

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



LA REGULACIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en

Derecho Empresarial

Walter José Tapia Alva

Código 20071051


Asesor:

Maximiliano Salazar Gallegos

Lima – Perú

2019





**LA REGULACIÓN DE LA
TRANSFORMACIÓN DE
LAS ASOCIACIONES**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES COMO PERSONA JURÍDICA SIN FINES DE LUCRO	3
1.1 La naturaleza jurídica del derecho de asociación.....	3
1.2 Los Principios que rigen a una asociación	5
1.2.1 Principio de Autonomía de la Voluntad Asociativa.....	6
1.2.2 Principio de No Distribución.....	6
1.2.3 Principio de Autoorganización.....	9
1.3 Los Límites propios de la Asociación como parte del derecho a asociarse	10
1.4 El tratamiento tributario de las Asociaciones.....	13
1.4.1 La Fiscalización por parte de la SUNAT	14
1.4.2 La Distribución Directa de Rentas	15
1.4.3 La Distribución Indirecta de Rentas.....	15
1.4.4 Los alcances del término “Partes Vinculadas”	16
1.5 Las características de una Asociación como Persona Jurídica sin Fines de Lucro	17
CAPITULO II: EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TRANSFORMACIÓN DE UNA ASOCIACIÓN	18
2.1 El concepto e implicancias de la transformación.....	18
2.2 La regulación de la transformación societaria	20
2.2.1 Las nuevas posibilidades de transformación	20
2.2.2 La responsabilidad de los socios	21

2.2.3 El porcentaje de participación	22
2.2.4 Los requerimientos para concretar el acuerdo de transformación.....	23
2.2.5 Las reglas básicas de la transformación	25
2.3 Las razones jurídico-económicas para transformar una Asociación a una persona jurídica lucrativa.....	26
2.4 La viabilidad e implicancias de la transformación de una Asociación a una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades	27
2.4.1 Discusiones preliminares.....	27
2.4.2 Posiciones que aceptan la posibilidad de que una Asociación pueda transformarse en una sociedad regulada por la LGS	28
2.4.3 Posiciones que niegan la posibilidad de que una Asociación pueda transformarse en una sociedad regulada por la LGS	37
2.4.4 El Anteproyecto de la Nueva Ley General de Sociedades (Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS.....	41
2.5 La transformación de asociaciones: casos y leyes especiales	42
2.5.1 La Antigua Ley Universitaria: Libre transmisión patrimonial	43
2.5.2 La Nueva Ley Universitaria: Prohibida la transformación	44
2.5.3 La Bolsa de Valores de Lima (BVL): La Autorización expresa para transformarse	47
2.5.4 Las Cooperativas: Sí es posible transformar, pero con restricciones	48
CAPITULO III: EL MARCO INTERNACIONAL Y PROPUESTA.....	50
3.1 El tratamiento jurídico de la transformación de personas jurídicas sin fines de lucro a sociedades lucrativas en otros países	50
3.1.1 Las legislaciones que la permiten: Caso argentino	50
3.1.2 Las legislaciones que la prohíben expresamente: Caso sudafricano	52
3.1.3 Las legislaciones que no disponen nada al respecto: Caso chileno.....	52
3.1 Temas a ser tomados en cuenta para una propuesta.....	53
CONCLUSIONES	58

RECOMENDACIONES 61

REFERENCIAS..... 63



INTRODUCCIÓN

Al referirnos a las personas jurídicas, independientemente de la finalidad que persigan, nos damos cuenta de que desde el día de su constitución comienzan a formar parte de un sinfín de relaciones jurídicas que se irán dando a lo largo de su existencia y que en determinados casos llegan a ser tan trascendentales que implican tomar decisiones sobre su gestión, estructura, finalidad, entre otros.

Una decisión de ese tipo podría ser la de reorganizarse societariamente cambiando su tipo societario por medio de una “transformación”, que implica la variación de la estructura organizativa, el régimen legal, la administración de su patrimonio, entre otras consecuencias; siempre manteniendo su personalidad jurídica, es decir, que no conlleva su disolución y liquidación.

La *ratio legis* de una transformación radica en evitar que se incurran en los onerosos costos de transacción que implicaría tener que iniciar un proceso de disolución y liquidación y luego un proceso de constitución de una nueva persona jurídica, haciendo más eficientes los tiempos y reduciendo los gastos y costos.

Por otro lado, existen múltiples razones por las cuales puede tomarse la decisión de transformarse, sin embargo, lo importante es tener claro si dicha decisión es jurídicamente viable y/o a que impedimentos podríamos enfrentarnos.

Al respecto, podemos apreciar que el artículo 333° de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887, 1997), en adelante “LGS”, establece que una persona jurídica regulada por esta norma (también llamada “sociedad”) puede transformarse en cualquier (i) sociedad regulada por la LGS o (ii) persona jurídica regulada por las demás leyes del Perú, como es el caso de las personas jurídicas reguladas en el Código Civil (A saber: Asociaciones, Fundaciones y Comités).

Ahora bien, el artículo antes mencionado también establece la posibilidad de que una persona jurídica regulada por normas diferentes a la LGS pueda tomar la decisión de transformarse en una sociedad regulada por esta norma, siempre que la ley no lo impida.

Es en este último punto en donde se presenta el caso de una Asociación que decide transformarse en una sociedad regulada por la LGS y se originan los cuestionamientos sobre la factibilidad y las críticas a la solución establecida en las diversas resoluciones del Tribunal Registral peruano.

El gran problema que se advierte es la falta de un desarrollo legal coherente a este específico supuesto, pues estamos frente a una persona jurídica sin fines de lucro que tiene restricciones sobre la distribución de su patrimonio, y que va a transformarse en una persona jurídica con una finalidad lucrativa que no cuenta con dichas restricciones.

Además, debe tenerse en consideración que no es pacífico en doctrina el admitir que la norma del Código Civil haya o no prohibido la posibilidad de que una Asociación pueda transformarse en un tipo societario regulado por la LGS.

Cabe precisar que en la legislación peruana se han promulgado leyes que específicamente permitían las transformaciones de Asociaciones a Sociedades, las cuales nos servirán de ayuda para poder verificar si es que es posible obtener algún criterio marco que nos ayude a dilucidar esta materia controvertida.

La idea del presente trabajo de investigación es determinar si es que la transformación es o no viable, y cuáles serían las formas que deberían observarse a la luz de la naturaleza jurídica de una Asociación y específicamente del destino de su patrimonio.

De esta manera podremos llegar a proponer un marco normativo que dilucide la problemática que se ha originado producto de la falta de una norma que desarrolle el procedimiento para transformar una Asociación a una sociedad regulada por la LGS.

Lo anterior contribuirá con reducir las dudas y con ello los costos de transacción e inseguridad jurídica que se originan ante una regulación deficiente y ampliamente debatible e interpretable.

CAPÍTULO I:
EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS
ASOCIACIONES COMO PERSONA
JURÍDICA SIN FINES DE LUCRO

1.1 La naturaleza jurídica del derecho de asociación:

Analizando desde el punto de vista internacional al derecho a asociarse, encontramos diversa normativa que grafica muchas de las aristas de este derecho, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De la lectura de la legislación internacional podemos identificar las siguientes premisas:

- (i) Las personas tienen el derecho a asociarse para los fines legítimos que tengan,
- (ii) No puede obligarse a una persona a integrar una asociación y
- (iii) Pueden establecerse restricciones a este derecho fundadas en seguridad pública, orden público, moral y otros.

En nuestro país, en la Constitución Política del Perú (1993) (en adelante la “Constitución”) específicamente el inciso 13 del artículo 2° de la misma reconoce el derecho fundamental de todas las personas “a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

Esta forma de redacción genera una primera cuestión relacionada a que si el derecho a asociarse tal como está redactado en el referido inciso ampara en modo alguno a aquellas personas jurídicas en la que los socios buscan un fin lucrativo.

Sobre el particular podríamos respondernos a nosotros mismos estableciendo que para esos casos ya existe una estipulación adecuada en la propia Constitución, específicamente el artículo 59° que detalla que:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad

pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. (1993)

Teniendo ello en cuenta, esta dicotomía estaría aparentemente superada, pues para las organizaciones sin fines de lucro aplicaríamos el inciso 13° del Artículo 2° de la Constitución mientras que para las que buscan lucro podríamos aplicar el artículo 59° de la Constitución, sin embargo, el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) no ha sido del todo claro al momento de analizar este derecho pues como señala Salazar (2015) “ha incurrido inevitablemente en algunas serias imprecisiones al definir e intentar caracterizar su exteriorización fenomenológica” además señala el mismo autor “cuando se intenta definir la noción esencial del derecho se incurre en mucha imprecisión” (Salazar, 2015, pág. 53).

El problema ha estado en que el TC ha tenido diversas posturas en sus resoluciones que van desde considerar que este derecho aplica restrictivamente a las personas jurídicas sin fines lucro, hasta admitir que por excepción aplica a las que tienen fines lucrativos y todo ello tiene su origen en una equívoca redacción de la norma constitucional pues como menciona Salazar (2015) “el texto no debió mencionar formas jurídicas típicas como lo hace, refiriéndose a las Fundaciones (reguladas en el código civil) de ahí que leído ello en conjunto a la mención al derecho de asociación, haya dado lugar a grandes confusiones” (pág. 57).

Sin perjuicio de lo anterior, independientemente de su aplicabilidad o no a las personas jurídicas con fines de lucro, debemos tener mapeado que este derecho que aplica tanto a las personas naturales, jurídicas y también a los “entes colectivos organizados en función de un fin valioso” (Salazar, 2015, pág. 53) como son un grupo de personas que sin constituir una persona jurídica se juntan a realizar una labor en común o que por falta del cumplimiento de los requisitos formales para constituirse como personas jurídicas o mantener dicha calidad quedaron como sociedades irregulares o asociaciones de hecho.

Por lo tanto, el ejercicio del referido derecho no necesariamente implica que deba constituirse una persona jurídica sin fin de lucro para ejercerlo, “basta con la coaligación de las personas para la finalidad común. El propio Código Civil reconoce a las asociaciones fundaciones y comités no inscritos” (Correa, 1999, pág. 320), es decir, el derecho de asociación es el género y que el ejercicio de los derechos que forman parte de una asociación la especie.

Ahora bien, aterrizando en el tema particular de la Asociación, tenemos claro que el constituir, unirse, mantenerse y/o retirarse de una asociación es una manifestación del derecho constitucional de asociarse lo cual debe de regirse bajo los parámetros normativos que regulan dicha institución jurídica.

En esa línea de ideas, el TC reconoció que desde el punto de vista de la persona estamos frente a tres derechos “(i) La facultad de fundar una asociación, (ii) El derecho a ingresar o no a una asociación salvo las excepciones establecidas en la ley y (iii) El derecho a desafilarse de una asociación” (Sentencia N° 1027-2004-AA, 2004).

Del mismo modo, la referida Sentencia establece que desde el punto de vista de la Asociación podemos apreciar dos derechos “(i) La prerrogativa de la no admisión y (ii) La prerrogativa de la separación de un miembro” (Sentencia N° 1027-2004-AA, 2004).

En razón a lo anteriormente expuesto, se puede apreciar que la posibilidad de constituir, unirse o desvincularse de una asociación es un derecho constitucionalmente reconocido, que implica el hecho de que si dos o más personas buscan una finalidad no lucrativa en común son libres de asociarse, sea a través de una persona jurídica o no, siempre respetando el marco normativo y no pudiendo ser disuelta por resolución administrativa.

Del mismo modo, ha de precisarse que las asociaciones pueden tener diferentes objetivos como pueden ser las que tienen carácter “civil, religioso, beneficio, cultural, político, gremial. Deportivo u otros similares” (Sessarego, 1895, pág. 180) y de ello dependerá inclusive el tratamiento tributario que se le asigne pues como podemos saber es muy diferente una asociación cuyo objeto es ayudar a los más necesitados que aquella cuyo objeto sea un centro de esparcimiento para los integrantes de la misma.

Por tanto, las asociaciones pueden definir sus objetivos propios siempre que no dejen de tener una finalidad no lucrativa ni estén impedidos legalmente de hacer por ejemplo Belaunde y Parodi (1998) dan como ejemplo aquellos “que no estén reservados a otra forma de organización legal (caso de las entidades bancarias y financieras), atenten contra el orden público o las buenas costumbres”. (pág. 26)

1.2 Los principios que rigen a una Asociación:

La Asociación como una de las manifestaciones del derecho a asociarse conlleva determinados principios básicos que rigen su creación, actividad, transformación y eventual disolución, los mismos que constituyen parte del su contenido esencial.

Vale recordar que el “contenido esencial” de un derecho es aquel que “limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales” (Laynes, 2008, pág. 148). Caudentemente con ello, el TC ha señalado que:

“(…) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. (Sentencia N° 014-2002-AI/TC)

Teniendo clara la importancia que tienen los principios como parte del contenido esencial de un derecho fundamental, podemos observar que existen al menos tres principios esenciales involucrados:

1.2.1 Principio de Autonomía de la Voluntad Asociativa:

Podemos definir este principio como la facultad que tiene una persona de libremente decidir en base a su solo criterio de conciencia si: (i) Constituye o no, (ii) Se afilia o no, y/o (iii) se mantiene o retira de una Asociación. De ello se extrae que ningún tercero ni siquiera el Estado pueden obligar a una persona a tomar una decisión en determinado sentido.

Asumiendo el mismo criterio, el TC ha señalado que el derecho a asociarse:

“No solo implica la libertad de integración (libertad de asociarse en sentido estricto) sino que por correlato también supone la facultad de no aceptar compulsivamente dicha situación (libertad de no asociarse) o simplemente, de renunciar en cualquier momento, pese a haberla aceptado en algún momento o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente)” (Sentencia N° 3978-2007-AA, 2007)

1.2.2 Principio de no distribución:

Para poder comentar este principio necesariamente tenemos que mencionar el Artículo 80° del Código Civil pues regula la materialización del derecho a asociarse por medio de

la constitución de una asociación señalando que “la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas o de ambas que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo”. (Decreto Legislativo N° 295, 1984). Complementando ello, el TC ha señalado que estará proscrito que los miembros de una asociación “produzcan actos de reparto directo o indirecto” (Sentencia N° 1027-2004-AA, 2004).

Teniendo en cuenta ello, observamos que este principio es elemental toda vez que la Constitución establece una protección especial cuando existe se ejerce el derecho a asociarse bajo un parámetro no lucrativo.

Ello quiere decir que, sea cual fuere, la razón por la que las personas se asocian, no puede haber una búsqueda de ganancia patrimonial personal de sus integrantes, por ello el TC indica que “la finalidad asociativa no puede sustentarse en la expectativa de obtención de ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes”. (Sentencia N° 1027-2004-AA, 2004)

En la resolución antes mencionada, el TC nombra a este principio como “principio altruista”, sin embargo, considero equívoca esta denominación pues estaríamos partiendo de una premisa que indica que los miembros de la asociación solo buscan la ayuda desinteresada a terceros y no podrían obtener algún beneficio, lo que si bien se ajustaría a una asociación de corte religioso, no sería tan preciso cuando nos referimos a los Clubes sociales en donde los miembros activos obtienen los beneficios propios de esta organización social excluyendo la distribución de las ganancias o excedentes que genere esta persona jurídica.

Considero que la denominación más adecuada es la que esboza Hansmann como el “Non Distribution Constraint Principle” o “Principio de no distribución”, pues lo que importa es que las ganancias, excedentes, utilidades u otros tipos de beneficios que obtenga la asociación no puedan ser repartidos entre sus miembros, es decir, ninguno de ellos tiene una expectativa de obtener parte de las ganancias de la empresa y en eso recae el que sea considerada como “no distributiva”.

Es importante precisar que el no tener una finalidad lucrativa no implica automáticamente la imposibilidad de desarrollar actividades que generen un rédito económico, sino que conlleva la obligación de que el destino de dichos fondos debe ser dirigido al objeto de la asociación.

Coincido con Hansmann (1980) cuando detalla que una persona jurídica sin fin de lucro como es una asociación “no está prohibida de obtener ganancias, lo prohibido es la

distribución de estas ganancias” (pág. 838) estableciendo acertadamente que las ganancias, excedentes, utilidades entre otros “deben ser retenidos y dedicados enteramente a financiar la producción de los servicios para los que la organización fue formada” (pág. 838)

Asimismo, debemos dilucidar la incógnita en torno a cuál es la diferencia entre una persona jurídica con fines de lucro y una que no tiene una finalidad lucrativa, pues podría pensarse que la diferencia sustancial entre ambas es que una busca obtener un beneficio económico y la otra no, sin embargo, esto no es tan cierto pues, como ya hemos podido apreciar, las personas jurídicas sin fines de lucro también pueden realizar actividades económicas.

