

# NL

## REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ

derecho privado y público

**NÚMERO 103**  
**SEPTIEMBRE 2009**

*Especial*

### EL DESPIDO Y OTRAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

¿Qué información se encuentra obligada a brindar una persona jurídica de Derecho Privado?

La regulación del silencio administrativo en el Derecho peruano

Inconsistencias en nuestra normativa de contratación estatal

El recurso de apelación como medio impugnativo idóneo para la solución de controversias durante el proceso de selección

El hostigamiento sexual en el Sector Público

Responsabilidad solidaria del representante de la sociedad por pago de utilidades a accionistas existiendo deuda tributaria en cobranza coactiva

La prueba material y su incorporación al juicio oral en el Código Procesal Penal de 2004

El régimen económico en el Derecho de Familia

Nuestro recurso de casación civil a la luz de la última reforma legislativa

Las situaciones que constituyen actos de hostilidad laboral

#### COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

Luis Moisset de Espanés (Argentina)  
Ricardo Lorenzetti (Argentina)  
Héctor Goyena Copello (Argentina)  
Alessandro Soma (Italia)  
Francesco Bilotta (Italia)  
Franco Cipriani (Italia)  
Giralamo Manteleone (Italia)  
Juan Montero Aroca (España)  
Carmen Moreno de Toro (España)  
Roberto Dromi (Argentina)  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

#### COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

Carlos Fernández Sessarego  
Fernando Vidal Ramírez  
Domingo García Belaunde  
Juan Espinoza Espinoza  
Samuel Abad Yupanqui  
Victor Garcia Toma  
Jorge Santistevan de Noriega  
Jorge Toyama Miyagusuku  
Juan Carlos Morón Urbina  
Oswaldo Hundskopf Exebio  
Carlos Ramos Núñez  
Eugenia Ariano Deho  
Juan Manroy Gálvez  
Luis Castilla Córdova  
Eloy Espinosa-Saldarña Barrera  
Morio Castillo Freyre  
Yuri Vega Mera  
Anibal Torres Vásquez  
Luis Lamas Puccio  
Alfredo Bullard González  
Carlos Cárdenas Quiras  
Wilfredo Sanguinetti Raymond  
Enrique Varsi Rospigliosi  
Felipe Osterling Parodi  
Ricardo Beaumont Callirgos  
Jorge Avendaño Valdez  
Fernando de Trazegnies Granda

**Normas Legales**



<b>JURISPRUDENCIA SUMILLADA</b>	Si la motivación principal no ha sido cuestionada en el recurso de casación, carece de objeto cuestionar la motivación accesoria	331
<b>COMERCIAL</b>		
<b>ANÁLISIS JURÍDICO</b>	Transformación de sociedades y otras personas jurídicas Algunas razones legales y económicas <i>Max Salazar Gallegos</i>	335
	La contratación deportiva <i>Daniel Echaiz Moreno</i>	350
<b>CONSULTAS LEGALES</b>	Los acuerdos de junta general tienen la calidad de mandatos judiciales cuando el juez ordenó su inscripción	361
	El tenedor de un título valor no puede rechazar el pago parcial del importe consignado	362
<b>DOCUMENTO LEGAL</b>	La distribución de utilidades <i>Carlos Padilla Ponce</i>	366
<b>JURISPRUDENCIA SUMILLADA</b>	Actuar medios probatorios adicionales producidos después de la difusión del anuncio publicitario contradice el deber de sustanciación previa	371
<b>LABORAL PRIVADO</b>		
<b>ANÁLISIS JURÍDICO</b>	Las situaciones que constituyen actos de hostilidad. Análisis normativo y jurisprudencial <i>Sara Rosa Campos Torres</i>	379
<b>CONSULTAS LEGALES</b>	Los trabajadores que realizan labor de vigilancia deben ser contratados a plazo indeterminado	387
	Las empresas no están obligadas a pagar subvenciones truncas o parciales a las personas contratadas bajo una modalidad formativa laboral	388
<b>DOCUMENTO LEGAL</b>	El periodo de prueba. Ampliación y protección contra el despido arbitrario <i>Ivonne Sánchez Castro</i>	391
<b>JURISPRUDENCIA SUMILLADA</b>	Para el despido de los trabajadores a tiempo parcial no se requiere causa justa incluso si la relación surge de contratos de locación desnaturalizados	395

## TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES Y OTRAS PERSONAS JURÍDICAS

### Algunas razones legales y económicas

Max  
Salazar Gallegos\*

#### REFERENCIAS LEGALES:

- Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (09/12/1997): arts. 333 al 343.
- Reglamento del Registro de Sociedades, Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN (27/07/2001).
- Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias, Resolución N° 086-2009-SUNARP/SN (01/04/2009).

*El presente artículo pretende resumir ciertos factores que deben tener presente empresarios y operadores jurídicos para comprender los procesos de reorganización societaria, analizando fundamentalmente la figura de la transformación, de la cual el autor asume que es perfectamente factible que una sociedad modifique en casi todos los casos su estructura corporativa para adecuarla a otra distinta, cumpliendo una función económica importantísima; no así tratándose de una asociación donde si bien es posible dicho procedimiento, no lo es en todos los casos, en puridad, por la imposibilidad dispuesta por los hechos económicos que subyacen a ella y que son su razón de ser.*

#### I. LAS TRANSFORMACIONES

##### Antecedentes

Los procesos de reorganización empresarial son variados, los más difundidos son aquellos dispuestos por la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS)<sup>1</sup>; que regula la

transformación o conversión (así llamada en otras legislaciones y en el *common law*, aunque no siempre con el mismo contenido y efectos), la fusión, la escisión, y la reorganización simple. Otras leyes también regulan procesos de reorganización corporativa ajenos a los indicados, algunos de los cuales veremos más adelante.

\* Profesor de Personas Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima y de Derecho Comercial en la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

<sup>1</sup> Ley N° 26887, vigente desde el 1 de enero de 1998, específicamente a partir del artículo 333 en adelante. No son los únicos, diversas leyes, en diferente tiempo, han regulado fenómenos reorganizativos de distintas sociedades y otras personas jurídicas.

La LGS extiende la transformación a tipos sociales distintos a los expresamente regulados en su articulado, lo que ha llevado a la legislación, jurisprudencia, práctica legal y a la doctrina a plantear diversas posiciones al respecto.

