

2004
TOMO 125
FEBRERO

A

ACTUALIDAD JURIDICA

PUBLICACION MENSUAL DE GACETA JURIDICA

ACTUALIDAD DOCTRINARIA

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN
O CREACIÓN DE
PERSONAS JURÍDICAS

LA TRANSEXUALIDAD
Y EL DERECHO A LA
IDENTIDAD PERSONAL

DERECHO PRACTICO

PENAL
DELITO DE EXTRACCIÓN DE
FLORA Y FAUNA ACUÁTICA

LABORAL
LIBERTAD SINDICAL
EN EL PERÚ

TRIBUTARIA
NUEVO RÉGIMEN DE
PRECIOS DE TRANSFERENCIA

PROCESAL CIVIL
¿PUEDE COBRARSESE
AL ESTADO?

COMERCIAL
DISOLUCIÓN DE EMPRESAS
EN LA LEGISLACIÓN
SOCIETARIA Y CONCURSAL

REGISTRAL
RECTIFICACIÓN DEL ASIENTO
DE DOMINIO POR ERROR
EN LA CALIDAD DEL BIEN

ESPECIAL

LEYES, NORMATIVAS, PROCESALES
Y PENITENCIARIAS
BIEN JURÍDICO REINTEGRATIVO

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

MARCO NORMATIVO SOBRE
PROTECCIÓN Y CONTROL
FITOSANITARIO

INFORME LEGAL

REGLAMENTO GENERAL
PARA LA SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS ANTE OSITRAN

TRAMITES Y DOCUMENTOS

LA SOLICITUD
DE SEMILIBERTAD

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIAS SOBRE
DIVERSAS ÁREAS:
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
DERECHO PROCESAL CIVIL
DERECHO CIVIL
DERECHO LABORAL
DERECHO PROCESAL PENAL
DERECHO PENAL

GACETA JURIDICA

1

ESPECIAL: Las normas procesales y penitenciarias ¿tienen efecto retroactivo?

Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias y la claudicación del Tribunal Constitucional <i>Javier Valle-Riestra</i>	9
Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios <i>Iván Meini Méndez</i>	15
La aplicación favorable de la ley en materia penal. El problema de la Ley N° 27770 <i>José Luis Castillo Alva</i>	23
Problemas en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semilibertad <i>César Augusto Nakazaki Servigón</i>	35
Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado <i>Dino Carlos Caro Coria</i>	45

2

ACTUALIDAD DOCTRINARIA

¿Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas? A propósito del caso de la adecuación de instituciones educativas <i>Max Salazar Gallegos</i>	59
La transexualidad y el derecho a la identidad personal <i>Paula Siverino Bavio</i>	69

3

DERECHO PRÁCTICO

ACTUALIDAD PENAL

El delito de extracción prohibida de flora y fauna acuática <i>Percy Enrique Revilla Llaza</i>	85
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ACTUALIDAD LABORAL

La libertad sindical en el ordenamiento jurídico peruano <i>Javier Dolorier Torres</i>	90
-------------------------------------------------------------------------------------------	----

ACTUALIDAD TRIBUTARIA

Nuevo régimen de precios de transferencia en el Perú <i>Ítalo Fernández Origgí</i>	95
---------------------------------------------------------------------------------------	----

ACTUALIDAD PROCESAL CIVIL

¿Puede cobrarse al Estado? <i>José Díaz López-Aliaga</i>	98
-------------------------------------------------------------	----

ACTUALIDAD COMERCIAL

Disolución y liquidación de empresas en la legislación societaria y concursal <i>Leonardo Vereau Rodríguez</i>	103
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ACTUALIDAD REGISTRAL

Rectificación del asiento de dominio por error en la calidad del bien <i>Juan Carlos Esquivel Oviedo</i>	107
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

“ Las instituciones educativas reguladas por el Ministerio de Educación, creadas antes o después de la promulgación de Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, adquieren personalidad mediante cualquiera de los procedimientos previstos en los reglamentos; un objetivo que, si bien era necesario y valioso, pudo haberse logrado mediante un reconocimiento legal puro y simple, concediéndolo a todas ellas mediante una declaración formal ubicada en el articulado del Decreto Legislativo N° 882, despojándolas del estigma de ser consideradas centros unitarios de imputación jurídica, sin reconocimiento formal como personas jurídicas ”

¿UNIFICACIÓN, TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN O CREACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS?

A propósito del caso de la adecuación de instituciones educativas

MAX SALAZAR GALLEGOS^(*)

“Para el surgir de las personas jurídicas es necesario el concurso de dos factores: la existencia de un sustrato y la concesión de la personalidad”⁽¹⁾.

