CAFAE
Zona Registral N° II
Sede Chiclayo

Alfredo Santa Cruz Vera

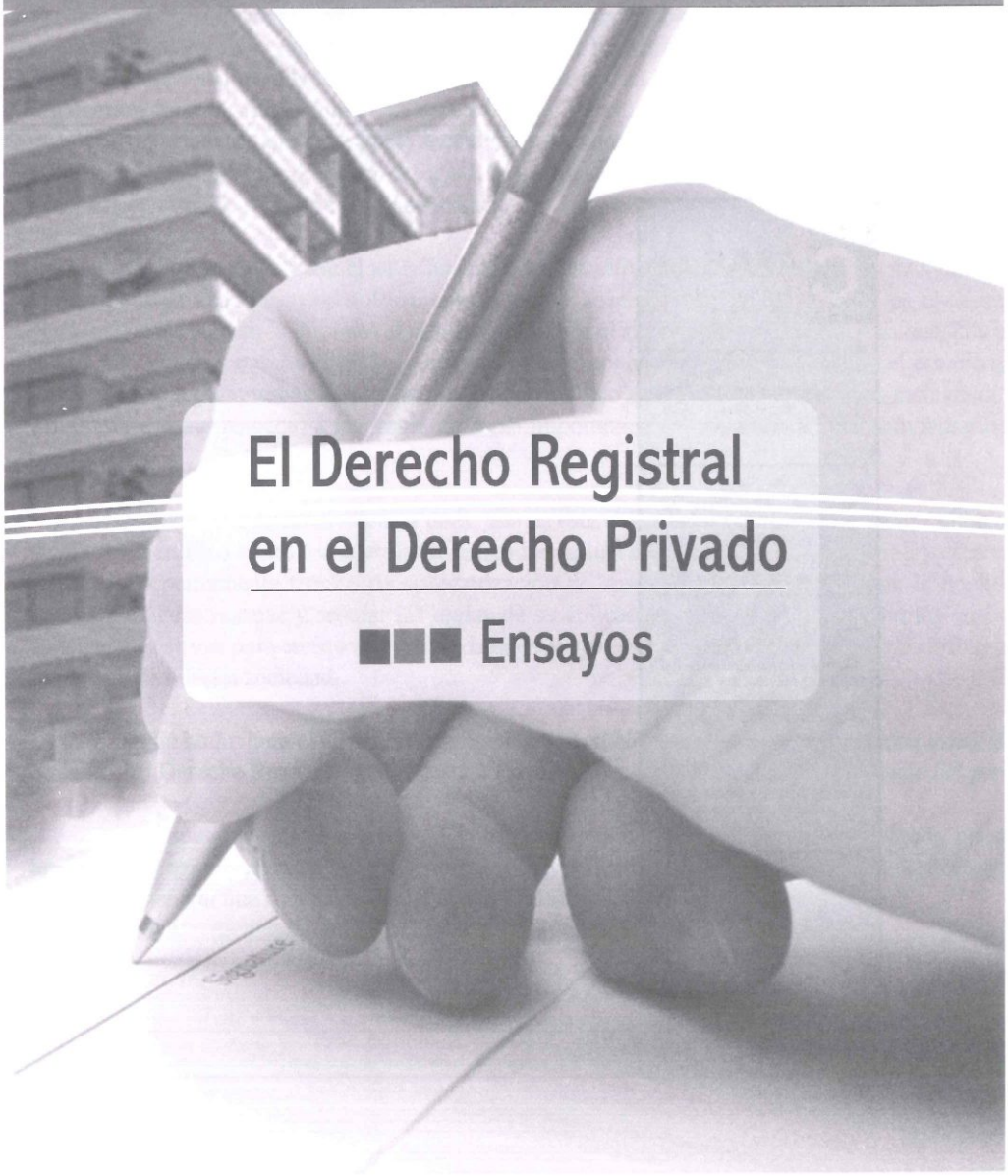


El Derecho Registral en el Derecho Privado

Ensayos

CAFAE
Zona Registral N° II
Sede Chiclayo

Alfredo Santa Cruz Vera



El Derecho Registral en el Derecho Privado

Ensayos

CAFAE
Zona Registral N° II
Sede Chiclayo

PRIMERA EDICION
MAYO 2014
1500 Ejemplares

HECHO EL DEPOSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL
DEL PERU N° 2014-06581
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN N° 978-612-46746-0-0

EDITADO POR
Comité de Administración del
Fondo de Asistencia y Estimulo
ORNOM
AV BALTA N° 109 –111 CHICLAYO

TELEFONO: (51.74) 23-3381
FAX: (51.74) 27-2379

Impreso en:
IMPRENTA "EL INCA"
RUC: 10166530925
Cal. Vicente de la Vega 921
CHICLAYO - PERÚ
AGOSTO 2014

PRESENTACIÓN

El CAFAE de la Zona Registral N°II se complace en brindar a la comunidad jurídica Nacional un Libro valioso desde toda perspectiva jurídica, por cuanto en él se hace un estudio detallado de nuestro sistema legal registral y la respectiva interpretación que tienen las normas de carácter registral en sede judicial.

El autor Dr. Alfredo Santa Cruz Vera, al plantear el Derecho Registral en el Derecho Privado y el reto que tiene al publicarse este Libro, nos propuso como objetivo difundir la doctrina, puesto que, tal como se estudia en su primera parte: El Registro y los derechos patrimoniales, en el que se estudia y analiza quehacer jurídico de la Hipoteca y su importancia en el tráfico inmobiliario, la Posesión como instituto jurídico de derecho real y La asociación en participación; conceptos que se estudian y analizan con un lenguaje sencillo que permite su ágil lectura y cumple con el fin de ver la importancia de un sistema jurídico registral que día a día se desarrolla y el cual siempre debe de cumplir con el fin de ofrecer seguridad jurídica.

En una segunda parte el autor nos ofrece el estudio de El Registro y las Personas Jurídicas. Donde pone de manifiesto no solo su conocimiento jurídico, si no su experiencia en el Sistema Nacional de los Registros Públicos al estudiar y analizar el significado y la importancia que, hoy por hoy tienen las Personas Jurídicas y su relevancia en el mundo registral, por cuanto, el estudio que hace respecto a estos temas involucra el entender jurídico desde varias perspectivas incluyendo al Tribunal Registral respecto a los temas de suma importancia en el tráfico jurídico inmobiliario de nuestro país.

En este sentido no olvidemos pues, que en este trabajo el autor hace un estudio minucioso y carácter científico como todo jurista investigador realiza acerca del derecho registral, ya sea con el propósito permanente teórico de sistematización de sus preceptos jurídicos o con la finalidad de interpretar las normas y señalar las reglas de su aplicación, en tal sentido, esperemos que sus conclusiones sirvan para enriquecer más cada día nuestro ordenamiento jurídico y ello contribuya al desarrollo de nuestra sociedad.

Es un honor para el CAFAE de la Zona Registral N°II sede Chiclayo el presentar este Libro titulado: "El Derecho Registral en el Derecho Privado Ensayos"; el cual estará al servicio del país.

Finalmente damos las gracias a la iniciativa, esfuerzo y dedicación de su autor, nuestra felicitación y agradecimiento por este aporte, el cual permitirá a todos los operadores del derecho y lectores en general una mejor visión del Derecho Registral Peruano.

CAFAE ZONA REGISTRAL N°II SEDE CHICLAYO

ALFREDO SANTA CRUZ VERA
Notario Público
Profesor de Derecho Civil de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo

EL DERECHO REGISTRAL EN EL DERECHO PRIVADO
ENSAYOS

Indice

PRESENTACIÓN

PRIMERA PARTE: El Registro y los derechos patrimoniales.

LA LUCHA DE LA HIPOTECA: Hipoteca v/s propiedad. **Pág. 11**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
2. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO POSITIVO
   - 2.1. La nulidad de la hipoteca
   - 2.2. La validez de la hipoteca
3. ¿CUÁL DE LAS DOS SOLUCIONES PROPUESTAS ES CORRECTA?
4. LA PUBLICIDAD COMO SOLUCIÓN
   - 4.1. Las contradicciones del Código Civil y la lucha contra la clandestinidad
   - 4.2. La perfección del derecho real
   - 4.3. Los efectos de la sentencia
   - 4.4. La asimetría de la información
5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

LA POSESIÓN, EL REGISTRO Y LA EFICACIA DE LA GARANTÍA MOBILIARIA **Pág. 23**

1. LA POSESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA
   - 1.1. La posesión en la constitución de la garantía mobiliaria.
   - 1.2. La posesión en la ejecución de la garantía mobiliaria
2. EL PAPEL DE LA POSESIÓN Y EL REGISTRO EN LA EFICACIA DE LA GARANTÍA MOBILIARIA: Propiedad v/s garantía mobiliaria.
   - 2.1. La adquisición "a non domino" de los bienes muebles en el Código Civil.
   - 2.2. La protección al tercero del artículo 24.
     - 2.2.1. Primera excepción: bienes muebles registrados
       - 2.2.1.1. Fe pública registral
       - 2.2.1.2. Inoponibilidad de lo no inscrito
       - 2.2.1.3. El problema de la buena fe
     - 2.2.2. Segunda excepción: bienes muebles no registrados
       - 2.2.2.1. Título e inscripción
       - 2.2.2.2. Posesión legítima
       - 2.2.2.3. La buena fe.
       - 2.2.2.4. La posesión de los derechos

ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN, TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD Y REGISTRO **Pág. 47**

1. INTRODUCCIÓN
2. El PROBLEMA: LOS EFECTOS DEL CONTRATO
3. PUNTO DE PARTIDA: LOS TIPOS CONTRACTUALES.
   - 3.1. El tipo contractual mínimo
   - 3.2. La clasificación de los tipos contractuales

4. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN: posibilidad de transferir la propiedad del bien que se contribuye.
   4.1. La prestación a cargo del asociante
   4.2. La prestación a cargo del asociado
5. EL NEGOCIO DEL ASOCIANTE FRENTE A TERCEROS: La presunción de propiedad y el principio de publicidad registral
6. EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN Y EL REGISTRO
7. ALGUNAS TESIS QUE NIEGAN LA POSIBILIDAD DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD.
   7.1. La posición de Elias Laroza.
      7.1.1. Reductio ad absurdum.
      7.1.2. El término "contribución".
   7.2. Los criterios del Tribunal Registral: revisión de la jurisprudencia
      7.2.1. Resolución N°073-2006-SUNARP-TR-L
      7.2.2. Resoluciones N°608-2010-SUNARP-TR-L, 365-2011-SUNARP-TR-L y 650-2011-SUNARP-TR-L
      7.2.3. Resolución N°496-2010-SUNARP-TR-T
      7.2.4. Resolución N°1508-2011-SUNARP-TR-L
      7.2.5. Resolución N°1353-2012-SUNARP-TR-L
      7.2.6. Caracteres de esta tendencia jurisprudencial
      7.2.7. Un cambio esperado: La Resolución N°203-2013-SUNARP-TR-T ¿una nueva tendencia?
8. LA DOCTRINA PERUANA
9. EL DERECHO COMPARADO
10. CONCLUSIONES

SEGUNDA PARTE: El Registro y las Personas Jurídicas

EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA JURÍDICA EN EL TRÁFICO MERCANTIL: Una aproximación a partir de una Teoría Unitaria del Derecho Registral **Pág. 75**

1. LA TEORIA UNITARIA DEL DERECHO REGISTRAL Y EL TRACTO SUCESIVO
   1.1. El Derecho como Ciencia
   1.2. El Derecho Registral: Hacia una Teoría Unitaria
   1.3. La Teoría Unitaria y los Principios Registrales
   1.4. El Tracto Sucesivo en la Teoría Unitaria del Derecho Registral
      1.4.1. Errores muy frecuentes
      1.4.2. Nuestra Opinión
         1.4.2.1 La Seguridad Jurídica y la Coherencia Registral
         1.4.2.2 El Tracto Sucesivo y la Previa Inscripción
         1.4.2.3 La Previa Inscripción y el Registro de Personas Jurídica
2. EL TRACTO SUCESIVO EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO
   2.1. La Teoría Unitaria y el Sistema Registral Peruano.
   2.2. El Tracto Sucesivo en el Sistema Registral Peruano.

3. CONCLUSIONES
3.1. Propuesta Normativa

LA TRANSFORMACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS NO LUCRATIVAS **Pág. 87**
Un ensayo sobre la posibilidad de transformar una asociación en una sociedad.

1. INTRODUCCIÓN
2. LA TRANSFORMACIÓN
3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL
4. ANALISIS DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL
5. IMPOSIBILIDAD DE LA TRANSFORMACIÓN.
   5.1. Lo lucrativo y lo no lucrativo
   5.2. El impedimento legal
   5.3. Otras consideraciones
6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

¿CÓMO FUNCIONAN LAS ASOCIACIONES EN EL PERÚ?: **Pág. 99**
El caso de la convocatoria judicial.

1. INTRODUCCIÓN: LOS FACTORES A CONSIDERAR
2. EL PROBLEMA
3. LOS LÍMITES DE LA NORMA
4. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA CONVOCATORIA JUDICIAL: LAS CONTRADICCIONES.
5. EL PAPEL DE LOS OPERADORES JURÍDICOS
6. CONSIDERACIONES FINALES

LA PERSONA JURÍDICA Y SU ESTRUCTURA ORGÁNICA: **Pág. 113**
El problema del plazo del órgano directivo.

1. INTRODUCCIÓN
2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: el plazo.
3. RESPUESTAS AL PROBLEMA
   3.1. Primera interpretación: la teoría del mandato
   3.2. Segunda interpretación: la teoría de la representación orgánica.
4. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN LA LEGISLACIÓN
   4.1. Las normas societarias
   4.2. Las normas civiles
5. CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL: evolución y contradicciones.
   5.1. El inicio
   5.2. El cambio de criterio
   5.3. Las contradicciones
   5.4. Una necesaria explicación
6. EL REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS NO SOCIETARIAS: ¿Definición del tema o nuevo error?
   6.1. El proyecto
   6.2. El reglamento
   6.3. El efecto en la jurisprudencia

7. CONSIDERACIONES FINALES
8. CONCLUSIONES

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS. Su funcionamiento e inscripción **Pág. 147**

1. JUSTIFICACIÓN
2. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE UNA COMUNIDAD CAMPESINA.
   - 2.1. ASAMBLEA GENERAL
     - 2.1.1. Asambleas ordinarias y extraordinarias
     - 2.1.2. Asamblea de delegados
     - 2.1.3. Validez de los acuerdos
       - 2.1.3.1 Convocatoria
       - 2.1.3.2 Convocatoria judicial
       - 2.1.3.3 El sistema de quórum y mayorías
       - 2.1.3.4 Quórum de instalación
       - 2.1.3.5 Mayorías
   - 2.2. DIRECTIVA COMUNAL
     - 2.2.1. Elección de la directiva comunal
     - 2.2.2. Reelección y prórroga
     - 2.2.3. Plazo de duración de la directiva comunal
     - 2.2.4. Funcionamiento de la directiva comunal
       - 2.2.4.1. Convocatoria
       - 2.2.4.2. Quórum y mayorías
   - 2.3. LOS COMITES ESPECIALIZADOS
   - 2.4. ADMINISTRACIÓN DE LOS ANEXOS

3. FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD CAMPESINA.
   - 3.1. FORMALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS
     - 3.1.1. Los libros de actas
     - 3.1.2. Intervención de notarios y jueces de paz.
   - 3.2. COMUNIDAD CAMPESINA Y REGISTRO
     - 3.2.1. ¿Dónde se inscribe la comunidad campesina?
     - 3.2.2. ¿Qué actos se inscriben en el registro público?
     - 3.2.3. Inscripción de la directiva comunal
       - 3.2.3.1. Documento inscribible: copias certificadas
       - 3.2.3.2. Acreditación de convocatoria y quórum
         - 3.2.3.2.1. Constancia de convocatoria
         - 3.2.3.2.2. Constancia sobre quórum
       - 3.2.3.3. Las credenciales
     - 3.2.4. Regularización de directivas comunales no inscritas
     - 3.2.5. Inscripción de modificaciones de estatuto
     - 3.2.6. Fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación de una comunidad campesina.

ANEXOS **Pág. 185**

BIBLIOGRAFIA. **Pág. 195**

JURISPRUDENCIA REGISTRAL **Pág. 199**

PRIMERA PARTE:

EL REGISTRO Y LOS DERECHOS PATRIMONIALES

LA LUCHA DE LA HIPOTECA: Hipoteca v/s propiedad.

¿Cree usted, amigo lector, que inscribiendo su hipoteca como garantía del dinero que prestó se ha librado de cualquier problema? Pues no. En el sistema legal peruano la inscripción de dicha garantía no nos libra de la incertidumbre que implica una interpretación diversa del derecho positivo que tienen que realizar los jueces.

Por ejemplo ¿qué pasa si le han dado en hipoteca un bien que había sido vendido con anterioridad a otra persona, hecho que desde luego usted ignoraba pues dicha transferencia no se había inscrito? Pues ha surgido una interpretación, digamos, literal de la norma, según la cual la hipoteca es nula, por tanto no puede garantizar nada, se trataría de una garantía que no cumpliría su función de tal. Según esta interpretación en el conflicto planteado entre la propiedad no inscrita y la hipoteca inscrita la primera se impone a pesar de dicha falta de inscripción. Este trabajo esta dedicado a analizar este problema.

El título del ensayo no es casual: "*La lucha de la hipoteca*", trata de indicar que, con tal interpretación la hipoteca esta destinada a morir (si cabe el término), y a arrastrar con ella a tan terrible destino a todo el mercado inmobiliario que tiene a esta garantía como una de sus bases fundamentales. Esta interpretación no toma en cuenta desde luego tales consecuencias, tampoco interesa que por el riesgo las tasas de interés crezcan y dichos costos terminen siendo asumidos por personas que nada tienen que ver en el asunto, pues dichos costos generados por la incertidumbre los termina pagando la sociedad entera. La hipoteca pues tiene que "luchar" por sobrevivir ante tales interpretaciones que cuestionan su eficacia como garantía.

Las interpretaciones de los tribunales pueden tener grandes efectos sociales y, desde luego, económicos, que duda cabe. El problema es que tales consecuencias pueden constituirse en una injusticia para todos. Los abogados y jueces no podemos encerrarnos en una burbuja llamada derecho y pretender que la interpretación que hagamos de tal o cual norma no tiene ningún efecto fuera de ella, pues aun que nos neguemos a aceptarlo tales consecuencias no queridas si existen. Por tanto, la interpretación que solucione el conflicto antes planteado es a no dudarlo importante para la sociedad en su conjunto.

El propio texto del Código Civil genera el conflicto citado y este constituye un síntoma de lo de lo contradictorio que podría resultar este cuerpo de leyes en la parte relativa a los derechos patrimoniales. Sin embargo, en las líneas que siguen trato de rescatar algunos elementos proporcionados por el articulado del propio Código, en la parte del derecho civil patrimonial, que permiten construir una visión del mismo basado fundamentalmente en la publicidad, para, a partir de tal visión, proponer una solución a tal conflicto.

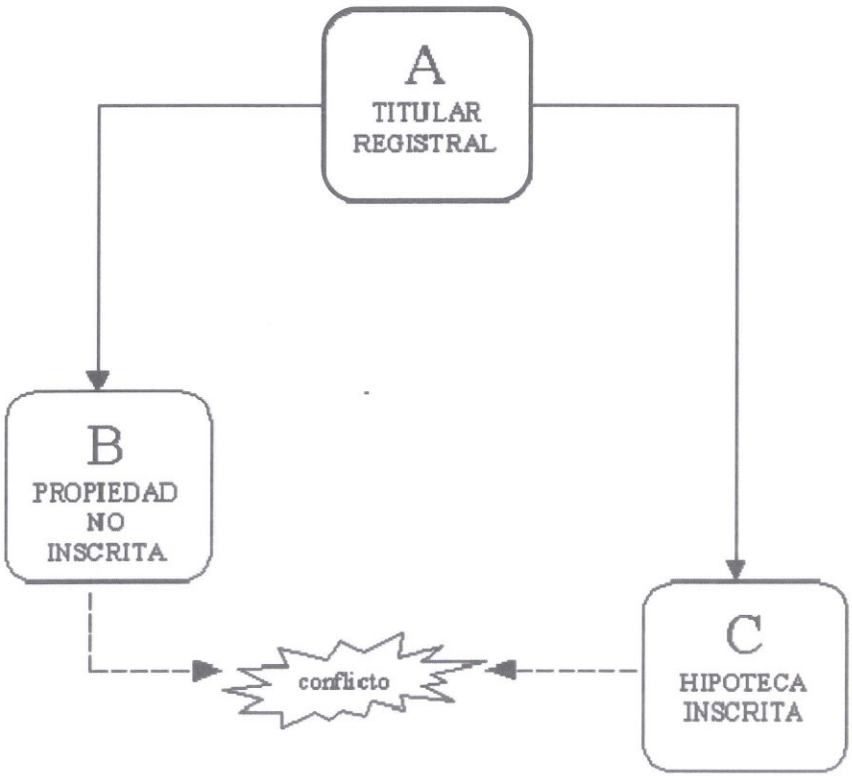
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho real de hipoteca es el fundamento del crédito territorial pues es una de las garantías más usadas por los que otorgan créditos en el Perú, el desarrollo del mercado inmobiliario dependerá de que tan fuerte sea dicha garantía pues si la hipoteca es débil el

desarrollo de dicho mercado se verá también debilitado. La hipoteca tiene su prueba de fuego en los tribunales, la eficacia de la hipoteca será determinada por los jueces al resolver cada caso concreto, serán estos los que la fortalezcan o la debiliten con sus decisiones.

Imaginemos que una persona natural o jurídica (A) celebre un contrato de mutuo con garantía hipotecaria sobre un predio determinado, el acreedor (C) de manera diligente inscribe la hipoteca en el Registro y finalmente desembolsa el dinero correspondiente al mutuo. Al existir un incumplimiento en los pagos de la deuda dicha persona decide iniciar la ejecución de la garantía, rematando el bien para cobrar la deuda. Antes de que ello ocurra se le notifica de una pretensión de nulidad de la hipoteca inscrita; este último proceso es iniciado por una persona (B) que sostiene ser el propietario del bien ya que compró el mismo con un documento de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca.

Para efectos didácticos el caso es explicado en la siguiente figura:



La figura puede resumirse así: en caso de conflicto entre una hipoteca inscrita y un derecho de propiedad adquirido con anterioridad a la constitución de la misma ¿cuál de los dos derechos reales vence al otro?, la hipoteca ¿es nula o es válida? Obviamente la respuesta la dará el Juez al momento de resolver un caso concreto; sin embargo para resolver el caso planteado antes han surgido dos interpretaciones que serán objeto de reflexión en las líneas que siguen.

2. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO POSITIVO

Sobre el problema pueden proponerse dos soluciones. Ambas posiciones tienen fundamentos en el Código Civil peruano.

2.1. La nulidad de la hipoteca

Esta posición sostiene que en el caso planteado se ha incumplido con un requisito de validez de la hipoteca previsto expresamente en una norma legal. En efecto el artículo 1099 del Código Civil se refiere a los requisitos de validez de la hipoteca y tiene el siguiente texto:

Artículo 1099º.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Para los que sostienen esta posición se habría incumplido con el inciso primero, pues en el caso planteado la propiedad fue transmitida con anterioridad a la constitución de hipoteca, aun que el comprador no haya inscrito su derecho de propiedad en el Registro, y es que, conforme al artículo 949 del Código Civil, para transmitir la propiedad basta el consenso sin que se requiera inscripción, por tanto, la hipoteca es nula pues no la constituyó el propietario. Por otro lado, para esta posición es importante anotar que en el Perú el Registro no convalida las nulidades.

2.2. La validez de la hipoteca

Para esta posición el Código Civil tiene reglas claras que resuelven el conflicto que se presenta entre un derecho personal y un derecho real y el conflicto entre dos derechos reales, como es el caso planteado. El artículo clave que resuelve este conflicto sería el 2022 del Código Civil que tiene el siguiente texto:

Artículo 2022º.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

En aplicación de dicho artículo el derecho real que se impone es el que se ha inscrito primero, se deduce de esta norma que el conflicto entre dos derechos reales se soluciona por el principio de prioridad, regulado en el artículo 2016 del Código Civil, lo mismo ocurre por ejemplo con la doble venta, donde el propietario resulta siendo el que inscribe primero, por regla general entonces se preferirá siempre al que inscribió primero.

3. ¿CUÁL DE LAS DOS SOLUCIONES PROPUESTAS ES CORRECTA?

Desde el punto de vista del derecho positivo existen argumentos para sostener cualquiera de las dos posiciones y, probablemente, los argumentos legales de una y otra posición son atendibles. Al no haber una única solución proporcionada por nuestra legislación es necesario encontrar otros argumentos, que podrían o no ser de derecho positivo, para realizar no solo una correcta interpretación si no, fundamentalmente, una interpretación socialmente justa y adecuada.

En realidad, si hay que tomar una decisión entre las opciones mencionadas siempre habrá un perjudicado, (salvo desde luego que en el caso concreto se encuentre una solución conciliatoria mediante la cual ambas partes ganen y satisfagan sus intereses situación que consideramos improbable en el caso propuesto) si se opta por la primera de las soluciones planteadas se perjudicará al acreedor hipotecario que desembolsó el crédito, si se opta por la segunda solución el perjudicado será el propietario que no inscribió. Se trata sin embargo de buscar una interpretación que reduzca el perjuicio a una mínima expresión.

4. LA PUBLICIDAD COMO SOLUCIÓN.

Creo que el mejor criterio para darle solución al caso es la publicidad, esto por diversas razones que a continuación expongo.

4.1. Las contradicciones del Código Civil y la lucha contra la clandestinidad

En la parte del Código Civil peruano que se refiere al derecho civil patrimonial existe una gran contradicción entre la clandestinidad y la publicidad. En efecto, al asumir el Código el sistema francés consensualista para la transferencia de propiedad inmueble, le esta dando un respaldo a lo clandestino, pues en este sistema no es necesario un acto que brinde publicidad a la transferencia, de esta forma puede haber una transferencia de propiedad totalmente oculta y sin embargo totalmente válida. Por otro lado, el mismo Código diseña la institución de los registros públicos y le dedica un capítulo completo con un claro objetivo: proteger al tercero que inscribe. En esta parte el Código apuesta por la publicidad. Esta doble regulación genera diversos conflictos que son solucionados no de manera homogénea sino mas bien, en algunos casos, hasta contradictoria. Por ejemplo, el embargo inscrito debe sucumbir frente a la transferencia de propiedad anterior aun que esta no esté inscrita, en cambio, en el caso de la doble venta se prefiere al adquirente que inscribió a pesar que antes ya existía una transferencia de propiedad por el consenso a un adquirente que no inscribió. Otro de los problemas generados

por esta evidente contradicción del Código es el enfrentamiento entre una propiedad no inscrita y una hipoteca debidamente registrada. ¿Qué criterios pueden ayudarnos a resolver este conflicto?

El derecho debe buscar que todos actúen con transparencia, sin ocultar información, ello por una razón muy sencilla: la mejor decisión que uno puede tomar es aquella que considera toda la información disponible. La peor decisión probablemente sea aquella tomada sin información, o peor aun, con información oculta, pues en tales casos tal información oculta podría cambiar los términos de mi decisión e incluso podría hacerme desistir de ella. El derecho debe sancionar y no premiar al que oculta información relevante para tomar una decisión de celebrar o no un contrato y proteger al que contrató confiado en la información que se le proporcionó. Si a una persona supersticiosa le ofrecen en venta, a un precio razonable, una casa que esta construida sobre un cementerio, lo más probable es que no la compre y busque alguna otra opción, sin embargo, si se le oculta dicha información lo más probable es que compre la casa convencido de que es una buena decisión. En este caso lo más justo es proporcionar toda la información sobre el bien al que tomará la decisión de celebrar o no el contrato. El derecho debe inclinarse por lo público y no por lo clandestino y oculto, por lo demás, esto termina beneficiando a toda la sociedad y este interés debe primar por sobre el interés individual de ocultar información por razones que tampoco resultan claras.

Hay que considerar que las personas tienen derecho a no proporcionar información por razones personales y particulares, sin embargo, resulta claro que esto tiene un límite, este es el derecho de los terceros a quienes dicha reserva de información puede perjudicar.

En atención a lo anterior resulta difícil sostener por que un acto oculto debe tener mas fuerza que una acto publicado (mediante la publicidad registral) y también resulta difícil sostener que debe ser oponible a quien nunca conoció tal acto clandestino. No parece atendible preferir al propietario que no tuvo la diligencia suficiente para inscribir su propiedad y que más bien optó por la clandestinidad y excluir al acreedor hipotecario que, por el contrario, fue diligente al obtener la información correspondiente del registro y que desembolsó el crédito confiando en dicha información.

Existen diversas evidencias que demuestran que el Código Civil prefiere lo público a lo privado en los términos expresados antes. Por ejemplo, el caso de la hipoteca. En efecto, el mismo fundamento que tomo en cuenta el legislador para hacer que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva debe servirnos para analizar este caso y darle solución. El fundamento fue que deberían eliminarse las cargas y gravámenes ocultos, por tanto, sólo una adecuada publicidad le podrá dar validez a tal acto, así para el derecho positivo peruano es inadmisible una hipoteca oculta y no publicada.

Otra evidencia: imaginemos que el derecho del titular inscrito se anula por causas que no constan en el registro, pues bien, en dicho caso el hecho que el titular registral no sea propietario por aquella nulidad no invalida la hipoteca, esta solución en el sistema

peruano es indiscutible, esta solución está basada fundamentalmente en que las causas de nulidad no figuren en los registros públicos, es decir una causa oculta y clandestina no puede perjudicar al tercero de buena fe. Podríamos seguir citando mas evidencias que demuestran que el Código Civil se inclina por la publicidad siempre en perjuicio de la clandestinidad, pero con los ejemplos citados bastan.

La misma idea que subyace en los casos citados debe ayudarnos a solucionar el conflicto hipoteca v/s propiedad, es decir, un acto oculto no tiene por que perjudicar a alguien que desconocía tal acto. Por tales razones la adquisición de propiedad oculta y clandestina debe sucumbir ante el embate de la hipoteca debidamente publicada·

En conclusión: si en el Perú el Código Civil ha regulado una institución registral queda claro que el concepto de publicidad registral debe estar presente en cualquier decisión que se tome, pues lo peor que puede pasar es ignorar su existencia y su utilidad, prefiriendo lo oculto, lo que nadie conoce. Entonces las interpretaciones que se hagan de las normas del Código deberían beneficiar más a la publicidad que a la clandestinidad.

Por las razones expuestas creo que el criterio básico para resolver el conflicto entre la hipoteca y la propiedad en los términos expuestos, es la publicidad registral.

4.2. La perfección del derecho real.

¿La inscripción o publicación de un derecho en el Registro le agrega algo que lo hace distinto a otros derechos de la misma naturaleza no inscritos? Pienso que sí. Si a ese algo hay que ponerle nombre habría que usar la palabra oponibilidad, basada en la publicidad registral, en ese sentido la inscripción hace que el derecho real sea más perfecto, si cabe el término.

Esta afirmación es reconocida por la doctrina más autorizada sobre la materia. En ese sentido se ha afirmado que la inscripción termina de configurar el derecho real e incluso se ha llegado a sostener que la inscripción es constitutiva frente a terceros.

La doctrina peruana ha sostenido la idea de que la inscripción configura el derecho real, así el maestro León Barandiarán dice: "*La inscripción del acto que origine un derecho sobre un inmueble, da a aquel plena eficacia frente a terceros. Si el mero consentimiento es apto para consumar inter partes la constitución de un derecho real sobre un inmueble es, sin embargo, inapto para imponerse ante terceros, requiriéndose la publicidad que le da el hecho de la inscripción. Este viene pues a atribuir un carácter preferencial al derecho al cual concierne, frente a otros derechos que, no estando inscritos, no irradian sus efectos más allá de las partes, y, en consecuencia, no son oponibles a terceros, con tal derecho inscrito. La inscripción entonces, para tal efecto viene a jugar, respecto a inmuebles, el mismo rol que la tradición respecto a muebles*".[1]

1 *León Barandiarán, José, Tratado de Derecho Civil, Vol. I. Tomo III, Walter Gutiérrez Editor, Lima, 1992, p. 46-47*

En el derecho comparado la doctrina española desarrolla esta noción a partir del principio de inoponibilidad según el cual los derechos reales no inscritos no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho. Tratando de explicar por que un derecho inscrito vence a otro no inscrito García García sostiene "*(...) el principio de inoponibilidad...representa una especie de inscripción constitutiva pero solo respecto a terceros no en las relaciones entre las partes, en que continuaría la aplicación de la normativa estrictamente civilista.*" [2]

Dejando de lado la discusión del efecto constitutivo de la inscripción frente a terceros es claro que el derecho real inscrito es más poderoso que el no inscrito precisamente por la publicidad que es inherente a la inscripción. Tal posición es asumida por el propio Código Civil peruano, basta revisar la solución prevista por dicho Código para la doble venta. Partiendo de esta idea según la cual la inscripción en el registro configura el derecho real es claro que el triunfador en este conflicto debe ser la hipoteca inscrita.

4.3. Los efectos de la sentencia

En esta parte cabe hacer la siguiente pregunta ¿asumir alguna de las interpretaciones indicadas tiene algún tipo de impacto positivo o negativo en la sociedad o resulta indiferente asumir una u otra? Pienso que optar por tal o cual interpretación sí tiene un gran impacto en la conducta de las personas de nuestra sociedad. Veamos como sería este impacto.

El contratar cuesta, esta es una de las ideas básicas que el análisis económico ha aportado para el estudio del derecho. De igual manera optar por una interpretación en una sentencia judicial también puede generar costos. En el Perú cuando un juez resuelve sólo piensa en el caso concreto, no piensa en los efectos que su decisión tendría en la sociedad, a veces dichos efectos pueden ser muy nocivos y costosos. Una sentencia pues puede resolver un caso concreto pero puede causar un gran daño social, por eso hay que "*ver más allá del expediente*"[3] . Una sentencia siempre trae efectos "no queridos" y "no vistos" por el juez al momento de tomar la decisión. A estos efectos no queridos se les llama "externalidades".

---

2 *García García, José Manuel, Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Ed. Civitas S.A., 1ra. Ed., Madrid, 1988, p. 31-32.*

3 *La frase es de Bullard. Dice este autor: "Ver más allá del expediente no quiere decir dejar de aplicar la Ley. Tampoco implica olvidarnos del caso concreto. Por el contrario, es aplicar la Ley respetando su espíritu y entender que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente, sino que se extiende a la sociedad como un todo." Ver Bullard Gonzáles, Alfredo, Derecho y Economía. Un análisis económico de las instituciones legales, Palestra Editores, Primera edición, Lima, 2003, p. 59.*

Las externalidades son los costos o beneficios no deseados. "*La existencia de externalidades puede generar ineficiencia, por que hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen; estas personas generan más costos de los que deberían, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente por que genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.*"[4]

En el caso que nos ocupa ¿cuáles serían dichas externalidades? Si el juez opta por la primera interpretación enviaría un mensaje a todos aquellos que otorgan créditos garantizados con hipotecas que sería el siguiente: no hay que confiar en la información publicada por un registro por que el titular de un derecho oculto podría anular dicha hipoteca. Con este mensaje sencillamente el registro no daría ninguna garantía, por tanto, sería una institución inútil. Obviamente este mensaje vulnera la seguridad jurídica de cualquier inversión, los efectos son sencillos de ver, la falta de certidumbre haría que los terceros contraten menos, al final es la propia sociedad la que asume el costo de dicha inseguridad. Es evidente que esta opción interpretativa genera más costo y tiene graves inconvenientes sociales.

4.4. La asimetría de la información.

En la celebración de contratos existe una asimetría de la información que tienen las partes que lo celebran, por eso la existencia de garantías en los mutuos, por ejemplo. El deudor tiene información que el acreedor no tiene, el acreedor entonces usa una garantía y trata de obtener toda la información posible. En el caso propuesto existe una evidente asimetría de la información entre A y C. A sabe que ha vendido la propiedad con anterioridad y C no lo sabe, ni podría saberlo al no estar inscrita. A, entonces, tiene mayor ventaja, ventaja que además es apoyada por el hecho que el comprador no inscribe su derecho.

Si se opta por preferir el derecho no inscrito se estaría terminando de consolidar aquella posición ventajosa de A, posición ventajosa que además colaboraría en crear componendas y acuerdos de fraude entre A y B para perjudicar a terceros. Por el contrario, si se opta por preferir a la hipoteca inscrita creo que se estaría equilibrando aquella ventaja inicial, de esta forma, el que contrata con la información que el registro le proporciona no debería temer que la otra parte le oculta información que posteriormente terminaría perjudicándolo. Por lo demás, esta idea de equilibrar la desigualdad informativa existente es el fundamento del principio según el cual lo no inscrito no resulta oponible a lo inscrito (principio de inoponibilidad tal como lo ha bautizado la doctrina española). Asumir la posición contraria significaría crear un clima perfecto para el surgimiento de fraudes y estafas, situación que precisamente el derecho trata de combatir y no de alentar.

Podrá decirse en esta parte que, en el caso propuesto, el acreedor hipotecario C también puede actuar de mala fe para perjudicar al que no inscribió (B), esto, sin embargo, no es ningún problema puesto que recordemos que uno de los requisitos del

4 *Bullard Gonzáles, Alfredo, Ob. cit., p. 43.*

tercero registral es la buena fe, si, en cambio, se prueba la mala fe (en este caso el conocimiento de la transferencia anterior) entonces no estamos ante un tercero registral por tanto no puede ser protegido por la ley, en este caso sí se impondría el propietario que no inscribió.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Se puede concluir que una de las interpretaciones implica mayor riesgo, no para las partes sino, fundamentalmente, para terceros. La otra en cambio, por los argumentos ya explicados antes, es más segura para tales terceros. En efecto, es mucho más seguro preferir siempre la publicidad, por el contrario genera más riesgo lo oculto y clandestino. Es claro pues que en el conflicto entre una propiedad no inscrita y una hipoteca posterior inscrita esta última debe imponerse.

Uno de los requisitos de validez de la hipoteca es que sea el propietario quien la constituye, pero es evidente que dicha alusión es al "propietario inscrito" es decir, al titular registral, pues no podría ser de otra forma ya que al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva se desprende que el constituyente debe tener la propiedad inscrita, pues de otro modo sería imposible constituir la garantía, en consecuencia pues, dicho requisito se refiere al propietario inscrito.

Desde este punto de vista el artículo 1099 inciso 1 del Código Civil debió decir "*propietario con derecho inscrito*", no lo dice pero estoy convencido que así debe interpretarse, y en esto los jueces tienen un importante papel que cumplir, pues "*...otra de las importantes tareas que tiene el Poder Judicial es corregir, vía interpretación, las malas leyes dadas por el legislativo, utilizando el marco de discrecionalidad que en ocasiones deja la ley para evitar efectos no deseados.*"[5]

Finalmente, creo que estamos ante otra excepción al principio de que nadie puede transferir un derecho que no tiene, excepción que esta justificada en la protección de terceros que fundan sus decisiones en información debidamente publicada en el registro tal como ha quedado explicado en las líneas anteriores.

5 *Bullard Gonzáles, Alfredo, Ob. cit., p. 59.*

LA POSESION, EL REGISTRO Y LA EFICACIA DE LA GARANTIA MOBILIARIA

LA POSESION, EL REGISTRO Y LA EFICACIA DE LA GARANTIA MOBILIARIA

La primera impresión que se lleva el lector al revisar el texto de la ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, (en adelante la ley) sugiere que la intención del legislador ha sido eliminar por completo cualquier papel que pudiera cumplir la posesión en la constitución y funcionamiento de este tipo de garantía real. Y tal vez el legislador ha tratado de buscar aquello como reacción a la configuración legal de su símil anterior actualmente derogado: la prenda común. La constitución de ésta, conforme al texto original del Código Civil, estaba fundada básicamente en la entrega posesoria, con excepción de los regímenes especiales y lo que el propio Código denominó "*entrega jurídica*"[1]. Pero, ¿realmente es así? ¿Realmente la posesión ha perdido todo protagonismo en la configuración de la actual garantía mobiliaria? , ¿Realmente la posesión ha desaparecido por completo del "*mapa legislativo*" de esta garantía?

En las líneas que siguen se sostiene que la posesión mantiene aún cierto protagonismo, e incluso, en algunos supuestos, resulta ser trascendental para que la garantía, tal como ha sido diseñada, pueda funcionar eficazmente. Para descubrir los alcances del papel de la posesión en la garantía se analizan algunos casos específicos. Para tal efecto, el presente ensayo se ha dividido en dos partes, una primera parte que contiene una reflexión general sobre la constitución de la garantía mobiliaria y su ejecución en relación con la posesión; y una segunda parte, más extensa, referida a la eficacia de la garantía en relación con el artículo 24 de la ley, y el papel que tienen la posesión y el registro en esta norma.

1. LA POSESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

1.1. La posesión en la constitución de la garantía mobiliaria.

Para la ley si se quiere constituir una garantía mobiliaria es indiferente entregar o no la cosa, la entrega posesoria no constituye un elemento estructural de la misma[2]. Ello sin perjuicio que las partes consideren la entrega como fundamental para sus intereses.

Puede afirmarse, en términos generales, que la ley es muy flexible. De su lectura se desprende que la garantía puede ser diseñada por deudores y acreedores cual traje

---

1 *El artículo 1058 inciso 2 del Código Civil, actualmente derogado, establecía que: "Son requisitos para la validez de la prenda: 2. Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059." Y el artículo 1059 tenía la siguiente redacción: "Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo." Era absurdo que el código llamara entrega jurídica a aquello que no era entrega, la redacción del artículo debió ser distinta, debió usarse por ejemplo el término inscripción como requisito de validez.*

2 *El artículo 3.1 de la ley establece: "La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario."*

hecho a la medida. Serán ellos (no la ley) los que diseñen la garantía de acuerdo a sus intereses y necesidades. Los contratantes pueden construir y diseñar su propia garantía con la única salvedad de respetar normas imperativas que la propia ley señala y que, a decir verdad, son escasas, pues la mayoría de normas de dicha ley son de carácter mas bien dispositivo. Dentro de ese marco de flexibilidad, si las partes lo necesitan y así lo creen conveniente, pactarán la desposesión y consecuente entrega de los bienes que se afecten en garantía, de lo contrario pueden diseñar una garantía sin desposesión y sin entrega.

Lo que ley intenta impulsar es la inscripción. Así, no importa si ha habido entrega o no de la cosa, lo importante es que la garantía se inscriba. En ese sentido, la ley establece incentivos para el uso del registro, dándole importantes efectos a la inscripción, señalando por ejemplo que en caso de conflicto el registro confiere oponibilidad y preferencia a la garantía inscrita frente a derechos no inscritos[3]. ¿Significa esto que la posesión ha sido eliminada definitivamente? La respuesta puede ser si y no. Se ha eliminado como parte de la estructura de la garantía, pero no se ha proscrito su uso, de tal forma que una garantía con entrega posesoria es tan válida como una garantía donde no hay tal entrega. Ambas son admitidas por la ley. El uso o no de la entrega del bien como parte de la garantía será definida por los propios interesados.

Después de unos años de vigencia habría que evaluar qué tipo de garantía prefieren acreedor y deudor midiendo, si fuera posible, que garantía es de uso frecuente, la garantía con entrega de la cosa o sin ella. Habría que ver si las personas de todos los rincones del Perú dejan de usar la entrega posesoria como garantía, y prefieren más bien una garantía sin desposesión y con inscripción. O tal vez haya lugares donde esto no ocurra y donde la entrega siga manifestándose como útil. El tiempo lo dirá, ahora es prematuro lanzar alguna conclusión.

---

3 *Existen en la ley una serie de normas que respaldan esta idea. Así el art. 17 de la ley segundo párrafo establece: "Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente." El art. 25 primer párrafo de la ley señala: "La garantía mobiliaria regulada por esta Ley confiere al acreedor garantizado preferencia sobre la base de la fecha de su inscripción en el Registro correspondiente." El art. 26: "Cuando se hubiesen constituido garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien mueble, la preferencia se regula de acuerdo a la fecha de inscripción en el Registro correspondiente." El art. 27 primer y segundo párrafo establece: "La inscripción de la cesión de derechos en el Registro correspondiente, ya sea en propiedad o en garantía, otorga preferencia para su pago al cesionario desde la fecha de tal inscripción. La cesión inscrita en el registro correspondiente prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido." El art. 32 señala una serie de actos que se inscriben en el registro "...para los efectos de su prelación, oponibilidad y publicidad..." El art. 37: "Los efectos de la inscripción efectuada directamente o a partir de una anotación preventiva que se convierta en definitiva, se retrotraen a la fecha y hora en que se haya ingresado el Formulario correspondiente al Registro, momento a partir del cual tal inscripción goza de oponibilidad frente a terceros."*

Es difícil definir normativamente la conveniencia o no de la entrega posesoria como parte estructural de una garantía para bienes muebles. Esto por una sencilla razón: existen infinidad de bienes muebles con variadas y diferentes características. Tal variedad hace que sea posible elaborar sub clasificaciones en las que dos o más grupos de bienes muebles tengan características muy diferentes entre si, de tal forma que, salvo la característica de ser trasladados de un lugar a otro, no tengan ningún otro elemento en común. La movilidad como elemento común, sin embargo, no es suficiente para realizar un tratamiento único y uniforme en lo que respecta a una garantía real.

La prueba de la anterior afirmación es la regulación tradicional en nuestro derecho civil de la ahora derogada prenda común. La regulación de esta garantía resultó insuficiente y limitativa. La realidad demostró que la entrega posesoria como requisito de validez de la garantía no era conveniente para todos los bienes muebles, era imposible por tanto imponer un tratamiento legal único. Hay bienes a los que por su valor e importancia así como su destino económico exigen lo contrario de lo que las normas civiles intentaban imponer, exigen que no haya entrega del bien. Esa fue la causa de por que se consideró de manera ficticia a algunos bienes muebles como inmuebles, para que participaran de los beneficios de la hipoteca inmobiliaria que no exigía entrega del bien para su constitución como garantía real, así nació, entre otros, la hipoteca sobre embarcaciones pesqueras o sobre aeronaves considerándose a estos bienes como inmuebles. Pero no sólo eso, además se empezó a crear regulaciones de excepción que establecieron las prendas sin entrega de la cosa, de esa forma se crearon diversas garantías mobiliarias.

Es claro que la entrega no siempre es conveniente para el funcionamiento de una garantía sobre bienes muebles, esto sin embargo no debe llevarnos a aceptar el extremo opuesto como válido, afirmando que la no entrega de la cosa es imprescindible para la configuración legal de una garantía mobiliaria. Este otro extremo es igualmente erróneo. La conveniencia o no de la entrega no puede ser impuesta por la ley, mas bien dependerá de las circunstancias, de las necesidades de las partes y del tipo de bienes de que se trate.

La entrega del bien conviene en algunos casos y en otros no. No resulta muy útil en aquellos casos en los que es necesario aprovecharse del bien para generar renta que será usada precisamente en pagar la deuda garantizada. Sin embargo, si el bien no cumple esta función de generación de nueva renta, es mas bien recomendable la entrega, tal es el caso de los bienes que cumplen una función suntuaria.

En efecto, imaginemos el ejemplo de las joyas. Conforme a las reglas ya derogadas del Código Civil anterior referentes a la prenda común si una persona necesitaba un monto mínimo de dinero podía conseguir un crédito rápido con la entrega de sus joyas. Con la regulación actual la entrega no es constitutiva y para generar oponibilidad y preferencia habrá que inscribir la garantía con el documento notarial pertinente. En el proceso probablemente el interesado invierta una suma mayor de la que le interesa solicitar como crédito (basta pensar en el costo de

la escritura o acta notarial, y el costo de la inscripción[4]). Lo anterior obligará a que los montos a solicitar sean mayores a los gastos ocasionados para inscribir la garantía, esto hará que los montos menores se excluyan del circuito del crédito. Es decir el efecto podría ser la eliminación del microcrédito. Queda la posibilidad sin embargo de otorgar un crédito pequeño con la entrega de las joyas y sin inscripción, pero el riesgo aquí aumenta, pues el deudor podría constituir otra garantía incluyendo estos bienes (las joyas) y además con la respectiva inscripción, en tal caso la segunda garantía inscrita tendrá preferencia en el pago, respecto de la primera. ¿Será este riesgo suficiente para que la garantía con entrega de joyas y sin inscripción se deje de usar, o se seguirá usando a pesar del riesgo descrito?, el tiempo se encargará de responder esta interrogante.

En conclusión, si bien la ley incentiva el registro, este impulso termina desincentivando las garantías sobre algún tipo de bienes muebles en los que la entrega posesoria basta y conviene a los intereses de las partes para funcionar como garantía.

1.2. La posesión en la ejecución de la garantía mobiliaria

La ley privilegia la ejecución extrajudicial. Esto no es una novedad en el caso de garantías sobre bienes muebles pues el Código Civil al regular la prenda también permitía pactar la ejecución extrajudicial, solo a falta de pacto se acudía a la vía judicial.[5]

El problema que surgió durante el anterior régimen legal de la prenda (tanto de la común como de las prendas especiales sin desposesión) es que esta ejecución extrajudicial fue escasamente utilizada. A decir de algunos especialistas esto se debió, entre otras causas, al problema de la toma de posesión del bien, cuestión que podría repetirse en el caso de la actual garantía mobiliaria.[6]

---

4 *Sobre esto Bullard ha sostenido que la inscripción es también un costo de transacción, opinión que habrá que aceptar por obvias razones. En palabras de este autor los registros "...reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son a su vez, un costo de transacción (por que implican pagar al Notario, al Registrador, al abogado)". Bullard Gonzáles, Alfredo, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 145-146.*

5 *El artículo 1069 admitía claramente la ejecución extrajudicial, el texto de la norma era el siguiente: "Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago."*

6 *Esta idea ha sido sostenida por el profesor Nelson Ramírez Jiménez en el Seminario "La nueva Ley de Garantías Mobiliarias y su repercusión en el Sistema de Garantías Mobiliarias" llevado a cabo en la ciudad de Cajamarca los días 01 y 02 de setiembre del año 2006 organizado por la Zona Registral N°II Sede Chiclayo. Otro de los problemas presentados en la ejecución extrajudicial de la prenda era quien remataba el bien, esto es solucionado por la actual ley que establece un poder otorgado a un tercero que le permite rematar el bien en representación del propietario del bien, poder que es de duración indefinida y sin la formalidad de escritura pública.*

Si hay incumplimiento y hay necesidad de ejecutar la garantía, en caso se haya pactado una garantía sin desposesión, el problema es como obtener la posesión de la cosa para poder venderla en subasta. Recuérdese que en el caso de bienes muebles se exige entregar la cosa para poder transferir la propiedad, por ello no es posible realizar el remate si no se tiene el bien, salvo los supuestos de tradición ficta.

Pizarro resume así el asunto: "*(...) un problema grave de todo mecanismo de ejecución extrajudicial es la toma de posesión del bien, la misma que debería ser realizada siempre que no se altere el orden público ni los derechos del deudor. Sin embargo, en la mayoría de casos, eso no es posible y se tiene que recurrir a la toma de posesión mediante una orden judicial, lo cual genera complicaciones en todo los casos*".[7] La posesión de la cosa es fundamental para el buen funcionamiento de cualquier mecanismo de ejecución de una garantía.

El problema mencionado es abordado por el artículo 51 de la Ley.[8] Este artículo permite que las partes pacten la forma de tomar posesión del bien, a falta de pacto se regulan dos supuestos. Primero: la aprehensión pacífica. En este supuesto el acreedor garantizado puede tomar la posesión del bien directamente, pero de manera pacífica evitando "*las vías de hecho no justificadas por las circunstancias*". Segundo: el requerimiento judicial de incautación. Es evidente que en este caso el deudor o el tercero depositario se niegan a entregar la cosa y no puede darse la aprehensión directa.

---

7 *Pizarro Aranguren, Luis, El pacto comisorio y el perro del hortelano en Libro Homenaje a Jorge Avendaño, Tomo II, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2004, p. 654*

8 *El artículo 51 de la ley tiene el siguiente texto: "Artículo 51.- Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Las partes podrán regular mediante pacto la forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. A falta de pacto, el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la certificación notarial del acto en la que se deje expresa constancia del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, así como la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, dentro de los dos días hábiles siguientes.*
El acreedor garantizado o el adquirente podrán, alternativamente, solicitar al Juez Especializado en lo Civil, por la vía sumarísima, un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.
El juez no correrá traslado al deudor del pedido de requerimiento y además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El juez expedirá el requerimiento por el solo mérito de la solicitud del acreedor garantizado y de la documentación presentada, pudiendo dictar un apercibimiento de empleo de la fuerza pública.
El requerimiento judicial será notificado mediante oficio a la autoridad policial del lugar y dispondrá la entrega inmediata del bien mueble afecto en garantía mobiliaria al acreedor garantizado o al adquirente".

En este caso hay que acudir al Juez especializado Civil por la "*vía sumarísima*" en un procedimiento que tiene como características el no correr traslado a la otra parte y no admitir recurso alguno que entorpezca la incautación. El Juez dicta un apercibimiento de empleo de la fuerza pública y la autoridad policial encargada de ejecutar tal requerimiento deberá llevar a cabo la incautación dentro de las 48 horas de haber recibido la orden bajo responsabilidad.

Como se ve la toma de posesión del bien es trascendental para la ejecución de la garantía. Sin embargo, hay un riesgo que puede afectar la eficacia de la ejecución. La ley ha usado el término "*vía sumarísima*" al momento de definir el procedimiento. Esto, que parece inocuo, puede traer algunos problemas. Podría argumentarse que dicho término hace referencia al proceso contencioso que con dicho nombre se encuentra regulado en el Código Procesal Civil actualmente vigente en sus artículos 546 y siguientes.[9] Podría argumentarse también que al prohibirse la notificación y cualquier apersonamiento, dicho procedimiento vulnera el derecho constitucional de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso y que por tanto es inconstitucional.

Si estas y otras interpretaciones similares son acogidas por los Jueces encargados de dictar el requerimiento de incautación, es claro que un procedimiento que le ley ha querido sea sencillo y expeditivo, se habrá convertido en un proceso complejo, dilatado, y desde luego, contencioso. Esto frustraría lo que la ley busca: una ejecución rápida y sin complicaciones. Si esto ocurre con seguridad volveremos al sistema anterior regulado originalmente en el Código Civil, es decir, a la configuración de una garantía con entrega física de la cosa, pues éste sería el camino más expeditivo para evitar tal embrollo.

Hay que recordar, sin embargo, que sobre este tema ya existió una valiosa experiencia en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos,[10] que funcionó como un registro

---

9 *El artículo 546 indica: "Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: 1.Alimentos. 2. Separación convencional y divorcio ulterior. 3. Interdicción. 4. Desalojo. 5. Interdictos. 6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por que debido a la urgencia de la tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo. 7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayo de veinte Unidades de Referencia Procesal; y, 8. Los demás que la ley señale." (Subrayado agregado)*

10 *Al respecto ver el interesante trabajo de Edilberto Cabrera Ydme sobre este registro en: El procedimiento registral en el Perú, Palestra Editores, Lima, 2000, p. 311 y siguientes. Ver también el trabajo de Mirtha Rivera Bedregal y Rosario Guerra Macedo, titulado "Comentarios a los precedentes de observancia obligatoria en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos" publicado en El Derecho Registral en la Jurisprudencia Comentada, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2005, p. 203-215. Sobre el tema estas últimas opinaron que el registro de contratos de ventas a plazo debe mantenerse pero la ejecuciónante el incumplimiento debe ser judicial, sin embargo, las normas del registro de ventas a plazos se derogaron y la ejecución en la actual garantía mobiliaria es fundamentalmente extrajudicial.*

de garantías mobiliarias con ejecución extrajudicial, experiencia que podría darnos luces sobre la solución al mencionado problema.[11]

Recordemos que conforme al artículo 6 de la antigua Ley 6565[12] que regulaba el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, en caso de incumplimiento del deudor, el Registrador, a solicitud del comprador que tenía inscrito su contrato, podía ordenar la extracción de la cosa por medio de la autoridad política. En esos casos el Registrador se dirigía mediante Oficio al Juez competente pidiendo autorización para proceder al descerraje del inmueble donde estaba depositado el bien y pidiendo el auxilio de la fuerza pública. En tales casos, aun que no había norma alguna, el Juez autorizaba el descerraje, se recuperaba el bien objeto del contrato de venta a plazos y este era rematado por el Martillero Público designado por el Registrador.

Esta fue una práctica frecuente en el registro. A los Jueces no se les ocurrió declarar inconstitucional dicha autorización y tampoco convirtieron a este procedimiento en un proceso contencioso, al contrario con buen criterio ordenaban el descerraje correspondiente.

La ley que regula la actual garantía mobiliaria es reciente y no hay experiencia suficiente para hacer una evaluación al respecto, por ello solo podemos especular sobre como actuaran los Jueces en los casos que se presenten. Lo que si es seguro es que está en manos de los magistrados la eficacia de la recuperación del crédito en el caso de la garantía mobiliaria sin desposesión.

2. EL PAPEL DE LA POSESION Y EL REGISTRO EN LA EFICACIA DE LA GARANTIA MOBILIARIA: Propiedad v/s garantía mobiliaria

El artículo 24 es uno de los artículos más incomprendidos de la ley, y su interpretación no es fácil pues tampoco lo es el propio texto de la ley. Su texto es el siguiente:

"Artículo 24.- Afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho

Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario.

Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún

---

11 A pesar de que la ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, deroga las normas del Registro fiscal de ventas a plazos en su sexta disposición final, la experiencia de este es importante, pues es única, ya que a diferencia de la prenda común y de las prendas especiales (agrícola, industrial, global y flotante), donde la ejecución extrajudicial no funcionó, en el Registro Fiscal de Ventas ocurrió lo contrario.

12 El art. 6 de la ley 6565 del 12 de marzo de 1929 tenía el siguiente texto: "A solicitud del vendedor que tenga inscrito el contrato, el Registrador Fiscal notificará al comprador que adeude más de tres cuotas consecutivas, para que verifique su pago, y de no efectuarlo en el término de diez días, mandará recoger la cosa por medio de la autoridad política para proceder a su remate. El producto de la subasta se aplicará al pago de las cuotas pendientes y de los gastos del remate, y el saldo, si lo hubiese se entregará al comprador."

registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe."

Este artículo podría interpretarse limitando su aplicación a la llamada garantía preconstituida. Básicamente el argumento sería el siguiente: el artículo citado se refiere al supuesto en el que un no propietario constituye la garantía mobiliaria, si se tiene en cuenta que uno de los supuestos de garantía preconstituida que la ley reconoce es la del bien ajeno, es decir de un bien que aun no es del constituyente, se llega a la conclusión que el artículo 24 no es si no un complemento de la garantía otorgada sobre un bien ajeno.[13] A ello se agrega que la norma esta ubicada inmediatamente después de aquellos artículos que se refieren a la garantía preconstituida.[14]

Tal interpretación es errónea pues, como se verá luego, los supuestos de la garantía preconstituida y los supuestos del artículo 24 son claramente distintos. En el caso de la garantía preconstituida el acreedor garantizado conoce que el bien no es del constituyente, y la eficacia de la garantía esta supeditada a que el constituyente adquiera la propiedad del bien mueble. El artículo 24 en cambio se refiere a la eficacia de la garantía mobiliaria en general, y tiene una función protectora a favor de terceros contratantes (concretamente del acreedor garantizado) y funciona cuando el acreedor garantizado desconoce el carácter ajeno del bien, y celebra el contrato creyendo, de buena fe, que el constituyente si es propietario.

En realidad el citado artículo cumple la misma función que la que cumple el artículo 948 del Código Civil en el ámbito de la transferencia de propiedad de los bienes muebles; ambas normas están vinculadas y por ello su estudio debe hacerse de manera conjunta. Para entender la función que ambas normas cumplen necesariamente se debe empezar haciendo referencia, aun que brevemente, al mencionado artículo 948.

---

13 *Los artículos 20 y 21 se refieren a la garantía sobre bien ajeno y tienen el siguiente texto: "Artículo 20.- Garantía mobiliaria preconstituida. Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos: 1. Sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble. 2. Sobre bien mueble futuro, antes de que exista. 3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.*
En los casos mencionados, deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada".
"Artículo 21.- Eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida. La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas: 1. Tratándose de un bien mueble ajeno, a que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble. 2. Tratándose de un bien mueble futuro, a que el bien mueble llegue a existir. 3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación."
De lo anterior se deduce claramente que el carácter ajeno del bien debe ser conocido por ambas partes, es decir por el constituyente y el acreedor garantizado, por eso la obligación de dejar constancia de tal situación en el acto constitutivo.

14 *En efecto los artículos 20, 21, 22 y 23 de la ley regulan todo lo referente a la garantía preconstituida.*

2.1. La adquisición "a non domino" de los bienes muebles en el Código Civil.

¿Cómo se transmite la propiedad de los bienes muebles? Al respecto el artículo 947 establece lo siguiente:

*"**Artículo 947º.-** La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente."*

La doctrina nacional mayoritaria conviene en señalar que el artículo citado recoge la teoría del título y modo.[15] Es decir, para transferir la propiedad de un bien mueble es necesario que haya un acto jurídico (título) y un acto físico (modo) que no es otra cosa que la traditio (salvo el caso de la tradición ficta y documental) entendida como la entrega o traslado posesorio del bien.

Desde luego, para que la transferencia de propiedad mueble sea eficaz el que otorga el título y el que entrega la cosa debe ser el propietario. Esto en aplicación una idea muy sencilla "nadie puede transmitir un derecho que no tiene", a pesar de que ninguna norma recoge esta idea de manera expresa, la misma tiene calidad de principio general del derecho civil peruano, se trata del principio romano "*nemo in alium plus iura transferre potest quam ipse habet*". El principio resulta obvio, pues, si no se es titular del derecho sencillamente no puede haber transferencia del mismo, en consecuencia, para transmitirlo se debe ser titular de tal derecho. Por ejemplo, sería ridículo darle eficacia real a un contrato mediante el cual una persona vende la casa de su vecino, quien es el real propietario; para que dicha transferencia sea eficaz el vecino debe dar su conformidad, de lo contrario la venta podrá ser válida pero no tiene efecto real alguno (es decir no tiene eficacia, no transmite la propiedad), aun que eventualmente tal contrato podrá tener otro tipo de efectos los correspondientes al derecho de obligaciones.

Sin embargo, este principio general tiene una excepción, pues la legislación peruana admite de manera extraordinaria que un no propietario pueda transmitir propiedad válidamente. Se trata de la llamada adquisición "a non domino", es decir la adquisición de un derecho de quien no es propietario, figura que se encuentra regulada en el artículo 948 del Código Civil que tiene el siguiente texto:

*"**Artículo 948º.-** Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo.*
Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal."

---

15 *Cfr. Ramírez Cruz, Eugenio María, Tratado de Derechos Reales, Editorial Rhodas, Lima, 1999, p. 211; Gonzáles Barrón, Gunther, Derechos Reales, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 720. Avendaño Valdez, Jorge, "Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil" en Derechos Reales, Materiales de Enseñanza, segunda edición, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1989, p. 196-197.*

Esta norma establece que podría adquirirse un derecho de quien no es su titular.

"La norma se pone en el caso de que exista un "depositario infiel", esto es un poseedor que tiene la obligación de restituir y que a pesar de ello, enajena y entrega el bien mueble a un tercero adquirente."[16] Para que la adquisición ocurra tiene que darse tres requisitos. Primero, que haya tradición es decir desplazamiento posesorio a favor del adquirente. Segundo, que el adquirente actúe de buena fe y finalmente que no se trate de bienes perdidos o adquiridos con infracción de la ley penal.

En cuanto al primer punto referido a la tradición hay que aclarar que también resulta de aplicación los supuestos de tradición ficta.

La norma exige buena fe, por tanto, el adquirente debe creer que su transferente actúa en ejercicio de un derecho del cual es titular, por tanto debe desconocer que el transferente es un "*non domino*", es decir, que no es propietario, si a pesar de saberlo celebra el contrato obviamente esta obrando de mala fe.

Puede ser que el adquirente crea que el transferente es el propietario, celebre el contrato, pagando el precio y recibiendo la cosa confiando en ello. Sin embargo, a pesar de haber actuado de buena fe no será protegido si el bien mueble es perdido o adquirido con infracción de la ley penal. Es obvio que el legislador en este caso ha preferido proteger al propietario original en perjuicio del tercero de buena fe para no legitimar ilícitos penales.

La adquisición *a non domino* es una figura de origen germano.[17] El fundamento de la figura se centra en dos puntos: primero la protección de la apariencia y segundo la circulación de los bienes. En cuanto a la apariencia es claro que el comprador del bien confía en que el vendedor es propietario, confianza que se sustenta en la posesión que este último ostenta del bien y, desde luego, sobre la base de su comportamiento, que deberá ser el de un propietario normal. Se trata entonces de proteger la buena fe del que compra el bien basado en la confianza que la apariencia brinda. Si esto no fuera así antes de comprar un bien mueble habría que hacer una investigación sobre si el vendedor es realmente propietario, cuestión que en este tipo de bienes puede devenir en casi imposible, a tal extremo que la investigación puede generar costos superiores al valor del propio bien de que se trate, esto como es obvio impediría su tráfico comercial.

---

16 *Avendaño Valdez, Jorge, op. cit., p. 197*

17 *En ese sentido Cfr. Font Boix, Vicente. La adquisición "a non domino", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 463, Madrid. Noviembre-Diciembre 1967, p. 1615. Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Instituciones del Derecho Civil. Volumen II / 1 Derechos Reales, Ed. Tecnos, 2ª Edición, Madrid, 1995, p. 151.*

2.2. La protección al tercero del artículo 24.

El artículo 24 de la ley establece algunos supuestos de adquisiciones "*a non domino*" similares al supuesto regulado por el Código Civil en el artículo 948, y los fundamentos de ambas normas son bastante parecidos, aun que existen algunas diferencias como veremos luego al analizar cada supuesto. Todos estos supuestos conceden a la posesión algún papel en la eficacia de la garantía, que en algunos casos llega a ser protagónico.

El citado artículo establece como requisito de eficacia de la garantía que su constitución sea hecha por el propietario del bien o el titular del derecho, y señala que si no es así sencillamente dicha garantía perderá eficacia respecto al real propietario o titular, quien podrá hacer valer su derecho sin que la garantía le afecte. Esto no es más que una expresión del principio romano al que nos hemos referido en el apartado anterior.

Así las cosas queda claro que, en principio, si la garantía mobiliaria es constituida por un no propietario (por que nunca lo fue o por que su derecho se anuló) pues sencillamente esta será ineficaz frente al verdadero propietario. Esto no es una novedad pues el mismo principio existía anteriormente en la regulación de la prenda.[18]

El artículo en estudio sin embargo señala dos importantes excepciones a esta regla general. La diferencia entre las dos excepciones mencionadas esta fundada en la existencia o inexistencia de un registro donde se inscriba el bien objeto de la garantía y que publicite quien es el titular o propietario del mismo. Primera excepción: Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes y Segunda excepción: Si el constituyente es "legítimo poseedor" del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad del bien. En ambos casos se exige que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. Las líneas que siguen están dedicadas a analizar estas excepciones.

