luego de la adjudicación de la buena pro, sino también a una nueva sociedad que sea consecuencia de alguna de las formas de reorganización previstas en la LGS.

En efecto, la premisa fundamental es que la SPE no tenga antecedentes o historia previa. No obstante, en la realidad se nos presentan una serie de supuestos en los que no ocurre ello.

Por otra parte, en lo que respecta a las diversas modalidades de reorganización reconocidas en la LGS, habría que analizar cada modalidad prevista en este cuerpo legal.

La LGS regula las siguientes formas de reorganización empresarial:

- Transformación (artículo 333 y siguientes).
- Fusión (artículo 344 y siguientes).
- Escisión (artículo 367 y siguientes).

- Otras formas de reorganización (artículo 391 y siguientes).

Ahora bien, en el caso de las diversas modalidades de reorganización reconocidas en la LGS, se nos plantea la interrogante de verificar si uno o más de las modalidades previstas en este cuerpo legal es compatible con los objetivos y fines que persiguen las SPE.

La LGS regula las siguientes formas de reorganización empresarial:

- Transformación (artículo 333 y siguientes).
- Fusión (artículo 344 y siguientes).
- Escisión (artículo 367 y siguientes).

A continuación, se evaluará qué implicancias se pueden derivar con respecto a la constitución de una SPE en la que se cuente con la participación de sociedades que hayan sido producto de acciones previas de reorganización, en el entendido que las SPE requieren de sociedades sin historia previa.

4.5.1 En el caso de la transformación societaria

La transformación de una sociedad se encuentra vinculada al cambio de la forma utilizada para su funcionamiento, pero, tal como lo refiere Salas (2017: 155), no afecta ninguna característica esencial de la sociedad. Así, se mantienen los derechos y obligaciones de la sociedad original, a pesar de la adopción de una nueva forma societaria. En consecuencia, para la ejecución de un proyecto de obras públicas de infraestructura y de servicios, puede ser perjudicial que se utilice a una persona jurídica ya existente para el desarrollo de las operaciones a futuro del proyecto.

No se debe olvidar que el objetivo que se encuentra inmerso en la constitución de una SPE

es el de contar con una persona jurídica nueva con «cero pasivos», para desarrollar la ejecución de un proyecto. En este supuesto, se trata de contar con una sociedad nueva y no una preexistente, la cual deberá celebrar el contrato con el Estado. A partir de esta relación jurídica que se puede calificar como «nueva», se establecerán un conjunto de derechos y obligaciones entre las partes contratantes.

Según lo señalado, el artículo 333 de la LGS regula diversos supuestos de transformación, a saber.

- La posibilidad de que una sociedad regulada por la LGS adopte cualesquiera de las otras formas previstas en la referida ley.
- La posibilidad de que una sociedad regulada por la LGS adopte la forma de cualquier otra persona jurídica contemplada en las leyes del Perú, lo cual podría habilitar la transformación de una sociedad en otros tipos no regulados en la LGS.
- La posibilidad de que cualquier persona jurídica constituida en el Perú (que no tenga necesariamente uno de los tipos previstos en la LGS) adopte una de las formas societarias reguladas por la LGS.

En forma complementaria, los artículos 394 y 395 de la LGS establecen, a decir de Elías (2015: 359), dos formas nuevas y modernas de transformación, como es el caso de a) la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero y b) la reorganización de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

En opinión de Elías (2015: 359), los procesos de transformación no constituyen un simple cambio de tipo societario, sino que ellos en sí mismos considerados implican cambios en la naturaleza de la persona jurídica transformada.

El gran debate que se ha suscitado entre los especialistas de esta materia es verificar qué ocurre en los supuestos en los que se transforma una persona jurídica a una forma o tipo societario que resulte incompatible con la persona jurídica originalmente constituida.

Para el presente artículo, nos interesa resaltar si los derechos y obligaciones de la persona jurídica original se transmiten en el escenario de una transformación societaria a una SPE.