#### Antecedentes doctrinales del concepto de transformación y sus alcances en la LGS

Me cño a la doctrina nacional más conspicua para este apartado. Así, Ricardo Beaumont señala que: "La Transformación es un medio legal que permite cambiar la forma de la persona jurídica evitando el largo camino que significaría acordar la disolución de una, liquidar su patrimonio y registrar su extinción para luego, recién entonces, fundar o constituir la deseada"<sup>2</sup>.

Por su parte, Elías Larozza indica que: "La ley otorga a la transformación de las sociedades una dimensión que antes no tenía, (...) incluye la transformación de toda clase de personas jurídicas que, no siendo sociedades, adoptan una forma societaria, y también la transformación de cualquier sociedad que desee adoptar otra forma de persona jurídica no societaria, todo lo cual implica cambios esenciales en la naturaleza de la persona jurídica transformada"<sup>3</sup>.

Por su parte Morales Acosta, aludiendo a la transformación de una EIRL, manifiesta que: "La transformación consiste en un acto jurídico unilateral e interno del titular de una empresa, mediante el cual cambia su propia organización por una más adecuada a sus necesidades, la transformación no implica disolver, ni tampoco liquidar la organización del titular. Supone, simplemente, el cambio de su estructura y régimen legal a otro de clase diferente sin afectar su existencia". "La transformación

(...) consiste en el cambio experimentado de una sociedad a otro tipo de sociedad o persona jurídica de diferente régimen legal, conservando paradójicamente la misma personalidad jurídica"<sup>4</sup>.

Hasta aquí la doctrina nacional. Entiendo que se requiere de una mayor amplitud para definir claramente qué se entiende por transformación, sus efectos y consecuencias, así como sus fundamentos. Esta justificación resulta muy importante puntualmente por la novedad y las consecuencias de esta para la comunidad; pues como efectivamente indicaba Elías Larozza, hoy la figura tiene una dimensión que antes no tenía (toda vez que se admite la transformación de cualquier tipo de realidad en sociedad, aun de una no regulada por la LGS).

#### Otros alcances al concepto de transformación

La transformación, puede ser definida de una manera sucinta como el procedimiento por el cual una persona jurídica cambia su tipo social. Esta es la forma como también la define la Ley de Sociedades Comerciales argentina (LSC)<sup>5</sup> y la *Uniform Conversion or Merger of Different Types of Business Organizations Act*<sup>6</sup>. La LGS guarda silencio al respecto.

Veamos el artículo 333 de la LGS para seguir avanzando: "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".

#### ¿Qué es la transformación?

Entiendo que la transformación es y comprende: i) un procedimiento regulado (por la ley); ii) que incluye solo sociedades u otras personas jurídicas, mas no otras formas organizacionales carentes de personalidad; por ejemplo, sujetos de derecho no personificados o las mal llamadas sociedades irregulares, de hecho, aparentes, nulas, etc.<sup>7</sup>; iii) se adopta por voluntad social (propia) o por mandato legal; iv) implica la modificación integral de la estructura corporativa u organizacional del sujeto, adaptándola a otro tipo legal o forma que también se encuentra regulada por la ley; v) no implica disolución ni liquidación del patrimonio social del sujeto; vi) deja indemne la personalidad jurídica del sujeto; vii) no conculca los derechos y obligaciones del sujeto; y, viii) determina un cambio del régimen legal aplicable al sujeto.

#### Transformación de personas jurídicas de Derecho Público

Del mismo modo, y en caso de personas jurídicas organizadas bajo cualquier tipo, pero de carácter público, entiendo que la transformación puede producirse en tales casos obviando un procedimiento, ya que puede hacerse solo por imperio de un mandato legal contenido en una ley<sup>8</sup>. En casos extremos, esto también podría aplicarse a entes de carácter privado.

#### Del procedimiento regulado

Como he indicado, la transformación se trata de un procedimiento regulado por ley. En el caso peruano, distintas leyes han normado procedimientos de transformación, siendo el más conocido el contenido en la LGS y el Reglamento de Registro de Sociedades (en adelante, el RRS)<sup>9</sup>. Esta última norma ha venido incluso a complementar el vacío dejado por otras leyes fundamentales que no lo han hecho, como

es el caso del Código Civil (en adelante, CC) que no señala nada respecto a la reorganización de personas jurídicas. En este aspecto ha sido decisiva la jurisprudencia registral, y es que esta ha aceptado (a partir del año 2004) pacíficamente, por ejemplo, la transformación de asociaciones en sociedades anónimas, basada fundamentalmente en el artículo 333 de la LGS y el procedimiento fijado para ello; en la falta de prohibición expresa establecida en el CC; y la doctrina que así lo aduce y que hemos reproducido líneas atrás; si la forma en que lo ha propuesto y efectivamente viabilizado ha sido la adecuada o no, lo analizaremos más adelante.

Recién el día miércoles 1 de abril de 2009, se ha publicado la Resolución de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos N° 086-2009-SUNARP/SN que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias. Esa norma no define tampoco, como no puede hacerlo, el fenómeno de la transformación, y solo menciona que son atendibles a la reorganización de personas jurídicas (no societarias) las normas relativas a la reorganización de sociedades en lo que le fueran aplicables<sup>10</sup>.

#### Incluye solo sociedades y otras personas jurídicas

Si comprendemos que la transformación implica el cambio del tipo social regulado, hemos de atestiguar obligatoriamente que se trata de un procedimiento aplicable solo a personas jurídicas. Así, y conforme lo hemos expresado antes en otro trabajo respecto a la tipología de las personas jurídicas:

"(...) es siempre y únicamente el Estado quien concede la personalidad jurídica mediante determinados sistemas. Este, en

2 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. Séptima edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 744. Este autor fue miembro de la comisión que elaboró la LGS.

3 ELÍAS LAROZZA, Enrique. *Derecho Societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Normas Legales, Lima, 1999. Este autor fue miembro de la comisión que elaboró la LGS.

4 MORALES ACOSTA, Alonso. "Transformación de Sociedades. Perspectivas bajo el marco de la Nueva Ley General de Sociedades". En: *Themis*, Segunda Época, N° 37, Lima, 1998, pp. 51 y 52.

5 Artículo 74 de la LSC.

6 *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Section 401*, USA, 2001.

7 Insisto en lo que he mencionado varias veces en clases: "Se es sociedad mercantil a la atribución legal correspondiente, pero no se carece de tal calidad y al mismo tiempo se le sigue conociendo al ente resultante también como sociedad".

8 Esto que puede resultar redundante para un lego, no lo es. Me refiero a una ley en sentido formal y no material.

9 Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN de julio del año 2001.