Antes de continuar es importante indicar que esta regulación es novedosa puesto que no existía una norma parecida en la regulación de la prenda común contenida en el Código Civil, tampoco existía norma parecida en la legislación de las

---

18 *El Artículo 1058 del Código Civil en su inciso 1 establecía que "Son requisitos para la validez de la prenda: Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente". La norma hablaba de validez de la garantía y no de eficacia. Para el Código Civil si la prenda era constituida por un no propietario sencillamente era nula, es decir la legitimidad dispositiva (la titularidad del derecho de propiedad) era un requisito estructural de validez del acto; para la actual Ley de garantía mobiliaria sin embargo este es un supuesto de ineficacia, es decir la legitimidad dispositiva es un requisito no estructural si no mas bien funcional del acto, de tal forma que en los supuestos regulados en el art. 24 la garantía constituida por un no propietario es completamente válida y completamente eficaz.*

prendas especiales,[19] en ese sentido podría afirmarse que la actual legislación protege con mayor eficacia al acreedor garantizado que la legislación anterior.

2.2.1. Primera excepción: bienes muebles registrados.

Como se sabe, no existe en el Perú un Registro de bienes muebles único donde tengan que inscribirse todos los bienes de esta naturaleza;[20] además su existencia es prácticamente imposible, pues sus costos pueden resultar prohibitivos además de perjudicar seriamente el tráfico de este tipo de bienes. Sin embargo, existen bienes muebles que por sus características particulares (posibilidad de identificación indubitable y valor suficiente) pueden ser objeto de inscripción en un registro de seguridad jurídica; el legislador peruano lo ha creído así y ha creado algunos de estos registros como por ejemplo: el Registro de propiedad vehicular, el Registro de naves y aeronaves, el Registro de embarcaciones pesqueras, entre otros. Pues bien, es precisamente a estos registros a los que se refiere la primera excepción del artículo 24 que venimos comentando y su fundamento es la propia existencia de tales registros que publican titularidades.

En efecto, dichos registros pueden agruparse en la categoría más genérica de registro de bienes, estos registros tienen algunos caracteres que los identifican: son *registros de seguridad jurídica,*[21] están organizados sobre la base del

---

19 *Puede sin embargo hallarse similitud con los principios registrales de inoponibilidad de lo no inscrito y la fe pública registral, sin embargo dichos principios han sido de escasa aplicación en el único registro de bienes muebles que existió hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley: el Registro de Propiedad Vehicular. Mas adelante en este mismo trabajo se analiza dicha similitud.*

20 *El artículo 2043 del Código Civil ubicado en el Título VIII denominado Registro de Bienes Muebles tiene el siguiente texto: "Son objeto de éstos registros los bienes muebles registrables de acuerdo a Ley". Esta norma reconoce implícitamente que hay bienes muebles que no son registrables y otros que si lo son, dentro de éstos reconoce la existencia de varios registros y no de uno solo.*

21 *El profesor español Pau Pedrón indica que los Registros de Seguridad Jurídica, impropiamente llamados jurídicos, se caracterizan por que su información esta destinada a particulares a fin de dar certidumbre a sus relaciones jurídicas, y tienen algunos rasgos comunes como: la existencia de un control de legalidad previo (calificación), el carácter documental público del asiento registral, existencia de conexión entre los asiento registrales (tracto sucesivo o previa inscripción), la oponibilidad o eficacia frente a terceros y la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del Registro. El mismo autor distingue dos tipos de registros de seguridad jurídica los organizados en base al folio real (organizado en base al bien) y al folio personal (organizado en base a la persona natural o jurídica). Cfr. Pau Pedrón, Antonio, Elementos de Derecho Hipotecario, 2°Edición, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2003, p.15 al 22. Ver también del mismo autor Curso de Práctica Registral, UPCO, Madrid, 1995, p. 21 y 22. Hay que indicar sin embargo*

principio de folio real y tienen principios propios como el principio de publicidad y el principio de legitimidad, el principio de inoponiblididad y el de fe pública registral. Además, su finalidad es publicitar titularidades (quién es el propietario o quién es el titular del derecho) y brindar información a los particulares para que estos tomen decisiones y celebren contratos confiando en la publicidad registral. La información de este tipo de registros tiene el respaldo del Estado y, por tanto, tiene carácter oficial. Por ello, si alguien celebra un contrato confiando en la información del registro no debe perjudicarse por información que no conste en éste y que, por tanto, desconoce.

Basado en esto, el artículo 24 en estudio establece dos supuestos de adquisición *a non domino*, supuestos que coinciden con los principios registrales de inoponibilidad de lo no inscrito y fe pública registral, en ese sentido puede afirmarse que este artículo contiene dichos principios, como se verá a continuación.

Hay que indicar que en esta parte se establece una gran diferencia con el artículo 948 del Código Civil; de lo que se trata con este último es de proteger a la apariencia posesoria, sin embargo, cuando haya otro mecanismo que publique titularidades como el registro dicha norma ya no se aplica, pues no se puede oponer la presunción posesoria de propiedad cuando el registro publica una situación distinta.[22] El fundamento de esta primera parte del artículo 24 es distinto pues radica básicamente en la publicidad registral y no en la posesión.

---

que los registros de seguridad jurídica no se agotan en los Registros de Bienes y los Registros de Personas, pues modernamente se han desarrollado los Registros de Contratos, los que también deben considerarse como registros de seguridad jurídica, pues su información también esta dirigida a los particulares a fin de dar certeza a sus relaciones jurídicas y participa de todas las demás características indicadas. Desde luego para organizar la información no se usa el folio real o el folio personal, si no más bien el folio causal o contractual. Este ha sido el caso de los registros especiales de prendas actualmente derogados: El Registro de Prenda Agrícola, el Registro de Prenda Industrial, y el Registro de Prenda Global y Flotante. Del mismo modo en esta categoría se incluye el Registro Mobiliario de Contratos creado por la ley de Garantía Mobiliaria que venimos comentando.

22 *Al respecto el arto 912 del Código Civil señala "El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito." Es cierto que la posesión lleva intrínseca una forma de publicidad, pero ella es incipiente. Según la norma citada la elemental publicidad posesoria termina subordinándose a la publicidad registral que es más completa y perfecta.*

2.2.1.1. Fe pública registral.



Figura 1: Fe pública registral

En la figura 01 se ilustra este caso. En realidad pueden presentarse dos supuestos. El primero: Imaginemos que el titular registral (A) del bien mueble vende el mismo al comprador (B) y le entrega la cosa. El adquirente (B) inscribe su derecho, posteriormente constituye una garantía mobiliaria a favor de el acreedor garantizado (C) quien inscribe la misma. Posteriormente y por causas que no figuran el registro el contrato de compraventa entre A y B se anula. Esta nulidad ¿afecta la garantía mobiliaria? El conflicto se presenta en este caso entre (A) a quien retornaría la propiedad por la nulidad y (C) el acreedor garantizado. Este problema es solucionado por el citado artículo 24. Este señala que la garantía es completamente válida siempre y cuando se cumpla con los dos únicos requisitos que la norma exige: inscripción y buena fe. Nótese que también estamos ante una adquisición *a non domino* puesto que por la nulidad declarada el constituyente de la garantía no es propietario del bien.

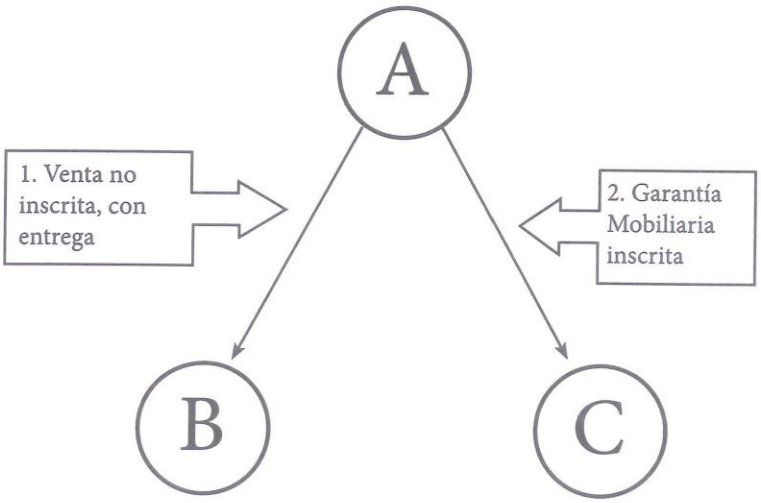
El segundo supuesto que se puede plantear es el mismo solo que a diferencia del anterior no hay entrega del bien, a pesar de ello las transferencias se inscriben. De esta forma, el titular registral (A) del bien mueble vende el mismo al comprador (B) pero no le entrega la cosa. El registrador no verifica la posesión, con lo cual, es completamente posible que (B) inscriba su derecho. Posteriormente se inscribe una garantía mobiliaria sin desposesión constituida por (B) a favor del acreedor garantizado (C). En este supuesto es completamente posible que (A) reclame la cosa indicando que es propietario y que siempre la tuvo en posesión y que por tanto nunca hubo transferencia de propiedad. En este conflicto entre (A) y (C) ¿quién

debe imponerse? Pues nuevamente, conforme al citado artículo 24, el interés del acreedor garantizado (C) se impone, siempre que haya actuado de buena fe. Como veremos luego el tema posesorio plantea alguna duda sobre la buena fe en este último caso.

2.2.1.2. Inoponibilidad de lo no inscrito.

Según este principio lo no inscrito no es oponible al que ha inscrito. A manera de ejemplo se ilustra el principio en la figura 02. Imaginemos que el titular registral (A) del bien mueble vende el mismo a un comprador (B) y le entrega la cosa. Sin embargo este último, ya en posesión de la cosa, no inscribe su derecho. Posteriormente (A), que sigue figurando como titular registral, constituye una garantía mobiliaria a favor del acreedor garantizado (C), este inscribe la garantía. Como se ve, se produce un conflicto entre la propiedad no inscrita de (B) y la garantía a favor de (C). ¿Quien vence en este conflicto? Pues el artículo 24 resuelve el problema el que vence es (C) pues su garantía es válida si se cumple los dos requisitos que la norma exige: inscripción y buena fe. Nótese que se trata de una adquisición *a non domino* puesto que el acreedor garantizado (C) celebra el contrato con quien ya no es propietario. Esto tiene un fundamento claro si el acreedor confía en la información que un registro de bienes le proporciona y constituye una garantía mobiliaria inscribiéndola, el acreedor no debe ser perjudicado por derechos no publicados en el registro, por tanto, cualquiera que alegue ser propietario y no haya publicado suficientemente su derecho con la inscripción debe sucumbir ante la garantía debidamente publicada.

Figura 2: Principio de Inoponibilidad



2.2.1.3. El problema de la buena fe.

En los casos en los cuales la información del registro no coincide con la entrega de la cosa podría presentarse algún problema con la eficacia de la garantía. En efecto, para la eficacia de una garantía *"a non domino"* la ley le exige al acreedor garantizado buena fe. Es decir, requiere que desconozca la existencia de otros derechos sobre el bien. Como ya quedó explicado, en el caso de la transferencia de propiedad de bienes muebles, el Código Civil peruano recoge la teoría del título y el modo; es decir, se requiere de un contrato, pero además, de la entrega (traditio) del bien para que el acto tenga efectos reales y pueda transmitirse la propiedad eficazmente. De esta forma, si sólo existiera el contrato (título) y no se hubiere entregado la cosa con el respectivo traslado posesorio (salvo desde luego los supuestos de *traditio ficta* donde la entrega se produjo con anterioridad al contrato) la transferencia de propiedad no se produciría, pues, en este supuesto, el contrato solo tendría efecto obligacional descartándose cualquier efecto real. Si este contrato se inscribe nada cambia, sigue teniendo efectos meramente obligacionales, pues recordemos que el registro no es constitutivo, para que haya efecto real y la transferencia ocurra tendría que cumplirse el modo (*traditio*). En consecuencia, es completamente posible que el titular con derecho inscrito no sea propietario, si es que el bien no se le ha entregado aún. Desde este punto de vista lo que debe hacer el acreedor garantizado es verificar que haya título y modo, es decir, debe verificar que el constituyente tenga la posesión del bien para asegurarse que sea el propietario.

Sin embargo, queda una cuestión por resolver ¿qué pasa si dicho acreedor no verifica la posesión? ¿Podría sostenerse que no hay buena fe pues sabiendo que debe verificar si hubo o no *traditio* el acreedor no hace tal verificación? En este caso, bastaría con demostrar que la posesión del bien siempre estuvo en manos de un tercero y nunca en manos del constituyente para cuestionar la buena fe del acreedor garantizado. Queda claro que si dicho acreedor conocía que la posesión del bien estaba en manos de un tercero no actuó con buena fe, lo que significa que el propietario original vencería al acreedor garantizado. Lo que no queda tan claro es que se tenga que exigir al acreedor la carga de investigar quien es poseedor del bien al momento de constituir la garantía, tomándose el incumplimiento de esta verificación como un actuar de mala fe; en todo caso, este tema deberá ser evaluado por el Juez en cada caso concreto. Por mi parte, creo que lo más recomendable y seguro para el acreedor garantizado, a fin de evitar una posición de desventaja en futuros conflictos, es verificar quien tiene la posesión del bien.

Como se ve incluso en bienes inscritos donde el Registro tiene un papel protagónico resulta que la posesión podría tener un rol relacionado con la eficacia de la garantía.

2.2.2. Segunda excepción: bienes muebles no registrados.

El artículo 24 establece que si el constituyente de la garantía es "*legítimo poseedor*" del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá, a pesar de que el constituyente no es propietario del bien, siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe.

Es obvio que la norma se refiere a los bienes muebles que no tienen un registro de titularidades (registro de bienes), como por ejemplo herramientas, lapiceros, televisores, maquinaria, etc. Al no existir un registro que publique oficialmente (con el respaldo del Estado) quien es el propietario del bien, el tratamiento de dichos bienes tiene que ser distinto a los bienes indicados en el apartado anterior.

En la estructura de la ley 28677 tanto el Notario como el Registrador Público, que son los que participan en la formalización e inscripción de la garantía no verifican la propiedad de los bienes objeto de la misma. La ley salva este asunto exigiendo una declaración jurada unilateral del constituyente en el que declare ser propietario de los bienes que grava[23]. Puede ser, sin embargo, que el constituyente no sea el propietario del bien objeto del gravamen por que nunca lo ha sido o por que su adquisición esta viciada de nulidad. Si no se puede verificar la propiedad en el registro ¿cómo aseguramos la eficacia de la garantía inscrita? Pues el artículo 24 trata de darnos una respuesta.

Dicha norma regula una nueva forma de adquisición "*a non domino*" de un derecho real, aun que, al igual que en el caso de los bienes inscritos, existen algunas diferencias respecto de la regulada en el artículo 948 del Código Civil a que nos hemos referido antes, fundamentalmente por que el artículo 24 se basa en la posesión legítima.

De esta forma, si el constituyente de la garantía en un "*non domino*" es decir un no propietario, la garantía es totalmente válida y eficaz siempre y cuando se cumplan los requisitos que la propia norma establece. Estos requisitos son: título, inscripción, buena fe y posesión legítima.

2.2.2.1. Título e inscripción

Para que el supuesto opere se requiere la existencia de un acto jurídico que contenga la garantía mobiliaria (título). En este caso no se exige entrega de la cosa, que era el modo de constitución de la prenda común en

---

23 *El artículo 19 inciso 2 de la Ley señala que "El acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria deberá contener como mínimo: 2. En caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El constituyente asumirá las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la falsedad e inexactitud de esta declaración."*

la legislación derogada. Es pertinente formular la siguiente interrogante: ¿debe exigirse como requisito la inscripción? El artículo 24 no dice nada al respecto lo cual parece un error normativo, sin embargo, es claro que la inscripción es un requisito más de la figura en comentario. Esta afirmación se funda en la oponibilidad que otorga el registro y que ha sido reconocida expresamente en diversos artículos de la ley;[24] de esta forma, únicamente el derecho real inscrito resultará oponible a aquel que invoque otro derecho real no inscrito. En caso contrario, es decir, cuando ambos derechos en conflicto no se han inscrito es claro que el propietario original del bien vencerá siempre y cuando se le haya hecho entrega (tradición) de la cosa, si no hay entrega vencerá el acreedor garantizado. Este requisito, además, es una diferencia con la adquisición "a non domino" regulada en el ya citado artículo 948, en la que se exige la entrega de la cosa. En el caso que venimos analizando la entrega ya no será necesaria bastará con la inscripción.

2.2.2.2. Posesión Legítima

El artículo 906 del Código Civil se refiere indirectamente a la posesión legítima con el siguiente texto:

Artículo 906º.- *La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.*

La posesión legítima es definida como aquella que tiene como sustento la voluntad del titular del bien. Se incluyen los supuestos en los cuales el titular ha celebrado un contrato que autoriza a la otra parte a poseer el bien, son los casos en los cuales la posesión y el derecho a poseer coinciden. Algunos ejemplos son: el usufructuario, el comodatario, el arrendatario. También se incluyen aquellos supuestos en los que no hay un contrato de por medio pero el propietario permite que un tercero posea el bien, así por ejemplo el poseedor precario. Aun que el tema es discutido en nuestra doctrina, y mucho más en la jurisprudencia, considero que el precario es un poseedor legítimo pues "*dicha posesión se ejerce por mera tolerancia o licencia del propietario y sin pagar renta o canon alguno, debiendo el precarista devolver el bien al primer requerimiento*".[25]

---

24 Cfr. Nota 3.

25 Gonzáles Barrón, Gunter Hernán, Derechos Reales, Jurista editores, Lima, 2005, p. 324-325. Respecto al poseedor precario la doctrina nacional se ha dividido en dos posiciones, una que asimila al precario con el poseedor ilegítimo, y la segunda totalmente contraria que concibe al precario como una especie de poseedor más bien legítimo al tener su origen en la voluntad del titular del derecho sobre el bien. Me inclino por la segunda posición según la cual hay precariedad cuando el concedente entrega el bien al precarista por razones de mera licencia, liberalidad o benevolencia o que tolera voluntariamente la posesión ajena de su bien, en ese sentido el precario sería un poseedor inmediato y legítimo.

En esta parte cabe preguntar ¿por qué el legislador ha limitado la protección sólo al poseedor legítimo? Es claro que la ley persigue proteger solo los casos en los cuales existe una posesión "consentida por el propietario". Esto por una razón sencilla, el propietario ha contribuido a crear una situación de apariencia, es decir consintiendo con dicha posesión prácticamente ha creado un riesgo del cual es víctima. Diez Picazo resume bien el asunto con una frase: "busca tu confianza donde la has puesto", esta regla obedece al pensamiento de que "*si uno a confiado voluntariamente un bien mueble a otra persona, ha hecho posible el poder que ejercita ésta. Ha sido imprudente al confiarse a una persona desleal, mientras que la conducta del adquirente, engañado por la apariencia, no es censurable*".[26]

Se excluye de la protección a los poseedores ilegítimos de buena y mala fe, así como los bienes muebles adquiridos por infracción de la ley penal y los bienes perdidos. Como se ve, el artículo 948 del Código Civil otorga una protección más amplia que el artículo 24 de la ley, por ello se puede afirmar que los que compran bienes muebles están más protegidos que los que constituyen garantía mobiliaria en calidad de acreedores garantizados.

En esta parte hay que hacer una aclaración, en realidad el artículo 24 a pesar de que se refiere a la posesión legítima, termina protegiendo un acto celebrado por un poseedor ilegítimo de mala fe en virtud del fenómeno denominado por la doctrina *interversión*. Según este concepto un poseedor puede cambiar su calidad posesoria, así un poseedor en nombre ajeno (el poseedor mediato que reconoce el derecho del propietario que le concedió la posesión) puede convertirse en poseedor en nombre propio con la realización de actos que impliquen una posesión autónoma y un desconocimiento del derecho de otros. Así por ejemplo, el arrendatario que empieza a realizar actos de posesión autónomos, dejando de pagar la renta y desconociendo su contrato así como el derecho del propietario; o el usufructuario que empieza a realizar actos propios actuando autónomamente desconociendo el derecho del propietario que le concedió el derecho.[27] En el caso de la garantía mobiliaria la hipótesis es un poseedor legítimo que afirma formalmente ser propietario, con ello realiza un acto autónomo que implica el desconocimiento del derecho del titular que le concedió voluntariamente la posesión del bien; queda claro que con la celebración del contrato de garantía mobiliaria el poseedor ha mudado su calidad posesoria que inicialmente era legítima para convertirse en ilegítima de mala fe.

---

26 *Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, op. cit., p. 150.*

27 *Borda comentando la legislación argentina afirma: "Lo que la ley no admite es que un simple cambio de voluntad, o mejor dicho, de intención, baste para tener por operada la interversión. Es preciso para ello una conducta externa inequívoca…Así, la jurisprudencia ha resuelto que hay interversión cuando el locatario expulsa de la finca al dueño y le niega el derecho a cobrar alquileres o cuando afirma formalmente ser propietario del inmueble y se conduce como tal." Borda, Guillermo, Manual de Derechos Reales, Editorial Perrot, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1994, p. 59.*

2.2.2.3. La buena fe.

El artículo 24 de la ley al igual que el artículo 948 del Código Civil se funda en la apariencia posesoria. Esto significa que el acreedor garantizado debe creer que el constituyente es propietario de los bienes dados en garantía; dicha creencia debe estar basada en la posesión de los bienes. Por tanto, cuando la ley exige buena fe significa que el acreedor debe desconocer que el constituyente es un "*non domino*" es decir, un no propietario del bien que se concede en garantía.

Si el constituyente nunca estuvo en posesión la buena fe quedará descartada, pues hay que recordar que la transmisión de la propiedad de un bien mueble requiere "*traditio*" es decir entrega posesoria siendo imposible haber adquirido la propiedad sin entrega posesoria de la cosa.

Por otro lado, si el acreedor en sus indagaciones descubre que el constituyente es un poseedor legítimo (arrendatario, usufructuario etc.) tampoco hay buena fe. Pues si se celebra el contrato el acreedor será consciente de que el constituyente es un no propietario, y como quedó dicho la buena fe implica la creencia de que el constituyente es propietario.

2.2.2.4. La posesión de los derechos

El citado artículo 24 parece afirmar la posibilidad de que se puedan poseer derechos, concretamente la referencia es a la posesión legítima de un derecho, pero, ¿es posible o no poseer un derecho?

Entre los bienes corporales (cosas) y los bienes incorporales (como los derechos), existen diferencias tales que no es posible darles el mismo tratamiento jurídico, sin embargo existen normas que obvian tales diferencias e intentan darles un tratamiento único lo que parece un error[28]. Tal diferencia ha sido puesto de manifiesto en los siguientes términos: "*En los bienes corporales el señorío se obtiene mediante la ocupación del bien, mediante su dominación física, con lo cual los terceros quedan excluidos de la apropiación del objeto. Por el contrario los bienes incorporales no pueden ser aprehendidos o sometidos físicamente, por cuanto se trata de cosas del espíritu, meramente ideales*".[29] Esta diferencia basta para concluir que la posesión no puede ejercerse sobre derechos si no sólo sobre bienes corporales, es decir cosas materialmente existentes.

---

28 *Sin embargo, algunas normas claramente pasan por alto las diferencias para darles un tratamiento homogéneo. Por ejemplo, en la clasificación de bienes. En efecto, el Código Civil peruano intenta clasificar a los derechos como bienes muebles e inmuebles, cuestión que es un error pues tal clasificación esta basada en la posibilidad o no de trasladar un bien de un lugar a otro, por tanto dicha clasificación sólo resulta aplicable a los bienes corporales (cosas) y no a los bienes incorporales (derechos). Así un derecho no puede ser ni mueble ni inmueble pues es imposible que se traslade de un lugar a otro. Los bienes corporales e incorporales presentan diferencias tales que no es posible darles el mismo tratamiento. Parece que el artículo 24 de la Ley de Garantía Mobiliaria trata de hacer lo mismo, darle un tratamiento uniforme a los bienes corporales e incorporales olvidando sus diferencias.*

La anterior diferencia es la razón por la que la *traditio* como modo para transferir la propiedad, no se aplica para los derechos (por ejemplo los derechos de autor y similares), al no ser posible aprehenderlos o someterlos físicamente sería ridículo exigir la entrega al adquirente.

Hay otras situaciones en los que las diferencias indicadas se ponen también de manifiesto, por ejemplo sólo cabe plantear el problema de la recuperación del bien para la ejecución de la garantía mobiliaria en el caso de las cosas materiales, y no en el caso de los derechos.[30]

Por el lado del conocimiento de terceros se pone en evidencia la misma diferencia. Toda posesión de una cosa (bien corporal) implica cierta publicidad, aun que dicha publicidad es incipiente y precaria. Esto no sucede con los derechos. Pensemos en el usufructuario que usa el bien, si observamos su comportamiento respecto de la cosa podríamos presumir que se trata de un propietario, ¿cómo saber que su derecho es de usufructo y no de propiedad? Sin embargo, en tal caso lo cierto es que existe posesión de la cosa; la posesión es evidente pero el derecho no. El poder de hecho en que consiste la posesión se publicita por sí mismo, aun que de manera incipiente,[31] no ocurre lo mismo con los derechos, estos requieren de un mecanismo externo de publicidad: el registro.

Queda claro pues que no puede haber "posesión legítima" de un derecho, por tanto, la protección del artículo 24 basada en la posesión no puede aplicarse a los derechos.

Si esto es así entonces ¿cuál es la finalidad de la ley en cuanto a los derechos? Parece que la ley ha querido regular el supuesto en el cual una persona ejercita un derecho y sobre él constituye una garantía mobiliaria[32], sin embargo, después se demuestra que el constituyente no era titular del mismo por haberlo cedido antes de la constitución de la garantía, generándose un conflicto entre el verdadero titular del derecho (el cesionario) y el acreedor garantizado, es claro sin embargo que este no es un supuesto de posesión. Si la resolución de este problema es la intención del legislador debiera distinguirse dos supuestos: primero cuando los derechos son inscribibles en algún registro de bienes (registro de seguridad jurídica) y segundo: cuando los derechos no son inscribibles en este tipo de registros.[33]

29 *González Barrón, Hernán, op. cit., p. 305.*

30 *Cfr. el numeral 1.2 de este trabajo donde se comenta dicho problema*

31 *Incluso dicha publicidad incipiente puede tener efectos jurídicos muy importantes, recuérdese al respecto el artículo 928 del Código Civil ya comentado. Cfr. el numeral 2.1 de este trabajo.*

32 *Excede largamente el presente trabajo examinar la discusión referida a si los derechos reales pueden recaer sólo sobre cosas materialmente existentes, o pueden recaer también sobre todo tipo de derechos (bienes incorporales). Por lo pronto la ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, parece admitir la posibilidad de constituir una garantía sobre cosas y derechos. Solo a modo de ejemplo ver el art. 4 incisos10, 14, y 16 de dicha ley.*

Para el primer supuesto, mas que aplicar el concepto de posesión legítima, que resulta mas bien inadecuado como ya quedó explicado antes, es más prudente aplicar, el primer párrafo del artículo 24 (que incluye al principio de inoponibilidad de lo no inscrito y al de fe pública registral) referido a la publicidad registral. En consecuencia, en este supuesto será más conveniente aplicar la primera excepción descrita con detalle en el apartado 2.2.1 de este trabajo.

En cuanto a los derechos no inscribibles en un registro de bienes deberá entenderse que es el titular del derecho quien debe constituir la garantía, sin embargo si se demuestra que tal sujeto ya no es titular del derecho por que lo cedió antes, la garantía debiera mantenerse pues ese es el espíritu de la norma, siendo este un nuevo supuesto de adquisición de un derecho "a non domino". Queda claro entonces que, en este segundo supuesto, en el conflicto entre el cesionario del derecho y el acreedor garantizado será este último el que se imponga.

Esta solución sin embargo no es tan fácil de justificar. ¿Por qué el cesionario debe ser perjudicado, más aun si no existe un registro de bienes en el que sea exigible la inscripción de tal derecho para no mantenerlo oculto? La respuesta tal vez sea proporcionada por la propia ley. En efecto, la ley crea el Registro Mobiliario de Contratos, en el cual se inscribe no solo la Garantía Mobiliaria, si no cualquier otro contrato que no sea inscribible en un Registro de Bienes.[34] Por tanto, la cesión de un derecho resulta inscribible en dicho registro. Siendo esto así el cesionario no habría sido lo suficientemente diligente para inscribir su derecho y por tanto protegerlo, por tanto, en aquel conflicto parece razonable que se imponga el acreedor garantizado en atención a su buena fe, puesto que no tenía manera de informarse sobre la existencia de la cesión al haberse mantenido esta oculta.

Por tanto, a manera de conclusión puede decirse que la solución en los dos supuestos arriba señalados pasa necesariamente por el Registro y no por la posesión como erróneamente parece indicar la ley, evidenciándose una vez más las diferencias existentes entre bienes corporales e incorporales y que ya han sido explicadas.

---

33 *Para la definición de lo que debe entenderse por Registro de Seguridad Jurídica ver la parte pertinente del numeral 2.2.1 de este trabajo y la nota 21 para la referencia bibliográfica pertinente. En el caso peruano existen Registros de Bienes, que ingresan en la categoría de Registros de Seguridad Jurídica, referidos a bienes incorporales, por ejemplo, el Registro de Marcas y Patentes.*

34 *El artículo 42 de la ley señala: "Créase el Registro Mobiliario de Contratos donde se inscribirán todos los actos a los que se refiere el artículo 32 de la presente ley y que recaigan sobre bienes muebles no registrados en un Registro Jurídico de Bienes, el que estará conformado por una única base de datos centralizada en todo el país. Cada acto inscribible da lugar a la extensión de un asiento electrónico independiente". Dicho registro es un Registro de Contratos y esta incluida en la categoría de Registros de Seguridad Jurídica. Cfr. Nota 21.*

ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN, TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD Y REGISTRO

ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN, TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD Y REGISTRO

1. INTRODUCCIÓN

La ley de sociedades peruana ha dedicado un libro completo a regular los contratos asociativos, se trata del último, el Libro Quinto. En los artículos 438 al 448 ha establecido reglas de carácter general y reglas específicas para la asociación en participación y el consorcio. De la lectura de los artículos salta a la vista una característica: no se ha querido reglamentar al detalle y de hecho la cantidad de artículos es más bien escasa. Pareciera que el legislador quiere dejar mucho espacio para la actuación de la autonomía de la voluntad, esto, como veremos luego, será fundamental cuando se trate de interpretar determinados artículos.

Varias interrogantes pueden plantearse a partir de aquella regulación. La primera resulta evidente: si bien en estos contratos hay una voluntad común de los participantes, no se llega a crear una persona jurídica (una sociedad), partiendo de esta premisa ¿es correcta su regulación en una ley de sociedades? Por otro lado, teniendo en cuenta que la ley se refiere a dos contratos típicos: la asociación en participación y el consorcio ¿podría pensarse que los contratos asociativos sólo se reducen a estos dos tipos?

Pero no son éstas las únicas interrogantes. En los últimos años se han generado algunos problemas de funcionamiento de este tipo de contratos sobre todo de la asociación en participación. Como veremos luego, una breve revisión de la jurisprudencia existente, básicamente registral, muestra que existen problemas de aplicación de las normas relativas a los contratos asociativos, dichos problemas se refieren a la estructura misma del contrato, o a sus implicancias registrales y patrimoniales. Por ejemplo, ¿la prohibición de inscripción contenida en el artículo 438 de la ley de sociedades es aplicable a todos los registros o solo al registro de sociedades? ¿Por qué la ley peruana ha usado el término contribución cuando se refiere a los aportes del asociado? ¿El contrato de asociación en participación puede implicar la transferencia de propiedad de los bienes aportados?, ¿puede hablarse, en ese sentido, de un elemento real en su estructura o puede afirmarse que tanto su estructura como sus efectos son sólo obligacionales?

Aun que intentaremos contestar todas las preguntas planteadas, el presente trabajo se centra en la posibilidad de que los bienes puedan entregarse en propiedad por el asociado y de que haya, en ese sentido, un elemento real en su estructura.

2. El PROBLEMA: LOS EFECTOS DEL CONTRATO.

En realidad la problemática que queremos plantear está relacionada con la estructura del contrato de asociación en participación, concretamente los efectos de la contribución que hace el asociado y su relación con el derecho de propiedad. El problema central a determinar entonces es si el asociado puede transferir la propiedad de los bienes que entrega en calidad de contribución.

En la práctica se ha difundido la tesis que niega tal posibilidad. Esta opinión ha sido planteada por un autor y se ha difundido en reiterada jurisprudencia registral, la idea central de dicha posición es que este tipo de contratos sólo podrían implicar obligaciones y no derechos reales. Dicha concepción se ha generalizado y en la aplicación práctica los registradores han rechazado contratos en los cuales el asociado entrega bienes en propiedad en calidad de contribución a favor del asociante. Se impone revisar si esta tesis es correcta o no a la luz de las normas vigentes, la doctrina y el derecho comparado.

3. PUNTO DE PARTIDA: LOS TIPOS CONTRACTUALES

Para analizar el problema propuesto partimos de la noción de tipo contractual y su papel en el derecho moderno excelentemente expuesto por el profesor argentino Lorenzetti, esto nos servirá como marco teórico que proporcionará algunas ideas que serán fundamentales al momento de analizar el contrato.

3.1. EL TIPO CONTRACTUAL MINIMO

En el sistema legal se regulan diversos modelos contractuales diseñados de manera previa por el legislador. Estos modelos han recibido el nombre de tipos contractuales, de allí la noción de tipicidad. El tipo es un recurso técnico muy usado en los sistemas legales influidos por el sistema romano germánico. La idea es regular todos los aspectos del contrato con anticipación, esto facilita la contratación pues las partes sólo deben optar por un tipo contractual determinado y le serán aplicables todas las normas previstas para el mismo. Así las cosas las partes ya no diseñan sus contratos, su libertad consiste en escoger un modelo diseñado previamente. La tipicidad dio origen a criterios rígidos al extremo de solo conceder acción a los que se hubieran adecuado a determinado tipo contractual.

Tales modelos contractuales modernamente han entrado en crisis por la proliferación de nuevas estructuras contractuales que las necesidades de los nuevos tiempos han impuesto, por la cantidad de variaciones que los particulares introducen cuando contratan y por la infinita posibilidad de realizar combinaciones contractuales. Esto desde luego era previsible, la libertad no puede limitarse de ese modo, la libertad siempre buscará nuevas expresiones, la libertad impulsará siempre la innovación. Con razón se ha afirmado que la tipicidad "ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, que se han constituido en la vanguardia innovativa." [1] La evolución apunta a una mayor participación de la autonomía de la voluntad reduciendo el tipo contractual a algunos elementos básicos. En ese sentido, la doctrina ha concluido que la tendencia moderna es acudir a un "tipo mínimo" con los elementos esenciales de la figura que se regula, un tipo contractual "menos exhaustivo y detallista, pero más efectivo para afrontar los cambios.

1 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Derecho contractual. Nuevas formas contractuales. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2001. Pag. 23*

La intensa evolución y creatividad de los particulares ha puesto en crisis los modelos extensos, abarcativos propios de los códigos civiles del siglo pasado, para establecer nociones generales en determinados grupos de contratos, pero dejando una amplio campo a la autonomía privada."[2] Este criterio es fundamental si se trata de analizar un contrato e interpretar sus alcances, no podría admitirse que los tipos contractuales son camisas de fuerza que limitan la libertad de las partes.

A mi juicio, la escasa regulación de los contratos asociativos (solo diez artículos) y la poca reglamentación, indican que tanto la asociación en participación como el consorcio son tipos mínimos. Esta consideración tiene un doble efecto: en primer lugar, no se pueden reducir los contratos asociativos sólo a estas dos figuras, de hecho las formas asociativas pueden ser infinitas. Al inicio planteamos una pregunta ¿podría pensarse que los contratos asociativos sólo se reducen a la asociación y participación y al consorcio? Desde luego que no, la libertad de las partes puede dar origen a diversas combinaciones y nuevas formas contractuales de colaboración.

En segundo lugar, siendo un tipo mínimo, la consecuencia de ello es dejar un amplio espacio de actuación a la libertad contractual privada. Por otro lado, las normas imperativas existentes son muy escasas lo que puede ser confirmado leyendo la regulación positiva.

Lo dicho es confirmado por el texto expreso de la propia ley. En efecto el artículo 439 de la ley de sociedades refiriéndose a las contribuciones indica que "*La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios,* ***se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato.***" En esta norma el legislador parece no querer regular la forma en que deberán efectuarse las contribuciones y más bien respeta la voluntad de las partes al respecto, de este modo el legislador deja un espacio importante a la autonomía de la voluntad. La idea no es encerrar a los contratantes en una sola opción si no dejarlos regular el tema de acuerdo a sus intereses y necesidades.

Estos criterios en la práctica, resultan fundamentales al evaluar un contrato específico pues descarta los criterios restrictivos que tratan de rechazar algún contrato asociativo por no adecuarse al "tipo" regulado en la ley, criterio que modernamente debe considerarse superado.

3.2. LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS CONTRACTUALES

Los modelos contractuales pueden ser clasificados con diversos criterios. ¿Cómo clasificar al contrato de asociación y participación? Los negocios jurídicos tienen diversas finalidades lo que permite categorizarlos en grupos afines "por ello apreciados externamente, pueden ordenarse los contratos según categorías de finalidades que se persiguen dentro de una sociedad dada y en un tiempo dado. No se trata de

2 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. Pag. 26*

establecer un concepto previo de origen estatal al que los contratantes deban ajustarse, como lo pretendió la concepción originaria de la doctrina de la causa objetiva, si no de observar la conducta de los particulares y extraer de ello reglas generalizables sobre los propósitos que persiguen y las técnicas que utilizan para obtenerlos."[3] Es decir la finalidad económica social es el elemento que se utiliza para definir los distintos tipos especiales de contratos, la tipología legal entonces está asociada a una finalidad que resulta ser común. Lorenzetti propone diversas funciones para realizar esta clasificación de los contratos, por ejemplo, la función de cambio de titularidad, de transferencia en el uso, la función financiera, entre otras. Una de aquellas es la "función de colaboración asociativa". En este tipo de contratos "dos o más partes contratan para obtener una finalidad común. El modelo es la sociedad, y se incluyen los contratos parciarios, asociativos, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas. También la colaboración asociativa entre personas físicas como los equipos profesionales. También ingresan en esta categoría los contratos parasocietarios."[4] Esta clasificación tiene, para efectos de interpretar las normas o las cláusulas contractuales, un efecto importante. El mismo autor indica que dentro de esta tipología genérica existe un "tipo principal, este tiene la posibilidad de ser el líder, y por ello, aplicar sus normas en forma subsidiaria a otros contratos que persiguen el mismo objetivo".[5]

Esta función de colaboración asociativa termina uniendo un conjunto de modelos contractuales que llegan a formar una familia, en ésta, el contrato de sociedad debe considerarse principal por lo que es natural que sus normas resulten aplicables, en la medida de lo posible, a las otras figuras contractuales del mismo grupo. Lo anterior establece una técnica en la interpretación del contrato, ante duda o vacío deberán aplicarse primero las normas del contrato de sociedad, sólo en segundo lugar podrán admitirse otro tipo de normas, dando prioridad a aquellas que regulan funciones similares a la colaboración asociativa.[6]

Como se ve estos contratos tienen un elemento común: su función, más allá de crear o no una persona jurídica cuestión que parece más bien un elemento diferenciador. Visto así el asunto la opción del legislador peruano de regular los contratos asociativos en la ley de sociedades parecería hallar explicación en este elemento común: su función

---

3 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Derecho contractual. Nuevas formas contractuales. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2001. Pag. 28*

4 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pag. 31.*

5 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pag. 30*

6 *Esta es la razón por la que las normas de las sociedades se aplican a las asociaciones reguladas por el Código Civil en caso de vacío, y es que los modelos contractuales que dan origen a una sociedad y el que da origen a una asociación comparten la misma función: la de colaboración asociativa. Por lo demás esta idea no es extraña en Reglamento del registro de personas jurídicas vigente, por ejemplo, en el caso de reorganización de la personas jurídicas el artículo 79 literalmente señala que: "son aplicables a la reorganización de personas jurídicas las normas relativas a la reorganización de sociedades en lo que fueran aplicables."*

de colaboración asociativa. Esto ayuda a responder la primera interrogante planteada en la introducción ¿es correcta la regulación de los contratos asociativos en una ley de sociedades? Después de lo expuesto hasta aquí la conclusión afirmativa se impone.

La propia ley confirma esta idea. Ponemos como ejemplo el artículo 439 de la ley de sociedades peruana, esta norma se refiere a las contribuciones en un contrato asociativo e indica que *"La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables."* Debe recordarse que las normas para los aportes son normas propias de las sociedades. Es decir, el legislador parece reconocer que tanto la asociación en participación como la sociedad son figuras contractuales que pertenecen a una misma familia, de este modo, se aplica a la asociación en participación de manera subsidiaria las normas contrato de sociedad en lo que se refiere a los aportes.

Por otro lado, dicha función de colaboración en los contratos asociativos tiene un objetivo que resulta ser común: que el negocio específico se lleve a cabo y salga adelante, que dicho negocio tenga éxito y tenga utilidades que luego puedan ser compartidas. Esto tiene un claro efecto: el diseño del contrato dependerá del modelo de negocio de que se trate, lo que resulta importante al momento de resolver un caso, aplicar las normas e interpretar sus cláusulas. En consecuencia, para definir la operatividad correcta de uno de estos contratos resultará de utilidad identificar con claridad el modelo de negocio que las partes buscan. Por ello, el tipo legal termina siendo un instrumento, una herramienta que las partes escogen para alcanzar sus objetivos. Esta idea impone otro criterio metodológico de análisis que puede resultar de utilidad: en el análisis del caso concreto no debe perderse de vista el modelo de negocio que las partes quieren impulsar usando este tipo de contratos. Entonces el operador jurídico (juez, registrador, tribunal registral etc.) debe entender lo que las partes desean y ver que usan los tipos legales como herramientas para alcanzar sus objetivos. Desde luego que hay normas imperativas que deberán hacerse valer, pero como ya indicamos en los contratos asociativos tales normas son en realidad escasas como veremos a continuación.

4. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN: posibilidad de transferir la propiedad del bien que se contribuye.

Hemos indicado con anterioridad que el modelo de asociación en participación propuesto por la ley de sociedades peruana es un tipo contractual mínimo, es decir se regula sus aspectos básicos dejando lo demás a la libertad de las partes. ¿Cuáles son los elementos esenciales de este contrato? El método que usaremos para elaborar una respuesta es el deductivo a partir de las normas legales que regulan el contrato. Por ello, las conclusiones serán relativas, es decir sólo resultarán aplicables al derecho peruano, pues en el extranjero el derecho positivo concreto de cada país puede plantear características diversas por lo que no necesariamente las conclusiones a que lleguemos resultarán pertinentes en tales contextos. Tres artículos son claves para elaborar una respuesta, estos son:

Artículo 440: *"Contrato de asociación en participación. Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución."*

Artículo 441: *"El asociante actúa en nombre propio y la asociación en participación no tiene razón social ni denominación.*
La gestión del negocio o empresa corresponde única y exclusivamente al asociante y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.
Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a los asociados, ni éstos ante aquéllos.
El contrato puede determinar la forma de fiscalización o control a ejercerse por los asociados sobre los negocios o empresas del asociante que son objeto del contrato.
Los asociados tienen derecho a la rendición de cuentas al término del negocio realizado y al término de cada ejercicio."

Artículo 444 segundo párrafo: *"Se puede convenir en el contrato que una persona participe en las utilidades sin participación en las pérdidas así como que se le atribuya participación en las utilidades o en las pérdidas sin que exista una determinada contribución."*

Haciendo una lectura sistemática y en conjunto de dichas normas se puede deducir un elemento fundamental del contrato: el asociante (o gestor) es titular de un negocio o empresa, y decide otorgar participación en los resultados (en las utilidades o pérdidas) al asociado.

De este modo la contribución del asociado no parece ser esencial pues la ley permite la posibilidad de que la participación se otorgue sin contribución alguna. Esta opción puede criticarse pues si el asociado no ayuda de algún modo en llevar adelante el negocio y no colabora no se presentaría el elemento esencial de este tipo contractual: la colaboración. Por eso dicha figura debe ser considerada una excepción.

Hay una aparente contradicción entre el artículo 440 que describe un contrato con prestaciones recíprocas y el artículo 444 que admite un contrato sin contribución del asociado. Por lo expuesto antes habrá que entender que no hay contradicción alguna y que para el legislador la regla general es el artículo 440 y la excepción es el artículo 444.

De las normas citadas podemos deducir otras características adicionales a la mencionada. A pesar de la participación otorgada al asociado, el negocio sigue siendo del asociante por tanto es él quien sigue gestionando el negocio y quien se vinculará con los terceros. El vínculo del asociado es con el gestor no con los terceros. Puede que el gestor conceda la participación al asociado a cambio de una contribución o no, en el primer caso el asociado tiene derecho a fiscalizar y a que se le rinda cuentas, en el segundo caso puede que tenga ese derecho o no depende de cómo se haya estructurado el contrato.

Como ya quedó dicho es posible que el asociante otorgue aquella participación sin contraprestación alguna, es decir sin contribución. Esto complica el análisis del contrato pues no se puede decir de manera anticipada qué características tiene: ¿es oneroso? ¿Tiene contraprestaciones recíprocas? Las respuestas dependerán de cada caso concreto y de cómo las partes han estructurado su contrato.

Como se ve salvo los elementos esenciales mencionados, todo lo demás queda sujeto a la libertad de las partes, incluso se admite la posibilidad de que no haya contribución. Esto ratifica lo que ya se dijo antes, el legislador ha diseñado este modelo como un tipo contractual mínimo.

Por otro lado, en cuanto al tema del presente trabajo, si la contribución puede consistir o no en una transferencia de propiedad del bien aportado es un problema que sólo se presenta en los contratos de asociación y participación con prestaciones recíprocas, es decir donde hay contribución del asociado. Siendo esto así, en adelante nuestro análisis se centrará en este tipo de contrato regulado en el artículo 440 de la ley de sociedades peruana.

El citado artículo 440 describe claramente dos prestaciones que configuran el contrato. Una de ellas a cargo del asociante consistente en conceder al asociado o asociados una participación en el resultado o en las utilidades de sus negocios. La otra prestación a cargo del asociado consiste en realizar una "contribución". El propio artículo textualmente indica que ambas prestaciones están vinculadas, ("*...a cambio de...*") es decir, se corresponden recíprocamente. En ese sentido parece claro que se trata de un contrato sinalagmático. Un contrato sinalagmático es definido como uno en el que hay prestaciones que son correspondientes unas a otras, las mismas que son recíprocas.

Esto es confirmado por Benites, quien indica que "*...es evidente que las participaciones de los asociantes y asociados en los negocios tienen como sustento correlativamente la intervención de cada una de las partes..*"[7] Es decir, entre las prestaciones existe un **nexo de reciprocidad** lo que significa que la prestación a la que se compromete una de las partes es causa de la prestación a la que se compromete la otra. En otras palabras, el asociado contribuye por que espera recibir una contraprestación que es correlativa.

La estructura del contrato propone un doble análisis sobre la base de cada una de las prestaciones a cargo de las partes. A continuación analizamos cada una de ellas.

4.1. LA PRESTACION A CARGO DEL ASOCIANTE:

En primer lugar la prestación a cargo del asociante consistente en conceder una participación en los resultados de determinado negocio o empresa. ¿Cuál es el negocio y cuál el porcentaje de participación? Esto es algo que las partes deberán definir en el contrato

7 *Benites Mendoza, César. Contrato de Asociación en Participación. En Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Derecho Societario. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima, 2005. Pg. 1373.*

específico, al respecto la ley no señala un límite, puede tratarse entonces de cualquier negocio (que no sea ilegal desde luego) y puede pactarse cualquier porcentaje.

El contrato tiene un riesgo implícito: el riesgo del negocio. No se puede predecir con exactitud si un negocio será exitoso o no. Puede haber utilidades pero es posible que también haya pérdidas, ¿el asociado también asume las perdidas o sólo participa en las utilidades? Las partes evaluarán si desean compartir el riesgo del negocio o no, y son admisibles diversos pactos. Al respecto el artículo 444 señala que: "*Salvo pacto en contrario, los asociados participan en las pérdidas en la misma medida en que participan en las utilidades y las pérdidas que los afecten no exceden el importe de su contribución. Se puede convenir en el contrato que una persona participe en las utilidades sin participación en las pérdidas así como que se le atribuya participación en las utilidades o en las pérdidas sin que exista una determinada contribución.*"

Si esta norma no existiera deberíamos llegar a la misma conclusión: las partes tienen libertad de pactar lo que más les convenga, ello porque se trata de un modelo contractual mínimo el mismo que deja a las partes una amplia libertad de acción. La norma es de utilidad en caso de silencio, pues si nada han dicho la regla es que el asociado participa en pérdidas y utilidades en igual medida sólo hasta el monto de lo contribuido. Nótese que esto último es una limitación de la responsabilidad patrimonial similar a la establecida para las sociedades de capital.

Es evidente que esta prestación es producto de una obligación asumida por el asociante en el contrato, en ese sentido puede afirmarse que el contrato sólo tiene efectos obligacionales, pero esta conclusión sólo puede referirse a este extremo del contrato. Igualmente, si como hemos dicho antes es posible que en ejercicio de su libertad contractual las partes puedan pactar que no haya contribución, el contrato igualmente tendrá únicamente efectos obligatorios.

4.2. LA PRESTACION A CARGO DEL ASOCIADO

La obligación que asume el asociante de otorgar determinada participación en los resultados del negocio, en este tipo de contratos no es gratuita, esto obedece a una contraprestación a cargo del asociado quien deberá efectuar "contribuciones". Al respecto el artículo 439 de la Ley de sociedades señala lo siguiente:

Artículo 439º.- Contribuciones de dinero, bienes o servicios
Las partes están obligadas a efectuar, las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en la utilidades. La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables.

La contribución es una prestación que consiste en entregar dinero, bienes o servicios señalados en el contrato. Pero ¿qué características tiene la entrega de dinero, bienes o servicios?, ¿a qué título se hace?, ¿la obligación de hacer contribuciones puede transferir la propiedad de los bienes? La única respuesta posible se desprende del mismo texto de la norma: todo esto queda a la libertad de las partes, pues como ya hemos indicado se trata de un tipo mínimo en que tales asuntos se dejan a la voluntad de las partes como regla general. Entonces la respuesta a todas estas interrogantes resulta evidente: debemos estar a lo que las partes han pactado.

Si la contribución consiste en servicios es evidente que se trata de una obligación que asume el asociado cuyo contenido es una prestación de hacer o no hacer. Por tanto, en este punto es claro que estamos hablando de efectos obligacionales del contrato.

En cuanto a la entrega de bienes, el asunto es distinto. El artículo no indica si dicha entrega se hace en propiedad, uso o a otro título distinto ¿puede hacerse la entrega de bienes en propiedad a favor del asociante? En ninguna parte del artículo citado existe una prohibición para que la entrega de bienes se haga en propiedad. Por otro lado, dicha prohibición no puede deducirse por dos razones: primero porque estamos ante un tipo contractual mínimo y como ya explicamos este modelo regula la estructura básica del contrato dejando todo lo demás al arbitrio de las partes. Debemos recordar que se trata del derecho privado, en este ámbito el principio general que rige es la libertad, la excepción es la prohibición por lo que esta debería ser expresa.

Pero hay una segunda razón: la redacción de la propia norma no parece permitir una deducción semejante. En efecto, la parte final del artículo indica que la entrega de dinero bienes o la prestación de servicios tendrán que hacerse en la oportunidad, lugar y la forma establecida en el contrato asociativo. ¿Se puede deducir de este texto una prohibición de transferir la propiedad?, ¿o es más razonable pensar que el texto del artículo parece tener como idea central el principio de libertad imperante en el derecho privado? Por ello, resulta más apropiado concluir que las partes tienen la libertad de entregar bienes en propiedad o a otro título de acuerdo a lo que más se acomoda a sus intereses.

Por si esto fuera poco, el propio artículo señala que a falta de estipulación de las partes serán aplicables las normas de los aportes, en lo que fuera pertinente. Por tanto, en caso de falta de pacto resultará aplicable el artículo 22 de la ley de sociedades que tiene el siguiente texto:

Artículo 22.- Los Aportes
Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo.

El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere sólo el derecho transferido a su favor por el socio aportante.
El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública.

El artículo indica que los socios tienen obligación frente a la sociedad por lo aportado, pero en cuanto a los bienes claramente indica que el aporte transfiere en propiedad el bien aportado a favor de la sociedad salvo que se estipule que se hace a otro título. Es decir, en los aportes la regla general es la transferencia de propiedad, en caso de que las partes no quisieran la aplicación de esta regla general tendrían que indicar expresamente lo contrario. Por remisión del artículo 439 de la ley de sociedades el mismo principio resulta aplicable al caso de las contribuciones cuando hay silencio de las partes. Por tanto, en el caso concreto de la asociación en participación si no se ha pactado a que título se hacen las contribuciones habrá que aplicar dicha regla general vigente para los aportes, es decir habrá que entender que la contribución transfiere la propiedad del bien contribuido, y si no es así las partes deberán indicarlo expresamente.

Si, como vemos, a falta de pacto de las partes está permitido que se transfiera la propiedad de los bienes contribuidos como regla general, resulta contradictorio entonces pensar que las partes no puedan pactar en un contrato de asociación en participación la transferencia de propiedad de los bienes contribuidos.

Como hemos explicado hasta aquí, es completamente posible que el contrato de asociación en participación pueda tener el efecto de transferir la propiedad del los bienes contribuidos[8]. Lo que puede generar duda es el texto del artículo 439 de la ley de sociedades cuando indica que "*las partes están **obligadas** a efectuar las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato.*" El uso del término "obligadas" en el texto parece sugerir que el contrato únicamente tiene efectos obligacionales. Esto resulta errado si se hace una revisión más detenida del tema.

---

8 *Dando por cierto que en un contrato de asociación y participación el asociado puede transferir la propiedad a favor del asociante hay dos temas que pueden generar debate. Primero, si la extensión del derecho de propiedad es el mismo que en cualquier otro caso (compraventa, permuta, donación etc.) es decir, planteado de otro modo se puede preguntar lo siguiente: el asociante ¿puede disponer libremente del bien o el derecho de propiedad que adquirió con la contribución está más bien limitado?. A mi juicio este derecho de propiedad está condicionado por el propio contrato pues el asociante debe destinar al bien para lograr las finalidades propias del contrato. Un segundo tema a plantear es si un contrato de esta naturaleza no rompe el equilibrios de las dos partes concediendo a una (el asociante) que ya tiene la propiedad en su patrimonio excesivas ventajas. En tal caso el contrato es tan flexible que pueden agregarse cláusulas de control e incluso garantías a favor del asociado que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de parte del asociante eliminándose tal desequilibrio inicial.*

En efecto, el texto de la norma citada debe ser leído de manera sistemática con el artículo 22 ya citado. Obsérvese que este último indica textualmente que "*Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital*", es decir usa el término obligación, pero más adelante indica que "*el aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado*" y en cuanto a los bienes no dinerarios (inmuebles por ejemplo) la misma norma indica que "*el aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública*". La conclusión parece clara: el uso del término "obligación" no debe llevarnos a pensar que cuando hay aportes de bienes sólo hay efectos obligacionales, en realidad el texto de la norma citada indica que la transferencia de los bienes no dinerarios como los inmuebles opera en el momento del otorgamiento de la escritura pública, es decir también hay efectos reales (mutación real que implica un cambio de titularidad).[9] En el caso de las contribuciones en una asociación en participación sucede exactamente lo mismo. Desde luego debe tomarse en cuenta que en el caso de este último contrato no se requiere escritura pública, como en las sociedades, ya que la ley sólo exige un documento escrito.

5. EL NEGOCIO DEL ASOCIANTE FRENTE A TERCEROS: LA PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD Y EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL:

El asociante tiene un negocio del que espera obtener resultados, pero tiene algunas necesidades que el propio negocio impone, por ello decide darle un porcentaje de participación a los que colaboren con su empresa realizando determinadas contribuciones. Esta es la idea económica que está detrás de la asociación en participación. Por ello el artículo 441 de la Ley de sociedades peruana recoge esta característica esencial indicando que el asociante es el único que

---

9 *Con el uso del término "obligación" sucede aquí algo parecido a lo que acontece en la regulación del contrato de compraventa. En efecto, el artículo 1529 del Código Civil indica literalmente "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero." Si bien el texto fue construido bajo la concepción de que este contrato sólo tiene efectos obligacionales (de allí el uso del término obligación), la doctrina peruana mayoritaria, que nosotros compartimos, indica que el contrato también puede tener efectos reales pues resulta aplicable al caso el artículo 949 del Código Civil, según el cual "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él". Al hacer una lectura conjunta de las normas citadas se concluye que la transferencia es inmediata sin requerirse ningún requisito adicional ni siquiera la entrega física, esta es la razón por la que se concluye que la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú es consensual, es decir el efecto real se funda en la voluntad de las partes. De manera análoga, si en un contrato de asociación en participación las partes pactan expresamente la transferencia en propiedad de un inmueble en calidad de contribución, es claro que han querido darle efectos reales a pesar de que el artículo 439 de la ley de sociedades haya usado el término "obligación", si esto se acepta es claro que hay mutación real y la contribución sí resulta inscribible en el registro de predios.*

gestiona el negocio de manera exclusiva. El asociante tampoco representa al asociado ni actúa en su nombre, por ello tiene sentido que la norma indique que actúa a nombre propio. De lo anterior se deduce que no puede establecerse una relación jurídica entre los terceros y los asociados. En conclusión solamente el asociante es quien figura frente a los terceros, y esto deberá ser aplicable a cualquier negocio.

Frente a terceros los bienes aportados por los asociados también pertenecen al asociante. Un ejemplo bastará para ilustrarlo, si el negocio es la venta de bienes para cuya elaboración se necesita insumos aportados por los asociados, el tercero no deberá preocuparse por indagar si tales insumos son o no de propiedad del asociante, este deberá asumir que son de su propiedad. Y si sucede que no lo son, cuestión que es posible, este es un asunto que deberán resolver asociante y asociado sin perjudicar al tercero que compró el bien. En este caso y otros similares se requiere aliviar la carga probatoria del tercero. Por ello el artículo 443 de la ley de sociedades indica que "*respecto de terceros, los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante, salvo aquellos que se encuentren inscritos en el Registro a nombre del asociado.*"

En el caso de bienes no inscritos dicha presunción opera tanto en el caso en que la contribución se haya hecho en propiedad como en el caso en que se haya hecho a título distinto, salvo, en este último supuesto, que se pruebe que el tercero tenía conocimiento de esta situación, pues se trata de una presunción relativa.

En el caso de bienes inscritos el asunto es bien distinto, allí ya no se necesita de la mencionada presunción relativa por una simple razón: la existencia del principio registral de publicidad. En efecto, según el principio de publicidad se presume que todos conocen el contenido del registro, dicha presunción es absoluta pues no admite prueba en contrario. Siendo que en el caso de bienes inscritos se impone el principio de publicidad, entonces en el caso que la contribución se haya hecho en propiedad, esta deberá inscribirse a nombre del asociante, a fin de que la publicidad registral despliegue sus efectos respecto de terceros. Por esta razón en este caso, la presunción relativa contenida en el artículo 443 resultaría inútil. Si tal inscripción no se ha hecho ningún tercero podrá presumir que el bien inscrito a nombre del asociado pertenece al asociante, pues esto vulneraría el principio de publicidad indicado.

6. EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN Y EL REGISTRO

El artículo 438 de la Ley de sociedades señala que "*El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.*" Si bien el contrato de sociedad y los contratos asociativos forman parte de una misma "familia" contractual unida por la función económica que cumplen, una diferencia evidente es que uno genera una persona jurídica y el otro no. Esta consideración tiene dos efectos fundamentales en cuanto a los contratos asociativos. Primero, las contribuciones no forman un patrimonio separado como en las sociedades (tampoco un patrimonio común entre los contratantes) y, segundo, el contrato no está sujeto a inscripción en el registro. Esto último debe entenderse relacionado con lo primero, es decir, puesto que el contrato asociativo no creará un ente autónomo con patrimonio

propio (sociedad) no tiene sentido que se inscriba. Por ello, la prohibición de inscripción sólo debe estar referida al registro de sociedades, lugar en que se inscriben tales entes autónomos.

Debe considerarse además que dicha norma está ubicada en una ley de sociedades y el propio artículo indica que el contrato asociativo no genera una sociedad, es lógico concluir entonces que la prohibición se refiere el registro de sociedades. Por su parte, el Reglamento del registro de sociedades vigente establece en su artículo 4 que no son inscribibles en el registro los contratos asociativos previstos en la ley, obsérvese que la finalidad de esta norma es regular el registro de sociedades, por lo que dicha prohibición debe entenderse referida sólo a ese registro.

Nada impide, sin embargo, que respecto a las contribuciones se pueda realizar inscripciones en otros registros como: el registro de predios, el de propiedad vehicular, el de aeronaves, etc. Al respecto sobre este tema "*rigen las normas para los aportes*" establecidas en la ley de sociedades conforme al artículo 439 de dicha ley.

7. ALGUNAS TESIS QUE NIEGAN LA POSIBILIDAD DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD

Existen tesis que sostienen lo contrario de lo que se ha expuesto hasta aquí. En algunos casos se niega la posibilidad de que la contribución transfiera la propiedad, en otros se indica que el contrato "solo tiene efectos obligacionales" y que el contrato no se inscribe en el registro de predios. A continuación revisamos dichas opiniones.

7.1. LA POSICIÓN DE ELIAS LAROZA.

El profesor Elías Laroza afirma lo siguiente: "*La ley se refiere a contribuciones y no a aportes, debido a que* ***no hay transferencia de propiedad sobre los bienes*** *que los contratantes se obligan a asignar o entregar para el negocio o empresa. En la asociación en participación no es obligatorio que los bienes que proporcionan los asociados pasen a la propiedad del asociante, conforme al artículo 443.*"[10]

La conclusión del autor que niega la posibilidad de transferir la propiedad sólo tiene un único fundamento: la ley no usa el término aporte si no contribución. ¿Es esto suficiente para deducir una prohibición que limite la libertad de las partes? Llama la atención lo escueto del argumento y que no haya una mayor justificación de teórica de cómo se llega a esa conclusión tan tajante, como si fuera imposible hallar otra explicación más razonable a la opción del legislador. Usaremos a continuación el argumento lógico *reductio ad absurdum* para demostrar el error de la afirmación del citado autor.

7.1.1. REDUCTIO AD ABSURDUM.

Pretendemos demostrar que nuestra tesis es correcta probando que la

10 *Elías Laroza, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Editora Normas Legales SAC. Trujillo, 2001. Pag. 948*

afirmación del autor (Elías Laroza) nos conduciría a una contradicción desde el punto de vista jurídico. Vamos a suponer lo contrario de lo que queremos demostrar, al efecto proponemos un caso: en el negocio de la venta de departamentos un comerciante ferretero desea asociarse con una empresa constructora con el fin de participar en las utilidades. Al efecto, su contribución consistirá en bienes que comercializa normalmente: fierro de construcción, alambre para los cimientos y columnas. Terminada la edificación, y puesto que se sostiene que no hay trasferencia de propiedad de dichos bienes, hay que preguntarnos ¿quién es el propietario de los fierros de construcción y demás elementos?, ¿puede afirmarse que los fierros de construcción y otros elementos son de propiedad del comerciante ferretero mientras que el resto de la construcción es de la empresa constructora? Esto es absurdo. No es posible que uno sea el propietario de los fierros y otro del resto de la estructura. Precisamente para esto es que la ley ha dispuesto que se presuma la propiedad, dicha presunción operará a favor del tercero quien si adquiere el bien obtendrá un derecho sobre todo el bien en su integridad.

Pero aquella conclusión no sólo es absurda sino además ilegal, pues termina vulnerando el artículo 887 del Código Civil según el cual las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. En este caso concreto no solo **es posible** si no que hasta resulta **necesario** que se transfiera la propiedad. Podrá argumentarse en contra que este caso podría tratarse de un mutuo de bienes consumibles, a fin de que se le devuelva al mutuante otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad (art. 1648 del Código Civil), pero esto también es absurdo, pues lo que el comerciante ferretero busca es participar en las utilidades del negocio, no busca que le devuelvan los materiales, si hubiera querido eso hubiera celebrado un contrato de mutuo y no una asociación en participación. Como se ve, las consecuencias del planteamiento del Profesor Elías Laroza llegan a ser absurdas. Lo mejor en el presente caso es aceptar que sí es posible la transferencia de propiedad de los materiales a cambio de las utilidades que el negocio pudiera generar.

7.1.2. EL TERMINO "CONTRIBUCIÓN".

Si esto es así entonces, ¿cuál es la razón por la que el legislador ha usado el término "contribución" y no aporte? La razón es sencilla: el aporte genera un desplazamiento patrimonial a favor de un patrimonio separado (respecto del patrimonio de cada socio) que se convertirá en patrimonio de la sociedad que obtendrá personería jurídica con la inscripción en el registro. En cambio, en el caso de la asociación en participación el desplazamiento patrimonial no genera un patrimonio separado, ni tampoco se forma un patrimonio común, si no que tal desplazamiento patrimonial se produce a favor del gestor (asociante), es decir, del dueño del negocio. Esa es la única diferencia entre un aporte y una contribución. En todo lo demás ambas figuras comparten las mismas características, por eso el artículo 439 de la Ley de sociedades peruana señala que en el caso de la entrega

de los bienes contribuidos "*A falta de estipulación, rigen las normas para **los aportes** establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables*". Tanto el aporte como la contribución pueden consistir en transferencias de propiedad, para ilustrar esta idea Talledo afirma con razón que "*la contribución es a la asociación en participación lo que el aporte es a la sociedad*".[11]

7.2. LOS CRITERIOS DEL REGISTRO: Revisión de la jurisprudencia.

7.2.1. RESOLUCIÓN N°073-2006-SUNARP-TR-L.

En el expediente 565101 de fecha 18/11/2005 se solicitó la inscripción del contrato de asociación en participación celebrado entre Juan Dueñas Huayllani y esposa en calidad de asociantes y Orlando Enrique Caminada Dulanto y esposa en calidad de asociados. En este contrato la contribución de los asociados era el compromiso de realizar los proyectos de habilitación urbana y la ejecución de obras, todo ello orientado a la construcción y venta de viviendas. En el contrato se consignó que los asociantes "aportaban" un terreno del que eran copropietarios.

Del caso pueden comentarse dos cosas: primero que la contribución de los asociados consiste en una obligación de hacer (servicios según el texto de la ley). En segundo lugar, parece haber un error de redacción cuando se indica que los asociantes aportan el terreno, porque claramente no hay un destinatario de tal aporte ya que no hay constitución de una persona jurídica. Parece que la intención era establecer una limitación a la facultad de disposición del propietario del terreno, comprometiendo el bien a una finalidad específica señalada en el contrato. Lo que si resulta claro es que el asociante no puede realizar una contribución a favor de sí mismo.

