

### Análisis del Código Civil y la Ley General de Sociedades

## Los conceptos de disolución y liquidación en las organizaciones no lucrativas



Max SALAZAR GALLEGOS\*

*En este artículo se analiza cómo han sido precisados los conceptos de disolución y liquidación en el Código Civil y en la Ley General de Sociedades. Así, se afirma que la regulación del referido código presenta diversos errores en cuanto a los supuestos regulados en su artículo 95, los que son aplicables a sociedades y otras formas corporativas lejanas a organizaciones no lucrativas. Así, señala –entre otras cosas– que no existe la disolución por liquidación, son instituciones distintas y que se preceden, pero no son concomitantes.*

Tema relevante

#### MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 82, 87 y 95.
- **Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (09/12/1997):** arts. 407 al 412.

#### Introducción

Como es sabido, diversos códigos civiles (CC) han regulado y aun regulan todo tipo de personas jurídicas (PPJJ), sean estas organizaciones lucrativas (v. gr. sociedades) o no lucrativas (ONL), en mayor o menor extensión. En el Perú, ello fue así incluso en el CC de 1936. El CC de 1984 –vigente– regula de

manera específica únicamente a las ONL. Podría pensarse que tal especificidad redundaría en una mejor comprensión de dichos institutos, pero resulta que en todos los casos es insuficiente, y en otros, erróneo. Ello nos lleva a ocuparnos en esta oportunidad en lo que se refiere a la disolución por liquidación para ONL regulada en el CC, junto a otros conceptos que de forma inevitable habrá que referir y que hemos apuntado en adelante.

Así, interesa recalcar en lo dispuesto por el artículo 95 del CC, y verificar el fundamento de este precepto, para luego apuntar las correcciones que pueden hacerlo más eficiente.

\* Abogado. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Postgrado en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de pre y posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría de Derecho Empresarial en la Universidad de Lima.

“Artículo 95.- Disolución por liquidación.

La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia. En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el consejo directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión”.

Veamos entonces:

### 1. No existe la disolución por liquidación

En efecto, no es lo mismo referirse a la disolución, un estado corporativo con consecuencias legales determinadas, que a la liquidación, un procedimiento específico con un fin determinado. Tampoco ha de confundirse tal disolución con las causas de la misma, que son distintas.

Ni siquiera han de encontrarse ambas –disolución y liquidación– como sucesos concomitantes, sino que una precede a la otra y la disolución suele ser causa eficiente de la liquidación; y escribo, suele, porque no necesariamente lo será.

Comprobaremos que ninguna persona jurídica se disuelve por liquidación, para lo cual debemos aproximarnos a estos conceptos.

#### 1.1. Disolución, naturaleza jurídica

La disolución como tal no se encuentra definida ni regulada por el CC. No hay mención a la misma más allá de aquella a la que hemos

hecho referencia –art. 95 del CC– que no es original del texto de 1984, sino que fuera añadida por la Ley Nº 27809 (Ley General del Sistema Concursal - LGSC) del año 2002 y lo expuesto en los artículos 82 y 87 sobre las normas para la disolución y el quórum para adoptar el acuerdo “para disolver la asociación” –un error grueso de concepción, según veremos adelante–, respectivamente. El texto añadido por la LGSC pretendía acercar la regulación de la insolvencia, reflejada en dicha ley, a las figuras normadas por el CC, habida cuenta de que la LGSC uniformiza tales procedimientos para todo tipo de corporaciones –que la hacen incluso aplicable a personas naturales y sociedades conyugales–.

Antes que nada, habrá que tomar en consideración que este instituto jurídico, junto con la Liquidación y la Extinción –en la que no nos detendremos sino de manera casi anecdótica al final de este ensayo–, fluyen de la práctica mercantil, y como fenómeno económico es recogido y se permeabiliza en función de la normativa específica que se establezca en cada lugar, razón por la cual vamos a encontrar tratamientos legales disímiles, así como posiciones teóricas diferenciadas de acuerdo a la normativa que cada país le haya dado. Muchas de estas últimas resultan erradas, y en nuestro caso particular, ello parece deberse a la adopción de concepciones foráneas inaplicables a la regulación nacional<sup>1</sup>; además del poco aprecio y seriedad que por estos tópicos se ha tenido.

Una aproximación a la Disolución nos lleva a ubicar este fenómeno en el articulado de la Ley General de Sociedades (LGS) precisamente en los artículos 407 al 412.

1 Cfr. ELÍAS LAROZA. “Ley General de Sociedades Comentada”. Edit. Normas Legales, Perú, 1998, *Derecho Societario Peruano*, Tomo II, Gaceta Jurídica, 2015, pp. 583-672; MONTOYA, Alberti. “Causales de Disolución y la Liquidación societaria en la Ley General de Sociedades”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2003, pp. 1273-1298; y BEAUMONT CALLIRGOS. *Comentarios a Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 863-878.