Por tal motivo, es importante recordar que la diferencia radica en la repartición de excedentes, ganancias y/o beneficios toda vez que los socios de una persona jurídica con fines de lucro buscarán ello como razón primordial por la que accedieron a constituir o formar parte de dicha entidad.

Coincidiendo con ese punto, la Corte Suprema del Perú detalló en una Sentencia que:

“Los fines que buscan ambos tipos de personas jurídicas son distintos, en el caso de las personas jurídicas lucrativas el reparto de utilidades entre sus socios resulta ser inherente a su naturaleza, en cambio, en el caso de una persona jurídica no lucrativa su objeto se orienta a la consecución de fines comunes altruistas”. (Casación N° 3189-2012 – LIMA NORTE, 2013).

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir en que el principio no distributivo es fácilmente identificable a lo largo de la vida de la asociación pues desde el momento de su constitución las partes involucradas optan por esta figura jurídica sabiendo que no habrá una posibilidad de que puedan distribuirse las ganancias, de otro modo “tendrían que optar por constituir una sociedad mercantil” (Tribunal Fiscal, Resolución N° 00899-4-2008, 2008).

Teniendo en cuenta ello, hemos realizado una interpretación sistemática de tres artículos del Código Civil y la Constitución que nos permitirán afirmar que la forma no lucrativa y el principio de no distribución se encuentran presentes al inicio, durante y al final de la “vida” de la Asociación.

Al respecto decimos que la finalidad es no lucrativa desde el inicio en razón del artículo 2° inciso 13 de la Constitución (1993) cuando señala como derecho fundamental “a asociarse y a constituir (...) diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro” lo que se complementa con el artículo 80° del Código Civil que establece “la asociación (...) persigue un fin no lucrativo” (Decreto Legislativo 295, 1984)., es decir, quien constituye una Asociación sabe de antemano que no podrá esperar obtener un lucro por medio de esta, lo que excluye directamente cualquier tipo de repartición de beneficios o excedentes.

Asimismo, indicamos que durante el transcurrir de la “vida” de la Asociación se puede evidenciar que no habrá forma alguna en que el asociado pueda beneficiarse o apropiarse del patrimonio cuando en el artículo 91° del Código Civil se menciona que “los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones” (Decreto Legislativo 295, 1984).

Finalmente, en el caso de disolución y liquidación, los miembros de la asociación se encontrarán impedidos de que les sea entregado el haber neto resultante conforme al Artículo 98° del Código Civil el cual señala que “Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados (...)” (Decreto Legislativo 295, 1984).

1.2.3 Principio de Autoorganización:

La importancia de este principio radica en que el grupo de personas que se asocia puede establecer las reglas, condiciones, objetivos en común que les permitirán lograr la finalidad que se hayan propuesto.

En relación a este principio, Rubio (1998) señala que “el derecho de asociación no solo comprende el derecho de asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo, dentro del marco de la Constitución y de las leyes” (pág. 20).

Como podemos apreciar, este principio consiste en la libertad que tienen las partes de fijar sus propias reglas de juego en cuanto al manejo de la sociedad desde su forma societaria hasta su terminación. Por otro lado, el TC ha detallado que el principio de autoorganización:

“se materializa a través del estatuto, que debe establecer como mínimo reglas acerca del comportamiento exigido a los socios y de las cargas que se les imponen, así como del derecho que pueden ejercer y por supuesto sobre la manera de terminar el vínculo con la asociación parte del afiliado y de excluir al socio, por parte de la asociación”. (Sentencia N° 2389-2009-AA, 2004).

En base a lo anterior podemos apreciar que el derecho asociarse contiene unos principios especiales que forman parte de su contenido mínimo y sobre las cuales tendrá que analizarse cualquier tipo de propuesta legislativa que busque modificar y/o precisar la regulación que se tiene sobre las asociaciones y en general sobre cualquier persona jurídica sin fin de lucro, pues serán un primer filtro para determinar la constitucionalidad de esta medida.

1.3 Los límites propios de la Asociación como parte del derecho a asociarse.

Cuando nos referimos a los límites de un derecho fundamental nos adentramos en una zona muy sensible pues estos derechos han “sido proclamados al máximo nivel normativo” (Aguiar de Luque, 1993, pág. 11) y no deberían ser limitados de forma arbitraria o sin un sustento legal y doctrinario adecuado.

A nivel internacional observamos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) señala específicamente en su artículo 29.2 que:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás (...)”

En esa misma línea se pronuncian los demás organismos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) que en sus artículos 30 y 32 incisos 24 literal a) establece que:

“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, sumando el hecho de que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden

ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

De ello podemos extraer que ningún derecho de por si es ilimitado o absoluto y que siempre encontrará limitaciones definidas por la norma que lo reconoce, la misma que también deberá asegurar el respeto a los derechos de los demás, es por ello que el derecho a asociarse como todo derecho no es irrestricto y tampoco una de sus manifestaciones que es la Asociación y todas los derechos y deberes que comprende. Coincidiendo con ello, Salazar (2015) señala que:

“La manifestación de todo derecho tiene como correlato un deber que está definido en cada caso y en primer lugar por la naturaleza de cada uno de ellos. Las limitaciones por supuesto deben saber interpretarse y afinarse en el respeto a la dignidad humana en todas sus manifestaciones y al principio de legalidad, esto es, el orden público.” (pág. 50).

En lo que respecta a la legislación nacional, observamos que el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución declara que “Toda persona tiene derecho a (...) la libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...) a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, dentro de lo cual el Tribunal Constitucional advierte que “esta disposición contiene una reserva de ley ordinaria - general y abstracta-, y que, por sus características, vincula a los poderes públicos, a los órganos constitucionales autónomos y también a los ciudadanos”. (Sentencia N° 0005-2013-AI, 2018).

Es en este artículo donde se regula lo que se conoce como el principio de legalidad el cual “garantiza que tanto el contenido como los límites a los derechos fundamentales se prevean siempre mediante una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo (...)”. (Tribunal Constitucional, Sentencia N° 0005-2013-AI, 2018).

Ello quiere decir que la limitación de un derecho fundamental debe ser realizada por medio de una “ley en sentido formal” la misma que es emitida por el Poder Legislativo es decir el Congreso de la República salvo que se recurra a “una norma que satisfaga la reserva del ‘acto legislativo’.” (Tribunal Constitucional, Sentencia N° 0005-2012-PI, 2012) que implica una garantía de que “los límites a (los) derechos fundamentales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando su carácter general

y su conformidad con el principio de igualdad” (Tribunal Constitucional, Sentencia N° 02235-2004-PA, 2004).

Es por ello que la legislación peruana permite que se le delegue al poder ejecutivo la facultad de legislar, pero esta potestad viene de la mano con la obligación del Presidente de dar cuenta por cada decreto legislativo al Congreso o a la Comisión Permanente conforme al artículo 104° de la Constitución, lo que constituye una forma de control de esta labor.

En relación con lo anterior, queda claro que la Asociación como manifestación del derecho a asociarse es pasible de tener limitaciones que deben de estar en sintonía con los demás “derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos y, en caso de conflicto, se aplicarán los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad”. (Vasquez Torres, 2013, pág. 84).

Consecuentemente con ello, consideramos de forma enunciativa los siguientes límites:

- 1) Las disposiciones del Código Civil que regulan el manejo interno y externo de la Asociación desde su constitución hasta su disolución, inclusive si esta Asociación no llegó a inscribirse en Registros Públicos.
- 2) “El control previo de legalidad al solicitar el reconocimiento como Persona Jurídica” (Salazar, 2015, pág. 60)
- 3) Imposibilidad de distribuir beneficios, ganancias u otros ingresos entre sus miembros. (Fin no lucrativo)
- 4) Disposición patrimonial restringida pues su patrimonio se encuentra casualizado pues “el patrimonio está ‘afectado’ a un objeto social” (Luna-Victoria, 1986, pág. 55) y los miembros que integran la Asociación “no tienen libre disposición ni reembolso de sus aportaciones (ni siquiera en caso de retiro), el patrimonio de la Asociación se debe aplicar necesariamente al objeto social, no sería concebible una aplicación distinta” (Luna-Victoria, 1986).
- 5) El orden público y las buenas costumbres, cuya trasgresión podría implicar su disolución por parte del Ministerio Público conforme al Artículo 96° del Código Civil.
- 6) La Asociación compulsiva como es el caso de la colegiatura obligatoria en señalada en el Artículo 20° de la Constitución.

La lista anteriormente enunciada puede ser mucho mayor y dependerá de cada caso concreto la verificación de supuestos adicionales, lo que debe quedar totalmente en claro es que cualquiera fuere la restricción que se establezca respecto de este derecho “no sería admisible que las leyes establecieran restricciones exageradas o arbitrarias; porque al momento de aplicarlas, siempre primará el derecho de asociación con toda su fuerza de manera indiscutible, descartando restricciones abusivas.” (Vasquez Torres, 2013, pág. 84)

La idea de recalcar este punto en la investigación es que quede en claro que la posibilidad de transformarse de un Asociación, a pesar de no haber sido regulada expresamente, puede ser limitada y reconducida en función de los límites que se les ha impuesto a las asociaciones como es el que su patrimonio tenga determinadas restricciones.

1.4 El tratamiento tributario a las Asociaciones.

Cuando nos referimos al tratamiento tributario debemos centrar el análisis en los tres principales impuestos aplicables que son el Impuesto a la Renta (en adelante “IR”), el Impuesto General a las Ventas (en adelante “IGV”) y al Impuesto Temporal a los Activos Netos (en adelante “ITAN”), los cuales se encuentran relacionados al tema materia de análisis que es la exoneración del pago del impuesto.

Sobre el particular, el ITAN condiciona su aplicabilidad, entre otros supuestos, al hecho de que la Asociación se encuentre inafecta o exonerada del pago al IR conforme al artículo 3° de la Ley que crea el Impuesto Temporal a los Activos Netos (Ley N° 28424, 2004) mientras que en el caso del IGV “los ingresos de las asociaciones sin fines de lucro, por la prestación habitual de servicios, están afectos al IGV” (Zavala, 2019) salvo el caso puntual de “las cuotas ordinarias mensuales que aportan los asociados (las mismas que) están inafectas al referido impuesto, porque no califican como servicios gravados según ley del IGV” (Zavala, 2019).

Habiendo mencionado el panorama general anterior con las diferentes aristas que pueda tener, consideramos que el tema central de análisis en este punto es el de la exoneración del IR y del ITAN, éste último depende de si la entidad continúa o no siendo considerada como entidad exonerada conforme a la LIR.

Al respecto, ha de notarse que el legislador ha tenido un trato diferenciado a las asociaciones por el fin no lucrativo que buscan y por ello les exonera del pago del IR conforme Artículo 19 de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante “LIR”) aprobada

por Decreto Supremo N° 179-2004-EF y su respectivo reglamento, fijando los siguientes requisitos:

- 1) La Asociación debe tener como finalidad la beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales, y/o vivienda, debiendo constar ello en su instrumento de constitución.
- 2) Las rentas deben de ser destinadas a dichos fines.
- 3) No puede distribuirse las rentas de forma directa o indirecta entre los asociados o partes vinculadas a estos o a aquellas.
- 4) Debe señalarse expresamente en el estatuto la previsión de que en caso de disolución y liquidación se destine el patrimonio a una Asociación con los mismos fines.

1.4.1 La Fiscalización por parte de la SUNAT.

La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante “SUNAT”) tiene la obligación legal de “fiscalizar a no menos del 10% de las entidades inscritas en el Registro de entidades exoneradas conforme lo señala el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Supremo N° 122-94-EF, 1994), ello con la finalidad detectar si dichas organizaciones están cumpliendo con los requerimientos normativos

Del mismo modo, las consecuencias de que el contribuyente incurra en una distribución directa o indirecta será que SUNAT dará de baja a la Asociación del Registro en el que figura como entidad sujeta a exoneración del Impuesto a la Renta lo que conllevará la obligación de la Asociación de pagar los impuestos correspondientes.

Por otro lado, el legislador ha precisado los alcances de los términos “partes vinculadas” y “distribución indirecta” en cuanto a sus alcances y determinación. En atención a ello, debemos entender una distribución directa como el hecho de que las rentas producidas por la Asociación se repartan entre los asociados y la distribución indirecta se produce cuando se utilizan diferentes mecanismos legales para que las rentas producidas por una Asociación sean entregadas a los asociados o cuando las rentas son “canalizadas a los asociados a través de terceros (personas interpuestas), valiéndose de mecanismos fraudulentos o injustificados” (Tartini, 2014, pág. 132).

Sobre el particular es importante destacar que el Tribunal Fiscal como última instancia administrativa en temas tributarios ha indicado que una distribución directa o indirecta de rentas clasificada como tal por la LIR solo podrá producirse si:

“las mismas les son entregadas (a los asociados) por su sola condición de tales, de manera tal que si existe otro título justificante para que el asociado reciba rentas de la asociación (e.g. pagos por servicios o por participar en cargos ejecutivos) no nos encontraremos una distribución prohibida por la LIR” (Tribunal Fiscal, Expediente N° 909-2-1999, 1999).

1.4.2 La Distribución Directa de Rentas.

En lo que respecta a la distribución directa de rentas, el Tribunal Fiscal ha tenido diversos pronunciamientos consistentes en indicar que existe distribución directa cuando se

“ha podido comprobar una <<reversión>> de los aportes de los asociados, esto es, cuando conforme a las disposiciones estatutarias o a la verificación fáctica efectuada por la Administración Tributaria, se comprueba que la asociación ha utilizado o utilizará los aportes o contribuciones recibidos de los asociados en la ejecución de prestaciones individualizadas para cada uno de ellos, de tal manera que se les beneficie patrimonialmente.” (Tartini, 2014, pág. 134)

En relación a lo anteriormente mencionado, estaríamos frente a una distribución directa de rentas si es que una sociedad utiliza el dinero proveniente de una donación para adquirir autos nuevos a cada uno de sus asociados, lo cual sería distinto si una asociación deportiva compra uniformes para su equipo de fútbol pues es parte de su objeto social.

1.4.3 La Distribución Indirecta de Rentas.

La normativa tributaria analiza esta figura desde el punto de vista de la disposición patrimonial, los costos y gastos.

Conforme a ello se establece que se considerará distribución indirecta cuando los costos y gastos:(i) no tengan una relación de necesidad para la realización del objeto de la asociación y/o (ii) resulten sobrevaluados en relación a su valor de mercado.

Del mismo modo, se ha regulado que también podrá considerarse como distribución indirecta en caso se disponga de los bienes mediante (i) cesión en uso a terceros para actividades no comprendidas en sus fines y no hubiese una renta destinada a los fines de la asociación y/o (i) entrega de dinero o bienes ajenos al control tributario lo que incluye los ingresos no declarados y aquellas sumas que fueron cargadas como costo y gasto.

Por otro lado, en el penúltimo párrafo del inciso b) del artículo 19° de la LIR deja abierta la posibilidad de que “en los demás casos, la SUNAT deberá verificar si las rentas se han distribuido indirectamente ente los asociados o partes vinculadas” (Decreto Supremo 179-2004-EF, 2004).

Ahora bien, en lo que respecta a la casuística sobre este tema, podemos encontrar que existen varias resoluciones que establecen que estamos ante un caso de distribución indirecta cuando “los beneficios resultantes de las operaciones de la asociación –i.e. en sus relaciones con terceros–, son trasvasados a sus asociados por su sola condición de tales”. (Tartini, 2014, pág. 138)

Otro ejemplo es el caso de la sobrevaloración de costos y gastos por encima del valor de mercado que podría considerarse una distribución indirecta, en el que una Asociación otorgue “sueldos muy elevados para sus directivos o pague bonos por productividad cada vez que existan ingresos en la entidad” (Peña, 2019) pues debería tener una justificación adecuada frente a SUNAT de otro modo podrían perder la exoneración.

1.4.4 Los Alcances del término “Partes Vinculadas”:

En lo que respecta a la definición y alcances del término “Partes Vinculadas”, la normativa tributaria establece que los siguientes criterios para determinar si estamos frente a una parte vinculada de una Asociación:

- 1) Una parte tiene participación en la dirección, gerencia, administración u otro cargo que le permita tener control y poder de decisión o una existan cargos compartidos entre las partes.
- 2) Una parte realiza un aporte significativo que representa más del 30% del patrimonio de la Asociación. Cabe precisar que, formará parte del aporte significativo el que realicen dos o más personas naturales vinculadas hasta el

cuarto grado de consanguinidad y/o dos o más personas jurídicas vinculadas entre sí.