10 Artículo 76, segundo párrafo. Me atengo al respecto a la conferencia que sobre el particular ofrecí el año pasado (noviembre de 2008) en el Auditorio Principal del Colegio de Abogados de Lima.

ejercicio de sus potestades ha establecido un limitado número de formas que los particulares pueden adoptar para realizar sus actividades de manera colectiva a través de una persona jurídica; es decir que estas son *numerus clausus*. (...) Mantener un círculo cerrado de estos entes es necesario a efectos de favorecer el tráfico jurídico y limitar los costos de transacción<sup>11</sup>; es decir, dinamizar la contratación”.

Así, a cada tipo asociativo le viene impuesta una estructura funcional individual, de una parte obligatoria, en tanto la ley impone al tipo cierta organización de carácter imperativa a efectos de establecer su naturaleza y su reconocimiento, y de otra parte convencional, en tanto la ley permite que la organización mínima exigida por ella pueda ser complementada por los particulares a comodidad, siempre y cuando no desnaturalicen el tipo<sup>12</sup> que lo hace identificable respecto del resto.

En nuestro país la sociedad anónima, la sociedad en comandita simple, la asociación, la sociedad colectiva, entre otras, constituyen tipos sociales aceptados; esto es, expresa y taxativamente regulados y tipificados por ley. No se puede organizar un tipo desconocido.

Sin embargo, existe una excepción a la regla general, y es que si bien los particulares deben admitir solo los tipos reconocidos, el Estado puede, de manera subsecuente, mediante una ley, crear un nuevo tipo social<sup>13</sup>.

Entonces, solo existen los tipos regulados por ley, (sobre tipos regulados por ley, ajenos a los conocidos en la LGS, el CC, la Ley de la EIRL, y la Ley de Cooperativas, me remito

como ejemplo a las sociedades mineras, los patronatos; las universidades; los colegios; las múltiples personas jurídicas de Derecho Público, entre otros, reguladas cada una por leyes ad hoc) y estos se adquieren únicamente por la concesión de la personalidad que hace el Estado; ergo, solo es persona a quien la ley reconoce dicha condición y atributo, y esta persona responderá a un tipo legal. La personalidad jurídica resulta inescindible al tipo y viceversa, de donde se infiere que quien no es persona carece de tipo; por tanto, no puede transformarse quien carece del requisito indispensable para hacerlo, esto es, nuevamente, el tipo social y/o la personalidad.

Ahora bien, el maestro Elías Laroza ha sostenido que la falta de personalidad no es óbice para transformarse<sup>14</sup>. Pues bien, en ese sentido me permito discrepar; yo creo que la falta de personalidad sí constituye un impedimento para la transformación, ya que el propio texto legal (LGS artículo 333) remite expresamente a personas jurídicas como sustento previo y no a otro tipo de organizaciones.

Si se hubiese querido extender los alcances de la figura a realidades ajenas a las personas, yo hubiese propuesto otro texto, pero el actual lamentablemente lo impide. Lo importante de la opinión de Elías Laroza, a quien particularmente considero un muy lúcido intérprete de la ley (salvo en este aspecto), es que reconoce efectivamente que existen otras formas corporativas carentes de personalidad, cuestión de la que ya hemos tratado también en otros artículos publicados, y que esas formas deben ser proclives a obtener personalidad y, por lo tanto, ser reconocidas como tales.

De otro lado, si bien hay quien también ha mencionado que: “No es posible transformar a un ente carente de personalidad jurídica pues pierde sentido la permanencia del patrimonio”<sup>15</sup>, debemos indicar que ello a nuestro criterio es un postulado errado en su justificación, pues los entes carentes de personalidad, siempre que reúnan una colectividad, un fin lícito y valioso<sup>16</sup> (entre otros), organización, vocación de permanencia y un patrimonio destinado a ese fin, permiten aplicar el Principio de Alteridad<sup>17</sup> o en términos más simples, encontrar la alteridad, y por tanto identificar un centro unitario ideal de imputación de derechos y deberes, esto es, un sujeto de derecho, o dicho de otro modo, una distinción funcional claramente visible entre el grupo y las individualidades que lo conforman<sup>18</sup>.

Otro alcance en la materia señala que: “No obstante que los bienes, derechos y obligaciones que forman parte del patrimonio autónomo son independientes de las personas jurídicas que lo administran o mantienen un interés frente al mismo, resulta claro que la carencia de personalidad jurídica impediría que un patrimonio autónomo sea objeto de un proceso de transformación”<sup>19</sup>. Este comentario ha llamado mi atención porque es cierto que la carencia de personalidad impediría la transformación, pero habría que agregar que si se permitiera tal hecho sería el *súmmum* de lo anecdótico e irreal, pues un patrimonio autónomo es un bien jurídico, no un sujeto de derechos, y si hemos dispuesto que un sujeto de derechos no personificado no puede

“ La falta de personalidad sí constituye un impedimento para la transformación, ya que el propio texto legal (LGS artículo 333) remite expresamente a personas jurídicas como sustento previo y no a otro tipo de organizaciones. ”

transformarse en una sociedad sino después de adquirir la personalidad, menos aún lo podría hacer un bien jurídicamente protegido.

Se adopta por voluntad propia o por mandato legal

La transformación no es un acto al que la ley obligue de manera general. Así la transformación es en esencia una decisión libre de cada sociedad y/o persona jurídica, que puede decidir en

dicho sentido en función de sus propios intereses. Cada organización corporativa decide transformarse de acuerdo con determinadas condiciones en un lugar y tiempo también determinados.

No obstante, existen situaciones en las cuales la transformación resulta casi inevitable o es requerida para continuar en actividad. Es el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante, EIRL) cuando su titular desaparece y lo sucede una colectividad; o en los casos regulados por la Ley de Banca peruana, o cuando una sociedad pierde la pluralidad exigida por ley, entre otras situaciones que lo ameritan alternativamente.

Implica la modificación integral de la estructura corporativa (estatutaria) de la sociedad y/o persona jurídica que se transforma

Como hemos indicado, a cada tipo asociativo le viene impuesta una estructura funcional individual, obligatoria, porque la ley impone al tipo una organización de carácter imperativo. Así, las sociedades anónimas se organizan con una junta general de accionistas, un directorio,

15 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario. Parte General*. “Transformación de sociedades”. Primera edición, Editora Heliasta, Argentina, 2006.

16 Sostengo que la valía no es un requisito, hoy por hoy, que sea indispensable para la formación de estos entes, por lo menos desde un punto de vista general.

17 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D.; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, primera edición, Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 234.