De allí y lo citado del CC, podemos claramente extraer las expresiones y conceptos utilizados por la ley: “para disolver la asociación” (art. 87 del CC), “La sociedad se disuelve”, “acuerdo de disolución”, “causales de disolución”, y “declaración de disolución” (arts. 408 y 409 de la LGS); y luego en un siguiente artículo, que corresponde a la liquidación, el concepto de “sociedad disuelta” (art. 413 de la LGS), en los que más adelante nos detendremos.

La LGS no define la disolución, mas la regula. Esto se verifica de la complejidad del fenómeno económico que pretende abarcar.

Conforme a las causales establecidas en el artículo 407 de la LGS<sup>2</sup>, cada una trata en principio de un hecho jurídico que conlleva consecuencias en una organización jurídica. Así se puede comprobar de lo dispuesto en los numerales 1, 2, 3, 4, 6, y 9 del artículo 407 de la LGS, reflejados a su vez en los artículos 94 y 95 del CC.

Excepcionalmente, las consecuencias derivan de un acto jurídico, por ejemplo, cuando

### Comentario relevante del autor



**Existe una distancia entre la disolución propiamente dicha y las causales de disolución. Estas son instrumentos causales, que debemos distinguir de la disolución como estatus jurídico de la organización; y como explicamos adelante, una es consecuencia de la otra.**

la causal se verifica de un acuerdo, conforme los numerales 5 y 8 del artículo 407 de la LGS, reflejados también en los artículos 94 y 95 del CC.

Finalmente, la causa puede ser también fruto de un acto jurídico procesal, conforme el numeral 7 del artículo 407 de la LGS, reflejado en el artículo 96 del CC.

Las causales establecidas en el artículo 408 de la LGS no se apartan de este contexto<sup>3</sup>.

#### 2 LGS, Artículo 407.- Causas de disolución

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro;
2. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un periodo prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo;
3. Continuada inactividad de la junta general;
4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente;
5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra;
6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida;
7. Resolución adoptada por la Corte Suprema, conforme al artículo 410;
8. Acuerdo de la junta general, sin mediar causa legal o estatutaria; y,
9. Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad.

#### 3 LGS, Artículo 408.- Causales específicas de disolución de sociedades colectivas o en comandita

La sociedad colectiva se disuelve también por muerte o incapacidad sobreviniente de uno de los socios, salvo que el pacto social contemple que la sociedad pueda continuar con los herederos del socio fallecido o incapacitado o entre los demás socios. En caso de que la sociedad continúe entre los demás socios, reducirá su capital y devolverá la participación correspondiente a quienes tengan derecho a ella, de acuerdo con las normas que regulan el derecho de separación.

La sociedad en comandita simple se disuelve también cuando no queda ningún socio comanditario o ningún socio colectivo, salvo que dentro del plazo de seis meses haya sido sustituido el socio que falta. Si faltan todos los socios colectivos,

Evidentemente, y conforme a las normas citadas, la ley puede establecer otras causales de disolución, lo mismo el estatuto social, y podemos comprobar que otras legislaciones establecen también distintas causales o modifican las aquí señaladas<sup>4</sup>.

De lo anterior, usted ya habrá considerado, como nosotros, que existe una distancia entre la disolución propiamente dicha y las causales de disolución. Es cierto, y son distintas. Las mencionadas entonces son instrumentos causales, que debemos distinguir de la disolución como estatus jurídico de la organización; y como explicamos adelante, una es consecuencia de la otra.

## 1.2. Remedios a las causales de disolución

Las causales referidas no generan automáticamente el estatus de disolución de la organización —que viene siendo posterior—, por lo menos en la generalidad de casos, pues cabe resolverlas antes de que produzcan sus efectos, o revertir aquellos.

Del mismo modo, una vez producidas y efectivas que fueran sus consecuencias, cabe regularizar dicho estado.

Reconocemos, entonces, que hay causales, y estas permiten aplicar remedios preventivos

### Comentario relevante del autor



**La irregularidad es una consecuencia de incurrir en causal sin haber aplicado un remedio, y seguir funcionando. Esta no procede, entonces, cuando se “remedia la causa” o se adopte el acuerdo de liquidación, máxime cuando observamos que la ley establece plazos para tal remedio, o los deja abiertos, o para consideración de la autoridad en otros.**

y remedios poscausal; y que según se apliquen o no, la organización se encontrará a sí misma en estatus de Disolución. Veámoslo.

#### 1.2.1. Remedios preventivos

A continuación me referiré a cada una de las causales de disolución ya citadas, y acto seguido plantearé su posible solución.

Así, para el caso del vencimiento del plazo de duración de la organización, que opera de pleno derecho, se puede previamente aprobar e inscribir la prórroga en el Registro.

los socios comanditarios nombran un administrador provisional para el cumplimiento de los actos de administración ordinaria durante el periodo referido en el párrafo anterior. El administrador provisional no asume la calidad de socio colectivo. La sociedad en comandita por acciones se disuelve también si cesan en su cargo todos los administradores y dentro de los seis meses no se ha designado sustituto o si los designados no han aceptado el cargo.