“Los efectos de la transformación de las personas jurídicas son negativos; es decir, que no obstante el cambio, el sujeto permanece idéntico y continúa su vida sin que sus relaciones sean interrumpidas”⁽²⁾.

SUMARIO: I. Notas preliminares. II. Procedimientos. III. Algunos problemas de función normativa con respecto a la adecuación. IV. Consideraciones finales.

I. NOTAS PRELIMINARES

1. Propósito

La regulación de algunos supuestos de

transformación, fusión, creación y unificación respecto de determinados sujetos de derecho personificados (personas jurídicas) y no personificados, pudiera haber creado un

(*) Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y de Derecho Societario en la Universidad San Ignacio de Loyola.

(1) FERRARA, Francisco. “Teoría de las personas jurídicas”. Editorial Reus S.A. Traducido de la segunda edición revisada italiana. Madrid, 1929. Pág. 718.

(2) Ibídem. Pág. 879, respectivamente.

efecto de tergiversación con relación a su aplicación. Bajo la excusa del caso regulado para las instituciones educativas pretendemos acercarnos un poco a estos fenómenos de carácter societario. Así, dentro de la fenomenología que afecta a estas últimas, encontramos trascendente aquella que aborda la "adecuación" y/o "transformación" de las mismas de acuerdo a las disposiciones contenidas en el D. Leg. N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación (LEPIED) y sus normas reglamentarias.

La LEPIED contiene dos disposiciones transitorias (segunda y tercera) que dejan abierta la posibilidad para que determinadas instituciones puedan acceder al nuevo régimen legal instituido para las mismas⁽³⁾, basándose en procedimientos que no han sido lo suficientemente aclarados para su ejecución inmediata. Puntualizaremos entonces aquello que de inmediato puede ser discutido.

2. Instituciones involucradas en el caso materia de análisis

Las instituciones que se encuentran reguladas por estas normas corresponden a las reguladas por el Ministerio de Educación (MED), es decir, aquellas a las que se refiere la Ley N° 28044, Ley General de Educación (LGE) y su predecesora (Ley N° 23884). También las universidades, que son "supervisadas" por la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), y respecto de las cuales el MED no tiene injerencia alguna. Finalmente, tenemos a las entidades promotoras, normalmente asociaciones, conforme al Código Civil. A continuación veremos las características de cada una de ellas.

3. Diferencia entre una persona jurídica y un sujeto de derecho no personificado. La naturaleza jurídica de las instituciones educativas

Las instituciones reguladas por el MED

perteneían en su mayoría y hasta julio de 2003, a la categoría jurídica de los sujetos de derecho no personificados.

Así, se ha expresado que:

"...me inclino a reconocer su calidad de sujetos de derecho, categoría que no puede negárseles en base a las características que las empresas educativas presentan como propias (que hemos detallado), y en el reconocimiento legislativo, tanto en leyes que regulan exclusivamente los aspectos educativos de aquellas, como en las normas que regulan aspectos de carácter tributario, entre otras"⁽⁴⁾.

Aclaramos, citando a Juan Espinoza Espinoza, que:

"...no se debería imputar la categoría jurídica de sujeto de derecho a realidades que no correspondan a la naturaleza humana (sea considerada individual o colectivamente). Con ello no se quiere decir que solo son sujetos de derecho los reconocidos como tales en el Libro Primero del Código Civil peruano"⁽⁵⁾.

Asimismo, con Umberto Breccia, Lina Bigliuzzi Geri, Francesco Busnelli y Ugo Natoli:

"...los sujetos jurídicos pueden distinguirse en sujetos individuales y entes colectivos... Los primeros se identifican con la categoría normativa de personas físicas... los segundos se dividen a su vez en entes colectivos reconocidos como personas jurídicas y entes colectivos desprovistos de reconocimiento formal, pero no carentes de subjetividad..."⁽⁶⁾.

En este sentido, un sujeto de derecho es una categoría jurídica *per se*, y si bien las personas jurídicas son sujetos de derecho, no son los únicos que existen (en todo caso, forman parte de una estandarización

formal), pues para encontrarnos con este tipo de realidades, basta reconocer ciertos elementos unívocos que les son comunes. Los sujetos de derecho no siempre surgen, entonces, como consecuencia de un acto estatal y/o sistema⁽⁷⁾ que reconozca su calidad de tal; por lo que no son *numerus clausus*, como sí ocurre con las personas jurídicas. Existen pues sujetos de derecho personificados y sujetos de derecho no personificados⁽⁸⁾.

Conforme a la argumentación anterior, las instituciones educativas gozaban de dicha calidad jurídica (sujetos de derecho no personificados), hasta julio de 2003, pues la Ley N° 28044, que deroga a su antecedente a partir de la fecha en mención, dispone en su artículo 72 que: "Las instituciones educativas privadas son personas jurídicas de derecho privado...", con lo que el estatus de persona jurídica es atribuido de manera expresa.