- 3) La misma persona o grupo de personas aportan significativamente al patrimonio de las personas cuya dirección o control tienen.
- 4) Las personas tienen un vínculo de parentesco.
- 5) Cuando una de las partes destina al menos el 80% de la venta de bienes o servicios a la asociación y éstas representan al menos el 30% de sus adquisiciones según los parámetros de la norma.
- 6) Se haya utilizado a una persona interpuesta con la finalidad de encubrir una transacción entre partes vinculadas.
- 7) Exista un contrato de colaboración empresarial entre las partes con contabilidad independiente de acuerdo a los parámetros que fija el Reglamento de la LIR.

1.5 Las características de una asociación como persona jurídica sin fines de lucro.

Luego de efectuado un análisis sobre la Asociación como una de las modalidades en las que se ejerce el derecho constitucional de asociación, podemos enunciar las siguientes características particulares:

- i) Es la manifestación del derecho constitucional a asociarse, el cual permite a una persona (i) Constituir, (ii) afiliarse y/o (iii) desafiliarse de una Asociación.
- ii) No tiene un fin lucrativo, es decir, los asociados no pueden beneficiarse del patrimonio de esta entidad.
- iii) El patrimonio se encuentra causalizado a los fines no lucrativos de la Asociación.
- iv) Los miembros de la asociación definen los medios, modos y formas en la que conseguirán el fin común no lucrativo por el que se juntaron.
- v) Estabilidad de la unión que formó la Asociación la misma que podrá ser “a plazo determinado o indeterminado, según la naturaleza y finalidad del acto asociativo.” (Tribunal Constitucional, Sentencia N° 1027-2004-AA,2004)
- vi) Cuentan con beneficios tributarios, siempre que se cumplan determinados parámetros tributarios.

CAPÍTULO II:
EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA
TRANSFORMACIÓN DE UNA ASOCIACIÓN

2.1 El concepto e implicancias de la transformación.

Cuando los miembros de una persona jurídica deciden que la forma asociativa o societaria que adoptaron no es la adecuada para la consecución de sus fines o quizás quieran que estas finalidades sean otras, pueden tomar la decisión de modificar su estructura teniendo en claro que no será necesario disolverla pues buscan que prevalezcan todas las relaciones jurídicas que se han originado desde el día en que la constituyeron.

Consecuentemente con ello, si una sociedad anónima cerrada quisiera tener más miembros que los que la LGS le permite, podría optar por convertirse en una Sociedad Anónima u otra modalidad asociativa para la consecución de dicho fin, sin que ello implique disolverla, lo mismo sucedería si es que los miembros de una Asociación buscarán transformarse en una Cooperativa.

Por ello cuando nos referimos a una “transformación” de una persona jurídica, lo primero que se nos viene a la mente es que va a darse un cambio estructural sin que ello implique la desaparición de la misma pues si lo que se buscara fuera su extinción tendría que optarse por la vía de la disolución y liquidación, bajo tal premisa es que el último párrafo del Artículo 333° de la LGS señala que “la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica”.

La transformación es una de las modalidades de reorganización societaria que implica el cambio de la estructura de una persona jurídica por otra, como sería el caso de la transformación de una Sociedad Anónima Cerrada a una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

Como se ha mencionado en el presente numeral, la idea de transformación es poder modificar la estructura de una persona jurídica adoptando la de otra sin que sea necesario disolverla y liquidarla, reduciendo así los costos de transacción que implicaría

disolver y volver a constituir una nueva. Por ello con dicha acción la persona jurídica “mantiene la identidad y personalidad jurídica nacidas en su constitución e inscripción iniciales”. (Ministerio de Agricultura y Riego, 2013, pág. 9)

En línea con ello, vemos que siempre se precisa que la transformación no conlleva la liquidación y disolución de la asociación “pues se trata de la misma persona jurídica que simplemente transforma su tipo legal y con ello las reglas que la rigen”. (Ministerio de la Producción, 2015, pág. 15) es decir “nos hallamos ante un cambio en la “forma” o “tipo” de la persona jurídica la cual, en virtud de dicha operación, si bien varía en su estructura y/o funcionalidad no por ello altera la subjetividad jurídica que le es propia”. (Echevarría, 2015, pág. 3)

Por tales motivos, podemos entender que en la medida que no exista una prohibición legal expresa, podría darse la transformación de una cooperativa a una sociedad anónima y viceversa, así como la de una Sociedad Anónima Cerrada a una Fundación, ello conforme señala Echevarría (2015) citando a la doctrina italiana estaríamos frente a una “transformación heterogénea y a una homogénea” (pág. 4)

La distinción anterior se realiza en base a los fines que persiguen las mismas, pues estaremos frente a una transformación homogénea cuando solo varía la estructura de la entidad mas no la finalidad mientras que estaremos frente a una transformación heterogénea cuando esta forma de reorganización societaria implique el cambio de en la finalidad por ejemplo transformar una persona jurídica no lucrativa a una de tipo lucrativo.

Cabe precisar que, la posibilidad de transformarse dependerá de que la norma no lo prohíba expresamente por ello el segundo párrafo del Artículo 333° empieza destacando que “cuando la ley no lo impida” podrá darse la transformación de una persona jurídica no regulada por la LGS a una sociedad regulada por esta norma. Este es un punto de dolor en la doctrina nacional porque, como explicaremos más adelante, existen sectores que indican que no es viable transformar una persona jurídica sin fines de lucro a una persona jurídica con dichos fines mientras que otros avalan la tesis de que en la medida que no exista prohibición expresa podría darse dicha transformación.

Independientemente de lo anterior, debemos destacar como las principales consecuencias de la transformación, con diferentes matices, (i) la variación de la responsabilidad de los socios, (ii) de la estructura de la sociedad, y (iii) la relación con los acreedores, en suma cuenta, podemos apreciar que se producen efectos internos y

externos pues los integrantes de la misma y los terceros que se relacionan con éste ente jurídico verán modificada su relación jurídica.

En relación a la sociedad podremos apreciar que la misma variará su estructura sin disolverse y adoptará la de otra sociedad cumpliendo los parámetros y requisitos que la normativa le exija expresamente.

Asimismo, en lo que respecta a los miembros de una sociedad (socios u asociados), variará las responsabilidades, derechos y deberes que asumen frente a la sociedad, por ejemplo, podría variar de responsabilidad limitada a una de tipo ilimitado o viceversa. Del mismo modo, la situación con los acreedores podría verse modificada en razón de la responsabilidad limitada o ilimitada que pudieran estar asumiendo los socios de la asociación recientemente transformada.

En suma cuenta, podemos definir la transformación como aquella decisión tomada por los órganos competentes de la persona jurídica en la que se acuerda modificar la estructura social pudiendo cambiar la finalidad siempre que ello no sea prohibido por la ley, teniendo en cuenta que dicho cambio no solo impactará a la sociedad, sino a los miembros de la misma y la relación con sus acreedores.

En esa misma línea el Tribunal Registral PERUANO define la transformación como aquella que “origina un cambio radical en la estructura de la persona jurídica, es una mutación esencial en la configuración del ente colectivo” (Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T, 2004)

2.2 La regulación sobre la transformación societaria.

2.2.1 Las nuevas posibilidades de transformación:

La anterior Ley General de Sociedades (Decreto Supremo N° 003-85-JUS, 1985) establecía de manera taxativa en su artículo 346° que “las sociedades constituidas legalmente, podrán transformarse en cualquiera de las otras clases de sociedades consideradas en la ley, sin cambiar su personalidad jurídica”, quedando claro que no cabía la posibilidad de que una persona jurídica regulada en el Código Civil pueda transformarse en una sociedad regulada por dicha norma.

Con la nueva LGS esta situación cambió pues el legislador no solo incluyó “dentro del concepto de transformación a modelos empresariales distintos a la sociedad, sino que ha contemplado, de manera implícita, que también puedan ser objeto de transformación las personas jurídicas sin fines de lucro”. (Molina, 2003, pág. 1086).

Lo anteriormente mencionado se regula en el artículo 333° de la LGS que establece las siguientes disposiciones relativas a la transformación:

“Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú.

Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley.

La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica” (**El subrayado es mío**)

Con relación a lo subrayado podríamos decir que la ley permite que cualquier persona jurídica distinta a las sociedades reguladas en la LGS pueda transformarse en una de estas sociedades, por ejemplo, podría transformarse, en principio, una persona jurídica no lucrativa regulada en el Código Civil por una Sociedad regulada por la LGS.

Esa fue la idea de que tuvieron los juristas que participaron en la creación de la referida norma por ejemplo Elias Laroza (2015) señala que “La sección Segunda del Libro Cuarto de la Ley (General de Sociedades) regula, en forma novedosa y moderna, el tema de la reorganización de las sociedades en particular y de las persona jurídicas en general” (pág. 354) pues agrega el referido autor que “la Ley (General de Sociedades) contempla no solamente mecanismos de reorganización societaria aplicables a todas las sociedades entre sí, sino también con los otros tipos de personas jurídicas, no societarios, existentes en la legislación peruana”. (Elias Laroza, 2015, pág. 354).

Del mismo modo, Beaumont (2007) indica que “si bien la transformación ya estaba regulada, sólo se permitía entre sociedades, sean éstas civiles o mercantiles. Hoy, por el contrario, podemos transformar una asociación, fundación o comité en cualquier sociedad civil o mercantil y viceversa (...)”. (pág. 707).

El gran problema que se presenta con este artículo y con los comentarios que los juristas que lo crearon solo se limitan a mencionar que es una nueva posibilidad, sin embargo, no diseñaron un marco normativo adecuado con el cual pueda viabilizarse la transformación de una persona jurídica regulada en el Código Civil a una regulada en la LGS, sobre todo en lo relacionado al manejo del patrimonio de la sociedad.

2.2.2 La responsabilidad de los socios:

En lo que respecta a la responsabilidad de los socios, la LGS establece en su artículo 335° como regla de protección a los acreedores que asumieron dicha calidad con anterioridad a la transformación, en ese sentido si la responsabilidad varió de limitada a ilimitada o viceversa los socios responderán ilimitadamente por las deudas asumidas con anterioridad a la transformación.

Como habíamos mencionado, la idea de establecer dichas reglas de responsabilidad es poder darles un marco normativo adecuado a los acreedores de la sociedad, impidiendo discrepancias en torno al tipo de responsabilidad que los integrantes de la sociedad asumen frente a ellos luego de la transformación. Cabe precisar que, la norma permite a los acreedores aceptar que los socios asuman responsabilidad limitada en caso de que la sociedad se transforme a una con un sistema de responsabilidad ilimitado a limitado y su deuda sea anterior a la transformación.

En relación con lo anterior, podemos decir que la norma les ha dado un marco jurídico que garantiza a los acreedores que los socios no burlen sus acreencias o las conviertan en contingentes en caso ocurran variaciones en la responsabilidad que ello han asumido frente a ellos.

2.2.3 El porcentaje de la participación

En la primera parte del artículo 335° de la LGS se detalla que la transformación no puede implicar la modificación del porcentaje de participación de los socios sin su consentimiento expreso salvo el caso puntual que alguno de ellos haya hecho ejercicio de su derecho de separación. Lo anterior se debe a que se parte de “una regla básica del Derecho Societario: los órganos sociales no pueden modificar ciertos derechos fundamentales del socio sin su consentimiento y este último debe ser necesariamente expreso”. (Elias Laroza, 2015, pág. 371)

Sobre el particular, la norma hace referencia a la imposibilidad de modificar la “participación porcentual” dado que, conforme señala Elías Laroza (2015):

“la participación numérica puede modificarse cuando, por ejemplo, se produzca una revalorización del patrimonio integral de la sociedad y ello afecte, positiva o negativamente, la cifra del capital, o cuando, como lo contempla la Ley (General de Sociedades), alguno o algunos de los socios ejerciten el derecho de separación”. (pág. 371)

Lo importante de ello es que siempre debe haber una equidad y proporcionalidad porcentual sea que aumente el valor del capital social o aumente la tenencia de acciones o participaciones debido a que un socio ejerció su derecho de separarse.

El inconveniente que detectamos en este artículo es que no se ajusta a las nuevas posibilidades que la LGS ha creado en su artículo 333° que es el caso de una Asociación, Fundación y/o Comité puedan transformarse en una sociedad regulada por la LGS pues surge la incógnita en torno a cómo se asignará la calidad de socio y a quienes les corresponderá este derecho, pues vale recordar que en las personas jurídicas reguladas en el Código Civil no existe la calidad de socios sino la de asociados y estos no han realizado un aporte para el capital social pues este último no existe.

Del mismo modo, la segunda parte del artículo 335° de la LGS establece que la transformación “tampoco afecta los derechos de terceros emanados de título distinto de las acciones o participaciones en el capital, a no ser que sea aceptado expresamente por su titular”. Esto significa que debe entenderse comprendido dentro de esta definición “toda clase de derechos que la sociedad haya reconocido en favor de terceros, que no sean acciones ni participaciones en el capital” (Elias Laroza, 2015, pág. 372)

Al respecto debemos entender que se “trata de derecho emanados de títulos o acuerdos de carácter especial aprobados por la persona jurídica en favor de terceros” (Elias Laroza, 2015, pág. 372) como son aquellos regulados en la misma ley relacionados a la comunicación de acuerdos entre socios y terceros regulados en el artículo 8° de la LGS y otros más como la opción para suscribir acciones regulada en el artículo 103° de la LGS.

Cabe precisar que, este artículo no se refiere a las obligaciones contractuales frente a los acreedores pues estos contratos son obligaciones “que la sociedad no puede desconocer, desde que una decisión unilateral de transformación, por parte de la persona jurídica, no puede afectar a sus acreedores”. (Elias Laroza, 2015, pág. 372)

2.2.4 Los Requerimientos para concretar el acuerdo de Transformación.

La LGS ha establecido determinados requerimientos que deben de cumplirse para que la persona jurídica pueda concretar la transformación, como es el artículo 336° de esta norma que establece que “la transformación se acuerda con los requisitos establecidos por

la ley y el estatuto de la sociedad o de la persona jurídica para la modificación de su pacto social y estatuto”.

Lo importante de este artículo es que, si una Asociación desea convertirse en cualquier persona jurídica regulada por la Ley General de Sociedades, deberá de cumplir con los requisitos para la modificación de su estatuto. En palabras de Elías Laroza (2015):

“Una asociación civil que pretenda transformarse en sociedad en otro tipo de persona jurídica, debe hacerlo por acuerdo de su asamblea general, de conformidad con el artículo 84° del Código Civil y cumpliendo los requisitos que establezca, en forma especial, su escritura de constitución o su estatuto, de ser el caso.” (pág. 376)

Cabe precisar que, el artículo no precisa el contenido del acuerdo pues lo lógico es que con la decisión de transformación se aborden los siguientes temas:

- 1) El modelo de sociedad al que se transformarán.
- 2) La regulación del estatuto que regirá esa nueva forma asociativa.
- 3) La composición del cuadro accionarial o de las participaciones.
- 4) La regulación de su relación con terceros con quienes tenga obligaciones
- 5) Cualquier otra disposición adicional relacionada con el tipo societario o permitida por la LGS.

Al comentar este artículo Elías Laroza (2015) indica que “el acuerdo debe ser lo suficientemente completo como para informar adecuadamente a los socios, permitiéndoles decidir sobre su permanencia o separación de la persona jurídica” (pág. 377), sin embargo, ello origina la cuestión relacionada a qué es lo que pasa cuando uno de los integrantes de la asociación se opone a la transformación societaria y las consecuencias de que opte por separarse de la misma.

Por otro lado, la norma dispone que con la decisión de transformación se activa la posibilidad de que los socios de una sociedad puedan separarse de la misma conforme al artículo 200° de la LGS que dispone, entre otras cosas, que solo podrán ejercer el derecho de separación “los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto”.

En esa línea de ideas, cuando hablamos de una Asociación debemos entender que estas acciones son realizadas por los órganos y miembros de la entidad correspondientes a este tipo de persona jurídica, es decir, la Asamblea General y los asociados. Por otro

lado, la norma LGS remite al derecho de separación contenido en su propia normativa que entre otros temas establece que si un socio decide separarse de la persona se le reembolsará el valor de sus acciones lo cual no sería aplicable a una asociación porque no existen acciones y ellos no tienen derecho sobre el patrimonio de la asociación.

Asimismo, la LGS dispone que el acuerdo de transformación debe ser publicado tres veces mediando cinco días de intervalo entre cada uno de los avisos, luego de lo cual el socio/asociado podrá ejercer su derecho a separarse dentro de los 10 días siguientes a la publicación. Luego de dicho plazo, la transformación se formaliza en Escritura Pública y se envía a Registros Públicos para su debida inscripción y eficacia.