- 4 Argentina, L. 26994, art. 163.- Causales. La persona jurídica se disuelve por:
- a) la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o por la mayoría establecida por el estatuto o disposición especial;
  - b) el cumplimiento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia;
  - c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviviente de cumplirlo;
  - d) el vencimiento del plazo;
  - e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto;
  - f) la fusión respecto de las personas jurídicas que se fusionan o la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido; y la escisión respecto de la persona jurídica que se divide y destina todo su patrimonio;
  - g) la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y esta no es restablecida dentro de los tres meses;
  - h) la denegatoria o revocación firmes de la autorización estatal para funcionar, cuando esta sea requerida;
  - i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla;
  - j) cualquier otra causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este Título o de ley especial.

Si fuese el caso de una asociación o sociedad no inscrita, se obviará la inscripción.

Cuando se haya concluido el objeto social, o no se haya realizado durante un periodo prolongado, o se halle en imposibilidad manifiesta de realizarlo, la organización podrá ejecutarlo, modificarlo o extenderlo.

Si se trata de continuada inactividad de la junta general, que el juez debe apreciar para cada caso concreto, pues no hay un plazo definido, la solución pasa por reunirse y darle actividad a la junta antes de que un juez emita un fallo al respecto.

Cuando las pérdidas reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, estas –pérdidas– pueden ser resarcidas, o el capital pagado puede ser aumentado o reducido en cuantía suficiente.

El acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, puede revocarse.

La falta de pluralidad de socios puede ser reconstituida.

Un acuerdo de la junta general, sin mediar causa legal o estatutaria, también puede revocarse.

Cualquier otra causal contenida en otra ley, el estatuto o el pacto social, de existir, deberá ser analizada por separado.

### **1.2.2. Remedios posdisolución: regularización de la disolución**

Si fuera el caso que la causal de disolución no hubiere sido remediada, y por tanto, hubiese producido sus efectos (véase 1.3, líneas adelante), cabe la posibilidad de regularizar tal situación.

Tienen interés legítimo para solicitarla alternativamente los socios, los acreedores de estos o de la organización, y los gestores (art. 426 de la LGS).

### **1.3. Consecuencias de la disolución**

Si la legislación no define la disolución, sí verifica sus consecuencias, habida cuenta de producirse una causal para la misma.

De este modo, el artículo 423 de la LGS determina que cuando una sociedad continúa en actividad, no obstante haber incurrido en causal de disolución y no haber ocupado alguno de los remedios antes distinguidos, entonces, adquiere la condición de irregular; es decir, adopta el estatus de lo que se conoce como sociedad irregular sobrevenida, que es la de aquella que fue regular y dejó de serlo, obviamente. Esta situación es la que se equipara a la disolución propiamente dicha, o como hemos manifestado, el estatus de disolución. De ahí podemos referirnos a tal o cual organización como o bajo dicho estatus.

Por lo indicado, conviene interesarse en los efectos de la Irregularidad. Esta, felizmente –para otorgar claridad al tema–, también se encuentra regulada por la ley. En este sentido, aquella dictamina que los gestores, representantes y cualquiera que se presente ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular resultarán personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad (art. 424 de la LGS). Agregaría yo, muy importante, que son también subsidiarios, mención que la LGS obvia sin razón alguna en varias situaciones similares y que por lógica ha de reconocerse.

En resumen, incidir en una casual de disolución, sin mediar remedio o acuerdo de liquidación, en y para una organización corporativa implica perder el beneficio de la responsabilidad limitada del que gozan sus socios y gestores; ello, obviamente en caso se trate de alguna persona jurídica donde exista autonomía patrimonial perfecta, lo que resulta que es la regla general para el CC –según el artículo 78–, ya que para la LGS dependerá del tipo social. Y tal no

implica que la organización no pueda seguir funcionando.

Para el caso de una organización no inscrita sin personería, u organización que no goce de autonomía patrimonial absoluta (una asociación de hecho, una sociedad colectiva, u otra semejante), la consecuencia devendría, como es obvio, casi indiferente en lo que a la organización interna se refiere, no así en cuanto a la exteriorización de sus actos.

Muy importante recalcar en que la irregularidad es una consecuencia de incurrir en causal sin haber aplicado un remedio, y seguir funcionando. Esta no procede, entonces, cuando se “remedia la causa” o se adopte el acuerdo de liquidación, máxime cuando observamos que la ley establece plazos para tal remedio, o los deja abiertos, o para consideración de la autoridad en otros.