Ahora bien, es lamentable que la nueva norma no predique más, y reduzca su definición respecto al tema, sin hacer notar que tipo de personas jurídicas son las creadas luego de su vigencia, entre otras consideraciones que serán materia de otro análisis.

Por su lado, la ley universitaria ha provisto de personalidad jurídica a las instituciones educativas que rige, conforme se constata del artículo 6 de la Ley N° 23733⁽⁹⁾.

4. Sujetos de derecho no personificados bajo la titularidad de una persona jurídica. Las promotoras de instituciones educativas

Escogemos referirnos a un trabajo anterior para entender los conceptos aludidos. Así, un promotor es, para el caso de una institución educativa regulada por el MED:

"...aquella persona, natural o jurídica, propietaria de una o más empresas educativas"⁽¹⁰⁾.

El promotor tiene control directo sobre la empresa educativa, y puede, en última instancia, transferir su derecho. Ejerce fundamentalmente una función de apoyo y promoción, y legalmente puede sustituir (designando a otros) a los representantes de los órganos de dirección de la empresa...

Asimismo, la ley imponía, hasta antes de la entrada en vigencia de la LEPIED, la forma asociativa para el caso de las personas jurídicas promotoras, siendo que únicamente asociaciones civiles y personas naturales reguladas por el Código Civil podían ejercer esta función.

Se grafica claramente la titularidad (derecho de propiedad) que ejerce la persona jurídica (promotora) respecto del sujeto de derecho no personificado (institución educativa). Una y otro son distintos, y cada uno mantiene su independencia económica. Entendemos que existe autonomía patrimonial perfecta entre el patrimonio de la promotora (persona jurídica) y el de la empresa educativa. Así, el artículo 110 de la LGE derogada dice: "Los centros educativos de gestión no estatal tienen patrimonio individualizado que no se confunde con el de los promotores...". (sic). Si bien es cierto que no se ha repetido la fórmula en la nueva ley, también es cierto que se trata de entidades (las educativas) que prestan un servicio bajo una organización, reglamentación y estatus propio, al cual no se encuentra sujeta una institución promotora. La mención expresa entonces no es determinante, si bien deseada. También, con la nueva LGE, al reconocer a las instituciones educativas como personas jurídicas, debe inferirse lo mismo.

(3) Su acceso a operar bajo cualquier forma societaria o asociativa regulada.

(4) SALAZAR GALLEGOS, Max. "La empresa educativa y los sujetos de derecho". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 108. Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú, noviembre de 2002. Págs. 39-40.

(5) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de las Personas". Editorial Huallaga. 3ª edición. Lima, Perú, octubre de 2001. Pág. 22.

(6) BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; BUSNELLI, Francesco; y NATOLI, Ugo. En: *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. 1ª edición. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1992. Pág. 107.

(7) Revisar: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit. Pág. 416, donde hace una descripción didáctica de los mismos.

(8) Así, las sociedades irregulares a que se refiere la Ley General de Sociedades (artículo 423), y las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos regulados en el Código Civil (artículo 124 y sgtes.).

(9) Ley N° 23733, "Artículo 6. Clases de universidades. Destino de excedentes.- Las universidades son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares. Las primeras son personas jurídicas de derecho público interno y las segundas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro...".

(10) SALAZAR GALLEGOS, Max. Op. cit. Págs. 27 y 35. Por mandato legal expreso, para el caso de universidades, este promotor solo puede ser una persona jurídica sin fines de lucro (artículo 7 de la Ley N° 23733). Para los demás casos el promotor puede ser una persona jurídica sin fines de lucro o una persona natural.

En el caso de universidades, el promotor desarrolla otra función:

"...el promotor no aparece aquí ni es reconocido como dueño, sino como promotor solamente, es decir que no ejerce un señorío sobre la institución, sino tan solo las facultades de administración necesarias para implementar el proyecto en la realidad, proponiendo y nombrando a sus primeras autoridades académicas, adecuando la infraestructura necesaria y coadyuvando al cumplimiento de los objetivos trazados, hasta la obtención de la institucionalidad"⁽¹¹⁾.

5. ¿Qué entendemos por adecuación?

El artículo 4 del D. Leg. N° 882 obliga a las instituciones educativas particulares que se creen con posterioridad a su vigencia, para que se organicen jurídicamente bajo cualquiera de las formas previstas en la ley, sean estas con o sin fines de lucro. En contraposición, las instituciones educativas que tuvieron existencia anterior, podrán "adecuarse" a la ley y adoptar la forma jurídica que mejor responda a sus intereses. Esto último como un derecho facultativo⁽¹²⁾. Adoptar esta nueva organización es a lo que llamamos "adecuación".