Coincidimos con el razonamiento de Elías (2015: 363), en el sentido que la transformación de una persona jurídica no implica el cambio de personalidad de esta, pero sí produce un conjunto de impactos en la nueva sociedad. No se trata, pues, solo de un cambio formal como se pretende señalar, sino que ello repercute en las diversas relaciones entre los socios o entre la sociedad y terceros, en la responsabilidad de los socios o en otros aspectos del funcionamiento de la sociedad.

Estos aspectos se encuentran reconocidos del artículo 334 al 343 de la LGS, en los cuales se reconocen los diversos efectos de la transformación societaria. Así, se advierte la necesidad de contar con una SPE expresamente constituida para efectos de la ejecución de un proyecto y de no utilizar a empresas sometidas a transformación societaria en la medida en que subsiste el riesgo de asumir un conjunto de obligaciones preexistentes de la persona jurídica transformada.

4.5.2 En los casos de fusión societaria

En lo que respecta a los procesos de fusión, es también posible identificar las siguientes precisiones:

En principio, según el artículo 344 de la LGS, por la fusión «dos o más sociedades se reúnen

para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos esta ley».

Desde un punto de vista jurídico, la fusión adopta las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una sociedad incorporante, hecho que origina la extinción de la personalidad jurídica e las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de los patrimonios fusionados a la nueva sociedad.
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente que origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos, los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

Tal como se puede advertir, en ambos supuestos de fusión, sea por incorporación o por absorción, existen derechos y obligaciones que se trasladan a la sociedad incorporante o absorbente, hecho que no guarda compatibilidad con las características de sociedades sin historia que se requieren para el caso de las SPE.

En el caso de la fusión por incorporación contemplada en el artículo 344.1 de la LGS, pese a que la personalidad jurídica de las empresas que se fusionan se extingue, por mandato expreso de la ley, sus derechos y obligaciones se transfieren a la sociedad incorporante.

En el segundo caso previsto en el numeral 344.2 de la LGS, ocurre exactamente lo mis-

mo en los casos de fusión por absorción, pues aun cuando no se crea o constituye una nueva persona jurídica, tanto la sociedad como las sociedades absorbidas se extinguen, pero transfieren sus derechos y obligaciones a la sociedad absorbente. Por ello, consideramos que este supuesto de fusión tampoco facilitaría la constitución de una SPE.

4.5.3 En los casos de escisión de sociedades

Los procesos de escisión se encuentran regulados en el artículo 367 y siguientes de la LGS. Por ello, es posible que nos encontremos ante diversos supuestos en los cuales la constitución de una nueva sociedad podría eventualmente ser utilizado para el caso de una SPE.

En efecto, ello ocurre si una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo con los requisitos establecidos por ley.

La escisión adopta dos modalidades:

- La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez.
- La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez.

En el caso de escisiones de una sociedad, tanto por división como por segregación, cabe la constitución de una sociedad siempre y cuando ella sea una nueva sociedad.

En términos operativos el trámite de modi-

ficación y en su caso de constitución de una nueva sociedad requieren una adaptación forzosa a la LGS.

No cabe, en este sentido, que se proceda a reorganizar ninguna sociedad para que pueda participar como SPE.

4.6. La exigencia de un capital mínimo

En muchos ordenamientos jurídicos, la exigencia de un capital mínimo es utilizada como una forma de desincentivar a los negocios o inversiones promovidos por pequeños empresarios.

En este sentido, el establecimiento de un monto mínimo de capital social genera un efecto disuasivo para los negocios pequeños que pretender utilizar la forma de una sociedad anónima. Sin embargo, en el caso de las SPE se justifica la necesidad de contar con un capital social mínimo para el desarrollo de operaciones por parte de SPE como una garantía frente a terceros. Para ello, se puede plantear que el capital mínimo de la sociedad no sea inferior a un porcentaje de la inversión a desarrollar.

En el caso del Perú, no se exige para la constitución de sociedades sometidas al régimen de la LGS, un capital mínimo. Esta exigencia se impone por mandato legal para determinados tipos de sociedades. En las SPE, esta exigencia se impone caso por caso en función del proyecto.