18 SALAZAR GALLEGOS, Max. “La empresa educativa y los sujetos de derecho” En: *Ius Et Praxis*, N° 33, Lima, 2002.

19 MOLINA REY DE CASTRO, Fernando. “La transformación: más allá del derecho societario” En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2003, p. 1091.

11 Como lo entiende R. H. Coase.

12 Por ejemplo, en el caso de una sociedad anónima, la LGS estipula que el estatuto de la misma puede contener, además de las disposiciones legales de carácter obligatorio, otros pactos lícitos que se estimen convenientes para la organización de la sociedad (LGS: artículo 55, numeral 11 literal A); igual ocurre en una asociación regulada por el CC, donde este último establece que el estatuto de la asociación debe expresar los demás pactos lícitos y condiciones que se establezcan (CC: artículo 82, numeral 9).

13 SALAZAR GALLEGOS, Max. “Libertad de Asociación”. En: *JUS Doctrina & Práctica*. N° 3, Grijley Editores, Lima, marzo 2007, pp. 485 y 486.

14 *Opus citatum*.

y una gerencia general; una asociación con una asamblea general de asociados y un consejo directivo, y así sucesivamente. Cada tipo tiene su propia organización funcional. Al cambiar el tipo legal, merced la transformación, cambia la organización, y al cambiar esta última condición, esta solo puede hacerse modificando el estatuto social adaptándolo a una nueva organización.

#### No implica disolución ni liquidación

El procedimiento de transformación no es una causal de disolución, y por tanto, tampoco de liquidación. La disolución es el estado impuesto a consecuencia de una causa legal o convencional (de hecho o de derecho) que de no poder superarse, conlleva en condiciones ordenadas a la liquidación de la persona jurídica. La LGS no estipula que la decisión de transformación sea una causa de disolución, por la sencilla razón de que su adopción no constituye una patología de esta o razón suficiente para ello, ni persigue liquidar la entidad; por el contrario, se acude a ella (la transformación) para continuar en actividad bajo una nueva forma corporativa, más ventajosa en términos económicos y/o comunitarios, conservando el patrimonio social.

#### Deja indemne la personalidad jurídica del sujeto

En otro trabajo ya sustentamos el hecho de que en nuestra legislación la personalidad jurídica se adquiere solo por concesión estatal, ya sea mediante el sistema normativo o el de concesión propiamente dicho<sup>20</sup>. Una vez adquirida la personalidad esta solo puede perderse de dos formas: a) la inscripción registral de la liquidación y posterior extinción de la persona jurídica; o, b) un mandato legal expreso.

La transformación no constituye un procedimiento por el cual el sujeto pueda perder su

personalidad, porque no se liquida ni se extingue, ni existe un mandato legal que prevea el fin del ente; por el contrario, es un procedimiento que sirve para modificar la organización corporativa conservando la personalidad. La transformación no es otra cosa que la modificación de la estructura asociativa corporativa, o lo que es lo mismo, el cambio de la vestidura corporal, para adoptar una distinta, pero dejando indemne la personalidad.

#### Deja indemne los derechos y obligaciones del sujeto

La transformación deja indemne el íntegro del crédito del sujeto, porque no deja de ser el mismo sujeto, no se resuelven y/o rescinden sus obligaciones, y es que no hay transposición de personas, sociedad o asociación. Luego de la transformación no asoma una nueva persona, sino que es la misma que continua en actividad, bajo un marco distinto de actuación. El universo de deberes y derechos no es que se transfiera, pues no hay otro ente al cual transferirlo, no hay creación de un nuevo sujeto, ni desaparición de otro, sino que se mantiene en el espacio y el tiempo bajo una misma titularidad, pero otra organización.

Sobre el cambio de autonomía patrimonial, que puede parecer afectar los derechos y obligaciones de la persona jurídica, en esencia dicho cambio afecta a los miembros de la sociedad y no a la persona jurídica misma, y nuevamente, tales aspectos ya los he tratado en otros trabajos.

#### Implica un cambio del régimen legal aplicable al sujeto

Esto es que el sujeto queda libre de las normas que regían al anterior tipo social; pues al establecer un nuevo orden social, al momento del cambio del tipo, nuevas normas le son aplicables, lógicamente, las concordantes al nuevo tipo.

#### Efectos adicionales que acompañan el procedimiento

Además de lo mencionado, creo importante apuntar los siguientes efectos al suceso de la transformación: 1. Puede haber una modificación del sustrato personal (de los miembros de la sociedad) al sustraerse del compromiso uno o más miembros o al adherirse al pacto otros tantos de manera concomitante al procedimiento;

2. También puede existir una modificación patrimonial del sujeto, por las mismas razones comentadas en el numeral precedente (que también puede ir acompañada por un aumento de capital por diversas razones ajenas a la transformación misma, sino concomitantes a ella), pero ello no puede determinar que desaparezca el patrimonio;

3. Puede modificarse el tipo de responsabilidad de los miembros de la persona jurídica, merced al cambio de autonomía patrimonial por el tipo social escogido;

4. Implica la modificación del pacto social;

5. Verifica la modificación integral del estatuto social;

6. Se efectúa un cambio en la inscripción registral (requisito *sine qua non*) de la sociedad o persona jurídica de la que se trate; y

7. Modifica participaciones y derechos de los socios (artículos 335 y 338 de la LGS)<sup>21</sup>.

#### Fundamentos para una transformación

Más allá del procedimiento legal, posibilidad y naturaleza jurídica de la transformación, es importante indicar los fundamentos o razones para llevar a cabo esta operación jurídica,

cuestión que encuentro más cercana a los empresarios que a los abogados. Ensayo los siguientes fundamentos:

i) Intereses de los miembros –económicos u otros (financieros, tributarios, organizacionales, exigencias legales para actividades concretas, etc.)–, siendo esta la razón primordial diría yo, más allá de cualquier otra posible especulación al respecto; y es que por el contenido detallado en líneas anteriores, sus efectos y consecuencias, resulta claro que el procedimiento de transformación 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<sup>22</sup>;

ii) Evita la liquidación de la sociedad o persona jurídica de la que se trate, conservando su patrimonio o una parte de él, invariablemente;

iii) Evita el proceso de constitución de una nueva sociedad que sea distinta, perdiendo la posibilidad, si así se hiciera, de trasladar el acervo patrimonial y relaciones ya conquistadas por la sociedad, en particular su reconocimiento, fama en el mercado, *goodwill* y otros;

iv) Transfiere el crédito y demás derechos y obligaciones de la sociedad, con excepción de aquellos casos en que se compromete el tipo de autonomía patrimonial.