Cabe precisar que la transformación entra en vigor desde el día siguiente de la Escritura Pública pero su eficacia se sujeta a que se inscriba dicho acto en Registros Públicos por ello el Tribunal Registral ha indicado en una resolución que lo que se inscribe “no es el acuerdo de transformación, sino la transformación -en sí misma-” (Resolución N° 1390-2009-SUNARP-TR-L, 2009).

2.2.5 Las Reglas básicas de la transformación.

Luego de lo mencionado en los párrafos precedentes, podemos mencionar que la regulación sobre la transformación establece las siguientes reglas básicas:

- 1) Salvo prohibición normativa, las personas jurídicas pueden transformarse en otras. Ello conllevará el cambio estructural total o parcial de la misma y de la normativa aplicable.
- 2) La transformación no implica la pérdida de la personalidad jurídica, pues “solo puede perderse por dos formas: a) la inscripción registral de liquidación y posterior extinción de la persona jurídica o b) un mandato legal expreso” (Salazar, 2009, pág. 339).
- 3) La transformación evita tener que transitar por la disolución y liquidación.
- 4) Los acreedores tienen una protección especial así las responsabilidades de los socios cambian de limitada a ilimitada o viceversa.
- 5) Con la transformación el porcentaje de participación no puede variar, salvo ejercicio del derecho de separación, en cuyo caso debe respetarse la proporcionalidad.
- 6) La transformación no puede afectar los derechos de terceros que se originan en títulos diferentes a las acciones o participaciones en el capital.

- 7) Los derechos y obligaciones de la persona jurídica se mantienen salvo que ellos dependan del anterior marco normativo. (Ejemplo: Beneficios tributarios). La doctrina denomina ello como “principio de continuidad” pues existe una permanencia de “los derechos, obligaciones y demás situaciones subjetivas adquiridas por la persona jurídica” (Echevarría, 2015, pág. 7)
- 8) Con la transformación se abre las puertas al ejercicio del derecho de separación, siempre que se cumplan determinadas condiciones.
- 9) La transformación recién será eficaz a partir de su inscripción.
- 10) La decisión de transformar la sociedad “se adopta por voluntad social, salvo que la ley lo exija como es el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, cuando su titular desaparece y lo sucede una colectividad”. (Salazar, 2009, pág. 339)

2.3 Las razones jurídico-económicas para transformar una Asociación a una persona jurídica lucrativa.

A lo largo de la existencia de una Asociación pueden darse un sinnúmero de relaciones jurídicas y ello también permite que puedan darse un sin número de razones por las cuales los miembros que la integran pueden tomar la decisión de transformarse.

En ese sentido, podemos esbozar algunas que ya hemos detectado en lo que va del desarrollo de la presente investigación como es el hecho de que la transformación es una vía que reduce los costos de transacción derivados del tener que iniciar un trámite de disolución y liquidación para luego iniciar otro de constitución, permitiendo que se mantenga la personalidad jurídica. En razón de ello, Salazar (2009) señala que una de las razones para transformar se debe a que “es una salida legal para darle continuidad a una actividad económica que interesa a los miembros de la persona jurídica, por conveniencia e interés de los socios controladores de la sociedad” (pág. 341)

Autores como Elías Laroza (2015) señalan que el adoptar nuevas formas societarias mediante la transformación permite “acceder al financiamiento bancario, realizar oferta pública de acciones o de obligaciones, para contar con una mejor estructura de carácter fiscal, para limitar la responsabilidad de los socios o para adecuarla a su propio crecimiento o reducción” (pág. 358)

Como ya fue mencionado, las razones pueden ser diversas como por ejemplo una Asociación que se dedicaba al transporte público de personas y cuyos asociados se dieron

cuenta que esa forma de organización jurídica no era la adecuada para sus intereses pues lo que realmente buscaban era obtener beneficios directos de las rentas por la actividad de la asociación, para ello dicha decisión debe ser viable jurídicamente en la medida que no comprometa derechos de terceros o defraude tributariamente al Estado.

Lo cierto es que los socios/asociados, al optar por la transformación de la persona jurídica y no por una medida más gravosa como sería la disolución y liquidación queda claro que buscan continuar con la vigencia de esta persona jurídica sea porque ha ganado un posicionamiento en el mercado o porque ha forjado relaciones jurídicas claves con terceros que le asegurarán una continuidad adecuada en caso de transformación, por ello, en forma preliminar y con cargo a desarrollarlo con más profundidad en los puntos que vienen, son criticables las resoluciones de Tribunal Registral que piden la entrega previa de haber neto resultante como si estuviésemos frente a un escenario de liquidación lo cual supone dar por finiquitadas todas esas relaciones jurídicas que supondrían la marcha adecuada de la sociedad.

2.4 La viabilidad e implicancias de la transformación de una Asociación a una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades.

2.4.1. Discusiones preliminares

Cuando hacemos referencia a una Asociación y las pretensiones de transformación a una Sociedad Anónima, el primer cuerpo normativo al que acudiremos será el Código Civil que es donde se definen las características y demás atribuciones legales de esta persona jurídica, sin embargo, nos encontramos con el hecho de que esta norma no ha regulado, dispuesto ni previsto ningún tipo de alcance relacionado a la posibilidad de que la Asociación pueda transformarse y general no ha hecho mención a ello para ninguna de las otras personas jurídicas no lucrativas que regula.

Ahora bien, lo siguiente que debemos hacer es verificar si es que la normativa que aplica a la sociedad a la que busca transformarse la Asociación dispone algo sobre el particular, ante lo cual se nos presenta el Artículo 333° de la Ley General de Sociedades que establece, como ya hemos mencionado, que en la medida que no exista un impedimento legal, las personas jurídicas pueden transformarse en alguna sociedad regulada por esta ley. Consecuentemente con ello, debe de analizarse si es que existe o no un impedimento legal pues ese sería, aparentemente, el único obstáculo para poder concretar la transformación societaria deseada.

Es en ese último punto donde se presentan las controversias doctrinales que discuten si es que una sociedad se encuentra o no impedida de transformarse pues tienen una finalidad no lucrativa y al permitir la transformación “se vulneraría la atribución patrimonial prohibida a favor de los asociados” (Almendrades, 2015, pág. 4) mientras que otros autores señalan que dado que no existe un impedimento legal expreso de por medio no podríamos hablar de una prohibición y por ende todo lo que no está expresamente prohibido está jurídicamente permitido.

En adición a lo anteriormente señalado, cada uno de los autores señalan criterios adicionales para sustentar la posición negativa o positiva sobre la procedencia de esta operación, para ello los agruparemos conforme a los argumentos que señalan.

2.4.2. Posiciones que aceptan la posibilidad de que una Asociación pueda transformarse en una sociedad regulada por la LGS.

Como es de esperarse si bien algunas posiciones pueden encontrarse en afirmar que sí es posible que una Asociación pueda transformarse en cualquiera de las formas societarias reguladas en la LGS, debe destacarse el hecho que muchas difieren y critican los fundamentos que tiene cada una.

Comencemos por las teorías afirmativas que se centran en que al no mediar impedimento expreso es viable debido a la redacción amplia del artículo 333° de la LGS, como es el caso de Elías Laroza (2015) quien al comentar las implicancias de este artículo en relación a la anterior LGS señala que:

“La ley otorga a la transformación de sociedades una dimensión que antes no tenía. Además de mantener la regulación de las transformaciones tradicionales, que comprendían el simple cambio de tipo societario, la nueva LGS incluye a transformación de toda clase personas jurídicas que, no siendo sociedades, adoptan una forma societaria” (pág. 359)

De la lectura del párrafo anterior podemos apreciar que el autor habla en forma general de la transformación no aterrizando al caso de específico de una asociación y/o desarrollando las implicancias y consideraciones, sin embargo de la lectura íntegra de sus comentarios a la LGS podemos afirmar, al menos, que el referido autor era partidario de la tesis afirmativa relacionada a la transformación de personas jurídicas sin fines de lucro a sociedades reguladas por la LGS pues podemos apreciar que comulga con dicha tesis cuando cita a Messineo quien hace referencia a los cuestionamientos sobre la

transformación de una cooperativa como persona jurídica sin fines de lucro a una con fines lucrativos:

“Algunos niegan la transformabilidad, en el sentido – integral- de que ni una sociedad lucrativa puede transformarse en sociedad cooperativa, ni una sociedad cooperativa puede transformarse en sociedad lucrativa; porque se modificaría el elemento causal del negocio de sociedad, o porque la finalidad de la sociedad lucrativa y la de la sociedad cooperativa divergen profundamente. Pero el disentimiento mayor se refiere, especialmente, a la hipótesis de transformación de una sociedad cooperativa en sociedad lucrativa. (Como se citó en Elias, 2015, pág. 360)

Messineo prosigue haciendo referencia la legislación italiana que en su entender establece la viabilidad de la transformación al indicar que:

“Sin embargo, en favor de la tesis afirmativa pueden invocarse, de modo particular, el primer apartado del artículo 2537, que remite, en cuanto a las modificaciones del acto constitutivo de la cooperativa, al artículo 2436, en el cual se contempla, entre los casos de modificación, también la transformación de la sociedad misma; y, además, el segundo apartado del mismo, que remite al artículo 2499, el cual es (como se ha visto) precisamente en tema de transformación de sociedad; finalmente, el artículo 211 del R.D. de 30 de marzo de 1942, n. 318, el cual tiene la sociedad cooperativa, la cual no puede ser más que en el sentido de la transformación en sociedad lucrativa. (..) Pero no cabe duda del resultado, o sea de la transformabilidad de la cooperativa. A fortiori debe considerarse transformable una sociedad lucrativa en sociedad cooperativa”. (Como se citó en Elias, 2015, pág. 360)

Con dicha cita Elias Laroza (2015) quiso establecer que la nueva LGS estaba en sintonía con el hecho de que “encontrándose de por medio disposiciones legales, no había contradicción alguna al admitir transformaciones (...) con cambios sustanciales en la naturaleza de la persona jurídica” (pág. 361) ejemplificando ello al indicar “como es el caso de la transformación de las fundaciones o cooperativas en sociedades con fines de lucro, o viceversa” (Elias Laroza, 2015, pág. 361), es decir, para el referido autor no hay problema con que una persona jurídica sin fines de lucro como es el caso de una

Asociación pueda transformarse en una persona jurídica con fines lucrativos, pues para su entender el artículo 333° así lo ha permitido.

En esa misma línea de pensamiento, Beaumont (2007) no ve problemas con la transformación antes señalada pues destaca que con el artículo 333° de la LGS:

“Se han abierto las puertas y ventanas del inmueble donde se hospeda el derecho societario, para invitar a otras personas jurídicas que han tomado la decisión de mudarse, a que vayan a residir a la casa de aquél” (pág. 586) prosiguiendo este autor al señalar que “revisados los códigos de comercio de Colombia, Honduras y México, así como las leyes de sociedades anónimas de Chile y España, entre otros textos legales, no hemos encontrado alguno que refiera la posibilidad de salir del ámbito societario para mudarse al civil y (...) tampoco la posibilidad de que en un futuro, pueda ocurrir lo inverso: cambio de asociación a sociedad comercial de responsabilidad limitada. Esta transformación específica es figura jurídica típica y originaria del Perú” (Beaumont, 2007, pág. 854)

Ello significa que el referido autor comparte la tesis de la viabilidad de la transformación, sin embargo, como en su momento ya habíamos anotado, ninguno de los autores desarrolla específicamente todas las implicancias y consideraciones que debería tenerse en cuenta para poder realizar dicha operación, tampoco realizan un análisis de la legislación para determinar si ella es suficiente para que la operación no conlleve la desnaturalización de la figura o un mal uso de la misma para defraudar los intereses del Estado y/o de terceros.

Ambos autores reconocen la novedad que implica las nuevas disposiciones del artículo 333° de la LGS en relación con la anterior Ley General de Sociedades que solo permitía la transformación entre sociedades reguladas por dicha ley es decir “solo permitía mudar de una habitación a otra o de un piso a otro, pero dentro del mismo edificio societario. Ahora la mudanza puede ser de y a otros inmuebles jurídicos” (Beaumont, 2007, pág. 586), sin embargo, no realizan un análisis exhaustivo de dicha figura.

A esta tesis de la novedad legislativa que permite la transformación también se le suma Morales Acosta (1998) al indicar como novedad del artículo 333° de la LGS la posibilidad de “adaptación de las sociedades, no solamente a otras formas societarias sino también a otros tipos de personas jurídicas contempladas en las leyes del Perú” (pág. 52) y prosiguiendo con el desarrollo de su idea indica que “ello significa que es perfectamente

posible que la sociedad que se transforma pueda adoptar la forma de una cooperativa, asociación, fundación, comité, etc., y viceversa (por ejemplo una cooperativa podría transformarse en sociedad anónima)". (Morales Acosta, 1998, pág. 52)

Es en esta línea del pensamiento, Gonzales (2002) señala que "el artículo 333 N.L.G.S. (Nueva Ley General de Sociedades) ha utilizado un concepto muy amplio de transformación, de tal forma que una sociedad puede modificar su estructura a cualquier persona jurídica (sin o con fines de lucro) y viceversa" (pág. 468), posición a la que se adhiere el Tribunal Registral en una primera resolución sobre la transformación de asociaciones a sociedades reguladas por la LGS, pues partió de la premisa señalada en el segundo párrafo del Artículo 333° de la LGS, referida a la viabilidad de la transformación siempre que no exista impedimento legal, indicando que:

"En el segundo párrafo de esta norma se abre el camino para la transformación de una asociación a sociedad mercantil. La norma pone como única condición para su procedencia que la ley no impida su transformación. Las asociaciones se rigen por las disposiciones del Código Civil. En ese cuerpo legal no ubicamos prohibición alguna para la transformación; es más, el Código Civil guarda silencio sobre el tema, es decir no ha previsto la figura de la transformación para asociaciones." (Resolución N° 147-2004-TR-T, 2004) Cabe precisar que el mismo argumento se repite en las Resoluciones N° 1317-2013-SUNARP-TR-L y N° 714-2013-SUNARP-TR-L.

Hasta este punto podemos observar que las posiciones doctrinales citadas hasta el momento se basan en ese viejo aforismo romano que dice "Libertas est naturalis facultas ejns quod cuique facere libet, nisi quod de jure ant vi prohibetur" que puede ser traducido como "la libertad es aquella facultad natural que permite a todos hacer cualquier cosa que desee excepto aquello que está prohibido por la ley" y que en nuestro ordenamiento jurídico está reconocido en la Constitución como un derecho fundamental a la libertad de ejercicio contenido en el inciso 24 literal del artículo 2 de la citada normativa que dice "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" y en relación a la aplicación de este principio para este caso particular Cieza (2005) afirma estar "de acuerdo con la interpretación asumida por la Sala en este aspecto y considera que si es factible proceder a la transformación de una persona jurídica con finalidad no lucrativa a una que tenga tal finalidad" (pág. 32). Conforme con ello, Becerra

(2013) señala categóricamente que “en realidad no existe ninguna prohibición normativa expresa que impida dicha transformación”.

El problema que detectamos es que no solo puede basarse en una laxa interpretación de este principio pues como todo derecho fundamental tiene límites como puede ser el orden público, las buenas costumbres y el “no transgredir, ni violar el derecho de las demás personas” (Varsi, 2004), además no podemos darle viabilidad a una situación jurídica por el solo hecho de que no se ha prohibido expresamente pues también debe concordarse esta con los principios que rigen a una Asociación y en base a ello determinar la viabilidad de la operación.

Podríamos ejemplificar este punto con un supuesto de hecho simple en el cual quisiéramos ingresar un auto dentro del mar, frente a lo cual no hay una prohibición expresa, pero dicha acción no sería la forma adecuada de utilizar un objeto cuya naturaleza es andar en tierra firme, la idea de todo es que debe de analizarse la presente problemática más allá de la simple aplicación del principio de que lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, pues debemos tener en cuenta la naturaleza de ésta persona jurídica.

Por otro lado, si bien la doctrina ha hecho denodados esfuerzos por demostrar que existe un impedimento legal derivado de la naturaleza no lucrativa de la Asociación y de la imposibilidad de disposición del patrimonio, sea en caso de liquidación o ante los supuestos de renuncia, exclusión y/o muerte, el Tribunal Registral, al mencionar las Resoluciones N° 147-2004-SUNARP-TR-T, 1317-2013-SUNARP-TR-L y 714-2013-SUNARP-TR-L, concluyó que es procedente la transformación al no haber un impedimento normativo, y además ha señalado que “la ley ha impuesto como límite de la transformación la prohibición de otra ley y en el presente caso, no se percibe de nuestro ordenamiento jurídico un mandato prohibitivo expreso en ese sentido. Tampoco se denota implícitamente este impedimento.” (Resolución N° 196-2005-SUNARP-TR-T, 2004).