Es evidente que el monto del capital es un elemento fundamental de la sociedad y nos indica la importancia de esta. Sin embargo, el monto del capital no define la propia estructura interna u organizativa de la sociedad. En realidad, el monto del capital termina siendo un tema indistinto en cualquier tipo de sociedad. Sin embargo, en el caso de la SPE es relevante, por ser parte de los compromisos y seguridades que debe ofrecer el inversionista al Estado.

En la primera versión del contrato estandarizado de APP presentado por Proinversión en noviembre de 2019, se establece en el numeral 6.1.b como un requisito a cumplir por el inversionista a la fecha del cierre comercial que el estatuto de la sociedad contenga como mínimo:

«Requisitos del inversionista

[...]

d. Acreditar un capital social mínimo de (---), el cual deberá estar íntegramente suscrito y pagado un (---) por ciento y el restante deberá ser pagado conforme al cronograma siguiente:

[...]».

4.7. La existencia de un plazo mínimo para el funcionamiento de la SPE

En términos formales el plazo de duración de una sociedad puede ser de carácter determinado o indeterminado. Sin embargo, en el caso de una SPE ello no es así.

En tal sentido, en el estatuto de la SPE se debe establecer que el plazo de la sociedad no debe ser menor o inferior al periodo del contrato celebrado entre las partes. En el supuesto en que se establezca un plazo determinado para su funcionamiento, la SPE deberá constituirse por un plazo mínimo similar a la duración del proyecto. En tal sentido, se debe exigir que el adjudicatario de la buena pro constituya una SPE en los plazos que establezcan las bases administrativas.

4.8. La participación en el accionariado de la SPE de los adjudicatarios de la buena pro

Un tema de vital importancia es que los adjudicatarios de la buena pro, ya sea en forma individual o colectiva, no necesariamente se deben comprometer con integrar el capital social de la SPE al 100 %. Tal como se ha expuesto, el *project finance* nos permite contar

con otros tipos de financiamiento específicos para el desarrollo del proyecto. No obstante, y a efectos de no generar distorsiones en la gestión de la futura SPE, sobre todo en los supuestos de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de carácter técnico, económico y financiero, se puede exigir la participación de las empresas adjudicatarias de la buena pro del proyecto, en un porcentaje específico del accionariado de la SPE.

Tampoco existe objeción a la posible participación en el accionariado de la SPE, de parte de entidades sin fines de lucro, como las asociaciones civiles, fundaciones u otros tipos de personas jurídicas.

En tal sentido, no debería existir ningún impedimento para que personas jurídicas, con fines de lucro o sin ellos, puedan ser accionistas de la SPE, pues existe una diferencia entre los fines propios de una organización sin fines de lucro y los medios empleados para la realización de estos fines.

4.9. La disolución de la SPE

Según el artículo 407 de la LGS, hay diversas causales de liquidación de una sociedad.

Por ejemplo, el artículo 407.1 de la LGS establece como causal de disolución, el vencimiento de plazo de duración de la sociedad. Es decir, en los supuestos en los que el estatuto de una SPE establezca que esta tenga un plazo similar al periodo materia del contrato, ello implicará una causal de disolución de pleno derecho.

En rigor, el procedimiento de disolución a seguir se encuentra en principio regulado por las disposiciones establecidas en la LGS. Sin embargo y tal como se viene proponiendo en el presente documento, es necesario establecer algunas precisiones que garanticen la

continuidad de funcionamiento del proyecto, incluso más allá del periodo del contrato celebrado entre las partes.

Es indispensable que se regulen los supuestos en los que la SPE se deberá disolver por las causales previstas en la LGS. En el contexto descrito, estas medidas deberán ser comunicadas previa y simultáneamente al regulador y a la entidad estatal contratante.

4.10. La cesión de posición contractual de la SPE

Como se ha señalado, debe existir límites para la cesión de la posición contractual de la SPE. Ello encuentra su justificación en el carácter *intuitu personæ* de los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada.