También puede considerarse que la transformación mejora y vuelve más flexible el acceso al capital en determinados casos. Ese capital puede mejorar las operaciones y competitividad de la persona jurídica. Una razón

21 Artículo 335.- "La transformación no modifica la participación porcentual de los socios en el capital de la sociedad, sin su consentimiento expreso, salvo los cambios que se produzcan como consecuencia del ejercicio del derecho de separación. 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".

Artículo 338.- "El acuerdo de transformación da lugar al ejercicio del derecho de separación regulado por el artículo 200. El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la transformación".

22 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Ob. cit., p. 47.

20 SALAZAR GALLEGOS, Max. "El Código Civil, la Ley General de Sociedades y la existencia de las personas jurídicas de Derecho Privado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 148, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2006.

fundamental puede ser reducir el control fiscal y regulador sobre la persona jurídica. Otra razón puede ser influenciar a los administradores de manera positiva, de tal forma que puedan otorgarse incentivos sobre la gestión que de otra manera parecen prohibitivos (participación en las utilidades).

### Distinción con la LGS anterior

El texto de la anterior LGS señalaba sobre las transformaciones que: "Las sociedades constituidas legalmente, podrán transformarse en cualquiera de las otras sociedades consideradas en la ley, sin cambiar su personalidad jurídica"<sup>23</sup>.

Centrando la discusión al alcance de la figura con relación a los tipos sociales o asociativos, la ley anterior restringía la transformación a las sociedades, luego, a los tipos normados por esta, ergo, una sociedad solo podía transformarse en otro tipo de sociedad, ambos regulados por la norma societaria. La nueva LGS amplía el espectro de la transformación en dos sentidos principales:

1. Cualquier sociedad puede transformarse en cualquier persona jurídica, regulada por la LGS o cualquier otra ley vigente; es decir, las sociedades pueden adoptar, merced la transformación, cualquier forma corporativa o tipo legal.
2. Cualquier persona jurídica puede transformarse en cualquier sociedad regulada por la LGS, cuando no exista impedimento legal para ello.

Estos supuestos, a primera impresión, me parecen correctos. El problema aparece cuando transformamos un ente no lucrativo para convertirlo en uno lucrativo y no verificamos las consecuencias, o cuando intentamos encontrar

para ello la imposibilidad legal de manera expresa, o lo que es lo mismo, jugamos irresponsablemente con el texto de la ley, vaciando su contenido en la práctica.

Esto nos lleva a plantear a partir de este párrafo en adelante los problemas que pueden originarse por el cambio del tipo puramente asociativo por el societario.

### Consecuencias adversas a la transformación de una persona con fines no lucrativos<sup>24</sup> al modelo societario:

Siguiendo mi último razonamiento, debo exponer que una transformación inopinada puede acarrear situaciones adversas, a saber:

- i) Enriquecimiento privado a expensas de prerrogativas y costo público, evadiendo leyes y haciéndose provecho de otras de forma temporal obteniendo pingües ganancias;
- ii) Transferencias de activos a precios viles o subvaluados, esto es, a precios menores que el precio de mercado a fin de liquidar el patrimonio o no pagar tributos;
- iii) Ocultamiento de activos con miras a defraudación;
- iv) Adquisición de bienes y derechos ocultos o abiertamente contradictorios a los fines de la ley o a los derechos de los acreedores de la sociedad.

Todas estas situaciones ya han sido compiladas por la literatura académica<sup>25</sup>. Yo lo hice notar también hace unos pocos años, cuando escribí que en el transcurrir de la vida de una persona jurídica, dependiendo del tipo, por ejemplo, aquellas exoneradas o inafectas de tributos, esta adquiere una serie de bienes, derechos, recibe donaciones, se ve beneficiada

por mecanismos de exención tributaria y créditos preferenciales, lo que sucede por su naturaleza, por cuanto el Estado ejerce un rol promotor de estas, beneficiándolas particularmente, dándoles un tratamiento diferenciado, en la medida que persigan un fin no lucrativo (aunque hay excepciones temporales también para algunos campos lucrativos, por tipo de actividad –minería, educación, agroindustria– o zona de desarrollo –selva, frontera–)<sup>26</sup>. En esos casos se entiende que los beneficios de la actividad revierten en la misma persona jurídica, sin incrementar el patrimonio de los miembros, cuestión que se ve violentada por la transformación pura y simple, en contraposición con aquella transformación que viene pronta y adecuadamente regulada por la ley, como han existido casos en el Perú y que menciono más adelante.

### La transformación de una persona jurídica que persigue fines no lucrativos requiere de una mejor regulación

En efecto. Me preguntan, ¿por qué regular?, y a la luz del acápite anterior señalo:

- i) Para salvaguardar y conservar el valor de los activos (adquiridos y comercializados bajo un régimen tributario especial) y asegurar que el procedimiento de transformación no pervierta el destino de estos hacia objetivos y actividades de carácter no lucrativo (habiendo sido destinados en un principio a los mismos);
- ii) Porque la promoción de las actividades no lucrativas efectuada por el Estado a favor de la comunidad, mediante el otorgamiento de un trato diferenciado a las empresas que realizan ese tipo de actividades, genera un patrimonio destinado a esa misma comunidad, el cual los miembros de la empresa administran (no siempre) pero sobre el cual no tienen derecho de propiedad alguno, por tanto, la regulación permitirá verificar que

ese patrimonio continúe siendo destinado a los propósitos para los cuales se constituyó; o lo que es lo mismo, cuando una persona jurídica sin fines de lucro se convierte en una persona jurídica con fines de lucro, sus activos deben continuar siendo usados para cumplir su propósito original, salvo, nuevamente apunto, el caso de transformaciones adecuadamente reguladas por ley, como se ha visto antes en el Perú y que menciono a continuación.

En suma, la razón fundamental recalca en el respeto a la ley y su propósito, y en evitar que determinados agentes económicos privados actúen *pro domo sua* en circunstancias en las cuales no deberían hacerlo.

### Casos regulados de transformación anteriores a la LGS: antecedentes históricos recientes

Creo pertinente mencionar aquí algunos casos de transformación regulados expresamente, previos a cualquier transformación al amparo de la LGS. Esto grafica un par de ideas muy concretas y que debo expresar en alusión a toda la explicación antes descrita, y es que:

- i) En el Perú siempre se consideró que no podía darse una transformación de una corporación no societaria en una societaria; primero con la antigua LGS, porque estaba dispuesto solo para sociedades (argumento que no suscribo), y segundo porque la actual LGS indica que puede hacerse, siempre que no exista impedimento legal, y este impedimento lo encontramos en el artículo 98 del Código Civil (CC) que señala a la letra: "Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad,

<sup>23</sup> Artículo 346 del Decreto Supremo N° 003-85-JUS, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 311 y Ley N° 16123, anterior Ley General de Sociedades.