Adecuación, entonces, no es otra cosa que la referencia hacia aquellos procedimientos estructurados o por estructurar, para que las instituciones educativas comprendidas en la LEPIED puedan optar por alguno de los tipos jurídicos que allí se mencionan para su organización. Hasta julio de 2003, una de las razones para ello implicaba que

podieran gozar de personería jurídica, toda vez que se trataba de sujetos de derecho no personificados, o adoptar una distinta, para aquellas instituciones que contaban con personería. Hoy en día, a partir de la vigencia de la Ley N° 28044, se tratará de este último caso únicamente.

Se trata simplemente de una adecuación a dicha ley. No se ha creado una figura jurídica novedosa, no la hay. Baste para ello la lectura de los textos legales que a continuación se comenta, donde hay variantes que se adoptarán, analizando en cada caso los beneficios propios que a cada cual pueda ofrecer⁽¹³⁾.

Las adecuaciones de instituciones y los nuevos modelos autorizados por las mismas, son discutidos líneas adelante.

II. PROCEDIMIENTOS

1. Las normas reglamentarias que afectan a las empresas involucradas

Se han promulgado hasta tres decretos supremos *ad hoc*, tributarios de la LEPIED; entiéndanse así: (i) el D.S. N° 001-98-ED; (ii) el D.S. N° 007-98-ED; y (iii) el D.S. N° 016-98-ED. El primero y el tercero regulan únicamente procedimientos para universidades, y el segundo está dirigido a instituciones supervisadas por el MED; es decir, el resto del universo de instituciones que se desarrollan en dicho segmento de mercado⁽¹⁴⁾. Asimismo, se puso en vigencia el D.S. N° 047-97-EF, que contiene dos disposiciones transitorias y finales que debe atenderse.

2. Procedimientos incorporados

2.1. Instituciones educativas no universitarias

Estas pueden, a la luz de las normas citadas, adecuarse a la LEPIED de tres formas distintas que entendemos como las más importantes:

- ¿Fusión o unificación? Unificación patrimonial de la asociación promotora y la institución educativa.
- Transformación de personas jurídicas no lucrativas en personas jurídicas lucrativas. Transformación de la asociación promotora en cualquier otro tipo de persona jurídica, aportando el patrimonio de la institución educativa a este ente.
- Constitución de personas jurídicas. Aporte del patrimonio de la institución educativa.

A continuación nuestros comentarios:

a) ¿Fusión o unificación? Unificación patrimonial de la asociación promotora y la institución educativa

En este supuesto, la asociación civil conserva su tipo jurídico y mediante un procedimiento especial incorpora a la institución educativa en sí misma, por lo que ambas se convierten en un solo ente. Ya no habría promotor sino una institución educativa bajo la modalidad de asociación civil. El centro educativo (carente de personalidad) adquiere entonces la calidad de persona jurídica mediante su incorporación patrimonial a un ente

ya existente. Nótese que este no es un procedimiento de fusión. No puede serlo, pues se está unificando una persona jurídica (promotora) y un sujeto de derecho no personificado (institución educativa), categorías distintas dentro de la ley. En este sentido, la noción de "unificación" nos parece acorde a este tipo de actos, siempre que se tome en cuenta la calidad de sujetos de ambos institutos⁽¹⁵⁾ y se reformule la trascendencia de la misma.

En contraposición a la unificación de sujetos, la fusión de personas jurídicas trata de: (i) la reunión de categorías iguales para el Derecho, es decir, la reunión de dos entes que convergen en el mismo plano jurídico existencial⁽¹⁶⁾; (ii) que son personas jurídicas; y (iii) que conservan su identidad. Es una forma de concentración empresarial que, si bien se encuentra expresamente regulada en el caso de las sociedades de capitales⁽¹⁷⁾, no es ajena a las personas con fines no lucrativos⁽¹⁸⁾. Se trata de uno de los tantos casos no comprendidos de manera expresa en el Código Civil ni leyes aliadas para este último tipo de personas, pero que no se encuentra prohibido ni es ajeno al bienestar común⁽¹⁹⁾. La fusión es, por lo pronto, un fenómeno previsto exclusivamente para personas jurídicas.

No obstante, alguno de los efectos de esta unificación y los de una fusión son muy similares, pues al proceder de tal modo, resulta claro que el sujeto incorporante asimila a título universal el patrimonio (total de activos y pasivos) del segundo y tercer sujeto (de haberlos); con lo cual se hace traslado de las obligaciones consiguientes. Esto

(11) Ídem.

(12) D. Leg. N° 882. "Artículo 4.- Las instituciones educativas particulares deberán organizarse jurídicamente bajo cualquiera de las formas previstas en el derecho común y el régimen societario, incluyendo las de asociación civil, fundación, cooperativa, empresa individual de responsabilidad limitada y empresa unipersonal".