Lo mismo ocurre, es decir, no se produce la irregularidad, cuando producida la causal, o acordada la misma, o sea que esta venga dispuesta por la judicatura, se designa a los liquidadores y estos efectivamente se avocan al procedimiento de liquidación. Interesante resulta verificar que la ley manda en tales circunstancias que la organización inscriba el acuerdo respectivo por causal –de disolución– en el Registro de personas jurídicas y añada a su nombre la frase “en liquidación”, no “en disolución” (art. 413 de la LGS). Se publicita la causa –de disolución– pero se indica el estatus jurídico –en liquidación–, lo que las distingue, al mismo tiempo que hace la diferencia frente a una organización bajo el estatus de disolución –el efecto.

#### **1.4. De cómo debe referirse la ley al fenómeno de la disolución y su repercusión en las reorganizaciones jurídicas corporativas (fusiones & escisiones)**

De lo expuesto, las menciones legales antes expuestas de “acuerdo de disolución”, “causales de disolución”, y “declaración de disolución”, son acertadas; mientras las que se

refieren a “para disolver la asociación”, “la sociedad se disuelve” y “sociedad disuelta” resultan equívocas, pues no hay asociación, sociedad, acuerdo o pacto social que se disuelva o que se considere disuelto producto de las causales. Lo que hay es una organización en disolución, o si se prefiere bajo causal de disolución o en dicho estatus jurídico, y ello únicamente cuando ocurre que no se ha remediado la causal o no se ha adoptado el acuerdo de liquidación.

En tal caso, el párrafo inicial del artículo 407 de la LGS tendría que señalar que “son causales de Disolución las siguientes”, nada más.

Resulta atingente mencionar los casos de las Fusiones y Escisiones, que son aplicables tanto a sociedades como asociaciones, y su relación con la Disolución. La LGS no menciona que tales procedimientos se encuentren afectados por la Disolución. Para la ley, estos procedimientos reorganizacionales, ya sea el caso de las fusiones por absorción o por incorporación, generan la extinción de las organizaciones incorporadas o absorbidas (art. 344 de la LGS), es decir, de las fusionadas; y de cierto es que el texto de la ley señala que no se requiere acordar la disolución (art. 345 de la LGS). Lo mismo ocurre con la escisión total (arts. 367 y 370 de la LGS).

Resulta claro que el efecto que se indica es real, pues al resultar integrada una organización (fusionada o adquirida) en otra (fusioante o adquirente, si se quiere), la primera deja de existir, lo mismo que ocurre cuando una organización (escindida o adquirida) divide y transfiere todo su patrimonio a favor de otras (beneficiaras o adquirentes).

Lo que en algunos latitudes se discute, respecto a si esa extinción va aparejada de la Disolución, resulta caso ocioso aquí, pues la ley no la reconoce como causal ni estatus de disolución, y por el contrario, la niega



## Comentario relevante del autor

**La disolución *per se*, por otra parte, se manifiesta por una condición u estado de la organización –incurrir en causal sin remediar–, cuyo efecto es la irregularidad, que deberá ser declarada de forma privada o pública, y otras veces operará de pleno derecho.**

expresamente, corroborando lo que en un inicio hemos señalado, y es que estos fenómenos deben analizarse de manera particular según lo dispuesto por la ley en cada circunscripción territorial, y no cabe hacer extrapolación de conceptos ni disquisiciones si antes no se compaginan e identifican propiamente<sup>5</sup>.

### 1.5. Definición de disolución

De lo expuesto podemos distinguir ahora de manera diáfana la disolución de sus causas, siendo las segundas presupuestos de aquella.

Las causas de la disolución tratan tanto de actos jurídicos, hechos jurídicos y de actos procesales, según el caso, formales, taxativos de acuerdo a ley y/o el estatuto social –existe poca coincidencia de criterios al

respecto, pues algunos autores señalan que en tanto el estatuto o pacto puede ensanchar el universo de causas, estas dejan de ser taxativas–, que en muchos casos –no todos, ni obligatoriamente– dan inicio al procedimiento de liquidación, que es posterior. Constituyen supuestos que determinan en algunos casos la liquidación de la sociedad o asociación primero, y luego la de la persona jurídica.

La disolución *per se*, por otra parte, se manifiesta por una condición u estado de la organización –incurrir en causal sin remediar–, cuyo efecto es la irregularidad, que deberá ser declarada de forma privada o pública, y otras veces operará de pleno derecho.

No hay nada o nadie que “se disuelva”, expresión equívoca que podría llevarnos a pensar en una situación de inoperatividad o en la disolución del vínculo entre los socios, por dar un par de ejemplos, lo que en la práctica no necesariamente se produce, pues la organización afectada por la causal podría seguir operando casi prácticamente igual si así lo quisiese, y los socios podrían seguir manteniendo, entre otros, la llamada *affectio societatis*<sup>6</sup>, y seguir persiguiendo fines u objetivos comunes.

Separamos la disolución de la liquidación porque, en efecto, son distintas, como veremos a continuación.

5 SEQUEIRA, Martín. “La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas”. En: *Derecho Mercantil de la CEE, estudios en homenaje a José Girón Tena*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 1043-1082.