En resumidas cuentas, el Tribunal Registral ha concluido que, al no haberse regulado expresamente una prohibición a la transformación, no ve un impedimento legal y a pesar de que diversos autores hayan mencionado que el impedimento se encuentra dentro de la naturaleza no lucrativa, el Tribunal no está de acuerdo con esa posición y reitera que tampoco visualiza de forma implícita ese impedimento.

Hasta ese punto, podríamos mencionar que ante la falta de claridad y de voluntad de viabilizar una operación, el Tribunal Registral adoptó una posición que, si bien no

comparto, es una de las consecuencias de tener una legislación deficiente e imprecisa. Lo que no guarda coherencia es la acotación que realiza al indicar que existe un impedimento para que el patrimonio de la Asociación se traslade a la nueva forma jurídica regulada por la LGS sustentando su posición en que:

“El hecho de su transformación supone su “exclusión” del ámbito civil, y en esa medida, deberá aplicarse al patrimonio de la asociación, por analogía, la normativa contemplada en el artículo 98° del Código Civil para la disolución y liquidación de la asociación, es decir entregar los bienes que pudiesen existir (dado que no se trata en estricto del “haber neto resultante”) a las personas designadas en el estatuto o, de no ser esto posible, procederá a través de las sala civil de la corte superior, a su aplicación a fines análogo en interés de la comunidad”. (Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L, 2004).

Lo anterior es tres veces criticable pues alertamos que se está desvirtuando la institución jurídica de la transformación, contradiciéndose el Tribunal Registral de una manera superlativa pues en sus resoluciones interpreta de forma amplia la posibilidad que tienen las personas jurídicas no lucrativas de transformarse, incluso afirmar que sostener que no es posible el cambio de finalidad de la persona jurídica por medio de la transformación “supondría privar de contenido a la norma consagrada en el artículo 333° de la Ley General de Sociedades” (Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L) y lo que lamentablemente está haciendo, en suma cuenta, es solicitar la liquidación efectiva del patrimonio.

Cuando analizamos la definición de transformación mencionamos que una de las razones por las que se opta por ésta posibilidad jurídica de reorganización societaria es que reduce los tiempos y con ello los costos de transacción asociados a evitar tener que discurrir por el camino de liquidar, disolver y extinguir la Asociación para luego constituir una persona jurídica nueva y diferente; y, además, porque este procedimiento tiene como premisa el Principio de Continuidad por la que se mantiene la actividad, la personalidad jurídica, y las relaciones con terceros, solo cambiando el tipo societario.

Por ello, no comprendemos como es que la Sala dispone por un lado que no hay un impedimento para transformarse, y por otro lado dispone la liquidación de los “bienes” desvirtuando esta figura, pues básicamente está regulando, como señala Espinoza (2006), una especie de “transformación con liquidación patrimonial” (pág. 780) o una liquidación

encubierta, es decir, la Asociación tendría que resolver todas sus relaciones jurídicas vigentes y entregar su patrimonio para que recién pueda transformarse.

La siguiente crítica radica en que han aplicado la analogía a dos supuestos de hecho totalmente diferentes, en ese punto coincido con Espinoza (2006) quien señala que “no cabría la aplicación analógica porque no se trata de situaciones similares” (Derecho de las Personas, pág. 780).

Sobre el particular, debemos recordar la definición de analogía que es:

“aquel razonamiento o procedimiento lógico que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho pueda superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa (denominadas lagunas del derecho o del ordenamiento jurídico) haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un ‘caso similar’” (Caiani citado por Espinoza, 2005, pág. 184)

Teniendo en cuenta ello, Espinoza (2005) indica que serían tres las características del procedimiento analógico que deberían verificarse para su correcta aplicación:

“Ninguna norma contempla de manera directa el caso planteado; hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso y hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir” (pág. 184)

Conforme a ello, podemos apreciar que, si bien se cumplen los supuestos uno y dos, no vemos una similitud o semejanza entre la transformación que se rige por el principio de continuidad y la liquidación que es una de las modalidades con la que se concluye “la vida” de la persona jurídica.

Sin embargo, en caso pudiese interpretarse que habría una similitud o semejanza, debe de tenerse en cuenta un impedimento legal expreso contenido en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que dispone que “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía” y de acuerdo con dicho precepto estaríamos aplicando analogía a una disposición que establece una restricción a la distribución del patrimonio a los socios.

Es importante señalar que, si el Tribunal hubiese querido hacer valer un argumento interpretativo menos endeble, pudo haber utilizado un argumento *a fortiori* que señala Espinoza (2006):

“Si para la situación más grave (que es la extinción de la persona jurídica) se debe aplicar el haber neto resultante según lo acordado en el estatuto, a mayor razón, para la situación menos grave (transformación), se debe respetar lo regulado imperativamente en el artículo 98° C.C. (Código Civil).” (pág. 780)

Aunque dicha forma interpretativa también hubiese sido criticada, pues no es posible la interpretación analógica en normas prohibitivas, excepcionales, especiales o restrictivas “en ninguna de sus modalidades, a saber, *a fortiori*, *a pari*, *ab maioris adminus*, *ab minoris ad amius*” (Rubio citado por Hundskopf, pág. 57)

Por otro lado, estaríamos frente a una trasgresión constitucional, pues un ente administrativo (el TR), mediante una resolución administrativa, está disponiendo, o mejor dicho “requiriendo” la liquidación de una Asociación, lo cual abre la puerta a cuestionamientos judiciales sobre la procedencia adecuada de este órgano colegiado.

Teniendo en cuenta lo anterior es que consideramos que Seoane (2005) tiene razón al señalar que el Tribunal Registral “desarrolla una confusa interpretación sobre la viabilidad de dicha transformación” en su afán de “quedar bien con Dios y con el diablo” (pág. 123) representados estos últimos por quienes argumentan a favor de la posibilidad de que una Asociación pueda transformarse y por aquellos doctrinarios que discrepan de tal posibilidad.

A ésta crítica se le suma la de Echevarría (2015), que cuestiona la decisión del Tribunal Registral acotando que este órgano colegiado

“olvida que es la continuidad, tanto subjetiva como objetiva, la que permitió comprender la supresión del derecho de oposición de los terceros acreedores de la persona jurídica transformada.” (pág. 24)

Dicha preocupación es totalmente válida pues cuando mencionados la regulación de la transformación en la LGS pudimos apreciar que el acreedor siempre se debe encontrar garantizado pues así varíen las responsabilidades de los socios estos no van a dejar de responder frente a ellos, por ello lo dispuesto por el Tribunal Registral representa un problema pues

“si la solución radica en no transferir el patrimonio de la asociación a la sociedad cuando menos debió brindarse las garantías para que dicho procedimiento no afecte los intereses de los acreedores tal como ocurre

con otros procedimientos de reorganización societaria” (Echevarría, 2015, pág. 24)

Por otro lado, Seoane (2005) quien es parte del grupo de doctrinarios que sostienen que las asociaciones puedan transformarse destaca que:

“en general no debe de existir impedimento para transformar una asociación en una sociedad. Quienes constituyen una persona jurídica determinada, mientras se encuentren bajo su investidura tienen el deber de acatar las características de cada organización jurídica, pero cuando consideren necesario para sus fines modificar la estructura legal pueden hacerlo, siempre que cumplan con los requisitos legales establecidos para llevar a cabo de la transformación, sin que le sistema jurídico sea un obstáculo para cumplir con su finalidad“ (pág. 125)

Desde la óptica de Seoane (2005), el autor discrepa del Tribunal Registral pues considera que su razonamiento:

“es erróneo, porque el artículo 98º del Código Civil solo es aplicable como consecuencia de un proceso de disolución y liquidación, entonces, si la transformación no implica la disolución ni la liquidación de la asociación, mal hace el Tribunal al exigir la liquidación cuando ésta no corresponde ni forma parte de un proceso de transformación”. (pág. 124) agregando que al “mezclar transformación con liquidación hay un evidente exceso (del Tribunal Registral)” (pág. 125)

Asimismo, Seoane (2005) reflexiona que cuando hablamos de la transformación a una sociedad regulada por la LGS nos referimos específicamente a un cambio estructural y organizacional de una Asociación:

“ahora los asociados convertidos en accionistas sí podrán percibir utilidades; antes se consideraba un voto por asociados en las asambleas ahora, con el cambio, el accionista tendrá derecho a emitir tantos votos como acciones tenga, inclusive el accionista puede negociar sus acciones, y en el caso del patrimonio al transformarse la estructura jurídica, la prohibición de no distribuir el patrimonio entre los asociados ya no existiría por cuanto la estructura asociativa se ha modificado por una estructura societaria que tiene sus propias reglas, estos son cambios

fundamentales, y en virtud de la transformación se pueden hacer legítimamente.” (págs. 124-125)

Debido a todo lo anterior, podríamos afirmar que el sector doctrinario que considera que es totalmente posible la transformación de una asociación en una sociedad, argumenta que, al no estar prohibida la transformación, está permitida jurídicamente y que el Tribunal Registral debió proceder en esa forma no haciendo interpretaciones analógicas sobre la disposición del patrimonio.

Lo que hemos podido apreciar de los autores citados es la necesidad de evaluar y sustentar adecuadamente la forma de superar las contradicciones que podrían presentarse en relación con la naturaleza jurídica de la Asociación y a la posibilidad que se trastoque los derechos de terceros o del propio Estado desde el punto de vista tributario.

Considero que podríamos agregar un argumento más a estos teóricos como es un tipo de argumentación que Espinoza (2005) denomina como “argumento psicológico (o recurso de la voluntad del legislador concreto)” (pág. 203) que conlleva señalar que “todo enunciado normativo debe ser atribuido el significado que corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, es decir, del legislador en contrato, de legislador histórico” (Espinoza, 2005, pág. 203).

La razón de ello se debe a que tanto el Tribunal Registral como muchos de los autores que sustentan que es posible y válida la transformación de una Asociación a sociedad citan a Enrique Elias Laroza, Ricardo Beaumont y otros autores que formaron parte de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Nueva Ley General de Sociedades, creada mediante Resolución Ministerial N° 424-94-JUS del 01 de octubre de 1994, por lo que, podría argumentarse que la *ratio legis* del Artículo 333° era que, entre otras disposiciones, las personas jurídicas no lucrativas reguladas en el Código Civil puedan transformarse libremente en Sociedades Anónimas u otras reguladas por la LGS sin mayor restricción que las aplicables a los tipos societarios a los que se convertirán.

A pesar de ello, sostengo mi posición de que los referidos autores tuvieron las mejores intenciones al regular el artículo 333° pero no tuvieron previstas las implicancias jurídico-económicas que causaría abrir tal puerta y no regular como es que dichas personas jurídicas podrían ingresar al mundo societario.

2.4.3. Posiciones que niegan la posibilidad de que una Asociación pueda transformarse en una sociedad regulada por la LGS.

Así como existen doctrinarios e inclusive instituciones del Estado que concuerdan en la factibilidad de transformar las asociaciones, la doctrina nacional no es pacífica al respecto pues posiciones como la de Espinoza (2006) señalan que:

“la naturaleza de las personas no lucrativas no puede cambiar a una de carácter lucrativo. Ello entra en manifiesto contraste con la esencia de este tipo de personas jurídicas, por cuanto no se explicaría que, en una opción más extrema, como es la de la extinción de la misma, se excluye la posibilidad de que los miembros se beneficien económicamente con el saldo resultante.” (págs. 776-777)

Teniendo en cuenta que el destino del patrimonio no podría atribuírsele a los asociados en un escenario de liquidación, el referido autor indica que:

“El transformar una persona jurídica no lucrativa en una lucrativa haría que los integrantes se beneficien directamente con el patrimonio de la persona jurídica, posibilidad que no está permitida por ley (...). Esta posibilidad queda excluida desde la constitución de la persona jurídica no lucrativa, durante su vigencia (de ahí que no cabe la transformación) e incluso, después de su extinción.” (Espinoza, 2006, pág. 777)

A la posición de Espinoza, se adhieren los Registradores Públicos Carlos Antonio Mas Ávalo en su observación al título 212674-2004 que dio mérito a la Resolución del Tribunal Registral N° 633-2004-SUNARP-TR-L y Elmer Bustamante Deza en su observación al título 35238-2005 que dio mérito a la Resolución del Tribunal Registral N° 196-2005-SUNARP-TR-T.

Para el Tribunal Registral estos argumentos no son suficientes pues los pretende rebatir citando a Elías Laroza indicando que el diseño que finalmente se le dio al Artículo 333° fue uno en el cual:

“los asociados pueden libremente decidir la adopción de una nueva ‘forma’ que le permita, entre otros, acceder al financiamiento bancario realizar oferta pública de acciones, de obligaciones, limitar la responsabilidad de los integrantes o adquirir una forma legal adecuada frente a un cambio sustancial de sus operaciones o de sus expectativas de índole económico” (Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L, 2004).

Del mismo modo, volviendo a citar a Elías Laroza, agregan que:

“debido precisamente a la variedad siempre creciente, de motivaciones económicos que dan lugar a los procesos de transformación de sociedades (...), nuestra nueva LGS no ha querido circunscribir las transformación al tradicional cambio de una forma de sociedad en otro tipo de sociedad (...) pues ha ampliado el espectro al ámbito de todas las personas jurídicas y no solamente al de las sociedades reguladas por la propia ley” (Tribunal Registral, Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L, 2004).

Teniendo en cuenta dichos argumentos, el Tribunal Registral concluye en que “es pues el cambio en la finalidad de la persona jurídica, la que precisamente da lugar a su transformación, de persona jurídica no lucrativa a persona jurídica lucrativa.” (Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L, 2004), agregando enfáticamente que “sostener lo contrario supondría privar de contenido a la norma consagrada en el artículo 333° de la Ley general de Sociedades”. (Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L, 2004)

No comparto la posición del Tribunal Registral pues sus argumentos finalmente resultan ser contradictorios, porque por un lado menciona que la transformación es viable y por otro la desnaturaliza indicando que el patrimonio debe entregarse a otra Asociación, regulando una suerte de liquidación con el nombre de transformación.

Prosiguiendo con los autores que discrepan de la posibilidad que tienen las Asociaciones de transformarse, Santa Cruz (2005) señala que en su opinión “no es admisible que una asociación se transforme en sociedad” basándose “en dos conceptos: el elemento no lucrativo en las asociaciones y el concepto de transformación” (pág. 275)

En lo que respecta al elemento no lucrativo el referido autor se adhiere, sin mencionarlo expresamente, al principio de no distribución que señalábamos al inicio de esta investigación, pues indica que los excedentes que pueda tener una asociación “están destinados a mantener la realización del objeto social y no la distribución directa-indirecta entre los miembros de la persona jurídica”. (De Belaunde citado por Santa Cruz, 2005, pág. 276)

Asimismo, al referirse al concepto de transformación Santa Cruz (2005) menciona que el artículo 333° de la LGS señala que la transformación solo es viable en la medida que no exista una ley que proscriba esa posibilidad, indicando que “el propio Código Civil es la ley que impide dicha transformación” (pág. 277).

Coincidimos con la apreciación de este autor, pues consideramos que, si bien el Código Civil no lo ha mencionado expresamente en toda la regulación relativa a las

personas jurídicas sin fines de lucro, se reitera que al momento de constituirse esta no podrá tener un fin de lucro (Artículo 80°); lo anterior también implicará de manera implícita que los socios no podrán repartirse los excedentes, rentas u otros beneficios que pudiese obtener la asociación, de acuerdo al principio de no distribución, siendo ello validado incluso por la legislación tributaria que fiscaliza que no exista distribución por los beneficios tributarios de los que son parte algunas de las Asociaciones.

Asimismo, durante el transcurso de la vigencia de la Asociación, los socios no podrán hacerse con el patrimonio de la misma así estos renuncien, mueran o sean expulsados (Artículo 91°) y finalmente en un escenario de extinción de la misma los asociados tampoco podrán hacerse con el haber neto resultante de la liquidación pues este patrimonio ya se encuentra causalizado, “es decir, dispuesto jurídica y económicamente a un fin – no lucrativo” (Salazar, 2017, pág. 357).