<sup>24</sup> Adscribo en este trabajo esta mención aceptada de manera general, aun cuando ya he publicado y hecho notoria mi insatisfacción por tal distinción, suscribiendo en dicha materia el criterio estructural corporativo sobre el criterio causal.

<sup>25</sup> *State Regulation of Health Industry Conversions from non for profit to for profit*; David Shactman, 1996.

<sup>26</sup> SALAZAR GALLEGOS, Max. "Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 123. Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2004, pp. 64 y 65.

dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación" (sic); es decir, por la propia naturaleza del ente, ajena a este tipo de composición; y,

**“ Admito que, de manera excepcional, una persona jurídica no societaria se puede transformar en una societaria sin desnaturalizarla; pues en determinados casos, la transformación puede convertirse en un instrumento que encauce la viabilidad de ciertos sujetos jurídicos. ”**

ii) Cuando la sociedad civil, el legislador y los operadores jurídicos dieron por sentado que debían propender al cambio organizacional de una persona jurídica no lucrativa en una lucrativa, ante el impedimento legal antes descrito, se promulgaron normas legales ad hoc para satisfacer el principio de legalidad, justificar económicamente, fiscalizar y ordenar tal procedimiento.

Esto llevó a la doctrina a suscribir que "(...) la naturaleza de las persona jurídicas 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 extinción de esta, se excluye la posibilidad de que los miembros se beneficien económicamente con el saldo resultante"<sup>27</sup>. Opinión con la cual en principio estoy de acuerdo.

En consecuencia a lo expuesto, cuando se optaba por modificar el tipo legal de una corporación no societaria en una societaria, la doctrina y el legislador entendieron que debía promulgarse una ley ad hoc, como sigue expuesto en los siguientes ejemplos que sirven como antecedente histórico.

#### El caso de las empresas agroindustriales

El 30 de julio de 1991 se promulga el Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. La sexta disposición complementaria de esta norma indicaba que:

“Las empresas campesinas asociativas, cualesquiera sea su forma de organización empresarial, podrán decidir libremente sobre el cambio de modelo empresarial que sea compatible con la explotación agraria que realizan o proyecten realizar.

La decisión deberá ser adoptada en Junta o Asamblea General, con el quórum de los dos tercios de sus integrantes hábiles y con el voto favorable de la mitad más uno de los asistentes.

Esta transformación se inscribirá con la sola presentación del Acta que contiene el acuerdo de cambio de modelo empresarial y estará exonerada del pago de los derechos de inscripción registral”.

Luego de ello, en julio de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25602 se precisó que el cambio de modelo empresarial a que se refiere la norma antes citada puede realizarse a través de un proceso de transformación.

#### Empresa Agroindustrial Paramonga

Esta compañía se constituye el 3 de octubre de 1970 en la localidad de Paramonga bajo la forma de cooperativa y la denominación de Cooperativa Agraria Azucarera Paramonga Ltda. N° 37, como resultado del proceso de nacionalización de las empresas agrarias azucareras en el Perú y de acuerdo con la Ley de Reforma Agraria N° 17716.

Con fecha 11 de setiembre de 1994 y al amparo del Decreto Ley N° 25602 y del Decreto Supremo N° 024-92-AG, la Asamblea General de Delegados de la cooperativa acordó su transformación para adoptar el tipo de una sociedad anónima abierta a partir del 1 de enero de 1995 bajo el nombre de Agro Industrial Paramonga S.A.A., rigiéndose a partir de entonces bajo la LGS.

#### El caso de la Bolsa de Valores de Lima

En el año de 1970 se constituye la Bolsa de Valores de Lima (en adelante la BVL) como asociación (sin fines de lucro) al amparo del Código Civil de 1936 (el actual data del año 1984).

El año 1997, la Asamblea General de Asociados (AGA) de la BVL aprobó el Proyecto “Bolsa S.A.” que consistió en evaluar la conversión de la BVL en una sociedad anónima.

Mediante Ley N° 27649 (23/01/2002), que entró en vigencia el 24 de marzo de 2002, se modificó el Decreto Legislativo N° 861 –Ley del Mercado de Valores–. La primera disposición transitoria y final de la Ley N° 27649 establece que la BVL podrá transformarse en sociedad anónima previo acuerdo de la asamblea de asociados. Asimismo, se establece que “el capital social inicial de la Bolsa deberá estar constituido, en adición a los aportes que puedan ser necesarios para alcanzar el monto mínimo que corresponda, por la diferencia entre sus activos y pasivos reajustados a valores de mercado según balance auditado al último día del mes anterior a la fecha de su transformación, el cual debe ser aprobado por la asamblea de asociados que apruebe la transformación. Dicha diferencia, ascendente aproximadamente a S/. 57 000 000, se destinará en su totalidad a integrar el capital social de la sociedad transformada”.

El día 19 de noviembre de 2002 y al amparo de las normas expuestas, la AGA de la BVL acuerda su transformación en sociedad anónima a partir del 1 de enero de 2003.

Mediante Resolución Conasev (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores) N° 029-2003-EF/94.10 se precisaron disposiciones relativas al capital social mínimo en la transformación de las bolsas de valores al amparo de la primera disposición transitoria y final de la Ley N° 27649. En tal sentido, se establece 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 reducciones de capital.

Merced Resolución Conasev N° 030-2003-EF/94.10 se precisan las medidas complementarias que deben adoptarse a la aprobación del nuevo estatuto social de la Bolsa de Valores de Lima para preservar la finalidad de las disposiciones de la Ley N° 27649.

Finalmente, mediante Resolución Conasev N° 031-2003-EF/94.10 se aprobó el Estatuto de la BVL como sociedad anónima.

#### El caso de las universidades

Conforme a la Ley N° 23733 - Ley Universitaria, las universidades se crean por ley (artículo 5). El Congreso de la República fue el encargado –hasta el año 1995–, dada una iniciativa estatal o privada, de la aprobación de la ley materia de creación de una universidad, ya sea pública o privada. De acuerdo con el texto del artículo 6 de dicha norma, tenían y tienen aun hoy personería jurídica.

Serían personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro, en caso sean promovidas por iniciativa privada, y personas jurídicas de Derecho Público interno, en caso fuesen promovidas por iniciativa del Estado.