Lo mismo en el *common law*, donde los conceptos de *Dissolution* y *Liquidation* no son perfectamente diferenciables. Ver las normas al respecto, por ejemplo, del *Internal Revenue Service*, USA, en <[www.irs.gov](http://www.irs.gov)>.

6 SALAZAR GALLEGOS, Max. “Libertad de asociación. El tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lucrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que la componen en relación de la denominada *affectio societatis*”. En: *JUS Doctrina & Práctica*. Grijley, marzo, 2007, pp. 481-496; HALPERIN, Isaac. *Curso de Derecho Comercial*. Vol. I, 4ª edición, Depalma editores, Buenos Aires, 2000, pp. 294 a 297. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “Las formas especiales de Sociedad Anónima en la nueva ley General de Sociedades”. En: *Revista Themis*. N° 37, Segunda Época, Lima, 1998, p. 18; y a HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “La exclusión de accionistas por la falta de pago de aportes”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 70, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2004, p. 116. Lo mismo para FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 4ª edición, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 166-167.

## Comentario relevante del autor



**A diferencia de la disolución, la liquidación trata de un proceso que se inicia como consecuencia de la primera, y que está a cargo de uno o más liquidadores en número impar, que pueden ser personas naturales y/o jurídicas, designados *ex profeso* para tal efecto.**

### 2. La liquidación

La liquidación no está definida ni regulada en el CC. La LGS tampoco la define, pero la regula del artículo 413 al 420 de la misma.

De esta forma se indica que, a diferencia de la disolución, la liquidación trata de un proceso (art. 413) que se inicia como consecuencia de la primera, y que está a cargo de uno o más liquidadores en número impar, que pueden ser personas naturales y/o jurídicas, designados *ex profeso* para tal efecto (414), de tal forma que la lleven a cabo; y ella –la liquidación– está constituida por hacer líquido el patrimonio de la organización, entre los actos que conducen a la resolución o conclusión de las relaciones jurídicas entre la misma y terceros, incluyendo sus miembros, y dándole destino al haber neto resultante.

Como podemos comprobar de todo lo antes indicado, no es posible que la asociación se disuelva por liquidación como proclama el artículo 95 del CC, porque: (i) la primera no ocurre en escenarios donde se adopta el acuerdo de liquidación; como tampoco cuando se adopta un remedio a una causal; (ii) La liquidación es consecuencia de una causal de disolución y no a la inversa; y (iii) No hay nada ni nadie que se disuelva automáticamente producto de la causal.

Convengo sí, en que la asociación podría disolverse luego de concluido todo el procedimiento de liquidación, incluyendo el reparto del haber neto resultante posterior a la misma –de haberlo–, en cuyo caso, en efecto, la *affectio societatis* que hemos citado, por ejemplo, dejaría de existir, no así la persona jurídica, como recordaremos líneas adelante cuando nos refiramos a la extinción.

Una redacción adecuada del artículo 95 del CC hubiese debido expresar que “la asociación se liquida por acuerdo de su junta de acreedores, conforme a la ley de la materia”. No hay necesidad de hacer mención al estado de disolución. También, en giro distinto, se podría parafrasear de otra manera, indicando que “la asociación se disuelve luego de concluida la liquidación”, pues allí sí, seríamos precisos.

### 3. Las ONL no están obligadas a contabilizar reservas

Así es. El artículo 95 del CC incurre en nueva inexactitud al exigir que para verificar la insolvencia de una asociación se necesite equilibrar las pérdidas con las reservas, cuando estas últimas son inexistentes.

El CC no menciona la palabra Reserva en ninguno de sus artículos y, por ende, tampoco obliga a establecerlas, y ello es por una buena razón.

Si bien es cierto se distingue entre distintos tipos de reservas –legales, convencionales y voluntarias, como las más importantes– las legales, –que son las únicas a las que se puede estar refiriendo el artículo del CC– más allá de las convencionales y estatutarias, pues de lo contrario sería muy fácil eludir el precepto– se constituyen por la detracción de un porcentaje de las utilidades sujetas a reparto no distribuidas, y forman parte del patrimonio (arts. 229 y 231 de la LGS).

La utilidad de las Reservas se manifiesta para compensar pérdidas, luego de lo cual deben



ser repuestas. También pueden capitalizarse, con la misma obligación de reposición. En este sentido, la reserva funciona como una suma contingente, de garantía.

Las ONL no necesitan establecer ninguna reserva por la sencilla razón de que al no haber nada que repartir –son entidades no lucrativas y, por tanto, las utilidades no solo se reinvierten, sino que ello es consecuencia de que ninguno de los miembros, gestores y representantes de la misma tiene derecho a tales–, todo su acervo constituye parte del patrimonio y cumple función de garantía.

No hay, entonces, necesidad de reflejar una cantidad contingente como reserva, ya que todo el patrimonio de la organización cumple la función de prenda general a favor de los *stakeholders*. Esto se aprecia aún mejor cuando a continuación hacemos mención al capital en las ONL.