En atención a ello Santa Cruz (2005) señala que;

“el hecho de que no regule este tema no debe hacer pensar que el Código permite la transformación de una asociación en una sociedad. En realidad, no es necesario buscar normas que literalmente prohíban o nieguen la posibilidad de dicha transformación, porque el impedimento se impone por la propia naturaleza de las cosas, es decir, el impedimento está en el elemento no lucrativo de una asociación reconocida por las normas del Código (Civil).” (pág. 277)

Desde otra óptica, es importante que mencionemos que la tesis de la no distribución directa o indirecta del patrimonio de la sociedad también es asumida por la legislación tributaria pues sancionar a aquellas Asociaciones que gozando de un beneficio tributario distribuyan entre sus socios y/o partes vinculadas el patrimonio, lo que ocasionará la pérdida de dichos beneficios tributarios y el consecuente pago de tributos respectivos.

En esa línea Salazar (2004) señala que:

“En el transcurrir de la vida de una asociación civil, esta adquiere una serie de bienes, recibe donaciones, se ve beneficiada por mecanismos de exenciones de obligaciones tributarias y créditos preferenciales; y es en estos supuestos que su transformación en una sociedad transgrediría los intereses del Estado.” (pág. 215)

Lo anterior es de suma relevancia pues la exoneración podría conllevar un favorecimiento a los integrantes de la Asociación en caso se transformen y se beneficien con el patrimonio que fue obtenido como consecuencia de todo el tiempo que gozó de exenciones tributarias, “con ello la transformación podría ser realizada para burlar las normas tributarias, utilizando la figura de la asociación como una forma de acumulación de riquezas, las cuales serían posteriormente aprovechadas en el contexto de una actividad lucrativa” (Salazar, 2004, pág. 216)

Finalmente podemos mencionar que la doctrina que sustenta la “tesis del no” radica principalmente en que implícitamente existe una prohibición legal para que una asociación pueda transformarse, y todo ello se subsume a su finalidad no lucrativa. Asimismo, la realización de la transformación podría suponer inconvenientes tributarios para el Estado por las inafectaciones y exoneraciones que le otorga a las personas jurídicas sin fines de lucro.

2.4.4. El Anteproyecto de la Nueva Ley General de Sociedades (Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS.)

Conforme a sus atribuciones legales, el Ministerio de Justicia en aras de proponer una nueva legislación societaria, convocó a un grupo de trabajo en cuya propuesta legislativa plantearon lo siguiente: “Cuando la ley o la naturaleza de la respectiva persona jurídica no lo impidan, cualquier persona jurídica constituida en el Perú bajo ley distinta puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por la presente ley”.

Considero que dicho grupo de trabajo está incurriendo en un grave error de concepto pues la forma actual de redacción del artículo solo hace referencia al impedimento legal y ya ha generado todo el conflicto doctrinario mencionado a lo largo del presente trabajo de investigación, pues no queda claro si existe o no una prohibición expresa o implícita sobre la viabilidad de la transformación de una persona jurídica no lucrativa en una sociedad regulada por la LGS.

Teniendo ello en cuenta, resulta un despropósito agregarle una variable más a la discusión que es la naturaleza jurídica, pues dicho concepto al ser uno de tipo interpretativo, originará más observaciones registrales y mucha mayor discusión jurídica no llegando a concretar una solución adecuada.

Uno de los principales problemas que observo es que los Registradores Públicos no tienen un solo criterio relacionado a la materia y ello conllevará que se originen

diversos pronunciamientos no solo del Tribunal Registral quien ya creó un concepto de “transformación con liquidación” sino también de un Juez que potencialmente podría revisar algún conflicto relacionado al tema.

Los grandes perdedores con este tipo de normativa imprecisa y gaseosa serán la Asociaciones y Sociedades en general pues no cuentan con un marco normativo claro y los desincentivará a realizar las operaciones que podrían facilitar la obtención de ganancias o las relaciones jurídicas con terceros.

Debemos recordar que una normativa imprecisa no es saludable y a largo plazo generará desincentivos para realizar transformaciones, desvirtuando esta figura jurídica que por “miedo a una nulidad” o “evitar una observación” no llegará a darse.

Finalmente considero que los autores de dicha propuesta legislativa pudieron ser más claros en cuanto a la redacción de la normativa pues si querían impedir que las personas jurídicas sin fines de lucro puedan transformarse en una sociedad anónima, por ejemplo, debieron haberlo puesto de manera expresa. Entiendo que no puede preverse de antemano todas las posibilidades de transformación que potencialmente habría en el futuro, pero podrían partir de una preliminar diferenciación que en la actualidad existe “personas jurídicas no lucrativas versus personas jurídicas lucrativas”.

2.5 La transformación de asociaciones: casos y leyes especiales.

Como hemos podido apreciar la doctrina no es pacífica en cuanto a concordar en si es o no posible la transformación de una Asociación y si está o no implícita la prohibición jurídica a dicha posibilidad.

En lo que respecta a la legislación nacional, hemos podido detectar que se han presentado leyes que especialmente permitían la transformación de ciertos tipos de Asociaciones y no han faltado autores que afirman que la necesidad de emitir estas leyes corrobora la teoría que la transformación de asociaciones se encuentra proscrita como regla general:

“resultando por ello necesario que, en casos concretos previamente establecidos, paulatinamente se haya venido expidiendo normas especiales que permite la transformación de algunas personas jurídicas sin fines de lucro en sociedades, teniendo en cuidado incluso de regular en cada caso el procedimiento especial a seguir.” (Cano, 2016, pág. 474)

No comparto dicha premisa pues lo que pasa es que ante la diatriba entre si son o no prohibitivas las disposiciones del Código Civil en relación con la transformación y ello sumado a la carencia de una regulación adecuada, es que el legislador se ve forzado a regular específicamente un procedimiento a cada caso pues así se asegura que el objeto de regulación puede darse sin mayores inconvenientes y/o cuestionamientos de terceros.

A lo que voy es que no es aceptable indicar que “como el legislador tuvo que regular es que está prohibido” sino que, ante la deficiencia, imprecisión y podría decirse incoherencia legislativa es que el legislador cuando quiere regular una situación particular, debe establecer procedimientos suficientes para viabilizar la situación sin mayores contradicciones.

Ahora bien, de cara a la propuesta normativa en la que aterrizará la presente investigación es importante conocer las soluciones jurídicas que el legislador u organismo regulador le ha dado a cada caso concreto.

2.5.1. La Antigua Ley Universitaria: Libre transmisión patrimonial

En la Antigua Ley Universitaria, disponía en su artículo 6° que:

“Las Universidades son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares. Las primeras son personas jurídicas de derecho público interno y las segundas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. El excedente que pudiere resultar al término de un ejercicio presupuestal anual, tratándose de universidades privadas, lo invierten en favor de la Institución y en becas para estudios. No puede ser distribuido entre sus miembros ni utilizado por ellos, directa ni indirectamente.

Los bienes de las Universidades que pongan fin a su actividad serán adjudicados a otras Universidades para que continúen cumpliendo la misma finalidad educativa. (Ley N° 23733, 1983)

De primera mano podemos apreciar que las Universidades que se crearon en dicha época eran personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro y las disposiciones ahí contenidas se asemejan bastante a los de una Asociación.

Luego de un tiempo se promulgó la Ley de Promoción de la Inversión en la Educación en cuyo artículo 4° se dispuso que las instituciones “deberán organizarse jurídicamente bajo cualquiera de las formas previstas en el derecho común y en el régimen

societario, incluyendo las de asociación civil, fundación, cooperativa, empresa individual de responsabilidad limitada y empresa unipersonal.” (Decreto Legislativo N° 882, 1996)

Conforme anota Salazar (2009) “esta norma obliga a las nuevas instituciones educativas particulares que se creen con posterioridad a su vigencia, se organicen jurídicamente bajo cualquiera de las formas previstas en la ley, sean estas con o sin fines de lucro.” (pág. 346)

Por otro lado, la referida Ley de Promoción de la Inversión en Educación reguló que en caso la institución educativa tuviese “una existencia anterior, podrá ‘adecuarse’ a la ley y adoptar la forma jurídica que mejor responda a sus intereses” debiendo precisarse que este procedimiento era optativo y que “el adoptar esta nueva organización es a lo que se alude con el término adecuación.” (Salazar, 2009, pág. 346)

Complementariamente a ello se emitieron diversos cuerpos normativos que regulaban el proceso de adecuación y los temas tributarios involucrados. Por ello, considero importante mencionar que las normas reglamentarias de las disposiciones tributarias aplicables a las instituciones educativas particulares (Decreto Supremo N° 047-97-EF, 1997) establecieron en sus dos disposiciones finales el tratamiento del patrimonio y en suma cuenta permitían que se aporte el patrimonio de los centros educativos a las nuevas modalidades adoptadas conforme al procedimiento de adecuación.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado podemos señalar que en el caso puntual de las universidades se diseñó un proceso de adecuación que viabilizaba la transformación de una persona jurídica no lucrativa a otra modalidad que podía ser otra persona jurídica sin fines de lucro o una con fines netamente lucrativos, lo cierto es que el legislador y las entidades correspondientes no les quito mucho el sueño el tema que fuesen no lucrativas pues entiendo que prevaleció la necesidad de mejorar la inversión en el ámbito educativo y para ello tenía que permitirse la posibilidad de disposición patrimonial.

2.5.2. La Nueva Ley Universitaria: Prohibida la transformación.

Cuando revisamos la Actual Ley Universitaria que entró en vigor el 03 de julio de 2014 podemos apreciar que en su artículo 121° ha dispuesto claramente la prohibición de que las universidades privadas asociativas puedan transformarse en universidades privadas societarias al disponer que: “Las universidades privadas deciden su fusión,

transformación, escisión, disolución o liquidación conforme al procedimiento establecido por la SUNEDU. Está prohibido el cambio de personería jurídica de universidades privadas asociativas a universidades privadas societarias”. (Ley N° 30220, 2014)

Un tema curioso que hallamos en la investigación fue cuando realizamos una búsqueda en los avisos del Diario Oficial “El Peruano” para validar si es que antes de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Universitaria alguna universidad privada constituida como Asociación había optado por transformarse en una Sociedad, y nos encontramos con las publicaciones que realizó la Asociación Universidad Privada San Juan Bautista con el objeto de poder transformarse en una sociedad anónima cerrada denominada “Universidad Privada San Juan Bautista S.A.C.” (en adelante “UPSJB”).

Al respecto nos llamó la atención los títulos archivados pues encontramos que hubo posiciones diferentes entre los registradores que calificaron el título lo que originó que hubiesen tres Escrituras Públicas en las que se aclaraban las observaciones registrales.

2.5.2.1. La Escritura Pública del 21 de diciembre de 2013 relacionada a la reorganización societaria de la Asociación UPSJB a UPSJB S.A.C. otorgada ante el Notario Público de Lima José Urteaga Calderón

En este documento público lo primero que nos llama la atención es que podemos apreciar que en efecto la figura de la Asociación no es muy eficiente cuando se trata de captar fondos, pues se trasciben las conclusiones del Asesor Financiero de dicha entidad, quien señala que dicha forma asociativa tiene limitadas alternativas de captación de fondos, con el agregado de no poder encontrar menores costos financieros y mayores plazos de pago, lo que pone en peligro la ejecución de proyectos de construcción necesarios para cumplir con las exigencias del sistema de acreditación de la calidad y el incremento del alumnado en el mediano y largo plazo.

Prosiguiendo con la discusión del tema se señala que el cambio de la forma asociativa les permitirá participar en la emisión de valores mobiliarios en aplicación de los dispuesto en el Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios (Resolución CONASEV N° 0141-1998, 1998) y la LGS en sus artículos permitentes (Desde artículo 304° hasta 317°).

Además, podemos apreciar que los tres únicos asociados de dicha entidad declararon querer formar parte de la nueva forma societaria que adoptarían suscribiendo acciones para tal fin.

Lo que más resalta de esta Escritura Pública es que la nueva Gerente General de la UPSJB S.A.C. declara que ha recibido los activos y pasivos que figuran en el estado de situación financiera que la Asociación había elaborado.

De acuerdo con lo anterior, era evidente que, siendo el año 2013 y teniendo como antecedente más de una Resolución del Tribunal Registral que pedía la entrega del Patrimonio a otra Asociación, el título iba a ser observado, más aún si en ningún momento se detalló que se estaban adecuando a lo dispuesto las respectivas normas que rigen a las universidades (Anterior Ley Universitaria y disposiciones complementarias).

2.5.2.2. La Escritura Pública del 23 de enero de 2014 relacionada a la modificación parcial del estatuto otorgada ante el Notario Público de Lima José Urteaga Calderón.

Era de esperarse que el Registrador observe lo pertinente al capital social, pues indicó en su esquila de observación que el patrimonio de la Asociación UPSJB no se puede distribuir entre los asociados de la asociación y debe requerirse nuevos aportes.

Lo sorprendente de dicha observación es que como propuesta de solución indicó que el patrimonio de la Asociación UPSJB debía convertirse en una reserva voluntaria que por su naturaleza no es divisible entre los asociados.

Por tales motivos, los miembros de la Asociación se apresuraron en consignar dicho patrimonio como reserva voluntaria pues, contrario a las resoluciones del Tribunal Registral vigentes en dicha fecha, se les estaba posibilitando transferir el patrimonio sin mayor inconveniente.

Lo criticable de esta posición asumida es que si lo que se buscaba era evitar que los socios de este nuevo ente jurídico no puedan distribuirse el patrimonio de la Asociación, lo solicitado por el Registrador Público no iba a ser efectivo pues tranquilamente en un acto posterior la UPSJB podía dejar sin efecto dicha reserva y disponer la distribución de dicho capital.

2.5.2.3. La Escritura Pública del 18 de febrero de 2014 relacionada a una aclaratorio otorgada ante el Notario Público de Lima José Urteaga Calderón.

Luego de tan inesperada propuesta del Registrador, la Asociación UPSJB ingresó los partes con la subsanación respectiva, sin embargo, no contaron que nuevamente iba a ser observado por un Registrador que sí estaba al tanto de las Resoluciones del Tribunal

Registral y quien les indicó que la constitución de una reserva voluntaria contravenía lo dispuesto en el estatuto que era que en caso de liquidación el patrimonio sería entregado a la Asociación Somos Ica, pues así era como el Tribunal Registral había estado disponiendo que era la entrega de dichos bienes a una asociación con fines similares.

Consecuentemente con ello, los miembros de la Asociación UPSJB declararon que el patrimonio neto de dicha Asociación pasaría a formar parte de la Asociación Somos Ica y al parecer ello fue suficiente para que el Registrador disponga la inscripción de la Transformación de la actual UPSJB S.A.C.

Luego de dicha acción vemos que el título se inscribió y hoy en día se encuentra registrada en como Universidad Privada San Juan Bautista S.A.C.

Teniendo en consideración todo lo anterior, no llega a quedar claro por qué esta universidad no contradijo al Registrador en el sentido de indicarle que su norma aplicable les permitía “adecuarse” y disponer del patrimonio sin las limitaciones que podría haber establecido el Tribunal para casos en los que no había una Ley especial como es la Ley Universitaria.

Quizás pudieron seguir las recomendaciones de Salazar (2012) cuando correctamente menciona que:

“A efectos de evitar eventuales observaciones registrales al momento de inscribir la transformación de la Asociación en el Registro de Personas Jurídicas, bastaría (en teoría) con incluir en forma expresa una mención a dicho procedimiento dentro del Plan de Adecuación que sería presentado a CONAFU, como ente que aprueba el procedimiento a seguir” (pág. 33)

2.5.3. La Bolsa de Valores de Lima (BVL): La Autorización expresa para transformarse.

Para que la BVL pudiera transformarse tuvo que emitirse la Ley que modifica la decreto Legislativo 861 - Ley del Mercado de Valores que dispuso que:

“Las bolsas de valores podrán transformarse en sociedades anónimas previo acuerdo de la asamblea de asociados. El capital social inicial de las bolsas de valores transformadas estará constituido, además de los aportes adicionales que puedan ser necesarios para alcanzar el monto mínimo que corresponda, por la diferencia entre los activos y pasivos reajustados a

valores de mercado conforme constan en la contabilidad debidamente sustentados según balance auditado al último día del mes anterior a la fecha de su transformación que elaborarán las bolsas de valores para este efecto, el cual debe ser aprobado por la asamblea de asociados que aprueba la transformación.” (Ley N° 27649, 2002)

En adición a ello Salazar (2009) señala que se emitieron diferentes normativas como la Resolución CONASEV N° 029-2009-EF/94.10 que disponían que “el nuevo capital mínimo será resultante de la capitalización de la diferencia de sus activos y pasivos según el último balance previo a la vigencia de la transformación No puede haber reducción de capital”. (pág. 345)

Podemos apreciar que tuvo que emitirse una normativa especial para permitir el proceso de transformación societaria y además regular los pormenores del tratamiento del patrimonio que se originaría luego de dicha transformación. Asimismo, observamos que se dispuso de forma autoritativa que no puede haber reducción de capital y que además los socios debían aportar al capital social de la nueva forma jurídica organizativa societaria.