Usualmente, se reconocen en el derecho societario a dos grupos de sociedades: las sociedades de personas o sociedades civiles y las sociedades de capitales.

Existen sendas diferencias entre uno y otro grupo de sociedades. Para el presente artículo, se destaca la libre transferencia de las participaciones o acciones que forman parte del capital de las sociedades.

En las sociedades de capitales, la regla es la libre transferencia de las acciones, sin mayores formalidades que la comunicación de esta decisión a la sociedad para su respectiva inscripción en el Libro de Matrícula de Acciones. Este fenómeno no debería ser de aplicación para el caso de las sociedades de personas, en las que el capital de la sociedad se encuentra representado en participaciones, las cuales tienen requisitos para la transferencia de las participaciones a los demás socios, así como a la propia sociedad, y en defecto de aquellos, para ser ofertados a terceros.

En las acciones de la SPE, se advierte que, pese a constituirse en una típica sociedad de capitales bajo las formas establecidas en la LGS, se debe establecer reglas para la libre transferencia de acciones o, en su caso, para los supuestos de cesión posición contractual. Así, se puede constatar que, a pesar de que la sociedad anónima se encuentra configurada como una típica sociedad de capitales para el caso de las SPE, esta característica está atenuada por las restricciones existentes a la libre transferencia de las acciones que forman el capital social o en los supuestos de cesión de posición contractual. Ello no hace sino confirmar la premisa que venimos sosteniendo, en el sentido que la SPE, en el ámbito de los proyectos de infraestructura y de servicios públicos, escapa a las reglas generales de las diversas formas societarias establecidas en la legislación nacional.

El fundamento de esta postura restrictiva se encuentra en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, en que nos encontramos ante relaciones jurídicas de carácter *intuitu personæ*, en que la condición del sujeto parte que contrata con el Estado se debe mantener durante la vigencia del proyecto. Así, cualquier modificación del estatus del sujeto con el que contrata el Estado (novación subjetiva) o de la prestación (novación objetiva) debe estar sometida a la aprobación de la contraparte contractual y, en su caso, a la opinión previa de los organismos reguladores.

En la medida en que el objeto de la SPE está definido *ex ante*, y ha sido un elemento esencial para la selección del adjudicatario de la buena pro, que luego debe suscribir como persona jurídica el respectivo contrato, es evidente que esta SPE se encuentra obligada al cumplimiento de actividades en función del contrato celebrado con el Estado en su condición de contraparte contractual.

En función de la forma societaria que se establezca para el funcionamiento de la SPE, se pueden establecer limitaciones específicas para los accionistas y para el funcionamiento de la propia sociedad. En tal sentido, no se debería constituir una SPE como resultado de procesos de transformación, fusión y/o escisión societaria, sea cual fuere la modalidad utilizada. Asimismo, la SPE se debería encontrar prohibida durante el periodo de ejecución del proyecto, de transformarse en cualquier otro tipo de persona jurídica distinta a una sociedad anónima.

CONCLUSIONES

- En el modelo peruano, el Decreto Legislativo 1362 establece un régimen de atipicidad contractual para los casos de los contratos de APP. A partir de ello, se cuenta con un tipo genérico de contrato, en el que una de las partes es el Estado representado por las entidades de los distintos niveles de gobierno, y una sociedad especialmente constituida para fines del proyecto, la cual se somete a la regulación establecida por la Ley General de Sociedades.
- En los procesos de promoción de la inversión privada que concluyen en la celebración y ejecución de sendos contratos de APP bajo diversas modalidades, se advierte actuaciones directamente vinculadas entre sí, como la convocatoria a un procedimiento especial de selección, un acto administrativo de otorgamiento al adjudicatario de la buena pro de un título habilitante para el desarrollo de un proyecto y, finalmente, la celebración de un contrato entre el Estado y un inversionista que adopta la forma de una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades.