Sobre el tema que venimos analizando son esenciales los considerandos 5 y 6 de la Resolución donde el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

5. "*La asociación en participación....es un contrato asociativo que no genera una persona jurídica, consistente en el aporte en dinero, bienes o servicios que realiza los asociados a favor del asociante, para que éste lo utilice en uno o varios negocios que tiene, a cambio de su participación en el resultado o en las utilidades de dichos negocios.*
Característica de dicho contrato es que el asociante actúa siempre a nombre propio, por lo tanto, es el único que se vincula con los terceros en las transacciones económicas que celebre, no existiendo ninguna vinculación entre dichos terceros y los asociados; tanto es así que

11 *Talledo Mazú, César. La Asociación en participación, el consorcio y el joint venture: aspectos contractuales y tributarios. En Cuadernos Tributarios N°22, revista editada por la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo peruano. Diciembre 1998, Año 9. Pág. 26.*

se presume de propiedad del asociante los bienes aportados por los asociados, salvo que estén inscritos a nombre de los aportantes, en cuyo caso no se aplica dicha presunción.
Dicho contrato asociativo se encuentra regulado en los artículos 438 y 444 de la Ley General de Sociedades.
6.- Por lo expuesto en el numeral precedente se tiene que el contrato de asociación en participación genera solamente derechos obligacionales cuales son la participación en las utilidades en uno o varios negocios del asociante a cambio de un determinado aporte en dinero, bienes o servicios y no derechos reales.
Tampoco se encuentra contemplado dicho contrato como inscribible, estableciéndose más bien que no se encuentra sujeto a inscripción en el Registro, según se señala en el artículo 438 de la Ley General de Sociedades.
En razón a lo expuesto, se tiene que el contrato de asociación en participación no es un acto inscribible en el Registro de Predios, máxime cuando el aporte de bienes registrados por parte de asociado no genera la presunción de propiedad a favor del asociado; por tanto, su celebración no genera ningún efecto real sobre el predio."

Salta a la vista que el considerando 5 es una repetición casi literal (salvo el uso del término aporte en lugar del término contribución) de las normas de la Ley de sociedades peruana que regulan el tema. Luego, en el considerando 6, sin una explicación ni argumentación mayor, el Tribunal Registral llega a una conclusión: dicho contrato sólo genera efectos obligacionales. Esto realmente sorprende, no sólo por la falta de argumentos (falta de motivación suficiente), sino también porque ninguna de las normas dice lo que el Tribunal pretende como conclusión. En efecto, ningún artículo de la ley contiene una prohibición expresa respecto de la posibilidad de transferir la propiedad de los bienes que se entregan en contribución.

Por otro lado, la conclusión indicada puede ser aceptable si se tiene en cuenta las características del contrato que era analizado por el Tribunal en este caso concreto. Como ya dijimos en dicho contrato el asociado se comprometía a realizar los proyectos de habilitación urbana y la ejecución de obras y el asociante comprometía un terreno del que era copropietario para tal finalidad. Como se podrá comprender un contrato asociativo estructurado de esta manera no puede si no tener efectos únicamente obligacionales, puesto que el asociante no puede aportar el bien a favor de sí mismo. Pero a esta conclusión se llega, no porque esté prohibido que la contribución transfiera la propiedad (como erróneamente sostiene el Tribunal), si no por que las partes han construido dentro de su libertad contractual un contrato con esas características.

Otro tema abordado por el Tribunal es la posibilidad de inscribir o no el contrato de asociación en participación. Al respecto concluye que *"...el contrato de asociación en participación no es un acto inscribible en el Registro de Predios..."*. Expone el Tribunal dos razones para llegar a tal conclusión. Primero: según artículo 438 del la Ley de sociedades, no se "encuentra contemplado dicho contrato como inscribible, estableciéndose más bien que no se encuentra sujeto a inscripción en el registro". Como ya hemos expuesto, dicho artículo establece una prohibición de inscripción aplicable sólo al registro de sociedades lo que es explicable por que dicho contrato no genera una sociedad (Ver numeral 6).

El segundo argumento sorprende. Dice el Tribunal que no se inscribe en el registro de predios "máxime cuando el aporte de bienes registrados por parte del asociado no genera la presunción de propiedad en favor del asociado (sic); por tanto, su celebración no genera ningún efecto real sobre el predio".

Llama la atención lo ligero del argumento. Partiendo de que la presunción relativa contenida en el artículo 443 no se aplica a los bienes registrales, el Tribunal registral concluye que la celebración del contrato de asociación en participación "...no genera ningún efecto real sobre el predio". La lógica del Tribunal es, por lo menos, cuestionable pues de tal premisa no puede deducirse tal conclusión, ya que ambas variables están en planos distintos y se refieren a cuestiones distintas.

Olvida el Tribunal que una presunción existe para aliviar la carga probatoria del que se beneficia con ella. En el presente caso la presunción relativa del artículo 443 no se aplica en el caso de los bienes registrados por que para este tipo de bienes ¡ya existe una presunción! Se trata de la presunción absoluta establecida en el artículo 2012 del Código Civil, que regula el llamado principio de publicidad. Del artículo 443 no pueden deducir conclusiones como: "...el contrato de asociación en participación no es inscribible en el registro de predios" o que "...no genera ningún efecto real sobre el predio", pues su objetivo no es regular esta materia, lo que regula son presunciones que tienen, jurídicamente, otro plano de actuación.

Si la tesis del Tribunal, de que el contrato de asociación en participación sólo tiene efectos obligacionales, de que no puede haber transferencia de propiedad de los bienes contribuidos por el asociado y de que tal contrato no genera ningún efecto real respecto de estos bienes, fuera cierta, entonces el Tribunal debería explicar por qué el artículo 443 indica que *"respecto de terceros, los bienes contribuidos por los asociados se presumen de propiedad del asociante"*. ¿Por qué si es imposible que haya transferencia de propiedad de los bienes contribuidos por el asociado tiene que presumirse que son de propiedad del asociante? Parece que la propia redacción del artículo citado contradice la tesis del Tribunal. La respuesta en realidad es sencilla: la presunción alivia al tercero que adquiere bienes del asociante de tener que investigar si las contribuciones

usadas en producirlos se han hecho en propiedad o no. Tanto si las contribuciones se han hecho en propiedad como cuando no, se aplica la presunción (ver numeral 5). Es claro que es posible que la contribución pueda hacerse en propiedad y ello resulta aplicable tanto a los bienes que no se inscriben como a los que sí.

7.2.2. RESOLUCIONES N°608-2010-SUNARP-TR-L, 365-2011-SUNARP-TR-L Y 650-2011-SUNARP-TR-L.

Estas tres resoluciones resuelven el mismo caso pues se refieren al mismo contrato de asociación en participación. Por ello solo detallaremos una de ellas la Resolución N°608-2010-SUNARP-TR-L.

En el título N°865650 de fecha 04/12/2009 se solicitó la inscripción del contrato de asociación en participación celebrado entre Agregados del Agro SAC en calidad de asociante y Guillermo Oscar de Vettori Gonzales y Luis Alberto Higa Soto en calidad de asociados. En este contrato la contribución de los asociados era el compromiso de realizar los proyectos de habilitación y la ejecutar las construcciones, con la finalidad de participar en el negocio denominado lotización y venta de lotes. En el contrato se consignó que los asociantes "aportaban" un terreno inscrito en la partida 12384319 del Registro de predios de Lima. Un dato adicional de este caso es que en dicha partida registral la sociedad Agregados del Agro SAC no figura como propietaria pues la titular del mismo es María Rocío Romaní Chocce.

Del caso pueden comentarse dos cosas: primero que la contribución de los asociados consiste en una obligación de hacer (servicios según el texto de la ley). En segundo lugar, al igual que en el caso anterior, parece haber un error de redacción cuando se indica que los asociados aportan el terreno, porque claramente no hay un destinatario de tal aporte ya que no hay constitución de una persona jurídica, más aun si dicho bien no era de su propiedad.

En este caso el Tribunal analiza el tema en los considerandos 7 y 8 de la Resolución. En ellos se repite literalmente los mismos considerandos que en la resolución que comentamos anteriormente. Por ello nos remitimos a los ya expuesto en el numeral anterior.

Del mismo modo, al igual que en el caso anterior, si leemos los elementos básicos del contrato que se mencionan en la resolución que comentamos, veremos que este contrato específico no puede si no tener efectos únicamente obligacionales, pero a esta conclusión se llega no porque esté prohibido que la contribución transfiera la propiedad (como sostiene el Tribunal), si no por que las partes han construido dentro de su libertad contractual un contrato de esas características.

7.2.3. RESOLUCIÓN N°496-2010-SUNARP-TR-T.

En el título N°73108 de fecha 16/11/2010 se solicitó la inscripción del contrato de asociación en participación celebrado entre Mundo Inmobiliario Empresarial SAC en calidad de asociante, e Importadora Avícola Comercial SAC en calidad de asociada. En este contrato la contribución de la asociada consistía en aportar el terreno de su propiedad inscrito en la partida 02196893 del registro de predios de Chiclayo. En el contrato se consignó que los asociantes se comprometen a realizar los proyectos de habilitación y la ejecutar las construcciones, con la finalidad de participar en el negocio de venta de lotes de la habilitación urbana denominada Exency. Una circunstancia adicional es que Mundo Inmobiliario Empresarial SAC ofrece en garantía un predio de su propiedad inscrito en la partida 11043029 del registro de predios de Chiclayo, sin embargo, el contrato mencionaba que lo transfería en propiedad lo que resultaba contradictorio. No nos detendremos en el análisis de este último tema por que excede los alcances de este trabajo, al respecto sólo basta con decir que el Tribunal reconoce la posibilidad de incluir una cláusula hipotecaria en un contrato de asociación en participación.

Este caso es completamente distinto a los casos anteriores. La contribución del asociado consiste en aportar un inmueble inscrito (en los casos anteriores era el asociante quien realizaba tal "aporte") y el asociante se compromete a destinarlo a su negocio inmobiliario, por tanto frente a terceros aparecería como único contratante y como vendedor de los lotes habilitados. Por tanto, si bien en los casos anteriores resultaba aceptable sostener que los contratos sólo tenían efectos obligacionales, pues las partes han construido dentro de su libertad contractual un contrato de esas características, en el presente caso no es así, pues el aporte del asociado consiste en transferir la propiedad. A pesar de dicha diferencia tan marcada las razones expuestas por el Tribunal son exactamente las mismas.

En efecto, el tema que nos ocupa es analizado en los considerandos 8 y 9, si comparamos el texto de las resoluciones antes comentadas veremos que se trata de una repetición literal, es una copia de las razones que se dieron en los anteriores casos.

El argumento normativo que usa el Tribunal para justificar tal repetición es el literal b.2 del artículo 33 del Reglamento General de los Registros Públicos. Indica dicha norma que "*cuando una Sala del Tribunal Registral conozca en vía de apelación un título* ***con las mismas características*** *de otro anterior resuelto por la misma Sala u otra Sala del Tribunal Registral, aquélla deberá sujetarse al criterio ya establecido…*". Este artículo es aplicable cuando el caso sea el mismo, sin embargo, no repara el Tribunal en que se trata de un caso totalmente distinto a los anteriores. ¿Puede ser igual un contrato de asociación en participación

donde el asociante "aporta" un inmueble y otro donde el asociado es el que lo hace? Como se ve el caso es exactamente al revés, por ello no estamos ante un título con las mismas características, siendo así el artículo mencionado no resulta aplicable. En conclusión es criticable, por decir lo menos, la repetición de argumentos que hace el Tribunal sin analizar las características distintas de los contratos cuya inscripción se solicitaba.

7.2.4. RESOLUCIÓN N°1508-2011-SUNARP-TR-L.

En el título N°400349 de fecha 12/05/2011 se solicitó la inscripción del contrato de asociación en participación celebrado entre Team Inmobiliario EIRL en calidad de asociante y Creatividad Inmobiliaria 1811 SAC en calidad de asociada. En este contrato respecto a la contribución de la asociada se pactó que " ... la asociada transferirá la propiedad del inmueble mencionado a favor de la asociante para que pueda solicitar los permisos necesarios ante las autoridades municipales." Es decir, no se realizaba la transferencia en dicho contrato si no que se pacto que se realizaría en el futuro. En el contrato se consignó que la empresa asociante se comprometía a ejecutar a todo costo la obra mencionada en el contrato.

Este caso también tiene un matiz distinto a los anteriores. La contribución del asociado consiste en aportar un inmueble inscrito y el asociante se compromete a destinarlo a su negocio inmobiliario. Esto los diferencia de los dos primeros casos mencionados antes donde más bien es el asociante el que "aportaba" un inmueble. Por otro lado, se desprende del mismo contrato que la transferencia del inmueble aportado se realizaría en el futuro. A pesar de las diferencias anotadas las razones expuestas por el Tribunal son exactamente las mismas que en las resoluciones anteriores, es decir tales diferencias entre los contratos no eran lo suficientemente relevantes para detenerse a analizarlos. De este modo, en cuanto al tema que nos ocupa, los considerandos 7 y 8 son una repetición literal de las resoluciones anteriores.

En el considerando 10 el Tribunal deja constancia que en la cláusula adicional primera se consigna una obligación de transferir a futuro, pero no hay un análisis más específico del tema, lo que resulta cuestionable.

En este caso se pude aceptar que el contrato tenga efectos únicamente obligacionales pero no porque esté prohibido que la contribución transfiera la propiedad (como sostiene erróneamente el Tribunal), si no por que las partes le han dado efectos meramente obligacionales al consignar que la transferencia de propiedad se hará en el futuro. Pero ¿qué pasará luego si en cumplimiento de dicha obligación el asociado transfiere la propiedad del inmueble? Desde luego la respuesta del Tribunal esta en los considerandos 7 y 8 mencionados, donde considera que esto no se puede admitir, postura que venimos cuestionando.

7.2.5. RESOLUCIÓN N°1353-2012-SUNARP-TR-L.

En el título N°489389 de fecha 31/05/2012 se solicitó la inscripción del contrato de asociación en participación celebrado entre Wilmer Flores Tafur en calidad de asociante y Ramos y D'Angelo Contratistas Generales SAC y Diana Paola Vásquez Sánchez en calidad de asociados. En este contrato la contribución de los asociados era ejecutar una obra detallada en el contrato. En el contrato se consignó que el asociante "aporta" un inmueble inscrito.

Este contrato tiene la misma estructura que el primer caso mencionado en el numeral 1, por ello nos remitimos a los comentarios hechos en dicho apartado.

7.2.6. CARACTERES DE ESTA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL.

Son numerosos los casos en los que el Tribunal registral ha indicando que el contrato de asociación en participación sólo tiene efectos obligacionales y ha rechazado la posibilidad de que la contribución de bienes del asociado se pueda hacer en propiedad a favor del asociante. En ese sentido se puede considerar que hay una tendencia jurisprudencial muy marcada en ese sentido.

Sin embargo, en el breve examen que hemos hecho de dicha jurisprudencia descubrimos algunas características: primero una clara falta de argumentos, éstos no pueden consistir sólo en una repetición de normas, y de hecho el Tribunal en algunos casos solo ha repetido normas creyendo hallar en ellas prohibiciones que no existen, como la prohibición de contribuir el bien en propiedad. Pero hay una segunda característica que es aún más preocupante, se observa una repetición de argumentos a pesar de que los casos presentados son claramente distintos. Parece ser que el Tribunal ha renunciado a realizar un análisis más detenido del tema. Así las cosas la posición del Tribunal parece convertirse en la principal problema en el correcto funcionamiento del contrato de asociación en participación.

Finalmente, como demostraremos a continuación hay otra característica que resaltamos: esta tendencia jurisprudencial se aleja de la tendencia doctrinaria, que de manera general, acepta la posibilidad de que se transfiera la propiedad del bien que se contribuye.

La tendencia impuesta por el Tribunal ha venido repitiéndose a nivel de los registradores quienes en diversos casos han rechazado la posibilidad de inscribir la contribución que realiza el asociado a favor del asociante usando como principal argumento los pronunciamientos del Tribunal.[12]

---

12 *Los criterios del Tribunal Registral han sido repetidos por los registradores en diversos casos basta como ejemplo mencionar los títulos el título N°62781 de fecha 08/08/2012, 8953 de fecha 31/01/2013, 21032 de fecha 14/03/2013, todos de la Oficina Registral de Chiclayo*

7.2.7. UN CAMBIO ESPERADO: LA RESOLUCIÓN N°203-2013-SUNARP-TR-T ¿UNA NUEVA TENDENCIA?

Una reciente resolución del Tribunal registral da un vuelco completo a la tendencia jurisprudencial que hemos descrito antes y que se había mantenido por varios años. Por ello su revisión es importante. El caso se origina en la Oficina Registral de Chiclayo, allí el 31/01/2013 se presenta el título N°8953-2013, este título contiene el contrato de asociación en participación celebrado entre AMF Consultores & Constructores SRL en calidad de asociante y, Norma Teresa Walter de Alegre que interviene en nombre propio y en representación de Liliana, Ingrid, Graciela, Walter y Gianella de Nakazaki todos ellos en calidad de asociados. En este contrato la contribución de los asociados era la transferencia a favor del asociante de la totalidad de acciones y derechos (cincuenta 50%) que les corresponden sobre el bien inscrito en la partida N°11148210 del Registro de predios de Chiclayo.

La Resolución de este caso se diferencia de los anteriores por varias razones. Primero, no hay una repetición de argumentos, no se ha echado mano del literal b.2 del artículo 33 del Reglamento General de los Registros Públicos que han usado otras resoluciones para repetir argumentos sin detenerse en un mejor análisis.

En segundo lugar el planteamiento de la cuestión es distinto. En efecto, en las resoluciones anteriores el asunto era definir si el contrato de asociación en participación es un acto inscribible en el Registro de predios o no, esto implicaba un desconocimiento de la doble vertiente que plantea el contrato al ser un contrato de prestaciones recíprocas, pues una cosa es analizar la prestación del asociante y otra muy distinta la del asociado como ya hemos explicado antes (Ver supra 4.1 y 4.2 donde se describe con detalle este doble aspecto). En cuanto a la prestación del asociante puede aceptarse que el contrato genere únicamente efectos obligacionales, en cambio, en lo que se refiere a la prestación del asociado es completamente posible que haya transferencia de propiedad (efecto real). En ese sentido, en la presente resolución que comentamos el Tribunal se ubica en este segundo escenario, en consecuencia, la cuestión central es definir si en el contrato de asociación en participación es factible que se produzca la transferencia de propiedad en cuotas ideales de los bienes que se destinarán al negocio, cuestión que no había sido planteada en la jurisprudencia anterior.

En tercer lugar, el Tribunal no se inventa prohibiciones que no existen y aun que parezca inverosímil cita las mismas normas que en su momento fueron usadas por la jurisprudencia anterior (artículos 440, 441, 439 y 443 de la ley de sociedades) y llega a una conclusión opuesta: "*... se desprende de las normas citadas que sí es posible transferir la propiedad de los bienes (dados en contribución) si así fue convenido por los contratantes.*"

Finalmente, el Tribunal ordena la inscripción de la transferencia de propiedad de los asociados a favor del asociante, reconociendo con ello que este tipo de transferencia de propiedad es muy distinto a una compraventa, donación o permuta.

Con esta resolución se rompe una serie de criterios que se habían estado manejando de manera errónea en el Tribunal y que se habían difundido entre los registradores. Esperemos que este sea el inicio de una nueva tendencia jurisprudencial que supere las limitaciones de la anterior.

8. LA DOCTRINA PERUANA.

La doctrina peruana mayoritaria también coincide en que la contribución puede consistir en una transferencia de propiedad.

Por ejemplo, Sierralta refiriéndose a las características que distinguen a la asociación en participación del joint venture señala: "*En la asociación en participación el asociante obra en nombre propio y la gestión del negocio le corresponde por la propia naturaleza del contrato; así también lo es en el caso de las cuentas en participación en las que el partícipe gestor se reputa como único dueño y como tal responde exclusivamente frente a terceros ya que los bienes que aporta el asociado* ***pasan a ser del patrimonio del asociante*** *y no en cosa común.*" [13]

En esta misma línea de pensamiento Talledo indica que "*La LGS utiliza la expresión "contribución" para referirse a la prestación a cumplirse por el asociado a fin de devenir en tal (art. 441). En rigor dicha locución alude más bien al título en virtud del cual se cumple la prestación a cargo del asociado. En otras palabras, la contribución es el hecho de dar o hacer algo a favor del asociante a título de contribución. Así, en cierto modo, la contribución es a la asociación en participación lo que el aporte es a la sociedad*". Y continua "*la prestación materia de la contribución puede consistir en dar, hacer o no hacer algo. Cuando la prestación* ***es de dar*** *algo el asociado contribuye* ***entregando bienes*** *al asociante, sea* ***en propiedad****, en uso o en usufructo*"[14]

Por su parte Benites pronunciándose claramente sobre el tema que analizamos indica que "... ***resulta cuestionable*** *la posición de cierta parte de la doctrina en relación a que existiría algún tipo de limitación para que las aportaciones no se lleguen a efectuar a título de transferencia de dominio, razón justificante para que en nuestra ley se haya denominado al desplazamiento patrimonial del asociado al asociante contribución...* " y le parece que este criterio no tiene utilidad alguna. Más adelante indica que : "... *no encontramos ninguna justificación para que se afirme que no sería posible que el aporte se efectúa a titulo de transferencia de propiedad... Lo esencial es que el desplazamiento patrimonial tenga como beneficiario al asociante, cosa que se justifica en la medida que es él quien realizará la gestión del mismo*".[15]

Como se ve la opinión de Elías Laroza debe considerarse minoritaria y nadie más la

---

13 Sierralta Ríos, Aníbal. Joint Venture Internacional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Segunda Edición, Lima 1997. Pag. 82.

14 Talledo Mazú, César. Ob. Cit. Pag. 26.

ha sostenido, (salvo, sin citarlo expresamente, el Tribunal Registral en las resoluciones que ya se han comentado) ello por que dicha posición nos lleva a consecuencias absurdas como ya quedó demostrado.

9. EL DERECHO COMPARADO.

En el derecho comparado este asunto no admite discusión, ya sea que se llame aporte o contribución todos los autores están de acuerdo en que en una asociación en participación hay un desplazamiento patrimonial a favor del gestor (asociante) y que dicho desplazamiento puede consistir en una transferencia de propiedad.

En España la doctrina denomina a la asociación en participación "Contrato de cuentas en participación", sobre este contrato Ruiz de Velasco indica que "*el objeto del contrato lo constituyen las aportaciones que el partícipe hace en el negocio del gestor. Puede consistir en dinero, en bienes muebles e* ***inmuebles****, o en créditos, y* ***puede aportar a título de dueño*** *o a otro cualquiera, rigiéndose estas aportaciones por las normas generales del derecho común.*" Más adelante añade que "*... hemos dicho que el contrato no requiere forma alguna. Sólo si su objeto fueran bienes inmuebles habría que documentarlos conforme a la normativa general del Código Civil.*"[16]

Sobre el tema Paz Ares indica "*el partícipe o partícipes quedan obligados a entregar al gestor o dueño del negocio el capital convenido. El capital objeto de la aportación podrá consistir en dinero o en bienes no dinerarios. Y* ***lo aportado pasa al dominio del gestor****, salvo en el caso, naturalmente, de que la aportación se haya hecho a título de uso o se haya resuelto otra cosa en el contrato*"[17].

Para que no quede duda alguna los dos autores más conocidos en el derecho español indican claramente que en una asociación y participación (o cuenta en participación) sí puede haber transferencia de propiedad de los bienes contribuidos. El reconocido autor español Joaquín Garrigues indica que, a diferencia de una sociedad donde los aportes constituyen un patrimonio separado propio de la sociedad que se funda, en el caso del contrato de cuenta en participación "*la entrega de capital al gestor de cuenta en participación* ***produce la transmisión de propiedad exclusivamente a favor del gestor***".[18] Por su lado Rodrigo Uría indica que "*el capital puesto en la cuenta por el partícipe* ***pasa al dominio del gestor o dueño del negocio****, sin perjuicio de que aquel pueda conservar contra este un derecho de crédito sobre la parte del capital aportado que no se pierda*",[19] y más adelante continua indicando

16 *Ruiz de Velasco y del Valle, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas. Madrid 2007. Pág. 545.*

17 *Paz Ares, Cándido. Las cuentas en participación. En el estudio colectivo Curso de Derecho Mercantil. Uría, Rodrigo; Menendez, Aurelio y et. al. Editorial Civitas, Madrid 1999. Pág. 566*

18 *Garrigues, Joaquin. Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV. Reimpresión de la séptima edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1987. Pag. 57.*

que "*el capital objeto de la aportación podrá consistir en dinero o en bienes no dinerarios... .y* ***lo aportado pasa al dominio del gestor***".[20]

En el caso del derecho chileno Villegas explica que el contrato de asociación en cuentas de participación funciona "*de manera tal que el asociado mediante su "****prestación****" otorga al empresario el derecho a utilizar su capital o* ***un bien que transfiere en propiedad****, usufructo o uso; y obtiene a cambio de ello el derecho de participar en el resultado económico de uno o varios negocios.*"[21]

En el caso de Venezuela Goldschmidt indica que "*en la hipótesis de las cuentas en participación, no existe un fondo común ya que* ***el aporte de el participante pasa al patrimonio del comerciante individual o de la compañía mercantil*** *que da una participación determinada. En ese sentido el art. 361 dispone que los participantes* ***no tienen ningún derecho de propiedad sobre las cosas objeto de la asociación aun que hayan sido aportadas por ellos****. Sus derechos están limitados a obtener cuenta de los fondos que han aportado y de las pérdidas o ganancias habidas...*"[22]

Como resulta claro hasta aquí la doctrina es uniforme en reconocer que las contribuciones que hace el asociado en un Contrato de Asociación en Participación sí pueden implicar transferencia de propiedad.

10. CONCLUSIONES.

1.- La regulación de la asociación en participación en la ley de sociedades peruana no abarca todos los detalles del contrato, por el contrario solo hay una regulación mínima lo que permite concluir que estamos ante un tipo contractual mínimo que puede tener infinidad de pactos y variantes que quedan librados a la voluntad de las partes.

2.- En ejercicio de dicha libertad contractual las partes pueden diseñar el contrato como mas acomode a sus intereses, de este modo puede estructurarse un contrato de asociación en participación con o sin contribución. En el primer caso es completamente admisible que las partes pacten la transferencia de propiedad.

3.- El contrato de asociación en participación y el de sociedad pertenecen al mismo conjunto de contratos que tienen una función de colaboración asociativa, por ello es correcta su regulación en la ley de sociedades. Esto tiene un efecto adicional, en caso de silencio o vacío pueden aplicarse de manera supletoria las normas de las sociedades. En ese sentido resultan aplicables las normas de los aportes que permiten como regla general la transferencia de propiedad del bien aportado.

---

19 *Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2002. Pág. 182.*

20 *Uría, Rodrigo. Ob. Cit. Pág. 183.*

21 *Villegas, Carlos Gilberto. Tratado de las Sociedades. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995. Pág. 476-477.*

22 *Goldschmidt, Roberto. Curso de Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Roberto*

4.- La prohibición de inscripción del contrato asociativo prevista en el artículo 448 de la ley de sociedades peruana es aplicable sólo al registro de sociedades, ello porque en este tipo de contratos no puede haber creación de una persona jurídica.

5.- Existen diversas resoluciones del Tribunal registral que han creado una tendencia jurisprudencial lamentablemente errada, la característica de esta jurisprudencia es la falta de argumentos, la repetición de fundamentos aplicados aún a casos con distintas características y la falta de fundamentos doctrinarios. Sobre esto último podría incluso afirmarse que dicha tendencia jurisprudencial es contraria a la doctrina existente sobre el tema.

6.- La Resolución N°203-2013-SUNARP-TR-T del Tribunal registral plantea un nuevo enfoque y llega a una conclusión que contradice la tendencia jurisprudencial anterior, reconociendo que un contrato de asociación en participación puede implicar la transferencia de propiedad de los bienes que se contribuyen.

7.- Queda claro que el contrato de asociación en participación transmite por sí mismo la propiedad del inmueble que se contribuye. No es una compraventa, porque no hay un precio, lo que hay es una contraprestación que es la participación en los resultados del negocio. No es una donación por que como ya explicamos es sinalagmático es decir tiene una contraprestación que puede ser económica. Y no es una permuta porque no hay otro bien como contraprestación[23]. Se parece a un aporte a una sociedad, ya que este también puede transferir la propiedad. Pero la contribución se diferencia del aporte por un detalle sutil: este transfiere la propiedad a favor de una sociedad (en ese sentido forma un patrimonio separado del patrimonio de los aportantes) mientras que aquella transfiere la propiedad a favor del asociante, por tanto, no hay un patrimonio separado ni menos un patrimonio común.

---

23 *Los criterios del Tribunal Registral no hacen si no generar confusión y los registradores al intentar justificarlos han rechazado diversas inscripciones con argumentos confusos. Por ejemplo, en el título N°8953 de fecha 31/01/2013 presentado en la Oficina registral de Chiclayo el interesado solicitó la inscripción de la contribución del asociado a favor del asociante consistente en transferir las acciones y derechos de un predio contenida en un contrato de asociación en participación. El Registrador rechazó la solicitud con el siguiente argumento: "Si hay transferencia de propiedad ya no hay contribución". Dice esto pues considera posible que con un Contrato de Asociación en Participación "también confluya transferencia de propiedad en cualquiera de sus modalidades (compraventa, donación, permuta, etc.)..." Es decir, para el registrador sólo se puede transferir la propiedad mediante una compraventa, donación o permuta, y si se hace la transferencia por cualquiera de dichos contratos entonces ya no hay contribución. Esto, desde luego, es un error que tiene su origen en la resoluciones del Tribunal registral (ver numeral 7 de este trabajo). Las transferencias de propiedad no se pueden limitar a estas tres figuras. Por ejemplo, el aporte a una sociedad de un inmueble no es una compraventa, donación o permuta, y sin embargo sí transmite la propiedad. Lo mismo sucede en la contribución de un inmueble en un contrato de asociación en participación, hay transferencia de propiedad de dicho bien al gestor (asociante).*

SEGUNDA PARTE:

EL REGISTRO Y LAS PERSONAS JURIDICAS

EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL TRÁFICO MERCANTIL: Una aproximación a partir de una teoría unitaria del Derecho Registral.

El presente trabajo no pretende descubrir nada que antes no haya sido dicho, por tanto, debe negársele el atributo de "novedad". Lo que se pretende es realizar un análisis sistemático y coherente del Derecho Registral. Los análisis normativos en algunas ocasiones sacrifican la individualidad por una visión general o, viceversa, sacrifican la óptica general y sistemática del derecho por una visión individual, parcial y entrecortada de los fenómenos. Pretendemos alejarnos de uno u otro extremo. No podemos analizar el bosque pretendiendo que no existen los árboles que lo conforman y no podemos analizar sólo el árbol perdiendo la perspectiva del bosque al que éste pertenece.

1. LA TEORIA UNITARIA DEL DERECHO REGISTRAL Y EL TRACTO SUCESIVO

1.1. El Derecho como ciencia

Tradicionalmente se han clasificado las ciencias en ciencias formales (la lógica y la matemática) y en ciencias naturales. Esta clasificación no comprendía a los hechos en los que el hombre era el protagonista, los hechos y fenómenos que eran creados por el ser humano. Es recién a finales del siglo XIX que se empieza a hablar de ciencias del espíritu o culturales que son las que tienen por objeto los hechos y las creaciones del hombre, lo que interesa a estas ciencias es la intencionalidad humana, interesa el hombre y su interrelación con otros hombres en un espacio y tiempo delimitados, interesa su evolución histórico social. Se delimita así con claridad el objeto de estudio de las llamadas ciencias sociales: la historia, la sociología, el derecho, etc.

El Derecho como ciencia cultural o social estudia una creación específica del hombre: la norma jurídica. El objeto del derecho como ciencia *"(...) es el complejo de normas jurídicas reguladoras de conducta humana social de acuerdo a ciertos valores. En otras palabras, el objeto del derecho es la realidad social o cultural regulada por la realidad normativa de acuerdo a ciertos valores"*.[1]

El Derecho estudia pues una porción de la realidad social en un momento histórico determinado. Para comprender dicha realidad existen diversas disciplinas cuya existencia no elimina la unidad de la ciencia del Derecho. Una de esas disciplinas es la dogmática jurídica dentro de la cual ubicamos a su vez otras disciplinas: el Derecho Constitucional, el Derecho Tributario, el Derecho Laboral, el Derecho Comercial, el Derecho Civil y el Derecho Registral entre otras. Ninguna de estas disciplinas es una ciencia autónoma sino que forma parte de la Ciencia del Derecho y ayuda, desde su particular óptica, a analizar el mismo objeto: la creación normativa jurídica del hombre.

El derecho necesita pues de estas disciplinas, ellas fraccionan el objeto general de estudio y delimitan su ámbito para una mejor visión del fenómeno jurídico.

---

1 *Torres Vásquez, Aníbal. Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho, Palestra Editores, Lima, 1999, p. 179-180.*

En este contexto, para cualquier análisis desde el punto de vista del Derecho Registral previamente es necesario partir delimitando su objeto de estudio. Es necesario precisar qué porción de esa realidad jurídica le corresponde analizar.

Dentro del universo normativo existente en un sistema jurídico determinado el Derecho Registral estudia el fenómeno de la publicidad con efectos jurídicos, típico de los registros de seguridad jurídica, dejando de lado la publicidad meramente administrativa.

1.2. El Derecho Registral: hacia una teoría unitaria

El Derecho Registral estudia pues la publicidad susceptible de producir efectos jurídicos. El elemento común que tienen los registros de seguridad jurídica es la calidad jurídica de la publicidad que brindan. En efecto, no se trata de una publicidad exteriorizada mediante publicaciones, avisos, edictos, notificaciones, etc. Se trata más bien de organizar la publicidad de manera adecuada a fin de que los actores en el tráfico comercial puedan tener acceso a ella y de darle efectos jurídicos.

Nos referimos entonces a la cognoscibilidad como elemento común de los registros de seguridad jurídica. Siendo esto así, no sólo existe la posibilidad sino que es necesaria la elaboración de una teoría unitaria del Derecho Registral, con el fin de comprender de manera sistemática y completa este tipo de publicidad. La elaboración de esta teoría unitaria no debe dejar de lado lo específico de cada uno de los registros, al contrario, debe respetarlos exigiendo una regulación general teniendo en cuenta sus particularidades. Esto tampoco quiere decir que el Derecho Registral sea una disciplina autónoma respecto a la ciencia jurídica, por el contrario, es parte de esta última como ya quedó expuesto.

En esta perspectiva, no podrá decirse que el planteamiento de una teoría unitaria no sea científico, pues, se estaría negando el carácter de científico al propio Derecho como disciplina normativa.

La teoría unitaria no propone la creación de un único registro, suponer esto es un error, no proponemos tal despropósito. Tampoco se trata de asimilar registros de distinta naturaleza. La concentración de registros y su análisis sistemático no implica dejar de lado su individualidad. No se puede proponer la visión de un bosque sin considerar cada árbol que lo conforma. Se trata de establecer una parte general que se concentre en los puntos comunes de cada registro y una parte específica que valore adecuadamente sus características.

Pau Pedrón sostiene que es perfectamente posible la elaboración de una teoría general de los registros de seguridad jurídica, pues estos registros tienen en común: en primer lugar el ordenar internamente la información, ya sea en base al folio real o al folio personal, hacer públicas las situaciones jurídicas, la cognoscibilidad o posibilidad de conocer, la existencia de un control de legalidad, la conexión entre los asientos registrales, el carácter documental o público del asiento, la eficacia frente a terceros entre otros.[2] Nosotros suscribimos totalmente esta opinión del autor español.

1.3. La teoría unitaria y los principios registrales

Desde la perspectiva del Derecho Registral como unidad, existen principios registrales que son comunes y otros que no lo son, pues, varían de acuerdo al registro de que se trate. Entre los primeros debemos citar, a título de ejemplo, al principio de rogación y el de legalidad en sus dos manifestaciones: titulación auténtica y calificación, y entre los segundos, la fe pública registral y el llamado tracto sucesivo, entre otros.

Ocurre que en muchas ocasiones el análisis y aplicación de los principios es errado porque *"se piensa en el bosque tomando como referencia solo un árbol"*. En otras palabras y utilizando un término muy difundido en la doctrina española, se ha pensado el Derecho Registral desde un punto de vista netamente *"hipotecarista"*. Y esto ocurre también legislativamente, pues no en pocas ocasiones se han dictado normas para todos los registros teniendo como referencia únicamente el registro de propiedad inmueble.

El Derecho Registral está formado por una serie de registros y no por uno solo. Lo que pretende la teoría unitaria es encontrar lo común de cada uno de ellos pero al mismo tiempo resaltar sus diferencias y particularidades. En este contexto, solo algunos principios registrales serán aplicables a todos los registros pero otros variarán de acuerdo a la naturaleza del Registro. Si partimos del hecho que en un sistema registral pueden existir registros de bienes, registros de personas y registros de contratos o garantías los principios deberán responder a la naturaleza de los mismos.

1.4. El tracto sucesivo en la teoría unitaria del Derecho Registral

1.4.1. Errores muy frecuentes

Es evidente que el registro de la propiedad inmueble es uno de los más importantes, pero es necesario recalcar que no es el único. No podemos analizar sólo el árbol y olvidarnos del bosque. Sucede, sin embargo, que los principios pensados para este registro "principal" son aplicados de manera extensiva a otro tipo de registros que son distintos. No parece que esta "adecuación extensiva" de los "principios hipotecaristas" a otros registros distintos, como los registros de personas por ejemplo, sea la más exacta y conveniente. En efecto, esto es un error pues el principio debe responder a la naturaleza propia del registro al que debe ser aplicado. Como ya quedó expuesto el defecto es cometido en el ámbito legislativo, en la doctrina y en la jurisprudencia.

En cuanto al principio de tracto sucesivo, principio netamente "hipotecario", se ha considerado aplicable a todos los registros sin distinción alguna. Ello porque, como ya se expresó, la lógica "hipotecarista" se impone consciente o inconscientemente, por ello existe un defecto de concepción, un defecto de redacción y un defecto de aplicación del principio.

Esto ha sido criticado por algunos autores como Garrigues quien, comentando el derecho español, sostiene: *"Nuestro derecho positivo (...) funda el sistema en un error, que consiste en equiparar los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil*

2 *Pau Pedrón, Antonio Curso de Práctica Registral, UPCO, Madrid, 1995, p. 23 a 27.*

y en el Registro de la Propiedad. Este error inicial lleva a transportar al Registro Mercantil las mismas disposiciones del reglamento hipotecario (...)". [3] El autor español incluso llega a afrmar que esta "adecuación extensiva" del principio genera anomalías en el Registro Mercantil.[4] Nosotros recogemos esa opinión y aclaramos que también es válida no solo para el Registro Mercantil sino para todos los registros de personas (naturales o jurídicas).

1.4.2. Nuestra opinión

En nuestra opinión debe darse un vuelco en la elaboración del principio que nos lleve a eliminar este error muy común. Para tal efecto, debemos partir de la teoría unitaria que toma en cuenta lo común y lo específco de cada registro. A continuación desarrollamos esta opinión:

1.4.2.1 La seguridad jurídica y la coherencia registral

Si el registro va a brindar seguridad jurídica la información que publicite no debe admitir contradicciones, debe haber una conexión entre los asientos registrales que en algunos casos tendrá que ver con los derechos, o, en otros, con las situaciones, relaciones, hechos o actos que se inscriban. En suma, debe haber una coherencia registral en la información, solo así podrá crearse uno de los presupuestos básicos de la seguridad jurídica. ¿Qué seguridad puede haber cuando la información es inconexa, desordenada, contradictoria e incoherente? De esta manera, la coherencia registral se convierte en un rasgo necesario, típico y común de todos los registros con efectos jurídicos. La inscripción de un acto o hecho aislado genera inseguridad, en cambio, su inscripción ubicada en un contexto adecuado y coherente trae aparejado una seguridad para todo aquel que consulte la información. Esto implica, además, una mayor rigidez en la califcación.

La coherencia registral es un concepto general que se especifca de dos maneras distintas, tomando en cuenta el tipo de registro.[5] Por un lado, el

---

3 *Garrigues, Joaquin Curso de Derecho Mercantil, Tomo III, Ed. Temis, Bogotá, 1987, p. 66.*

4 *Garrigues, Joaquin ob. cit., p. 68.*

5 *Todo registro (sea de seguridad jurídica o de información administrativa, sea de manejo privado o público) tiene como principio organizar la coherentemente la información. Esta coherencia se manifiesta en la aplicación de diversos criterios. Estos criterios empiezan siendo muy elementales hasta ir convirtiéndose en más complejos de acuerdo al registro de que se trate. Por ejemplo, un registro de alumnos puede organizarse con un criterio alfabético. Un registro de compras puede organizarse en rubros de acuerdo a los bienes a adquirir. En un registro de contribuyentes un criterio importante es el monto de la contribución, criterio con el que se pueden clasificar los contribuyentes. En algunos otros registros convendrá que se organice la información con un criterio cronológico. En los registros de seguridad jurídica predominan los criterios de folio real, según el cual por cada predio se abre una partida registral, el de folio personal según el cual se abre un folio por cada persona, o contractual según el cual se abre una partida por cada contrato. Esto se completa con el tracto sucesivo*

llamado tracto sucesivo o continuo, aplicable a los registros de bienes; y por otro la previa inscripción, aplicable a los registros tanto de personas como de contratos y garantías.

1.4.2.2 El tracto sucesivo y la previa inscripción

Ambos conceptos, tracto sucesivo y previa inscripción tienen un lado común pues son especies de un mismo género: la coherencia registral, pero no debe confundírseles.

El tracto sucesivo está referido a una cadena de "derechos" y de transmisiones; en ese sentido ningún derecho puede inscribirse sin que esté inscrito el derecho de donde emane.

Ahora bien esas sucesivas transmisiones se refieren a una cosa, a un bien, por eso el principio tiene una relación directa con los registros de bienes (registro de la propiedad inmueble, registro de propiedad vehicular por ejemplo).

La previa inscripción, sin embargo, no busca un encadenamiento de "derechos". Según este principio debe existir una conexión entre lo inscrito y lo que se va a inscribir, conexión que no consiste en una cadena de "transmisiones" sino en un antecedente necesario para hacer coherente la inscripción del nuevo acto, contrato, hecho o situación jurídica.

1.4.2.3 La previa inscripción y el registro de personas jurídicas

El objeto de inscripción en los registros de bienes es distinto al de los registros de personas, de allí que los principios registrales en ambos registros no pueden equipararse de manera absoluta.

En el registro de personas jurídicas, a diferencia del registro de la propiedad inmueble, no se inscriben derechos sino personas, actos, hechos y relaciones jurídicas de interés para terceros (salvo excepciones que no hacen más que confirmar la regla). Por eso, el tratamiento de ambos registros no puede ser el mismo en todos los aspectos. Los principios del registro de propiedad inmueble no necesariamente son los más adecuados para los otros registros. Es claro, en base a lo expuesto, que en el registro de personas jurídicas es mas propio hablar de previa inscripción que de tracto sucesivo, pues no se trata de una serie continuada y rígida de "derechos" sino de una compatibilidad con el antecedente registral. Así, por ejemplo, no puede pretenderse la inscripción de

---

o previa inscripción que se manifiestan una vez abierta una partida con algunos de estos criterios. En los casos de registros más complejos como los de seguridad jurídica estos criterios suelen combinarse, por eso no es raro ver que el criterio cronológico está presente combinado con el folio real, personal o contractual. Como se ve en realidad la coherencia en el manejo de la información tiene diversas expresiones. En el caso peruano la expresión de una organización coherente de la información se expresa en el principio de especialidad y cierran el círculo los principios de tracto sucesivo y previa inscripción.

una modificación de los estatutos de una sociedad anónima si esta antes no se ha inscrito como tal, tampoco puede pretenderse inscribir la revocación de un poder si este antes no está inscrito.

Por otro lado, la distinción tiene importancia pues el tracto sucesivo implica una rigidez que una vez rota en la mayoría de sistemas registrales es difícil restablecer. En cambio, la previa inscripción es mucho más flexible, un ejemplo de esto es la posibilidad, en el registro de personas jurídicas, de inscribir la elección de una junta directiva mediante convocatoria judicial.

2. EL TRACTO SUCESIVO EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

2.1. La teoría unitaria y el sistema registral peruano

Podemos afirmar que la evolución normativa del Derecho Registral peruano ha sido horizontal y vertical. Horizontal porque ha concentrado una serie de registros que eran manejados por instituciones administrativas diversas. En ese sentido, el Registro ha ido "creciendo" horizontalmente.

Esta evolución empezó con la creación, el 28 de enero del año 1888, del Registro de la Propiedad Inmueble, posteriormente el ámbito registral fue ampliándose. Así, se creó el Registro Mercantil. En otra etapa, se agregaron algunos otros registros (Mandatos, Sucesión Intestada, prendas industriales, agrícolas, etc.) y en una última etapa se integraron una gran cantidad de registros, antes dispersos, en una sola entidad.

Esto se logró con la Ley 26366. Dicha Ley crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y crea la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

La Ley agrupa a los registros de la siguiente manera: Registro de Propiedad Inmueble, Registro de bienes muebles, Registro de personas jurídicas y Registro de personas naturales.

Hasta la fecha se han integrado una serie de registros que antes se encontraban administrados por diversas dependencias, entre ellos: El Registro Fiscal de ventas a plazos que se encontraba a cargo del Ministerio de Industria, el Registro de Propiedad Vehicular que se encontraba a cargo del Ministerio de Transportes, el Registro de vehículos menores a cargo de las municipalidades y últimamente el Registro Público de Minería que se encontraba siendo administrado por el Ministerio de Energía y Minas entre otros.

Es pertinente mencionar en esta parte que *"con la Ley 26366 no se trató de hacer de los diversos registros uno solo, eliminando mediante la unificación la identidad de cada cual. Por el contrario, lo que se buscó fue integrarlos de tal forma que los diversos registros formen parte de un único sistema, reconociendo sus diferencias y particularidades"*.[6]

Por otro lado, la evolución ha sido vertical, en el sentido de que se ahonda en el efecto de las inscripciones, en el efecto jurídico de la publicidad. Con la integración dichos registros dejaron de ser registros de información administrativa y se consolidaron como registros de seguridad jurídica.

Con anterioridad a la integración no podría afirmarse que existiera una unidad y coherencia en el tratamiento de los registros. Queda claro entonces que en el Perú el punto más alto de este proceso evolutivo ha sido la expedición de la Ley 26366 y la creación de la SUNARP.

El legislador peruano ha optado por un tratamiento unitario del Derecho Registral. Sin embargo, la Ley 26366 mencionada no derogó y modificó gran cantidad de normas que a pesar de su antigüedad aún siguen vigentes, en suma no "modernizó" la totalidad de la legislación registral existente. Esto hace que el conjunto de normas actualmente vigentes generen incoherencias en el sistema. Uno de los ejemplos son los principios registrales y específicamente el tracto sucesivo. A pesar de ello las bases para una teoría unitaria del Derecho Registral están dadas.

2.2. El tracto sucesivo en el sistema registral peruano

El caso peruano es un ejemplo de cómo la lógica "hipotecarista" se ha extendido indebidamente a otro tipo de registros como los registros de personas (naturales y jurídicas) y los registros de contratos y garantías. Esta lógica se ha impuesto tanto a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial.

En efecto, el Libro IX del Código Civil Peruano denominado Registros Públicos tiene VIII Títulos. El título I está dedicado a las "Disposiciones Generales" el título II al Registro de Propiedad Inmueble, el título III al Registro de Personas Jurídicas, el título IV al Registro Personal, el título V al Registro de Mandatos y Poderes, el título VI al Registro de Testamentos, el título VII al Registro de Sucesiones Intestadas y el título VIII al Registro de Bienes Muebles.

En el título I de "Disposiciones Generales" se regulan una serie de principios, entre ellos el tracto sucesivo que conforme al art. 2015 de dicho Código tiene el siguiente texto: *"Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que este inscrito o se inscriba el derecho de donde emane"*. Por tener esa ubicación se supone que debe ser aplicable a todos los registros. Es más, la intención del legislador parece que fue esa. La exposición de motivos señala "*Este libro trata de expresar las pautas generales y principios aplicables a todos los registros, y de modo particular, pero no exclusivo a los registros de que se ocupa*". (Subrayado agregado)[7]

Es evidente pues que el legislador reguló el principio pensando solo en el Registro de Propiedad Inmueble y lo extendió, en nuestra opinión indebidamente, a otros registros.

---

6 *Cárdenas Quirós, Carlos en la Introducción al Compendio de Legislación Registral y Notarial, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, p.6.*

7 *Bigio Chrem, Jack Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, Cultural Cuzco, Lima, 1998, p. 185.*

Por otro lado, también hay confusión en la doctrina. Así, el profesor Rubén Guevara Manrique define al principio en los mismos términos que el articulo 2015 señalando que este principio *"(...) no solamente se da en el Registro de la Propiedad Inmueble, (...) de ningún modo, antes bien, se da en todos los registros. Así por ejemplo, en el Registro de Mandatos no podrá inscribirse una sustitución de poder si no se podrá anotar una demanda sobre nulidad de testamento si previamente no está inscrito el testamento cuya nulidad se pretende (...) en fin los ejemplos son numerosos y que se dan en cada caso, por lo que dicho principio debe cumplirse en todos ellos".* Señala mas adelante que la *"(...) redacción del Art. 2015 del Código Civil es mucho más amplia que la del Art. 1045 del Código derogado (...)"* pues este se refería solo al Registro de Propiedad Inmueble y aquel se refiere a TODOS los registros.[8] En este razonamiento existe un claro tinte "hipotecarista".

En la jurisprudencia se ha dado el mismo caso. Basta para el efecto dos ejemplos: en la Resolución N° 189-97-ORLC/TR, expedida por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao el 29 de mayo de 1997, referida a un aumento de capital de una sociedad anónima, se rechazó la inscripción entre otras razones por que "*(...) para el aumento de capital que se pretende inscribir se ha asumido como válido el monto del capital que fuera inscrito en el asiento 2-b de la Ficha 52839 y que al hallarse afectado de nulidad, ha generado una solución de continuidad determinando que se incumpla con el principio registral de tracto sucesivo recogido en el art. 2015 del Código Civil (...)*".[9]

La Resolución N° 483-97-ORLC/TR expedida por el mismo Tribunal el 27 de noviembre de 1997 referida a la inscripción de Gerentes y Directorio de una S.A. entre otras estableció que *"(...) en aplicación del art. 2015 del Código Civil previamente a la inscripción de los nombramientos de los integrantes de los órganos de la sociedad, debe inscribirse las modificaciones estatutarias que constituyen el sustento normativo que las regula".*[10]

Como se ve, en estricto no estamos ante casos de un encadenamiento de "derechos" sino de una previa inscripción de hechos, actos o relaciones jurídicas. Sin embargo, al Tribunal Registral no le quedó otro camino pues no existe en nuestra legislación mercantil ni en la de personas jurídicas norma alguna que regule la coherencia registral o la previa inscripción.

En nuestra opinión, se ha venido pensando el Derecho Registral peruano bajo "la sombra" del Registro de la Propiedad Inmueble y los ejemplos citados antes lo demuestran.[11]

---

8 *Guevara Manrique, Rubén Derecho Registral, Quinta Edición, Editora Fecat, Lima, 1994, p. 59-60.*

9 *Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. IV, Año II, Lima, p. 382.*

10 *Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. V, Año III, Lima, p. 251-252.*

11 *El tratamiento positivo que se brinda en el derecho peruano a los principios de fe publica registral y de oponibilidad confirman esta idea. En efecto, el legislador ha redactado el texto*

No queda más que modificar y adecuar nuestra legislación, por lo demás mantener las normas tal y como se encuentran significa contradecir la evolución hacia un sistema único del Derecho Registral peruano evidenciado en la Ley 26366.

3. CONCLUSIONES

Ante lo expuesto podemos mencionar algunas conclusiones.

1. Es completamente posible la elaboración de una Teoría Unitaria de Derecho Registral completamente científica que tendría como objeto de estudio lo común en los Registros de Seguridad Jurídica.

2. El Derecho Registral ha recibido una influencia enorme del Registro de Propiedad Inmueble a tal punto que su "lógica" ha sido aplicada al resto de registros sin tener en cuenta sus particularidades.

3. El Tracto Sucesivo es un principio propio de los Registros de Bienes y la Previa Inscripción de los Registros de Personas, Contratos y Garantías pero forman parte de un concepto único: la coherencia en la información registral.

4. En el Perú se han dado las bases legales que justifican una teoría unitaria del Derecho Registral.

---

y ha decidido la ubicación de los artículos 2014 y 2022 del Código Civil desde la perspectiva del registro de propiedad inmueble.
En cuanto a la fe pública registral puede decirse que los requisitos señalados en el texto del artículo 2014 son aplicables al registro de propiedad inmueble, o en general a un registro de bienes. Pero tales requisitos no son idóneos para otro tipo de registros como el de personas o el de contratos. Esto lleva a preguntar si en el registro de personas jurídicas puede aplicarse el principio de fe pública registral. La interrogante es importante a efectos de definir con claridad cuáles son los efectos de la información registral en nuestro sistema. Aun que podría sostenerse la aplicación de la fe publica registral en estos registros, es claro que todos los requisitos exigidos por la norma no podrían aplicarse, esto por una clara razón el texto ha sido pensado únicamente en el registro de propiedad inmueble, sin embargo, la norma esta ubicada en la parte de disposiciones generales que se supone aplicable a todos los registros lo cual parece errado.
En cuanto al artículo 2022 el asunto también es claro. El texto del artículo se refiere a un conflicto de derechos reales o el conflicto entre un derecho real y un derecho distinto, por tanto dicho artículo se refiere a un registro de bienes. Por ello, el artículo se ubica en el capítulo correspondiente al registro de propiedad inmueble, sin embargo, resulta erróneo suponer que la oponibilidad solo es aplicable a este tipo de registros. En el caso peruano, la oponibilidad es aplicable a todos los registros y a diversas situaciones inscribibles en los que no necesariamente están en juego derecho reales. Así, por ejemplo, en un registro de personas o en uno de contratos también existe la oponibilidad como efecto de la información registral. Por tanto, la oponibilidad debería estar ubicada en la parte general pero con un texto diferente que no la restrinja solo al registro de propiedad inmueble si no que comprenda los demás registros.

1.1. Propuesta Normativa:

Art. 1: Solamente se extenderá una inscripción cuando a juicio del Registrador el derecho, acto, hecho o situación jurídica sean coherentes con los precedentes registrales.

Art. 2 : Registro de Propiedad Inmueble.

Tracto Sucesivo:

Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que este inscrito o se inscriba el derecho de donde emane.

Art. 3 : Registro de Personas Jurídicas.

Previa inscripción

- Para inscribir actos, hechos o situaciones relativas a una persona es preciso la previa inscripción de la misma.
- Para inscribir modificaciones de estatutos es necesario que éstos estén inscritos.
- Para inscribir actos o contratos efectuados por apoderados estos deberán estar inscritos previamente.
- Para inscribir la revocatoria o modificación de las facultades de un apoderado o mandatario el poder o mandato deben estar previamente inscritos en el Registro.

---

1 *Se trata de la Ley 26887, denominada Ley General de Sociedades, de fecha 09 de diciembre de 1997, que derogó a la antigua Ley 16123 del 27 de julio de 1966.*

2 *Rodrigo Uría, Aurelio Menendez, Luis Carlon, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo IX, Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, p. 18.*

3 *Se trata de la Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T de fecha 06 de agosto del 2004. Esta resolución resolvió la apelación presentada por la "Asociación de Transportistas Individuales en camionetas rurales Señor de los Milagros Monsefú Chiclayo y viceversa" que solicitaba la inscripción de la Asamblea donde se acordaba su transformación a una sociedad con el nombre de "Empresa de Transportes Señor de los Milagros Sociedad Anónima Cerrada". El caso fue resuelto favorablemente por el Tribunal ordenándose la inscripción de tal acuerdo. Los detalles del caso pueden ser consultados en el título archivado signado con el N°13982 del Libro Diario de fecha 26-05-2004, en la Oficina Registral de Chiclayo. Así como en la partida electrónica 02202969 del Registro de Personas Jurídicas Libro de Asociaciones de dicha Oficina Registral.*

LA TRANSFORMACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS NO LUCRATIVAS.

LA TRANSFORMACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS NO LUCRATIVAS.
Un ensayo sobre la posibilidad de transformar una asociación en una sociedad.

1. INTRODUCCIÓN.

Desde hace buen tiempo se viene debatiendo sobre la posibilidad de que las personas jurídicas no lucrativas se transformen en sociedades, organizaciones estas últimas típicamente lucrativas. Hasta antes de la actual Ley General de Sociedades el asunto era claro pues se consideraba que una asociación, por ejemplo, no podía transformarse en una sociedad anónima. Sin embargo, la promulgación y entrada en vigencia de esta Ley[1] obligó a revisar el tema y surgieron posiciones discrepantes al respecto. La norma que dio origen a tales discrepancias es el artículo 333 de la Ley citada. Este artículo tiene el siguiente texto:

Artículo 333º.- Casos de transformación

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

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

La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica.

Esta norma permitiría que cualquier persona jurídica pueda transformarse en sociedad, y para algún sector se incluyen también las asociaciones. En las líneas que siguen analizo el asunto con algún detenimiento.

2. LA TRANSFORMACIÓN:

Es conocido en la doctrina que cuando hablamos de transformación estamos hablando de una misma persona jurídica, con las mismas personas como socios (o asociados) y con el mismo patrimonio, la transformación sólo implica un cambio de forma jurídica. Ni siquiera podríamos hablar de una sucesión pues no hay reemplazo en la posición jurídica de una persona por otra (como en la fusión por ejemplo) si no que se trata de la misma persona sólo que con otra forma jurídica, con otro ropaje, "(...) en sentido estricto sólo se habla de transformación (de sociedades) con referencia al cambio de forma: es decir, para comprender aquella operación jurídica mediante la cual la sociedad por acto o decisión voluntaria abandona su primitiva vestidura, adopta la correspondiente a un tipo legal distinto y se somete para el futuro a las normas legales ordenadoras del nuevo tipo adoptado".[2] Obviamente el cambio implica, por ejemplo, que la estructura interna de la persona jurídica también se modifique y que los socios serán objeto de un tipo de relaciones jurídicas propias del tipo social adoptado,

---

4 *El criterio expuesto en este párrafo por el Tribunal merece un comentario aparte. En el caso se presenta una contradicción entre el artículo 48 de los Estatutos de la Asociación según el cual una vez liquidada la asociación el patrimonio debe ser repartido equitativamente entre los asociados, y entre el artículo 97 del Código Civil según el cual disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es*

incluyendo, claro esta, el tipo de responsabilidad patrimonial. Pero hay dos elementos básicos que se mantienen en toda transformación, que no cambian, se trata del patrimonio y de los asociados, aun que, es necesario mencionarlo, en este último caso se respeta el derecho de separación de éstos. Por lo demás, este concepto es el que acoge el propio artículo 333 de la Ley de Sociedades según el cual "la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica". Si la persona jurídica no cambia entonces las relaciones jurídicas en la que es parte no varían, tanto si es deudora o acreedora como si es titular de derechos reales o de otro tipo. Tales relaciones jurídicas se mantienen tal cual fueron pactadas originalmente. He allí, precisamente, la utilidad práctica y la funcionalidad del concepto. Ésta, por lo menos a mi entender, es la concepción tradicionalmente aceptada de transformación.

Desde esta perspectiva una Asociación ¿puede transformarse en una sociedad? Al respecto pueden haber dos alternativas: que se admita o que se rechace.

En el ámbito registral los Registradores Públicos han discutido el tema y han surgido opiniones discrepantes. El Tribunal Registral sin embargo ha tenido la oportunidad de pronunciarse tomando posición en este asunto[3]. Este pronunciamiento tiene carácter oficial, y aunque no es un precedente de observancia obligatoria en sede registral, sí indica una pauta, por tanto es importante analizarla. El Tribunal admite tal transformación, por los fundamentos que más adelante se resumen; en mi opinión en cambio, dicha posibilidad no es admitida por la Ley peruana.

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL

Sostiene el Tribunal Registral en su Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T de fecha 06 de agosto del 2004, en uno de sus considerandos lo siguiente: "De allí que Beaumont Callirgos afirme que con el instituto de la transformación se evita todo el proceso...que consiste en disolver, liquidar y extinguir la sociedad..... en otras palabras, es la continuación del organismo social modificado en su forma, y con al misma base personal y patrimonial. Esta última aseveración no resulta del todo cierta para el caso de la asociación, pues si bien puede conservar a los integrantes de la persona adoptada, **su patrimonio no puede ser trasladado**." Y sigue: "La Sala considera que en estas circunstancias **el patrimonio de la asociación es**

---

entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. En esta contradicción, se impone el citado artículo 48 de los Estatutos, sostiene el Tribunal en el párrafo que comentamos, basando su criterio en el hecho de que los Estatutos se han inscrito y por tanto se encuentran legitimados (principio de legitimación). Tal criterio en mi opinión es erróneo. Y es que el principio de legitimación no es exclusivo de los actos registrados, pues como se sabe tal principio también se aplica a las leyes. Es decir expedida tal o cual ley, ésta se presume legítima salvo que haya una declaración judicial en contrario, pero además, también se presume conocida por todos (principio de publicidad). En consecuencia no encuentro argumento alguno para afirmar que la legitimación de la ley pueda sucumbir frente a la legitimación de la inscripción. Me parece que

intangible, de tal suerte que para su transformación deberá dársele el destino previsto para **la eventualidad de su liquidación**. Por tanto, al faltarles el capital necesario para operar como sociedad mercantil, los socios deberán inevitablemente aportar para el capital inicial, sin perder de vista el tipo societario de que se trate."

Continua el Tribunal diciendo: "De acuerdo al art. 97 del Código Civil el patrimonio neto debe pasar a las personas o instituciones con fines análogos a la asociación. En consecuencia, cuando se trata de una asociación en la escritura pública de transformación **tendrá que precisarse el destino final dado a los mismos, según como se haya estipulado en el estatuto**. Sin embargo, en el caso bajo análisis deberá precisarse **si se cumplió** con la norma estatutaria, tal cual fue consignada, pues según el art. 48 de los Estatutos de la asociación, los cuales se hallan legitimados con su inscripción registral, una vez liquidada la asociación el patrimonio debe ser repartido equitativamente entre los asociados."[4]

4. ANALISIS DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

Parafraseando los argumentos resumidos antes, para el Tribunal el patrimonio de la asociación es intangible, siendo así no puede ser trasladado como patrimonio de una sociedad, por tanto deberá dársele el destino previsto para la "eventualidad de su liquidación" (sic) por ello en la escritura de transformación deberá indicarse cual es el destino final dado a dicho

---

ni la legitimación ni la publicidad son argumentos para resolver la contradicción planteada. Creo más bien que la solución a esta contradicción pasa por determinar si la norma es imperativa o dispositiva. Si se trata de una ley imperativa, pues sencillamente debe imponerse sobre la voluntad de las partes, aun que esta voluntad esté inscrita, y es que sería inadmisible en tal caso que la voluntad ilegal se imponga, con el argumento de la legitimación. En el conflicto descrito es claro que se debe imponer el artículo 97, por que esta norma sencillamente es de carácter imperativo, se presume legítima y se presume conocida por todos. Esta norma no admite pacto en contrario por que sencillamente se refiere a la naturaleza no lucrativa de las asociaciones cuestión que los particulares no pueden modificar. Por eso no es admisible el pacto según el cual el haber neto resultante puede repartirse entre los asociados.

5 *Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez, Luis Carlon, op. cit., p. 96.*

6 *Javier de Belaúnde López de Romaña, Reforma del Código Civil y la Personas Jurídicas, Exposición presentada en el I Congreso de Derecho Civil, Arequipa el 10 de junio de 1998, publicado en el libro Reforma del Código Civil Peruano, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, p. 119.*

7 *El artículo 2 del Decreto Supremo 007-98-ED por ejemplo tiene el siguiente texto: "Las personas naturales o jurídicas promotoras de instituciones educativas particulares, constituidas y autorizadas o registradas con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 882, podrán aportar el patrimonio de las instituciones educativas a su cargo, a cualquiera de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 4 del referido dispositivo." Es necesario aclarar que el término aporte mencionado por la norma puede tener dos acepciones: la primera, entendida como efectuar un aporte para la constitución de nuevas personas jurídicas, sociedades por ejemplo, en tal caso la entidad que hace el aporte se convierte en socia de la nueva sociedad; y la segunda en el caso de personas jurídicas no lucrativas, entendida como que estas se transforman con todo su patrimonio, siendo esta una excepción al artículo 98 del Código Civil, se entiende entonces que es un aporte fundacional de la nueva*

patrimonio. En otras palabras el Tribunal obliga a que dicho patrimonio **se liquide** y el haber neto resultante pase a otra entidad análoga definida en el Estatuto.

De lo anterior se deduce que para permitir la transformación de una persona jurídica no lucrativa en una que si 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.

En efecto, por definición la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica (artículo 333 de la Ley de Sociedades ya citado) y esto significa que la organización de que se trate mantiene sus mismos miembros y **su mismo patrimonio.**

El patrimonio esta compuesto por activos y pasivos es decir obligaciones, la idea de la transformación es que las relaciones jurídicas que la organización a transformarse tenga se mantengan en el tiempo pues no tienen por que variar. "El simple cambio de forma no afecta pues a las relaciones jurídicas de que sea titular la sociedad transformada: cambia el tipo y permanece el sujeto de derechos"[5]. Así, por ejemplo, si la persona jurídica que se transforma estuviera obligada a pagar periódicamente en cuotas una deuda o varias deudas en un plazo de cinco o diez años, esa situación no debe cambiar por la transformación pues se trata de la misma persona jurídica, no hay cambio de deudor y no tiene por que haber variación en estas obligaciones ni en las condiciones de ellas. En el ejemplo mencionado la persona jurídica transformada seguirá realizando los pagos periódicos hasta la culminación del plazo, y es que, repito, se trata de la misma persona jurídica. Otro ejemplo, una persona jurídica de transportistas es titular de una concesión de rutas de transporte público, pues bien, siendo la concesión un bien que forma parte de su patrimonio una vez transformada la persona jurídica debería seguir siendo titular de la misma, pues se trata de la misma persona jurídica, los derechos que concede la concesión deben mantenerse, y la persona jurídica transformada seguirá haciendo uso de las rutas de transporte dadas en concesión. Esto sucede en todas las transformaciones y no hay por que hacer diferencias, pues las relaciones jurídicas deben mantenerse siempre, no encuentro motivo para que sea de otra forma. En conclusión, siempre que haya transformación hablaremos del mismo patrimonio, es decir de las obligaciones, deudas, créditos etc. que deben mantenerse en las mismas condiciones señaladas en los contratos originales de los cuales emanan, esto siempre resultó claro cuando se definía la transformación.

Pero esto no es todo, 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. Como se sabe tanto legislativamente como doctrinariamente (y esto no admite discusión teórica) se reconoce que en la transformación no hay liquidación, (¡nunca hay liquidación ni tiene por que haberla¡) eso se desprende de la propia definición de la figura, como ya quedó explicado antes. Esta exigencia es pues completamente exagerada, ilegal y va contra la mejor doctrina referida a la figura de la transformación.