(13) No es la primera ni la última norma que dispone un procedimiento de adecuación y/o señala que las instituciones que se propone regular deben "adecuarse" a la misma. Un ejemplo ilustrativo lo constituye la Quinta Disposición Transitoria de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

(14) Aunque la apreciación no es exacta en su totalidad, pues las escuelas de posgrado pueden organizarse de manera independiente a cualquiera de las instituciones educativas mencionadas. Ver a estos efectos el tercer párrafo del artículo 9 del D. Leg. N° 882, que reza a la letra: "...Las escuelas de posgrado particulares que no pertenecían a universidades que se creen a partir de la vigencia del presente decreto legislativo, se registrarán por las normas aplicables a las universidades...".

(15) Las normas reglamentarias y la propia LEPIED no han efectuado un análisis legal sobre la naturaleza de los entes que se afectan con sus disposiciones y han tratado el esquema a título meramente patrimonial, desvirtuando la necesidad de fundamentar jurídicamente la construcción del esquema constituido.

(16) Así, y siguiendo a OTAEGUI, Julio. "Fusión y escisión de sociedades comerciales". Editorial Abaco de R. Depalma. 1ª edición. Buenos Aires-Argentina, 1981. Pág. 39; indica que: "La fusión como institución propia del derecho de las personas jurídicas se caracteriza por implicar la unificación de dos o más personas jurídicas en una sola..."

(17) Ley General de Sociedades, Ley N° 26887. "Artículo 344: Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley..."

(18) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit. Pág. 440; además DE BELAUNDE, Javier. "El proyecto de enmiendas a la sección sobre personas jurídicas". Pág. 268. En: *Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú. El Código Civil del Siglo XXI*. Perú y Argentina. T. I. Lima, 2000.

(19) Léanse también, a estos efectos, los comentarios respecto a otras posibles actividades no reguladas en torno a las personas jurídicas como: PAEZ, Juan L. "Tratado teórico práctico de las asociaciones". Ednar. 3ª edición. Pág. 157, donde señala refiriéndose a las asociaciones: "...La enumeración del contenido de los estatutos no es limitativa, aunque ella sea suministrada por la ley, porque la asociación siempre tiene libertad para insertar todas las cláusulas que juzgue favorable para su desarrollo. El límite es solo dado por el orden público".

calidad de sujeto, merced a lo cual cabe su disolución previa, a efecto de realizar el aporte para una nueva constitución. Este tratamiento legal desconoce la calidad de sujeto de derecho de la institución educativa. Además, crea una nueva persona jurídica y puede dejar a otra preexistente con un fin de imposible consecución (la promotora), lo cual no es eficiente, jurídica ni económicamente.

Los esquemas estudiados se encuentran regulados por el D.S. N° 047-97-EF (Primera Disposición Transitoria y Final) –unificación patrimonial–; y D.S. N° 007-98-ED, artículos primero –transformación– y segundo –aporte para constituir una nueva persona jurídica–, respectivamente. Son estas normas las que franquean la posibilidad de realizar las operaciones que hemos comentado.

2.2. Las instituciones educativas universitarias

Las universidades a las que se aplican los procedimientos, personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro⁽²⁹⁾, no tienen, como hemos visto, la misma naturaleza jurídica que las demás instituciones educativas.

En función a este aspecto esencial, para aquellas se promulgó una reglamentación propia contenida en el D.S. N° 001-98-ED.

Este reglamento, al igual que la Tercera Disposición Transitoria de la LEPIED, se refiere siempre a un proceso de adecuación y no a uno de transformación. Esta cuestión resulta por demás extraña, pues donde el legislador regula transformación (lo hace en principio para sujetos de derecho no personificados: instituciones educativas no universitarias, toda vez que a la vigencia de estas leyes aún no se encontraba promulgada la nueva LGE) debió regular adecuación, y donde regula adecuación (lo hace para personas jurídicas universitarias) debió haberlo hecho con la transformación, justamente en atención a la naturaleza propia de los entes involucrados. Confusión de confusiones.

Al tener categoría de persona jurídica, una universidad podría ser materia de transformación. Subsiste, sin embargo, el problema de aplicación planteado para aquellas universidades autorizadas a funcionar mediante resolución administrativa⁽³⁰⁾. Sea cual fuere el caso, no obstante, por la naturaleza del tipo (no lucrativo) y las razones ya citadas, existiría la imposibilidad formal de proceder al cambio hacia el modelo lucrativo.

(29) Ver cita N° 12.