#### 4. Las ONL no presentan cifra capital

Desde un punto de vista jurídico-corporativo, el capital tiene una importancia gravitante, y cumple distintas funciones, entre otras cosas, para determinar los derechos de los miembros de una organización –más allá de constituir patrimonio inicial; cantidad mínima según el giro social; etc.–.

En este sentido, el capital funciona para establecer principalmente y cuantificar la participación social porcentual de los miembros de la organización en: (i) las utilidades –aun cuando cabe pacto en contrario– (art. 39, LGS); (ii) solicitar el reparto de las anteriores (art. 231, LGS); (iii) la cuota de liquidación (art. 420, LGS); (iv) el voto para la toma de decisiones (art. 82, LGS); (v) la responsabilidad por pérdidas –según el tipo

social– (arts. 51 y 283 vs arts. 265 y 278, LGS); y (vi) ejercer el derecho de suscripción preferente y acrecer de títulos adicionales –sean acciones, participaciones u obligaciones– (art. 95, 103, LGS); más allá de servir también, entre otros, para limitar el reparto de utilidades (art. 40, LGS); generar una garantía mínima para los *stakeholders* por aplicación del Principio de Integración; su prohibición de retiro sin seguir formalidades públicas en aplicación del Principio de Intangibilidad e Invariabilidad; y su equilibrio relativo con el patrimonio –aun cuando esto sea discutido por la irrealidad de dicha cifra–, entre otros.

Podemos apreciar, que como base de cálculo para determinar los derechos de los miembros, el capital funciona para establecer cuotas de propiedad efectivas y diferenciadas entre los mismos, lo que repercute directamente en la organización jurídica.

Siguiendo a las Organizaciones No Lucrativas, estas no registran una cifra capital, y ello es porque no es necesario el cumplimiento en estas de los principios y circunstancias antes mencionadas, como resulta obvio.

En principio, en las ONL no se necesita capital inicial, porque los votos y derechos de todos los miembros son iguales (arts. 88 y 89 del CC); no hay utilidad distribuible y, en consecuencia, no existe un mercado de títulos o membresías, como sí resulta eficiente en las sociedades.

Así, en las ONL, de hecho no hay reparto de utilidades, aun cuando pueden generarlas<sup>7</sup> –pues todas las organizaciones lo hacen, de lo contrario devendrían insolventes y quebrarían–, y por derecho no se puede efectuar

7 SALAZAR GALLEGOS, Max y otros. *La Constitución comentada*. Tomo I, p. 493. Congreso de la República y Gaceta Jurídica, Lima, 2005. “*Economic Theories of Nonprofit Organizations*” R, Steinberg; in “*The Nonprofit Sector, A Research Handbook*”. 2<sup>nd</sup>. Edition. Yale University Press. 2006, p. 118; “*The Role of Nonprofit Enterprise*”. 1980. H. Hansmann.

tal reparto, conforme la ley civil<sup>8</sup> y donde se ha plasmado el Principio del *Non-Distribution Constraint* –no confundir los fines de la organización, una unidad por sí misma, con la relación de los miembros para con ella–; ergo, no se solicita tal reparto; no existe cuota de liquidación (art. 98 del CC); el voto para la toma de decisiones es, como reiteramos solo uno (art. 88 del CC); la responsabilidad por pérdidas está definida por norma de aplicación general (art. 78 del CC) y no afecta a los miembros, que después de su aporte no guardan nexo causal con el patrimonio de la organización; no cabe ejercer derecho de suscripción preferente y acrecer de títulos adicionales –sean acciones, participaciones u obligaciones– (arts. 88 y 89 del CC); y no hay necesidad de limitar el reparto de utilidades, pues no hay tal, ni generar una garantía mínima para los *stakeholders*, pues ya que no existe derecho de los asociados al patrimonio de la organización, todo dicho patrimonio responde por las obligaciones de esta última; de lo cual se entiende que la prohibición de retiro es absoluta y no relativa como en sociedades, y no hay nada que equilibrar.

Asimismo, en las ONL no se necesita de un capital mínimo por giro –como sucede en algunas sociedades, por ejemplo, un Banco–, con excepción de las Fundaciones.

Dado que los miembros no reparten utilidades entre los mismos, el capital no hace falta. Así, cada miembro es un par entre sus pares, sin distinción de porcentajes de participación. De esta manera, en estas formas corporativas, los miembros, si bien pueden detentar propiedad sobre sus participaciones (art. 806 del CC y 89 del CC en excepción), que les otorgan una serie de derechos que los benefician, no cruzan por el camino de

la repartición de utilidades, porque no existe propiedad.

En las sociedades comunes un socio aporta al capital pero recibe a cambio un título representativo del mismo que funge como nexo causal con el patrimonio, lo que permite retirar utilidades y liquidar su cuota (arts. 22, 39 y 200 de la LGS). Ese nexo no es aplicable al caso de las asociaciones, porque simplemente la regla de derecho impide la entrega de esa clase de título y beneficios asociados.