No se entiende por que en una transformación hay que iniciar un proceso de liquidación, pagando todas las deudas, dando por vencidos los plazos de obligaciones señaladas en los contratos de los que emanan, y obteniendo un haber neto que será entregado a una entidad análoga no lucrativa. En realidad esto no es una transformación, es una liquidación de una persona jurídica y una constitución de otra, sólo hay una diferencia, tradicionalmente estos actos (liquidación y constitución) eran separados, lo único que se hace en el caso resuelto por el Tribunal es unirlos en un solo acto y a eso se le llama transformación. Me parece que esto sólo distorsiona el concepto, y le quita su utilidad, en realidad hay que llamar a las cosas por su nombre, una cosa es transformación y otra muy distinta la liquidación y la constitución; hubiera sido mejor que reconozca que los miembros de la asociación primero deben liquidar la asociación, extinguirla y solo después deben fundar una nueva persona jurídica: una sociedad. Es claro pues que esto que hemos bautizado como "transformación sin patrimonio" tiene un contenido conformado por dos elementos, la liquidación de patrimonio y la constitución de una nueva persona jurídica, craso error en mi opinión.

En realidad esta posición si tiene una explicación. El Tribunal se ha visto obligado a crear un nuevo concepto de transformación al tratar de evitar afectar el elemento no lucrativo de las asociaciones, por ello exige la liquidación del patrimonio, pero ello le quita al concepto de transformación toda utilidad práctica, y es que si una persona jurídica opta por la transformación lo hace por que quiere seguir siendo dueña de sus bienes, por que quiere conservar sus activos y pasivos, su patrimonio, de lo contrario optaría por la liquidación.

5. IMPOSIBILIDAD DE LA TRANSFORMACIÓN.

En mi opinión no es admisible que una asociación se transforme en una sociedad, sostengo pues, lo contrario de lo señalado por el Tribunal Registral, y pienso que la posición sostenida por este colegiado es equivocada. Mi posición se basa en dos conceptos: el elemento no lucrativo en las asociaciones y el concepto de transformación. En las líneas que siguen pongo a consideración del lector los fundamentos de mi parecer.

5.1. LO LUCRATIVO Y LO NO LUCRATIVO

En el Perú realizar actividades económicas es libre, desde luego siempre en el marco de la Ley (autorizaciones municipales, sanitarias, licencias de funcionamiento, elementos de seguridad exigibles etc.). En el ámbito de las Personas Jurídicas sucede lo mismo de tal forma que cualquier Asociación puede realizar actividad económica. Es bueno aclarar aquí lo que entendemos por actividad económica, pues en términos bastante sencillos es buscar un excedente, un margen de ganancia, una renta. El que una asociación realice actividades económicas en los términos definidos es un fenómeno frecuente en el Perú (y en el mundo), no es raro ver, por ejemplo, la existencia de asociaciones que se dedican a vender polos, chompas de alpaca, cerámica, manualidades diversas, etc. con la idea de obtener una ganancia descontando los costos necesarios para realizar la actividad. Incluso hay organizaciones no gubernamentales que realizan este tipo de actividades económicas con el apoyo técnico y financiero del exterior bajo la forma de Asociaciones. Desde el

punto de vista constitucional no hay impedimento para que una persona no lucrativa como una Asociación realice actividad económica.

Así las cosas hemos de concluir que el criterio para determinar si una persona jurídica es o no lucrativa no podría ser el hecho de que realice o no actividad económica, en los términos ya definidos, pues tanto una sociedad como una asociación pueden realizar actividad económica.

Siendo así es pertinente preguntar que elemento diferencia a las personas jurídicas lucrativas de las que no lo son. Siendo que ambas pueden realizar actividad económica orientada a obtener beneficios, la clave para determinar o descartar lo lucrativo es preguntarse que pasa con el beneficio obtenido en relación con sus integrantes. Si los beneficios se reparten entre los socios, será una persona jurídica lucrativa, si dicha repartición no está permitida, estaremos ante personas jurídicas no lucrativas.

Lo anterior es reconocido en nuestra legislación, así, tenemos los siguientes artículos del Código Civil:
Artículo 78º.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y **ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella** ni están obligados a satisfacer sus deudas.

Artículo 91º.- Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, **no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones**.

Artículo 98º.- 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, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.

A diferencia de las asociaciones, en las sociedades, si se excluye a algún socio o se retira voluntariamente, éste tiene derecho a la devolución de su participación en el patrimonio a través del reembolso del valor de sus acciones o participaciones, y en el caso de una disolución y liquidación, el haber neto resultante una vez pagadas las deudas debe repartirse entre todos los socios.

En resumen la diferencia entre lo lucrativo y lo no lucrativo no esta en el tipo de actividad que se realiza, ya que todas las personas pueden realizar actividades económicas que generen excedentes, la diferencia esta en la relación que haya entre los integrantes y la persona jurídica, si los integrantes pueden dividirse entre sí los excedentes estaremos ante una persona jurídica lucrativa, si no pueden hacerlo estamos ante una persona jurídica no lucrativa. Javier de Belaúnde lo ha expresado con bastante claridad: "En las personas jurídicas no lucrativas, el excedente no puede estar designado a la distribución entre sus integrantes; pero es preciso

definir claramente que en las personas jurídicas no lucrativas, la actividad que estas desarrollan no descarta la generación de excedentes, casi parece indispensable que esto se produzca para que la persona jurídica pueda seguir existiendo. Lo que ocurre es que estos excedentes están destinados a mantener la realización del objeto social y no la distribución directa - indirecta entre los miembros de la persona jurídica."[6]

5.2. EL IMPEDIMENTO LEGAL

El concepto de transformación, bien entendido claro esta, y el carácter no lucrativo de una asociación en los términos ya definidos constituyen grandes escollos que impide a esta convertirse en una sociedad.

En efecto, como ya expliqué antes, la transformación es un simple cambio de forma pues la persona jurídica se mantiene. Esto quiere decir que el patrimonio (activos y pasivos) sigue siendo el mismo y no tiene por que variar, y las personas también salvo que renuncien.

Si al anterior concepto le agregamos, como ya quedó explicado, que lo no lucrativo significa que los integrantes de la persona jurídica no pueden dividirse entre sí los excedentes que ésta genere, llegaremos a la conclusión de que una asociación no puede transformarse en sociedad. Esta conclusión es necesaria pues admitir que ello pueda ocurrir significa eliminar aquel elemento no lucrativo, pues se admitiría que los socios si tienen derecho a repartirse el patrimonio de esta. Salvo, desde luego, que modifiquemos alguno de ambos conceptos (transformación o el elemento no lucrativo), de manera forzada, como hace el Tribunal Registral, al crear un nuevo concepto de transformación sin patrimonio.

Pero, por si fuera poco, una correcta interpretación del derecho positivo nos lleva a la misma conclusión. En efecto, el artículo 333 de la Ley de Sociedades establece que "Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley." Hay que indagar entonces si existe una ley que impida la transformación de una asociación en una sociedad.

Para el caso que nos ocupa la norma de la Ley de Sociedades no debe leerse de manera aislada, si no a la luz de la definición legal de transformación y de las normas del Código Civil principalmente los artículos 91 y 98, artículos que como ya quedo expuesto recogen normativamente aquel elemento no lucrativo al que nos referimos antes (ver numeral 4.1). Resulta entonces que en este caso si existen normas que impiden la transformación,

---

sociedad creada. Adicionalmente este decreto supremo establece que la transformación debe ser acordada por el órgano competente, acuerdo que debe incluir el balance y el nuevo estatuto. La norma ordena realizar una anotación preventiva en el registro público correspondiente, y ordena realizar publicaciones, transcurrido el plazo de 30 días desde la publicación del último aviso si no hay oposición el acuerdo de transformación se eleva a Escritura Pública y se inscribe en el Registro.

se trata de los artículos ya citados. Es obvio que el "impedimento legal" a que se refiere el artículo 333 de la Ley de Sociedades no necesariamente debe ser expreso, y literal, pues dicho impedimento puede deducirse. Desde este punto de vista resulta entonces que el propio Código Civil es la Ley que impide dicha transformación. Por lo demás este impedimento existía desde antes de la vigencia de la actual Ley de Sociedades y queda claro que esta ley no ha modificado el Código Civil, por el contrario ha tenido la prudencia y el cuidado de indicar que para la procedencia de la transformación no debe haber impedimento alguno en otras normas legales.

Sobre este tema el Tribunal Registral sostiene en la Resolución antes citada que "*La norma pone como única condición para su procedencia que la ley no impida su transformación. Las asociaciones se rigen por las disposiciones del Código Civil. En este cuerpo legal no ubicamos prohibición alguna para la transformación; es más, el Código Civil guarda silencio sobre el tema, es decir, no ha previsto la figura de la transformación para las asociaciones.*" Aparentemente el Tribunal esta buscando una prohibición expresa y literal, pero es imposible encontrar una norma que literalmente prohiba la transformación, ello por dos razones. La primera, la diferente época en que fueron promulgadas, tanto el Código Civil como la Ley de Sociedades. En efecto, si como ya indicamos el impedimento existía en el Código Civil antes de la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades, y si esta no ha modificado dicho Código en ningún extremo, es obvio que aquel impedimento preexistente subsiste. En segundo lugar, por que el Código no regula el tema de la transformación. Pero el hecho de que no regule este tema no debe hacer pensar que el Código permite la transformación de una asociación en una sociedad. En realidad no es necesario buscar normas que literalmente prohiban o nieguen la posibilidad de dicha transformación, por que el impedimento se impone por la propia naturaleza de las cosas, es decir el impedimento está en el elemento no lucrativo de una asociación reconocida por las normas del Código ya citadas en el numeral 4.1.

5.3. OTRAS CONSIDERACIONES

Podría sostenerse con algún fundamento que el legislador puede dar un tratamiento especial a situaciones excepcionales y por tanto pueda disponer, en una ley especifica, que una asociación si puede transformarse en una sociedad. Tal caso puede analizarse fácilmente con un ejemplo. Imaginemos que en todo el Perú existen innumerables colegios privados gestionados por asociaciones. El legislador considera atendible que la gestión de aquellos colegios se haga por sociedades o cualquier otra forma empresarial y no exclusivamente por asociaciones. Para el efecto expide una norma que establece la posibilidad que una asociación se convierta en una sociedad. En nuestro ejemplo demos por sentado que cada asociación es propietaria del terreno y la infraestructura del Colegio, o que en algunos casos hay arrendamientos pactados a plazos largos (5, 10 o 15 años); también es propietaria del mobiliario, de patentes y marcas debidamente registradas, asi como de la autorización correspondiente expedida por la autoridad competente que permite que el colegio funcione.

Queda claro en el ejemplo que es muy poco práctico disponer una "transformación sin patrimonio" (tal como sostiene el Tribunal Registral), es decir obligar a que el patrimonio se liquide, los contratos de arrendamiento vigentes se den por vencidos, y todos los bienes incluyendo las autorizaciones correspondientes se adjudiquen a una persona jurídica con fines análogos, es decir a otra asociación. Lo más lógico sería disponer que se haga una transformación típica, es decir un simple cambio de forma, y que el patrimonio no se liquide, si no que se mantenga, que siga siendo el mismo, con esto se garantiza que los colegios sigan funcionando con sus mismos bienes aun que con una nueva forma jurídica.

El caso que acabamos de describir es en realidad un caso real y no imaginario. En efecto, el Decreto Legislativo 882 dispuso que las Instituciones Educativas Particulares puedan reorganizarse o transformarse en cualquier otra persona jurídica incluyendo las sociedades. Al amparo de esta norma se expidió el 20 de febrero de 1998 el Decreto Supremo N°007-98-ED denominado "Reglamento de Transformaciones de las Instituciones Educativas Particulares", de la lectura de éstas normas queda claro que el legislador no obligaba a liquidar el patrimonio[7], si no que dispone una transformación típica, donde sólo cambia la forma jurídica. Es decir tales normas legales no crean un nuevo concepto de transformación, dichas normas más bien crean una excepción al elemento no lucrativo de una asociación. Excepción que por lo demás deberá estar suficientemente justificada, a criterio del legislador.

Por otro lado existe el caso de la transformación de una asociación en un comité o una fundación. Aun que el Código Civil peruano no se pronuncie al respecto, no existe ningún impedimento en que tal transformación opere, para tal efecto al no haber normas específicas en el ordenamiento civil, habrá que aplicar analógicamente las existentes, esto es las normas de la Ley de Sociedades, siempre que sean compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas involucradas, desde luego. Pero en tal caso tampoco resulta necesaria una "transformación sin patrimonio", pues al igual que en el caso anterior, lo útil y práctico es que el patrimonio no se afecte.

---

8 *ELÍAS LAROZA Enrique. Derecho Societario Peruano. Editora Normas legales, 2000. p. 707.*

9 *GONZALES BARRÓN, Gunther. Tratado de De:echo Registral Mercantil. Registro de Sociedades. Jurista Editores, 2002, p.468.*

10 *MONTOYA ALBERTI. Ulises. Citado por GONZALES BARRÓN. Gunther. Ob. Cit. P. 468.*

11 *ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas. Editorial Rodhas, 2001, p. 4t37. Es importante advertir que para este autor no es posible la transformación de una persona jurídica no lucrativa a sociedad mercantil. Sostiene que el impedimento legal se encuentra en la propia naturaleza no lucrativa de aquéllas, y por el hecho de que transformarlas en lucrativas haría que los integrantes se beneficien directamente con el patrimonio, posibilidad que entiende prohibida por la ley durante su vigencia e incluso después de su extinción.*

12 *ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. P. 714-715.*

13 *FELIEU REY, Manuel Ignacio. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Diez- Picazo, Civitas Ediciones. S.L., T. 2003, p. 519.*

Las consideraciones anteriores, no hacen si no demostrar cuan poco útil y práctico es referirse a una "transformación sin patrimonio", y no demuestran sino que la transformación es una sola: un cambio de forma jurídica, sin necesidad de liquidar el patrimonio.

6. A MANERA DE CONCLUSION

Si alguna vez se quiere permitir la posibilidad de dicha transformación habrá que modificar expresamente el Código Civil añadiendo una norma expresa que lo permita, para tal efecto dicha norma tendría solo dos opciones: o se elimina legalmente aquel elemento no lucrativo al que nos hemos referido antes o se crea un nuevo concepto legal de transformación, una transformación sin patrimonio que obligue a dar por concluidas todas las relaciones jurídicas, pagar las deudas y adjudicar los bienes, para luego realizar nuevos aportes a favor de la sociedad. Sin embargo, no conozco de alguna propuesta para modificar el Código Civil vigente recogiendo tal posibilidad, y en mi modesta opinión dudo que actualmente alguien la formule. Por mi parte me atrevo a sugerir que en la eventualidad de modificar el Código Civil peruano de 1984 se incluya un artículo prohibiendo tal posibilidad de manera expresa. Formulo esta propuesta no por que considere que el Código actual permite tal posibilidad, si no por que, de esta forma, evitamos interpretaciones discutibles.

---

14 *BEAUMONT CALLIRGOS. Ricardo. Comentarios. Ley General de Sociedades, Gaceta Jurídica S.A. 2000, p. 638.*

15 *Por ejemplo, en las sociedades anónimas no se admite el aporte de servicios por mandato del artículo 51° de la Ley.*

16 *La Ley no obliga a insertar el balance de transformación en la escritura pública, sólo dispone que debe estar a disposición de los socios y de terceros interesados, en el domicilio social, en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha de la referida escritura pública.*

17 *BEAUMONT CALLIRGOS. Ricardo, Comentarios, Reglamento del Registro de Sociedades, Gaceta Jurídica .S.A., 2001. p. 326.*

18 *Art. 117°: "Sin perjuicio de cualquier otro requisito que las leyes o este Reglamento establezcan para su inscripción en el Registro, la escritura pública de transformación deberá contener todos los requisitos exigidos para la nueva forma societaria adoptada. (...)"*

¿CÓMO FUNCIONAN LAS ASOCIACIONES EN EL PERÚ?:

El caso de la convocatoria judicial.

¿CÓMO FUNCIONAN LAS ASOCIACIONES EN EL PERÚ?: El caso de la convocatoria judicial.

1. INTRODUCCIÓN: LOS FACTORES A CONSIDERAR

¿Cómo están funcionando en realidad las asociaciones? Si bien no se ha hecho una investigación completa sobre el tema se pueden proponer algunas ideas preliminares. El buen funcionamiento no depende únicamente de una buena regulación normativa en las leyes y códigos, hay otros factores a considerar, factores que en el contexto normativo actual tal vez sean más importantes que dicha regulación.

Es cierto que un primer factor es la legislación. Al respecto, el Código Civil peruano tiene una característica fundamental: una escasa regulación. La parquedad con que se regula cada uno de los temas salta a la vista de una lectura de los artículos pertinentes.

Por ejemplo, el ámbito sancionador. Es aceptado que las asociaciones tienen una capacidad sancionadora respecto de sus propios asociados, sin embargo, esta capacidad carece prácticamente de regulación. Si se quiere buscar alguna mención legal a este tema tenemos que remontarnos a una norma muy genérica como el artículo 82 del Código Civil, según esta norma (incisos 5 y 6) el estatuto deberá regular las condiciones de admisión, renuncia y exclusión de sus miembros, así como los derechos y deberes de los asociados. Se puede deducir de este artículo que puede sancionarse a un asociado incluso con la exclusión en caso de incumplimiento de algún deber y que el régimen de sanciones debe ser regulado en el estatuto.

Todo proceso sancionador implica la posibilidad de afectar derechos, ¿cuál debe ser la característica del proceso sancionador a regularse en el estatuto? ¿Debe haber derecho de defensa establecido claramente, debe haber doble instancia? Estos temas no son abordados por el Código y aun que puede suplirse esta falta con una interpretación sistemática teniendo en cuenta las normas constitucionales, hubiera sido preferible que el Código mencionara algunos principios generales.

Pero hay otros temas en los que el Código calla completamente. Tenemos como ejemplo a la transformación, fusión o escisión de las asociaciones sobre las que no hay una mención expresa. Sin embargo, este silencio no puede interpretarse como una prohibición, pues es reconocido por la doctrina que toda persona jurídica puede aplicar dichas figuras, respetando, desde luego, los límites propios que su naturaleza impone.

En atención al silencio del Código, la norma positiva no puede ser el único parámetro si se trata de hacer una evaluación de cómo vienen funcionando las asociaciones. Tal silencio insinúa otros elementos. Primero, la regulación expresada en el estatuto que tratará de suplir el silencio del Código. En este factor juega un papel importante el profesional que diseña los estatutos: el abogado. Un segundo elemento es la interpretación de los operadores

jurídicos, entiéndase como tales a todo el que deba resolver algún asunto relacionado con las asociaciones, por ejemplo los jueces, registradores públicos y el Tribunal registral.

Ambos elementos sin embargo únicamente pueden ser evaluados analizando la actuación de la persona jurídica en la realidad. Y es que tanto la regulación estatutaria como los criterios jurisprudenciales pueden variar. Por eso, en las líneas que siguen analizamos el funcionamiento de la asociación a través de algunos casos concretos, los mismos que nos sirven de pretexto para la reflexión.

2. EL PROBLEMA

Una Asociación es una persona jurídica no lucrativa compuesta básicamente por dos órganos: el consejo directivo y la asamblea general de asociados. Estos órganos tienen características distintas, mientras que el primero es necesario y permanente, el segundo es necesario pero intermitente. Significa, esto último, que la asamblea no esta instalada de manera permanente, solo se formará cuando sea debidamente convocada y reúna el quórum necesario para su funcionamiento. Esta característica puede generar, y de hecho lo hace, un problema: ¿Qué pasa si el consejo directivo, por el motivo que fuere, no convoca a la asamblea? Puesto que la asamblea no puede convocarse a sí misma, esto impediría que la asociación funcione adecuadamente. Se estaría impidiendo de este modo la deliberación y la toma de decisiones, funciones esenciales de toda asamblea.

El Código Civil trata de resolver el problema con una norma. Se trata del artículo 85 según el cual los asociados pueden pedir al Presidente del consejo directivo que efectúe la convocatoria correspondiente. La norma señala que en caso la solicitud no sea atendida en un plazo de 15 días "*la convocatoria es hecha por* ***el juez de primera instancia*** *del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados. La solicitud se tramita como proceso sumarísimo*".

La propuesta del Código para resolver el problema planteado genera diversas interrogantes. Así, cabe preguntar si dicha norma realmente soluciona con eficacia el problema del funcionamiento de la asociación o no, también puede preguntarse si la fórmula es realmente adecuada o si existen otras fórmulas para afrontar el mencionado problema.

3. LOS LÍMITES DE LA NORMA

Una primera impresión parece indicar que el texto de la norma es adecuado, sin embargo, su comparación con la realidad o con otras normas similares pone en evidencia algunas limitaciones de la fórmula adoptada por el Código. Primero, debe verse a la norma en funcionamiento, para tal efecto los casos concretos pueden resultar ilustrativos. Luego, se impone un ejercicio comparativo, el contraste con otras normas similares puede resaltar ventajas, limitaciones u omisiones. Este ejercicio es el que hacemos a continuación.

A la "Asociación Filarmónica de Chiclayo", asociación conformada por particulares con un especial gusto por la música, se le presentó el problema descrito antes. No podía

funcionar regularmente pues la asamblea general de asociados no podía reunirse, esto por que el Presidente del último consejo directivo no realizaba la convocatoria correspondiente. El órgano deliberante de la asociación no podía tomar decisiones importantes, entre ellas, elegir un nuevo consejo directivo. Tampoco tenía una directiva en funciones reales, pues los miembros habían abandonado sus cargos. Sin directiva y sin asamblea la asociación sencillamente no funcionaba. Para solucionar el problema los asociados decidieron solicitar la convocatoria judicial[1]. Iniciaron el trámite el año 2005. La asamblea se llevó finalmente a cabo en el mes de julio del 2008. Es decir, entre la solicitud y la materialización del pedido transcurrieron tres años.

En otro caso con similares características el problema era prácticamente el mismo. Se trata del proceso seguido por Antonio Bracamonte León contra el Presidente de la "Asociación de Transportistas San Isidro Labrador", sobre convocatoria judicial[2]. La demanda que dio inicio al proceso se planteó el 13 de julio del 2005, la sentencia se expidió el 13-11-2007, la apelación se resolvió el 17.06.2008 y finalmente la asamblea se llevó a cabo el 19-09-2008. Es decir, entre la solicitud y la asamblea transcurrieron más de tres años.

En los casos indicados los asociados optaron por acudir a la fórmula planteada por el Código Civil para solucionar sus problemas, sin embargo, puede cuestionarse la eficacia de dicha solución. En efecto, el principal problema de la convocatoria judicial parece ser el plazo en que se presenta el pedido y se obtiene el pronunciamiento haciéndose efectiva la convocatoria. En ambos casos dicho plazo es exagerado por decir lo menos. Sin embargo, lo más grave es lo que esto implica. Debe tenerse en cuenta que la persona jurídica requiere de órganos que materialicen su funcionamiento de manera inmediata. En los casos señalados hay un periodo prolongado en que la persona jurídica no podía actuar, de manera similar a un incapaz que no tiene como manifestar su voluntad. Esto es contradictorio pues el derecho ha regulado a la persona jurídica precisamente para dotarla de capacidad. El derecho debe permitir pues que sus órganos funcionen adecuadamente. Cualesquiera que sean los motivos de la demora (impugnaciones dilatorias, revisión de otras instancias, la carga impresionante del poder judicial etc.) esta termina invalidando la solución propuesta por el Código. Una convocatoria judicial que demore tanto no sirve para los propósitos de la persona jurídica, la propuesta normativa deviene así en inútil.

Tal vez el problema es que la norma considera a la convocatoria judicial como un proceso contencioso al que le son aplicables las normas del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil. Si bien en el esquema legal el proceso sumarísimo ha sido diseñado como un proceso contencioso corto, en la realidad este proceso se puede dilatar tanto que su diseño original se convierte en una ilusión inalcanzable.

---

1 *El caso puede revisarse en el Expediente 2005-4385-0-1701-J-CI-1 del Primer Juzgado Civil de Chiclayo.*
2 *Este caso esta contenido en el expediente 2005-2991-0-1701-J-CI-1° del Primer Juzgado Civil de Chiclayo.*

Pero aquella demora plantea un problema adicional: la posibilidad de una doble convocatoria. Para ilustrarlo veamos el siguiente ejemplo. Un presidente del consejo directivo es reacio a realizar la convocatoria, los asociados exigen que lo haga y se lo solicitan por escrito. Ante una nueva negativa acuden al Juez pidiendo una convocatoria judicial. En tanto la convocatoria judicial se tramita, aquel Presidente que inicialmente se negó realiza por su lado otra convocatoria con los mismos puntos de agenda. Teniendo en cuenta la dilación de la convocatoria judicial, la asamblea se reunirá con la convocatoria hecha por el Presidente. Si esto ocurre y la asamblea puede tomar acuerdos ya no tiene sentido seguir con el trámite de la convocatoria judicial. Es decir, la actuación del presidente hace que dicho trámite judicial sea inútil. Esto demuestra que la convocatoria judicial tal como viene funcionando no soluciona nada, si su tramitación es dilatada. Pero no sólo eso, en el caso propuesto probablemente se realice dos asambleas, con la consiguiente confusión de los asociados. Se agrava el asunto si además en las dos asambleas se toman acuerdos totalmente opuestos entre sí. Este caso por lo demás es frecuente y no sólo se presenta en el caso de asociaciones también ocurre en las comunidades campesinas y las sociedades.

Como se ve, la norma plantea una fórmula que no sólo es incapaz de solucionar problemas, sino que termina creándolos. Es preciso entonces hacer una revisión crítica de la fórmula legal propuesta.

4. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA CONVOCATORIA JUDICIAL: LAS CONTRADICCIONES.

Cabe preguntar en esta parte si los problemas antes indicados también se presentan en otras personas jurídicas distintas a una asociación. Para responder se impone un ejercicio comparativo entre las normas que se ocupan del tema.

Cuadro N° 01

PARTE PERTINENTE DEL TEXTO ORIGINAL	MODIFICATORIA DE LA LEY ANTERIOR
Dec. Legislativo 295 (Código Civil) Articulo 85 Si la solicitud ….. no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados. De la solicitud **se corre traslado a la asociación por el plazo de tres días, y con la contestación o en rebeldía resuelve el juez en mérito del libro de registro. Procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.**	Dec. Legislativo 768 (Código Procesal Civil) Articulo 85 Si la solicitud ….. no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados. La solicitud se tramita como proceso sumarísimo.

Ley 26887 (Ley de sociedades)	**Ley 29560**
Artículo 117 Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por **el proceso no contencioso**. Si el Juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.	Art. 117 Si la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince (15) días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, *pueden solicitar al notario y/o al juez de domicilio de la sociedad que ordene la convocatoria, que señale lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la preside, con citación del órgano encargado*, y, en caso de hacerse por vía judicial, el juez señala al notario que da fe de los acuerdos."
D.S. No. 008-91-TR (Reglamento de la ley de comunidades campesinas) Art. 43.- En caso de que el Presidente se negara a convocar a Asamblea General o no lo hubiera hecho en los plazos establecidos en el Estatuto, el Juez de Paz del domicilio de la Comunidad, a solicitud de la quinta parte de los comuneros calificados, ordenará la convocatoria. De la solicitud se corre traslado a la Directiva Comunal por el plazo de tres días, con la contestación o en rebeldía resuelve el Juez. El Juez, si ampara la solicitud, ordena que se haga la convocatoria de acuerdo al Estatuto, señalando el lugar, día y hora de la reunión, su objeto y quien la presidirá.	

En el cuadro N°01 figuran los textos de las normas que regulan la convocatoria judicial en los casos de las sociedades, las comunidades campesinas y la regulación del Código Civil. Se consigna el texto original de la norma así como las modificaciones que ha sufrido. Comparando estas normas se pueden deducir algunas ideas de interés.

El texto original del artículo 85 del Código Civil era muy parecido al artículo 43 del Reglamento de la Ley de comunidades campesinas. Ambos describen un procedimiento muy especial y breve, obsérvese que se exige la notificación a la directiva que no cumple con hacer la convocatoria por un plazo de tres días, disponiéndose que el Juez resuelva con su contestación o sin ella. Hay, sin embargo, una diferencia: para las asociaciones se admitía el recurso de apelación con efecto devolutivo, para las comunidades campesinas no hay una regulación semejante. Muy diferente era la fórmula que proponía el texto original de la ley de sociedades según la cual la convocatoria en caso de negativa del directorio se tramitaba ante el juez como un proceso no contencioso.

Con posterioridad, el art. 85 del Código Civil fue modificado por el Decreto Legislativo 768 que aprobó el Código Procesal Civil. El nuevo texto indica que la solicitud de convocatoria se tramita como proceso sumarísimo. Con este aporte el panorama legal diferenciaba tres procedimientos: para las asociaciones la convocatoria se tramita por el proceso contencioso concretamente por el proceso sumarísimo. Para las sociedades por el procedimiento no contencioso y para las comunidades campesinas se regula un procedimiento especial.

Finalmente, la ley 29560 ha modificado el artículo 117 de la Ley de sociedades. Básicamente hay dos cuestiones que modifica. Primero, establece la posibilidad de que la convocatoria sea extrajudicial, señalando que los notarios pueden efectuarla. Y, en segundo lugar, se elimina la mención al proceso no contencioso y en su lugar se regula un procedimiento especial.

Pero aquellas no son las únicas diferencias. En lo referente a la competencia asignada a las autoridades judiciales puede notarse un tratamiento diferenciado. Por un lado, para el caso de asociaciones y sociedades, se establece que son competentes para hacer la convocatoria los jueces de primera instancia. Por otro lado, en el caso de las comunidades campesinas, se establece que el juez competente es el Juez de Paz del domicilio de la Comunidad. Sin embargo, tal diferencia podría estar justificada y es que el territorio de las comunidades campesinas se suele ubicar en zonas no urbanas donde no hay jueces de primera instancia sino sólo jueces de paz. Pero, no hay que olvidar que es completamente posible la existencia de asociaciones de campesinos y de agricultores en zonas donde tampoco hay jueces de primera instancia. Pues bien, para este tipo de asociaciones el texto del artículo 85 comentado presenta un problema ya que no pueden acudir a los jueces de paz.

Otra diferencia a resaltar es la siguiente. Obsérvese que en el caso de las comunidades campesinas se establece un quórum especial: "*En este caso* – indica el art. 43 citado antes -, *la asamblea adoptará acuerdos válidos con la concurrencia de por lo menos la quinta parte de los comuneros calificados*". Parece ser que la norma busca evitar que se frustre la asamblea convocada por la vía judicial[3]. En atención a ese objetivo flexibiliza las normas de quórum. Debe recordarse en esta parte que la convocatoria judicial no es una situación normal sino más bien extraordinaria, por lo que se justifica un tratamiento excepcional

respecto del quórum. Pero si esta justificación se acepta, no se entiende por qué las mismas razones no se puedan aplicar a las asociaciones y a las sociedades. Si se busca la eficacia de la convocatoria judicial, dicho objetivo no tiene por que reducirse sólo a las comunidades campesinas.

Como se aprecia con claridad, la legislación regula de manera diversa el mismo tema. Las normas citadas regulan tres procedimientos absolutamente distintos por los que se puede tramitar una convocatoria judicial, dependiendo de la persona jurídica de que se trate. Se regula además un procedimiento extrajudicial sólo para el caso de las sociedades. De la comparación que se acaba de hacer salta a la vista una conclusión: el legislador regula el tema sin un norte claro que seguir, la labor legislativa parece ir de tumbo en tumbo, los cambios que se hacen son cambios de coyuntura que no tienen una idea de fondo que sirva como guía.

Existe en la legislación pues una falta de tratamiento sistemático y uniforme. Este tratamiento diferenciado para cada una de las personas jurídicas mencionadas indica que el legislador ha querido distinguirlas aun que no se entiende muy bien por qué. En este contexto una pregunta se impone ¿existen razones suficientes que justifiquen un tratamiento diverso?

Aceptado que hay diferencias entre una sociedad, una asociación y una comunidad campesina, diferencias basadas fundamentalmente en la finalidad de cada una; hay que aceptar también que aquellas tienen algo en común: todas son personas jurídicas. Por ello, desde el punto de vista legislativo debe tratárseles diferente en lo que tienen de diferente y debe tratárseles igual en lo que tienen de igual. El elemento lucrativo característico de las sociedades o la finalidad muy especial que tiene una comunidad campesina y que la distingue de otro tipo de personas jurídicas, no parecen ser suficientes para establecer diferencias al regular la convocatoria judicial (o extrajudicial). Siendo todas ellas entidades colectivas, las normas de convocatoria y quórum deberían ser similares, en consecuencia, el tratamiento en este tema debe ser único.

Ahora bien, si se trata de establecer un tratamiento homogéneo ¿la convocatoria judicial debe ser un proceso contencioso, no contencioso o uno especial? ¿Qué fórmula es la mejor? La esencia de la convocatoria judicial es la negativa o imposibilidad de realizar la convocatoria. En ambos casos no se discuten derechos, solo se trata de sucesos fácticos cuya existencia hay que comprobar. Por tanto, no hay, en estricto, "jurisdicción", no se trata de decir quien tiene el derecho, de lo que se trata es de comprobar hechos. Si esto es

3 *En el caso de las asociaciones el quórum puede ser un problema. ¿De que valdría la convocatoria judicial si la asamblea no puede tomar acuerdos por falta de quórum? Puesto que el quórum es un problema, debe tenerse cuidado de indicar en la demanda, los términos de la convocatoria con los puntos de agenda detallada y se sugiere establecer una segunda convocatoria, en caso de que en la primera no se alcance el quórum correspondiente.*

así no parece adecuado regular la convocatoria judicial como un proceso contencioso. Se trata más bien de un proceso no contencioso, que procederá cuando se acredite la negativa a realizar la convocatoria por parte del órgano directivo.

Sin embargo, puesto que el supuesto de la convocatoria judicial es un hecho negativo (la negativa a hacer una convocatoria), debe recordarse que este tipo de hechos no pueden acreditarse directamente, ya que en estos casos se produce la llamada inversión de la carga de la prueba. De este modo, el solicitante únicamente debe acreditar que exigió la convocatoria y el emplazado tiene la carga de probar si la realizó o no. Si la directiva (o el directorio) prueba que hizo la convocatoria el procedimiento ya no tendría objeto. Por ello, se impone siempre la notificación al responsable de la convocatoria por un plazo determinado. Si transcurre el plazo y no se acredita la realización de la convocatoria, es atendible el pedido y la convocatoria debe hacerse. Como se ve, la sencillez del trámite impone la prohibición de etapas probatorias y de recursos de impugnación propios de un proceso contencioso.

Así las cosas, parece ser que el mejor tratamiento legal es el que se ha dado a las comunidades campesinas y, tal vez, dicho tratamiento deba servir de modelo para una regulación única respecto de las demás personas jurídicas.

Por otro lado, cabe formular otra interrogante ¿sólo el Juez puede realizar la convocatoria? Si se atiende a una marcada tendencia que ha tenido la legislación peruana en los últimos tiempos caracterizada por retirar de la competencia judicial diversos procesos no contenciosos para asignarlos a otros funcionarios, la respuesta debería ser negativa. Por tanto, es completamente posible que un Notario, que constate los supuestos de hecho que justifican el pedido de convocatoria, la realice sin que ello signifique una agresión al principio de la unidad de la función jurisdiccional. Por lo demás, esta tendencia ya se ha iniciado con la expedición de la ley 29560 que incorpora la convocatoria extrajudicial para las sociedades.

Adicionalmente, la propuesta que aquí se lanza debe ser completada. Si se ha solicitado la convocatoria judicial (o extrajudicial), la junta directiva (o el directorio) que inicialmente se negó a realizarla ya no podría hacerla pues debería esperar, al igual que los demás asociados, la convocatoria del juez o notario. Esta prohibición debe incluirse expresamente en el texto de la ley.

5. EL PAPEL DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Ahora bien, ante la dificultad con que viene funcionando la convocatoria judicial y ante la dilación de los trámites cabe preguntar si esta es la única salida para lograr el funcionamiento permanente de la asociación. La respuesta parece ser negativa desde que existe una variedad de alternativas que pueden eliminar el problema o reducirlo a una mínima expresión. Dichas alternativas han sido desarrolladas por la jurisprudencia o se desprenden de normas actualmente vigentes que podrían aplicarse a la asociación.

Una primera alternativa es la llamada "asamblea universal". Una asamblea es universal cuando todos los asociados están presentes. Se entiende fácilmente que en este supuesto para la formación de la asamblea no se requiere convocatoria alguna, pues no hay lesión al derecho a deliberar y votar. La dificultad de esta alternativa es que no en todos los casos puede lograrse la asistencia de la totalidad de asociados. Esta alternativa resulta muy práctica para asociaciones pequeñas de tres o cuatro miembros, en las que es sencillo reunir a todos los asociados.

Por otro lado, es posible pactar en el estatuto algunas salidas alternativas. Puede establecerse por ejemplo que el vicepresidente tenga las mismas facultades que el presidente del consejo directivo en caso de impedimento o ausencia. En tal caso, el vicepresidente puede hacer la convocatoria. Por lo demás, esta salida ha sido reconocida por la jurisprudencia referida al tema. En efecto, el Tribunal Registral ha establecido en la resolución 705-2004-SUNARP-TR-L que "*Cuando el vicepresidente actúa en reemplazo del presidente sin indicar causal de vacancia en el cargo debe presumirse que lo está reemplazando de manera transitoria, no requiriéndose que invoque expresamente la razón por la que actúa en reemplazo del presidente*".

La jurisprudencia ha ido más allá y ha establecido que la posibilidad de efectuar una convocatoria no se restringe únicamente al vicepresidente si no que alcanza a cualquier otro miembro del consejo directivo. Así, la resolución 447-2000-ORLC/TR ha reconocido la posibilidad de establecer en el estatuto que sea un integrante del consejo directivo distinto al presidente quien convoque a asamblea general.

Otra buena alternativa al problema es el modelo que propone la Ley de Cooperativas vigente. El artículo 31 regula al consejo de vigilancia como órgano fiscalizador de la cooperativa, en su inciso 16 establece como atribución de dicho consejo lo siguiente:

"*16. Convocar a asamblea general cuando el consejo de administración requerido por el propio consejo de vigilancia no lo hiciere en cualesquiera de los siguientes casos:*

16.1 En los plazos y para los fines imperativamente establecidos por el estatuto;

16.2 Cuando se trata de graves infracciones de la ley, del estatuto y/o de los acuerdos de la asamblea general en que incurrieren los órganos fiscalizados."

En virtud de dicha norma el consejo de vigilancia, en caso de negativa del consejo de administración, puede realizar la convocatoria. La idea es que la convocatoria sea hecha por un órgano distinto de la propia persona jurídica.

Como se indicó antes, los órganos básicos de una asociación son el consejo directivo y la asamblea de asociados, pero nada impide incluir otros órganos, por ejemplo, incluir una junta de vigilancia o de fiscalización, en tal caso podría establecerse en el estatuto la posibilidad de que sea este órgano el que realice la convocatoria en caso no lo hiciera el consejo directivo.

Un modelo alternativo y original se regula en la ley de sociedades, concretamente en sus artículos 253 inciso 4 y 255 referidos a las sociedades anónimas abiertas. En dichas normas se concede la atribución de convocar a junta, cuando la sociedad no cumpla con hacerlo en las oportunidades establecidas por la ley o el estatuto, a la CONASEV.

A diferencia del modelo anterior es una entidad externa a la persona jurídica la que hace la convocatoria. Cabe preguntar si dicho modelo puede ser recogido en los estatutos de una asociación. La intervención de entidades externas a la persona jurídica en asuntos internos de ésta en principio no es admisible, ya que vulneraría su autonomía, sin embargo, puede ser admitida si es autorizada por la ley y la propia persona jurídica en su estatuto. La legitimidad de dicha intervención entonces esta fundada en la propia voluntad de la persona jurídica. Precisamente dicha intervención tendría como única finalidad permitir que aquella ejerza su autonomía tomando las decisiones necesarias para su funcionamiento normal. Por tanto, es admisible que el estatuto establezca, por ejemplo, que sea un centro de conciliación de la jurisdicción o un Notario, quien realice la convocatoria a asamblea[4].

Como se puede apreciar, todas estas alternativas dependen de dos factores: la interpretación de las normas vigentes o de la regulación del estatuto. Tienen además algunos elementos comunes: primero tratar de eliminar la dependencia de una sola persona para que la asamblea pueda ser convocada y pueda funcionar regularmente. En segundo lugar restringen el ámbito de aplicación de la convocatoria judicial, convirtiéndola en una figura residual y excepcional. En suma, todas estas alternativas sirven para dar mayor fluidez al funcionamiento de las asociaciones.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El principio general es que toda persona jurídica (incluyendo las asociaciones) tenga una estructura que le permita funcionar por sí misma sin necesidad de intervención de terceros, es decir, debe ser autosuficiente. Sin embargo, su composición plural y su necesaria dependencia de personas naturales para actuar (a través de órganos), pueden generar algunos problemas en aquella capacidad autosuficiente; en tales casos, de manera excepcional, se justifica la intervención de un tercero. De este modo, el juez está legitimado para intervenir realizando una convocatoria a asamblea. Esta legitimidad se funda en el propio interés de la persona jurídica ya que con ella se trata de asegurar su funcionamiento regular.[5] Así, la convocatoria judicial aparece como una figura excepcional que funcionará sólo cuando dicha capacidad de autosuficiencia falle.

---

4 *Podría pensarse que el otorgar facultades a otras personas distintas al presidente del consejo directivo o a entidades externas a la persona jurídica para realizar convocatorias, como aquí se propone, termina vulnerando el artículo 85° del Código Civil. De hecho este era un criterio muy difundido a nivel registral y esto partía de una idea central: considerar a dicha norma como una norma imperativa.*

Ahora bien, en la concreción de dicho principio general juega un papel fundamental la elaboración de los estatutos, elaboración que deberá tener como objetivo establecer una serie de normas que permitan un adecuado funcionamiento de la persona jurídica por sus propios medios, esto incluye la posibilidad de adoptar una fórmula distinta a la propuesta por el artículo 85 del Código Civil en cuanto a la legitimidad de la convocatoria a asamblea como ya hemos expuesto. El papel del abogado entonces resulta aquí fundamental. La realidad, sin embargo, muestra que en la preparación de los estatutos hay una marcada tendencia a copiar

---

Este criterio, sin embargo, es equivocado. En efecto, dicho artículo tiene el siguiente texto: "Artículo 85o.- La asamblea general es convocada por el presidente del consejo directivo de la asociación, en los casos previstos en el estatuto, cuando lo acuerde dicho consejo directivo o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados. Si la solicitud de éstos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados. La solicitud se tramita como proceso sumarísimo." El Tribunal registral se ha pronunciado sobre el tema en el caso del Club Esmeralda (Resolución 447-2000-ORLC/TR) y ha cambiado el criterio que existía con anterioridad. El Tribunal comienza su análisis distinguiendo, a mi juicio con mucha propiedad, entre normas que regulan aspectos esenciales de la asociación y normas que no, y solo considera imperativas a las primeras, siendo las segundas dispositivas. Textualmente el Tribunal indica que "... existen normas que no inciden en .... aspectos sustanciales (los aspectos esenciales característicos de una asociación), aspectos respecto a los cuales y en uso de la autonomía de la voluntad podrían los asociados pactar en el estatuto en sentido distinto al establecido en el Código Civil." Luego indica con mucha claridad que "...si bien el Código Civil ha dispuesto que sea el presidente del consejo directivo el que convoque a asamblea general, sin embargo establecer una fórmula distinta..... no afecta la esencia de este tipo de organización social denominada asociación...."

A mi juicio el Tribunal acierta en los criterios que desarrolla. El artículo 85 tiene dos partes, la primera referida a la legitimidad del presidente del consejo directivo para realizar convocatorias y la segunda referida a la convocatoria judicial. Ambas partes tienen un mismo fundamento el principio de autosuficiencia de toda persona jurídica (principio que tiene su fundamento legal en el principio de libertad de asociación), según el cual la persona jurídica debe funcionar de manera continua e ininterrumpida. Así el artículo 85 tiene como función garantizar el funcionamiento de la persona jurídica. De este modo si en el estatuto no se ha regulado el tema, al ley viene a suplir el vacío permitiendo que la persona jurídica funcione regularmente. Si el estatuto nada dice es evidente que el legitimado para convocar es el presidente del consejo directivo y si no lo hace se recurre a una entidad externa: un Juez. Sin embargo, dicha finalidad se puede conseguir usando fórmulas diversas a la propuesta por la ley, debiendo considerarse a esta como una de las alternativas pero no la única, por ello es completamente admisible que el estatuto tenga un diseño, en esta parte a lo dispuesto por la ley. Lo que el artículo 85 hace es regular la "legitimidad de la convocatoria", debe tenerse en cuenta que esta legitimidad puede tener dos orígenes: primero en la ley (que sería el caso del artículo citado) y segundo en la propia voluntad de la persona jurídica cuando, por ejemplo, adopta una fórmula distinta a la que el Código propone. De este modo si el estatuto establece la posibilidad de que sean otros miembros de la directiva o entidades externas a la persona jurídica las que realicen la convocatoria (por ejemplo un Notario o un centro de conciliación) la legitimidad de dichas convocatoria no tendría su origen en la ley (por lo menos no de manera inmediata aun que si mediata) si no, más bien, en la voluntad fundacional de los asociados.

Los criterios antes expuestos son concordantes con el principio de libertad (no esta prohibido por la ley) y, concretamente, con el principio de libertad de asociación reconocidos en la Constitución Política del Perú.

modelos y a no reflexionar respecto a las reales necesidades de la persona jurídica. De esta forma se crean estatutos inaplicables al caso concreto y hasta inútiles, estatutos que en vez de generar soluciones se convierten en corsés que impiden un adecuado funcionamiento de la persona jurídica y que aprietan tanto hasta casi asfixiar la existencia de la misma[6].

La regulación del Código es escasa, pero dicha característica no tiene necesariamente que tomarse como un defecto sino como una ventaja, fundamentalmente para la creatividad del abogado. De este modo es posible construir un estatuto a la exacta medida de las necesidades de quienes lo requieran.

---

5 *Otro ejemplo de participación externa es el supuesto previsto en el art. 104 inciso 2 del Código Civil, según dicha norma es competencia del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones designar a los administradores de una fundación determinada cuando en el acto constitutivo no se haya señalado la forma y modo de reemplazarlos. Es claro que en dicho supuesto la idea es asegurar el funcionamiento de la fundación y la intervención de un tercero se justifica por que el mecanismo de auto funcionamiento que debió estar previsto desde el inicio no existe.*

6 *Es frecuente ver en la práctica registral el siguiente caso: una asociación de sólo cuatro miembros, sin embargo en los estatutos se ha establecido que tiene que haber una directiva compuesta de 8 cargos, y además se establece como obligatoria la elección de un comité electoral compuesto de 3 personas. Este ejemplo demuestra como no se ha tenido cuidado en las reales necesidades de la persona jurídica para elaborar los estatutos. El problema es que luego este tipo de regulación terminará afectando el funcionamiento integral de la persona jurídica.*

LA PERSONA JURÍDICA
Y SU
ESTRUCTURA ORGÁNICA

LA PERSONA JURÍDICA Y SU ESTRUCTURA ORGÁNICA: El problema del plazo del órgano directivo.

Es generalizada en la práctica jurídica la costumbre de establecer en el estatuto de constitución un plazo a los consejos directivos de las asociaciones (y de manera análoga en otras personas jurídicas como las comunidades campesinas y las sociedades), pero ¿cuál es el efecto jurídico de dicho plazo? ¿Qué ocurre una vez transcurrido el periodo señalado? Y tal vez la cuestión más importante: ¿la persona jurídica puede seguir actuando después de transcurrido ese plazo? Las respuestas a estas preguntas tienen una utilidad práctica indiscutible. En las líneas que siguen se hace una exploración de las respuestas que se ha dado a esta cuestión primero en la doctrina, luego en el derecho positivo vigente y finalmente en la jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de la función que cumple el plazo asignado estatutariamente a los órganos directivos de una persona jurídica ha generado una cantidad importante de resoluciones que han dado respuestas dispares al mismo problema. La lectura de estos casos resulta particularmente interesante por diversos motivos. Primero, la representación de las personas jurídicas ha sido analizada desde diversas perspectivas por lo que no hay uniformidad en el tema y pueden identificarse claramente algunas tendencias no necesariamente uniformes si no por el contrario opuestas.

En segundo lugar, la lectura de estas resoluciones indica que la discusión de fondo es, en realidad, la concepción que se tiene de la persona jurídica. En efecto, los casos concretos se resuelven inevitablemente con las nociones, conceptos e ideologías del operador jurídico quien no puede desprenderse de ellas. Algunas veces el operador es consciente de ello y otras, no. Precisamente, esto es lo que sucede en el caso del plazo de los órganos de gobierno, cada pronunciamiento en el caso concreto lleva en sí misma una concepción determinada de la persona jurídica que tiene el operador que resuelve el conflicto. En algunos casos dicha concepción es expresa pues se parte de ella para resolver el caso, en cambio en otras resoluciones esta noción es más bien implícita e inconsciente. ¿Tienen los órganos la calidad de terceros respecto de la persona jurídica? ¿Son los miembros integrantes de estos órganos mandatarios? ¿Puede una persona jurídica existir sin el órgano de dirección? Es indudable que estas preguntas no pueden resolverse sino a partir de una definición determinada de persona jurídica, la consecuencia de esto entonces es clara: la concepción que se tenga al respecto determinará cuál es la respuesta a cada interrogante. He allí la importancia teórica de esta discusión.

Pero el tema no solo es teórico si no que tiene importantes efectos prácticos en el funcionamiento de las personas jurídicas y en la actuación de estas en el tráfico comercial, básicamente en la contratación con terceros.

Si bien en las líneas que siguen nos hemos centrado en las asociaciones reguladas por el Código Civil, los criterios expuestos son igualmente aplicables a otras personas jurídicas,

piénsese, por ejemplo, en las cooperativas y las comunidades campesinas. El trabajo resulta así útil para el académico pero también para el operador jurídico y, en general, para el abogado o estudiante de derecho.

2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: el plazo.

Es muy común que en los estatutos de una persona jurídica (por ejemplo, una asociación) se señale un plazo para el consejo directivo. Durante el plazo la persona jurídica funciona regularmente, su órgano de deliberación se reúne normalmente y el órgano directivo celebra los contratos necesarios que su finalidad impone. El problema se presenta cuando el plazo termina.

Del caso descrito se pueden formular dos preguntas específicas: Primera, vencido el plazo establecido en el estatuto ¿el consejo directivo cesa automáticamente en sus funciones? Segunda, ¿qué sucede con los contratos celebrados con posterioridad donde hay terceros implicados?

Estas preguntas en realidad ocultan un tema de fondo: la capacidad de la persona jurídica. Dicha capacidad implica el análisis de dos aspectos fundamentales: primero, la organización que le permita actuar efectivamente a través de órganos y representantes (representación voluntaria y orgánica) y, en segundo lugar, las facultades que estos órganos puedan tener para vincular a la persona jurídica con terceros. Ambos temas están tan relacionados que es difícil hablar de uno sin hacer alusión al otro. El presente trabajo, sin embargo, se centra en la representación voluntaria y orgánica, analizando básicamente la función que cumple el plazo. ¿Qué sucede en realidad cuando vence el plazo establecido en los estatutos para el consejo directivo? ¿Puede el presidente de la misma seguir realizando actos jurídicos en nombre de la asociación? ¿Puede convocar a asambleas de asociados? Estas son algunas preguntas cuyas respuestas han sido objeto de debate.

Las respuestas que se han dado en la práctica a las preguntas mencionadas son diversas. Se pueden identificar, sin embargo, dos posiciones claramente diferenciadas y que han elaborado respuestas totalmente contrapuestas. La exposición empieza explicando estas dos posiciones, luego se hace una breve revisión de la legislación vigente, continuando con el examen de la jurisprudencia que ha intentado responder a dichas preguntas y se agrega unas reflexiones finales a manera de conclusión.

3. RESPUESTAS AL PROBLEMA

3.1. Primera interpretación: la teoría del mandato

El primer criterio orienta las respuestas a estas preguntas a partir de las figuras civiles del mandato y la representación, por ello se le ha llamado teoría del mandato o representación. Esta posición considera a los miembros del consejo directivo como representantes o mandatarios de la persona jurídica. La consecuencia de este razonamiento es lógica: se aplica

a las personas jurídicas las normas previstas para las personas naturales, concretamente las normas del contrato de mandato y de la representación del Código Civil.
Para esta primera posición, vencido el plazo de la representación el poder queda sin efecto automáticamente, exactamente igual que en un mandato. Recuérdese el texto del artículo 1801 inciso 2 del Código Civil, según el cual el vencimiento del plazo es una de las causales de extinción del contrato de mandato. A partir de allí, se llega a una conclusión: vencido el plazo dado al consejo directivo su representación queda sin efecto pues se extingue, por tanto, todos los actos posteriores están viciados al no contar con facultades vigentes para llevarlos a cabo.

Por otro lado, en cuanto al alcance de las facultades del consejo directivo, se aplica también las normas del mandato y de la representación voluntaria. De este modo, se acude a los artículos 156 y 167 inciso 1, así como del artículo 1792 del Código Civil y se concluye que el consejo directivo únicamente puede realizar actos en ejercicio de las facultades expresamente otorgadas, es decir, no puede realizar actos fuera de estas facultades. De este modo, se aplica al órgano de la persona jurídica reglas que normalmente funcionan para la representación entre personas naturales, como el principio de literalidad, por ejemplo.

Desde luego, esta aplicación de las normas del mandato y la representación para resolver el problema planteado tiene consecuencias diversas. Por ejemplo, en el caso de que el consejo directivo haya celebrado contratos con terceros con posterioridad al vencimiento del plazo la consecuencia es considerar que tales contratos tienen vicios que afectarían su validez. Esto implicaría que vencido el plazo la persona jurídica simplemente no puede actuar en el tráfico jurídico.

Pero estas no son las únicas consecuencias prácticas de esta primera interpretación. Existe otro tipo de consecuencias relacionadas directamente con el funcionamiento propio de la persona jurídica.

Si se parte de la teoría del mandato o representación, y si se sigue con coherencia dicha posición, vencido el plazo la directiva ya no podría realizar ningún acto ni negocio jurídico. Desde luego esto incluye la convocatoria a asambleas generales. Por tanto, al no poder realizar convocatorias hay una imposibilidad de que la asamblea se reúna, lo que significa una paralización de actividades de la persona jurídica. Por lo demás, esta consecuencia es natural si se aplica la teoría del mandato. La única salida que da el derecho positivo para este problema es una convocatoria judicial. Al respecto el artículo 85 del Código Civil establece que si no hay posibilidad de hacer convocatorias se debe acudir al Juez siguiendo el proceso sumarísimo. Sin embargo, este es un procedimiento que tiende a demorar, mientras tanto, la persona jurídica simplemente no puede funcionar.

Hay dos características del mandato y la representación que es necesario resaltar. Primero, en el mandato existe contraposición de sujetos, es decir el mandante es un sujeto y el mandatario uno distinto. Segundo, en tales figuras la autonomía de la voluntad

siempre se impone tanto en el plazo como en las facultades otorgadas, por eso esta forma de representación recibe el nombre de representación voluntaria.

3.2. Segunda interpretación: la teoría de la representación orgánica

Sin embargo, hay otra forma de ver las cosas en el caso concreto de las personas jurídicas, y por tanto, existe una interpretación distinta a la indicada antes. Tal forma de ver las cosas parte de lo que se ha dado en llamar teoría de la representación orgánica.

Para esta postura debe tenerse en cuenta que si bien la persona jurídica es una entidad abstracta no podría tener actuación real sino a través de órganos. Son estos los que concretan los actos de la persona jurídica, los que convierten al ente abstracto, en realidad. No tiene sentido, pues, una persona jurídica sin órganos que permitan su funcionamiento. De este modo, el órgano directivo tiene el carácter de necesario y permanente si se quiere dar subjetividad a la persona jurídica.
Desde esta perspectiva resulta que el órgano no es un sujeto distinto de la persona jurídica. En realidad, el órgano es la persona jurídica es parte de su estructura. No tiene sentido entonces separarlos como si fueran entidades distintas. La persona jurídica y los órganos que la conforman son una unidad indivisible. Solo se aceptará una división en abstracto para efectos didácticos. Por ello, se ha afirmado correctamente que los términos "representación orgánica" no describen correctamente el fenómeno. Por ello, es un error utilizarlos, en todo caso solo se le acepta por comodidad. García Tejera lo expresa del siguiente modo "*Cuando se analiza en virtud de qué disposiciones es posible que personas -físicas o jurídicas- integren el órgano que cumple ese rol que, entre otras facultades, involucra el de representar, se comprende que por comodidad de lenguaje se utilice esta denominación -representación-. En realidad, en el ejemplo de una sociedad anónima esta muy claro que no existe el representante como tercero, ubicado fuera de la sociedad, sino que se trata del desarrollo de una estructura interna del propio sujeto de derecho*".[1] En la representación orgánica entonces no existe contraposición de sujetos como ocurre con el mandato.

En el caso de las asociaciones, el Código Civil peruano reconoce dos órganos: la asamblea general y el consejo directivo. Estos son órganos mínimos, de tal forma que el estatuto puede establecer otros. Lo que no puede ocurrir es crear una asociación suprimiendo ambos. Estos órganos tienen características diversas. Ambos son necesarios, pero mientras que la asamblea es un órgano intermitente (solo se reúne cuando es debidamente convocado), el consejo directivo es un órgano permanente y esto es así por la naturaleza de las cosas. En una persona jurídica de este tipo puede concebirse que la asamblea no se reúna, o que lo haga esporádicamente, pero sería inconcebible que no haya consejo directivo. En ese sentido, existe aquí un límite a la autonomía de la voluntad que no tiene fuerza suficiente para dejar sin órganos a una persona jurídica.

1 *García Tejera, Norberto, Persona Jurídica, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 129- 130*

Estas consideraciones, desarrolladas por la doctrina, sirven para ver el problema planteado de otro modo. Mientras que el representante es necesariamente un sujeto distinto a al representado, los órganos son la misma persona jurídica. "*El vocablo 'órgano' expresa por ello mejor que se trata de quienes reciben su poder del mismo estatuto de la persona jurídica, y que están integrados en la estructura misma de la persona jurídica. Con lo que se hace bien visible, que los actos de sus órganos se consideren como de la propia persona jurídica, con todas las consecuencias favorables o desfavorables que de ello se derivan*".[2]

Así las cosas las normas de representación voluntaria del Código Civil, propias de las personas naturales, no resultan de aplicación a la persona jurídica, pues estas no son las más adecuadas a su naturaleza. Por tanto, aplicarlas sin más sería un grave error.

Esta diferencia planteada puede también apreciarse en lo referente a la capacidad de celebrar contratos. Al respecto cabe preguntarse cuáles son las facultades del órgano (consejo directivo por ejemplo). Se considera que la persona jurídica puede celebrar cualquier tipo de contrato incluso aquellos que se ubican fuera de su objeto (aun que esto puede ser discutible; sin embargo, el análisis de esta cuestión excede los alcances de este trabajo). Pero lo que sí resulta claro es que siendo el órgano de representación la misma persona jurídica, es evidente que puede celebrar cualquier acto que le permita realizar su objeto. Es decir, el consejo directivo tendrá todas las facultades que permitan a la persona jurídica cumplir su finalidad. Así, si la asociación es una asociación de vivienda, cuyo objetivo es proveer de vivienda a sus asociados, es evidente que el consejo directivo tendrá las facultades de adjudicar en propiedad dichos lotes a los asociados. Y esto será así aun cuando el estatuto no detalle dichas facultades o calle completamente. Dichas facultades son consustanciales a la persona jurídica, pues para eso existe. De esta forma, asumir que el consejo directivo no tiene dichas facultades, sería como afirmar que la persona jurídica no puede cumplir con su objeto. En ese sentido, no funciona aquí el principio de literalidad, que como ya quedó expuesto es propio del mandato.

En cuanto al plazo, la teoría orgánica establece otra diferencia frente a la teoría del mandato. Puesto que el consejo directivo es un órgano necesario y permanente debe tener vigencia indefinida hasta la elección de su reemplazo. Por ello, aunque el plazo haya vencido el órgano directivo se mantiene en funciones. Lo contrario no puede ser aceptable pues implicaría la incapacidad de la persona jurídica, cuestión que resulta contradictoria pues el derecho precisamente reconoce y regula a las personas jurídicas para darles capacidad.

¿Cuál es la función entonces del plazo? La teoría orgánica considera que el plazo tiene efectos internos, establece una obligación de renovación que debe ser cumplida. Básicamente establece una responsabilidad de los directivos, frente a todos los asociados, por incumplimiento de sus deberes. Responsabilidad que estos últimos podrán hacer efectiva. Pero dicho plazo no puede impedir el funcionamiento de la persona jurídica ni tiene efectos externos frente a terceros. Por tanto, la persona jurídica puede seguir

2 *De Castro y Bravo, Federico, La Persona Jurídica, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981, p. 287*

funcionando normalmente y puede seguir celebrando actos jurídicos a través de sus órganos sin que el plazo vencido afecte de modo alguno a dichos actos ya que estos serán válidos y eficaces.

Ahora bien, estos criterios aplicados al caso planteado al inicio conducen conclusiones absolutamente distintas a las ofrecidas por la teoría del mandato. En efecto, una primera consecuencia de asumir esta postura es que los actos jurídicos celebrados son válidos y eficaces, a pesar del vencimiento del plazo. Como se ve, de ese modo, se logra proteger a los terceros que celebran contratos con la persona jurídica.
Otra consecuencia natural de lo anterior está relacionada con la convocatoria. Si la directiva puede seguir en funciones a pesar del vencimiento del plazo, es obvio que también puede convocar a asamblea en cualquier momento y para tratar cualquier tema. En contra de la posición anterior esta teoría busca que la persona siga funcionando y siga actuando. Así, la convocatoria judicial solo se restringe a los supuestos de imposibilidad distintos al vencimiento del plazo.

Desde luego asumir la teoría orgánica no implica afirmar que, en el ámbito de las personas jurídicas, no pueda aplicarse la representación o el mandato. Nada más errado. La persona jurídica también puede usar la representación o el mandato. Un ejemplo aclarará este punto. Si la persona jurídica quiere contratar un abogado y necesita otorgarle facultades de actuación en un proceso determinado, aquí habrá un mandato ¡qué duda cabe! Lo que hace la teoría orgánica es establecer una diferencia: el régimen de los órganos de la persona jurídica será uno y el régimen de los mandatarios o apoderados, otro. Ambos no deben ser confundidos. Lo anterior ha sido reconocido de manera clara por la doctrina, así De Castro señala: "*En una terminología rigurosa (...) se podría utilizar el nombre de órgano para los representantes estatutarios, y reservar la designación de representante legal para el que recibe su poder de fuera, impuesto por una declaración judicial; por ejemplo, un administrador judicial, la sindicatura. Representante voluntario o mandatario sería el que recibe su poder de los órganos de la sociedad*".[3]

4. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN LA LEGISLACIÓN

4.1. Las normas societarias

Ahora bien puede formularse la siguiente pregunta ¿alguno de los dos criterios hasta aquí expuestos ha sido asumido por la legislación peruana?

Una primera norma que resulta fundamental para responder la interrogante es el art. 163 de la Ley de Sociedades actualmente vigente. Dicha norma tiene el siguiente texto:

Artículo 163º.- Duración del Directorio. El estatuto señala la duración del directorio por períodos determinados, no mayores de tres años ni menores de uno. Si el estatuto no señala plazo de duración se entiende que es por un año.

3 *De Castro y Bravo, Federico, ob. cit., p. 287*

El directorio se renueva totalmente al término de su período, incluyendo a aquellos directores que fueron designados para completar períodos. Los directores pueden ser reelegidos, salvo disposición contraria del estatuto.
El período del directorio termina al resolver la junta general sobre los estados financieros de su último ejercicio y elegir al nuevo directorio, pero el directorio continúa en funciones, aunque hubiese concluido su período, mientras no se produzca nueva elección.
Del texto se desprende que el directorio siempre debe tener un plazo. El directorio debe tener periodos determinados, el estatuto debe señalarlos, pero incluso si no hay indicación expresa la norma supletoriamente señala un plazo: un año. De este modo, el plazo llega a ser una exigencia, no podría haber un directorio sin plazo.

Sin embargo, en parte final, la norma establece que "*(...) el directorio continúa en funciones, aun que hubiese concluido su período, mientras no se produzca nueva elección.*" Desde el punto de vista de la teoría del mandato esta parte pareciera contradecir a la primera referida a la necesidad del plazo. En efecto, si se otorga al plazo la posibilidad de extinguir el mandato, el plazo ya no tendría sentido si se establece la continuidad de funciones.

Tal contradicción, sin embargo, no existe. El artículo es coherente si se lee desde la perspectiva de la teoría orgánica. Y desde luego, la última parte del texto no le quita relevancia e importancia al plazo.

En efecto, como ya quedó explicado, para la teoría orgánica el plazo si tiene una función, esta es establecer una responsabilidad de los miembros del órgano por incumplimiento de sus obligaciones. En el presente caso, el plazo genera una obligación de renovación (ello se desprende claramente del texto de la norma cuando indica que "*el directorio se renueva totalmente al término de su periodo*"), obligación que si es incumplida genera una responsabilidad de los miembros del directorio frente a la junta de accionistas. Pero de ningún modo el plazo implica que, vencido este, las facultades del órgano se extinguen como ocurre con el mandato. El efecto, entonces, es interno, importa el plazo para las relaciones internas; pero no afecta el funcionamiento normal de la persona jurídica y tampoco perjudica a terceros contratantes con esta.
Tampoco es una contradicción que la norma se refiera a la reelección, pues la función de esta figura es eliminar la responsabilidad interna de los miembros del directorio frente a los accionistas.[4]

---

4 *El Tribunal Registral ha expuesto claramente esta función. Preguntándose cuál es la trascendencia de prorrogar el período de los directivos indica "(...) Frente a terceros ya hemos señalado que ninguna, de allí que no sea acto inscribible. Su connotación es más bien interna pues habiéndose estimado un período de mandato determinado para los consejos, sobrepasar el plazo sin ninguna justificación podría acarrear responsabilidades en sus miembros al no haberse adoptado las medidas pertinentes para obtener la sucesión del gobierno. En cambio, si el ejercicio va más allá del plazo regular viene autorizado por la persona jurídica, la responsabilidad por ese motivo sería inexistente. El interés de esta figura queda entonces circunscrito a los miembros de los órganos de la persona jurídica y a esta misma, quienes no podrán negar los efectos de la prórroga por resultar vinculados*

La doctrina nacional está de acuerdo en la continuidad de funciones. Elías Laroza indica que "*(...) el último párrafo de la norma tiene por objeto permitir la continuidad del directorio en la administración cuando el período para el cual haya sido elegido hubiese concluido. La norma busca que en todo momento la sociedad tenga en funcionamiento a su órgano de administración de mayor jerarquía y así continúen adoptándose las decisiones necesarias para la consecución de los fines sociales. Se evita así que la sociedad pueda quedar temporalmente acéfala, por el simple vencimiento de su período*".[5] Gonzáles Barrón, por su parte, indica que "*(...) la representación de las sociedades tiene carácter orgánico, ya que los órganos administradores son imprescindibles y permanentes; en esta materia existe necesidad que el órgano actúe por la persona jurídica*".[6] Ambos textos están directa o indirectamente influidos por la teoría orgánica.[7]

Por su lado la, jurisprudencia también ha reconocido expresamente la vigencia de la teoría orgánica en las sociedades. Al respecto se puede leer, en la resolución 080-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, lo siguiente: "*(...) en el extremo a la capacidad del Directorio para otorgar poderes en favor de su gerente para adquirir un bien inmueble, cabe indicar que de acuerdo a la teoría del órgano, que constituye la doctrina más aceptada actualmente y recogida por la actual Ley General de Sociedades, el Directorio es un órgano colegiado que representa a la sociedad en forma continua, siendo una de las consecuencias que derivan de esta teoría, que si el estatuto no extiende sus*

---

jurídicamente". Para mayor ilustración ver el considerando 14 de la Resolución 012-2007-SUNARP-TR-T. Si bien el caso resuelto se refería a la prórroga de un consejo directivo de una asociación, las razones expuestas por el Tribunal son plenamente aplicables a la reelección del directorio y es que en ambos casos la función del acuerdo de prórroga o la reelección es la misma.