(30) Para entender este punto es necesario hacer una remisión a SALAZAR GALLEGOS, Max. Op. cit. Págs. 31 y 32: "De acuerdo a la Ley Universitaria, las universidades se crean por ley. En este sentido, el Congreso de la República fue el encargado –hasta el año de 1995–, dada una iniciativa estatal o privada, de la aprobación de la ley materia de creación de una universidad, ya sea pública o privada...". "Este tipo de universidades, de acuerdo al propio texto del artículo 6 de la Ley Universitaria, tenían y tienen aún hoy en día personería jurídica...". "Como persona jurídica de derecho privado o público, según sea el caso, la universidad se identificada en ambos casos como un ente individual, como un centro unitario de imputación de deberes y derechos independiente, sin sujeción alguna para su reconocimiento...". "Corresponden más bien a las que conocemos como personas jurídicas creadas por ley...". "Para el caso de colegios, centros de educación ocupacional, institutos y escuelas superiores, públicos y privados, la regla fue y sigue siendo autorizar el funcionamiento de estas entidades por medio de una resolución administrativa". El caso de las universidades es distinto, pues se trata solo de las que son de reciente creación y tienen su antecedente y motivo en la Ley N° 26439, ley de creación del CONAFU –Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades–, del 21 de enero de 1995, que en su artículo 2 expresamente señala:

Artículo segundo.- Son atribuciones del CONAFU:

- a) Evaluar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades a nivel nacional, y emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento provisional, previa verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos... "Hay un cambio propiamente en referencia al texto de la Ley Universitaria, pues esta última acepta de manera pacífica la creación solo por ley. La nueva norma no crea, autoriza. Se dejan de emitir leyes de creación de universidades...". "En el presente caso, para el funcionamiento (provisional) de una universidad se requiere una autorización administrativa, nada más...".

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE FUNCIÓN NORMATIVA CON RESPECTO A LA ADECUACIÓN

1. El D. Leg. N° 882

La segunda disposición transitoria de esta ley contiene, en nuestra consideración, dos errores principales cuando regula una transformación respecto a entes educativos, olvidando que: a) formalmente no se puede transformar en un tipo de persona a un sujeto carente de personificación; y b) no es dable la transformación de entes sin fines de lucro, como es el caso de las instituciones educativas, por las mismas razones que justifican la negativa en las asociaciones civiles; es decir, su naturaleza y tratamiento legislativo.

2. El D.S. N° 007-98-ED

Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de febrero de 1998, considera un primer error conceptual por el título que lleva: "Aprueban Reglamento de Transformación de las Instituciones Educativas Particulares". Dicho error es repetido en su artículo primero⁽³¹⁾. Este no es un reglamento de transformación de instituciones educativas y, por el contrario, el artículo primero del mismo indica que regula el procedimiento de transformación de las promotoras de las instituciones educativas, lo cual es erróneo también por las razones que ya hemos expresado.

La deficiencia legislativa es patente cuando consideramos que este es un reglamento del D. Leg. N° 882, y este último no menciona el caso de la transformación de las asociaciones civiles promotoras de las instituciones educativas, sino que lo hace respecto de estas últimas.

Cae, además, en otro error por omisión; y es que resulta claro que no solo regula las

transformaciones de las promotoras y el aporte que estas pueden efectuar –del patrimonio de las instituciones educativas– a los nuevos tipos elegidos para su organización posterior, sino que regula también la constitución de nuevas personas jurídicas y el aporte del patrimonio de la empresa educativa a la misma, toda vez que el artículo segundo⁽³²⁾ se refiere expresamente al aporte que efectúen los promotores, personas naturales que obviamente deberán elegir por una constitución; es decir, por la creación de una nueva persona jurídica.

Adicionalmente, al regular el procedimiento *per se*, se efectúan muchas omisiones que pueden confundir a determinados operadores jurídicos, pues al exigir la aprobación de balances durante el procedimiento, entre otros, no se precisa a qué entidad exactamente se está refiriendo. Si una asociación promotora, por ejemplo, decide aportar el patrimonio de una empresa educativa para la constitución de una nueva persona jurídica, ¿deberá aprobarse uno o dos balances?; es decir, ¿qué sucede si hay afectación patrimonial parcial de ambos sujetos, de modo que aporten para este nuevo ente? Nosotros creemos que debe analizarse el de ambas.

3. El D.S. N° 047-97-EF

Esta norma, al igual que el D.S. N° 007-98-ED, pretende regular una unificación, reduciendo el tratamiento de uno de los sujetos a un simple aporte patrimonial. En estos casos existe una unificación especial que permite operar a la institución educativa como asociación civil, o al revés, cuestión que no es abordada por la ley.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Ninguna de las normas citadas explica cómo es que debe entenderse la organización interna de una persona jurídica que

(31) D.S. N° 007-98-ED, "Artículo 1.- El presente Reglamento establece el procedimiento que deben seguir las personas jurídicas promotoras de las instituciones educativas particulares... para transformarse en cualquier otra persona...".