Resulta evidente que el aporte en uno y otro caso se entrega en condiciones distintas, esto es, a cambio de un derecho a lucrar en las sociedades –si bien es discutible, es regla general–, y a cambio de otro tipo de derecho en las asociaciones.

La partida pública registral de los entes sin fines de lucro refleja esta realidad, toda vez que no hay consignación pública de la cifra capital, lo que sí ocurre en el caso de las sociedades.

La razón de esta distinción, que como hemos mencionado se materializa públicamente en el registro, estriba en no encontrar una justificación para la limitación de la responsabilidad en la consignación del capital en el caso de las entidades no societarias. Así, estas últimas generan un patrimonio único e inescindible, que no puede partirse ni retirarse a favor de los socios bajo ninguna circunstancia, sino que solo servirá de base para la construcción del plan de desarrollo social, el cumplimiento del fin trazado y como garantía integral a favor de los acreedores.

Lyon Puelma lo ha expresado de manera clara al señalar que el capital social está destinado estatutariamente por los socios a la

8 SALAZAR GALLEGOS, Max. “El objeto social y los fines en las sociedades y asociaciones”. En: *Actualidad Civil*. N° 12, Instituto Pacífico Editores, pp. 110-111. Perú; “*The Economics of the Non-Distribution Constraint: a critical reappraisal*”, Vladislav Valentinov, 2008; y H. Hansmann. Ob. cit.

consecución del giro social y todo lo que no sea capital está destinado estatutariamente por los socios para ser distribuido (entre ellos). El concepto de capital nació precisamente con motivo de que en las personas con fines de lucro (sociedades en general) hay reparto de utilidades. En el caso de las personas naturales (el ser humano aisladamente considerado) o de las ONL, el reparto no existe<sup>9</sup>.

Cuando la organización no persigue fines de lucro, esto es, no reparte las utilidades entre sus socios o integrantes, la existencia de un capital no se justifica, como no lo hace tampoco en el caso de las personas naturales, pues, al igual como ocurre en el caso de estas últimas, no existe nada que se deba proteger, porque sus miembros no tienen derecho a retirar las ganancias de la entidad sino, solamente tienen derecho a exigir los servicios que según los estatutos la corporación está obligada a prestar a sus socios o integrantes<sup>10</sup>, si los hubiere.

##### **5. El Consejo Directivo no es el único órgano a cargo de la gestión de una ONL**

Cierto. Y es que el CC no limita la gestión de la organización a un único estamento, sino que se abre a la posibilidad de establecer otros, con distintas funciones, tal como se verifica del artículo 82 de dicho cuerpo legal.

En tal medida, una ONL puede designar libremente y en el estatuto, todas las autoridades, funcionarios y gestores que pudiera idear para darle a su estructura una base sólida de cara a la envergadura de su desarrollo. Incluso designar un gerente general.

Nótese que tal libertad no implica que pueda abstraerse de la estructura organizativa

#### **Comentario relevante del autor**



**La asociación podría disolverse luego de concluido todo el procedimiento de liquidación, incluyendo el reparto del haber neto resultante posterior a la misma –de haberlo–, en cuyo caso, en efecto, la *affectio societatis* que hemos citado, por ejemplo, dejaría de existir, no así la persona jurídica.**

fundamental obligatoria que identifica el tipo social, que debe respetar, por ello, no puede prescindir de un Consejo Directivo, ni de su Asamblea de asociados tratándose de una Asociación propiamente.

Las autoridades que designe, según sea el caso, responderán o no, según sus obligaciones, conforme a la solicitud de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario, como remite el artículo 95 bajo comentario. Es entonces una omisión, responsabilizar únicamente al Consejo Directivo de una obligación que pudiera haber sido extendida en solidaridad al Gerente General u Asociado controlador, si lo hubiera.

##### **6. La referencia a pérdidas superiores a un tercio del capital pagado resulta insuficiente para una ONL**

Y claro, referirse a pérdidas superiores un tercio del capital pagado en una Asociación, teniendo en consideración que al no existir el mismo todo es patrimonio, o al mismo tiempo, si se quiere, todo es capital, puede resultar ineficiente.

<sup>9</sup> LYON PUELMA. *Personas Jurídicas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 199-202.

<sup>10</sup> Ídem.

La insolvencia de una ONL se debe regir por parámetros distintos a los señalados actualmente por el CC.

De ello, se deduce que el patrimonio y las pérdidas podrían equilibrarse, según, con las cuotas de ingreso, o los flujos de las cuotas ordinarias. Esto no es común a todas las formas de ONL, pues una Fundación por ejemplo, podrá equilibrar las pérdidas contra la cuota de dotación fundacional, si acaso; y un Comité –figura que más valdría derogar– con las cuotas de los erogantes.

Mientras el CC continúe regulando ciertas organizaciones y personas jurídicas, es necesario modificar su texto con relación a los institutos aquí aludidos.

Finalmente, nos referiremos brevemente a la Extinción de las organizaciones corporativas.