El 9 de noviembre de 1996 se promulga el Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación. Esta norma reconoce y garantiza la propiedad de las inversiones (todas) en y de las distintas instituciones educativas, y reconoce la constitución de ellas como personas jurídicas: a) como una obligación para aquellas que se organicen luego de la fecha de su entrada en vigencia; y, b) como un derecho (que puede o no ser ejercido) para aquellas que se hayan organizado en fecha anterior, en lo que denomina un procedimiento de adecuación.

Así, el Decreto Legislativo N° 882 en su artículo 4 señala: “Las instituciones educativas particulares, deberán organizarse jurídicamente bajo cualquiera de las formas previstas en el derecho común y el régimen societario,

27 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª Edición, Editorial Rhodas, Lima, octubre de 2006, pp. 776 y 777.

incluyendo las de asociación civil, fundación, cooperativa, empresa individual de responsabilidad limitada y empresa unipersonal”.

Esta norma obliga que 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. Las instituciones educativas que tuvieran existencia anterior, podrán “adecuarse” a la ley y adoptar la forma jurídica que mejor responda a sus intereses. Esto último como un derecho, facultativo. El adoptar esta nueva organización es a lo que se alude con el término adecuación.

Para los casos citados se promulgaron hasta tres decretos supremos ad hoc, tributarios de la Ley: i) el Decreto Supremo N° 001-98-ED; ii) el Decreto Supremo N° 007-98-ED; y iii) el Decreto Supremo N° 016-98-ED. El primero y el tercero regulan específicamente el procedimiento de adecuación para universidades y el segundo está dirigido a instituciones supervisadas por el Ministerio de Educación, es decir, el resto del universo de instituciones que se desarrollan en este segmento del mercado (educativo). Asimismo, entró en vigencia el Decreto Supremo N° 047-97-EF, que contiene dos disposiciones transitorias y finales que deben atenderse.

Así, varias instituciones educativas se “adecuan” a estas normas, transformándose de personas jurídicas sin fines de lucro en sociedades anónimas, como fue el caso de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), creada mediante Ley N° 26276, de fecha 5 de enero de 1994. En aplicación del artículo 7 de la Ley Universitaria (Ley N° 23733), en el periodo inicial de su funcionamiento, la universidad era una persona jurídica de Derecho Privado sin fines de lucro.

### Resumen de antecedentes

Como hemos podido comprobar, en los casos expresamente regulados por ley y antes citados, el legislador se preocupó del cuándo y cómo transformar; en algunos de ellos mejor que en otros, pero siempre actuando de tal manera que estos se encuentren circunscritos a determinados niveles de actuación y orden.

### Jurisprudencia registral que admite la transformación de entidades no lucrativas en entidades lucrativas

Posteriormente a los casos expuestos, en el año 2004, mediante sendas resoluciones del Tribunal Registral se admitió a trámite y se permitió en sede registral, la transformación de asociaciones en sociedades.

Así, se emitieron, por ejemplo, entre las primeras, la Res. N° 147-2004-SUNARP-TR-T (Trujillo) del 6 de agosto de 2004; y, la Res. N° 633-2004-SUNARP-TR-L (Lima) del 25 de octubre de 2004.

Cuestión importante a debatir es que en los dos casos citados se trataba de asociaciones de transporte<sup>28</sup>. En su oportunidad, yo me di el trabajo de solicitar los títulos archivados de tales procedimientos, entre otros, y leí la declaración de los asociados admitiendo en algún caso abiertamente que se perseguía un nuevo modelo corporativo pues la asociación en la práctica se comportaba como una empresa, ¿a alguien puede asombrar eso?

El Tribunal Registral proclamó entonces: “La Sala considera que en estas circunstancias el patrimonio de la asociación es intangible, de tal suerte que para su transformación deberá dársele el destino previsto para la eventualidad de su liquidación (...)”<sup>29</sup>. Es decir, primero se liquida el patrimonio, y luego se transforma; pero, ¿la transformación implica, necesita

o conlleva una liquidación? La respuesta es negativa.

Ya hemos dejado sentado líneas atrás que justamente la causa eficiente de una transformación es evitar la liquidación y que se mantengan indemne el patrimonio, deberes y derechos de la persona jurídica, de otro modo, no se entiende el procedimiento y su función eminentemente económica (no legal, la ley es un instrumento para ello), por tanto, me resultaría más accesible, menos oneroso y complicado y sobre todo rápido, liquidar primero y constituir luego una nueva persona jurídica.

Ya la doctrina ha puesto de manifiesto esta circunstancia cuando ha dicho de que: “(...) para permitir la transformación de una persona jurídica no lucrativa en una que sí lo es, el tribunal ha creado un nuevo concepto: una transformación sin patrimonio, basado en dicho concepto el Tribunal exige requisitos que la ley no establece” (...) “lo que hace el Tribunal es exigir que dichas obligaciones se den por vencidas y se paguen antes del vencimiento del plazo, o que los bienes de los cuales la asociación sea titular se adjudiquen y se transfieran; es decir, obliga a iniciar un procedimiento de liquidación. Esto es un error” (...) Me parece que esto solo distorsiona el concepto, y le quita su utilidad (...)”<sup>30</sup>.

Yo entiendo en parte la posición del Tribunal Registral y aplaudo sus motivos, mas no la forma y la oportunidad. En esencia, una persona jurídica no lucrativa puede transformarse en otra que comulgue con su naturaleza. Luego, el tribunal registral ha intentado, presumo de buena fe, abrir los cauces para que estas también puedan transformarse en sociedades, en interés de los miembros, cuidando la no malversación del patrimonio acumulado, habida cuenta que tal transformación, si es solicitada,

es porque los miembros han entendido que les resulta cómoda y necesaria, económicamente eficiente (¿quién mejor que los propios miembros y administradores para conducir la corporación de la que son parte y conocen?). Así, han intentado reglamentar el procedimiento de la manera más adecuada posible, tratando de respetar la ley, pero en el camino han desnaturalizado el contenido y el supuesto económico subyacente, en esencia, lo principal.

### ¿Por qué me interesaría “transformar” liquidando patrimonio, siendo un privado?

Porque en realidad no hay tal liquidación. En efecto, el patrimonio es un concepto que engloba toda clase de bienes, que incluye como de manera diáfana se ha escrito, “no solo lo que uno tiene, sino también lo que uno debe”<sup>31</sup>; y yo entiendo allí inmersos toda clase de derechos y obligaciones, relaciones y posiciones jurídicas, tangibles e intangibles.