(32) D.S. N° 007-98-ED, "Artículo 2.- Las personas naturales o jurídicas promotoras de instituciones educativas particulares... podrán aportar el patrimonio de las instituciones educativas a su cargo, a cualquiera de las personas jurídicas a que se refiere el artículo...".

mismo ha sido declarado de manera diáfana en la Ley de Sociedades argentina⁽²⁰⁾.

Hasta julio de 2003, con la anterior LGE, este era el fenómeno que se presentaba. Hoy se trataría de una verdadera fusión, al tratarse de dos personas jurídicas: promotora e institución educativa.

b) Transformación de personas jurídicas no lucrativas en personas jurídicas lucrativas. Transformación de la asociación promotora en cualquier otro tipo de persona jurídica, aportando el patrimonio de la institución educativa a este ente

El segundo supuesto trata de la transformación de la persona jurídica promotora, merced a la cual adoptará cualquiera de las posibilidades que la ley (LEPIED) franquea a estos institutos. Adicionalmente, plantea la incorporación del patrimonio de la institución educativa en esta persona jurídica.

La institución educativa, entonces, nuevamente y como en el caso anterior, adquiere la calidad de persona jurídica por incorporación. Esto, con la anterior ley; hoy, la incorporación del patrimonio de esta última sería viable mediante un proceso de fusión.

Ahora bien, la doctrina nacional no es unánime respecto de la posibilidad de transformación de personas jurídicas no lucrativas, entre otros, porque no atañe a su naturaleza.

Así, determinado sector ha esgrimido la posibilidad de transformación, como es el caso de Beaumont Callirgos⁽²¹⁾ y de Elías Laroza; y así lo han plasmado legislativamente en el artículo 333 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (LGS).

Elías Laroza considera (en virtud de la vigencia de la disposición legal aludida) que la LGS no solo regula la transformación del tipo societario, "... sino también en casos de transformación de la naturaleza de la persona jurídica o en transformaciones que implican simultáneamente la adquisición o modificación sustancial de la personalidad jurídica... la nueva LGS incluye la transformación de toda clase de personas jurídicas que, no siendo sociedades, adoptan una forma societaria... lo cual implica cambios esenciales en la naturaleza de la persona jurídica transformada"⁽²²⁾.

Nuestra opinión es contraria y concuerda con la de Espinoza Espinoza cuando considera que el mismo artículo 333 de la LGS hace la salvedad del impedimento legal (de la transformación) y este se encuentra en la propia naturaleza no lucrativa de estas personas jurídicas establecida en la definición legislativa (Código Civil) de la asociación.

"...la naturaleza de las personas no lucrativas no puede cambiar a una de carácter lucrativo. Ello entra en manifiesto contraste con la esencia de este tipo de personas jurídicas, por cuanto no se explicaría que, en una opción más extrema, como es la extinción de la misma, se excluye la posibilidad de que los miembros se beneficien económicamente con el saldo resultante... el transformar una persona jurídica no lucrativa en una lucrativa haría que los integrantes se beneficien directamente con el patrimonio de la persona jurídica, posibilidad que no está permitida por ley..."⁽²³⁾.

En efecto, y a mayor abundamiento debemos precisar que en el transcurrir de la vida de una asociación civil, esta adquiere una serie de bienes, recibe donaciones⁽²⁴⁾,

se ve beneficiada por mecanismos de exención de obligaciones tributarias⁽²⁵⁾ y créditos preferenciales⁽²⁶⁾. Lo mismo ocurre con las instituciones educativas. Esto sucede precisamente por la naturaleza misma del instituto bajo estudio, y es que el Estado ejerce una política promocional para su desarrollo en la medida que no persiguen un fin lucrativo; además, al no existir títulos representativos de participación social que determinen propiedad exclusiva sobre la persona jurídica, como por ejemplo acciones, se entiende que los beneficios revierten en sí misma, sin incrementar el patrimonio personal de los asociados; que no tienen un derecho de propiedad sobre la institución o su patrimonio. Esto guarda sentido con las disposiciones del Código Civil y el destino final del patrimonio social ante una eventual extinción del sujeto. La transformación, por el contrario, en principio trasladaría estos supuestos.