## 7. Extinción

El CC no se pronuncia sobre la extinción en materia de asociaciones, como tampoco lo hace con relación a otras organizaciones.

Por ello, y porque me parece singularísimo, voy a utilizar un ejemplo extraído de la propia LGS para verificar la absoluta incompreensión sobre este término en determinadas instancias.

LGS, Disposiciones Finales,

### “DÉCIMA.- Extinción por prolongada inactividad

Se presume la extinción de toda sociedad mercantil o civil que no ha inscrito acto societario alguno en los diez años precedentes a la publicación de esta ley. El Registro cancelará la inscripción. (...)”.

## Comentario relevante del autor



**Quando la organización no persigue fines de lucro, esto es, no reparte las utilidades entre sus socios o integrantes, la existencia de un capital no se justifica, como no lo hace tampoco en el caso de las personas naturales, pues, al igual como ocurre en el caso de estas últimas, no existe nada que se deba proteger, porque sus miembros no tienen derecho a retirar las ganancias de la entidad.**

Además de la desmejorada técnica legal utilizada en su redacción –debería indicar simplemente “toda sociedad que no ha inscrito (...)”, olvidando la referencia a su condición civil o mercantil–, hay que mencionar que la extinción es el fin de la persona jurídica, es el símil a la muerte de la persona natural. Como la adquisición de la categoría de “persona jurídica” no es atribuible a la voluntad privada, pues no se constituye por acto jurídico, sino que es producto de un acto concesional público siempre –un acto administrativo<sup>11</sup>, entonces, para que exista Extinción debe ejecutarse otro acto administrativo, pues no cabe acudir a la voluntad privada, que no puede dar y, por tanto, no puede quitar –lo que no dio–.

Ha de recordarse que si bien la doctrina reconoce tres sistemas de constitución de personas jurídicas –en general, podemos encontrar otros–, a saber: 1. El sistema de libre constitución o de libertad de asociación; 2. El sistema de concesión (estatal); y, 3. El sistema

<sup>11</sup> “Los sistemas de constitución de las personas jurídicas de Derecho Privado. La existencia, el registro y sus repercusiones en el tráfico jurídico”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 148, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2006, pp. 49-55.

de determinaciones normativas o simplemente normativo<sup>12</sup>; y en el Perú se encuentran vigentes los dos últimos.

Pueden existir legislaciones en las que la voluntad privada cumpla cuenta con el poder crear personas jurídicas, pero en el Perú ello está vedado.

Tratándose de la LGS, las sociedades a las que se refiere la Disposición Final aludida, son aquellas que se encuentra registradas, pues existen también las sociedades denominadas Irregulares, dentro de las cuales se consideran a las no registradas, entre otras –una mala idea la de la LGS al unir en un solo artículo diversas situaciones jurídicas disímiles (art. 423 de la LGS), cuestión que resultaría muy extensa tratar aquí–.

Puestas las cosas de este modo, la prolongada inactividad de una sociedad no puede generar la extinción de la misma, como tampoco puede hacerlo una presunción, ya que solo un acto administrativo firme puede hacerlo y una presunción tal puede ser perfectamente verificada en el Registro. En este caso, el otorgamiento de la calidad jurídica de persona se obtiene por una inscripción (art. 6 de la LGS) y su fin, con otra inscripción (art. 421 de la LGS).

La ley podría presumir la liquidación, o quizás la disolución, pero nunca la extinción, que no se presume, se inscribe, y por tanto, es un acto que puede comprobarse en el Registro Público.

## Conclusiones

1. El CC de 1984 se equivoca en cuanto los supuestos regulados en su artículo 95, los que son aplicables a sociedades y otras formas corporativas lejanas a ONL.
2. No existe la disolución por liquidación, son instituciones distintas y que se preceden, pero no son concomitantes.
3. Se distingue entre causales de disolución y la disolución como estatus jurídico. Lo mismo de la liquidación, que resulta en un procedimiento ad hoc; y los efectos de cada una de ellas.
4. Las ONL no presentan reservas legales.
5. Las ONL no presentan cifra capital, pues resultan innecesarias dada su naturaleza.
6. No resulta claro y, en todo caso, es omisivo, quién es el que sería responsable por los daños y perjuicios que resultaren al no haber solicitado el inicio del procedimiento concursal ordinario.
7. La determinación del estado de insolvencia de una ONL debería estar mejor regulado por la relación existente entre los aportes de sus miembros, y el patrimonio. En consecuencia, los aportes deberían estar obligatoriamente registrados.
8. Las distintas formas corporativas de ONL, obligan a adoptar soluciones también distintas en cuanto al inicio de un procedimiento concursal ordinario.

12 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Primer Tomo, Parte General I. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 457-458; asimismo, SPOTA, Alberto. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General, Vol. 3, El sujeto de derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, pp. 219 a 230. También FERRARA, Francisco. En: *Teoría de las Personas Jurídicas*. Editorial Reus, Madrid, 1929, pp. 746 a 754.