2.5.4. Las Cooperativas: Sí es posible transformar, pero con restricciones.

La regulación de las cooperativas es de suma importancia para nuestra investigación, pues como persona jurídica sin fines de lucro en cuya normativa sí se ha previsto la transformación, nos servirá de base para la propuesta que estamos buscando lograr.

Sobre el particular debemos comenzar citando el artículo 44° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas que establece que:

“La reserva cooperativa es irreparable; y, por tanto, no tienen derecho a reclamar ni a recibir parte alguna de ella, los socios, los que hubieren renunciado, los excluidos ni cuando se trate de personas naturales, los herederos de uno ni otros. En el caso de que una cooperativa se transformare en persona jurídica que no sea cooperativa, o se fusionare con otra organización que tampoco lo fuere, su reserva cooperativa deberá ser íntegramente transferida a la entidad que corresponda según el artículo 55, (inciso 3) de la presente Ley, como requisito previo para la validez de la transformación o la fusión y bajo responsabilidad personal y solidaria

de los miembros de los respectivos consejos de administración y vigilancia”. (Decreto Supremo N° 074-90-TR, 1990)

Del mismo modo debe detallarse que el inciso 4 del Artículo 55° referido en el párrafo presente se refiere a que, una vez concluida la liquidación, el haber social neto resultante se destinará, hasta donde alcance, a fines de adecuación cooperativa vía transferencia a: (i) La Federación Nacional del tipo a que corresponda la cooperativa liquidada, (ii) A falta de Federación, a la Confederación Nacional de Cooperativas del Perú, (iii) A falta de Confederación, al Instituto Nacional de Cooperativas.

Lo interesante de este punto, es que la norma ha dispuesto que se entregue la reserva cooperativa a otra en caso de transformación o fusión a las entidades señaladas en el párrafo precedente, lo cual busca evitar que los socios se hagan de este patrimonio y en cierta forma no incumplir con los fines no lucrativos a los que se sujeta este tipo especial de persona jurídica. Por otro lado, no queda clara la razón por la que no se ha pronunciado sobre la escisión u otras modalidades de reorganización societaria.

Finalmente, como hemos podido apreciar, el legislador de forma implícita reconoce que la legislación ordinaria no regula adecuadamente la transformación lo cual no ayuda a dilucidar los diversos problemas interpretativos que la doctrina ha ido estableciendo y por ello es que tiene que emitir normativa especial que regule el “cuándo y cómo transformar” (Salazar, 2009, pág. 346)

CAPÍTULO III:

MARCO INTERNACIONAL Y PROPUESTA

3.1 El tratamiento jurídico de la transformación de personas jurídicas sin fines de lucro a sociedades lucrativas en otros países.

Al revisar la forma en que, la legislación extranjera, ha regulado la transformación de asociaciones o personas jurídicas sin fines de lucro en sociedades hemos detectado que se presentan tres tipos de supuestos: (i) los que la permiten, (ii) los que la prohíben expresamente y (iii) los que no disponen nada al respecto.

3.1.1 Las legislaciones que la permiten: Caso argentino.

Cuando revisamos la legislación de este país comenzamos por el artículo 168° de su Código Civil y Comercial que define las características de una Asociación Civil:

“Objeto. La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales.

No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.” (Ley N° 26.994, 2014)

Como podemos apreciar, el legislador argentino sí ha optado por regular expresamente el principio de no distribución al señalar que no puede tener un fin de lucro para sus miembros, a diferencia del peruano cuya doctrina y desarrollo constitucional pudo llegar a dicha conclusión.

La regulación del principio de no distribución también lo encontramos en el artículo 185° del referido Código cuando dispone que:

“El procedimiento de liquidación se rige por las disposiciones del estatuto y se lleva a cabo bajo la vigilancia del órgano de fiscalización. Cualquiera sea la causal de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no

se distribuye entre los asociados. En todos los casos debe darse el destino previsto en el estatuto y, a falta de previsión, el remanente debe destinarse a otra asociación civil domiciliada en la República de objeto igual o similar a la liquidada.” (Código Civil y de Comercio Argentino, Ley N°26.994, 2014)

Ahora bien, revisando exhaustivamente la legislación de este país sobre transformación podemos encontrar el artículo 162° del referido cuerpo normativo en el que se dispone que:

“Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial. En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto.” (Código Civil y de Comercio Argentino, Ley N°26.994, 2014)

Sobre el particular debemos entender como “personas jurídicas” a aquellas definidas en los artículos 147° y 148° del mismo cuerpo normativo, siendo el relevante el que 148° que regulada a las “personas jurídicas privadas” y las enuncia de la siguiente manera:

“Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas
- f) las mutuales;
- g) las cooperativas;
- h) el consorcio de propiedad horizontal;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.” (Código Civil y de Comercio Argentino, Ley N°26.994, 2014)

Conforme a lo anterior vemos pues que el propio Código Civil de dicho país permite que pueda darse una reorganización societaria entre cualquiera de las personas jurídicas ahí reguladas, aunque la doctrina de dicho país indica que:

“Las fundaciones no pueden ser objeto de una transformación porque carecen de un órgano soberano que pueda decidir; son simplemente un patrimonio de afectación que no tiene voluntad por sí para transformarse, pues la única voluntad es la del fundador, estratificada en el estatuto”.
(Herrera, 2016, pág. 308)

Asimismo, en lo que respecta a las asociaciones se ha señalado que “es diferente (...), pues ellas sí tienen su voluntad, que se forma en la asamblea y podrá incluso resolver, transformar la asociación en una fundación” (Herrera, 2016, pág. 308).

Por otro lado, destaca bastante que en este país tampoco es pacífica la posibilidad de transformación pues si bien aparentemente está permitido también hay posiciones que en su momento propusieron proyectos de ley como el Proyecto de Ley N° S-0123/09 presentado ante el Senado Argentino en el que se proponía una “Ley de Asociaciones Civiles” y contaba con un artículo 85° que establecía que “no pueden las asociaciones civiles transformarse en sociedades comerciales de ninguno de los tipos regulados en la Ley N° 19.550 (Ley General de Sociedades Argentina)”

3.1.2 Las legislaciones que la prohíben expresamente: Caso sudafricano.

La legislación de este país establece disposiciones sobre las personas jurídicas no lucrativas en su *Companies Act* (2008) en la que expresamente se establece en el apartado de transacciones fundamentales que aquellas organizaciones sin fines de lucro “no podrán fusionarse con o convertirse en una compañía con fines de lucro”.

Del mismo modo, podemos apreciar que también tienen en cuenta el principio de no distribución pues “los activos y los ingresos no podrán ser distribuidos entre los incorporadores (personas que realizan los trámites para ser reconocidas como “non-profit”), miembros, directores u oficiales de la entidad” (Umbrella Business Services, 2019)

3.1.3 Las legislaciones que no disponen nada al respecto: caso chileno.

Cuando revisamos la legislación chilena podemos hallar que al igual que muchas legislaciones regulan a las Asociaciones como personas jurídicas sin fines de lucro en las

que prima el principio de no distribución, dado que en el Artículo 556° de la Ley sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública se señala que: “Las rentas, utilidades, beneficios o excedentes de la asociación no podrá distribuirse entre los asociados ni aun en caso de disolución” (Ley N° 20.500, 2011).

Por otro lado, en lo que respecta a las actividades económicas, el artículo 557-2° ha dispuesto que:

“Las asociaciones y fundaciones podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración.

Las rentas que se perciban de esas actividades solo deberán destinarse a los fines de las asociación o fundación o a incrementar su patrimonio.” (Ley N° 20.500, 2011).

Luego de mencionado ello, no hemos podido encontrar regulación alguna que viabilice o prohíba la transformación de dichas asociaciones en otras formas societarias, más bien, nos percatamos que se ha previsto dicha posibilidad para las sociedades anónimas y para transformarse en otras sociedades como bien señala el Artículo 96° de la Ley de Sociedades Anónimas que dispone que “la transformación es el cambio de especie o tipo social de una sociedad efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica” (Ley N° 18.046, 1981).

Como puede apreciarse a simple vista, esta normativa solo menciona a sociedades, no a las asociaciones o fundaciones reguladas en el Código Civil de Chile, y ello se va reiterando en los artículos 97° y 98° de la Ley de Sociedades Anónimas en los que se reitera esta posibilidad solo para las sociedades.

3.2 Temas a ser tomados en cuenta para una propuesta

Una de las principales situaciones que hemos detectado durante el análisis del presente caso, es que no existe una legislación adecuada que viabilice la transformación de una persona jurídica no lucrativa a una sociedad regulada por la LGS y ello porque la regulación del Artículo 333° es deficiente pues deja vacíos que la doctrina ha llenado con posiciones a favor y en contra marcadamente diferenciadas.

Debido a ello, considero que es de suma relevancia modificar la legislación a efectos de hacerla más clara, sea a favor o en contra de alguna posición doctrinal, pero indudable en cuanto a su aplicación práctica pues las normas deben ser predecibles en

cuanto a sus efectos y no basta que se trate de una innovación legal carente de desarrollo jurídico.

Considero imperativo encontrar un punto regulatorio que ofrezca predictibilidad que como menciona Hernandez (1999) es “la situación en la cual los sujetos pueden conocer cuáles son las reglas de juego vigentes y, con cierta certeza, pueden confiar que éstas no van a ser modificadas entre el momento de la de decisión y el de la ejecución (pág. 21) y en esa premisa es en que podemos hablar de un sistema jurídico que nos otorga “seguridad jurídica”.

Continuando con la premisa anterior, la propuesta de modificación y/o aclaración legislativa no debe de originar “opacidades en la actividad racional de los individuos; (...) sin lagunas, de aplicación uniforme” (De Trazegnies, 1991, págs. 296-297) a lo que me permitiría agregar que excluya la aplicación de analogías perversas que desvirtúen la naturaleza jurídica de las instituciones jurídicas.

Del mismo modo, la seguridad jurídica que debería ofrecernos las norma no debería remitirse a juicios de valor sea un juez o de un registrador por ello es que no consideramos aceptable que en la nueva propuesta de modificación de la Ley General de Sociedades se mencione a la “naturaleza jurídica” como un impedimento para las transformaciones pues ello abre una caja de pandora interminable de interpretación jurídicas sobre una situación particular.

Asimismo, teniendo la legislación tal como está se generan dos efectos negativos, el primero es que existen costos de transacción que se originan producto de la incertidumbre y el otro es que se desincentiva las personas a optar la vía de una transformación que podría ser necesaria para preservar la vigencia de la persona jurídica.

Cabe precisar que, hago mención del incremento de los costos de transacción puesto que dudo mucho que el caso de la UPSJB S.A.C. sea el único caso en el que por diferentes criterios interpretativos se haya observado múltiples veces, temas diferentes.

Dicho lo anterior considero conveniente tener unas ideas directrices que nos sirvan de guía en aras de realizar una propuesta legislativa adecuada:

1. La propuesta legislativa debe tener especial cuidado de no trastocar los principios fundamentales en los que se sienta la Asociación como manifestación del derecho a asociarse, a saber, (i) Principio de Autonomía de la Voluntad, (ii) Principio de no distribución y (iii) Principio de autoorganización.

2. Si bien de forma interpretativa se ha entendido que el patrimonio de la Asociación no es distribuible entre sus miembros ni directa ni indirectamente y en ello coincide el TC, consideramos sano que la propuesta legislativa contenga dicha precisión a efectos de evitar interpretaciones forzadas de que lo que no está prohibido está jurídicamente permitido.

Conforme a lo anterior, podremos equipararnos a las legislaciones chilena, argentina e inclusive española que, con diferentes palabras pero con un mismo sentido, acotan que los beneficios, ganancias u utilidades de la asociación no pueden ser entregados a sus miembros.

3. La propuesta legislativa también debe contener la mención que hace la legislación argentina pues hace referencia a que la prohibición recae sobre “los miembros” y “terceros”, siendo ello importante porque una Asociación no solo la integran los asociados sino también sus directivos y gerentes que no necesariamente podrían ser socios
4. Asimismo, deberá seguirse el ejemplo español que menciona en el artículo 13° de su Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación que “los beneficios obtenidos por las asociaciones (...) deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines” (Ley N° 1/2002, 2002), sin embargo, consideramos pertinente hacerlo más general pues lo que no debería distribuirse, bajo ningún título o modo, es el patrimonio y cualquier incremento que hubiera en éste (ganancias, rentas, excedentes, entre otros).
5. Teniendo en consideración que han existido y quizás existan a futuro otras leyes específicas que permitan la transformación u otro tipo de reorganización societaria, se debe de agregar el término “salvo disposición distinta de la ley”.
6. A pesar de no haber sido materia de discusión en el presente trabajo de investigación consideramos que contravendría los preceptos normativos y las finalidades no lucrativas de una asociación o de cualquier persona jurídica sin fines de lucro el hecho de que estas sean absorbidas vía fusión con una sociedad o que la Asociación escinda un bloque patrimonial y dicho patrimonio se destine a una sociedad. La razón de ello se debe a que en el caso de la fusión “el destino del patrimonio y el enriquecimiento

indebido constituyen *per se* una prohibición expresa (Artículo 98° del Código Civil)” (Salazar, 2017, pág. 387) mientras que en el caso de la Escisión “podría cuestionarse la disposición patrimonial corporativa, que favorece directamente a los asociados, lo que está prohibido (Artículo 98° del Código Civil.” (Salazar, 2017, pág. 386)

Debido a ello, es que hemos visto por conveniente agregar que no podrá distribuirse ni entregarse el patrimonio o sus incrementos a terceros bajo cualquier título, modo o figura jurídica, con lo cual cerramos el candado que evitaría llevar a cabo dichas operaciones prohibidas jurídicamente.

7. No debería haber límites patrimoniales cuando la Asociación tenga que disponer de algún modo de ellos para cumplir con sus fines, por ejemplo, una cesión de derechos de los derechos televisivos de una Asociación deportiva que tendrán una contraprestación.
8. Es necesario precisar que no aplicará el reembolso así el asociado haya renunciado a la Asociación porque ésta iba a ingresar a un proceso de reorganización.
9. Debemos tener en cuenta que a nivel civil y constitucional se ha causalizado el patrimonio de las asociaciones a fines expresamente no lucrativos por lo que no debería haber inconvenientes con el hecho de que se reorganicen con otras personas jurídicas no lucrativas, sean las reguladas en el Código Civil o las que eventualmente pudieran crearse con posterioridad como podría ser el caso, el cual dudo, que se cree un tipo de persona jurídica no lucrativa por ley especial como hicieron en Inglaterra al regular la *Charitable Incorporated Organisation* (CIO).
10. Debe de señalarse expresamente que no aplicará el reembolso de las aportaciones así la decisión se deba a un acuerdo de reorganización, de esta manera evitamos cualquier interpretación de que en una reorganización pudiera aplicar el derecho de separación societario e implicar alguna devolución monetaria como sería los aportes, recordemos que los asociados no pueden atribuirse el patrimonio por los fines no lucrativos en los que se basa la asociación.
11. Debería reconocerse la posibilidad de que las personas jurídicas no lucrativas puedan ser parte de reorganizaciones entre ellas y con otras que también tengan fines no lucrativos.

12. Deberíamos aclarar el panorama respecto a qué es posible y qué es lo que no en una reorganización que involucre sociedades reguladas por la LGS.
13. En caso una asociación su patrimonio sea igual a cero o este sea negativo, considero que no debería haber inconveniente legal ingrese en un proceso de reorganización societaria como podría ser transformarse o fusionarse con otras sociedades lo cual inclusive podría salvar su situación.
14. Del mismo modo, debería poder garantizarse la protección de los intereses tributarios del Estado mediante la notificación a SUNAT cuando suceda una reorganización empresarial.
15. En caso establezcamos limitaciones o exenciones a las mismas debemos procurar que no “se convierta en letra muerta” (Echevarría, 2015, pág. 25) como lo que ha pasado con el Tribunal Registral que ha dispuesto la entrega del patrimonio para las transformaciones, pero no tiene como validarlo.
16. Debemos respetar que la decisión de transformarse o acudir a otro tipo de reorganización societaria en el caso de una asociación se encuentra protegido por el principio de autoorganización y autonomía de la voluntad en donde son ellos quienes deciden fijar las reglas de juego, cambiarlas o decidir que llegó el momento de aplicar unas nuevas; sin embargo, debemos proteger también que no se trasgreda el principio de no distribución ni se trastoque a sobremanera la finalidad no lucrativa.
17. Debe establecerse un marco normativo claro que impida que tenga que recurrirse a analogías que pudieran desvirtuar la esencia de la Asociación.