5 *Elías Laroza, Enrique, Derecho Societario Peruano, 1ra. Ed., Editora Normas Legales S.A., Trujillo, 1999, p. 895. En otra parte de su trabajo indica: "La nueva LGS recoge la teoría del órgano societario. En efecto, la administración de la sociedad anónima responde a un diseño orgánico, dotado de funciones y atribuciones. De allí que la norma del artículo 152 establece que la administración queda a cargo del directorio y de los gerentes. Se exceptúa expresamente el caso del directorio facultativo de las sociedades anónimas cerradas, en las que a falta de directorio, el gerente general detenta también esas funciones". Ob. cit., p. 411*

6 *Gonzáles Barrón, Gunter Hernán, Tratado de Derecho Registral Mercantil, Jurista Editores, Lima, 2001, p. 370.*

7 *Existe, sin embargo, una discrepancia entre ambos autores, Elias Laroza (ob. cit., p. 484) indica que el último párrafo del artículo 163 de la ley de sociedades tiene carácter excepcional, Gonzáles Barrón en cambio indica que "(...) no es excepcional, es simplemente una norma que desarrolla una de las notas distintivas de la representación orgánica y que comprende a todas las personas jurídicas". (Ob. cit., p. 371). En realidad depende de cómo se mire el asunto. Si se parte de la teoría del mandato es lógico que se considere a la norma como excepcional, pues la regla general es la caducidad del mandato al vencer el plazo. En cambio, si se parte de la teoría orgánica esto no es así pues la permanencia es una característica propia de los órganos de dirección y de gestión.*

facultades, el órgano, es decir, el Directorio conserva los poderes de administración y de ejecución atribuidos por la ley".[8] Del texto se desprende un claro reconocimiento a la teoría orgánica y no podría ser de otra forma, pues, asumir la teoría del mandato o representación hubiera significado vulnerar directamente una norma expresa.

Otro artículo a comentar es el 186 de la ley de sociedades referente a otro órgano: la gerencia. El artículo tiene el siguiente texto:

Artículo 186º.- Duración del cargo. La duración del cargo de gerente es por tiempo indefinido, salvo disposición en contrario del estatuto o que la designación se haga por un plazo determinado.

Al igual que en el artículo anterior, la norma hace alusión a un plazo. Cabe preguntarse, en el caso del gerente, cuál es la función que cumple el plazo. Aunque la norma es más escueta que la anterior, no hay razones para suponer que el plazo aquí tenga una función distinta que en el caso del directorio ya analizado antes. En realidad, tratándose de un órgano social, el plazo tiene la misma función señalada antes, es decir, genera una obligación de renovación, que en caso de incumplimiento puede establecer determinadas responsabilidades internas. Siendo así hay que concluir que el tratamiento del gerente debería ser el mismo que el tratamiento del directorio, es decir, vencido el plazo el gerente continúa en funciones hasta la elección de su reemplazo.[9]

Queda claro entonces que en el ámbito de las sociedades la ley reconoce expresamente la teoría orgánica. Por el contrario, en el ámbito de las personas jurídicas no lucrativas (asociaciones por ejemplo) no sucede lo mismo.

4.2. Las normas civiles

A diferencia de la Ley General de Sociedades, en el Código Civil vigente no hay una norma que reconozca expresamente la teoría orgánica. Sin embargo, el silencio del Código no debe tomarse como un rechazo a dicha teoría.

Pese a lo anterior hay un artículo en el Código Civil, en el capítulo que corresponde a las asociaciones, que se ha usado por los operadores jurídicos (Tribunales por ejemplo) para negar y para sostener la vigencia de dicha teoría. Se trata del artículo 93 cuyo texto es el siguiente:

Artículo 93º.- Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la

8 *Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Volumen II, Año I, Lima 1996, p. 238-239.*

9 *En contra de esta opinión Elías Laroza, Ob. cit., p. 484; a favor Gonzáles Barrón, Ob. cit., p. 370.*

asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.
Como se ve, esta norma no se refiere al plazo del consejo directivo de la asociación, si no más bien a la responsabilidad que ante los asociados tienen las personas que desempeñan cargos directivos. La norma señala que en lo concerniente a la responsabilidad se aplica las "reglas de la representación". Dicha norma ha sido objeto de diversa interpretación. En realidad, el artículo citado no responde la interrogante de cuál es la teoría que el Código Civil peruano acoge, pues puede leerse tanto desde la perspectiva de la teoría del mandato o representación, como de la teoría orgánica, como se verá luego con mas detalle. Por tanto, el texto del artículo 93 nos deja como al principio y no resuelve el problema.

Precisamente, es esta ambigüedad normativa la que ha generado soluciones contradictorias para los casos que se han presentado generándose así un problema para el usuario común y corriente: la falta de predictibilidad. Esto queda demostrado en el texto de las diversas resoluciones del Tribunal registral que se han ocupado del tema.

5. CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL: evolución y contradicciones.

Pero en el ámbito de las personas jurídicas regidas por el Código Civil ¿cuál de las dos posiciones explicadas es la que se encuentra vigente? Al respecto existe una abundante jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Registral, jurisprudencia que no es uniforme pues ha recogido ambas posiciones.

En efecto, a través del tiempo las Salas del Tribunal Registral han fundado sus fallos para solucionar los casos concretos en las dos teorías. En las líneas que siguen se presenta una revisión de las diversas posiciones que se han desarrollado sobre este tema, revisión que nos indicará cuál es la situación actual de la cuestión.

5.1 El inicio

En un primer momento (que para no ir más atrás se podría comprender desde la creación de la SUNARP, el año 1995, hasta el año 2000), la teoría predominante fue la teoría del mandato o representación. El fundamento legal que se encontró para respaldar dicha posición fue el artículo 93 del Código Civil. Se sostenía que dicho artículo reconocía en su texto la teoría del mandato o representación.

En una resolución del año 1996 el Tribunal explicaba así esta postura: "*(...) en el tema de las asociaciones civiles los miembros del respectivo consejo directivo de una entidad, si bien no están sujetos a un período de mandato preciso, debido al silencio de la norma, se colige que dicho período es fijado estatutariamente, por lo que siendo que el art. 93 del Código Civil, impone a los directivos las responsabilidades propias de la*

representación, debe entenderse que la capacidad de los directivos vinculada al ejercicio de dicha representación, evidentemente cesa en la fecha que estatutariamente se fija, no siendo admisible una prórroga de la misma dado el silencio indicado, salvo que el estatuto diga lo contrario, lo que no sucede en el presente caso. Que, abundando en el tema de la representación, el cual remite al precitado art. 93 es claro que el legislador ha asimilado el cargo de directivo a la naturaleza del mandato con representación, por lo que concluido el mandato predeterminado, tácitamente debe darse por concluida la representación implicada, acorde a los arts. 1806, 1807 y 1801 inc. 1 del Código Civil. Que, la doctrina jurídica reconoce que las responsabilidades que se atribuyen a las personas deben ser expresamente manifiestas, en la medida en que las responsabilidades al significar límites al accionar de las personas, deben estar declaradas por lo que, el Código Civil, en la parte pertinente, al no pronunciarse sobre las responsabilidades de los directivos, allende a los períodos de su mandato, permite deducir, que la falta de mención de la norma que regule una responsabilidad luego del término del cargo, determina aceptar que los cargos directivos no se renuevan de manera tácita".[10]

Claramente el Tribunal, para el caso de las asociaciones, acoge la teoría del mandato o representación e indica que los miembros del consejo directivo son en realidad mandatarios. Por tanto, vencido el plazo estatutario necesariamente dicho mandato caduca en virtud del art. 1801 inciso 2 del Código Civil. En la parte final de dicha resolución se indica que vencido el plazo no puede aceptarse una prórroga tácita del "*mandato*".

De este modo, en atención a dicha caducidad del mandato, todos los actos realizados por el consejo directivo cuando el plazo ha transcurrido resultan ilegítimos. Así, la directiva con plazo vencido no podría, entre otras cosas, convocar a asamblea de asociados. Sobre la base de estas ideas el Tribunal Registral empezó a rechazar los casos en que la convocatoria a asamblea era hecha por un consejo directivo fuera del plazo estatutario, indicando que dichos actos "*no tenían efectos legales*".[11] Este criterio inicialmente aplicado para las asociaciones luego se extendió a otras personas jurídicas como las cooperativas y las comunidades campesinas, siendo la única excepción las sociedades.[12]

---

10 *Resolución 109-96-ORLC/TR de fecha 11 de marzo de 1996. Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. II, Año I, Lima 1996, p. 273*

11 *En la resolución 250-97-ORLC/TR del 23 de junio de 1997 se lee: "(...) por consiguiente al tener la citada junta directiva su mandato vencido (...) el señor (presidente) no tenía facultad para convocar y presidir las mencionadas asambleas generales de asociados; en consecuencia, dichos actos no tienen efectos legales (...)". En la misma línea ver la resolución 100-97-ORLC/TR de fecha 21 de marzo de 1997. Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. IV, Año II, Lima, 1997, p. 309-327.*

12 *En cuanto a las cooperativas se puede ver la resolución 118-96-ORLC/TR de fecha 18 de marzo de 1996 en Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. II, Año I, Lima, 1996, p. 260, y la resolución 022-97-ORLC/TR de fecha 21 de enero de 1997, en Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. IV, Año II, Lima, 1997, p. 343.*
Resulta criticable la aplicación extensiva de la teoría del mandato que hace el Tribunal registral

En esa época esta posición era muy popular y era aplicada de manera generalizada tanto por registradores públicos como por vocales del Tribunal Registral. La propia SUNARP reconoció esto en un documento oficial indicando que "*(...) se ha verificado que las diferentes instancias de calificación registral, interpretan predominantemente que el período de funciones de los integrantes de los consejos directivos y demás órganos de gobierno de las asociaciones y comités, concluye en forma inmediata al vencimiento del período respectivo, en base a lo establecido en el artículo 93° del Código Civil, que remite a las reglas de representación la regulación de la responsabilidad de los asociados que desempeñen cargos directivos (...)*"[13]

El acoger tal interpretación, sin embargo, tuvo consecuencias que resultan bastante obvias. Si se asume que vencido el plazo la persona jurídica se queda sin representación alguna, esta no puede funcionar ni actuar regularmente. Tal posición generó un problema grave: al vencer el plazo la persona jurídica era prácticamente incapaz al no tener como actuar (¿cómo actuaría una persona jurídica sin sus órganos?). Esta interpretación paralizó el funcionamiento de muchas asociaciones. Esta afirmación tal vez parezca una exageración, pero no es así. El propio Tribunal Registral reconoció expresamente los problemas que causaba el asumir la teoría del mandato indicando que "*(...) en la práctica, sin embargo, subsisten un gran número de asociaciones que no pueden regularizar su situación de "acefalía", dado que las normas sustantivas no han previsto solución al problema y las gestiones de convocatoria o la reunión de la totalidad de asociados presenta dificultades, en ciertos casos insalvables, situación que indudablemente genera serios perjuicios a la persona jurídica (...)*"[14] Lo

---

a las cooperativas, pues recuérdese que el artículo 116 inciso 1 de la Ley de cooperativas señala que resultan aplicables supletoriamente a estas las normas de la ley de sociedades. Por tanto, al consejo de administración de una cooperativa le resultan aplicables, en lo que fuere pertinente, las disposiciones para el directorio de las sociedades anónimas. Si esto es así resulta aplicable el artículo 163 parte final que, como ya vimos, reconoce expresamente la teoría de la representación orgánica. En las resoluciones indicadas, sin embargo, se aplica la teoría del mandato pasando por alto dicha aplicación supletoria establecida expresamente.

13 *Se trata de la Resolución 202-2001-SUNARP/SN expedida el 31 / 07 / 2001 por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), dicha resolución establece criterios registrales aplicables cuando concluyan períodos de funciones de integrantes de consejos directivos y demás órganos de gobierno de asociaciones y comités. Esta norma se convirtió así en una directiva de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios registrales incluyendo registradores públicos y a los miembros del Tribunal Registral.*

14 *Resolución 478-98-ORLC/TR expedida en Lima el 29-12-1998. Esta resolución crea la llamada doctrina de la representación de hecho, doctrina que solo tiene sentido si se asume la teoría del mandato. Señala la resolución que "(...) si bien los directivos cesan en sus funciones automáticamente una vez vencido el plazo para el que fueron elegidos, también es cierto que debe reconocerse la "representación de hecho" de las personas jurídicas cuando los directivos continúan ejerciendo de facto sus cargos, quienes se encontrarían legitimados, excepcionalmente, para aquellas facultades necesarias o vitales para la continuidad y funcionamiento del ente como resulta ser la convocatoria a una siguiente Asamblea de Elección de los nuevos directivos que regularizará el estado de acefalía, debiendo*

que no se indica es que tal situación de "acefalía" la genera el propio Tribunal al asumir abiertamente la teoría del mandato.

Por su parte, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, también reconoció expresamente este problema indicando que "*(...) dicha interpretación ha afectado el normal desenvolvimiento de dichas personas jurídicas, (se refiere a las asociaciones y demás personas jurídicas no lucrativas) en la medida que el vencimiento de los períodos conlleva, en muchas ocasiones, la acefalía de las mismas, e inclusive la imposibilidad efectiva de poder elegir a sus nuevos órganos de gobierno, circunstancia que, para ser superada, ha dado lugar a diversas interpretaciones de los operadores jurídicos registrales, las que, sin embargo, no han dado una solución integral a dicha problemática*".[15]

---

entenderse que durante este periodo solo tendrán esa facultad y no otras propias de quienes tienen mandato vigente, sin que ello signifique en modo alguno prórroga del mandato, ya que esta sí determinaría la continuidad de los órganos directivos con todas las facultades y funciones (...)" La afiliación de esta resolución a la teoría del mandato es bastante clara y además natural puesto que no se vislumbra en su texto ninguna otra opción interpretativa, como la teoría de la representación orgánica por ejemplo, que parece no existir en el razonamiento del Tribunal.

La resolución citada es particularmente interesante por dos cosas. Primero, demuestra la fidelidad del Tribunal a la teoría del mandato y lo creativo que puede ser para seguir aplicando tal teoría (solo con ese propósito se crea la doctrina de la representación de hecho). Segundo, la influencia de esta resolución puede rastrearse en resoluciones futuras. En efecto, años después se han expedido resoluciones que, usando conceptos de la teoría orgánica, terminan resolviendo en el mismo sentido que la resolución que comentamos. Solo a modo de ejemplo, véase la resolución 004-2009-SUNARP-TR-L que fue expedida 11 años después pero que conserva el mismo razonamiento y la misma estructura lógica. (Al respecto ver nota 22 en la que se comenta dicha resolución).

No deja de llamar la atención cómo el Tribunal Registral crea el problema y luego crea la solución con la figura de la representación de hecho. Tal situación puede parecer un artificio pues ¿no hubiera sido mejor no crear el problema? Es tentador hacer un paralelismo con un empresario que "crea" una necesidad y luego vende el producto para satisfacerla, posteriormente uno cae en la cuenta de que dicha necesidad nunca existió, fue solo algo artificial. En ese sentido, cabe preguntar ¿con esta resolución no se esta forzando las cosas solo para defender la continua aplicación de la teoría del mandato?

Finalmente, y aun que el Tribunal no haya reparado en ello, la llamada "representación de hecho" no es más que el reconocimiento de la teoría de la representación orgánica aun que restringida sólo a un acto: la convocatoria a una asamblea eleccionaria. Recuérdese que la representación orgánica aboga por la continuidad de funciones de los órganos. El Tribunal Registral entonces ha tenido que matizar su posición, ello por los problemas que su interpretación genera. Pero ¿por qué admitir la teoría orgánica solo para convocatorias y no para otros actos? La restricción únicamente encuentra explicación en la negativa a abandonar la teoría del mandato. Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. VII, julio-diciembre de 1998, Lima 1999, p. 287-290.

15 *Resolución 202-2001-SUNARP/SN de fecha 31/07/2001.*

5.2. El cambio de criterio

La teoría del mandato o representación siguió dominando claramente hasta el año 2000 en que fue objeto de revisión. El producto de aquella revisión fue la resolución 202-2001-SUNARP/SN del 31/07/2001.

La exposición de motivos de dicha resolución resulta bastante ilustrativa pues muestra claramente un cambio de criterio. Esto puede verse, por ejemplo, en la distinta lectura que se le da al artículo 93 del Código Civil, esta lectura resulta contraria a la interpretación que antes le había dado el Tribunal Registral.[16] Al respecto la resolución indica que "*(...) el Artículo 93° del Código Civil al establecer que los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las normas de la representación, se refiere a las relaciones internas entre los integrantes de los órganos y la persona jurídica, mas no a las relaciones existentes entre las personas jurídicas y los terceros*".[17]

Del texto no queda duda que se busca romper con la interpretación dominante, asumiendo nuevos criterios que se alejan de la teoría del mandato y que más bien se acercan a la teoría orgánica. Por si cabe alguna duda, la resolución indica claramente que "*(...) el vencimiento del período de funciones de los consejos directivos mencionados no debe limitar el desenvolvimiento de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que se trata de órganos indispensables para su funcionamiento, por lo que no debe negarse su vigencia, a fin de garantizar la elección de sus nuevos integrantes*". Este texto tiene una clara influencia de la teoría orgánica, el consejo directivo ahora es visto como un órgano necesario y permanente, no como un simple mandatario cuyas facultades están subordinadas al plazo.

A partir de esta norma y de los criterios en ella expuestos se empezaron a solucionar casos con la expresa aplicación de la teoría orgánica. Existen resoluciones, fundamentalmente de la cuarta sala del Tribunal Registral, que demuestran esta afirmación.
Por ejemplo, la resolución 176-2005-SUNARP-TR-T del 21 de octubre de 2005 señala que "*(...) una persona jurídica, dada su naturaleza abstracta, requiere de órganos unipersonales o pluripersonales que la representen permanentemente frente a terceros*".
En la resolución 012-2007-SUNARP-TR-T del 18 de enero de 2007 se señala que "*El consejo directivo (u órgano de administración de similares funciones) de toda persona jurídica es un órgano necesario y permanente, ya que es jurídicamente imposible que ésta exprese su voluntad y practique actos jurídicos si no es a través de dicho consejo. Lo contrario significaría que estemos ante un sujeto de derechos que en teoría, puede adquirir derechos y obligaciones, pero que materialmente no puede hacerlo, es decir, se trataría de una persona jurídica incapaz, cuando es unánime en doctrina que la persona jurídica goza de capacidad general. Por ello, debe entenderse que la persona jurídica nunca está privada del órgano que ejerce las funciones de administración y*

16 *Ver nota 10 de este trabajo.*
17 *Resolución 202-2001-SUNARP/SN de fecha 31/07/2001*

representación, aun que el periodo para el que dicho órgano fue elegido haya vencido. En ese sentido, quien es el titular de dicho órgano (el presidente) mantiene su legitimación para convocar a asamblea no solo para elegir a la junta directiva, si no para todo otro asunto, aun que su período se encuentre vencido."

¿Qué ocurre entonces cuando el plazo establecido en el estatuto ha concluido? Respondiendo a la pregunta el Tribunal ha indicado que "*(...) lo que ocurre en realidad con los órganos permanentes de las personas jurídicas es que, vencido el plazo de su mandato, se mantienen formalmente en sus cargos hasta que se produzca una nueva elección a través de los mecanismos previstos en la ley y en el estatuto. Se genera entonces una suerte de prórroga tácita del mandato pero con responsabilidad para aquellos directivos que debieron efectuar las elecciones sin que hayan cumplido su labor*".[18]

El texto de las resoluciones comentadas indica tres cosas. Primero, el Tribunal sigue la interpretación del artículo 93 según la cual la responsabilidad a que se refiere dicha norma esta referida las relaciones internas entre los directivos y los asociados, no así a sus relaciones externas. En ese sentido, la sala del Tribunal sigue la línea trazada por la resolución 202-2001-SUNARP/SN, que ya hemos comentado antes. Segundo, se le da al consejo directivo de una asociación el mismo tratamiento que al directorio de las sociedades anónimas conforme al art. 163 de la ley de sociedades. Tercero, se cambia el criterio anterior que rechazaba abiertamente una prórroga tácita, y se reconoce claramente la permanencia como una característica del órgano de representación.

Estas mismas ideas, influenciadas claramente por la teoría orgánica, se han usado para resolver otros casos creando de este modo una línea jurisprudencial claramente orientada hacia la teoría orgánica. Así tenemos la resolución 106-2004-SUNARP-TR-A, la resolución 176-2005-SUNARP-TR-T, la resolución 180-2005-SUNARP-TR-T y la resolución 203-2007-SUNARP-TR-T.

5.3. Las contradicciones

Los datos anteriores indican que la teoría orgánica fue ganando presencia en la solución de casos concretos, aun que de manera lenta. Es más, como ya quedó dicho, con la expedición de las resoluciones mencionadas se creó una clara línea jurisprudencial, en ese sentido. Sin embargo, dicha tendencia no terminó de consolidarse pues otras salas del Tribunal expidieron diversas resoluciones que se apartan de esta línea y hasta la contradicen.

Un ejemplo de las contradicciones existentes en la jurisprudencia se puede notar en los diversos casos en que el Tribunal ha analizado los acuerdos de diversas asociaciones de prorrogar el plazo señalado en el estatuto para el consejo directivo. Estos casos han

18 *Resolución 176-2005-SUNARP-TR-T de fecha 21/10/2005.*

sido analizados por el Tribunal Registral de dos maneras absolutamente distintas y contradictorias.

El primer criterio está expuesto en la resolución 022-2005-SUNARP-TR-A. En ella el Tribunal resuelve un caso en que una asociación había acordado la prórroga de la junta directiva cuando el plazo del estatuto ya había transcurrido. En dicha resolución la sala correspondiente indica que "*no podría prorrogarse algo que ya estuvo vencido, es decir, no podría prorrogarse el mandato de la actual junta directiva, cuando su período ya venció*"; el argumento continúa precisando que: "*Lo que ya venció sólo puede ser objeto de reelección (renovación)*". Finalmente concluye resolviendo el caso indicando que la asamblea tomó el acuerdo cuando "*ya había vencido el período del mandato de la junta directiva que pretende su prórroga, por tanto en aplicación de los conceptos vertidos en los acápites precedentes lo que procedía en estricto es su reelección (renovación) y no su prórroga*".

Analizando el texto de la resolución puede descubrirse su afiliación a la teoría del mandato. En efecto, para resolver el caso el Tribunal ha dado por sentado que vencido el plazo "el mandato" del consejo directivo caduca, por tanto "*no puede prorrogarse algo que ya estuvo vencido*", y a partir de allí se hace la diferenciación: si la prórroga se acordó antes de la fecha de caducidad es admisible, si en cambio el plazo ya venció no puede haber prórroga.

Esta resolución forma parte de un precedente de observancia obligatoria aprobado, lo que parece indicar que esta es la interpretación oficial del Tribunal.
En efecto, el décimo pleno del Tribunal Registral realizado los días 8 y 9 de abril del 2005 se aprobó el décimo tercer precedente con el siguiente texto: *PRÓRROGA Y REELECCIÓN DE CONSEJOS DIRECTIVOS DE ASOCIACIONES. "Es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno. La reelección, en cambio, significa que los integrantes del consejo directivo son nuevamente elegidos, lo que implica la realización de un proceso eleccionario".* El texto no requiere mayor explicación pues es evidente su afiliación a la teoría del mandato.

Analizando con detenimiento la resolución que sirve de sustento al precedente puede formularse una crítica: parte de una idea preconcebida pues considera que la interpretación indicada es la única posible, sin considerar ni analizar otras opciones. Esto se pone en evidencia desde el planteamiento de la cuestión. En efecto, el Tribunal plantea la cuestión principal a resolver en los siguientes términos: en el caso se debe analizar "*si resulta procedente inscribir la prórroga del consejo directivo en mérito a la asamblea convocada por el presidente con mandato vencido*". (subrayado agregado) Planteada así la cuestión fundamental del caso es evidente su sesgo parcial hacia la teoría del mandato. El Tribunal da por sentado que vencido el plazo estatutario el "mandato" caduca o "vence" y asume este criterio como la única respuesta posible. Lo que llama la atención es que se asume

esta idea de manera automática y "natural" si cabe el término, es decir, sin analizar con detenimiento por qué se descarta la teoría orgánica y por qué se asume la teoría del mandato. Así las cosas parece ser que el planteamiento de la cuestión es erróneo. La cuestión principal que debió resolver el Tribunal es otra. Antes de analizar la diferencia entre prórroga y reelección debió plantear como tema fundamental qué efectos tiene el vencimiento del plazo estatutario señalado para el consejo directivo. Este planteamiento obliga a analizar, como cuestión previa, si resulta aplicable la teoría del mandato o la teoría orgánica. Resuelta esta cuestión recién podría analizarse cuál es la implicancia de la prórroga y la reelección. Parece que el Tribunal en este caso se saltó este análisis. En este contexto cabe preguntar: ¿debe una resolución de estas características ser vinculante?[19] Sin embargo, con posterioridad el Tribunal ha tenido oportunidad, corrigiendo el error mencionado, de volver a analizar el tema desde una óptica distinta, lo que resulta sumamente interesante.

Efectivamente, en la resolución 012-2007-SUNARP-TR-T fechada el 18 de enero del 2007 el Tribunal sí analiza la cuestión fundamental omitida en la anterior resolución comentada a saber: qué efectos tiene el vencimiento del plazo señalado en el estatuto para el consejo directivo. Respondiendo esta primera cuestión el Tribunal señala que "*(...) el consejo directivo de toda persona jurídica es un órgano necesario y permanente, ya que es jurídicamente imposible que esta exprese su voluntad y practique actos jurídicos si no es a través de dicho consejo*". Además indica que los miembros del consejo directivo al ser parte de un órgano necesario y permanente "*se mantienen formalmente en sus cargos*

19 *La resolución indicada parece haber planteado mal la cuestión, el tema principal ha sido obviado, ni siquiera ha sido planteado, simplemente se dio por sentado con una naturalidad que sorprende. En cambio, sobre un tema que resulta secundario si existe un análisis bastante detallado.*
Esta naturalidad con que se asume la teoría del mandato es criticable. No se dan razones de por qué el Tribunal prefiere la teoría del mandato y descarta la teoría orgánica. Se parte pues de una idea preconcebida, de un prejuicio, puesto que no se analiza la posición contraria. Esto cuestiona mucho la objetividad de dicha resolución, no se entiende por tanto por que una resolución que no analiza el fondo del asunto si no que da por sentado algunas cosas sin analizarlas, se ha convertido en un precedente de observancia obligatoria. Con tan poca justificación su función como precedente puede ponerse en duda. Las razones que justifican el precedente no podrían ser obligatorias ¡ya que tales razones sencillamente no existen! Lo que ocurre es que se ha entendido mal la función de los precedentes, estos en realidad se han convertido en una nueva forma de legislar, una nueva forma de dictar normas, cuando en realidad lo que debe ser obligatorio en un precedente son las razones que dieron lugar a la decisión. De este modo, los operadores jurídicos están obligados a aplicar la nueva disposición aun que las razones sean mínimas o no haya razones para ello.
Aparentemente se aprobó como precedente por que con el mismo criterio el Tribunal ha resuelto diversos casos, pero ello no parece ser suficiente pues lo único que demuestra es que el error se ha repetido varias veces.

hasta que se produzca una nueva elección", "*se genera entonces una suerte de prórroga tácita del mandato pero con responsabilidad para aquellos directivos que debieron efectuar las elecciones sin que hayan cumplido su labor*". La influencia de la teoría orgánica en estas ideas es indiscutible.

Resuelta esta primera cuestión el Tribunal procede a analizar la prórroga y llega a una conclusión lógica, si se parte de la teoría orgánica: "*la prórroga no resulta un acto inscribible, pues al significar de cualquier modo la continuidad y vigencia del órgano ya inscrito no tiene ninguna trascendencia frente al tercero, para quien, con prórroga o sin ella, será el directivo el que aparece inscrito en la partida registral*". Más aun, por si quedara alguna duda el Tribunal indica literalmente que "*la prórroga a que alude el 13° precedente de observancia obligatoria aprobado en el 10° Pleno del Tribunal Registral no constituye, en rigor, una acto inscribible*". Podría entonces preguntarse ¿cuál es el papel de la prórroga? El Tribunal responde: "*Su connotación es más bien interna pues habiéndose estimado un período de mandato determinado para los consejos, sobrepasar el plazo sin ninguna justificación podría acarrear responsabilidades en sus miembros al no haberse adoptado las medidas pertinentes para obtener la sucesión del gobierno*".[20] El vencimiento del plazo entonces no genera la caducidad del "mandato" del consejo directivo, si no que la función de este plazo es el establecimiento de una responsabilidad interna de los directivos que lo incumplen. Como se aprecia, la conclusión a que se llega es totalmente opuesta a la anterior.
Otro caso donde se puede detectar criterios contradictorios es el de las solicitudes de certificados de vigencia de las juntas directivas cuando el plazo señalado en el estatuto ya ha transcurrido.

Sobre el tema la cuarta sala del Tribunal Registral expidió el 27 de julio del 2007 la resolución 203-2007-SUNARP-TR-T en la que ordena la expedición del certificado a pesar del vencimiento del plazo establecido en el estatuto. Adhiriéndose claramente a la teoría orgánica dicha resolución indica que el consejo directivo (u órgano de administración de similares funciones) es un órgano necesario y permanente, por tanto "*(...) debe entenderse que la persona jurídica nunca esta privada del órgano que ejerce las funciones de administración y representación, aun que el periodo para el que dicho órgano fue elegido haya vencido*". Con dichos argumentos la sala ordena la expedición del certificado de vigencia de poder, a pesar que el plazo estatutario ya había transcurrido, cuestión que es lógica si se adopta la teoría orgánica.

Sin embargo, en un caso posterior[21] la segunda sala del Tribunal Registral ha elaborado una respuesta distinta y claramente opuesta a la pregunta formulada líneas atrás: ¿qué ocurre entonces cuando el plazo establecido en el estatuto ha concluido?

---

20 *Véase la coincidencia con la interpretación que le da al art. 93 del Código Civil la resolución 202-2001-SUNARP/SN del 31/07/2001.*

21 *Se trata de la resolución 004-2009-SUNARP-TR-L de fecha 05 de enero de 2009.*

Dicha sala responde dicha interrogante indicando que "*(...) el directivo con mandato no vigente solamente tendría facultades para convocar a asamblea general con el fin de regularizar la situación de la persona jurídica, es decir, para convocar a una elección a efectos del nombramiento de nuevos directivos, mas no para ejercer las demás funciones establecidas en el estatuto, como puede ser el otorgamiento de facultades*".

Y en esa misma línea de argumentación la sala continua indicando que "*(...) esta legitimación tiene carácter extraordinario, únicamente para convocar a elecciones en que se elijan a sus reemplazantes, la misma que deberá efectuarse conforme a las normas legales y estatutarias pertinentes. De allí que (...) la convocatoria y los acuerdos deben limitarse estrictamente a la elección del nuevo consejo directivo (y del comité electoral si fuera el caso)*".

Con estos argumentos la sala termina concluyendo que "*No es procedente extender un certificado de vigencia de poder del último consejo directivo inscrito de una persona jurídica cuyo período de gobierno ya ha concluido*".

En realidad, lo que está sosteniendo la segunda sala en esta última resolución es que el "mandato" del consejo directivo "se extingue" al vencimiento del plazo, es decir, aplica la teoría del mandato (ver art.1802 inc. 1 del Código Civil). Sin embargo, si se aplica de manera consecuente dicha teoría se debe aceptar que dicha extinción es para todo efecto, por tanto, el consejo directivo no podría realizar ningún acto, tampoco podría convocar a asamblea. Para evitar dicho efecto natural en la teoría del mandato, se abandona esta y de manera excepcional se adopta la teoría orgánica. De esta forma, la sala indica que solo de manera excepcional y extraordinaria dicho consejo directivo mantiene una única facultad, la de convocar a elecciones.

A poco de pensarlo cuidadosamente se puede descubrir las contradicciones de esta última posición. En efecto, si de lo que se trata es de asumir la teoría del mandato y, por tanto, de aplicar el art. 1802 inc. 1, cabe preguntar ¿por qué el "mandato" no se "extingue" totalmente? Es inadmisible sostener que para determinados efectos el mandato se ha extinguido y para otros efectos no se ha extinguido si no por el contrario se mantiene vigente.[22] Se parte de la teoría del mandato y cuando se advierte que la aplicación de tal

22 *El propio contenido interno de la resolución 004-2009-SUNARP-TR-L es contradictorio. En el punto 12 de dicha resolución el Tribunal empieza reconociendo que las personas jurídicas para manifestar su voluntad requieren de órganos, luego hace una distinción indicando que "(...) la asamblea general es el órgano supremo de la asociación, no constituyendo un órgano permanente por cuanto solo se reúne en ciertas ocasiones para tratar temas precisos. Sin embargo, los demás órganos de la persona jurídica, como el consejo directivo, constituye un órgano de administración y representación que si debe encontrarse en permanente actividad ya que es el encargado de hacer que la persona jurídica alcance los fines para los cuales se constituyó". El texto trasluce cierta influencia de la teoría orgánica, pues dicha teoría ha indicado que el órgano de dirección (el directorio para las sociedades y consejo directivo para las asociaciones)*

teoría ocasiona problemas, se la abandona y se adopta la teoría orgánica, originando así una mezcla de teorías difícil de justificar. La falta de consecuencia de esta posición con la teoría que le da origen es evidente.

Pero dicha posición también es contradictoria con la propia resolución que le sirve de fundamento, es decir, con la resolución 202-2001-SUNARP/SN del 31/07/2001. En efecto, como ya quedó explicado, dicha resolución asume una interpretación del artículo 93 del Código Civil que descarta la teoría del mandato y que más bien se acerca a la teoría orgánica.

Parece ser que la segunda sala asume una interpretación restrictiva de la citada resolución 202-2001-SUNARP/SN. Dicha norma establece la posibilidad de una convocatoria por parte de un consejo directivo cuyo plazo estatutario ya transcurrió. De allí la sala concluye que solo para ese caso las funciones de dicho consejo no "vencen" (solo para ese caso se aplicaría la teoría orgánica), pero en los demás casos sí caducan (se aplicaría la teoría del mandato). Sin embargo, esta curiosa interpretación de la resolución mencionada, que termina mezclando ambas teorías, no es la única lectura posible. La particular lectura de la sala surge por que su punto de partida es la teoría del mandato, teoría que se niega a abandonar. Pero si se parte de la teoría orgánica la lectura de dicha resolución es distinta y opuesta.

En efecto, es cierto que la resolución indicada regula la legitimidad para convocar a elecciones, pero esto no debe llevar a pensar que el órgano correspondiente no pueda realizar otros actos distintos.

Como bien se ha dicho: "*Si bien el artículo 1 de la citada resolución legitima al presidente de la última directiva inscrita para convocar a asamblea eleccionaria, debe entenderse que no excluye del ejercicio de dicha legitimación activa otros asuntos de interés de la persona jurídica, pues de lo contrario la norma incurriría en contradicción al reconocer, por un lado, el carácter de órgano permanente y necesario del consejo de administración, y al negarle,*

---

tiene dos características: es necesario y permanente. Sin embargo y de manera contradictoria, se señala en el punto 13 de la resolución citada que "(...) el directivo con mandato no vigente solamente tendría facultades para convocar a asamblea general con el fin de (...) convocar a una nueva elección a efectos del nombramiento de nuevos directivos, mas no para ejercer las demás funciones establecidas en el estatuto, como puede ser el otorgamiento de facultades". En esta parte claramente lo que indican es que vencido el plazo estatutario las facultades de la directiva se extinguen. Esto no es si no la asunción de la teoría del mandato. ¿Cabe preguntar donde esta la permanencia a que se alude en la primera parte? Buscando una respuesta en el texto de la resolución se encuentra una que es confusa: pareciera que la permanencia significa que los consejos directivos u otros órganos de administración con similares funciones pertenecientes a cualquier tipo de persona jurídica "deben encontrarse vigentes" (sic), explicación que francamente no se entiende. En realidad, sucede que la sala correspondiente sigue analizando el asunto desde la óptica de la teoría del mandato, teoría que sigue teniendo una fuerte influencia a pesar del discurso formal alusivo a la teoría orgánica.

por el otro, legitimación a dicho consejo y a su presidente para ejercer otras facultades aunque su período de vigencia hubiera culminado".[23]

Por tanto, "*sería muy reducido y discriminatorio pensar que los órganos permanecen en sus funciones sólo para convocar a elecciones. La extensión de las funciones más allá de su periodo de mandato habilita a los administradores para realizar todas las atribuciones establecidas en la ley o el estatuto*".[24]
Como se ve, esta última perspectiva es mucho más consecuente y, además, coherente pues no hay necesidad de mezclar ambas teorías.

Otra crítica que puede hacerse a la resolución indicada se relaciona con la naturaleza del acto de convocatoria. En efecto, con mucha agudeza un autor ha observado que "*la convocatoria a asamblea general no es un acto representativo, ya que no implica vinculación con terceros; si no es un acto de gestión interno de la persona jurídica*".[25]
La representación se ejerce fuera de la persona representada, en cambio el acto de convocatoria es un acto propio del funcionamiento interno de toda persona jurídica colectiva. Por tanto, no hay justificación alguna para aplicar la teoría del mandato.

5.4. Una necesaria explicación

¿Por qué se ha resuelto algunos casos asumiendo la teoría de la representación orgánica y otros casos similares asumiendo la teoría del mandato? ¿Por qué se han expedido resoluciones contradictorias entre sí?

Se puede, y es necesario, ensayar una respuesta. Los datos hasta aquí revisados permiten hacer una imaginaria clasificación de la evolución de este tema en tres etapas. Una primera etapa caracterizada por un claro dominio de la teoría del mandato. La segunda etapa, caracterizada por el cuestionamiento de la anterior teoría, y por el surgimiento de nuevos criterios para solucionar los casos; la teoría orgánica se hace presente en la solución de casos concretos. Y una última etapa donde una de las dos teorías termina imponiéndose desplazando definitivamente a la otra.

Hecha esta clasificación hipotética se podría plantear una interrogante ¿las resoluciones ya comentadas anteriormente podrían ubicarse en alguna de estas etapas? Los datos revisados indican que en la segunda. Esto explicaría la existencia de resoluciones contradictorias de las distintas salas del Tribunal Registral. Estas resoluciones se ubicarían pues en una etapa intermedia, de transición, etapa en la que los criterios registrales sobre

---

23 *Criterio expuesto en la resolución 012-2007-SUNARP-TR-T y reiterado en la resolución 203-2007-SUNARP-TR-T.*

24 *Criterio expuesto en la resolución 176-2005-SUNARP-TR-T y reiterado en la resolución 203-2007-SUNARP-TR-T*

25 *Gonzáles Barrón, Gunter Hernán, Tratado de Derecho Registral Mercantil, Jurista Editores, Lima, 2001, p.342*

el tema vienen transitando lentamente de una posición a otra, aun que ninguna posición termina por imponerse definitivamente. Por ello se resuelven los casos usando las dos teorías mencionadas. Así, el ciudadano común y corriente recibe ante el mismo caso respuestas totalmente contrapuestas. En esta etapa es imposible predecir un resultado, pues dadas las interpretaciones contradictorias el sistema legal aparece como vacilante. En suma, es una etapa caracterizada por la incertidumbre.

Sin embargo, las etapas de transición no pueden mantenerse indefinidamente. Es necesario definir el tema, es necesario evolucionar a otra etapa donde el asunto quede totalmente aclarado y donde los resultados sean predecibles. Pero en esta nueva etapa ¿cuál de las dos posiciones debería imponerse?

6. EL REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS NO SOCIETARIAS: ¿Definición del tema o un nuevo error?

Con la expedición de una reciente norma la SUNARP ha tenido en sus manos la posibilidad de definir el tema y de optar por una de las dos teorías. Sin embargo, analizando el proceso de elaboración de dicha norma (comparando el proyecto con el texto final) se puede notar claramente las vacilaciones y los cambios de criterio. Se trata del "*Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias*". En las líneas que siguen analizaremos primero el proyecto y luego el texto definitivo aprobado.

6.1. El proyecto

El 15 de noviembre del 2008, en el diario oficial El Peruano se publicó el proyecto del "*Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias*". Si bien se trata de un documento de trabajo la lectura de sus artículos resulta ilustrativa sobre el tema.

De la lectura del proyecto pueden deducirse algunas características: se ha tenido mucho cuidado en el uso de los términos. En el articulado no se usa el término "mandatario" si no, se tiene el cuidado de usar el término "órgano" de la persona jurídica.[26] Se puede notar claramente que se hace una distinción entre un órgano y un mandatario en la persona jurídica, cuestión que la teoría orgánica ya había aclarado.

Pero no solo eso. En el art. 44 del proyecto hay una expresa referencia a la teoría orgánica. El texto es el siguiente: "*Para efectos registrales, se considerará que los integrantes de los órganos de la persona jurídica continúan en funciones, aun que hubiere concluido el periodo para el que fueron nombrados, mientras no se produzca nueva elección, salvo disposición expresa que prohíba la continuidad de funciones*".

26 *Así puede verse los artículos 2 inc. D, art.4 inc. C, artículos 8,9 y 10, art. 20 inc.B, art. 24 inc. D, art. 25 inc. F, art. 26, art. 58 y 60 entre otros.*

Sin embargo, pueden hacerse dos observaciones al texto del proyecto. La frase *"para efectos registrales"* parece muy restrictiva además de obvia. La teoría orgánica se aplica para todos los efectos y no solo en el ámbito registral. Si lo que se ha querido hacer es precisar que la norma solo tiene alcance registral, esa cuestión es obvia ya que se trata de un reglamento registral.

En segundo lugar llama la atención la última parte que textualmente indica *"salvo disposición expresa que prohíba la continuidad de funciones"*. ¿Se refiere acaso al supuesto en el cual se ha establecido en el estatuto un plazo de duración del consejo directivo? Pues si es así, de nada sirve asumir la teoría orgánica, para después dejarla sin efecto con esta excepción. Efectivamente, si se acepta que voluntariamente se puede establecer en el estatuto la extinción del período del consejo directivo, se estaría aceptando la teoría del mandato que reconoce tal extinción. Así las cosas queda claro que la influencia de la teoría del mandato se mantiene aun que tímidamente. De este modo, un aparente reconocimiento de la teoría orgánica termina encubriendo la teoría del mandato.

A pesar de estas observaciones no cabe duda que la propuesta fue claramente influida por la teoría orgánica. Además, el proyecto busca dar a las asociaciones y comités el mismo tratamiento que reciben las sociedades. Al respecto nótese que, en general, la fórmula propuesta tiene mucha similitud que la del artículo 163 de la ley de sociedades, nótese también que se trata de seguir la línea establecida años antes por la resolución 202-2001-SUNARP/SN.

6.2. El reglamento

El proyecto se convirtió en norma definitiva con la publicación, el 01 de abril de 2009, de la resolución 086-2009-SUNARP/SN que aprueba el *"Reglamento de inscripciones del Registro de personas jurídicas no societarias"*. El análisis del texto de las normas que se refieren al tema indica dos cosas. Primero, puede observarse un cambio considerable (total) respecto del proyecto comentado líneas atrás y, segundo, el texto plantea una fórmula que es a todas luces cuestionable.

Los artículos que regulan el tema son el 24 y el 44 del reglamento que tienen el siguiente texto:

Artículo 24.- Requisitos para la inscripción del acto de constitución

Para la inscripción del acto de constitución de una persona jurídica, el título deberá contener:

c) El estatuto que regirá su funcionamiento, el cual ***debe precisar****, entre otros, si una vez vencido el período de ejercicio del consejo directivo u órgano análogo,* ***éste continúa o no en funciones****;*

Artículo 44.- Período de duración de los órganos de la persona jurídica

El período de ejercicio del consejo directivo u órgano análogo y su continuidad o no luego de vencido dicho período se regirá de acuerdo con lo establecido en el estatuto.

Si el estatuto establece ***la no continuidad de funciones****, para efectos registrales, el consejo directivo u órgano análogo se entenderá legitimado únicamente para convocar a asamblea general eleccionaria. La misma regla se aplica tratándose de asociaciones provivienda u otras en las que legalmente se prohíba la continuidad de funciones.*

Ambos artículos parten de un supuesto común: la existencia de un periodo de funciones del consejo directivo u órgano análogo establecido en el estatuto. En estos casos surge una interrogante ya planteada en otras partes de este trabajo: ¿qué sucede si el periodo señalado en el estatuto ha vencido? La respuesta del reglamento es relativa: depende de lo establecido en el estatuto.

El reglamento establece una obligación (que no existía antes) consistente en indicar expresamente en el estatuto uno de las dos opciones siguientes: primero; la continuidad de funciones una vez vencido el plazo; en segundo lugar, establecer la no continuidad de funciones. En el primer caso se aplicará la teoría orgánica y, por tanto, el consejo directivo u órgano análogo seguirá vigente a pesar del vencimiento del plazo, hasta que se elija el reemplazo correspondiente. Como se puede ver, en este supuesto existe continuidad de funciones y no se presenta nunca la acefalía. En el segundo caso se aplica la teoría del mandato, es decir, las facultades del órgano se extinguen por el transcurso del plazo, por tanto, ya no puede seguir actuando. A diferencia del anterior en este supuesto si hay una ruptura, pues vencido el plazo la persona jurídica se queda sin consejo directivo u órgano análogo. Esta consecuencia trae un problema adicional: puesto que vencido el plazo el órgano directivo no puede seguir actuando legítimamente, tampoco podría convocar a asamblea para realizar una nueva elección. La persona jurídica dejaría de funcionar regularmente. Como este problema es inevitable si se parte de la teoría del mandato, la norma establece un tratamiento extraordinario para solucionarlo: excepcionalmente el último consejo directivo u órgano análogo se entenderá vigente únicamente para convocar a elecciones.[27] ¿Qué pasa con todos los actos celebrados por el órgano cuyo plazo venció? Aun que la norma no lo dice expresamente, la respuesta resulta evidente si se parte de la teoría del mandato, dichos actos están viciados y son ineficaces respecto de la persona jurídica por que sus facultades se han extinguido.

Existe una tercera opción distinta a las dos anteriores: que el estatuto señale un plazo y no establezca expresamente si una vez vencido este, el consejo directivo u órgano análogo continúa o no en funciones. Dicho supuesto, sin embargo, no puede presentarse a partir de la entrada en vigencia del reglamento, ya que es obligatorio, en el momento

27 *Obsérvese como esta solución del reglamento es prácticamente la misma que la llamada "representación de hecho" que el Tribunal había planteado en la resolución 478-98-ORLC/TR hace 11 años. Véase al respecto la nota 14 de este trabajo en la que se hace un comentario crítico de dicha resolución y la solución que plantea.*

de la constitución de la persona jurídica, consignar en el estatuto de la misma una de las dos opciones señaladas antes, a tenor de lo dispuesto en el art. 24 inciso C. Empero, este supuesto sí se presenta en las asociaciones u otras personas jurídicas inscritas con anterioridad a la vigencia del reglamento comentado, (pues hay que recordar que antes de la vigencia del mismo no existía tal obligación). Para los casos anteriores a su vigencia el reglamento comentado adopta la teoría del mandato. Así, la norma dispone que vencido el plazo, se extingue todas las facultades del órgano directivo. Esto explica la segunda disposición transitoria del reglamento cuyo texto es el siguiente:

SEGUNDA.- Legitimidad de convocatoria de los órganos directivos de personas jurídicas inscritas con anterioridad a la vigencia del presente Reglamento
Para efectos registrales, se considerará que los integrantes de los órganos directivos de las personas jurídicas inscritas con anterioridad a la vigencia del presente reglamento, cuyo período de ejercicio hubiera vencido, están legitimados únicamente para convocar a la asamblea eleccionaria, salvo que el estatuto ya contemple la continuidad de funciones.

Son muchos los comentarios críticos que se pueden hacer a esta propuesta normativa. Una primera mirada crítica muestra que el reglamento es incoherente consigo mismo. Por un lado, el texto de diversos artículos sugiere un esfuerzo por establecer un tratamiento diferenciado entre los órganos y los representantes voluntarios[28] (al igual que en el proyecto). Pero por otro lado, como veremos luego, se les termina tratando igual pues se aplica para ambos la teoría del mandato.

Otra crítica que salta a la vista es la referida al plazo del consejo directivo (u órgano equivalente). En estos artículos se da por sentado que el estatuto debe establecer un periodo de funciones, es decir, es obligatorio señalar un plazo determinado en todos los casos. Esto es aceptable en algunas personas jurídicas como las comunidades campesinas, pues la ley especial que las regula señala un plazo de dos años para el órgano de administración con carácter de obligatorio. Sin embargo, es inaceptable en el caso de las asociaciones, al no existir norma alguna en el Código Civil que exija tal requisito[29]. Por ello, es posible que en

---

28 *Los siguientes artículos hacen una referencia diferenciada a los órganos y los representantes: Art. 2 inc.d; art. 4 inc. E; Art. 6, 7 y 9; Art. 40 y 42.*

29 *El mismo Tribunal Registral ha reconocido expresamente esta idea en la resolución 109- 96-ORLC/TR de fecha 11 de marzo de 1996 que textualmente señala: "(...) en el tema de las asociaciones civiles los miembros del respectivo consejo directivo de una entidad, si bien no están sujetos a un período de mandato preciso, debido al silencio de la norma, se colige que dicho período es fijado estatutariamente (...)" (Subrayado agregado). Es lógico suponer que si la norma no dice nada (como bien afirma el Tribunal), queda a voluntad de los interesados establecer o no un plazo en el estatuto, pues no hay forma de "crear" una obligación que la propia ley no establece.*
A pesar de lo anterior es muy común que se establezca en los estatutos un plazo para el consejo directivo, esta costumbre es, hay que reconocerlo, generalizada. Cabe preguntar por qué ocurre esto. Tal vez la explicación se

los estatutos de alguna asociación no se indique plazo alguno, cuestión que debe admitirse en atención al principio de libertad. De hecho en la práctica registral se han presentado diversos casos en los cuales el estatuto no señalaba plazo de duración alguno. Es evidente que en tales casos resulta aplicable la teoría de la representación orgánica.

Por otro lado, el reglamento distingue de manera arbitraria dos momentos: las personas jurídicas constituidas antes de su vigencia, y las personas jurídicas que se constituyan después. Ambas reciben un tratamiento diferenciado sobre el mismo tema. Por ejemplo, para las últimas establece la obligación de consignar expresamente en el estatuto si el órgano directivo continúa o no en funciones una vez vencido el plazo, obligación que no era exigible para las primeras. No se entiende porque no hay un tratamiento uniforme en el tiempo, más aún cuando la legislación con rango legal mantiene inalterables el texto de sus normas (el Código Civil por ejemplo). No hay justificación alguna para un tratamiento diferenciado.

Pero eso no es todo. La obligación descrita no es exigida en ningún momento por el Código Civil (ni por ninguna otra ley que regule a alguna persona jurídica no societaria) si no más bien es "creada" por el reglamento. Cabe entonces preguntar ¿puede un reglamento establecer requisitos no previstos en la ley? Cuando la ley delega expresamente en un reglamento la posibilidad de establecer nuevos requisitos no hay problema, pues la legitimidad del reglamento es incuestionable. Sin embargo, el Código Civil no ha establecido la posibilidad de ser reglamentado y menos la posibilidad de establecer requisitos no previstos en su texto. Por tanto, la legalidad del reglamento es, en esta parte, por lo menos cuestionable.

Pero las críticas no se limitan solo al tema formal, también pueden formularse críticas en el aspecto sustantivo. La solución que propone el reglamento no es uniforme, pues adopta las dos teorías. La teoría orgánica se aplicará cuando el estatuto señale expresamente la continuidad de funciones una vez vencido el plazo establecido en el mismo. En los demás casos se aplica la teoría del mandato. Es decir, el consejo directivo u órgano análogo tendrán la característica de ser un órgano necesario y permanente cuando la voluntad de los interesados así lo disponga, de lo contrario estaremos ante un órgano necesario pero "no permanente".

Como se ve con claridad la aplicación o no de la teoría orgánica o de la teoría del mandato se hace depender de la voluntad de los particulares expresada en el estatuto. El fondo del asunto entonces pasa por indagar cuál es el papel de la voluntad en estos temas, el problema puede plantearse en los siguientes términos ¿La función de la autonomía de la voluntad es la misma en ambas teorías?

---

halla en una mala costumbre de los abogados consistente en copiar modelos al momento de elaborar el estatuto. Sin embargo, una cosa es establecer un plazo por costumbre (o mala costumbre) y otra muy distinta la obligación legal de establecer un plazo, que como ya quedo dicho no existe.
La resolución indicada puede encontrarse en Oficina Registral de Lima y Callao, Jurisprudencia Registral, Vol. II, Año I, Lima, 1996, p. 273

Lamentablemente no hay una explicación ni una exposición de motivos de la norma que analice este asunto. Sin embargo, la función de la voluntad parece ser distinta en ambas teorías.

En el caso del mandato, la voluntad del constituyente es fundamental. El mandante configura el mandato como más conviene a sus intereses. Por ejemplo, puede establecer que el mandato sea de duración indefinida, hasta que él mismo lo revoque. Pero también puede señalar un plazo, vencido el cual, las facultades otorgadas se extinguen. La autonomía de la voluntad del mandante tiene entonces un papel preponderante. Esta es la razón por la cual se crea el principio de literalidad que rige en los mandatos y los poderes. Según este principio el alcance de los poderes esta limitado por el texto del poder conferido. Ello es así precisamente para proteger la voluntad de la persona que lo otorga.

En el caso de la representación orgánica el papel que cumple la autonomía de la voluntad es distinto. La autonomía de la voluntad no puede desnaturalizar la noción de persona jurídica privándola de los órganos necesarios para su funcionamiento. De este modo, el considerar que una persona jurídica no puede existir sin órganos constituye un límite a la autonomía de la voluntad y si se quiere ser consecuente con la teoría orgánica esto debe estar claramente reconocido.

García Tejera, refiriéndose a las sociedades ha expuesto así esta idea: "*Las estructuras tipificantes se encargan de ordenar los órganos funcionales, si se quiere complejos, que avanzan hacia una mejor y mayor participación sociales, teniendo de por medio una estructura orgánica de representación. En este orden de ideas es que se organizan la administración y representación, no como libre expresión de la voluntad, sino como existencia del tipo social elaborado por el legislador, supuestos donde la voluntad queda subordinada al tipo legal*".[30]

Debe tenerse en cuenta que la calidad de órgano es impuesta por la naturaleza de las cosas no por voluntad de los constituyentes, en ese sentido, la voluntad de las partes no puede dejar de considerar como órganos a los que lo son. Desde este punto de vista, la calidad de órgano resulta una limitación a la voluntad de los particulares, esta voluntad debe estar subordinada al tratamiento especial que debe tributarse a los órganos de la persona jurídica. Esta idea tiene respaldo legal en las propias normas del Código Civil, así el artículo 82 inciso 4 impone como obligatorio que el estatuto de la asociación regule la constitución y el funcionamiento del consejo directivo y no puede admitirse pacto en contrario.[31] El reglamento comentado, en realidad, le da a la voluntad

30 *García Tejera, Norberto, Persona Jurídica, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 138*

31 *En efecto, el artículo 82 establece: "El estatuto de la asociación debe expresar: inciso 4. La constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación". El artículo establece dos órganos mínimos: la asamblea de asociados y el consejo directivo. La norma además admite la posibilidad de que el estatuto establezca otros órganos adicionales ("y demás órganos"). El sentido*

individual una fuerza que no tiene, la fuerza de dejar a la persona jurídica sin órganos y de desnaturalizarla.[32]

Por lo anterior, no puede caerse en el error de tratar igual a los órganos de la persona jurídica y a los mandatarios, cuando la naturaleza de las cosas impone una clara diferenciación. Debe tenerse presente que la representación orgánica no es una representación voluntaria, por tanto, resulta equivocado equipararlas. El reglamento sin embargo no toma en cuenta estas diferencias y comete el error de confundirlas.

¿Por qué el reglamento establece tratamientos diferenciados, crea obligaciones que no están en la ley (ilegales) y confunde representación orgánica con representación voluntaria? Hay una clara negativa a abandonar la teoría del mandato, pero no se entiende por qué. Llama la atención que no se haya publicado una exposición de motivos que responda estas y otras interrogantes. Sin embargo, es necesario dar explicaciones. En una sociedad democrática no es admisible legislar sin explicar, esto es como tirar una piedra y esconder la mano.

6.3. El efecto en la jurisprudencia

Como no podría ser de otra manera la vigencia del reglamento comentado impuso la teoría del mandato en la jurisprudencia. En efecto, en la resolución 363-2009-SUNARP-TR-T de fecha 23 de octubre de 2009 la Cuarta Sala del Tribunal Registral que antes había aportado interesantes argumentos a favor de la teoría orgánica indica que "*no es procedente extender un certificado de vigencia de poder del último consejo directivo inscrito de una persona jurídica, cuyo periodo de gobierno ya ha concluido, salvo que*

---

de la norma es claro, el estatuto debe regular como mínimo dos órganos: la asamblea y el consejo directivo, no puede admitirse pacto en contrario, de este modo, la norma resultaría imperativa. Lo anterior explica las dos características que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido al consejo directivo: es un órgano necesario y permanente. Pero aunque la norma citada guardara silencio la conclusión debiera ser la misma, pues, la naturaleza de la persona jurídica como ente abstracto necesitado de órganos para su actuación, así lo impone. Desde esta perspectiva no podría ser admisible jurídicamente una asociación civil sin consejo directivo, por tanto, esta idea fundamental condiciona cualquier interpretación que se tenga al respecto. Si se parte de esta idea es sencillo concluir que el efecto del plazo no puede ser dejar sin consejo directivo a una asociación civil, aquel debe ser permanente.

32 *El asunto es mucho más grave en el caso de las cooperativas. En efecto, el artículo 116 inciso 1 de la Ley de cooperativas señala que resultan aplicables supletoriamente a estas las normas de la ley de sociedades. Resulta entonces que al consejo de administración de una cooperativa le resulta aplicable el artículo 163 parte final de la ley de sociedades, que reconoce expresamente la aplicación de la teoría orgánica al directorio. En este contexto normativo queda claro que la voluntad de la ley descarta la aplicación de la teoría del mandato, ¿puede la fuerza de la voluntad ir en contra de lo que estas normas señalan? Parece que no. Por tanto, este reglamento que busca ser aplicado a las personas jurídicas no societarias, tendrá que dejarse de lado en el caso de las cooperativas.*

este previsto en su estatuto la continuidad de funciones". De la lectura de la resolución se desprende que la única razón para resolver así es el reglamento, por tanto, esta norma no deja ningún margen para un desarrollo jurisprudencial contrario a la teoría del mandato. El efecto que tiene la expedición del reglamento es claro: impedir que se sigan resolviendo casos aplicando los criterios de la teoría orgánica.

Con una fórmula tan cuestionable como la que propone el reglamento ¿No hubiera sido preferible dejar el tema para que la jurisprudencia continúe desarrollándolo, más aun si ya había resoluciones que habían aportado razones muy interesantes? La respuesta no resulta fácil. Deben ponerse en la balanza dos cosas. Por un lado, una propuesta legalmente cuestionable pero que otorga certidumbre al ser predecible y, por otro, una propuesta teóricamente más coherente y con interesantes argumentos pero que al no ser aceptada por todos puede generar incertidumbre. En ese sentido, puede afirmarse que con la expedición del reglamento comentado se ha preferido la predictibilidad con una fórmula absolutamente cuestionable sacrificando las buenas razones.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Una primera cuestión a resaltar es que el problema de asumir una u otra teoría solo se presenta en las asociaciones civiles (y otras personas jurídicas no societarias) pero no en las sociedades. En éstas se reconoce la vigencia de la teoría orgánica de manera pacífica. Esto tiene una explicación: en el caso de las sociedades[33] existe una regulación expresa que define el tema, por ello no puede asumirse un criterio contrario, por tanto, la ley se convierte en un límite para los que quieran intentar aplicar la teoría del mandato.
En las asociaciones, sin embargo, una norma similar no existe y ya vimos cómo el artículo 93 del Código Civil no termina por resolver el problema. El texto de la ley civil sirve de poco para afirmar cuál de las dos teorías debe aplicarse.
Por otro lado, el *Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias* opta por aceptar las dos teorías, si bien se refiere en su discurso a los órganos termina tratándolos como mandatarios haciéndolos depender de la voluntad de los constituyentes.

Descartado el derecho positivo hay que hallar otros criterios que puedan ayudarnos a resolver esto. Desde luego, el punto de partida para la elaboración de estos criterios tiene que ver con la noción de persona jurídica y el reconocimiento de sus diferencias con la persona natural.
Sobre el problema del plazo del órgano directivo la jurisprudencia que aplica la teoría del mandato (y el reglamento mencionado) ha venido cometiendo un gran equívoco. Con la aplicación de las normas de la representación y el mandato, dicha jurisprudencia se ha esforzado en asimilar las personas jurídicas tipo asociación civil a las personas naturales y en diferenciarlas de las sociedades. Cabe entonces preguntar ¿la asociación se parece más a una persona natural que a una sociedad? Esta asimilación es absurda. Debe recordarse que tanto la sociedad como la asociación son personas jurídicas, de este modo, si se considera que el concepto de persona jurídica es uno,

33 *Y también en el caso de las cooperativas, por disposición de su propia ley, al respecto puede verse las notas 12 y 32 de este trabajo.*

no hay razón para tratar diferente a las sociedades y a las asociaciones en este tema específico, más aun cuando participan de cualidades comunes como: la pluralidad de personas, un patrimonio y la necesaria actuación a través de órganos. La diferencia está en el elemento lucrativo, sin embargo, tal diferencia parece irrelevante para efectos de determinar si se aplica la teoría del mandato o la orgánica. Puede concluirse que, en el caso de la actuación de los órganos de la persona jurídica, tanto sociedad como asociación deben recibir un tratamiento similar.[34] Por tanto, si para las sociedades se reconoce la vigencia de la teoría orgánica lo mismo debe ocurrir para las asociaciones.[35] Como ha señalado una atenta doctrina *"no existe justificación alguna para adoptar teorías contrapuestas en el caso de sociedades y asociaciones, ya que en ambos casos nos encontramos ante personas jurídicas de derecho privado, que por tanto, necesariamente requieren contar con un órgano administrador permanente, lo cual es incompatible con la idea del mandato"*.[36]

Por otro lado, pensándolo bien, aceptar abiertamente la teoría del mandato significaría aceptar un concepto muy reducido de la persona jurídica. En efecto, si el consejo directivo es un simple mandatario y si se acepta que los mandatarios son distintos a los que otorgan el mandato, el consejo directivo estaría fuera de la persona jurídica, entonces el concepto de persona jurídica incluiría solo a la asamblea de asociados. Esta idea es, desde luego, inaceptable. Como ha destacado la teoría orgánica el consejo directivo no esta fuera de la persona jurídica si no que forma parte de ella.

Como podrá notarse el concepto mismo de persona jurídica afirma que los órganos son distintos a los simples mandatarios. De este modo, si se concibe a la persona jurídica como un sujeto de derechos unitario que además tiene voluntad, se llegará a la conclusión de que no puede haber persona jurídica sin los órganos necesarios que formen y expresen dicha voluntad

---

34 *El tratamiento similar que se debe brindar a todas las personas jurídicas no es una idea que sea completamente extraña en el Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias, pues en algunos temas el propio reglamento establece un tratamiento único respetando, desde luego, sus diferencias. Un ejemplo bastará como muestra. La fusión y escisión de una asociación son procedimientos de reorganización de la persona jurídica que no regula expresamente el Código Civil. Sin embargo, tal silencio no debe interpretarse como una prohibición para aplicarlos, por el contrario, el uso de dichos procedimientos ha sido admitido por la doctrina y la práctica, la razón fundamental de dicho criterio ha sido considerar a la reorganización como una figura natural de toda persona jurídica que puede existir incluso si las normas no le dedican regulación alguna. Pero admitida la posibilidad de su uso el problema es qué normas aplicar en estos casos ante el silencio del Código. Pues el reglamento trata de resolver este problema indicando en su artículo 76 segundo párrafo que "son aplicables a la reorganización de personas jurídicas las normas relativas a la reorganización de sociedades en lo que fueren aplicables."*

35 *No parece coherente sostener que para las sociedades y las cooperativas se aplique la teoría de la representación orgánica, mientras que para las asociaciones, comunidades campesinas y otras se aplique la teoría del mandato.*

36 *Hernán Gonzáles Barrón, Gunter, op. cit., ps. 340, 341.*

en la vida diaria. Esta sola consideración ha hecho que la doctrina abandone la teoría del mandato y acepte la teoría orgánica.
En conclusión, si bien el concepto de persona jurídica ha sido edificado como un símil de la persona natural y de hecho muchas normas se aplican por igual a ambas, sin embargo, parece un error no tomar en cuenta sus evidentes diferencias.

El desarrollo de la teoría orgánica en el derecho comparado ya tiene algunos años, por eso llama la atención que dicha teoría no haya calado en la práctica legal peruana a pesar de lo razonable de sus argumentos. Tal vez esto se debe a una formación académica demasiado civilista y fundada básicamente en la autonomía de la voluntad, esto hace que se vea con naturalidad la aplicación de las normas del mandato y la representación a la persona jurídica y más bien se vea con desconfianza los criterios de la teoría orgánica.

Hay que destacar que los reglamentos y la jurisprudencia han sufrido una evolución considerable tanto a nivel formal (el discurso usado) como sustancial (ideas y conceptos) pues han pasado (por lo menos) a considerar las opciones que la teoría de la representación orgánica plantea, cuestión que hace algunos años era impensable. Sin embargo, esta evolución no ha sido suficiente para que dicha teoría se consolide, ello fundamentalmente por una negativa evidente de abandonar la teoría del mandato.