Comprendo entonces que existen una serie de derechos intangibles de gran valor que pueden ser pasados por alto en algunas oportunidades, y que de hecho no fueron advertidos por el Tribunal Registral en los casos expuestos.

Tratándose de empresas de transportes, como resultaron ser los casos de las resoluciones materia de comentario, la transformación en cada caso guardaba seria relevancia e interés económico para los miembros de la persona jurídica por razones muy simples y que no son ajenas a cualquier transeúnte: i) la empresa de transporte goza de una ruta concesionada por el Estado; ii) esta concesión se identifica con un número que normalmente es etiquetado en las unidades de transportes (un signo distintivo); iii) adicionalmente se le adhieren a la unidad colores característicos (otro signo distintivo); iv) los consumidores reconocen ya estos elementos (todo lo que redundará en fama

28 ¿Es que realmente alguien cree que todas las asociaciones de transporte tienen fines no lucrativos o que pueden perseguir un fin no lucrativo? Esta me parece una perversión de la norma y del sistema.

29 Res. N° 147-2004-SUNARP-TR-T.

30 SANTA CRUZ VERA, Alfredo. “La Transformación de personas jurídicas no lucrativas”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2005, pp. 274-275.

31 LUNA VICTORIA LEÓN, César. “El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles”. En: *Themis*. N° 5, Lima, 1986, p. 51.

o valor en el mercado o *goodwill*<sup>32</sup>) y forman en sí mismos una cuota de mercado ya ganada o adepta.

### Intangibles a considerar para evaluar el patrimonio de una organización

Existen diversos tipos de intangibles que forman parte del patrimonio de una persona jurídica, y que son aceptados por los agentes de mercado como tales, entre ellos y como se conocen indistintamente: el negocio en marcha; participación en el mercado (la cuota o clientela); el *goodwill* (reputación); el crédito mercantil; las concesiones; el *know how*<sup>33</sup>; las licencias; las marcas (colores, número, etc.), entre otros.

Esto precipita e interesa para que un agente decida transformar un negocio a efectos de evitar y ganar en la posibilidad de poner en marcha una empresa con poco capital; la adquisición de conocimientos (*know how*) sobre un negocio que desconoce; reducir gastos publicitarios y mayor difusión; posibilidad de explotar un negocio acreditado y de menor riesgo comercial; formación y capacitación inicial y permanente; asistencia técnica y empresarial y apoyo en la selección y formación del personal ya conocidos; acceso a economías de escala en insumos y/o productos; innovación permanente en aspectos metodológicos y tecnológicos; acceso a sistemas administrativos de control y evaluación del desempeño previamente ejecutados y desarrollados; sentido de pertenencia en una red consolidada; entre otros.

Todo esto forma parte del patrimonio y debe ser considerado al momento de realizarse la transformación de una persona no lucrativa a una sociedad.

### La administración tributaria y el patrimonio de las organizaciones

Incluso el Tribunal Fiscal, desde el punto de vista tributario, ha dictaminado ya que el *goodwill* y las patentes, que ya hemos mencionado, califican como bienes muebles, y su transferencia está gravada con el Impuesto General a las Ventas. El *goodwill* y el derecho de llave, ha dicho, son conceptos similares y se refieren al buen nombre, reputación y valoración de la fidelidad de los clientes (RTF. N° 04404-2-2004 del 25/06/2004).

### Por qué, cuándo y cómo transformar una asociación en sociedad

Admito que, de manera excepcional, se puede transformar una persona jurídica no societaria en una societaria sin desnaturalizarla. Como ya dejé sentado en un trabajo anterior, en determinados escenarios, especialísimos, la transformación puede convertirse en un instrumento que encauce la viabilidad de determinados sujetos jurídicos<sup>34</sup>.

En primer lugar, desde un punto de vista práctico, esto puede suceder si consideramos como miembros de la entidad transformada únicamente a otras personas jurídicas sin fines de lucro. El razonamiento, creo, no necesita mayor sustento.

En otros casos, deben considerarse los beneficios de la comunidad, por un lado, los beneficios que provee una persona jurídica sin fines de lucro que goza de excepción de impuestos que objetivamente es inútil o participativamente escasa en la sociedad, y por otro los de una sociedad que no goza de esos beneficios, sino que paga impuestos y participa en el

mercado activamente de manera importante, ¿cuál aporta más en términos sociales? Dependerá del análisis de cada caso, pero no hay una respuesta a priori a la experiencia. Dependerá también de la forma como la comunidad considere y mida los beneficios.

### Supuestos para transformar

Yo ensayo aquí, los que a mi parecer son algunos casos razonables para transformar en sociedad una corporación no societaria:

- i) Excedente nulo; esto es, efectivamente cuando no exista nada que declarar, patrimonio cero o negativo, fiscalizado como tal por la autoridad correspondiente;
- ii) Aplicación de la corporación a un fin más valioso;
- iii) Imposibilidad de realizar el objeto social, que puede ser sobreviniente;
- iv) Perseguir un objeto social ilícito (puede ser sobreviniente); y,
- v) Conclusión del objeto social.

Así, el procedimiento adecuado comprendería: a) causalizar la transformación, conforme alguna de las anotaciones y/o justificaciones antes descritas; y, b) obtener una autorización estatal entendida en la materia.

### Agradecimiento

Finalmente, agradezco sobremanera a mis ex alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la paciencia que han tenido para esperar a que escriba este ensayo, que en grandes rasgos he comentado en clases desde el año 2004, prometiendo vagamente pasarlo a imprenta, a propósito de las resoluciones del Tribunal Registral que admiten las transformaciones de todo tipo de persona jurídica; por lo que ya pueden cotejarlo con los apuntes efectuados (espero que lo hayan hecho) respecto a las diatribas que hice al respecto ante ellos, y les ruego indulgencia por los errores o inconsistencias que puedan encontrar, que también espero me los hagan notar contestando este pobre trabajo, de tal manera que pueda aprender un poco más de lo mucho que pude hacerlo escuchando sus opiniones en el aula.

<sup>32</sup> El valor de un negocio en marcha, o de una línea o producción de bienes o servicios, o de ambos, que refleja una reputación comercial. Refleja asimismo la continuidad en la adquisición de la misma marca. Ver: MCCARTHY, J. Thomas. *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*. Segunda Edición, The Bureau of National Affairs, Inc, Washington D.C., 2001.

<sup>33</sup> Información que ayuda a emprender determinada tarea o negocio y/o operar de determinada forma un servicio. Ídem.

<sup>34</sup> SALAZAR GALLEGOS, Max. "Transformación, Fusión o Creación de Personas Jurídicas". Ob. cit., p. 65.