- El *project finance* es un mecanismo especial de financiamiento de proyectos que, a diferencia de otras formas de obtención de recursos como el *corporate finance*, exige la constitución de una persona jurídica con características propias, como las SPE. En el contexto descrito, en los contratos de APP, se establece la obligación de parte de los inversionistas de constituir una nueva persona jurídica para la ejecución del proyecto.
- La necesidad de constituir una SPE se deriva de la propia naturaleza de los proyectos sometidos a esquemas de *project finance*, en que se requiere contar con una persona jurídica nueva y que se constituya para efectos exclusivos de la ejecución del proyecto. Esta es, finalmente, la sociedad que celebra en nuestro país el respectivo contrato de APP y que, por ende, asume los derechos y obligaciones del contrato.
- En la medida en que existe una clara y objetiva identidad de los sujetos partes de la relación contractual que establece el Estado con las sociedades creadas para el desarrollo de un proyecto, no es posible admitir la participación de los organismos reguladores como parte contratante (o signataria) de estos contratos o como partes no signataria de estos, como equivocadamente se ha dispuesto en el Decreto Legislativo 1362, pues ello distorsiona el rol que deben cumplir los organismos reguladores.
- El artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, Ley de General de Arbitraje, no regula el supuesto de incorporación de terceros, como los organismos reguladores en el proceso arbitral, sino la participación de partes no signatarias. En realidad, se trata de un precepto legal que busca establecer que una parte que no celebró el convenio arbitral deba formar parte de este, en atención a su comportamiento. Sin embargo, los organismos reguladores no son parte de los contratos y, en atención a ello, no pueden suscribir los mismos ni constituirse en partes no signatarias del convenio arbitral, pues su rol e intereses en el contrato son distintos a los aplicables a las partes contratantes.
- En el Perú se ha optado por un modelo flexible de constitución y funcionamiento de las SPE en función de cada caso concreto y atendiendo a la envergadura y características propias de cada proyecto. Si bien esta opción es instrumentalmente válida, no se encuentra exenta de problemas, pues debe tomarse en cuenta que ello afecta la predictibilidad e igualdad de condiciones entre los distintos sujetos que son contrapartes contractuales del Estado.
- Es necesario establecer reglas mínimas para la adecuada constitución y funcionamiento de las SPE, en la medida en que ellas no necesariamente se adecúan en forma automática a las disposiciones establecidas en la Ley General de Sociedades. Por ello, se advierte la necesidad de adoptar criterios mínimos, vinculados al objeto social, el uso de las diversas formas societarias, la exigencia de capital mínimo, la sujeción de la SPE a la legislación nacional, las limitaciones aplicables a las acciones de reorganización empresarial, cesiones de posición contractual, entre otras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blanquer, D. (2012). *La concesión de servicio público*. Tirant lo Blanch.

- Cassagne, E. (2019). «El régimen de participación público-privado en Argentina». En: *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una regulación inteligente*, Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. C. (2020). *Derecho administrativo y derecho público general. Estudios y semblanzas*. Euros Editores.
- Elías, E. (2015). *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica.
- ESAN (2018). *Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera*. Serie Gerencia para el Desarrollo 71.
- Fernández, J. M. (1996). *Régimen jurídico de las concesiones de carreteras en España. Un precedente para Chile*. Serie Documentos de Trabajo, 260, diciembre. Centro de Estudios Políticos.
- Hundskopf, O. (2021). «Derecho comercial». *Temas societarios*, tomo XX. Universidad de Lima.
- Pérez Hualde, A. (2017). *Concesión de servicios públicos*. Astrea.
- Proinversión (2019). *Primera versión del contrato estándar de asociación público-privada*. Proinversión.
- Rufián, D. (2018). *Manual de concesiones de obras públicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Salas, J. (2017). «Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades». *Colección lo esencial del derecho*, número 25. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tassano, H. (2016). «Competencia y regulación». *Derecho PUCP*, número 76, Lima.
- Valcárcel, P. (2006). *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*. Fundación Caixa Galicia. Centro de Investigación Económica y Financiera. Editorial Aranzadi, Navarra.

SOBRE EL AUTOR

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública, máster en Contratación Pública y Estudios Completos de Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la PUCP y otras facultades de Derecho. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación y de la Red Internacional de Bienes Públicos.