Finalmente, cabe preguntar si en el futuro la teoría orgánica terminará consolidándose o no. Al respecto hay que tomar en cuenta la propuesta hecha por la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de reforma del Código Civil Peruano, que en el segundo párrafo del artículo 78°h textualmente indica: "*Los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica continúan en funciones, aunque hubiere concluido el período para el que fueron nombrados, mientras no se produzca nueva elección*".[37] La propuesta se funda en dos ideas: darle a las asociaciones y otras personas jurídicas un tratamiento similar a las sociedades y, evitar "*...la acefalía de las personas jurídicas por falta de elección de nuevos directivos*",[38] problema que genera la aplicación de la teoría del mandato. Como se ve esta propuesta recoge claramente la teoría de la representación orgánica.

Por tanto, parece ser que la única forma de que la teoría de la representación orgánica se imponga (a pesar de los razonables argumentos que la respaldan y a pesar de las razones ingeniosas, interesantes y fundadas que una parte de la jurisprudencia registral ha desarrollado) es que dicho proyecto se convierta en ley. Pero ¿debe la razón imponerse por la fuerza (de la ley)? ¿No debería la razón imponerse por sí misma? En tanto, y mientras siga vigente el Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias, la teoría

37 *Gaceta Jurídica Editores, Reforma del Código Civil Peruano, Lima, 1998, p. 264. Obsérvese la sencillez de la propuesta aprobada por la Comisión y compárese con la solución que adopta el Reglamento del registro de personas jurídicas no societarias. Al respecto, ver los comentarios al reglamento en el capítulo VI de este trabajo.*

38 *De Belaúnde López de Romaña, Javier, Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas, en Reforma del Código Civil Peruano, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, p. 118.*

orgánica deberá ser aplicada solo a las sociedades. Al resto de personas jurídicas deberá tratárseles igual que a las personas naturales aplicándoles la teoría del mandato.

8. CONCLUSIONES

1.- Las reflexiones sobre la función del plazo en los órganos directivos en las personas jurídicas se inician y culminan con la teoría del mandato. En el intermedio se hace presente la teoría orgánica sin lograr imponerse pese a lo razonable de sus argumentos. Se evidencia una clara defensa de la teoría del mandato que los operadores jurídicos se resisten a abandonar.

2.- Con la introducción de la teoría orgánica se incorporan al debate argumentos interesantes que cuestionan seriamente la validez de la teoría del mandato. Sin embargo, el enfrentamiento de ambas teorías genera un periodo de incertidumbre que afecta la predictibilidad.

3.- Teóricamente, la definición de persona jurídica termina siendo el criterio fundamental para decidir cuál de las dos teorías debería imponerse.

4.- La expedición del reglamento significa la imposición de una teoría (la del mandato) sobre la otra sin una adecuada justificación (no hay exposición de motivos). Pero además su texto impone una fórmula con requisitos y obligaciones que la ley no ha exigido, en ese sentido, su legitimidad es cuestionable.

5.- Con la expedición de dicho reglamento se gana en predictibilidad sacrificando una interesante línea jurisprudencial que se abría paso con sus razonables argumentos.

6.- La fórmula propuesta por el reglamento se esfuerza por imponer la teoría del mandato valiéndose de una formula complicada creando obligaciones que nunca fueron establecidas por el Código. En cambio la propuesta legislativa de modificación del Código Civil es mucho más sencilla y se inclina por la teoría orgánica. El divorcio entre ambas propuestas es evidente.

7.- En tanto el reglamento indicado se mantenga vigente, se genera una contradicción y una incoherencia sistemática al tratar a las asociaciones de manera similar a una persona natural y de manera muy diferente al trato otorgado a otras personas jurídicas como las sociedades.

---

39 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Derecho contractual. Nuevas formas contractuales. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2001. Pag. 31.*

40 *Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pag. 30*

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS
Estructura, funcionamiento e inscripción

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Estructura, funcionamiento e inscripción

En el artículo se describe la estructura legal de la comunidad campesina pero además se expone de manera sencilla el funcionamiento de este tipo de persona jurídica especial, los alcances de las normas que regulan la actividad de las comunidades campesinas y los criterios registrales que se han desarrollado al respecto. Si bien el estudio nos da una imagen inevitablemente parcial del fenómeno de la comunidad campesina (pues la visión de las comunidades tradicionales no puede reducirse a un enfoque meramente legalista), resulta de suma utilidad pues permite unificar los criterios existentes para que las comunidades accedan a la formalidad siguiendo el camino que las normas legales han trazado y, que nos guste o no, debe ser recorrido.

1. JUSTIFICACION

El registro público es una entidad básicamente técnica y jurídica, por tanto sus normas y procedimientos suelen estar alejados de la gente común y corriente que desconocen los trámites y requisitos legales. Esto ocasiona que el número de expedientes rechazados se incremente. Este problema se agrava en el caso de los comuneros con residencia alejada donde el acceso a la información es mucho más restringido. La falta de información hace que los comuneros sean fáciles de manipular.

La dificultad en la inscripción aparece como una traba en la realización de algunas actividades fundamentales para el desarrollo de la comunidad campesina como el manejo de proyectos, trámites y la celebración de contratos y otros actos jurídicos.

Por ello en las líneas que siguen se trata de exponer de manera sencilla, los alcances de las normas que regulan la actividad de las comunidades campesinas y los criterios registrales que se han desarrollado al respecto. Para no afectar la fluidez del texto se agregan citas sobre temas que pueden resultar discutibles y por tanto requieren una mayor explicación.

El texto puede ser útil para cuatro grupos de personas: los abogados, los operadores jurídicos (registradores, jueces, etc.), los estudiantes de derecho y los propios comuneros. A los primeros como una guía para ayudarlos a preparar los expedientes a ser presentados al registro. A los segundos que obtendrán de su lectura un breve panorama de los criterios interpretativos existentes que puedan ser útiles en su trabajo. A los estudiantes, quienes podrán tener una idea clara de la estructura de una persona jurídica muy especial: la comunidad campesina. Y finalmente a los propios comuneros que tendrán una aproximación a las normas que regulan la comunidad campesina y una guía que los ayude a organizar sus expedientes.

2. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE UNA COMUNIDAD CAMPESINA.

La organización de las comunidades campesinas en el Perú está regulada básicamente en la Ley 24656, denominada ***Ley General de Comunidades Campesinas*** que data del *14/04/87,* su reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-91-TR de fecha 15-02-91 así

como el *Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias* aprobado por resolución 086-2009-SUNARP-SN.

La ley propone un esquema de la comunidad campesina en el que coexisten órganos centrales y órganos descentralizados. Los órganos centrales son la asamblea general de comuneros y la directiva comunal. Los descentralizados se organizan por cada anexo existente dentro de la comunidad, éstos son la junta de administración local y la asamblea local del anexo.

Por tanto, dicha estructura será uniforme en toda comunidad campesina. Sin embargo puede decirse que esta es una estructura básica, que acepta modificaciones diversas de acuerdo a la realidad de cada comunidad, dichas modificaciones que le dan forma única y particular a cada comunidad deberán estar establecidas en el estatuto.

La comunidad campesina como persona necesita expresarse por sí misma, para que ello ocurra requiere de algunos "órganos" mediante los cuales podrá manifestar su voluntad. Así, tiene básicamente dos órganos: la asamblea general, que tiene como característica el ser intermitente, es decir funciona cada cierto tiempo, y la directiva comunal que más bien tiene vocación permanente. Sin embargo, el funcionamiento de tales órganos esta sujeto a determinadas reglas. A continuación se explica detalladamente como es el funcionamiento de los mismos.

2.1. ASAMBLEA GENERAL

El principio de autodeterminación rige la vida de la comunidad campesina. Son los comuneros y sólo ellos los que toman las decisiones, sin embargo, una colectividad de comuneros difícilmente podrá realizar coordinaciones individuales entre todos para ponerse de acuerdo y decidir los destinos de su comunidad. Por ello, dentro de la estructura de esta organización se regula un órgano colectivo donde cada comunero hábil tiene derecho a voz y voto, dicho órgano es la asamblea general de comuneros. Este órgano permite llegar a acuerdos pese a las discrepancias ya que se rige por el sistema de mayorías.

La asamblea general es el órgano supremo de la comunidad, sin embargo, su actuación se encuentra sujeta a ciertas reglas, no pudiendo actuar fuera de ellas. Estas reglas se encuentran en sus propios estatutos y en las leyes. Por tanto, serán válidos los acuerdos que adopte la asamblea dentro de tales reglas. Gran parte de estas reglas que limitan su accionar están justificadas por la protección al derecho de la minoría. Por ejemplo, la Asamblea no podría tomar un acuerdo que vaya en contra de los Estatutos, para ello previamente deberían modificarse estos. Tampoco puede tomar acuerdos en contra de leyes que tienen carácter imperativo, si eso ocurriera la ley siempre terminaría imponiéndose por sobre tal acuerdo que devendría en ilegal.

Respecto a esto último es útil hacer un comentario práctico. Existen estatutos inscritos en el registro y algunos de sus artículos contravienen normas imperativas de la ley y el Reglamento. En tales casos, se presenta un conflicto entre el estatuto inscrito

y la norma imperativa. Es claro que en tal conflicto termina imponiéndose la norma imperativa, la misma que debe ser aplicada, pues la norma del estatuto no tendría eficacia alguna.

2.1.1. Asambleas ordinarias y extraordinarias

¿Cuál es la diferencia entre ambas? La diferencia, en el caso de comunidades campesinas, esta dada no por las materias a tratar, si no, por la obligatoriedad de llevarlas a cabo. Las ordinarias son obligatorias y deben llevarse a cabo cuando lo disponga el estatuto, la ley establece que serán por lo menos cuatro anuales. Las extraordinarias no son obligatorias, se podrán celebrar en cualquier momento.

Hay una segunda diferencia, se trata de los temas que pueden tratarse en cada asamblea. En las asambleas ordinarias se podrá discutir cualquier tema. Es decir, los temas a tratar no están limitados a una agenda predeterminada; es más, este tipo de asamblea no requiere de convocatoria ya que el estatuto establece la periodicidad de las mismas. En cambio, en las asambleas extraordinarias solo se podrá discutir los temas objeto de convocatoria.

2.1.2. Asamblea de delegados

La ley regula la existencia de una asamblea de delegados, que funcionará en reemplazo de la asamblea de comuneros. Sus atribuciones deben estar establecidas en los estatutos de la comunidad, y solo podrá tomar acuerdos dentro de tales atribuciones no pudiendo excederse. La existencia de una asamblea de delegados se justifica solo en casos especiales, como la extensión territorial de la comunidad, el volumen de población, y la existencia de anexos.

Para constituir la asamblea de delegados los comuneros calificados deben elegir a cada delegado a razón de uno por cada 50 comuneros calificados. La ley dispone que también son miembros de la asamblea de delegados: los miembros de la directiva comunal, los presidentes de las juntas de administración local y los presidentes de los comités especializados.

¿Cómo se elige a los delegados? La ley no regula un procedimiento, más bien indica que los estatutos deben regular cómo serán elegidos. La ley sí establece que el mandato de los delegados es por dos años. En consecuencia, en el tema de la elección se estará a lo dispuesto por el estatuto.

2.1.3. Validez de los acuerdos

¿Qué se requiere para que un acuerdo tomado en asamblea sea considerado válido? Se requieren cumplir correctamente con dos cosas: la convocatoria y el sistema de mayorías. A continuación analizamos cada una de ellas.

2.1.3.1. Convocatoria

¿Quién debe convocar a la asamblea general? La convocatoria no la puede efectuar cualquier persona. Se presentan frecuentemente casos en los cuales los propios comuneros se reúnen de manera espontánea sin que haya convocatoria previa. Esta situación puede ser calificada como una reunión informal, pero de ningún modo es una asamblea. Para que la asamblea se constituya debidamente se requiere de una convocatoria legítima. La asamblea no puede auto convocarse, salvo el caso de una asamblea universal.

Un caso especial es la asamblea ordinaria. Cuando el estatuto ha previsto cuándo debe llevarse a cabo una asamblea ordinaria, no se requiere convocatoria expresa. Sin embargo, cuando el estatuto no lo indica se requiere una convocatoria específica.

El legitimado para convocar es el presidente de la comunidad campesina debidamente inscrito. Sólo en caso de imposibilidad (muerte, incapacidad, ausencia etc.) puede convocar el vicepresidente.[1]

¿Cómo debe hacerse la convocatoria? Existen diversas formas de realizar convocatorias: por publicaciones en periódicos, por radio, por citaciones escritas, con avisos en locales comunales, o de autoridades etc. La ley no establece cómo hacer la convocatoria, por tanto, se estará a lo dispuesto por el estatuto, lo que este establezca es de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, el estatuto puede establecer también que la convocatoria se haga con un plazo de anticipación, dicho plazo también es obligatorio y su

---

1 *Sobre la legitimidad de los vicepresidentes para efectuar convocatorias en las personas jurídicas no lucrativas existe jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Tribunal Registral. Por ejemplo en la resolución 705-2004-SUNARP-TR-L señala que "Cuando el vicepresidente actúa en reemplazo del presidente sin indicar causal de vacancia en el cargo debe presumirse que lo está reemplazando de manera transitoria, no requiriéndose que invoque expresamente la razón por la que actúa en reemplazo del presidente". Esta jurisprudencia luego ha sido reconocida por el Reglamento de Inscripciones del Registro Personas Jurídicas aprobado por Resolución 038-2013-SUNARP/SN en su artículo 50 que reconoce la posibilidad de que los vicepresidentes realicen convocatorias. Sin embargo, en el caso de las comunidades campesinas existe una norma especial. Se trata del artículo 64 del D.S. 008-91-TR. El Tribunal Registral al analizar el tema y al hacer una comparación encuentra evidentes contradicciones. Mientras el art. 50 citado prevé ordenes de prelación para el ejercicio de la convocatoria y diferencia entre la asusencia temporal y la definitiva del llamado a hacer la convocatoria, el art. 64 sin embargo no hace ninguna distinción pues habilita al vicepresidente de la directiva comunal a reemplazar al presidente sin importar el tipo de ausencia (temporal o definitiva), en esta contradicción para el Tribunal prevalece la normas especial esto es 64 del D.S. 008-91- TR antes indicado. Ver resolución N°018-2012-SUNARP-TR-T de fecha 17 de enero del 2012.*

incumplimiento termina viciando todo el proceso de convocatoria. Puede ser que el estatuto no establezca nada al respecto. En tal caso, se admite en la práctica que la convocatoria se haga conforme a la costumbre. Sin embargo, por un tema probatorio es recomendable usar citaciones escritas bajo cargo. Si tampoco se ha previsto un plazo de anticipación de la convocatoria se exige un plazo razonable (no podría convocarse por ejemplo para el mismo día).

¿Qué debe contener la convocatoria? El artículo 48 del *Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias* establece los siguientes requisitos:

a.- Nombre de la persona jurídica y sesión del órgano que se convoca.

b.- La fecha y hora de celebración de la sesión indicando en su caso si se trata de primera o segunda convocatoria o ulteriores si han sido previstas en el estatuto.

c.- El lugar de la sesión con indicación de la nomenclatura y numeración en el caso de contar con ellas o en su defecto la descripción de su ubicación[2]. (Sobre esto, debe quedar claro que la asamblea no se puede realizar fuera del lugar del domicilio de la comunidad, esto es, fuera de su territorio.)

d.- Agenda a tratar. (Señalar claramente los puntos de agenda que serán tratados en asamblea es fundamental en el caso de las asambleas extraordinarias. El principio general es que no se puede tomar acuerdos en asamblea sobre temas que no figuran en la convocatoria.)

e.- Órgano o integrante de éste que efectúa la convocatoria. Adicionalmente podrá consignarse el nombre de la persona que convoca. Cuando la convocatoria sea realizada por una entidad distinta a la persona jurídica, deberá indicarse el nombre de la entidad y el nombre del funcionario que la ejecuta.

f.- Los demás requisitos previstos en el estatuto o disposiciones legales.

---

[2] *No basta con señalar un lugar genérico ("Chiclayo" o "Trujillo" por ejemplo), debe indicarse el lugar específico en que se llevará a cabo la reunión. El Tribunal Registral se ha pronunciado al respecto, resolvió un caso considerando que el indicar en la convocatoria la dirección específica consignando la nomenclatura y la numeración del lugar es "indispensable" pues "(...) solo si los convocados saben exactamente en que lugar se realizará la sesión estarán en aptitud de acudir a la misma". Cfr. Resolución N° 292-2002-ORLC-TR de fecha 13-06-2002.*

El siguiente caso hipotético puede ilustrarnos sobre la utilidad de realizar una correcta convocatoria: El Presidente y el Tesorero de la directiva comunal se apoderaron de algún dinero de la comunidad. Se convocó a asamblea y se colocó como punto de agenda: evaluación de la gestión de la directiva comunal. Cuando la asamblea se lleva a cabo se acuerda la remoción del Presidente y el Tesorero. Dicho acuerdo no podrá inscribirse pues no fue objeto de convocatoria.

Puede indicarse que el Presidente nunca pondrá este punto como uno de agenda a ser discutido en asamblea, si ello ocurre los comuneros deben solicitar la convocatoria por escrito, si esto no funciona la solicitud debe ser dirigida al Juez correspondiente.

Respecto a la convocatoria puede plantearse algunas interrogantes. Por ejemplo ¿la segunda convocatoria debe hacerse en un día distinto o puede hacerse el mismo día? Esto dependerá de lo establecido en el estatuto. Si éste no ha regulado el tema no hay prohibición alguna para realizar la segunda convocatoria el mismo día (salvo el caso de las elecciones que es un caso especial como se verá más adelante). Desde luego, la única exigencia sería darle debida publicidad, esto implica que en el aviso de convocatoria correspondiente debe mencionarse la segunda convocatoria de manera expresa.

¿Puede existir una tercera convocatoria? Nada prohibe que el estatuto pueda establecer esta posibilidad, en cuyo caso deberá estarse a lo señalado en el mismo. Pero puede suceder que el estatuto no regule la tercera convocatoria y sin embargo ésta se efectúe. Tal posibilidad debe ser admitida al no haber prohibición expresa, el quórum aplicable sería el de la segunda convocatoria, es decir, se entiende válidamente instalada la asamblea con los que asistan.

2.1.3.2. Convocatoria judicial.

¿Qué sucede si el Presidente no convoca a asamblea de comuneros? Este problema es, lamentablemente, frecuente. Si eso ocurre, los comuneros pueden exigirle por escrito que realice la convocatoria a la asamblea en un plazo determinado. La solicitud debe ser firmada por la quinta parte de los comuneros calificados.

Si ocurre que el plazo ha transcurrido y a pesar de ello el presidente tampoco convoca, el único legitimado para realizar tal convocatoria a asamblea es el Juez de Paz del domicilio de la comunidad (artículo 43 del Reglamento). La convocatoria judicial también es aplicable cuando por algún motivo sea imposible una convocatoria legítima, por ejemplo: muerte del presidente y del vicepresidente etc. La idea de la convocatoria judicial es permitir que la asamblea comunal funcione regularmente a pesar de las imposibilidades que puedan presentarse.[3]

¿Cómo funciona la convocatoria judicial? Una quinta parte del total de comuneros hábiles deberán presentar al Juez una demanda solicitando la convocatoria judicial. A dicha demanda deberán adjuntar el cargo del pedido hecho al Presidente, con este documento se acredita la negativa de éste para efectuar la convocatoria. Hecha la solicitud, el Juez notificará al Presidente de la directiva comunal dándole 3 días para que manifieste lo conveniente. Transcurrido dicho plazo con la contestación o sin ella el Juez decidirá si convoca o no a la asamblea. Nótese que no existe una estación probatoria, por tratarse de un procedimiento especial. Si el Juez decide realizar la convocatoria, ordenará que esta se haga conforme a lo dispuesto en el Estatuto. Además el Juez deberá señalar en la convocatoria día, hora, lugar, los puntos de agenda a ser tratados y la persona que presidirá la Asamblea[4]. En este último punto debe señalarse que no es obligatorio que el propio Juez presida la asamblea, si no que lo puede hacer cualquier persona sea comunero o no.

---

3 *Sin embargo la convocatoria judicial no está exenta de problemas. El primer problema es la demora en obtener una resolución de convocatoria, ha habido casos en los cuales el proceso judicial se ha extendido hasta unos años. Tal dilatación perjudica el objetivo de la convocatoria que es el permitir el funcionamiento normal de la asamblea de la manera más rápida posible.*
Pero el plazo plantea un problema adicional, la posibilidad de una doble convocatoria. ¿Qué pasa su durante dicho plazo la directiva que inicialmente se negó a hacer la convocatoria la realiza y con la misma agenda? Si esto ocurre tendremos dos asambleas generales, una convocada por el Juez y otra convocada por la directiva comunal. Desde luego el acuerdo que primero llegará al registro será el segundo, teniendo en cuenta la dilación del primero. Como se podrá apreciar tendremos dos acuerdos probablemente contradictorios entre sí, lo que será causa de nuevos conflictos. Como se ve, la norma no sólo se presenta como incapaz para solucionar problemas si no que por el contrario termina creándolos.
Para eliminar este problema el artículo 43 del reglamento de la ley de comunidades campesinas debe ser modificado. Debe incluirse una prohibición para el Presidente de efectuar una convocatoria con la misma agenda cuando se haya iniciado una convocatoria judicial en trámite.

4 *El tercer párrafo del art. 43 del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, tiene el siguiente texto: "El Juez, si ampara la solicitud, - se refiere a la solicitud de convocatoria- ordena que se haga la convocatoria de acuerdo al Estatuto, señalando el lugar, día y hora de la reunión, su objeto y quien la presidirá." Este artículo permite diversa interpretación, pues cabe preguntarse si los requisitos señalados en la parte final se refieren a la resolución del juez o al aviso de convocatoria correspondiente. La Corte Superior de Justicia de Lambayeque ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. En los seguidos por Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos contra Narcizo Aguilar Mío sobre medida cautelar fuera de proceso (Exp. N°2008-0112-47-1709-JM-CI-01) el demandante sostenía que en el aviso de convocatoria ordenado por el Juez no se había consignado la persona que debía presidir la asamblea, por tanto la convocatoria era nula al no cumplirse con uno de los requisitos establecidos en el citado art. 43.*
La Corte desestimó el argumento indicando que en la resolución expedida por el Juez de primera instancia sí se había señalado la persona que debía presidir la asamblea, además señaló que "...ni la Ley General de Comunidades Campesinas ni su reglamento establecen que la falta de mención de la persona que presidirá la asamblea en el aviso de convocatoria conllevará la nulidad de éste, de allí que no pueda considerársele como un requisito ad solemnitatem, pues ello implicaría establecer dicha cualidad por vía de analogía." Claramente el Tribunal mencionado distingue entre los requisitos que debe contener la resolución judicial de convocatoria y los requisitos que debe contener el aviso de convocatoria. La resolución correspondiente puede verse en el Título 62915 del 23-10-2008, Oficina Registral de Chiclayo.

Un punto importante en este tema es el caso de las elecciones. El Juez no podría convocarlas directamente. Lo que debe hacer es convocar a una asamblea para elegir el Comité Electoral, será este el que lleve adelante tales elecciones conforme a la ley y los estatutos. [5]

Finalmente, la ley establece un quórum especial mínimo cuando se trata de una asamblea convocada por el Juez. Al respecto la parte final del artículo 43 del reglamento de la ley de comunidades campesinas indica que "*En este caso, la asamblea adoptará acuerdos válidos con la concurrencia de por lo menos la quinta parte de los comuneros calificados*". Cabe preguntar cuál es la razón por la que dicha norma establece un quórum especial. Parece ser que la ley trata de evitar la frustración de asamblea convocada judicialmente por falta de quórum, en ese sentido la norma busca la eficacia de la orden judicial, se trata de facilitar la toma de acuerdos.

2.1.3.3. El sistema de quórum y mayorías.

Como ya quedó explicado, es muy difícil que en una organización como la comunidad campesina todos se pongan de acuerdo, lo más probable es que no lo hagan y que siempre haya comuneros que discrepen. Ello hace necesario el establecimiento de un sistema de mayorías. En este sistema, es suficiente que una mayoría, determinada en la ley o los estatutos, tome el acuerdo para que sea obligatorio para todos los miembros de la organización; incluyendo, desde luego, a los que no asistieron y a la minoría que votó en contra.

Para entender el sistema de mayorías que la ley regula para la comunidad campesina hay que diferenciar dos conceptos: el quórum de instalación y la mayoría necesaria para tomar el acuerdo, pues ambas cosas no deben ser confundidas.

2.1.3.4. Quórum de instalación.

El quórum de instalación es la comparación entre la cantidad de comuneros calificados y la cantidad de comuneros que asisten a la asamblea. Esta situación se verifica al inicio de la asamblea, salvo el caso de las elecciones, situación que por ser especial merece un trato diferente como veremos mas adelante. Se puede diferenciar entre el quórum exigible para la primera convocatoria y para la segunda.

Para reunirse y sesionar válidamente en primera convocatoria la asamblea requiere de la presencia mínima de la mitad más uno de los comuneros calificados. Si esto no sucede no puede iniciarse la asamblea y si, a pesar de ello, se inicia y se lleva a cabo, sus acuerdos son inválidos.

---

5 *Sobre el tema de la convocatoria judicial a elecciones ver el apartado 2.1, y la nota 6.*

Este quórum es exigible ya sea que se trate de una asamblea ordinaria o extraordinaria

La ley dispone que el quórum de instalación de la segunda convocatoria, es el que indique el Estatuto. Sin embargo, ¿qué sucede si el Estatuto no regula la segunda convocatoria? En tal caso debe entenderse que la asamblea se puede llevar a cabo válidamente con los que asistan, esto por aplicación supletoria del Código Civil (art. 87).

2.1.3.5. Mayorías.

Una vez verificado que se cumple con el quórum e iniciada la asamblea los acuerdos se tomarán por mayoría simple de votos, dicha mayoría es computada tomando como base la cantidad de asistentes, por tanto, la mayoría siempre será variable. La mayoría simple no significa necesariamente que una propuesta deba obtener más de la mitad de votos, basta que la propuesta sea la más votada.

La mayoría simple es la regla general en el caso de la asamblea general (conforme al art. 46 del reglamento), sin embargo, puede haber disposiciones en contrario. En algunos casos la ley puede exigir una mayoría calificada. Por ejemplo, los votos favorables de más de la mitad de comuneros inscritos en el padrón comunal, en tales casos dicha mayoría es de obligatorio cumplimiento.

Desde luego, si una propuesta concreta obtiene la mayoría de votos se convierte en obligatoria para todos, incluso para los que no estuvieron de acuerdo.

Ejemplo de quórum y mayoría simple: una comunidad campesina tiene 1000 comuneros hábiles, si en esta comunidad se convoca a Asamblea general, el quórum de instalación en primera convocatoria será de 501, esto es, más de la mitad. Imaginemos que durante la asamblea se viene discutiendo un punto de agenda referido, por ejemplo, a la elección de un apoderado para un proceso judicial. En el debate surgen cuatro propuestas. Se lleva a cabo la votación y el resultado es el siguiente: por la primera propuesta votaron 150, por la segunda 210, por la tercera 90 votos, por la cuarta 51 votos.
En este caso, la propuesta ganadora es la segunda, es decir la que alcanzó 210 votos y este acuerdo será obligatorio para todos. Como se ve, ninguna de las propuestas alcanzó la mitad mas uno del número de asistentes que sería 251, a pesar de ello el acuerdo es válido por cuanto solo se requiere una mayoría simple, y en el caso propuesto la mayoría simple la alcanzó la segunda propuesta.
Este caso ilustra claramente que el quórum de instalación (501) no es lo mismo que la mayoría simple necesaria para adoptar acuerdos (210).

2.2. DIRECTIVA COMUNAL

No es posible que una organización como la comunidad campesina sea manejada y dirigida por todos sus comuneros al mismo tiempo, por eso la dirección esta a cargo de un grupo de personas elegidas por los comuneros que se constituye en el órgano de dirección. Se trata de la directiva comunal, la misma que es responsable del gobierno y administración de la comunidad, y además de la ejecución de los acuerdos tomados por la asamblea.

El estatuto de la comunidad debe señalar el número y los cargos que conforman la directiva. En este tema, sin embargo, la ley no da libertad absoluta a la comunidad para su regulación estatutaria. La ley señala que toda directiva comunal tendrá un mínimo de seis directivos y un máximo de nueve. Si la directiva comunal esta constituida por seis miembros deberá estar conformada por: presidente, vicepresidente, secretario, tesorero, fiscal, y vocal. En el estatuto podrá agregarse más miembros hasta el límite señalado antes.

2.2.1. Elección de la directiva comunal.

El art. 20 de la ley general de comunidades campesinas establece que la duración de la directiva comunal es de dos años. A su vez el art. 80 del reglamento señala que las elecciones se realizarán cada dos años entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre, en la fecha que fije el comité electoral.

Respecto a las fechas señaladas en esta norma el Registro ha sido flexible y ha considerado que su inobservancia no es un vicio relevante que pueda anular las elecciones.

Para llevar a cabo las elecciones es imprescindible que se elija un comité electoral. Siendo este requisito de carácter imperativo no podría haber elecciones sin este comité.[6]

---

6 *Sobre la elección del comité electoral existe un precedente de observancia obligatoria, se trata de la resolución 097-2002-ORLC/TR, según este precedente "Tratándose de una asamblea convocada por el Juez para elegir al Consejo Directivo, no debe ser materia de observación que no se haya cumplido previamente con elegir al Comité Electoral previsto en el estatuto, pues la asamblea judicialmente convocada está rodeada de garantías de imparcialidad equiparables a la conducción de las elecciones por el Comité Electoral." Si bien este precedente se ha establecido para el caso específico de las asociaciones, cabe preguntarse si resulta aplicable el mismo criterio para las comunidades campesinas. La respuesta debe ser negativa a la luz de la legislación vigente. La Ley de Comunidades Campesinas establece en su art. 17 que "los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio..." Por su parte el art. 18 inciso l establece que es atribución de la asamblea general elegir al comité electoral. Estas normas generales de la ley han sido reglamentadas por el D.S. No. 008-91-TR, que dedica al tema un capítulo completo, el capítulo VI denominado "De las Elecciones". En el art. 78 y en los siguientes se lee claramente que debe realizarse necesariamente un acto electoral con listas completas, conducido por un comité electoral, y*

Sin embargo, existe una excepción. Se trata del artículo 88 del reglamento. Según este, si se produjera la vacancia de los cargos de la directiva comunal por renuncia o remoción de la totalidad de ellos, luego de haber permanecido en el ejercicio de sus cargos por más de un año, se puede convocar a una asamblea general extraordinaria que elija a los reemplazantes hasta completar el periodo de dos años antes indicado. Hay que indicar que podría darse otro supuesto: cuando hay renuncia o remoción de una cantidad directivos que impida el funcionamiento normal de este órgano. En tal caso, podría aplicarse exactamente la misma solución, pues la razón de la norma es precisamente permitir el funcionamiento normal de la directiva comunal.

Respecto a la obligatoriedad de la existencia de un comité electoral existe jurisprudencia vinculante. El Tribunal Registral en su Resolución N° 307-2002-ORLC/TR, ha considerado que "La asamblea general, aun cuando se celebre con la presencia y el voto a favor de la totalidad de asociados, no puede acordar incumplir la norma estatutaria que establece que las elecciones serán conducidas por un comité electoral." Si bien esta resolución se refiere a una Asociación, el criterio también es aplicable a las comunidades campesinas, con mucha mayor razón si se tiene en cuenta que, en el caso de estas, es la Ley la que exige la existencia de un Comité Electoral y no sólo el estatuto.

El comité electoral esta conformado por tres miembros, presidente, secretario y vocal, esto por una razón muy sencilla, el número impar facilita su funcionamiento para tomar acuerdos. Por el contrario, el número par puede generar empates en las votaciones dificultando el logro de acuerdos. En la práctica pueden surgir diversos problemas relacionados con el número de miembros. Por ejemplo, ¿qué pasa si algunos miembros renuncian? Pues la respuesta debe tener en cuenta la posibilidad de funcionamiento efectivo de dicho comité. De este modo, si el que renuncia es uno de los miembros, las elecciones pueden llevarse adelante con dos, siempre que se pongan de acuerdo. Si, en cambio, son dos los que renuncian es imposible el funcionamiento del comité electoral, en tal caso la asamblea debe elegir a reemplazantes.

¿Cuánto dura el periodo de un comité electoral? Podría pensarse que dicho comité termina sus funciones con la elección, esto no es exacto. La duración del

---

con normas que aseguran la participación de la minoría. Desde el punto de vista normativo parece ser que la existencia de un proceso electoral, conducido por un comité electoral, es un requisito obligatorio. Estas normas por lo demás son imperativas pues son de ineludible cumplimiento y no se puede pactar en contrario. Siendo así, todos tienen que aplicarlas, también los jueces, salvo desde luego que hagan un juicio de constitucionalidad de las mismas y las consideren inconstitucionales, procediendo a inaplicarlas. Por tanto, el Juez no puede llevar a cabo un proceso eleccionario, ni puede obviar las normas indicadas, en todo caso el Juez debe convocar a asamblea para elegir al comité electoral el mismo que conducirá las elecciones.

mismo se inicia con su elección y termina cuando los nuevos miembros de la directiva comunal asuman sus funciones, en tanto esto último no ocurra el comité puede seguir tomando decisiones.

¿Quiénes votan? Solo los comuneros calificados que tengan expedito su derecho de sufragio. Aquí, se descubre la importancia del padrón comunal. Si este registro se ha llevado de manera pulcra y ordenada podrá controlarse adecuadamente la elección.

¿Quiénes pueden ser elegidos miembros de la directiva comunal? El artículo 50 del reglamento de la ley general de comunidades campesinas establece los siguientes requisitos:

a. Gozar del derecho de sufragio;

b. Ser comunero calificado, con por lo menos dos años de antigüedad, salvo que se trate de elección de la primera directiva;

c. Estar inscrito en el padrón comunal;

d Tener dominio del idioma nativo predominante de la comunidad; y,

e Encontrarse hábil, de conformidad con los derechos y deberes señalados en el estatuto de la comunidad.

Adicionalmente a estos 5 requisitos dicha norma establecía un requisito adicional para los cargos de presidente y de fiscal: haber cumplido anteriormente un cargo directivo comunal, salvo que se trate de la elección de la primera directiva comunal. Dicha norma impedía la renovación de los cargos directivos y limitaba la autodeterminación de los comuneros, quienes son capaces de decidir a quien elegir. Tal norma se presentó como poco práctica, razón por la cual fue derogada por Decreto Supremo 047-2006-AG publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de julio del 2006, por tanto, ahora dicho requisito ya no se exige.

La ley establece algunas causales de impedimento para ser miembros de la directiva comunal, el art. 51 señala que no pueden ser elegidos miembros de ella:

a. Los que no están inscritos como comuneros calificados en el padrón comunal;
b. Los que hubieran sido condenados por delito contra el patrimonio;

c. Los que tienen juicio pendiente con la comunidad, por acciones que ésta o el candidato al cargo ejercite;

d. Los servidores del sector público; y,

e. Los sancionados por la asamblea general, por la comisión de faltas graves establecidas en el estatuto de la comunidad y que no hayan sido rehabilitados por la asamblea.

¿Quién controla el cumplimiento de tales requisitos? Se cree, de manera equivocada que el control de los requisitos señalados en los artículos 50 y 51 del reglamento de la ley de comunidades campesinas esta a cargo de los registros públicos al momento de revisar la legalidad de las elecciones. Pues bien, esta creencia es errada, el Registrador Público no realiza dicho control por que sencillamente es imposible que lo haga, al no tener información suficiente. Por ejemplo, ¿cómo puede saber el Registrador que uno de los miembros elegidos es funcionario público, o si ha sido sancionado por la asamblea, o que tiene un juicio pendiente con la comunidad? Dicho control esta a cargo pues del comité electoral, en primer lugar, y en segundo lugar a cargo de los propios comuneros; por ello es que en el reglamento de elecciones se prevé un periodo de tachas, para que todos los que tengan alguna información de estos impedimentos lo hagan saber mediante la tacha del candidato.[7]

La ley señala que las elecciones deben realizarse en un acto electoral y por listas completas, (artículo 86) se considera que dicha norma es imperativa, por tanto, no es posible que se elija individualmente cargo por cargo.

Sobre este tema podrían formularse dos preguntas: ¿Puede llevarse a cabo elecciones con una sola lista? Y ¿puede establecerse en el estatuto que habiendo una sola lista se proclame a esta sin votación alguna? En sede registral no hay una respuesta uniforme. Al respecto, hay que hacer un análisis normativo sobre el tema.

El artículo 18 de la ley establece que es atribución de la asamblea general, inciso b: "*Elegir y remover por causales previstas como falta grave en el Estatuto de la Comunidad, a los miembros de la Directiva Comunal y de los Comités Especializados* ***con representación proporcional de las minorías***. .....". Queda claro que la ley exige representación de las minorías en las elecciones, esta norma debe considerarse imperativa. El reglamento siguiendo el mandato de la ley, regula una forma de respetar la participación de las minorías en su artículo 86. Según esta norma *"Las elecciones de la Directiva Comunal se efectuarán por listas*

7 *El Reglamento de inscripciones de personas jurídicas aprobado por Resolución 038-2013-SUNARP/SN, ha señalado en su artículo 18 inciso "a" que "Para efectos de la calificación no requiere acreditarse: Los requisitos necesarios para acceder a cargos directivos, salvo los relativos a la reelección y al ejercicio de un cargo anterior exigidos por las disposiciones legales o estatutarias, los cuales se verificarán sobre la base de la información contenida en el título, en la partida registral y complementariamente en los antecedentes registrales".*

completas. El Reglamento de Elecciones preverá que el Vocal, en un número que no exceda de tres, ***proceda de la lista que siga en votación a la lista ganadora"***. Se asegura de esta manera que la lista perdedora siempre tenga representación en la directiva comunal cumpliéndose con lo dispuesto en la ley.

Como se ve, el supuesto de hecho de la norma es la existencia de dos listas. Si la elección se lleva a cabo con una lista, se vulneraría el mandato de la ley que quiere dar participación a las minorías. Por tanto, para permitir la participación de las minorías deberá haber siempre dos listas.

La asamblea debe aprobar el reglamento de elecciones, este reglamento determina las funciones del comité electoral, adicionalmente debe regular el procedimiento electoral, así como lo relativo a los candidatos (por ejemplo, el periodo de tachas para denunciar las incompatibilidades o impedimentos de los candidatos), el sufragio, escrutinio, cómputo, nulidad de las elecciones y demás aspectos relacionados con las elecciones. Ahora bien, en sede registral existe el criterio de que el reglamento de elecciones no vincula al registrador en su calificación pues no es un acto inscribible, y además las reglas de funcionamiento ya están establecidas en el estatuto. Por tanto, la calificación que haga el registrador se centrará en las normas estatutarias y legales vigentes.[8]

Ha habido casos en los cuales en el reglamento de elecciones se establece que si existiera una sola lista y no se presentara otra, entonces se proclamará a la única lista como ganadora sin elección alguna. Dicha posibilidad no es admisible de conformidad con el texto de la ley.[9]

---

8 *El Tribunal Registral, también a asumido ese criterio, así en la Resolución 292-2002-ORLC-TR de fecha 13-06-2002. Este criterio a su vez ha sido recogido en el Reglamento de inscripciones de registro de personas jurídicas, concretamente en su art. 18 inciso c que tiene el siguiente texto: "Para efectos de la calificación no requiere acreditarse la aprobación y contenido de reglamentos electorales".*

9 *Hay dos razones fundamentales que impiden esto. Primero se vulneraría la participación de las minorías que la ley exige. Y por otro lado se vulneraría la exigencia imperativa de que se lleven a cabo elecciones. Este último criterio se deduce claramente de las normas que regulan las elecciones en el D.S. 008.91-TR (Reglamento de la Ley de Comunidades campesinas). El art. 78 de dicha norma señala que "La elección de los miembros de la directiva comunal se realizará en un ACTO ELECTORAL". Se entiende por acto electoral un acto en el cual todos los comuneros ejerzan su derecho a pronunciarse sobre las propuestas y a votar. Es decir la norma busca que el comunero decida y termine eligiendo o no eligiendo pero pronunciándose al fin y al cabo. Esto además es confirmado por otras normas de dicho reglamento, por ejemplo el artículo 84 señala que "En las elecciones sólo podrán votar los comuneros calificados que tengan expedito su derecho de sufragio". El artículo 86 señala que las elecciones deberán hacerse por listas y el artículo 90 señala que "El resultado de las elecciones conteniendo el*

¿Cuál es el quórum de las elecciones? La ley indica en su artículo 17 y 18 que es atribución de la asamblea general elegir a los miembros de la directiva comunal, por tanto sobre la base de dichos artículos se puede afirmar que el quórum para las elecciones es el previsto por la ley para las asambleas generales, es decir para la validez de las mismas se requiere de la asistencia de por lo menos la mitad mas uno de los comuneros calificados en primera convocatoria conforme al artículo 44 del reglamento de la ley general de comunidades campesinas. En esta parte cabe preguntarse si se puede establecer un quórum diferente al señalado. La jurisprudencia ha considerado que dicha norma es imperativa, por tanto de obligatorio cumplimiento[10]. Es posible sin embargo la posibilidad de pactar un quórum superior pero nunca inferior al señalado antes.

¿Cómo se computa el quórum? El caso típico de las elecciones, es cuando duran todo el día, los comuneros entonces puede acercarse a votar entre la hora de inicio y la hora de término del proceso, no existe entonces la exigencia de estar presentes en un mismo momento. Esa es la razón por la que el quórum no puede computarse al inicio, necesariamente se tendrá que computar al final.

¿Puede haber una segunda convocatoria en las elecciones? La ley se refiere a "*un solo acto*" eleccionario, si a ello le agregamos que el quórum del acto eleccionario se va a computar al final, como ya quedó explicado, no sería posible que haya segunda convocatoria el mismo día. Sin embargo podría establecerse para una fecha posterior.

---

nombre de los candidatos electos para cada cargo y el número de votos alcanzado constará en el acta electoral". de todas estas reglas se puede deducir una norma general: la necesidad de que los comuneros se pronuncien mediante el voto. Dicha norma general además es de obligatorio e ineludible cumplimiento, por ello concluimos que es imperativa, por tanto no admite pacto en contrario. Por estas razones no sería admisible que en el reglamento de elecciones se establezca la posibilidad de que se proclame a una lista sin llevar adelante el acto electoral por que vulneraría claramente la norma imperativa antes señalada.

10 *Este tema ha sido analizado por el Tribunal Registral en una resolución que si bien no es precedente obligatorio es bastante ilustrativa. Se trata de la resolución 073-2008-SUNARP-TR-T de fecha 18-04-2008, en su considerando noveno refiriéndose al artículo 44° del Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas, señala "En el caso del mencionado art. 44°, el valor que el derecho pretende proteger es el respeto a la voluntad de las mayorías, para lo cual fija mínimos que considera imprescindibles para conseguir tal finalidad. De ese modo, el déficit de quórum legal implica la ausencia del valor resguardado por la norma legal en comento, lo cual a su vez se traduce en la invalidez de la asamblea. En ese orden de ideas, puede afirmarse que el art. 44° del reglamento de la Ley de Comunidades constituye una norma imperativa, pues al consagrar un requisito de validez de la asamblea es evidente que no admite supuesto convencional distinto."*

Sobre la manera de computarse el quórum debe tenerse en cuenta que el acto electoral es especial, distinto a una Asamblea de Comuneros convencional, por tanto, el quórum se computa también de manera especial, no al inicio sino al final del acto. Sobre este tema el Tribunal Registral se ha pronunciado en la resolución 292-2002-ORLC-TR, transcribimos sus considerandos por ser ilustrativos sobre le tema: ".... la asamblea general puede celebrarse de distintos modos. Pueden reunirse simultáneamente los asociados a la hora prevista en la convocatoria, momento en el que se verifica si se encuentra presente el número requerido de asociados para que pueda sesionar válidamente -quórum -, y en tal caso, se da inicio a la asamblea. Otro modo de celebración de la asamblea general, que suele emplearse para la elección de los órganos de gobierno, no requiere de la reunión simultánea de los asociados: en el aviso de convocatoria se fija la hora de inicio y fin de la votación, caso en el que el quórum no se verifica al inicio de la asamblea sino al final de la misma, momento en el que, según el número de asociados que hayan acudido a votar, se determina si se cumplió o no con el quórum requerido."

2.2.2. Reelección y prórroga

Vencido el plazo de dos años cabe preguntar si se puede o no reelegir a la directiva comunal. El último párrafo del artículo 20 de la ley general de comunidades campesinas tiene el siguiente texto: "*Los miembros de la directiva comunal, serán elegidos por un período máximo de dos años y pueden ser reelegidos por un período igual.*" Este texto ha sido interpretado en el sentido de que permite una sola reelección para el periodo siguiente, es decir una misma junta directiva podría mantenerse en el cargo por cuatro años, en virtud de la reelección, pero transcurrido este plazo, debe renovarse totalmente, estando prohibida una segunda reelección.

A raíz de lo anterior las personas que querían mantenerse como directivos idearon una interpretación ingeniosa de la ley. Según ella el texto del artículo sólo prohíbe la reelección en el mismo cargo, siendo posible la reelección en cargo distinto. Con ello lograban quedarse en la directiva comunal por tiempo indefinido. Esta interpretación, sin embargo, ha sido analizada por el Tribunal Registral en la resolución 198-2004-SUNARP-TR-T, según dicha resolución la reelección esta prohibida no importando el cargo para el cual se elija al directivo, dicha resolución constituye precedente de observancia obligatoria, por tanto es de obligatorio cumplimiento para los registradores.

La Resolución del Tribunal Registral 198-2004-SUNARP-TR-T de fecha 09 de noviembre del 2004 en una apelación planteada por la "Comunidad Campesina El Tingo", de Chota, Cajamarca ha establecido con claridad que "Es legítima la reelección de un comunero para un segundo mandato consecutivo, independientemente del cargo que vaya a ejercer; pero es inadmisible que sea reelegido para un tercer mandato consecutivo, en el mismo o en distinto cargo, debiendo aguardar por lo menos hasta la cuarta elección para poder participar

y ser nuevamente elegido." Este criterio ha sido aprobado como un precedente de observancia obligatoria en todo el país en la sesión del duodécimo Pleno del Tribunal Registral.

Por su importancia se reproducen a continuación los argumentos expuestos por el Tribunal Registral al momento de resolver el caso:

Lo central del caso es analizar el artículo 20° de la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley 24656 (en adelante la ley), que prescribe: "Los miembros de la directiva comunal, serán elegidos por un período máximo de dos años y pueden ser reelegidos por un período igual".

Señala el Tribunal que "Esta norma admite hasta tres interpretaciones, por lo que debe optarse por la más razonable. La primera, asumida por la registradora, según la cual no es posible que un miembro de la directiva comunal sea elegido para un tercer mandato, sin que sea relevante para esta prohibición que el tercer mandato sea o no consecutivo, ni que el cargo a desempeñar sea distinto a los que el comunero ejerció anteriormente; dicho en otras palabras, si el comunero fue integrante de dos directivas (consecutivas o no) nunca más puede participar como miembro de otra. La segunda interpretación postula que es admisible la reelección indefinida siempre que el cargo a ejercer en el tercer o ulterior mandato sea distinto al inmediatamente anterior, y así sucesivamente. Desde esta perspectiva, un comunero podría ser elegido presidente, inmediatamente reelegido en el mismo cargo, en un tercer mandato consecutivo ocupar cargo distinto, ser reelegido inmediatamente en éste y ocupar en el subsiguiente otro cargo distinto, y así sucesivamente. La tercera interpretación, en cambio, entiende que es legítima la reelección de un comunero para un segundo mandato consecutivo, independientemente del cargo que vaya a ejercer; pero es inadmisible que sea reelegido para un tercer mandato consecutivo, en el mismo o en distinto cargo, debiendo aguardar por lo menos hasta la cuarta elección para poder participar y ser nuevamente elegido".

A continuación el Tribunal analiza las tres opciones interpretativas señaladas indicando que: "La primera opción conlleva el riesgo, sobretodo en comunidades pequeñas, que en el futuro no puedan elegirse nuevas directivas debido a que todos los comuneros han desempeñado en dos oportunidades cargos directivos. Esto significaría en la práctica perturbar el desenvolvimiento institucional de las comunidades y desaprovechar la experiencia dirigencial de algunos miembros en el manejo del gobierno comunal, lo que definitivamente no busca la norma. La segunda tesis, en cambio, daría pie a eventuales entronizaciones de los comuneros dentro de las sucesivas directivas, bastando para ello "rotar" en los cargos. Esta posición atenta contra el espíritu democrático y participativo que en la dirección de la comunidad postula la Ley General de Comunidades y haría ilusoria la fiscalización del gobierno comunal. La tercera posición interpretativa es la que acoge este Tribunal porque, por un lado, permite aprovechar la experiencia y el bagaje de los miembros de las directivas anteriores, que resulta de suma importancia para el desarrollo de la comunidad; como que también coadyuva a la participación de otros comuneros en el gobierno comunal, haciendo posible la fiscalización. Esta posición armoniza los extremos de las dos anteriores y compatibiliza con la ratio de la Ley General de Comunidades."

En cuanto a la prórroga existe el siguiente precedente de observancia obligatoria: ***Prórroga y reelección de consejos directivos de asociaciones***. *"Es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno. La reelección, en cambio, significa que los integrantes del consejo directivo son nuevamente elegidos, lo que implica la realización de un proceso eleccionario."*[11] Si bien este precedente analiza el caso de las asociaciones civiles el Tribunal ha extendido su aplicación a las comunidades campesinas siempre que tal prórroga esté prevista en el estatuto y se realice antes del vencimiento del mandato[12].

2.2.3. Plazo de duración de la directiva comunal.

No es objeto del presente trabajo el analizar todas las posiciones teóricas y doctrinarias que han surgido sobre el tema en las personas jurídicas, y concretamente en las comunidades campesinas. Siendo este trabajo un texto que pretende servir de guía en el manejo de su comunidad y en la inscripción de sus acuerdos, el objetivo es proporcionar información útil que los interesados encontraran en la realidad cuando intenten la formalización de tales acuerdos.

En ese sentido, la respuesta más frecuente que se encontrará a la pregunta formulada es que la duración de una directiva comunal es de dos años, transcurridos los cuales la representación que ostenta caduca y deja de tener vigencia. En tal caso la comunidad queda acéfala y sencillamente no puede funcionar como persona jurídica. Esta primera interpretación se basa en la figura civil del mandato.

Si bien esta es la interpretación más común no es la única, existe otra que se adhiere a la llamada teoría de la representación orgánica, según la cual las facultades de la directiva comunal no caducan si el periodo de dos años vence, en tal caso la directiva comunal sigue en funciones hasta que se elija la nueva. El plazo de dos años sólo tendría efectos internos a efectos de determinar responsabilidades. En este caso nunca habrá una persona jurídica sin representantes pues es necesaria la existencia de estos para que funcione. Esta posición soluciona el problema de la acefalía mencionado antes.

La jurisprudencia registral ha sido contradictoria, si bien en sus inicios había adoptado la teoría del mandato, en resoluciones posteriores se ha inclinado por la teoría de la representación orgánica reconociéndole vigencia a la directiva a pesar del vencimiento del plazo señalado en el estatuto[13].

---

11 Se trata de la resolución 022-2005-SUNARP-TR-A, esta resolución forma parte del décimo tercer precedente de observancia obligatoria aprobado en el décimo pleno del Tribunal Registral realizado los días 8 y 9 de abril del 2005.

12 Véase por ejemplo la resolución 251-2009-SUNARP-TR-T de fecha 10-07-2009 expedida por la Cuarta Sala del Tribunal Registral.

El 19 de febrero del 2013 se publico la Resolución 038-2013-SUNARP/SN que aprueba el "*Reglamento de inscripciones del Registro de personas jurídicas*", el mismo que inició su vigencia 30 días hábiles después.

El artículo que regula el tema es el 47 del reglamento que tiene el siguiente texto:

> ***"Art. 47.- Período de los órganos de la persona jurídica.***
> *El periodo de ejercicio del consejo directivo u órgano análogo se regirá de acuerdo a lo establecido en la ley o el estatuto. No será materia de observación si se realiza la designación por un periodo inferior al estatutario.*
> *Vencido dicho periodo, para efectos registrales, el consejo directivo u órgano análogo se entenderá legitimado únicamente para convocar a asamblea general eleccionaria. La misma regla se aplica tratándose de asociaciones provivienda u otras en las que legalmente se prohíba la continuidad de funciones."*

Debe recordarse que el anterior "*Reglamento de inscripciones del Registro de personas jurídicas no societarias*" que regulaba el mismo tema establecía una obligación (obligación que no existía en la ley de comunidades campesinas) consistente en indicar expresamente en el estatuto uno de las dos opciones siguientes: primero la continuidad de funciones una vez vencido el plazo; y segundo la no continuidad de funciones. Esta obligación ha desaparecido en el actual reglamento.

Sin embargo la actual regulación sigue recogiendo la teoría del mandato. En efecto al igual que en el contrato de mandato el artículo le da al plazo un efecto extintivo de la representación. Es decir, las facultades del órgano se extinguen por el transcurso del plazo, por tanto ya no puede seguir actuando. Es evidente que en este supuesto hay una ruptura, pues vencido el plazo la persona jurídica se queda sin consejo directivo u órgano análogo. Esta consecuencia trae un problema adicional: puesto que vencido el plazo el órgano directivo no puede seguir actuando legítimamente (por el efecto extintivo del plazo), tampoco podría convocar a asamblea para realizar una nueva elección. La persona jurídica dejaría de funcionar regularmente. Como este problema es inevitable si se parte de la teoría del mandato, la norma establece un tratamiento extraordinario para solucionarlo: excepcionalmente el último consejo directivo u órgano análogo se

---

13 *Sobre el tema indicado se puede revisar las siguientes Resoluciones del Tribunal Registral que adoptan claramente la teoría orgánica, si bien algunas de ellas se refieren a las asociaciones los criterios en ella expuestas también se aplican a las Comunidades Campesinas. Las resoluciones son: Resolución N°180-2005-SUNARP-TR-T, Resolución N°012-2007-SUNARP-TR-T, Resolución N°203-2007-SUNARP-TR-T. Precisamente ésta última se refiere directamente al tema de la vigencia, pues ordena la expedición de un certificado de vigencia de poder que había sido rechazado por el Registrador con el argumento de que el plazo de la directiva había vencido.*

entenderá vigente únicamente para convocar a elecciones. ¿Qué pasa con todos los actos celebrados por el órgano cuyo plazo ha vencido? Aun que la norma no lo dice expresamente, la respuesta resulta evidente. Si se parte de la teoría del mandato, dichos actos están viciados y son ineficaces respecto de la persona jurídica por que sus facultades se han extinguido.

Este criterio es aplicable tanto para las comunidades campesinas que ya se han inscrito como para las que recién logren su inscripción, ello por aplicación de la segunda disposición transitoria de dicha del reglamento vigente cuyo texto es el siguiente:

"SEGUNDA.- Legitimidad de convocatoria de los órganos directivos de personas jurídicas inscritas con anterioridad a la vigencia del presente Reglamento

Para efectos registrales, se considerará que los integrantes de los órganos directivos de las personas jurídicas inscritas con anterioridad a la vigencia del presente reglamento, cuyo período de ejercicio hubiera vencido, están legitimados únicamente para convocar a la asamblea eleccionaria, salvo que el estatuto ya contemple la continuidad de funciones".

Del texto anterior se desprende que puede pactarse la continuidad de funciones en cuyo caso se aplicará la teoría orgánica, si no se ha dicho nada operará el efecto extintivo del plazo propia de la teoría del mandato.

Lo criticable de esta regulación es considerar implícitamente que los miembros del consejo directivo son mandatarios, olvidando que en los mandatarios son personas distintas necesariamente a los mandantes mientras que los miembros del consejo directivo son órganos de la misma persona jurídica.

2.2.4. Funcionamiento de la directiva comunal.

La ley señala que puede haber sesiones ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias se realizaran por lo menos una vez al mes, las extraordinarias en cualquier momento. Salvo esta diferencia normativa no existe un efecto jurídico distinto para ambos tipos de sesiones. Para evaluar la validez del acuerdo debe verificarse la convocatoria y el quórum. El incumplimiento de alguna de ellas puede acarrear la nulidad del acuerdo.

2.2.4.1. Convocatoria.

La convocatoria para reuniones de la directiva comunal se hace fundamentalmente por escrito bajo cargo, salvo que el estatuto haya señalado una forma distinta, la notificación debe hacerse a todos los miembros de la directiva sin excepción.

Para sesionar válidamente la convocatoria la hace el presidente por propia iniciativa. La ley prevé que dos miembros de la directiva pueden solicitar la convocatoria a reunión, si el Presidente no hace la convocatoria en el plazo de 5 días entonces la convocatoria es hecha por el Vicepresidente o por cualquier integrante de la directiva previa notificación al presidente.

2.2.4.2. Quórum y mayorías.

Para sesionar válidamente se requiere de un quórum de instalación de la mitad mas uno de sus integrantes. Obviamente dicho quórum es variable de acuerdo al número de miembros de directiva previamente definido en el estatuto.

Siendo la directiva un órgano colectivo compuesto por una pluralidad de personas los acuerdos se toman con mayorías. A diferencia de la asamblea que puede adoptar acuerdos por mayoría simple, en el caso de la directiva comunal se requiere el voto de más de la mitad de asistentes.

En esta parte debe agregarse que la ley señala que el cargo de directivo es personal y no puede delegarse, esto significa que la representación es inaceptable, por tanto, las personas que asisten en representación de directivos no deberán ser tomadas en cuenta tanto para computar el quórum como al momento de las votaciones. Se considera que este dispositivo legal es imperativo por ello el estatuto no puede establecer lo contrario.

La ley de manera excepcional, (si se tiene en cuenta la regulación del resto de personas jurídicas en nuestra legislación nacional me refiero por ejemplo a las asociaciones), establece la posibilidad de que los presidentes de los comités especializados y los presidentes de las juntas de administración puedan participar en las reuniones de la directiva comunal con voz y con voto, cuatro veces al año y cuando se traten asuntos que atañen a su competencia funcional. Se presenta aquí el problema de determinar cual es el quórum de instalación de la directiva considerando a dichos presidentes. La ley no dice nada al respecto, sin embargo parece que la solución es básicamente la misma: Se determinará cuantos son los presidentes de los comités y de las juntas, y el quórum de instalación será la mitad mas uno del total.

2.3. LOS COMITES ESPECIALIZADOS

La ley permite que el estatuto establezca la existencia de comités especializados como órganos consultivos, de asesoramiento de ejecución o apoyo para el desarrollo de sus actividades.

Para aquellas comunidades que tengan un considerable movimiento económico

la ley obliga a la formación de un comité especializado revisor de cuentas, su función es básicamente de control de las cuentas y el buen manejo del dinero. Este comité estará integrado por tres (3) miembros, presidente, secretario y vocal.

2.4. ADMINISTRACIÓN DE LOS ANEXOS

El anexo esta constituido por un grupo de comuneros residentes en determinada área física ubicada dentro del territorio comunal, para su existencia formal se requiere de la aprobación de la asamblea general de la comunidad, ésta determinará la extensión física del mismo.

Cada anexo tiene una organización descentralizada, conformada por una junta de administración local, y una asamblea local del anexo, ambos órganos tienen, dentro del territorio del anexo, con funciones similares a sus homólogos centrales, esto es, la asamblea de comuneros y la directiva comunal. La asamblea general deberá aprobar reglamentos que regulen el actuar tales órganos descentralizados. Desde luego al tener, dichos órganos, funciones equivalentes a las funciones de los órganos centrales pueden existir conflictos de competencia, dichos conflictos serán resueltos en última instancia por la asamblea general de comuneros.

3. FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD CAMPESINA.

3.1. FORMALIZACION DE LOS ACUERDOS

3.1.1 Los libros de actas

En el funcionamiento de la comunidad es importante manejar adecuadamente la documentación pertinente. Por ejemplo los órganos de ésta deben tener una constancia de sus acuerdos colectivos, para ello tienen la obligación de llevar libros de actas. Los libros que una Comunidad debe tener son[14]:

1.- Libro de actas de asambleas generales. En dicho libro se extienden actas de todas las asambleas en que se tomen acuerdos entre ellas la asamblea donde se elija el Comité Electoral, etc. El art. 90 del reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas establece que "*El resultado de las elecciones conteniendo el nombre de los candidatos electos para cada cargo y el número de votos alcanzados por las listas, constará en el Acta Electoral, la misma que se transcribirá al libro de actas de la asamblea general.*"

---

14 Debe dejarse en claro que según la legislación actual los jueces de paz no letrados no tienen competencia para legalizar libros, esa competencia únicamente corresponde de manera indistinta a los Notarios o Jueces de Paz Letrados.

2.- Libro de actas de la directiva comunal. Cuando la directiva comunal como órgano colegiado tome acuerdos, deberán extenderse en este libro.

3.- Libro padrón de comuneros o padrón comunal. Este padrón es un registro privado donde se anotan los comuneros calificados, los comuneros recién incorporados, la pérdida de la condición de comunero, otras sanciones como la suspensión o la inhabilitación para ejercer cargos directivos, etc. El manejo de dicho padrón es de responsabilidad de la directiva. El reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas regula este registro en su artículo 24, indicando que en este registro deberá consignarse los siguientes datos: nombre, actividad, domicilio, fecha de admisión del comunero calificado, con indicación de los que ejerzan cargo directivo o representación. Por tanto, queda claro que la condición de comunero, la incorporación de comuneros o la expulsión o renuncia de los mismos no son actos inscribibles en el registro público[15], sino más bien en este registro privado denominado Padrón Comunal. Finalmente dicho artículo señala que dicho padrón deberá actualizarse cada dos años.

Los libros deben ser legalizados ante Notario Público o Juez de Paz Letrado[16], la legalización consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro o primera hoja suelta; con indicación del número que el notario le asignará; del nombre, de la denominación o razón social de la entidad; el objeto del libro; números de folios de que consta y si ésta es llevada en forma simple o doble; día y lugar en que se otorga; y, sello y firma del notario. Asimismo todos los folios del libro deberán llevar el sello notarial.[17]

---

15 *El artículo 4 inciso b del Reglamento de personas jurídicas establece que: no son actos inscribibles, la calidad de miembro de la persona jurídica, su incorporación, exclusión y los actos derivados.*

16 *La Ley de Comunidades Campesinas no exige (por lo menos no hay un artículo expreso) que el Padrón comunal conste en un libro legalizado. El Tribunal Registral ha establecido, de manera bastante razonable, que esto es obligarorio, pues considera aplicable por analogía el art. 83 del Código Civil referente a las asociaciones. Este criterio previsto en la resolución 157-2001-ORLL-TRN es además un precedente de observancia obligatoria, aprobado en el Segundo Pleno del 29 y 30 de noviembre del año 2002.*

17 *El Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo 1049) regula en su art. 113 la formalidad en la apertura de libros, dicho artículo indica que "la certificación consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro, o primera hoja suelta; con indicación del número que el Notario le asignará; del nombre, de la denominación o razón social de la entidad; el objeto del libro; número de folios de los que consta y si esta es llevada en forma simple o doble; día y lugar en que se otorga; y sello y firma del Notario. Todos los folios llevarán sello notarial."*

La ley establece una manera ordenada de llevar los libros. Estos tienen que ser numerados y dicha numeración deberá ser correlativa, de tal forma que concluido uno se legalice el siguiente, con el número de orden que le corresponda. La ley establece que para solicitar la legalización de un segundo libro, "*...deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida*" [18]

También se puede utilizar en reemplazo de los libros hojas sueltas, esto es permitido por lo práctico que resulta si se tiene toda la información en una computadora; si se decide llevar los libros en hojas sueltas los requisitos de legalización y formalidades son los mismos indicados antes.

3.1.2 Intervención de notarios y jueces de paz.

Como se ve en la exteriorización de la voluntad de la comunidad campesina, hay una actividad importante de los Notarios. En efecto, los acuerdos de los órganos colectivos se formalizan por escrito y de una u otra forma, en dicha formalización participa el Notario, sea legalizando los libros, las hojas sueltas, certificando las copias etc. En este contexto, es pertinente preguntarse qué sucede si en el lugar del domicilio de la comunidad campesina no existe un Notario, como de hecho ocurre en diversos lugares del Perú.

Sobre el tema la ley confiere algunas funciones notariales a los jueces de paz letrados y no letrados. Así, en su artículo 58 la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los juzgados de paz, "*cuya sede se encuentra a más de **diez kilómetros de distancia del lugar de residencia de un Notario Público**, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del Notario por más de quince días continuos*" tendrán algunas funciones notariales.

La ley limita la competencia notarial de los jueces de paz a tres asuntos: escrituras imperfectas, protestos y legalizaciones. Dentro de las últimas sólo se incluye: "*legalizar las firmas de un documento cuando el otorgante lo solicite y se halla en su presencia.*"

A lo anterior se debe agregar lo dispuesto por la ley 26501 del 12 de junio de 1995, dicha norma en su artículo primero establece que "*La legalización de apertura de libros contables y otros que la ley señale es competencia tanto de los jueces de paz letrados como de los notarios, a elección del usuario.*"[19] Conforme

---

18 *Art. 115 del Decreto Legislativo del Notariado N° 1049.*

19 *En atención a esta norma actualmente vigente la legalización de libros se puede hacer en el Notario o en un Juez de Paz Letrado. Sobre esto cabe preguntar si esta competencia es aplicable solo en ausencia de Notario. No parece ser esa la intención de la ley, en realidad se trata de una competencia compartida que funciona tanto si hay Notario como si no lo hay, esto además es confirmado por el texto de la ley cuando dice "a elección del*

a esta norma los jueces de paz letrados pueden legalizar libros ya sea que haya o no un Notario en el lugar de que se trate. La competencia es alternativa, es decir el interesado puede acudir a cualquiera de los funcionarios mencionados. Sin embargo la legalización de libros establecida en esta ley sólo es de competencia de los jueces de paz letrados excluyéndose a los jueces de paz no letrados.[20]

Queda claro de lo anterior que el Juez de Paz sólo puede legalizar firmas. Los jueces de paz letrados a su vez pueden legalizar firmas y también libros (libros de actas, libro padrón comunal, etc.). Sin embargo queda pendiente una pregunta ¿pueden otorgar estos funcionarios copias legalizadas y copias certificadas de actas? Ninguna de las normas indicadas los habilita para ello, la respuesta entonces es negativa. De esta forma estas normas parecen como incompletas pues limitan el funcionamiento de las personas jurídicas[21]. En ese sentido, dicho artículo 58 debe modificarse incluyéndose en su texto no solo la posibilidad de que los jueces de paz puedan legalizar firmas, si no también de que puedan legalizar reproducciones (copias legalizadas y certificadas), ya que dichas funciones permiten el funcionamiento adecuado de la persona jurídica.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, debe tenerse en cuenta el reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas, norma que en su artículo cuarto señala: *"**Artículo 4o.-** El Presidente de la Directiva Comunal, en representación de la Comunidad, presentará solicitud, al órgano competente en asuntos de Comunidades del Gobierno Regional, acompañando los siguientes documentos:*

---

usuario". Cabe preguntar en esta parte lo siguiente: ¿puede un Juez de paz letrado de un lugar distinto al domicilio de la comunidad legalizar libros de actas? En un caso donde el registrador observó, al amparo del art. 1 de la ley 26501, que la legalización del libro de actas había sido hecha por el juez de paz del distrito de Mesones Muro cuando la Comunidad tenía su sede en la Provincia de Ferreñafe el Tribunal indicó que "... la legalización de la apertura de libros puede hacerla cualquiera de los autorizados mencionados (notarios y jueces de paz letrados). Repárese del texto del dispositivo legal que no hay límite territorial para el ejercicio de esta función. En efecto la norma sólo ha establecido una competencia por razón de la materia. De esta manera el registro no puede cuestionar que la apertura del libro de la Comunidad, con sede en Ferreñafe, haya sido efectuada por un juez de paz de otro lugar." Ver Resolución N°018-2012-SUNARP-TR-T del 17-01-2012.