No obstante lo acotado, y en otro escenario distinto, tomando argumentos de Spota⁽²⁷⁾, no necesariamente comentando este instituto mas sí otros casos sobre entidades sin fines de lucro (la fundación), pero cuyo razonamiento es perfectamente aplicable, podemos llegar a admitir que en determinados escenarios, especialmente, la transformación puede convertirse en un instrumento que encauce la viabilidad de determinados sujetos jurídicos. Esto se verificará cuando, por ejemplo, el fin se haya tornado de imposible consecución, y/o quizás resulte que el patrimonio sea insuficiente. Ante estas posibilidades, es lógico pensar que no sería conveniente que dicho patri-

monio se siga viendo afectado a una causa imposible.

c) Constitución de personas jurídicas. Aporte de patrimonio de institución educativa

El tercer supuesto conlleva a la creación de una nueva persona jurídica bajo las modalidades permitidas por ley. En este caso, el patrimonio de la institución educativa dará lugar a su nacimiento, obviamente, sin prescindir de los demás elementos formales y materiales propios que le atañen y que le son indispensables, como son: la pluralidad de personas (a excepción de la EIRL⁽²⁸⁾), el fin lícito-valioso institucional, y el reconocimiento de la personalidad.

La asociación civil (promotora) continuaría vigente y no se vería afectada por el procedimiento. El resultado final será la coexistencia de dos personas jurídicas, pero el rol de la promotora se modificaría.

Desde un punto de vista práctico, parece una solución adecuada, pues encauza el tratamiento de la institución educativa hacia la obtención de la personalidad, tal como se hace en los demás supuestos. En unos de manera más acertada que en otros. La nueva LGE, como hemos comentado, ya no buscaría este propósito, sino el de modificar el tipo social.

Desde un punto de vista teórico, constituye un supuesto discutible, pues reduce el trato de una institución a la simple consideración de su patrimonio, sin respetar su

“ La Segunda Disposición Transitoria del D. Leg. N° 882 contiene un grave error cuando regula la transformación de entes educativos, pues no se puede transformar en un tipo de persona a un sujeto carente de personificación ”

(20) Ley de Sociedades argentina, artículo 82, párrafo segundo: "... la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas al producirse la transferencia de sus respectivos patrimonios...".

(21) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la Ley General de Sociedades". Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú, 1998. Pág. 639.

(22) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades comentada". Fascículo Séptimo. Editorial Normas Legales. Lima, Perú, noviembre de 1998. Pág. 668.

(23) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit. Pág. 438.

(24) Ver LUNA-VICTORIA LEÓN, César. "El régimen patrimonial de las asociaciones civiles". En: *Themis*. N° 5. 1986. Pág. 52. Cuando comenta que: "Es de alguna manera evidente que el nuevo rol de las asociaciones civiles es financiado por donaciones o créditos promocionales...".

(25) D. Leg. N° 774, artículo 19, inciso b): "Están exonerados del impuesto ... las rentas destinadas a sus fines específicos en el país de fundaciones afectas y de asociaciones sin fines de lucro...".

(26) Otorgados por COFIDE, por ejemplo.

(27) SPOTA, Alberto G. "Tratado de Derecho Civil". T. I. Parte General. Vol. 3. El Sujeto de Derecho, Personas Jurídicas. 2ª reimposición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968. Pág. 803. Señala refiriéndose a las fundaciones: "... En los supuestos de que el fin se ha tornado de imposible consecución, o se ha agotado, o el patrimonio es insuficiente, el poder administrador puede decidir la transformación del ente si lo considera de utilidad general...".

(28) Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, tipo de persona jurídica excepcional en nuestro país.

conlleva en sí los estamentos propios de una sociedad anónima (modelo que puede adoptar una institución educativa), por ejemplo, y los de una institución educativa que, regulada (esta última) por una norma *ad hoc*, debe considerar una organización académica y autoridades específicas para su normal desenvolvimiento⁽³³⁾.

Las instituciones educativas reguladas por el MED, creadas antes o después de la promulgación de las normas citadas, mediante cualquiera de estos procedimientos, adquieren personalidad; un objetivo que, si bien era necesario y valioso, pudo haberse

logrado mediante un reconocimiento legal puro y simple, concediéndolo a todas ellas mediante una declaración formal ubicada en el articulado del Decreto Legislativo N° 882, despojándolas del estigma de ser consideradas centros unitarios de imputación jurídica, sin reconocimiento formal como personas jurídicas. Afortunadamente, esto sí se ha logrado (el reconocimiento de personería) con la nueva LGE, lo que, ante todo, por los efectos que genera el sistema registral, otorga seguridad al tráfico, entre otros beneficios que constituyen temas de estudios posteriores.

(33) Cada una de las instituciones educativas se encuentra regulada a su vez por una ley o reglamento propio que implica una demarcación autónoma de sus aspectos vivenciales, especialmente en cuanto a su organización. Actualmente, por ejemplo, se encuentran vigentes para el caso de los institutos y escuelas superiores, el D.S. N° 004-97-ED; la Ley N° 26549, para centros educativos privados (colegios); el Decreto Supremo N° 40-84-ED, para centros de educación ocupacional; etc.