CONCLUSIONES

- La Asociación es una persona jurídica sin fines de lucro y es una de las formas en que se materializa el derecho de asociarse reconocido como derecho fundamental en la Constitución.
- La naturaleza jurídica de una Asociación se subsume a la no búsqueda de lucro que no es otra cosa que el principio de no distribución (principio altruista para el TC) el cual limita en cierta forma la libre disposición sobre el patrimonio y las actuaciones de los miembros de esta.
- La mejor denominación que puede dársele al mal llamado, por el TC, “Principio Altruista” es “Principio de no distribución” pues deja en claro el hecho de una Asociación sí puede realizar actividades económicas pero lo que no puede hacer es distribuir las ganancias, rentas y/o excedentes entre sus miembros. Si bien no está regulado expresamente el hecho de que los asociados no puedan distribuirse el patrimonio de la sociedad, a esa conclusión puede llegarse interpretando sistemáticamente la legislación que regula las asociaciones pues desde su constitución, vigencia y liquidación se consignan hitos relacionados a la no búsqueda de un lucro y la imposibilidad de hacerse con el patrimonio. En adición a ello ha de mencionarse que el Tribunal Constitucional también arribó a dicha conclusión en sus diferentes sentencias tales como la N°1027-2004-AA.
- En razón de lo anterior, es que se menciona que el patrimonio de una Asociación se encuentra “casualizado” o “afectado a un objeto social” (Luna-Victoria, 1986, pág. 55) pues los miembros “no tienen libre disposición ni reembolso de sus aportaciones (ni siquiera en caso de retiro), el patrimonio de la Asociación se debe aplicar necesariamente al objeto social, no sería concebible una aplicación distinta” (Luna-Victoria, 1986)
- Podemos entender la transformación como una forma en que se modifica la estructura societaria por otra con el objeto de obtener eficiencias y además evitar el incremento de los costos de transacción, pues de otro modo tendría que liquidarse, disolverse y extinguirse para luego constituirse una nueva.

- Las personas que hicieron los cambios en la Ley General de Sociedades vigente no tuvieron en consideración las consecuencias civiles que podría acarrear transformar una persona jurídica no lucrativa a una de naturaleza lucrativa.
- Por otro lado, debe acotarse que la regulación de la transformación en la LGS se ha asegurado proteger a los acreedores de la sociedad en lo que respecta a que los socios no tendrán como modificar el tipo de responsabilidad que asumen de manera arbitraria.
- Los principios de autonomía de la voluntad y de autoorganización también amparan el hecho de que los asociados, quienes son los únicos que pueden regular como se maneja la Asociación, decidan que lo más conveniente para su forma organizativa jurídica sea otra forma societaria o no, lo que debe procurarse es que con ello no se desnaturalicen los fines no lucrativos o la causalización del patrimonio.
- La forma regulatoria deficiente con la que se abrió las puertas para que las personas jurídicas no lucrativas puedan transformarse en sociedades, genera incertidumbre, desincentivos, mayores costos de transacción y más problemas que soluciones. Lo anterior es exactamente lo contrario a lo que se busca con una transformación que es reducir tiempos y costos de tener que transcurrir por una disolución y liquidación, posterior extinción y luego una nueva constitución.
- Una prueba de que la legislación estuvo incompleta y no fue pensada analizando las implicancias desde el punto de vista civil es que los miembros de la comisión que idearon el artículo 333° se limitan a reconocer su innovación legislativa pero no la desarrollan aclarando o fijando una posición respecto a las interrogantes que se presentan cuando analizamos la figura de una persona jurídica no lucrativa.
- El Código Civil y la LGS no detallan expresamente el procedimiento para realizar una transformación de una asociación a una sociedad y es en ese vacío donde la doctrina realiza interpretaciones a favor y en contra de dicha posibilidad tratando de llenar ese vacío legal.
- No existe una legislación clara sobre la posibilidad de que una persona jurídica no lucrativa, como lo es una Asociación, pueda transformarse en una sociedad regulada por la LGS, y es una posición sostenida en la doctrina que debe regularse estas situaciones pues “la falta de la misma genera efectos perversos” (Salazar, 2015, pág. 337) y somos conscientes de que “nuestro código civil

adolesce de una regulación especial de estos supuestos en el caso de las personas jurídicas no lucrativas” (Espinoza, 2006, pág. 775)

- El Tribunal Registral no ha sido del todo coherente con sus resoluciones pues por un lado se adhirieron a la teoría de lo que no está prohibido está jurídicamente permitido para luego crear una limitación por medio de una interpretación analógica en la que concluyen que el patrimonio debe entregarse a otra asociación.
- El hecho de que el Tribunal Registral esté solicitando una especie de liquidación para poder aceptar la inscripción de una transformación, podría ser válidamente cuestionado por inconstitucional siendo que mediante una resolución administrativa se está solicitando una especie de disolución indirecta de la sociedad contraviniendo lo dispuesto en la Constitución.
- Podrían interpretarse diversas técnicas de interpretación legislativa en favor de cada una de las posiciones que debaten la posibilidad de que una Asociación se transforme, como podría ser interpretación analógica, *a fortiori*, psicológica entre otras, pero lo que no podemos perder de vista es que la legislación ha puesto una barrera infranqueable que es el hecho de que no puede aplicarse analogía sobre leyes que establezcan limitaciones.
- La simple aplicación del principio de que lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido es criticable pues junto con ello debe analizarse en concordancia con la naturaleza jurídica y los principios que rigen a una Asociación como manifestación del derecho a asociarse.
- Los sustentos de las posiciones que niegan la posibilidad de que una asociación se transforme en sociedad se basan en la prohibición legal que se infiere luego de interpretar los fines de la asociación y la forma en que se ha precisado que los asociados no podrán distribuirse el patrimonio durante la “vida” de la Asociación, lo cual se basa en el hecho de que son entidades sin fines de lucro.
- En las diferentes experiencias legislativas específicas que se han dado en nuestro país hemos podido apreciar que han permitido, prohibido y hasta incluso hacer propuestas novedosas para no desnaturalizar el patrimonio como es constituir una “reserva voluntaria”, quizás si hubiera un marco normativo más claro podría uniformizarse criterios de cara a futuro. Por otro lado, en la legislación internacional podemos apreciar que se ha regulado de manera diferente la posibilidad de transformar que va desde prohibirlo, permitirlo o no decir nada al

respecto.

- Finalmente considero muy importante que se pueda llegar a modificar el Código Civil de modo tal que pueda aclararse el panorama sobre esta materia.

RECOMENDACIONES

Tomando como referencia todo lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, propondríamos una modificación legislativa al Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984) de acuerdo al siguiente cuadro de modificaciones planteadas

TÍTULO II ASOCIACIÓN

Texto actual	Propuesta de modificación
Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.	Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo. <i>El patrimonio o cualquier incremento en el mismo no podrán ser distribuidos o entregados entre los miembros de la asociación y/o terceros, bajo cualquier título, modo o figura jurídica, salvo disposición distinta de la ley o que dicha entrega sea para cumplir con su objeto social.</i>
Artículo 90.- La renuncia de los asociados debe ser formulada por escrito.	Artículo 90.- La renuncia de los asociados debe ser formulada por escrito. <i>No podrá exigirse el reembolso de los aportes así esta renuncia o ejercicio de</i>

	<p><i>derecho de separación se sustente en un acuerdo de reorganización.</i></p>
	<p>Artículo 93 A.- Acuerdo de Reorganización</p> <p><i>Las personas jurídicas señaladas en la presente ley pueden reorganizarse con y en otra persona jurídica reguladas en esta ley y en otras que persigan un fin no lucrativo.</i></p> <p><i>Del mismo modo pueden reorganizarse con y en las personas jurídicas reguladas en la Ley General de Sociedades con las siguientes limitaciones:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1) No procede la fusión en la que la Asociación sea la absorbida.</i> <i>2) No procede la Escisión de la Asociación.</i> <i>3) No procede la transformación.</i> <p><i>Estas limitaciones no aplican cuando el patrimonio de la Asociación sea negativo o igual a cero, lo cual será acreditado y declarado ante el Notario, bajo las responsabilidades de ley.</i></p> <p><i>En todos los casos se debe dar cuenta a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria de las reorganizaciones de las que la Asociación formará parte.</i></p>

REFERENCIAS

- Aguiar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 11.
- Almendrades, J. (2015). *Eficacia jurídica de la transformación de una asociación sin fines de lucro en una sociedad anónima*. Huacho: Repositorio Institucional Univesidad Nacional Jose Faustino Sanchez Carrión.
- Beaumont, R. (2007). *"Comentarios a la Ley General de Sociedades: Análisis artículo por artículo"*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Becerra, M. (10 de 03 de 2013). *Cuestiones Registrales y Notariales. Blog de Marco Antonio Becerra Sosaya*. Obtenido de <http://cuestionesregistralesynotariales.blogspot.com/2013/03/transformacion-de-asociacion-en-sa.html>
- Belaunde, J. d., & Parodi, B. (1998). Marco Legal del Sector Privado sin Fines de Lucro en el Perú. *Apuntes - Revista de Ciencias Sociales*, 19-44.
- Boza, B. (1988). La Persona Jurídica sin fines de lucro ¿Entidades meramente altruistas o filatrópicas? *Themis*, 78.
- Cano, Z. (2016). ¿Es realmente posible transformar una asociación en una sociedad? Análisis de la Posición Asumida por el Tribunal Registral. *Fuero Registral*, 462.
- Casación N° 3189-2012 (Corte Suprema de la República 2013) Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/06ff57804510cda2806289279eb5db9a/V+Pleno+Casatorio+Civil_1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=06ff57804510cda2806289279eb5db9a
- Cieza, J. (2005). ¡Sí se puede! (...) transformar las asociaciones en sociedades anónimas. A propósito de las propuestas para cambiar el fútbol peruano y las

recientes resoluciones del Tribunal Registral. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 32.

Constitución Política del Perú. (30 de diciembre de 1993). Obtenido de Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>

Correa, M. R. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Decreto Legislativo N° 2951. (25 de julio de 1984). Código Civil. Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

Decreto Legislativo N° 882 (8 de noviembre de 1996) Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Decreto Supremo N° 074-90-TR (14 de diciembre de 1990) Obtenido de Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

De Trazegnies, F. (1991). El Derecho Civil ante la Post-Modernidad. *Derecho*, 296-297.

Echevarría, J. (2015). ¿Transformando la transformación? Apuntes sobre la transformación de asociación a sociedad en la jurisprudencia registral. *Derecho y Cambio Social*, 3.

Eliás Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza, J. (2005). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Espinoza, J. (2006). *Derecho de las Personas*. Lima: Editorial Rhodas.

Gonzales, G. (2002). *Tratado de Derecho Registral Mercantil. Registro de Sociedades*. Lima: Jurista Editores.

Hansmann, H. (1980). The Role of the Nonprofit Enterprise. *Yale Law Journal*, 838.

Hernández, J. (1999). Seguridad Jurídica y Costos de Transacción: Algunas distorsiones en el Código Civil. *Derecho y Sociedad*, 21.

- Herrera, m. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Hundskopf, O. (2009). La transformación de asociaciones civiles en sociedades anónimas. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 57.
- Laynes, J. S. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Juridico*, 148.
- Ley N° 1/2002. (22 de marzo de 2002). Ley orgánica reguladora del Derecho de Asociación. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-5852>
- Ley N° 18.046. (22 de octubre de 1981). Ley de Sociedades Anónimas. Obtenido de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_chl_anexo_26_sp.pdf
- Ley N° 23733. (6 de diciembre de 1983). Ley Universitaria. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Ley N° 26887. (15 de noviembre de 1997). Ley General de Sociedades. Obtenido de [http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00432.htm/a%C3%B1o89391.htm/mes93189.htm/dia93313.htm/sector93314.htm/sumilla93317.htm?f=templates\\$fn=documentframe.htm\\$3.0#JD_salas238](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00432.htm/a%C3%B1o89391.htm/mes93189.htm/dia93313.htm/sector93314.htm/sumilla93317.htm?f=templates$fn=documentframe.htm$3.0#JD_salas238)
- Ley N° 26.994. (7 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf
- Ley N° 30220- (8 de julio de 2014). Ley Universitaria. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Luna-Victoria, C. (1986). el usuario deberá presentar ante el banco o entidad financiera la copia de la solicitud o el formato presentado ante el MTPE. *Themis*, 55.
- Ministerio de Agricultura y Riego. (2013). *De Asociación a Cooperativa: La Transformación. Manua de más de 100 preguntas y respuestas aplicadas al Sector Agrario*. Lima: Industrias Gráficas Aunsangate.

- Ministerio de la Producción. (2015). *Manual de Transformación de Asociación Civil a Cooperativa*. Lima: PRODUCE.
- Molina, F. (2003). La transformación más allá del derecho societario. En *Tratado de Derecho Mercantil* (pág. 1091). Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Acosta, A. (1998). Transformación de sociedades. Perspectiva bajo el marco de la nueva Ley General de Sociedades. *Themis - Revista de Derecho*, 52.
- Peña, J. (01 de mayo de 2019). *Blog de Jenny Peña Castillo*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jennyspacetaxsystem/2016/08/17/aspectos-tributarios-de-las-asociaciones-sin-fines-de-lucro/>
- Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T (Tribunal Registral 2004) Obtenido de <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>
- Resolución N° 714-2013-SUNARP-TR-L (Tribunal Registral 2013) Obtenido de <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>
- Resolución N° 899-4-2008. (Tribunal Fiscal 2008) Obtenido de <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>
- Resolución N° 909-2-1999 (Tribunal Fiscal 1999) Obtenido de <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>
- Resolución N° 1317-2013-SUNARP-TR-L (Tribunal Registral 2013) Obtenido de <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>
- Rubio, M. (1998). El Derecho Constitucional de Asociación. *El Notario Peruano*, 20.
- Salazar, M. (2004). ¿Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas? A propósito del uso de la adecuación de instituciones educativas. *Actualidad Jurídica*, 215.
- Salazar, M. (2009). Transformación de sociedades y otras personas jurídicas: Algunas razones legales y económicas. *Revista jurídica del Perú*, 339.
- Salazar, M. (2012). *El Decreto Legislativo N° 882 (Tesis de Maestría)*. Lima : Universidad de Lima.

- Salazar, M. (2015). Derecho de asociación, libertades, limitaciones e intervención estatal. *Gaceta Jurídica Editores*, 53.
- Salazar, M. (2017). Fusiones y adquisiciones atípicas, de sociedades y organizaciones no lucrativas. *Instituto Pacífico*, 357.
- Santa Cruz, V. (2005). La transformación de personas jurídicas no lucrativas. Un ensayo sobre la posibilidad de transformar una asociación en sociedad. *Diálogo con la jurisprudencia*, 275.
- Seoane, M. (2005). *Personas Jurídicas. Principios generales y su regulación en la legislación peruana*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Sessarego, C. F. (1895). *Exposición de Motivos y Comentarios del Código*. Lima: Industrias Avanzadas.
- Sentencia N° 0005-2012-PI (Tribunal Constitucional 2012) Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00005-2012-AI.pdf>
- Sentencia N° 0005-2013-AI (Tribunal Constitucional 2018) Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00005-2013-AI%20Admisibilidad2.html>
- Sentencia N° 014-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 2002) Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>
- Sentencia N° 01027-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 2004) Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01027-2004-AA.html>
- Sentencia N° 2235-2004-PA (Tribunal Constitucional 2004) Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>
- Sentencia N° 3978-2007-AA/TC (Tribunal Constitucional 2007) Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03978-2007-AA.html>
- Tartini, T. (2014). La distribución directa e indirecta de rentas en las asociaciones civiles sin fines de lucro. *Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 132.

- Umbrella Bussiness Services. (15 de 01 de 2019). *Umbrella Bussiness Services*.
Obtenido de <https://umbrellabusinessservices.co.za/10-things-about-south-african-non-profit-companies/>
- Varsi, E. (2 de 12 de 2004). *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*. Obtenido de <https://jus.com.br/artigos/6997/nadie-esta-obligado-a-hacer-lo-que-la-ley-no-manda-ni-impedido-de-hacer-lo-que-ella-no-prohibe>
- Vasquez Torres, E. (2013). *Alcances y límites actuales del derecho fundamental de asociación en el Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Zavala, V. (20 de mayo de 2019). *Camara de Comercio de Lima*. Obtenido de https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r873_3/informe%20legal.pdf