20 *El Tribunal Registral de Lima ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, negando a los jueces de paz no letrados la competencia para legalizar el libro padrón de asociados en una asociación. Ver Resolución N°208-2007-SUNARP-TR-L de fecha 04-05-2007.*

21 *Por ejemplo una asociación ubicada en un lugar donde no hay Notario. En ese caso el Juez de Paz Letrado puede legalizar firmas, puede legalizar los libros de actas que usará la asociación en su funcionamiento regular, es más puede otorgar escrituras públicas de modificación de estatutos, pero, no podrá expedir copias certificadas para inscribir la elección de la directiva o los poderes que se otorguen. Esto no sólo aparece como contradictorio sino absurdo. Por ello, parece que la modificación del art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se impone como necesaria.*

a. Copias legalizadas, por Notario o Juez de Paz de la localidad, de las siguientes actas de Asamblea General……" (Subrayado agregado).

Claramente esta norma habilita a los jueces de paz, para el caso de comunidades campesinas, a extender copias legalizadas de actas. ¿Soluciona esta norma el problema? Parece que no, pues el título para efectuar inscripciones es la copia certificada. El panorama se aclara si se tiene en cuenta el texto del art. 27 de la Ley de Comunidades Campesinas que en su párrafo final establece que: "*La constitución de una Empresa Multicomunal y todo acto que la modifique será acordada en Asamblea General que celebren los delegados de las comunidades socias. Estas Empresas tienen existencia legal desde el momento de su inscripción en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos. La sola presentación de **las copias certificadas por Notario Público o por Juez de Paz**, del acta de constitución serán títulos suficientes para su inscripción registral*". Teniendo en cuenta el texto claro de la norma se puede concluir que los jueces de paz (nótese que la norma no hace ninguna diferenciación entre Juez de paz letrado y no letrado) pueden extender copias certificadas en el caso de Comunidades Campesinas. Desde luego, en dichas copias certificadas, el Juez de Paz deberá respetar los mismos requisitos exigidos al Notario Público.

3.2. COMUNIDAD CAMPESINA Y REGISTRO

3.2.1. ¿Dónde se inscribe la comunidad campesina?

La comunidad campesina en una persona jurídica, por tanto su inscripción debe hacerse en el Registro de Personas Jurídicas, concretamente en el libro de Comunidades Campesinas. Este registro es administrado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) que tiene oficinas descentralizadas por todo el país. Ahora bien cabe hacer la siguiente pregunta ¿en cuál de todas las oficinas debe inscribirse la comunidad?. Debe inscribirse en la oficina del lugar donde tiene su domicilio que es el lugar de ubicación de su territorio.

3.2.2. ¿Qué actos se inscriben en el Registro Público?

No todos los actos que una persona jurídica acuerde requieren de su inscripción, el registro limita el número de actos inscribibles precisamente para cumplir mejor con su función que es otorgar una adecuada publicidad para los terceros que de algún modo buscan vincularse jurídicamente con dicha persona. El Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas establece un listado limitado de actos inscribibles en su artículo 2, éstos son:

a) El acto constitutivo de la persona jurídica, su estatuto y sus modificaciones;

b) El reconocimiento de persona jurídica constituida en el extranjero;

c) El establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculado a éstas;

d) El nombramiento de los integrantes de los órganos, de los liquidadores y de los demás representantes o apoderados, su aceptación, remoción, suspensión, renuncia, el otorgamiento de poderes, su modificación, revocación, sustitución, delegación y reasunción de éstos, así como los demás actos comprendidos en sus regímenes;

e) La fusión, escisión y transformación y otras formas de reorganización de personas jurídicas;

f) La disolución, los acuerdos de los liquidadores que por su naturaleza sean inscribibles y la extinción;

g) Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales referidos a la validez del acto constitutivo inscrito o a los acuerdos inscribibles de la persona jurídica;

h) En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales o cuyo registro prevean las disposiciones legales.

En el caso concreto de las comunidades campesinas no resulta aplicable toda la lista indicada en atención a su naturaleza, por ello la lista anterior se reduce a los siguientes:

a) El acto constitutivo de la persona jurídica, su estatuto y sus modificaciones;

b) El nombramiento de los integrantes de los órganos, de los liquidadores y de los demás representantes o apoderados, su aceptación, remoción, suspensión, renuncia, el otorgamiento de poderes, su modificación, revocación, sustitución, delegación y reasunción de éstos, así como los demás actos comprendidos en sus regímenes;

c) Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales referidos a la validez del acto constitutivo inscrito o a los acuerdos inscribibles de la persona jurídica;

d) En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales o cuyo registro prevean las disposiciones legales.

Un criterio muy sencillo puede proponerse para distinguir que actos se inscriben y que actos no. Los actos de trascendencia meramente interna no se inscriben. Por ejemplo, se decide felicitar a una persona por un acto valioso para la comunidad, o se decide formar una comisión investigadora de un hecho determinado, o se aprueba la construcción de una escuela, tales actos no tienen por que inscribirse, no tiene sentido que se publiciten en el registro. En cambio, cosa distinta es si se acuerda transferir la propiedad del territorio comunal, o, si se acuerda nombrar un apoderado judicial. Estos actos si resultan inscribibles, la razón es muy sencilla en éstos casos hay un claro interés de terceros en conocer el alcance de dichos poderes.

Pueden citarse algunos otros casos que son frecuentes en la práctica. Es muy generalizada la idea de que el Padrón Comunal, donde figura la inscripción de todos los comuneros, se tenga que inscribir en el registro. La condición de comunero no es un acto inscribible en el registro público, la calidad de comunero tiene que inscribirse en el Libro Padrón de Comuneros que funciona como un registro privado a cargo de la directiva comunal. Otro error muy difundido es creer que el comité electoral que conducirá las elecciones debe inscribirse en el registro público. El comité electoral no es inscribible por dos motivos: primero su función es meramente interna, no esta destinado a vincularse con terceros, y, segundo, por lo efímero de su existencia ya que su vigencia termina cuando las elecciones han concluido con una elección válida y la directiva se ha instalado. No tiene sentido por tanto inscribir este órgano, sin embargo las actas de su elección tendrán que ser presentadas al registro con ocasión de inscripción de la directiva comunal.

A continuación analizaremos los actos que se inscriben en el Registro de Personas Jurídicas de acuerdo al orden siguiente:

1.- Nombramiento de la directiva comunal, nombramiento de otros representantes o apoderados.

2.- Modificación de estatutos.

3.- Dejaremos un comentario final para la fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación de la comunidad.

3.2.3. Inscripción de la directiva comunal.

La documentación a presentar para la inscripción de la directiva comunal en el registro de personas jurídicas esta constituida por:

A. Copia del acta de elección del comité electoral.

B. Copia del acta electoral donde conste el resultado de las elecciones.

C. Acreditación de la convocatoria realizada a cada asamblea.

D. Acreditación del quórum de cada asamblea.

E. Credenciales suscritas por los miembros del comité electoral.

3.2.3.1. Documento inscribible: copias certificadas.

El art. 2028 del Código Civil señala que para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otros apoderados basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo. Por tanto, para inscribir una directiva comunal se debe presentar al registro copia certificada por Notario del acta de elección. A pesar de la claridad de la norma es frecuente que se presenten copias legalizadas de las actas, lo que es un error. Existe una diferencia importante entre ambos tipos de copias. En las copias certificadas el Notario deja constancia de la matriz que alberga el original del acta, es decir del libro de actas correspondiente, así, tiene que indicar la fecha de legalización, los datos de la autoridad que legalizó el libro, el número de registro y el número de fojas de la cual se extrae la copia. Por tanto, se entiende que las copias certificadas suelen ser más seguras por la identificación de la matriz de la cual se extraen. La forma en que se otorga la copia es una transcripción del acta, aun que la práctica también ha impuesto el uso de fotocopias, siempre y cuando el Notario deje constancia de los datos mencionados antes.

3.2.3.2. Acreditación de convocatoria y quórum.

En un primer momento la convocatoria y el quórum eran acreditados presentando la documentación consistente en: las citaciones hechas a todos los socios sin excepción, con la relación de asistentes y copias del padrón de asociados. El manejo documental era engorroso y generaba una serie de dificultades y demoras sobre todo en las comunidades campesinas con un número importante de comuneros. Actualmente se exige una constancia de convocatoria y de quórum con los requisitos exigidos en el Reglamento de personas jurídicas, a continuación se detallan los requisitos de tales constancias y se presentan modelos que podrán ser utilizados.

3.2.3.2.1 Constancia de convocatoria.

¿Cuáles son los requisitos de esta constancia? El Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas establece los siguientes requisitos:
En esta constancia se consignará los nombres completos del o los declarantes, su domicilio real y las firmas de los mismos, legalizadas ante notario, y deberá contener lo siguiente:

a) Nombre completo de la persona que efectúa la convocatoria y su cargo. Cuando la convocatoria sea realizada por un órgano colegiado, deberá indicarse el nombre completo y cargo de la persona que ejecuta la convocatoria a nombre del órgano colegiado de acuerdo a facultades legales o estatutarias.
Cuando la convocatoria sea realizada por una autoridad o

institución, deberá indicarse el nombre de la entidad y el nombre completo del funcionario que la ejecuta;

b) Se precisará que la convocatoria se realizó conforme a ley o el estatuto y que los miembros o los integrantes del órgano de la persona jurídica tomaron conocimiento de la convocatoria; y,

c) La reproducción de los términos de la convocatoria.

¿Quién debe firmar esta constancia? Como ya quedó indicado líneas arriba es el Presidente de la última directiva inscrita el que tiene facultad para convocar. Si el que convoca es el Vicepresidente a él le corresponde firmar la constancia indicada. En caso de que la convocatoria a elecciones la haya hecho el comité electoral, este debe hacer la declaración jurada.

Puede ser, sin embargo, que el presidente que convocó o el comité electoral se nieguen a firmar tales declaraciones juradas. Tal caso no ha sido previsto por el reglamento vigente. La jurisprudencia registral existente antes de la vigencia de dicho reglamento había permitido que lo haga el nuevo Presidente electo, indicándose expresamente el nombre de la persona que hizo la convocatoria a fin de verificar la legitimidad de la misma. Tal solución ya no es admitida por el reglamento vigente. Esta negativa le da al órgano con facultad de convocatoria el poder de impedir una inscripción lo que puede constituirse en una traba para el funcionamiento regular de la persona jurídica.

¿Qué sucede si el estatuto establece la obligatoriedad de hacer convocatorias a través de publicaciones en diarios? En tal caso la convocatoria debe efectuarse en los términos señalados en el estatuto aun que para su acreditación en el registro sólo bastará la presentación de la constancia en atención a lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas no societarias.

¿Qué sucede si la convocatoria fue hecha por un Juez? En tal caso resulta aplicable el artículo 57 del "*Reglamento de inscripciones del Registro de personas jurídicas*" Según dicha norma debe presentarse copias certificadas por el Secretario Judicial donde conste la convocatoria judicial y constancia formulada por la persona designada para presidir la asamblea.

3.2.3.2.2 Constancia sobre quórum.

¿Cuáles son los requisitos de esta constancia?
En esta declaración jurada también debe indicarse los nombres completos del o los declarantes, su domicilio real y las firmas de los mismos, legalizadas ante notario, y deberá contener lo siguiente:

a) El número de los miembros o delegados que se encontraban habilitados para concurrir a la sesión, salvo disposición legal o estatutaria distinta;

b) Los datos de certificación de apertura del libro registro de miembros o de delegados en que se basa para emitir la constancia, tales como el número de orden en el registro cronológico de certificación, la fecha de su certificación, el nombre completo y cargo del notario que hizo la legalización, y el número del libro si lo tuviere. Estos datos no serán exigibles cuando la persona jurídica no esté obligada a llevar libro registro de miembros certificado.

c) El nombre completo de los miembros o delegados de la persona jurídica que asistieron a la sesión, los cuales deberán indicarse en orden alfabético. De tratarse de personas jurídicas, deberá indicarse la partida registral en la que corren inscritas, de ser el caso, y quién o quiénes actúan en su representación. La declaración sobre la asistencia no suple la formalidad de suscripción del acta exigida por las disposiciones legales o estatutarias, por este Reglamento o por el órgano que sesiona.

¿Quién debe firmar la constancia? Las mismas personas que firman la constancia de convocatoria, nos remitimos por tanto a lo ya expuesto antes.
¿Qué sucede si la convocatoria fue hecha por un Juez? En este caso la declaración jurada de quórum será efectuada por la persona designada por el Juez para presidir la asamblea, esto por una razón muy sencilla, es el responsable de controlar si hay quórum o no para llevar adelante la asamblea.

Finalmente puede darse el caso que en el acta figuren datos que no coinciden con la constancia, por ejemplo se indica en el acta una hora y un lugar distintos a los señalados en la constancia, o cuando se señala en el acta la cantidad de asistentes y este dato no coincide con el señalado en la constancia. En tales casos obviamente primará el dato del acta, y habrá responsabilidad del que hace la constancia indicando datos que no son ciertos.

En los anexos 1 y 2 se presentan dos modelos de constancias juradas elaboradas sobre la base a los dispositivos que regulan esta materia.

3.2.3.3. Las credenciales.

Deben ser otorgadas por el Comité Electoral, por tanto deben ser firmadas por todos los integrantes. No debe olvidarse al momento de expedir las credenciales que los vocales de la nueva directiva comunal tienen que proceder de la lista que ha quedado en segundo lugar.

Al registro se presentan las credenciales originales debidamente firmadas junto con la toda la documentación que acredite la realización del proceso eleccionario, incluyendo la acreditación de convocatorias y quórum de las asambleas correspondientes[22]. Puede ocurrir, sin embargo, que el comité electoral, por alguna discrepancia existente, se niegue a otorgar las credenciales. La ley no dice nada sobre este punto. ¿Cómo hacer que la nueva directiva otorgue las credenciales? En tal caso tendría que acudirse al poder judicial, para que sea éste el que ordene bajo apercibimiento la expedición de las mismas. Mientras tanto la directiva no podrá ser inscrita en el Registro por falta de documentación.

3.2.4. Regularización de directivas comunales no inscritas.

Es frecuente que se hayan elegido a diversas directivas comunales en el transcurso de los años, y que estas no se hayan inscrito por diversas causas, lo que representa un problema para los comuneros. Si esto es así ¿cómo puede hacerse para regularizar la inscripción de dichas directivas comunales no inscritas? Para solucionar este problema el Reglamento de inscripciones del registro de personas

---

22 *El art. 87 del reglamento de la ley de comunidades campesinas tiene el siguiente texto: "Las credenciales de los miembros de la directiva comunal, serán otorgadas por el comité electoral e inscritas en los Registros Públicos." Sobre la base del texto ambigüo de esta norma, ha surgido una interpretación según la cual al registro sólo se presenta las credenciales para ser inscritas sin necesidad de algún documento adicional. Es más, en algunos casos se podrán encontrar inscripciones hechas sólo con las credenciales. Este criterio es equivocado. La calificación de la legalidad de la elección por parte del registrador es íntegra, por tanto debe verificarse tanto la validez de la elección del comité electoral como la validez de las elecciones propiamente. Para el efecto deberá adjuntarse la documentación que acredite la validez de la convocatoria, el quórum y las mayorías, así como las copias certificadas correspondientes. Y desde luego, a todo ello debe agregarse las credenciales.*

jurídicas no societarias regula la llamada asamblea general de reconocimiento en sus artículos 62 al 64.

¿En que consiste dicho procedimiento? El presidente de la última directiva no inscrita debe convocar a una asamblea general de reconocimiento de directivas comunales no inscritas. En dicha asamblea se deberá acordar básicamente dos cosas:

a).- Reconocimiento de las directivas comunales no inscritas.

b).- El nombre completo de todos los integrantes de las directivas comunales no inscritas y el periodo para el que fue elegida cada directiva comunal. Tanto la distribución de cargos como el período de funciones deben coincidir con la regulación del estatuto y la ley.

En el caso de las asambleas de reconocimiento, no se requiere la elección previa de un comité electoral, pues lo que se hace no es elegir a una directiva, si no reconocer una elección ya hecha con anterioridad.

¿Cuál es la documentación que debe presentarse al registro para su inscripción? Siendo la regularización de directivas comunales no inscritas un caso especial la documentación a presentar es distinta a una elección normal, tales documentos son:

A. Copia certificada del acta de la asamblea general de reconocimiento.

B. Acreditación de la convocatoria realizada a dicha asamblea.

C. Acreditación del quórum.

No es necesario presentar documentación adicional a la mencionada, por ello el registrador no puede exigir la presentación de otra documentación referida a las asambleas en las que se acordaron los actos materia de reconocimiento, y en el supuesto de presentarse no serán objeto de calificación y el registrador ordenará su devolución

Es pertinente indicar en esta parte que la conformación de las directivas comunales debe coincidir con los cargos reconocidos en el último estatuto inscrito.

3.2.5. Inscripción de modificaciones de estatuto.

La documentación a presentar para la inscripción de una modificación de estatuto en el registro de personas jurídicas esta constituida por:

1. Copia del acta de asamblea general donde se acuerde la modificación.

2. Acreditación de la convocatoria realizada a cada asamblea.

3. Acreditación del quórum de cada asamblea.

En el caso de acordarse la modificación de estatutos parcial o total deberá indicarse en el acta el texto completo de los nuevos artículos modificados.

En todo lo demás resulta de aplicación, en lo pertinente, todo lo ya expuesto en las líneas anteriores referente a la inscripción de la directiva comunal.

3.2.6. Fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación de una comunidad campesina.

Si bien es reconocido que la fusión, escisión, transformación, disolución y extinción pueden ser aplicables a la persona jurídica en general, pues al nacer esta por la voluntad de sus miembros puede también, en virtud de dicha voluntad, modificarse, desaparecer y extinguirse, para la aplicación de dichos actos debe tomarse en cuenta la naturaleza y características propias de cada persona jurídica. Tales características específicas y muy particulares pueden modificar e incluso excluir la aplicación de aquellos actos[23].

En cuanto a la comunidad campesina, debe recordarse que una de sus características fundamentales es la existencia de un territorio, de este modo puede afirmarse que no tiene sentido la existencia de una comunidad sin territorio.[24]

---

23 *Un ejemplo concreto de lo dicho es la asociación. En efecto, la estructura no lucrativa de esta impide su transformación en una sociedad, sin embargo sí puede transformarse en otra entidad no lucrativa. En este caso las características de la persona jurídica condicionan la posibilidad de la transformación.*
Al respecto se puede revisar el artículo titulado "La transformación de personas jurídicas no lucrativas. Un ensayo sobre la posibilidad de transformar una asociación en una sociedad" publicado en la revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 83, correspondiente a agosto del 2005, páginas 269 al 278.

24 *La propia ley de comunidades campesinas define así a una comunidad campesina en su artículo 2 "Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. Constituyen Anexos de la Comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad." (Subrayado agregado). Como se verá de esta definición una comunidad campesina está*

Esta característica fundamental, este vínculo entre esta especial persona jurídica y su territorio termina condicionando la aplicación de las figuras mencionadas anteriormente.

Esto ocurre por ejemplo con la escisión. La ley de comunidades campesinas y su reglamento no regulan expresamente esta figura, en ese contexto cabe preguntar si es admisible escindir una comunidad campesina. La respuesta tendría que ser positiva, pues es posible dividir el territorio y es posible que en cada porción resultante se asienten grupos familiares con su propia organización.

En lo referente a la fusión de dos comunidades habría que aceptarla con algunos requisitos específicos que su naturaleza impone. Por ejemplo, el territorio de las comunidades a fusionarse debe ser posible de acumular sin que haya solución de continuidad, esto haría que el territorio de las fusionadas sea único y posibilitaría la unidad de la comunidad campesina. Por ello, no podrían fusionarse comunidades campesinas cuyo territorio tenga una ubicación geográfica diversa. El propio reglamento de la ley de comunidades campesinas reconoce esa posibilidad y exige entre uno de los requisitos para la fusión la *integración* de territorios. [25]

El reglamento de la ley de comunidades campesinas admite la posibilidad de que otras personas jurídicas se transformen en una comunidad campesina. La norma indica que los grupos campesinos, asociaciones de campesinos y otras organizaciones constituidas como personas jurídicas que cuentan con un mínimo de cincuenta asociados, que están integradas por familias con rasgos sociales y culturales comunes, y que además mantengan un régimen de posesión y uso de tierras propio de las comunidades campesinas pueden solicitar su inscripción como comunidad campesina. Se exige como requisitos, entre otros, que la totalidad de las tierras de la persona jurídica pasen a dominio de la comunidad campesina, renunciando a la propiedad individual y reemplazándola por la propiedad comunal, además de contar con el voto conforme de los dos tercios de asociados reunidos en asamblea general.

En cuanto a la transformación de la comunidad en otra persona jurídica el vínculo existente entre aquella y su territorio plantea una imposibilidad implícita.

---

necesariamente ligada a un territorio determinado. Aun que la propia ley reconoce la posibilidad de una comunidad campesina sin territorio, establece en sus artículos 9 y 10 preferencias y mecanismos para poder dotarla de un territorio determinado. Esto confirma la importancia del territorio para la existencia y desarrollo de la comunidad.

25 *El artículo 11 inciso del Decreto Supremo 008-91-TR de fecha 15-02-91 indica que los comuneros calificados de cada una de las Comunidades a fusionarse, se reunirán en Asamblea General conjunta, para aprobar, entre otros la "integración de los territorios."*
Dicha norma dedica a la fusión sólo tres artículos (del 10 al 12) y se refiere sólo a la fusión de dos comunidades campesinas, descartando la fusión con otro tipo de personas jurídicas.

> En efecto, la comunidad campesina ha sido pensada y regulada como una institución con vocación de permanencia, es decir la comunidad campesina no podría destinar su territorio a una finalidad distinta a su propia existencia y desarrollo. Si esto es así, la conclusión es ineludible: la comunidad no puede transformarse.

La misma vocación de permanencia mencionada antes impediría la aplicación de la disolución, liquidación y extinción a la comunidad campesina.

Sin embargo, debe observarse que actualmente el panorama legal al respecto ha variado. En efecto, las diversas normas que regularon tradicionalmente a las comunidades campesinas establecieron que el territorio era inembargable, imprescriptible e inalienable, estos elementos hacían que el territorio de la comunidad sea perpetuo, de este modo, se reconocía a esta persona jurídica una clara vocación de permanencia en el tiempo: la comunidad campesina debería existir siempre. Sin embargo, actualmente la Constitución de 1993 solo indica en su artículo 89 que el territorio de la comunidad es imprescriptible, los términos inembargable o inalienable presentes en la Constitución anterior han sido eliminados. Esto abre la posibilidad de que se puedan embargar o vender. Por otro lado, las leyes 26505 del 17 de julio de 1995 y 26845 del 25 de julio de 1997 vigentes actualmente permiten a la propia comunidad campesina disponer de su territorio transfiriendo la propiedad a favor de los propios comuneros o de terceros. De este modo existe la posibilidad legal de que la Comunidad Campesina termine quedándose sin tierras, en cuyo caso no tendría más remedio que extinguirse.

En la ley de comunidades campesinas y su reglamento no hay ninguna norma que se refiera a la disolución y extinción, ello probablemente por que la legislación siempre dio por sentado la permanencia de la comunidad campesina.

Finalmente, las normas registrales sobre estos temas eran inexistentes. Sin embargo, actualmente el *Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas* indica en su artículo 2 que resultan aplicables a este tipo de personas jurídicas (y por tanto también a las comunidades campesinas) la fusión, escisión, transformación, disolución y extinción, sin embargo, con mucha corrección deja claro que dicha aplicación deberá ser conforme a su "*naturaleza*", es decir debe tenerse en cuenta las características especiales de cada persona jurídica como ya quedó indicado.

Anexo 01

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS
TRIBUNAL REGISTRAL

Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T

Trujillo, seis de agosto del dos mil cuatro.

APELANTE	:	JOSÉ MANUEL BAZÁN FLORES
TÍTULO	:	13982 (26.05.2004)
INGRESO	:	123-2004 (21.05.2004)
PROCEDENCIA	:	ZONA REGISTRAL N° II SEDE CHICLAYO
REGISTRO	:	PERSONAS JURIDICAS - ASOCIACIONES
ACTO	:	TRANSFORMACIÓN DE ASOCIACIÓN EN

SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

SUMILLA : *"La transformación origina un cambio radical en la estructura de la persona jurídica, es una mutación esencial en la configuración del ente colectivo.*

La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica. Esto significa que aún con la transformación la persona jurídica sigue siendo la misma, pero con una estructura diferente."

I. ACTO CUYA INSCRIPCION SE SOLICITA Y DOCUMENTACION PRESENTADA:

El 26.05.2004, José Manuel Bazán Flores solicitó la inscripción de la transformación de la Asociación de Transportistas Individuales en Camionetas Rurales Señor de los Milagros Monsefú Chiclayo y Viceversa a Empresa de Transportes Señor de los Milagros SAC, en mérito al acuerdo de transformación de fecha 28.11.2003, formalizado por escritura pública de fecha 30.04. 2004.

A la rogatoria se adjuntó los siguientes documentos:

- Escritura pública del 30.04.2004 otorgada ante Notario de Chiclayo Pedro Bonilla Solís.
- Copia certificada notarial de fecha 29.04.2004 del libro padrón de asociados. Constancia de notificación a la asamblea general de asociados de fecha 28.11.2003.

II. DECISION IMPUGNADA:

El título fue calificado por la Registradora Pública de Chiclayo, Dra. Karina Fong Maita, quien lo tachó mediante esquela de fecha 07.06.2004, cuyo texto literal es el siguiente:

"2. 1. Que, de conformidad con el Art. 98 del Código Civil, una vez disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con excepción de los asociados.

Que, vista la ficha 16 de Asociaciones, NO SE HA INSCRITO la disolución de la asociación, lo cual es un acto previo necesario, para que con posterioridad se constituya una nueva SAC, no pudiendo ser el resultado de una TRANSFORMACION sino como una nueva persona jurídica, salvo en los casos establecidos en la Ley (caso de Centros Educativos y otros de la misma naturaleza).

Por tanto, previamente sírvase disolver la asociación. Una vez inscrita la extinción, podrá constituir una nueva SAC, dejándose constancia que el haber deberá ser entregado a las personas designadas en el estatuto, las que no podrán ser los mismos asociados.

Rehacer una nueva escritura, dejándose constancia que el DNI del compareciente se encuentra borrado y corregido, infringiendo además el Art. 48 y siguientes de la Ley Notarial."

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION:

El 16.06.2004 el Sr. José Manuel Bazán Flores interpuso recurso de apelación mediante escrito autorizado por el abogado Luis Guevara Dávila. Los argumentos de su escrito se exponen a continuación:

- Los argumentos jurídicos vertidos por la Registradora no se ajustan a derecho y a los antecedentes registrales de otros casos similares en los que sí se ha inscrito la transformación de una asociación a sociedad regulada por la Ley General de Sociedades.

- De acuerdo al artículo 333 de la Ley General de Sociedades, las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú; es decir, que una sociedad anónima cerrada podría transformarse en una asociación.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL:

La asociación de Transportistas Individuales en Camionetas Rurales Señor de los milagros Monsefú Chiclayo y Viceversa está inscrita en la partida N° 16 (hoy partida N° 02202969) del Registro de Personas Jurídicas - Libro de Asociaciones de Chiclayo.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES:

Estando a los argumentos de la Registradora y del apelante, el Colegiado considero esencial dilucidar si es posible inscribir la transformación de una asociación regida por el Código Civil a una sociedad normada por la Ley General de Sociedades.

VI. ANALISIS:

PRIMERO: La presente apelación versa concretamente sobre la solicitud de transformación dé una asociación en sociedad anónima cerrada. Inmediatamente recurrimos a la norma contenida en el artículo 333° de la Ley General de Sociedades (en adelante la Ley) que introdujo la posibilidad de la transformación de las sociedades mercantiles en cualquier tipo de persona jurídica y viceversa, la mutación de una persona jurídica (distinta a la mercantil) a sociedad regida por la Ley. El mencionado artículo prescribe lo siguiente: "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".

En al segundo párrafo de esta norma se abre el camino para la transformación de una asociación a sociedad mercantil. La norma pone como única condición para su procedencia que la ley no impida su transformación. Las asociaciones se rigen por las disposiciones del Código Civil. En este cuerpo legal no ubicamos prohibición alguna para la transformación; es más, el Código Civil guarda silencio sobre el tema, es decir, no ha previsto la figura de la transformación para las asociaciones. La doctrina por su parte ratifica la posición asumida por la Ley. Para Elías Laroza la Ley no sólo contempla mecanismos de reorganización aplicables a todas las sociedades entre sí, sino también con los otros tipos de personas jurídicas no societarias existentes en la legislación peruana[8]. Para Gunther Gonzáles Barrón, "El artículo 333 N.L.G.S ha utilizado un concepto muy amplio de transformación, de tal forma que una sociedad puede modificar su estructura a cualquier persona jurídica (sin

o con fines de lucro), y viceversa[9]. Otro autor destacado señala lo siguiente: "La actual LGS, a diferencia de la anterior amplía el rango de la transformación de la sociedad al permitir que las sociedades contempladas en la LGS pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedades o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Así una sociedad mercantil, tal como una sociedad anónima puede transformarse en una asociación civil. En sentido inverso cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en algunas de las sociedades reguladas en la LGS, siempre y cuando la ley no lo impida, tal como sería el caso de ciertas actividades que según ley deben de ser desarrolladas por empresas que deben de adoptar una determinada forma jurídica[10].

Sin embargo, no deja de tener razón Espinoza Espinoza cuando dice que "Nuestro Código Civil adolece de una regulación especial de estos supuestos en el caso de las personas jurídicas no lucrativas. En atención a ello resulta conveniente que el operador jurídico aplique, en la medida que ello sea posible, la normatividad establecida en la Ley General de Sociedades (LGS), Ley N° 26887, del 09.12.97. Esto en virtud de que si bien la finalidad (lucrativa o no lucrativa) difiere entre la asociación, la fundación y el comité, frente a las sociedades, todos estos sujetos de derecho participan de la misma esencia de ser personas jurídicas[11]. En esta perspectiva, la Sala considera que sí es procedente la transformación de una asociación a sociedad mercantil. Para ello: y ante la falta de un reglamento para estos casos, es pertinente aplicar las disposiciones de la Ley y el Código Civil, en cuanto corresponda, para la calificación del presente título.

SEGUNDO: Elias Laroza, al referirse a las sociedades mercantiles, señala que "La transformación de una persona jurídica, además de ser una forma de organización, entraña una variación de gran trascendencia en la organización societaria. No es una simple modificación formal, aún cuando se haga sólo mediante un cambio de tipo societario, o sea únicamente de una forma de sociedad a otra. También en este supuesto, que es el más sencillo, se activan profundas modificaciones en la persona jurídica, que no se limitan al cambio de forma, desde que esa variación, al parecer simple, origina muchas otras, que pueden repercutir en distintas relaciones entre los socios o entre la sociedad y terceros, en la responsabilidad de los socios, en la administración social, y, en general, en múltiples variantes estructurales[12].

La transformación origina un cambio radical en la estructura de la persona jurídica, es una mutación esencial en la configuración del ente colectivo. Para Feliu Rey, toda transformación es una economía de técnica jurídica; un régimen que permite pasar de un tipo a otro de sociedad sin disolución, liquidación y nueva fundación pero, en todo caso, amparando a los acreedores. La naturaleza de la transformación ha de buscarse en la modificación del contrato fundacional, de modo que la transformación implica la voluntad de introducir un cambio tan profundo que sólo es posible si la sociedad muda de forma[13].

TERCERO: El tercer párrafo del artículo 333 de la Ley establece que "La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica". Esto significa que aún con la transformación la persona jurídica sigue siendo la misma, pero con una estructura diferente; metafóricamente hablando, se trata de la misma persona que se ha cambiado de ropa. De allí que Beaumont Callirgos afirme que con el instituto de la transformación se evita todo el proceso, costoso y dilatado, que consiste en disolver, liquidar y extinguir la sociedad (persona jurídica no societaria en nuestro caso), para después concebir, estructurar y formalizar la nueva persona jurídica; en otras palabras, es la continuación del organismo social modificado en su forma, y con la misma base personal y patrimonial[14].

Esta última aseveración no resulta ser del todo cierta para el caso de la asociación, pues si bien puede conservar a los integrantes de la persona jurídica, siempre que su número sea compatible con la nueva forma societaria adoptada, su patrimonio no puede ser trasladado. El artículo 97 del Código Civil prescribe que disuelta la asociación el haber neto resultante no puede ser entregado a los asociados. Indicamos líneas más arriba que la norma del Código Civil no ha contemplado la transformación de las asociaciones, por lo que aún en el caso de su extinción, el patrimonio remanente no puede ser distribuido entre los asociados. Esta es justamente unas de las razones que sustentan la posición de quienes entienden que las asociaciones, por su naturaleza, no pueden transformarse en sociedades mercantiles. 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. Por tanto, al faltarles el capital necesario para operar como sociedad mercantil, los socios deberán inevitablemente aportar para el capital inicial, sin perder de vista el tipo societario de que se trate[15]. En el título apelado, los socios han aportado dinero en efectivo, el cual ha sido depositado en su totalidad en una institución bancaria; en consecuencia, se ha satisfecho este requisito.

CUARTO: Por otro lado, queda pendiente el asunto sobre el destino final del patrimonio existente, cuya cuantía debe constar en el balance de transformación de la asociación al día anterior a la fecha de la escritura pública correspondiente, en aplicación del artículo 339 de la Ley[16]. El balance únicamente refleja el estado del patrimonio, es decir, el haber neto en un momento dado. Este patrimonio neto puede estar formado por bienes muebles e inmuebles, los cuales deben ser entregados a las personas designadas en el estatuto de la persona jurídica en proceso de transformación. De acuerdo al artículo 97° del Código Civil, el patrimonio neto debe pasar a las personas o instituciones con fines análogos a la asociación. En consecuencia, cuando se trata de una asociación, en la escritura pública de transformación tendrá que precisarse el destino final dado a los mismos, según como se haya estipulado en el estatuto. Sin embargo, en el caso bajo análisis deberá precisarse si se cumplió con la norma estatutaria, tal cual como fue consignada, pues según el artículo 48 de los estatutos de la asociación, los cuales se hallan legitimados con su inscripción registral, una vez liquidada la asociación el patrimonio debe ser repartido equitativamente entre los asociados. Por tanto, deberá aclararse la escritura pública para manifestar el cumplimiento del mandato estatutario.

QUINTO: Un asunto que podría generar algún tipo de duda es el referente a la partida donde se extenderán el acuerdo de transformación y la nueva forma societaria ¿Deberá abrirse una nueva partida, teniendo en cuenta que ahora la nueva estructura es de una sociedad? Aplicando analógicamente el artículo 118 del Reglamento del Registro de Sociedades, el acuerdo y la nueva forma societaria adoptada se extenderán en la misma partida registral de la asociación, así como los actos inscribibles posteriores relativos a la ahora sociedad. Esta disposición se funda en el hecho de que no hubo un cambio en la personalidad jurídica, y eso es justamente lo que ha ocurrido con la asociación transformada. Como dice Beaumont Callirgos, "(...) no se abre una partida para la nueva forma societaria, lo que aparece correcto desde el punto de vista teórico y pragmático. En efecto, la apertura de una nueva partida puede sugerir el nacimiento de otra persona, y como sabemos la transformación no entraña cambio de personalidad jurídica[17]. Entonces, los asientos de transformación se extenderán en la misma partida de la asociación.

SEXTO: La transformación, como hemos indicado, importa una mutación de la estructura orgánica de la persona jurídica. Si la asociación para acordar su transformación debió sujetarse a las reglas que impone el régimen legal propio de ellas, entonces, para asumir la nueva forma social tendrá que someterse a las disposiciones legales que rigen a ésta. En otras palabras, la persona jurídica transformada a sociedad debe reunir todos los requisitos exigidos por la Ley, siendo aplicable el artículo 117° del Reglamento del Registro de la Sociedades[18].

En concordancia con el párrafo anterior, y dentro de las facultades de calificación integral de los títulos encomendados al Tribunal Registral por el artículo 31 del Reglamento, esta Sala ha advertido los siguientes defectos en el título apelado:

1. Por mandato del artículo 90 de la Ley, no se puede adoptar una denominación preexistente. En la partida N° 02113064 del Registro de Sociedades Mercantiles de Chiclayo consta inscrita la sociedad "Empresa de Transportes Señor de los Milagros". Por tanto, deberá

rectificarse el estatuto en cuanto a la denominación de la sociedad mediante nueva escritura pública, igualmente el depósito bancario deberá ser rectificado con la nueva denominación.

2. De acuerdo al artículo 80 del estatuto la sociedad no tiene directorio. En el inciso c) del artículo 22 del estatuto se ha previsto opinión favorable de un órgano inexistente. Deberá rectificarse este inciso del estatuto.

3. No se han cancelado todos los derechos registrales que ascienden a la suma de S/. 121.80. El Registrador liquidará por el saldo faltante.

Por las consideraciones precedentes, estando a lo acordado por este Colegiado, y con la **ponencia del Vocal Dr. Walter Morgan Plaza:**

VII. RESOLUCIÓN:

Primero: REVOCAR la tacha formulada por la Registradora Pública de Chiclayo, Karina Fong Maita, y **REFORMÁNDANDOLA** declarar que el título es inscribible si se cumple con lo indicado en el cuarto y sexto considerandos de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese

Firmado: Walter Eduardo Morgan Plaza, Rolando Acosta Sánchez, Hugo Echevarría Arellano.

Anexo 02

Constancia de Convocatoria

Chiclayo, ... de ..... del 2009

Yo, ...identificado con DNI N° ....., Presidente de la Comunidad Campesina ....., con domicilio real en .....declaro bajo juramento lo siguiente:

a._____Que las convocatorias a la Asamblea Comunal de fecha .....de .....del año... ..... se han realizado conforme a la ley y al estatuto de la comunidad campesina. Asimismo hecha la convocatoria los comuneros han tomado debido conocimiento de ello.
b._____El texto utilizado en las esquelas de convocatoria fue el siguiente: (a continuación se copia literalmente el texto de convocatoria)

Sr.----------
Se le cita a usted con carácter de urgencia, a la Asamblea de Comuneros, la misma que se realizará en nuestro local institucional, el día .....de.....del año....a horas .....(); para tratar la siguiente agenda: (describir la agenda).
Nombre del que convoca: (Presidente, Vicepresidente etc.)
Declaro que los datos consignados en el presente documento son correctos y completos, siendo fiel expresión de la verdad

Nombre, DNI, Diligencia de legalización de firma.

Anexo 03

Constancia sobre quórum

Chiclayo, ... de ..... del 2009

Yo, ...con DNI N° ....., Presidente de la Comunidad Campesina ....., con domicilio real en .....declaro bajo juramento lo siguiente:

Declaro bajo juramento que los comuneros hábiles para concurrir a la Asamblea Comunal del día ....de .....del año 200x es de ..... comuneros, quienes se encuentran debidamente registrados en el respectivo padrón comunal el mismo que se identifica con el Nª..... , de fecha ....., legalizada ante notario Dr. ..... de la ciudad de Chiclayo.
Asimismo declaro bajo juramento que concurrieron a la Asamblea del .... de ... del 200x, ------ ------ comuneros.
Cumplo con detallar los nombres de los comuneros asistentes en orden alfabético:
a._____Nombre:.....DNI.....
b._____Nombre:.....DNI.....

Nombre del declarante, DNI, Diligencia de legalización de firmas.

Bibliografía

BIBLIOGRAFIA

Avendaño Valdez, Jorge, Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil en *Derechos Reales, Materiales de Enseñanza*, segunda edición, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.

Benites Mendoza, César. Contrato de Asociación en Participación. En *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societario. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima, 2005.

Bigio Chrem, Jack, *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*, Cultural Cuzco, Lima, 1998.

Borda, Guillermo, *Manual de Derechos Reales,* Editorial Perrot, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1994.

Bullard Gonzáles, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003.

Cabrera Ydme, Edilberto, *El procedimiento registral en el Perú,* Palestra Editores, Lima, 2000.

Cárdenas Quirós, Carlos. Introducción al *Compendio de Legislación Registral y Notarial,* Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999.

De Belaúnde López de Romaña, Javier. Reforma del Código Civil y la Personas Jurídicas, en *Reforma del Código Civil Peruano,* Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998. p. 109-117.

De Castro y Bravo, Federico, *La Persona Jurídica,* Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981.

Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones del Derecho Civil. Volumen II/1 Derechos Reales,* Ed. Tecnos, 2ª Edición, Madrid, 1995.

Elias Laroza, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales S.A., Primera edición, Trujillo, 1999.

Font Boix, Vicente, La adquisición "a non domino", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Nº 463, Madrid. Noviembre-Diciembre 1967. p. 1607-1640.

García García, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Ed. Civitas S.A., 1ra. Ed., Madrid, 1988.

García Tejera, Norberto, *Persona Jurídica,* Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Garrigues, Joaquin, *Curso de Derecho Mercantil,* Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas, Venezuela, 2001.

Gonzáles Barrón, Gunter Hernán, *Tratado de Derecho Registral Mercantil,* Jurista Editores, Lima, 2001.

- *Derechos Reales,* Jurista Editores, Lima, 2005.

Guevara Manrique, Rubén, *Derecho Registral,* Quinta Edición, Editora Fecat, Lima 1994

León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil,* Tomo III, Vol. I. Walter Gutiérrez Editor, Lima, 1992.

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2001.

Oficina Registral de Lima y Callao, *Jurisprudencia Registral,* Vol. II, Año I, Lima 1996.

- *Jurisprudencia Registral,* Vol. IV, Año II, Lima, 1997.

- *Jurisprudencia Registral*, Vol. V, Año III, Lima, 1998.

Pau Pedrón, Antonio, *Curso de Práctica Registral,* Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.

- *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2° Edición, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2003.

Paz Ares, Cándido. Las cuentas en participación. En el estudio colectivo *Curso de Derecho Mercantil.* Uría, Rodrigo; Menendez, Aurelio y et. al. Editorial Civitas, Madrid 1999.

Pizarro Aranguren, Luis, El pacto comisorio y el perro del hortelano en *Libro Homenaje a Jorge Avendaño,* Tomo II, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004. p. 643-666.

Ramírez Cruz, Eugenio María, *Tratado de Derechos Reales,* Editorial Rhodas, Lima, 1999.

Rivera Bedregal, Mirtha y Guerra Macedo, Rosario, Comentarios a los precedentes de observancia obligatoria en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos en *El Derecho Registral en la Jurisprudencia Comentada*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2005. p. 203-215.

Ruiz de Velasco y del Valle, Adolfo. *Manual de Derecho Mercantil.* Universidad Pontificia Comillas. Madrid 2007.

Sierralta Ríos, Aníbal. *Joint Venture Internacional.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Segunda Edición, Lima 1997.

Talledo Mazú, César. La Asociación en participación, el consorcio y el joint venture: aspectos contractuales y tributarios. En *Cuadernos Tributarios N°22*, revista editada por la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo peruano. Diciembre 1998, Año 9.

Torres Vásquez, Aníbal, *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho,* Palestra Editores, Lima, 1999.

Uría, Rodrigo; Menendez, Aurelio y Carlon, Luis, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles,* Tomo IX, Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.

Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2002.

Villegas, Carlos Gilberto. *Tratado de las Sociedades*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995.

Jurisprudencias

DROKASA S.A. situación que por analogía debe entenderse asimilable a los alcances del inciso 3) del artículo 1801° del Código Civil que estipula una de las causas de extinción del mandato, esto es, que la muerte del mandante extingue el poder, lo que dicho en otras palabras significa que la desaparición de la persona jurídica conlleva la extinción de los poderes que hubiera otorgado;
Que, a lo dicho concurre la circunstancia que en tanto el Título venido en grado fue presentado el 29 de mayo de 1995, para entonces se había celebrado la fusión de las precitadas sociedades, según Escritura Pública de fecha 01 de marzo de 1995, otorgada por ante Notario Público Dr. Jorge Eduardo Orihuela Ibérico materia de Título N° 038712 antes aludido, que dio origen a la ficha registral N°115913, quedando cerradas las Partidas Regístrales correspondientes a las firmas fusionadas;
Que, en este sentido es evidente que el mandato con representación conferido al Gerente General Sr. Chiri ha quedado extinguido antes de la fecha de presentación del Título Apelado;
Que, debe apreciarse el contenido del artículo 2015° del Código Civil, por el cual ninguna inscripción, salvo la primera se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho del cual emane;
Que, no solamente ha quedado extinguido el poder señalado, sino que en la medida que la Partida Registral de DROKASA S.A., fue cerrada por motivo de la desaparición de esta sociedad, no puede inscribirse el acto jurídico solicitado, por falta de existencia de la persona jurídica, que lo otorgó, precisamente por no existir a la fecha los presupuestos que determinan el derecho del cual emanó, esto es el Directorio de la firma fusionada;
Que, corroborando lo arriba expuesto, la última parte del artículo 85° del Reglamento de las Inscripciones del Registro Mercantil establece que en las fusiones realizadas creando una nueva sociedad, debe abrirse una nueva hoja a esta sociedad, inscribiéndola con el N° que corresponda y en la hoja de las otras sociedades debe ponerse a continuación del último asiento uno que exprese el cierre de la hoja por fusión de las sociedades;
Que, sin perjuicio de lo explicitado, en el extremo a la capacidad del Directorio para otorgar poderes en favor de su gerente para adquirir un bien inmueble, cabe indicar que de acuerdo a la teoría del órgano, que constituye la doctrina más aceptada actualmente y recogida por la actual Ley General de Sociedades el Directorio es un órgano colegiado que representa a la sociedad en forma continua, siendo una de las consecuencias que derivan de esta teoría, que si el estatuto no extiende sus facultades, el órgano, es decir, el Directorio conserva los poderes de administración y de ejecución atribuidos por la Ley;
Que, más aún, de aceptarse la teoría del mandato, doctrina que inicialmente animó la visión jurídica del Directorio en el Código del Comercio de 1902, las consecuencias en el caso de las facultades que se otorgan, serían por igual las mismas, a la que se ha mencionado en la teoría organicista;
Que, si bien el Estatuto de DROKASA S.A. autorizaba al Directorio la facultad de celebrar todo tipo de contratos, no menos cierto es que esta generalidad, contradice el mandato de especificidad que contienen los Arts. 156° y 1671- inciso 1° del Código Civil que prescribe el encargo para disponer de los bienes del representado debe constar en forma expresa e indubitable.
Que, el Estatuto no contiene el reconocimiento de la capacidad del Directorio para disponer de los bienes de la empresa y, el Art. 162° de la Ley General de Sociedades, indica que el Directorio tiene las facultades de representación legal y de administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la Ley o el Estatuto atribuyen a la Junta General,

por lo que se concluye, estando a lo dicho, que al momento de otorgar el mandato en favor de su Gerente General, el Directorio de la Empresa fusionada no contaba con la facultad expresa e indubitable para disponer de los bienes de la Sociedad y consecuentemente, menos podía, conceder estas facultades al mencionado Gerente General;
Que, los actos de disposición en términos jurídicos, comprenden los actos de adquisición, transferencia, gravamen y extinción de derechos, los cuales se constituyen en actividades distintas a los actos de administración.
Que, consecuentemente pese a la extinción de la persona jurídica dada la fusión, debe darse mérito a lo observado por la Registradora Pública; y,
Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:
Confirmarla observación de la Registradora Pública del Registro Mercantil de Lima al Título referido en la parte expositiva por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Regístrese y Comuníquese.- (Fdo.) Dra. Martha Silva Díaz, Presidenta del Tribunal Registral.- Dra. Elena Vázquez Torres, Vocal del Tribunal Registral.- Dr. Walter Poma Morales, Vocal del Tribunal Registral.

2. ELECCIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA

"LA OMISION EN REGISTRAR EL MANDATO DE UN CONSEJO DIRECTIVO POR UN PERIODO DETERMINADO, PARA LUEGO INSCRIBIR EL MANDATO POR UN PERIODO SUBSIGUIENTE NO CONTRADICE LA LETRA DEL ARTICULO 2015° DEL CODIGO CIVIL PUESTO QUE, EL TITULO DEL CUAL EMANA LA DESIGNACION DE UNA NUEVA DIRECTIVA PROVIENE DE LA VOLUNTAD DE UNA ASAMBLEA GENERAL Y NO DE LA EXISTENCIA DE LA ANTERIOR DIRECTIVA.
EN LAS ASOCIACIONES LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO, SI BIEN NO ESTAN SUJETOS A UN PERIODO DE MANDATO PRECISO, DEBIDO AL SILENCIO DE LA NORMA, SE COLIGE QUE DICHO PERIODO ES FIJADO ESTATUTARIAMENTE Y QUE DICHA REPRESENTACION CESA EN LA FECHA QUE EL ESTATUTO FIJA."

Resolución N° 109-96-ORLC/TR.

Lima, 11 de Marzo de 1996.

VISTO, el Recurso de Apelación presentado por don JORGE TOMAS VELASQUEZ SANTANDER en representación de la Asociación Nacional de Retirados de las Fuerzas Policiales del Perú, Personal Subalterno "ANDERFPOL", (Hoja de Trámite N° 2884 del 27 de febrero de 1995), contra la observación formulada por el Registrador de la Sección de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas a la solicitud de Inscripción de la Junta Directiva de la citada Asociación. El Título se presentó bajo el N°7678 del 17 de enero de 1995. El Registrador denegó la inscripción por cuanto "Falta regularizar las Juntas Directivas que se han dado con anterioridad entre los años 1987 a 1993, siendo además que de acuerdo a los Estatutos de la entidad no se halla contemplada la reelección de los miembros de la Junta Directiva", y;

CONSIDERANDO:
Que, el Título venido en grado concierne a la solicitud de inscripción de la Junta Directiva Reestructurada de la precitada Asociación correspondiente al período 1993-1996 según Acuerdo de Junta Directiva tomado en sesión de fecha 29 de agosto de 1993, el mismo que fue elevado a Escritura Pública el 21 de febrero de 1994 por ante el Notario Público Dr. Aurelio Alfonso Díaz Rodríguez, siendo que a tenor de la correspondiente Acta de la respectiva sesión, se dejó constancia del restablecimiento a plenitud de la legitimidad de la Junta Directiva presidida por don Jorge T. Velásquez Santander, en razón de lo dispuesto por Ejecutoria Suprema del 23 de abril de 1993, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema de la República;
Que, la Ejecutoria Suprema aludida en el Considerando precedente fue inscrita en el asiento 13 de fojas 238 del Tomo 16 del Libro de Asociaciones, en mérito al Título N°63043 del 23 de junio de 1993 en el que constan los partes judiciales del proceso judicial iniciado ante el Vigésimo Noveno Juzgado en lo Civil de Lima que declaró fundada la demanda, en el extremo referido a la nulidad de las inscripciones de la Junta Directiva de la Asociación recurrente, anotadas en los asientos 4 y 5 de la partida registral, por lo que se ordenó a los Registros Públicos proceder

a la inscripción de la Junta presidida por el Sr. Jorge Tomás Velásquez Santander, elegida para el período 1984-1987 por Sesión del Congreso Nacional llevada a cabo del 24 al 26 de febrero de 1984, confirmándose la sentencia de primera instancia por Fallo de fecha 9 de agosto de 1991, expedido por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima y posteriormente, por Resolución de Vista de fecha 23 de abril de 1993 expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. La anotación de la demanda corre en el asiento 12, fojas 238 del citado tomo, efectuado según Título Archivado N° 87066 del 22 de agosto de 1988;

Que, mediante el Título Archivado N° 50012 de fecha 26 de abril de 1984, que contiene copia certificada de los instrumentos judiciales consignados en el Considerando anterior y la escritura pública del 16 de abril de 1986 otorgada por ante el Notario Público Dr. Ernesto Velarde Arenas (que también corre archivada bajo el N° 933 del 6 de mayo de 1986) se extendió el asiento 16 de fojas 240, del Tomo 16 del Registro de Asociaciones, en el cual se asentó la designación de la Junta Directiva por el período 1984-1987, presidida por Jorge Velásquez Santander según Acuerdo obrante en el Acta de la Sesión del Primer Congreso Nacional de fecha 24 al 26 de febrero de 1984;

Que, en el asiento 8 de la Partida Registral inscrita en mérito al Título N° 24470 del 08.03.89 aparece el Consejo Directivo presidido por Julio Olórtegui Alvarado elegido en asamblea extraordinaria de delegados del 09.08.88 por el Comité Electoral (elegido en asamblea extraordinaria de socios del 17 de junio de 1988) y el Comité Interventor;

Que, de conformidad con los Asientos 14 y 15 de la Partida Registral y conforme se aprecia en los considerandos precedentes, el título N° 87066 del 22-08-88 inscrito en el asiento 12, fojas 238 del Tomo 16 de Asociaciones, tiene prelación respecto al Título N° 24470 del 8 de marzo de 1989 inscrito en el asiento 8, fojas 144 del mismo tomo;

Que, la omisión en registrar el mandato de un Consejo Directivo por un período determinado, para luego inscribir el mandato por un período subsiguiente, no contradice la letra del Art. 2015° del Código civil, puesto que el título del cual emana la designación de una nueva directiva proviene de la voluntad de una Asamblea General y no de la existencia de la anterior directiva; con lo que se desvirtúa el primer extremo de la observación del Registrador;

Que, a mayor abundamiento de la posición sostenida concurre lo dispuesto por el último párrafo del Art. 160s de la Ley General de Sociedades, donde se enuncia expresamente la continuación en el cargo de un director de una sociedad comercial cuando no se ha elegido nuevo directorio, por lo que se entiende que a diferencia de las asociaciones civiles, la ley sí se pronuncia en forma efectiva e impone una obligación a los directores de dicha sociedad, con lo que se colige que el legislador ha dejado a la Asamblea General de las Asociaciones Civiles en la libertad de decidir sobre la existencia de un Consejo Directivo;

Que, en lo relativo al extremo de la reelección contenida en la observación del Registrador, debe tenerse en cuenta que el Art. 45° del Estatuto de la Asociación prohibe la reelección de sus miembros directivos sólo en los períodos inmediatos, lo cual queda corroborado por el Art. 74°, por lo que la observación del Registrador a este respecto resulta improcedente, en la medida que no puede establecer si ha existido o no, alguna reelección inmediata, por haberse omitido celebrar las elecciones por los períodos que van de 1987 a 1993;

Que, puede apreciarse del Título venido en grado que la restructuración de la Junta Directiva no proviene de la voluntad de la Asamblea General de Delegados, en contravención a los artículos

21°, 29° y 33° inc. h) del Estatuto de la Asociación;
Que, en el tema de las Asociaciones Civiles los miembros del respectivo Consejo Directivo de una entidad, si bien no están sujetos a un período de mandato preciso, debido al silencio de la norma, se colige que dicho período es fijado estatutariamente, por lo que siendo que el Art. 93Q del Código Civil, impone a los directivos las responsabilidades propias de la representación, debe entenderse que la capacidad de los directivos, vinculada al ejercicio de dicha representación, evidentemente cesa en la fecha que estatutariamente se fija, no siendo admisible una prórroga de la misma dado el silencio indicado, salvo que el Estatuto diga lo contrario, lo que no sucede en el presente caso;
Que, abundando en el tema de la representación, al cual remite el precitado Art. 93°, es claro que el legislador ha asimilado el cargo del directivo a la naturaleza del mandato con representación, por lo que concluido un mandato predeterminado, tácitamente debe darse por concluida la representación implicada, acorde a los Arts. 1806°,1807°, y 1801° inc. 1) del Código civil;
Que, la doctrina jurídica reconoce que las responsabilidades que se atribuyen a las personas deben ser expresamente manifiestas, en la medida que las responsabilidades al significar límites al accionar de las personas, deben estar declaradas por lo que, el Código Civil, en la parte pertinente, al no pronunciarse sobre las responsabilidades de los directivos, allende a los períodos de su mandato, permite deducir, que la falta de mención de la norma que regule una responsabilidad luego del término del cargo, determina aceptar que los cargos directivos no se renuevan de manera tácita;
Que, la conclusión del mandato de un Consejo Directivo significa un llamado a la voluntad de la Asamblea General para que decida sobre la designación de uno nuevo, respecto al cual, en la medida que el Código Civil no se ha pronunciado al respecto y en tanto no existe un mandato judicial, no es admisible que un tercero se sustituya en la voluntad de un órgano privado y ordene la designación de un Consejo Directivo por un período determinado, toda vez que además la diligencia y responsabilidad que se espera de los asociados, presupone un interés en el cuidado de sus propios asuntos, que si no es objeto de manifestación, debe entenderse la aceptación de la situación dada, esto es, el consentimiento de la falta de una directiva representante;
Que, adicionalmente, y dentro de una calificación integral del título objeto de la apelación, que corresponde a una función propia del Tribunal Registral, se observa que en tanto el Estatuto modificado de la Asociación, inscrito en el asiento 6, fojas 142 del Tomo 16 de Asociaciones, en mérito al título archivado N° 25867 del 09 de enero de 1987, que contiene la escritura pública del 17 de diciembre de 1986, otorgada por ante el Notario Público Dr. Manuel Forero García Calderón, el Órgano de la institución, responsable de su dirección, administración y manejo de los fondos, es el Consejo Directivo, coincidiendo con el inc. 4) del Art. 82° del Código Civil, en tanto que del título venido en grado, el órgano responsable cuyas vacantes se proveen es denominado Junta Directiva, discrepancia denominativa que no se ajusta a las normas estatutarias y legales;
Que, la señalada discrepancia de nominaciones se repite respecto a la designación de los cargos del Consejo Directivo, como puede establecerse de las designaciones que constan según Acuerdo de Junta Directiva tomado en Sesión de fecha 29 de agosto de 1993, expresado en el Primer Considerando de esta Resolución, comparado con los cargos enunciados en el Art. 45° de los Estatutos;

Que, por último existen adicionales inadecuaciones del Título Apelado con el Estatuto dé la Asociación según éste la Asociación se denomina "Asociación Nacional de Retirados de las Fuerzas Policiales del Perú-ANDERFPOL" mientras que en el título se indica "Asociación Nacional de Retirados de las Fuerzas Policiales del Perú-"ANDERFPOL"; del mismo modo, en el Art. 45Q del Estatuto se señala que el Consejo Directivo es elegido por un período de dos años, en discrepancia con los tres años de vigencia del Consejo materia de inscripción, 1993-1996;
De conformidad con el numeral IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, y,
Estando a lo acordando:

SE RESUELVE:
Revocar la observación formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas al Título indicado en la parte expositiva y reformándola declarar que el mismo no es inscribible por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Regístrese y Comuníquese.- (Fdo.) Dra. Martha Silva Díaz, Presidenta del Tribunal Registral.- Dra. Elena Vásquez Torres, Vocal del Tribunal Registral.- Dr. Walter Poma Morales, Vocal del Tribunal Registral.

3. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL N°447-2000- ORLC/TR

LIMA, 18 Diciembre 2000

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por FIDEL RAMIREZ GARAYAR, mediante hoja de trámite N° 2000-036425 del 07 de setiembre del 2000, contra la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Personas Jurídicas, Dr. Marco Antonio Soto Mamani, a la solicitud de inscripción de consejo directivo y otros. El título se presentó el 10 de agosto del 2000 bajo el número 143416. El Registrador denegó la inscripción por cuanto: "1. De los avisos de convocatoria a las asambleas generales de fechas 30.01.99. y 03.04.99. se advierte que estas son efectuadas por el Director Secretario, lo que contraviene a lo dispuesto por el art. 85 del Código Civil, concordado con el art. 29 del estatuto, el que preceptúa que dicha facultad le compete al presidente del consejo directivo. 2. Debe acompañar el aviso publicado en un periódico de circulación nacional, en donde se convoca al proceso eleccionario del día 07.03.99., de conformidad a lo establecido por el art. 29, 69 y 74 del estatuto. 3. Se adjunta un libro al parecer de lista de asistencia a la asamblea de fecha 07.03.99., sin embargo en cada una de sus hojas se indica la fecha 05.03.99.; sírvase aclarar dicha discrepancia. Se observa al amparo de lo establecido por el art. 2011 del Código Civil y 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos."; con el informe oral del abogado Dr. Juan José Monteverde B.; interviniendo como Vocal ponente la Dra. Nora Mariella Aldana Duran; y.

CONSIDERANDO:

Que, mediante el título venido en grado se solicita la inscripción de la elección del consejo directivo, junta calificadora y de disciplina, y junta de auditoría, período 1999 - 2001, del "CLUB ESMERALDA", en mérito a copias certificadas notarialmente de las actas de la asamblea general extraordinaria del 30 de enero de 1999 (elección comité electoral), elecciones generales del 07 de marzo de 1999 y asamblea general ordinaria del 03 de abril de 1999 (juramentación); además se presenta la relación de asociados asistentes, copia de los avisos de convocatoria a las citadas asambleas, así como circulares de convocatoria y copias legalizadas por Notario Público de Lima, Dr. Javier Aspauza Gamarra, del libro padrón de asociados y actas de sesiones de consejo directivo de fechas 15 de diciembre de 1998 y 15 de marzo de 1999, respectivamente;

Que, revisada la partida registral de la asociación, que viene de fojas 209 del tomo 16 y continúa en la ficha N° 13357 y partida electrónica N° 03001761 del libro de asociaciones del Registro de Personas Jurídicas de Lima, se aprecia que el último consejo directivo, junta calificadora y de disciplina, y junta de auditoría inscritas (as. 13 ficha N° 13357), figuran presididas por Wolfgang Freitag Nieland, Ricardo Palacios de las Casas y Eduardo Farah Hayn, respectivamente, los mismos que fueron elegidos en la asamblea eleccionaria del 02 de marzo de 1997, según consta del título archivado N° 64899 del 22 de abril de 1997;

Que, con relación a! primer extremo de la observación, debe decirse que, si bien es cierto que en los avisos publicados en el diario "El Comercio", tanto el 20 de enero como el 24 de marzo de 1999, referidos a las convocatorias a asamblea general extraordinaria del 30 de enero de 1999 y asamblea general ordinaria del 30 de abril del mismo año, aparece el refrendo individual del "Director --Secretario", sin embargo, debe tenerse presente que de acuerdo al art. 49 del estatuto de la asociación el "El Director- Secretario tendrá como responsabilidad principal la redacción y

refrendo de todo tipo de comunicaciones (...) a los socios y a terceros (...)", por lo que se trataría de un acto de ejecución - fase ejecutiva -, por parte de este último de los acuerdos adoptados en ese sentido por el consejo directivo el 15 de diciembre de 1998 y 15 de marzo de 1999, órgano que según el literal g) del art. 39 del estatuto detenta la facultad de convocatoria a las asambleas,

Que se ha venido interpretando el art. 85 del Código Civil en el sentido que se trata de una norma imperativa, de manera tal que en el estatuto necesariamente debía expresarse que la asamblea general es convocada por el presidente del consejo directivo, y excepcionalmente por el propio consejo directivo, por impedimento o negativa del primero;

Que corresponde reexaminar los alcances del referido art. 85 dada la amplia casuística registral existente; al respecto debe decirse que, el carácter imperativo de una norma no estará dado necesariamente por los términos literales mandatorios, bajo sanción de nulidad, en que se encuentre redactada, pues aun cuando no estuviera expresada en dichos términos será imperativa si constituye una derivación de los principios fundamentales en que se sustenta el sistema jurídico en general y la figura o instituto jurídico en particular;

Que en el título II de la sección segunda (Personas Jurídicas) del libro I (derecho de las personas) del Código civil se aprecian disposiciones normativas referentes a los aspectos esenciales de la asociación, como aquéllas en las que se señala que la misma "persigue un fin no lucrativo", que "la asamblea general es el órgano supremo" y como tal competente para elegir el consejo directivo, modificar el estatuto y disolver la asociación, así como la que establece que "ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto", por ejemplo; las indicadas normas atienden a la finalidad esencial de la asociación y a su organización sustentada en la igualdad de los asociados y la atribución que tienen de participar en la toma de las decisiones fundamentales de la persona jurídica; en cambio, existen normas que no inciden en tales aspectos sustanciales, aspectos respecto a los cuales y en uso de la autonomía de la voluntad podrían los asociados pactar en el estatuto en sentido distinto al establecido en el Código Civil.

Que, en ese sentido, si bien el Código Civil ha dispuesto que sea el presidente del consejo directivo el que convoque a asamblea general, sin embargo, establecer una fórmula distinta, como que otro integrante del consejo directivo efectúe la convocatoria, no afecta la esencia de este tipo de organización social denominada asociación, dado que se trata de un miembro del órgano directivo elegido por la propia asamblea general, órgano supremo;

- Que en ese orden de ideas, en el presente caso se verifica que la convocatoria a asamblea general ha sido ejecutada por el Director-Secretario, conforme a los términos establecidos en el estatuto, por lo que debe revocarse el primer extremo le la observación, dejando constancia que se está modificando el criterio establecido en las resoluciones N°s. 455-97-ORLC/TR del 6.11.97, 457-97-ORLC/TR del 11.11.97 y 118-98-ORLC/TR del 16.03.98;

Que, con relación al segundo extremo de la observación formulada por el Registrador Público exigiendo la presentación del aviso de publicación de la convocatoria efectuada por el comité electoral a elecciones del 07 de marzo de 1999, debe decirse que, es este un caso en el que existe vacío, dado que el estatuto sólo ha regulado la formalidad que debe revestir la convocatoria efectuada por el consejo directivo a asamblea general - incluida la elección del comité electoral (art. 37 estatuto) - no así la efectuada por el comité electoral; asimismo, el Código Civil tampoco ha regulado este aspecto;

Que, en efecto, tratándose de! consejo directivo, el artículo 29 del estatuto señala que la convocatoria a asamblea general debe ser efectuada "(...) por medio de un aviso publicado en uno de los diarios

de mayor circulación y mediante una circular enviada a los socios con indicación precisa de fecha, hora y lugar de la reunión y la agenda de los temas a tratar. El aviso debe publicarse diez días antes del señalado para la celebración de las asambleas (...)", lo que se cumplió al publicarse el 20 de enero de 1999 el aviso de convocatoria para la asamblea del 30 del mismo mes, a fin de elegir el comité electoral respectivo; en el caso del comité electoral - en tanto órgano ejecutor del acuerdo de la asamblea general, el mismo que luego proclamará a los directivos electos (art. 35 estatuto) -, sólo existen disposiciones de carácter general como el litera! a) del art. 69 (facultad de convocatoria a elecciones) y art. 74 (anticipación de la convocatoria: 30 días previos); no existiendo dispositivo legal o estatutario que regule el tema, la forma de la convocatoria será la acordada por el comité; en el presente caso el órgano electoral convocó mediante circulares al acto eleccionario del 07 de marzo de 1999; por lo que igualmente, debe revocarse este extremo de la observación;

Que, el último extremo de la observación está referido a que en la lista de asociados asistentes correspondiente a las elecciones generales del 7 de marzo de 1999, se consigna en el anverso a máquina la fecha "7 de marzo de 1999" mientras en cada una de las fojas en papel continuo "05/03/99", no quedando clara la fecha a la que corresponde. Sin embargo, si bien existe dicha discrepancia, debe tenerse en cuenta que existen elementos que permiten determinar con certeza que el referido listado corresponde a las elecciones del 7 de marzo de 1999, tales como el número de votantes indicados tanto en el acta eleccionaria del comité electoral como en la asamblea del 3 de abril de 1999, que fue 123, al igual que el número de asistentes que constan en el referido listado; además, resulta verosímil que la fecha que aparezca en el papel continuo corresponda a la fecha de confección del listado y no a la fecha de las elecciones, tal como se señala en el recurso de apelación;

Que sin embargo, conforme al art. 29 del estatuto la asamblea general debe ser convocada por el consejo directivo mediante un aviso publicado en uno de los diarios de mayor circulación "y mediante una circular enviada a los socios (...)", en ese sentido, deberá adjuntarse un ejemplar de las circulares correspondientes a las asambleas generales del 30 de enero y 03 de abril de 1999;

Que, de conformidad con el primer párrafo del artículo 2011° del Código Civil, numeral IV del Título Preliminar, artículos 150° y 151° del Reglamento General de los Registros Públicos, no es procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y,

Estando a lo acordado:

SE RESUELVE:

REVOCAR la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Personas Jurídicas al título referido en la parte expositiva, y señalar que el título tiene el defecto subsanable señalado en el penúltimo considerando;

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.— (Fdo.) Dra. Luis Alberto Aliaga Huaripata, Presidente de la Tercera Sala del Tribunal Registral. - Dra. Gloria Salvatierra Valdivia, Vocal del Tribunal Registral. - Dra. Nora Mariella Aldana Duran, Vocal del Tribunal Registral.

4. CONVOCATORIA

"NO ES COMPETENTE PARA CONVOCAR Y PRESIDIR LA ASAMBLEA EL PRESIDENTE DE UNA JUNTA DIRECTIVA CUYO MANDATO HA VENCIDO, SIENDO QUE TALES ACTOS NO TIENEN EFECTOS LEGALES."

RESOLUCIÓN N° 250-97-ORLC/TR

LIMA, 23 DE JUNIO DE 1997.

VISTA, la apelación interpuesta por don Zoilo Pereda Tarazona representante del CENTRO UNION UMBE (mediante escrito vía subsanación de fecha 21 de Febrero de 1997), contra la observación del Registrador Público del Registro de Personas Jurídicas de Lima, Dr. Carlos Antonio Mas Avalo, formulada a la solicitud de inscripción de Adecuación de Estatutos y Elección de Consejo Directivo, en mérito a partes notariales y otros. El Título se presentó el 22 de Enero de 1997 bajo el N°11139. El Registrador denegó la inscripción por cuanto: «1.- El aviso de convocatoria a Asamblea General del 17 de Junio de 1995 inserto en la escritura pública de fecha 21 de Noviembre de 1996 no tiene fecha de haberse emitido, lo que no permite determinar la anticipación mínima que exige el artículo 52Q de los estatutos; de igual manera, el aviso de convocatoria a la Asamblea General del 9 de diciembre de 1996 no cumple con la anticipación mínima de diez días que exige el citado artículo del estatuto. 2.- No se acompaña copias certificadas por Notario Público de la relación de asociados que asistieron a la Asamblea General del 14 de Julio de 1990 y el aviso de convocatoria a la misma, el que debe reunir los requisitos previstos en el artículo 26°, 33° y 52° del estatuto, concordado con el artículo 85° del Código Civil. Dejando constancia que, para los efectos de que una asamblea general de asociados sea válida, ésta debe haber sido convocada y presidida por el presidente del Consejo Directivo con mandato vigente; lo cual no está acreditado en la Asamblea General del 14 de Julio de 1990. 3.-Siendo elegido en Asamblea General Extraordinaria del 14 de Julio de 1990 a los miembros del Consejo Directivo que presidió el señor Zoilo Pereda Tarazona, su mandato feneció en el mes de Julio de 1991, conforme lo dispuesto en el artículo 67° del estatuto; en consecuencia a partir de dicho mes el citado señor no tenía facultades para convocar a asambleas generales de asociados. Sírvase subsanar de acuerdo a ley», interviniendo como Vocal ponente el Dr. Walter Poma Morales; y,

CONSIDERANDO:

Que, con el título venido en grado, se solicita la inscripción de la adecuación del estatuto al Código Civil vigente y nombramiento de Consejo Directivo de la Asociación Centro Unión Umbe, para lo cual se presenta la escritura pública del 21 de Noviembre de 1996 y la escritura aclaratoria extendida del 3 de Noviembre de 1997, ante el Notario de Lima, Dr. Ramón Espinosa Garreta, que contienen insertos las certificaciones de las actas de las Asambleas Generales Extraordinarias del 17 de Junio de 1995 y 9 de Diciembre de 1996, respectivamente, copia certificada notarialmente de las actas de las Asambleas Generales llevadas a cabo el 14 de Julio de 1990, 17 de Junio de 1995, y del 9 de Diciembre de 1996, su aviso de convocatoria y relación de asociados asistentes a dicha Asamblea; igualmente se presenta copia legalizada y autenticada del Registro de Padrón de socios;

Que, revisada la partida registral, fojas 189 del tomo 13 del Libro de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas de Lima, así como el título archivado N° 835 del 23 de Octubre de 1970, se desprende que, por escritura pública de fecha 29 de Setiembre de 1970, otorgada ante Notario de Lima, Dr. Alberto Florez Barrón se constituyó la Asociación y se nombró a la primera Junta Directiva presidida por el señor Máximo Aramburú Ortega;

Que, si bien en dicha partida, no se ha registrado acto alguno desde su constitución, no existe obligación legal para la inscripción del título sub-materia de la presentación previa de todas las actas de regularización de las juntas directivas desde el año 1970 a la fecha; siendo admisible la inscripción de una Junta Directiva sin que haya sido inscrita la inmediatamente anterior, siempre que concurran los elementos necesarios para ello, conforme se ha pronunciado este Tribunal en diversas Resoluciones como la N° 045-96-ORLC/TR del 2 de Febrero de 1996;

Que, el Estatuto es la norma base que regula la actividad institucional de la Asociación, las mismas que deben ser cumplidas por todos los asociados conforme lo dispone el inciso b) del artículo 14° del Estatuto de la Asociación;

Que, el señor Zoilo Pereda Tarazona quien convoca y preside la Asamblea General Ordinaria celebrada el 17 de Junio de 1995, fue elegido en Asamblea realizada el 14 de Julio de 1990, acto de donde se origina su representación, el mismo que fue ratificado en la Asamblea General Extraordinaria del 09 de Diciembre de 1996, por consiguiente, el período de la citada Junta Directiva es desde el año 1990 a 1995;

Que, el artículo 32° del Estatuto señala que el período de duración de los miembros de la Junta Directiva es de un año de mandato, pudiendo ser reelegidos por una sola vez conforme lo faculta el artículo 67° del citado Estatuto;

Que, por consiguiente, al tener la citada Junta Directiva su mandato vencido al momento de celebrarse las Asambleas, materia de inscripción, el señor Zoilo Pereda Tarazona no tenía facultad para convocar ni presidir las mencionadas Asambleas Generales de Asociados; en consecuencia, dichos actos no tienen efectos legales, por cuanto para la realización de las Asambleas se debió efectuar la convocatoria de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 85° de Código Civil;

Que, de otro lado, el aviso de convocatoria constituye un acto previo a la realización de la Asamblea General que da publicidad a su celebración así como a los puntos a tratar en las mismas, a efectos que los asociados tengan conocimiento de su realización y del contenido de la agenda para que ejerzan sus derechos; en tal virtud la convocatoria debe efectuarse en la forma establecida en los Estatutos;

Que, al respecto, el artículo 52° del Estatuto señala que para toda clase de sesiones, el secretario general y el de propaganda hará las citaciones por medio de esquelas, radio y otros medios de publicidad con 10 días de anticipación, haciéndose constar la agenda de la reunión;

Que, en tal sentido, el aviso de convocatoria a la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 17 de Junio de 1995 inserta en la escritura pública no tiene fecha de emisión, razón por la que no se puede establecer si se ha cumplido con el plazo de 10 días de anticipación establecido en el precitado artículo del Estatuto;

Que, igualmente, en ese mismo sentido el aviso de convocatoria para la Asamblea General Extraordinaria del 09 de Diciembre de 1996, fue efectuada el 04 de Diciembre del mismo año no cumpliendo con la anticipación de 10 días anteriormente señalado;

Que, adicionalmente cabe referir que la Asamblea General realizada el 14 de Julio de 1990, del

cual emana el derecho del señor Zoilo Pereda Tarazona, no se presenta copia certificada de la relación de asociados asistentes y el aviso de convocatoria;
De conformidad con el primer párrafo del artículo 2011° del Código Civil, numeral IV del Título Preliminar y artículos 150° y 151° del Reglamento General de los Registros Públicos no es procedente amparar la presente solicitud de inscripción, máxime si no concurren los elementos necesarios para ello conforme se señala en el tercer considerando de la presente Resolución; y;
Estando a lo acordado

SE RESUELVE:
Confirmar la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Personas Jurídicas al título referido en la parte expositiva, por los fundamentos expresados en los considerandos de la presente Resolución,

REGÍSTRESE Y COMUNIQUESE.— (Fdo.) Dra. Elena Vásquez Torres, Presidenta de la 2da. Sala del Tribunal Registral. - Dr. Walter Poma Morales, Vocal del Tribunal Registral. - Dr. Luis Aliaga Huaripata, Vocal (e) del Tribunal Registral.

.- REPRESENTACIÓN DE HECHO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

"SI BIEN LOS DIRECTIVOS CESAN EN SUS FUNCIONES AUTOMÁTICAMENTE UNA VEZ VENCIDO EL PLAZO PARA EL QUE FUERON ELEGIDOS, TAMBIÉN ES CIERTO QUE, DEBE RECONOCERSE LA "REPRESENTACIÓN DE HECHO" DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CUANDO LOS DIRECTIVOS CONTINÚAN EJERCIENDO "DE FACTO" SUS CARGOS, QUIENES SE ENCONTRARÍAN LEGITIMADOS, EXCEPCIONALMENTE, PARA AQUELLAS FACULTADES "NECESARIAS" O "VITALES" PARA LA CONTINUIDAD Y FUNCIONAMIENTO DEL ENTE COMO RESULTA SER LA CONVOCATORIA A UNA SIGUIENTE ASAMBLEA DE ELECCIÓN DE LOS NUEVOS DIRECTIVOS QUE REGULARIZARÁ EL ESTADO DE "ACEFALÍA", DEBIENDO ENTENDERSE QUE DURANTE ESTE PERIODO, SÓLO TENDRÁN ESA FACULTAD Y NO OTRAS, SIN QUE ELLO SIGNIFIQUE EN MODO ALGUNO PRÓRROGA DEL MANDATO."

RESOLUCIÓN N°478-98-ORLC/TR

LIMA, 29 DE DICIEMBRE DE 1998.

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por la ASOCIACIÓN MUTUALISTA HONOR Y LEALTAD (AMHOLE), representada por su Presidente don Enrique Oblitas Jaén (Hoja de Trámite Documentarlo N° 25375 del 30 de setiembre de 1998), contra la observación formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas de Lima, Dr. Carlos Antonio Mas Avalo, a la solicitud de inscripción de Nombramiento de Consejo Directivo y Consejo de Vigilancia , en mérito á copias certificadas de actas de Asamblea General. El título se presentó el 20 de agosto de 1998, bajo el N° 139929. El Registrador denegó la solicitud de inscripción en los siguientes términos: "a) A la fecha de la celebración de la sesión ordinaria del Consejo Directivo llevado a cabo el 27-03-98, el mandato de los miembros del citado consejo presidido por Justo Palomino Rubianes ya había vencido; teniendo en cuenta que, su elección data del 23-11-95 y de conformidad con lo dispuesto por el art. 37 del Estatuto el mandato es por un periodo de dos años, aun asumiendo que su mandato se computa desde la fecha de su proclamación el 12-01-96. Por lo expuesto, el citado señor, carecía de facultades para convocar y presidir válidamente la Asamblea General Extraordinaria del 25-07-98 de conformidad con lo dispuesto por el art. 47 del Estatuto, concordado con el art. 85 del Código Civil. En cuanto al acuerdo de prórroga de mandato del Consejo Directivo por 90 días, acordado en la Asamblea General Ordinaria del 24-04-98 le manifiesto que, dicho acuerdo también carece de validez por cuanto, fueron adoptados estando ya vencido el mandato de dicho Consejo Directivo, b) No han acompañado las copias certificadas por el Notario Público de la relación de asociados que han asistido a la Asamblea General Ordinaria del 24-04-98 y el aviso de convocatoria a la misma"; con el informe oral del Dr. Manuel Alvarado Saldívar; interviniendo como Vocal ponente la Dra. Elena Vásquez Torres; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el título venido en grado, se solicita la inscripción del nombramiento de los Consejos Directivo y de Vigilancia de la Asociación Mutualista Honor y Lealtad -AMHOLE-, en mérito a copias certificadas de la sesión del Consejo Directivo del 27 de marzo de 1998, actas de Asamblea General del 12 de enero de 1996, 24 de abril de 1998, 25 de julio de 1998, aviso de convocatoria y relaciones de asistentes a la última asamblea, así como actas de cierre de sufragio de Lima y Callao

y de Provincias de fechas 11 y 16 de julio de 1998 y acta de cómputo total de elecciones del 17 del mismo mes y año;
Que, la Asociación Mutualista Honor y Lealtad AMHOLE se encuentra inscrita en la ficha N° 18539 del Libro de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas de Lima, constando en el As. 07 los últimos Consejos Directivos y de Vigilancia inscritos, elegidos en Asamblea General del 23 de noviembre de 1995 presididos por Justo Palomino Rubianes y Hugo Cohaila De la Peña, respectivamente;
Que, el Estatuto de la Asociación, contenido en el título archivado N° 5801 del 17 de enero de 1994 y que dio mérito a la extensión del as. 06, fs. 380 del tomo 15 del libro de Asociaciones, en su art. 37 establece que el Consejo Directivo será elegido en elecciones generales para un ejercicio de dos años, pudiendo ser reelegidos para un periodo igual;
Que, .se aprecia que a la fecha de sesión del Consejo Directivo en la cual se nombra al Comité Electoral (27-03-1998), el mandato de los miembros del citado Consejo, presidido por Justo Palomino Rubianes, ya se encontraba vencido, contados ya sea desde el proceso eleccionario realizado del 23 al 28 de noviembre de 1995 (según título archivado N° 31484 del 27-02-96) o desde su proclamación: 16 de enero de 1996, fecha en la que señalan asumieron efectivamente el cargo;
Que, esta Instancia se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia en el sentido que ante la ausencia de un órgano facultado para convocar válidamente a Asamblea General, procede su realización mediante convocatoria judicial o con la reunión de todos sus asociados en Asamblea Universal; en la práctica, sin embargo, subsisten un gran número de asociaciones que no pueden regularizar su situación de "acefalía", dado que las normas sustantivas no han previsto solución al problema y las gestiones de convocatoria o la reunión de la totalidad de asociados presenta dificultades, en ciertos casos insalvables, situación que indudablemente genera serios perjuicios a la persona jurídica; en ese sentido, se requiere intentar fórmulas adicionales de solución a este problema, en la medida que no se colisione con el orden legal existente, como en el caso particular de aquellas asociaciones cuyos directivos no pudieron convocar oportunamente a asamblea de elección de sus sucesores y vencido el término de su mandato continúan ejerciendo sus cargos de manera "táctica";
Que, la asociación -en tanto persona jurídica- es un sujeto de derecho que goza de la misma capacidad que cualquier otra persona colectiva de derecho privado, que además de tener un nombre, domicilio, patrimonio, debe tener representantes a través de los cuales poder expresarse y velar por sus intereses; si bien los directivos cesan en sus funciones automáticamente una vez vencido el plazo para el que fueron elegidos, también es cierto que, debe reconocerse la "representación de hecho" de las personas jurídicas cuando los directivos continúan ejerciendo "de facto" sus cargos, quienes se encontrarían legitimados, excepcionalmente, para aquellas facultades "necesarias" o "vitales" para la continuidad y funcionamiento del ente como resulta ser la convocatoria a una siguiente Asamblea de Elección de los nuevos directivos que regularizará el estado de "acefalía", debiendo entenderse que durante este periodo, sólo tendrán esa facultad y no otras propias de quienes tienen mandato vigente, sin que ello signifiqué en modo alguno prórroga del mandato, ya que ésta sí determinaría la continuidad de los órganos directivos con todas sus facultades y funciones; en ese orden de ideas, a fin de admitir la "representación de hecho", la validez de la convocatoria y elección de la nueva directiva, corresponderá al Registrador evaluar discrecional y documentalmente (de conformidad con los antecedentes regístrales, las normas legales aplicables, la Jurisprudencia y casuística registra!), la continuidad "de facto" inmediata de la directiva que recientemente cesó en sus cargos, es decir, desde la fecha en que venció su mandato hasta la fecha de realización de la nueva Asamblea General de Elecciones;

Que, en el presente caso, se observa: a) que en sesión del citado órgano realizado el 27.03.98 se acordó convocar a Asamblea General Ordinaria para el 24.04.98 y se eligió al Comité Electoral encargado de la dirección y conducción del proceso eleccionario; b) que el 23.04.98 se publicó en el diario La República el cronograma para las elecciones, señalándose como fecha de inicio el 30 de abril y como fecha de la proclamación de la lista ganadora y juramentación de los miembros directivos el 25.07.98, elecciones realizadas de conformidad con los Arts. 61 y siguientes del Estatuto; c) que en Asamblea General Ordinaria del 24.04.98 se trataron los temas de la memoria anual, balance de 1997 y presupuesto de 1998, entre otros, acordándose fuera de agenda la prórroga del mandato por noventa días de la directiva presidida por Justo Palomino Rubianes; d) en las actas del Comité Electoral referidas al cómputo total de las elecciones del 17.07.98, que las elecciones se realizaron en las fechas previstas 09,10 y 11 de julio, resultando ganadora la lista N° 2 presidida por Enrique Oblitas Jaén; y, e) que en Asamblea General del 25.07.98 se cumplió con proclamar a los consejos para el período 1998-2000 y realizar la juramentación de los integrantes en sus cargos;

Que, todas estas circunstancias permiten colegir que el Consejo Directivo de la Asociación ha continuado actuando, quedando claro que la elección del Comité Electoral fue realizada por quienes, según los artículos 37 y 63 del Estatuto, tenían legitimidad para actuar;

Que, sin embargo, se advierte que existe discrepancia entre los miembros del Comité Electoral designados por el Consejo Directivo en su sesión del 27 de marzo de 1998 y los que conducen el proceso eleccionario, pues los señores Hugo Caballero Cornejo y Carlos Montes De Oca Lértora, no fueron designados como miembros del citado Comité;

Que, de otro lado, la inscripción del acuerdo de prórroga del mandato del Consejo Directivo por 90 días acordada en Asamblea General del 24 de abril de 1998, que según indican va a tener efectos retroactivos, resulta inadmisible, toda vez que importa el ejercicio de actos no autorizados, como se señaló en el sexto considerando y rompe con la continuidad de las funciones del Comité Electoral;

Que, finalmente, mediante Hoja de Trámite Documentarlo N° 25507 del 01 de octubre de 1998, presentada a esta instancia, se ha adjuntado copia certificada de la relación de asistentes a la Asamblea General del 24 de abril de 1998, así como el original de la convocatoria a la misma Asamblea, advirtiéndose que, además de lo señalado en el párrafo anterior, no consta en la agenda a tratar la prórroga de! mandato acordada en la Asamblea, siendo la convocatoria el acto previo e indispensable para la publicidad de la asamblea y de su agenda, la que con suficiente claridad debe orientar a los asociados a fin de que tengan un debido y oportuno conocimiento para poder ejercer plenamente sus derechos; y

Estando a lo acordado:

SE RESUELVE:

CONFIRMAR la denegatoria de inscripción formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas de Lima al título referido en la parte expositiva, por los distintos fundamentos señalados en la presente Resolución.

REGISTRESE y COMUNIQUESE.- (FDO.) - DRA. ELENA VASQUEZ TORRES, PRESIDENTA DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL - DR. WALTER POMA MORALES, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL DR. LUIS ALIAGA HUARIPATA VOVAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL

6. RESOLUCION DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 292-2002-ORLC-TR

LIMA, 13 de junio de 2002

APELANTE	:	ALEJANDRO SAKUDA MOROMA. ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y GRADUADOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.
TÍTULO	:	40852 DEL 1-3-2002
HOJA DE TRÁMITE	:	2002 - 017798 DEL 3-5-2002
REGISTRO	:	REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS DE LIMA LIBRO DE ASOCIACIONES.
ACTO	:	ELECCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Y CONSEJO CALIFICADOR.
SUMILLA	:	QUÓRUM DE LA ASAMBLEA GENERAL EECCIONARIA.

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA.

Se solicita la inscripción de la elección del consejo directivo y consejo calificador de la ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y GRADUADOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ realizada el 23 de marzo de 2001. A dicho efecto se presenta:

Copia certificada de la sesión del consejo directivo realizada el 13-2-2001, en la que se designó .

II. DECISIÓN IMPUGNADA.

Se ha interpuesto apelación contra la observación formulada por el Registrador Dr. Julio Javier Espíritu Orihuela, quien formuló la siguiente observación:

Los Arts. 5 y 6 del estatuto determinan que es atribución de la asamblea general elegir a los miembros del consejo directivo y del consejo calificador, requiriendo en primera convocatoria, "la concurrencia de la mitad de los asociados titulares". En ese sentido, habiéndose iniciado en primera convocatoria la asamblea eleccionaria del 23-3-2001, y tomando en cuenta la declaración jurada relativa al quórum emitida por Guillermo Velaochaga Miranda con fecha 15-2-2002, al 23-3-2001 se encontraban habilitados para concurrir a la elección del consejo directivo y del consejo calificador 1179 asociados, habiendo asistido únicamente 295 asociados. No se configuró el quórum requerido para la validez de la reunión, por lo que dicho acto deviene en no inscribible. Se deja expresa constancia que la presente observación tiene como sustento las disposiciones del estatuto, las mismas que establecen que es atribución de la asamblea general elegir a los miembros del consejo directivo requiriendo en primera convocatoria la concurrencia de la mitad de los asociados titulares. No subsanando el Reglamento de Elecciones presentado vía reingreso. Además se hace presente que se presentó copias legalizadas del Reglamento de Elecciones que no constan insertos en el libro de actas respectivo. Se presentó fotocopia simple de la convocatoria a asamblea general del 30-1-97.
Las actas electorales del 23-3-2001 no corren insertas en el libro correspondiente, tomando en cuenta que el órgano deliberante de la elección es la asamblea general. Se observa de acuerdo al Art. 6 del estatuto y Art. 86 del Código Civil. Se deja constancia que conforme al Art. 83 del Código Civil, todo acuerdo adoptado debe constar en el libro de actas respectivo.

El acta de la asamblea general del 5-5-2001 no ha sido suscrita en señal de aprobación.

En el acta de sesión del consejo directivo del 13-2-2001 no se ha consignado el lugar de realización de la misma, lo que no permite verificar si se instaló adecuadamente conforme a lo establecido en la convocatoria. Se deja constancia que en tanto no se subsane el punto 1 subsiste el presente punto observado.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

El apelante manifiesta que el proceso electoral se realizó conforme al estatuto y al Reglamento de Elecciones aprobado el 30-1-97, el que establece que - vencida la hora para el acto de sufragio -, el comité electoral procederá al escrutinio con asistencia de los miembros de la asociación que así lo deseen, luego de lo cual el comité electoral proclamará a los miembros del nuevo consejo directivo.

Añade que en el aviso de convocatoria a las elecciones del 23-3-2001 no se precisa si se trata de primera o segunda convocatoria, en tanto se trata de una convocatoria a elecciones y no a asamblea general.
Precisa que en todo caso con la juramentación del consejo directivo realizada en asamblea del 5-5-2001 se estaría ratificando la elección efectuada el 23-3-2001.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL.

La ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y GRADUADOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU corre inscrita en la ficha 12216, que continúa en la partida electrónica 01976184 del libro de asociaciones del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

En el asiento A0003 obra inscrita la elección del consejo directivo elegido el 9 de abril de 1999, presidido por Guillermo Velaochaga Miranda. Conforme al Art. 7A del estatuto, los miembros del consejo directivo son elegidos por un período de dos años.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.

Interviene como vocal ponente Nora Mariella Aldana Durán. Las cuestiones a determinar son las siguientes:
Cuál es el quórum para que se celebre válidamente la elección del consejo directivo.

En qué libro deben asentarse las actas electorales cuando las elecciones son conducidas por un comité electoral.

Si las actas de asamblea general requieren ser suscritas o no.

VI. ANÁLISIS.

1.- Conforme al Art. 86 del Código Civil la asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo. Esto es, el órgano competente para elegir al consejo directivo es la asamblea general.

2.- El Art. 87 del Código Civil regula el quórum de la asamblea general, vale decir, el número de asociados que se requiere concurran a la asamblea general para que ésta pueda celebrarse válidamente. Así, el primer párrafo de dicha norma establece que se requiere en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria basta la presencia de cualquier número de asociados. En el segundo párrafo se regula el quórum calificado requerido para modificar el estatuto o disolver la asociación.

Dicha norma regula también las mayorías requeridas para adoptar acuerdos.

3.- Dado que compete a la asamblea general elegir al consejo directivo, y la asamblea general requiere de la asistencia de determinado número de asociados para que se pueda celebrar válidamente, se concluye que, para que se celebre válidamente la elección del consejo directivo, deberá haber reunido el quórum requerido por la ley o en su caso, por el estatuto.
La asamblea general que elige al consejo directivo no está eximida por tanto del requisito del quórum.

4.- Ahora bien, la asamblea general puede celebrarse de distintos modos. Pueden reunirse simultáneamente los asociados a la hora prevista en la convocatoria, momento en el que se verifica si se encuentra presente el número requerido de asociados para que pueda sesionar válidamente -quórum -, y en tal caso, se da inicio a la asamblea.

Otro modo de celebración de la asamblea general, que suele emplearse para la elección de los órganos de gobierno, no requiere de la reunión simultánea de los asociados: en el aviso de convocatoria se fija la hora de inicio y fin de la votación, caso en el que el quórum no se verifica al inicio de la asamblea sino al final de la misma, momento en el que, según el número de asociados que hayan acudido a votar, se determina si se cumplió o no con el quórum requerido.

5.- En este caso el aviso de convocatoria a la asamblea eleccionaria a realizarse el 23-3-2001 señaló que las elecciones se realizarían desde las 9 a.m. hasta las 7 p.m. No se consignó en el aviso si se trataba de la primera o de la segunda convocatoria, pero dado que no se ha acreditado que se haya realizado una convocatoria anterior, se entiende que se trató de la primera convocatoria.

Concluida la votación - a las 7 p.m. -, debía verificarse si la asamblea eleccionaria reunió el quórum requerido para celebrarse en primera convocatoria, quórum que no se reunió, pues asistieron sólo 295 de un total de 1179 asociados hábiles para sufragar.

6.- Con respecto al Reglamento de Elecciones debe señalarse - conforme a reiterada jurisprudencia de este colegiado -, que la calificación registral de los acuerdos de asamblea general no se efectúa en base al referido reglamento, por no tratarse de un acto inscribible conforme al Art. 2025 del Código Civil. Asimismo, el Art. 82 del mismo código dispone que el estatuto de la asociación debe expresar la constitución y funcionamiento de la asamblea general, consejo directivo y demás órganos de la asociación. En consecuencia, el estatuto contiene los requisitos de la asamblea general que - conjuntamente con las normas legales -, empleará el Registrador en la calificación, no siendo necesario acudir al Reglamento de Elecciones.

De otra parte, el Reglamento de Elecciones presentado no exime del requisito de quórum de la asamblea eleccionaria.

Conforme a lo expuesto en este numeral y en los precedentes, corresponde confirmar el primer numeral de la observación.

7.- El Art. 83 del Código Civil establece que la asociación debe contar con libro de actas de la asamblea general y de consejo directivo en los que constarán los acuerdos adoptados, libros que se llevarán con las formalidades de ley, bajo responsabilidad del presidente del consejo directivo y de conformidad con los requisitos que fije el estatuto.

8.- El órgano que elige al consejo directivo es la asamblea general, por lo que en principio el acuerdo de elegir al consejo directivo debe ser asentado en el libro de actas de asamblea general.
Ahora bien, cuando las elecciones son conducidas por un comité electoral, este último suele actuar con independencia del órgano de la asociación encargado de llevar los libros - esto es, con independencia del consejo directivo -, y en tales casos, asienta el desarrollo del acto electoral en el libro del comité electoral o en hojas sueltas. Sin embargo, siempre será necesario que el acuerdo de elegir al consejo directivo se asiente en el libro de actas de asamblea general. Esto es, no se requerirá que el desarrollo pormenorizado del acto electoral conste en el libro de actas de asamblea general.

9.- En este caso las elecciones fueron conducidas por el comité electoral elegido por el consejo directivo, no habiéndose asentado las actas de instalación, sufragio, escrutinio y proclamación en el libro de actas de la asamblea general, sino en hojas sueltas.

Al respecto, en el acta de la asamblea general del 5 de mayo de 2001, consta que se dio lectura al acta de proclamación del nuevo consejo directivo, señalando la fecha en que fue elegido, la votación que obtuvo, la conformación del consejo directivo y consejo calificador. De esta manera el acuerdo de elegir al consejo directivo - obrante originalmente en hojas sueltas -, fue incorporado al libro de actas de asamblea general.

Corresponde por tanto revocar el segundo numeral de la observación.

10.- Sin embargo, tal como señala el Registrador en el tercer numeral de la observación, el acta de la asamblea del 5 de mayo de 2001 no ha sido suscrita. En la parte final del acta se señala "... se dio por levantada la sesión a las 14:30 horas, previa redacción, lectura y aprobación de la presente acta que suscriben en los padrones que se adjuntan en señal de conformidad."
Al respecto, el Código Civil no regula los requisitos de las actas de asamblea general, materia que en este caso tampoco es desarrollada en el estatuto. Omisión normativa que no puede llevar a concluir que las actas de asamblea general carezcan de requisitos, pues las actas constituyen la expresión escrita del desarrollo de la asamblea general, debiendo constar por tanto las circunstancias de lugar, día, hora, acuerdos a los que se arriba y mayorías con que son adoptados los acuerdos. La suscripción de las actas es indispensable, pues con sus firmas el presidente y secretario - o las otras personas que establezca el estatuto -, dejan constancia que el texto escrito del acta corresponde al desarrollo de la asamblea.
La suscripción del acta debe constar en la propia acta y no en documento distinto, pues sólo con la suscripción en el acta misma se deja constancia que ese texto refleja lo acontecido en la asamblea.

Por lo tanto, se requiere que el acta del 5 de mayo de 2001 sea suscrita por quienes actuaron como presidente y secretario de la asamblea. En consecuencia, corresponde confirmar el tercer numeral de la observación.

11.- El acta de la sesión del consejo directivo del 13 de febrero de 2001 señala que la sesión se llevó a cabo "en la ciudad de Lima". Tal como se ha señalado en reiterada jurisprudencia, la dirección - consignando la nomenclatura y numeración -, del lugar en que se realizará la sesión es indispensable en la convocatoria, pues sólo si los convocados saben exactamente en qué lugar se realizará la sesión estarán en aptitud de acudir a la misma. En cambio, en el acta sólo se requiere que la referencia al lugar permita verificar que la sesión se realizó en el indicado en la convocatoria. En este caso, la indicación únicamente de la ciudad en la que se realizó la sesión no permite verificar que la sesión se haya realizado en el lugar indicado en la convocatoria.

En el acta de la sesión del consejo directivo del 22 de enero de 2002 que se ha presentado se precisa el lugar en que se celebró la sesión del 13 de febrero de 2001. Sin embargo, dado que el consejo directivo que sesiona es el elegido - sin haber contado con el quórum debido -, en la asamblea del 23 de marzo de 2001, no queda subsanado el defecto.

Por lo tanto, corresponde confirmar el cuarto numeral de la observación.

De conformidad con la Resolución Jefatural Nº 2360-2000-ORLC/JE del 19 de octubre de 2000.

Estando a lo acordado por unanimidad.

VII. RESOLUCIÓN.

PRIMERO.- CONFIRMAR el primer, tercer y cuarto numeral, REVOCAR el segundo numeral de la observación formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas de Lima al título venido en grado.

SEGUNDO.- Establecer que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto al siguiente criterio:

"Para que se celebre válidamente la asamblea general con el objeto de elegir al consejo directivo, deberá reunir el quórum requerido, según se trate de primera o segunda convocatoria".

TERCERO.- Disponer la publicación de la presente resolución conforme al Art. 158 del Reglamento General de los Registros Públicos.

Comuníquese y publíquese.

NORA MARIELLA ALDANA DURÁN
Presidenta de la Tercera Sala del Tribunal Registral

GLORIA SALVATIERRA VALDIVIA
Vocal del Tribunal Registral

ROSARIO GUERRA MACEDO
Vocal del Tribunal Registral

7. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL N° 022-2005-SUNARP-TR-A

Para efectos registrales, se presume que el presidente o el integrante designado por el último consejo directivo inscrito de asociaciones y comités, están legitimados para convocar a asamblea general en la que se elijan a los nuevos integrantes de dicho órgano de gobierno, aunque hubiere concluido el período para el que fueron elegidos.
La convocatoria deberá efectuarse, conforme a las normas legales y estatutarias pertinentes.

AREQUIPA, 09 de febrero de 2005.

APELANTE	:	ASOCIACIÓN DE VIVIENDA EL MIRADOR LAS PEÑAS, REPRESENTADA POR LUCIO CHOQUE AYALA.
TÍTULO	:	N° 65390 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2004.
RECURSO	:	4017538 DEL 6.12.2004
REGISTRO	:	PERSONAS JURIDICAS, AREQUIPA.
ACTO	:	PRÓRROGA DEL CONSEJO DIRECTIVO.
SUMILLA	:	PRESUNCIÓN LEGITIMATORIA PARA CONVOCAR A ASAMBLEA GENERAL ELECCIONARIA

ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA

Mediante el título venido en grado se solicita la inscripción de la prórroga del consejo directivo de la ASOCIACIÓN DE VIVIENDA EL MIRADOR LAS PEÑAS, realizada a través de la asamblea general extraordinaria del 14 de noviembre de 2004.

A este efecto, se han adjuntado los siguientes documentos:
Copia certificada notarialmente del acta de la asamblea general extraordinaria del 14 de noviembre de 2004 de la ASOCIACIÓN DE VIVIENDA EL MIRADOR LAS PEÑAS, en la que se trataron como temas de agenda "1. Informe del avance de incorporación y 2. Prórroga del mandato del Consejo Directivo", por ante Notario de Arequipa, Fernando Begazo Delgado el 17 de noviembre del mismo año, directiva presidida por Lucio Choque Ayala.
Declaración Jurada sin fecha suscrita por Lucio Choque Ayala, en su calidad de presidente de la junta directiva de la ASOCIACIÓN DE VIVIENDA EL MIRADOR LAS PEÑAS, referente a la convocatoria y quórum de la asamblea general extraordinaria del 14 de noviembre de 2004, con firma legalizada por el Notario de Arequipa, Fernando Begazo Delgado el 17 de noviembre del mismo año.

II. DECISIÓN IMPUGNADA

El Registrador Público de la Zona Registral N° XIII - Sede Arequipa, Zenón Luque Céspedes, formuló la siguiente observación:
"Según los antecedentes registrales, la directiva que preside Lucio Choque Ayala, no estaría facultado para convocar a Asamblea General de fecha 14 de noviembre de 2004, en razón de que culminó en sus funciones; sólo estaría facultado para convocar a la asamblea para elegir la nueva Junta Directiva, conforme a la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 202-2001-SUNARP/SN.
Por consiguiente, no es procedente lo solicitado".

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apelante ampara su impugnación en que, el artículo 25 del Estatuto de la ASOCIACIÓN DE VIVIENDA EL MIRADOR LAS PEÑAS señala que "(...) el consejo directivo es elegido por el periodo de 2 años, pudiendo acordar la asamblea general su prórroga"; asimismo que, Lucio Choque Ayala, conforme al artículo 1 de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 202-2001-SUNARP/SN, está legitimado para convocar a Asamblea General en la que se elijan a los nuevos integrantes de dicho órgano de gobierno (representación de hecho), siendo que en la misma se acordó la prórroga del actual consejo directivo; por lo que debe procederse a su inscripción.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

La ASOCIACIÓN DE VIVIENDA EL MIRADOR LAS PEÑAS se encuentra inscrita en la ficha N° 7237, que continua en la partida electrónica N° 1190301 del Libro de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral N° XIII - Sede Arequipa.

En el asiento A-001 de la ficha N° 7237 consta inscrito además el primer Consejo Directivo presidido por Lucio Choque Ayala, según acta de fundación del 26 de julio de 2000 formalizada en escritura pública el 18 de agosto del mismo año (título archivado N° 290839 del 22 de agosto de 2000).

Asimismo, en el asiento B00002 de la partida electrónica N° 1190301 consta inscrita la prórroga del referido consejo directivo acordada en la asamblea general del 1 de setiembre de 2002 "por un periodo de 2 años mas" (título archivado N° 26180 del 12 de diciembre de 2002).

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como Vocal ponente Raúl Jimmy Delgado Nieto y con el informe oral del abogado Augusto Santillana Tito. De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala, la cuestión a determinar es la siguiente:
Si resulta procedente inscribir la prórroga del consejo directivo en mérito a asamblea convocada por el presidente con mandato vencido.

VI. ANÁLISIS

El artículo 25° del estatuto social de la asociación establece que "El consejo directivo es elegido por el periodo de 2 años. Pudiendo acordar la asamblea general su prórroga. Pueden volver a ser elegidos a través de elecciones."

Como puede verse del artículo citado, la norma suprema interna de la asociación regula dos supuestos distintos a efecto de evitar su "acefalía"; la primera es la prórroga y la segunda es la reelección. Ante falta de norma expresa en los estatutos de la asociación corresponde a este colegiado interpretar qué entendemos por cada uno de dichos supuestos.

La prórroga, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la continuación de algo por un periodo determinado. Asimismo, según el Diccionario de Términos Jurídicos de Pedro Flores Polo, la prórroga es la concesión de un plazo adicional al que ya está por vencer; no podrá ser cuando el plazo ya esta vencido, porque ello implica una novación.

En concepto aplicado por analogía al presente caso, el Dr. Manuel de La Puente y Lavalle, cuando comenta el artículo 1417° del Código Civil señala que la prórroga extiende la duración de un contrato, pero éste (el contrato), es el mismo de antes, no hay un nuevo contrato.

Bajo este parámetro y aplicando tales conceptos al caso submateria, debemos entender que la prórroga, (salvo que el estatuto hubiera establecido expresamente lo contrario), del consejo directivo cuya inscripción se pretende, no implica proceso eleccionario alguno, proceso que por definición es un concurso entre varias listas.

En cambio, la reelección, implica que los integrantes del actual consejo directivo son nuevamente elegidos, vía proceso eleccionario.

Solo interpretado de esta manera el artículo 25° de los estatutos de la asociación es que cobra sentido la distinción, cuando dice que la prórroga es de competencia de la asamblea general, por tanto excluye al jurado electoral, al que regula en su artículo 37° como propio del proceso para elegir una nueva junta directiva.

Si esto es así, no podría prorrogarse algo que ya estuvo vencido, es decir, no podría prorrogarse el mandato de la actual junta directiva, cuando su periodo ya venció, en todo caso esta prórroga debió de acordarse con anterioridad, aun cuando sus efectos se produjeran cuando su periodo venza.
Lo que ya venció solo puede ser objeto de reelección (renovación), que implica en el fondo una nueva junta directiva para un nuevo periodo, aun cuando sus integrantes sean los mismos. A este respecto, también nos respalda por analogía lo vertido por el ilustre tratadista Dr. Manuel de La Puente y Lavalle, cuando comenta el artículo 1417° del Código Civil señala que la renovación (a diferencia de la prórroga, que extiende la duración del contrato, pero éste es el mismo de antes, no hay contrato nuevo), da lugar a un contrato nuevo, aunque sea de contenido idéntico al contrato precedente".

Revisada la partida registral No. 01190301 (antes 7273) del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral No. XII-Sede Arequipa, tenemos que el periodo del mandato de la actual junta directiva venció el 1 de setiembre de 2004, y en cambio la asamblea general extraordinaria, que constituye el título venido en grado, fue realizada el 14 de noviembre de 2004, es decir, cuando ya había vencido el periodo del mandato de la junta directiva que pretende su prórroga, por tanto, en aplicación de los conceptos vertidos en los acápites precedentes lo que procedía en estricto es su reelección (renovación), y no su prórroga.

Ahora bien, para poder reelegirse en el cargo, por tratarse de un acto electoral, era necesaria la intervención del jurado electoral, regulado por el artículo 37° de los estatutos de la asociación, lo que en el presente caso no ha ocurrido.

Siendo esto así, el camino correcto, en este momento del tiempo, es que de acuerdo al artículo 1 de la Resolución No. 202-2001-SUNARP-SN, el que en concordancia con el artículo 37° de los estatutos de la asociación, deberá convocarse a asamblea general para la elección del órgano electoral.

Por lo que debe confirmarse la denegatoria de inscripción.

Estando a lo acordado por unanimidad;

RESOLUCIÓN

CONFIRMAR la denegatoria de inscripción formulada por el Registrador Público al título venido en grado, por los fundamentos expresados en la presente Resolución.

Regístrese y comuníquese.

RAÚL JIMMY DELGADO NIETO
Presidente de la Quinta Sala del Tribunal Registral

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal de la Quinta Sala del Tribunal Registral

JORGE LUIS TAPIA PALACIOS
Vocal de la Quinta Sala del Tribunal Registral

8. RESOLUCIÓN N° 176-2005-SUNARP-TR-T

Trujillo, veintiuno de octubre de dos mil cinco

APELANTE	:	JORGE DARIO MAYHUA JARA
TÍTULO	:	N° 22334 del 30 de junio de 2005.
RECURSO	:	141-2005
REGISTRO	:	PERSONAS JURIDICAS
ACTO	:	INSCRIPCION DE JUNTA DIRECTIVA

SUMILLA:

Cumplimiento de la norma estatutaria

La asamblea general, aun cuando se celebre con la presencia y el voto a favor de la totalidad de asociados, no puede acordar incumplir la norma estatutaria que establece que las elecciones serán conducidas por un comité electoral.

Vigencia de los órganos permanentes de la persona jurídica

Vencido el plazo del mandato de los órganos permanentes de la persona jurídica, se mantienen formalmente en sus cargos hasta que se produzca una nueva elección a través de los mecanismos previstos en la ley y en el estatuto.

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA.

Jorge Mayhua Jara solicitó la inscripción de la reelección del mandato de los diversos órganos y consejos de la Cooperativa de Vivienda Santa Angela de Chiclayo. Con este objeto adjuntó los siguientes documentos:

Acta de la asamblea general extraordinaria de socios del 06.03.2005 mediante la cual se emitió voto de confianza a favor de los directivos de la Cooperativa y se determinó su reelección para el período 2005. La certificación fue emitida por el Notario de Chiclayo Domingo Dávila Fernández el 20.05.2005.

Acta de la sesión conjunta de los Consejos de Administración de Vigilancia del 14.03.2005 para distribuir internamente los cargos representativos durante el año 2005. La certificación fue emitida por el Notario de Chiclayo Domingo Dávila Fernández el 29.04.2005.

Acta de la sesión extraordinaria del Consejo de Administración del 15.03.2005 mediante la cual se rectificó la omisión del nombre de un miembro titular del Comité Electoral. La certificación fue emitida por el Notario de Chiclayo Domingo Dávila Fernández el 20.05.2005.

Aviso de convocatoria para la asamblea general del 06.03.2005 publicado en el diario La República el día 22.02.2005, según aparece de la copia legalizada por el Notario Domingo Dávila Fernández el 16.03.2005.

Copia simple de la Resolución N° 18 del 20.09.2004 mediante la cual la Sala Civil de Chiclayo dispuso la inscripción de los acuerdos de las asambleas generales del 12.10.2002 y 18.11.2002 de la Cooperativa.

Copia legalizada por el Notario Domino Dávila Fernández de los acuerdos mencionados en el

acápite anterior.
Copia del padrón de socios N° 01 de la Cooperativa certificada por el Notario de Chiclayo Domingo Dávila Fernández el 14.04.2005.
Certificación de socios hábiles asistentes a la asamblea general del 06.03.2005 extendida por el Notario de Chiclayo Domingo Dávila Fernández el 14.04.2005.

II. DECISIÓN IMPUGNADA

El título fue tachado por el Registrador Público Julio López Miranda. El contenido de la esquela es el siguiente:
" De conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos, se tacha el presente título por cuanto adolece de defecto insubsanable que afecta la validez del acuerdo de asamblea:
RESOLUCIÓN N° 176-2005-SUNARP-TR-T

- El último acto inscrito en la partida electrónica 11007240 perteneciente a la Cooperativa de Vivienda Santa Angela conforme, es la resolución judicial del 20.09.2004 que ordena se inscriban las actas de las asambleas del 23.10.2002 y del 26.11.2002. En dichas asambleas se acuerda prorrogar el mandato del presidente a fin de que este proceda a restablecer el quórum para convocar a elecciones para la renovación de los representantes (órganos de gobierno).
Por lo tanto, el presidente sólo tiene facultades para restablecer el quórum y realizar la convocatoria para la elección del comité electoral, pues, conforme lo establece su estatuto y la Ley de Cooperativas, el órgano encargado de llevar a cabo el proceso de elecciones para la renovación de los órganos de gobierno es el comité electoral.
Entonces, el acuerdo tomado por la asamblea de "ampliar el mandato de los órganos de gobierno" contraviene lo establecido por el estatuto y por el D.S. 074-90-TR, Ley General de Cooperativas, respecto al proceso de renovación y elección de los órganos de gobierno, pues el proceso de renovación de los órganos de gobierno debe estar a cargo de un comité electoral, y los cargos deben ser renovados anualmente por tercios (art. 33° del D.S. 074-90), procediendo cuando el estatuto lo permite la reelección, mas no la ampliación del mandato que es el acto que se pretende inscribir, adoleciendo por lo tanto tal acuerdo de defecto insubsanable, pues contraviene lo dispuesto en el articulo 26° del D.S. 074-90-TR, por lo que se procede a la tacha del presente título."

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En escrito autorizado por el letrado Víctor Apaclla Chuquín se formuló recurso formal de apelación cuyos fundamentos se resumen a continuación:
La decisión impugnada contiene la interpretación literal y subjetiva del artículo 33° inciso 4° de la Ley General de Cooperativas. Con esta interpretación el registrador ha soslayado las disposiciones estatutarias, los acuerdos de la asamblea general extraordinaria y el voto de confianza emitido por la autoridad suprema de la Cooperativa a los representantes legales para salvaguardar la administración y garantizar los intereses de la misma.
Las actas contienen la prórroga del mandato de los representantes de la Cooperativa pues existe imposibilidad jurídica de convocar a elecciones generales por inhabilitación de los socios. Este hecho ha llevado a legitimar el voto de confianza previsto en los estatutos.

El registrador no ha valorado el contenido del acta de la asamblea general del 06.03.2005, convocada para la renovación de los órganos por tercios, ni el acta de la sesión conjunta de los consejos de administración y de vigilancia del 14.03.2005, hecho que atenta contra el derecho a la tutela jurídica.

La denegatoria de inscripción sostiene que los acuerdos de la asamblea de socios contravienen el artículo 26° de la Ley de Cooperativas sobre reelección y ampliación de mandato, que no es el caso submateria; no obstante, el artículo 33°, parte in fine de los estatutos, prevé el voto de confianza de la asamblea como mecanismo válido para legitimar a los órganos de gobierno de la Cooperativa.

La decisión del inferior en grado causa graves perjuicios a los socios que adquirieron legítimamente un lote de terreno y ahora no pueden inscribir su derecho en el registro.

La decisión impugnada no ha valorado el mandato judicial que dispone inscribir los acuerdos de las actas de las asambleas generales del 12.10.2002 y 18.11.2002. Los representantes de la Cooperativa, al amparo del artículo 7° de la Ley General de Cooperativas, vienen celebrando actos jurídicos con trascendencia registral.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

La Cooperativa de Vivienda Santa Angela se inscribió primigeniamente en el asiento 1 de fojas 241 del tomo 2 del Registro de Cooperativas de Chiclayo, continuando luego en la ficha 33 y finalmente en la partida electrónica 11007240 del mismo registro.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como ponente el Vocal Walter Morgan Plaza.

El punto controvertido en la presente apelación es determinar si la asamblea general, en su condición de órgano supremo de la Cooperativa, puede exonerar la participación del Comité Electoral en un proceso eleccionario, cuando la intervención de este órgano resulta una exigencia prevista en la Ley General de Cooperativas y el estatuto de la institución.

VI. ANÁLISIS

Consta del asiento 14 de fojas 411 del tomo 3 del Registro de Cooperativas de Chiclayo que en el proceso electoral del 12.12.1992 fueron elegidos los consejos y los comités de la Cooperativa de Vivienda Santa Angela. El Consejo de Administración quedó conformado de la siguiente manera: Presidente: Jorge Mayhua Jara, vicepresidente: Róger Carranza Quispe, secretario: Juan Vásquez Durand; vocal de economía: José Bustamante Noriega; vocales: César Rojas Peramás y Magdalena Canani Chirinos. El Consejo de Vigilancia quedó integrado de la siguiente manera: Presidente: Belwer Angulo Arana; vicepresidente: Helbert Rojas Romero; secretario: Juan Zuloeta Torres; vocales: Walter Barrios Barriga y Santos Muñoz Silva.

Luego de la anotación de diversos actos en la partida registral, se inscribió en el asiento C-1 de la partida 11007240 la prórroga del mandato de los consejos y los comités de la Cooperativa en mérito al acuerdo de asamblea general del 30.12.2000. Por último, en virtud de la resolución emitida el 20.09.2004 por la Segunda Sala Civil de Lambayeque, se dispuso la inscripción de los acuerdos de la asamblea general extraordinaria de socios del 18.11.2002 que ratificaron los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración en la sesión del 12.10.2002 mediante los cuales se prorrogó la vigencia de la totalidad de los órganos de la Cooperativa. Esta prórroga

tuvo por objeto restablecer el número de socios necesario para renovar más adelante los cuadros directivos de la Cooperativa. Se esgrimió como fundamento la existencia de un elevado número de socios inhábiles que impedía conformar el quórum necesario para sesionar válidamente en asamblea general, que obligaba extender el mandato de los órganos vigentes para restablecer el número suficiente de socios y recién, a partir de allí, tomar acuerdos válidos. Esta inscripción se llevó a cabo en el asiento C-2 en fecha 17.11.2004.

Con el título venido en grado se busca la inscripción de la renovación de los órganos de la sociedad en virtud del acuerdo adoptado en la asamblea general extraordinaria del 06.03.2005. En ella los asambleístas decidieron emitir un voto de confianza a los directivos de la Cooperativa en mérito a lo dispuesto en el artículo 33° del estatuto, reeligiéndoles para el período correspondiente al año 2005.

El mayor cuestionamiento que realiza la primera instancia registral a este acuerdo es que el proceso eleccionario se ha llevado a cabo sin la participación del comité electoral, desconociendo de esta manera las previsiones que para el caso tienen la ley y el estatuto de la Cooperativa. Agrega que la sociedad admite excepcionalmente la reelección pero no la ampliación del mandato. Por su parte, el apelante señala que las actas presentadas contienen la prórroga del mandato de los representantes de la Cooperativa por imposibilidad jurídica de convocar a elecciones generales como consecuencia de la inhabilitación de socios, hecho que ha motivado legitimar el voto de confianza contemplado en los estatutos. Agrega que el artículo 33° de los estatutos ha previsto el voto de confianza de la asamblea como mecanismo para legitimar a los órganos de gobierno de la Cooperativa.

A la luz de estos argumentos corresponde establecer si el acuerdo adoptado por la asamblea general se encuentra arreglado a las disposiciones legales y estatutarias.

Las cooperativas se regulan por las disposiciones de la Ley General de Cooperativas, cuyo Texto Unico Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 074-90-TR, de su estatuto, de los principios generales del cooperativismo, y a falta de ellos, por el derecho común. En materia relativa a la estructura y el funcionamiento de las organizaciones cooperativas, son supletoriamente aplicables, siempre que fueran compatibles con los principios generales del cooperativismo, las normas de la Ley General de Sociedades. Así lo dispone el artículo 116° de la Ley General de Cooperativas.

Sobre la base del principio de control democrático que inspira el cooperativismo, los miembros de los consejos y de los comités de educación y electoral son renovados anualmente en proporciones no menores al tercio del respectivo total. La reelección inmediata de los miembros no es admisible salvo disposición diferente del estatuto. Así lo dispone el inciso 4° del artículo 33° de la Ley General de Cooperativas. En el caso particular de la Cooperativa de Vivienda Santa Angela, los artículos 33° y 51° del estatuto han previsto la reelección de los miembros de los consejos de administración y de vigilancia para el período inmediato siempre que de por medio exista voto de confianza de la asamblea.

La reelección implica que los integrantes de un órgano social son nuevamente elegidos a través de un proceso eleccionario. Atendiendo al contenido de las normas legales como estatutarias, este evento supone la imperiosa intervención de un comité electoral que lo dirija, dado que de por medio existe un proceso eleccionario. Así, el artículo 32° de la Ley General de Cooperativas establece al respecto que toda cooperativa tiene obligatoriamente un comité electoral para dirigir los procesos que tengan por objeto nombrar o renovar los cuadros directivos de la cooperativa.

De manera particular, la Cooperativa de Vivienda Santa Angela ha previsto en los artículos 21° y 66° de su estatuto que la institución cuenta con un comité electoral encargado de dirigir y controlar el proceso electoral; a su vez, los artículos 34° y 52° del estatuto señalan que la elección de los miembros de los consejos de administración y de vigilancia se realiza bajo la dirección y el control del comité electoral. Por último, la quinta disposición transitoria del estatuto estableció que la primera elección de los consejos de la Cooperativa se haría de manera directa en la asamblea general, pero que en lo sucesivo sería con la intervención del comité electoral. De todo esto se concluye que para todo proceso que signifique elección o reelección de miembros de los órganos de la Cooperativa es necesaria la participación del comité electoral como órgano autónomo encargado de llevarlo a cabo. Con ello, la ley y el estatuto cuidan de otorgar la mayor garantía de imparcialidad y de orden al proceso electoral.

La reelección es un acto que, tratándose de cooperativas, excepcionalmente es admitido por la ley y el estatuto. La necesidad de participación del comité electoral se hace entonces más urgente en este caso para otorgar mayores garantías de imparcialidad al proceso pues, estando en el poder de la cooperativa quienes son reelegidos, se corre mayor riesgo que éstos utilicen, directa o indirectamente, los recursos y el poder de la institución para lograr este cometido.

El argumento ofrecido por el apelante que justifica la no intervención del comité electoral[1] en el proceso electoral, resulta falaz toda vez que las normas estatutarias deben ser observadas por todos los órganos de la Cooperativa, incluso por la misma asamblea general. La condición de órgano supremo no habilita a la asamblea general a violentar las normas estatutarias y legales que definen la organización de la cooperativa. Tampoco supone que su actuación pueda desarrollarse al margen de cualquier norma. La asamblea general debe cumplir estrictamente lo que establece la ley y el estatuto para que sus acuerdos tengan validez. En este orden, el precedente de observancia obligatoria adoptado en el 12° Pleno del Tribunal Registral resulta bastante ilustrativo: "La asamblea general, aun cuando se celebre con la presencia y el voto a favor de la totalidad de asociados, no puede acordar incumplir la norma estatutaria que establece que las elecciones serán conducidas por un comité electoral". Si, conforme con el precedente, esta previsión es impuesta a una asamblea universal que se caracteriza por reunir a todos los miembros de la Cooperativa, con mayor razón debe aplicarse a una asamblea donde no todos los socios han participado, como es el caso nos convoca.

En el caso materia de apelación, en fecha 06.03.2005 se llevó a cabo la asamblea general extraordinaria de socios de la Cooperativa de Vivienda Santa Angela de Chiclayo con el objeto de renovar por tercios sus órganos directivos. El proceso culminó con la emisión de un voto de confianza a favor de los directivos y, como consecuencia de ello, la reelección en sus cargos. No obstante, este proceso se llevó a cabo sin la participación del comité electoral, órgano que de acuerdo con el estatuto es el encargado de dirigir (guiar, gobernar, reegir) el proceso eleccionario. Esta inobservancia vicia la validez de la asamblea y determina que esta Sala confirme la tacha formulada por el inferior en grado.

Los artículos 33° y 51° del estatuto admiten la reelección de miembros de los consejos si existe voto de confianza de la asamblea. A opinión de esta Sala, es necesario efectuar algunas precisiones a estas normas: i) Permiten la reelección de miembros pero para el período inmediato

1 *El apelante sostiene en su recurso que el acuerdo fue adoptado por la asamblea general, órgano máximo de la Cooperativa.*

siguiente. Sobre la base del principio de control democrático que informa a las cooperativas, no se puede admitir como interpretación de dichos preceptos que habilitan a los miembros de los consejos a reelegirse de manera indefinida. La reelección, tal como lo señala el estatuto, opera para el período inmediato siguiente, y si se pretende otra elección, tendrá que dejarse transcurrir, por lo menos, un período eleccionario. ii) Considerando que las elecciones se realizan anualmente y que los miembros de los consejos son elegidos por diversos períodos (3, 2 y 1 años), debe entenderse que la reelección a que hacen referencia los artículos 33° y 51° no opera para el consejo en pleno sino para cada uno de los miembros que han culminado el período de su mandato. Si la obligación de la Cooperativa es llevar a cabo anualmente el proceso eleccionario, la reelección de los miembros sólo procede respecto de aquellos que han culminado con su período pues mal se haría en reelegir a miembros que aún tienen mandato por cumplir. El voto de confianza que permite la reelección de algún miembro de los consejos de la Cooperativa debe otorgarse entonces para aquellos directivos que culminaron su mandato. En este sentido podríamos afirmar sobre la base de la naturaleza de la conformación de los órganos societarios, que el voto de confianza tiene carácter particular y no general. Sólo sería admisible la reelección total de un consejo cuando, habiendo transcurrido varios períodos sin llevarse a cabo elecciones al punto que todos los miembros han agotado su período de gobierno, se decide en asamblea general otorgar voto de confianza al referido consejo. En este caso, operaría la reelección no de los miembros sino del órgano. Sin embargo, cualquiera sea el supuesto, siempre será necesaria la participación del comité electoral que dirija el proceso eleccionario.

La prórroga, en cambio, tiene otros alcances. Se entiende por prórroga el plazo adicional que se otorga al que regularmente corresponde a un órgano. No supone proceso eleccionario alguno, que por lo general exige el concurso de varias listas, sino la continuación del mandato por un período determinado por la sola decisión de la asamblea. La Ley de Cooperativas no contempla la prórroga como mecanismo convencional de mantención de un órgano en el gobierno de una Cooperativa, por lo que, en principio, no debería admitirse como fórmula estatutaria. La Ley ha previsto la manera cómo deben elegirse a los miembros de los diversos órganos de la Cooperativa y en ella no se encuadra la prórroga. Sin embargo, de estar amparada estatutariamente por cualquier otra circunstancia, resulta aplicable el precedente de observancia obligatoria adoptado en el Décimo Pleno del Tribunal Registral, según el cual "Es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno". En el caso particular de la Cooperativa de Vivienda Santa Angela, la prórroga no ha sido prevista en el estatuto.

Cierto es que en el caso de análisis obra inscrito en el asiento C-1 de la partida de la Cooperativa la prórroga del mandato de sus diversos órganos. No obstante, dicha inscripción, aún cuando consideremos que no debió haber sido extendida en la partida, goza de presunción de validez y certeza al estar protegida por el principio de legitimación previsto en el artículo 2013 del Código Civil, concordante con el artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, en este orden, no puede ser cuestionada administrativamente salvo que medie mandato judicial en ese sentido.

En el asiento C-2 de la partida electrónica de la Cooperativa también obra inscrita otra prórroga en las funciones de los órganos directivos. Se trata del acuerdo de asamblea general extraordinaria

de socios del 18.11.2002 que decidió ratificar el acuerdo del consejo de administración del 12.10.2002 según el cual se extendió el mandato de la administración a fin de restablecer el número de socios necesarios para renovar los órganos de gobierno de la Cooperativa. Este es el último acto inscrito en la partida de la Cooperativa. Sobre este asunto es necesario hacer algunas precisiones: i) Este acuerdo prorrogó el mandato de los órganos directivos porque se entendió en aquella oportunidad que no había el número suficiente de socios para adoptar acuerdos válidos, situación que obligaba a mantenerlos en el cargo hasta reunir el quórum. Sin embargo, este argumento resulta a todas luces insubsistente toda vez que los acuerdos de la Cooperativa no se adoptan sobre la base de los socios que están o estuvieron inscritos sino sobre los que están hábiles al momento del acuerdo, situación que debe determinar el Consejo de Administración a partir de los datos que arroje el padrón de socios. Si el quórum de las asambleas se determina sobre el número de los socios hábiles entonces era posible que la Cooperativa adoptara acuerdos válidos sin necesidad de que, previamente, se restablezca el número de socios que inicialmente formaron parte de ella. ii) Sin embargo, esta prórroga alcanzó inscripción por decisión del Poder Judicial. En efecto, fue la Segunda Sala Civil de Chiclayo mediante resolución del 20.09.2004 la que dispuso la inscripción de estos acuerdos en la partida registral de la Cooperativa. En ese sentido, no es posible desde esta vía administrativa cuestionar las razones de fondo que sustentaron el mandato judicial.

9.- Al margen de las diversas solicitudes e inscripciones de prórroga, lo que ocurre en realidad con los órganos permanentes de las personas jurídicas es que, vencido el plazo de su mandato, se mantienen formalmente en sus cargos hasta que se produzca una nueva elección a través de los mecanismos previstos en la ley y en el estatuto. Se genera entonces una suerte de prórroga tácita del mandato pero con responsabilidad para aquellos directivos que debieron efectuar las elecciones sin que hayan cumplido su labor. El artículo 163° parte in fine de la Ley General de Sociedades, aplicable supletoriamente a las Cooperativas en virtud de lo dispuesto en el artículo 116° inciso 1) de la Ley General de Cooperativas, es claro en ese sentido. Y es que una persona jurídica, dada su naturaleza abstracta, requiere de órganos unipersonales o pluripersonales que la representen permanentemente frente a terceros. Al respecto, Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, al referirse al órgano de administración de las sociedades, concepto aplicable a las cooperativas, señalan que el órgano de administración es necesario y permanente. Es necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior funcionamiento; una de las menciones inexcusables de los estatutos es, precisamente, la relativa a la estructura y a los aspectos de funcionamiento del órgano de administración. Y permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la conservación de los bienes sociales, que no puede sufrir solución de continuidad[2]. A su vez, Elías Laroza, comentando el artículo 163 de la Ley general de Sociedades señala que el último párrafo de la norma tiene por objeto permitir la continuidad del directorio en la administración cuando el período para el cual haya sido elegido hubiese concluido. La norma busca que en todo momento la sociedad tenga en funcionamiento a su órgano de administración de mayor jerarquía y así continúen adoptándose las decisiones necesarias para la consecución de los fines sociales. Se evita así que la sociedad pueda quedar temporalmente acéfala, por el simple vencimiento de su período[3]14.

---

2 *URIA, Rodrigo; MENENDEZ, Aurelio: Curso de Derecho Mercantil; p. 895.*

3 [14] *ELIAS LAROZA, Enrique: Derecho Societario Peruano; p. 342.*

Aunque no de manera abierta, la SUNARP también ha reconocido esta condición de los órganos administrativos de las personas jurídicas cuando en la parte considerativa de la Resolución Nº 202-2001-SUNARP/SN, del 31.07.2001, señaló que el vencimiento del período de funciones de los consejos directivos no debe limitar el desenvolvimiento de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que se trata de órganos indispensables para su funcionamiento, por lo que no debe negarse su vigencia, a fin de garantizar la elección de sus nuevos integrantes. Aún cuando sólo admitió la prórroga de los directivos para efectos de convocar a asambleas eleccionarias, en realidad el presupuesto de la posición adoptada por la SUNARP calza para todo acto de los administradores. Sería muy reducido y discriminatorio pensar que los órganos permanecen en sus funciones sólo para convocar a elecciones. La extensión de las funciones más allá de su período de mandato habilita a los administradores para realizar todas las atribuciones establecidas en la ley y en el estatuto.

En ese sentido, y aunque la prórroga acordada en el título alzado no sea inscribible, lo cierto es que el actual consejo ostenta las facultades de administración y representación que la ley y el estatuto les han acordado, en tanto no sea elegido un nuevo consejo. Esta es la situación de la persona jurídica frente a terceros. En cambio, las responsabilidades que se generen por la demora en la elección se resuelven en las relaciones internas entre los integrantes de los órganos y la persona jurídica.

Por las consideraciones expuestas, por unanimidad se adoptó la siguiente decisión:

VII.- RESOLUCIÓN:

CONFIRMAR la tacha formulada por el Registrador Julio López Miranda por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

WALTER EDUARDO MORGAN PLAZA
Presidente de la Cuarta Sala
del Tribunal Registral

HUGO ECHEVARRÍA ARELLANO
Vocal del Tribunal Registral

ROLANDO ACOSTA SÁNCHEZ
Vocal del Tribunal Registral

9. RESOLUCIÓN N° 180-2005-SUNARP-TR-T

Trujillo, veintiocho de octubre de dos mil cinco.

APELANTE	:	AURELIO JAVIER CELI VEGAS – ASOCIACIÓN DE PENSIONISTAS SECTOR AGRARIO PIURA APSAP
TÍTULO	:	N° 26083-2005
RECURSO	:	147-2005
REGISTRO	:	PERSONAS JURIDICAS - ASOCIACIONES
ACTO	:	PRÓRROGA DE JUNTA DIRECTIVA
SUMILLA	:	Prórroga de mandato de consejo directivo

Es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno.

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA.

Mediante el título venido en grado, Aurelio Javier Celi Vegas solicitó inscribir el acuerdo tomado en la asamblea general extraordinaria de delegados de fecha 07.08.05 de la Asociación de Pensionistas del Sector Agrario – Piura, inscrita en la partida N° 11006797 del Registro de Personas Jurídicas - Libro de Asociaciones de la Oficina Registral de Piura, referida a la prórroga del mandato de la última junta directiva inscrita en el asiento C00003. Al efecto se presentó copia certificada del acta de asamblea extraordinaria de delegados, debidamente legalizado por Víctor F. Lizana Puelles, notario – abogado de la Provincia de Piura.

II. DECISIÓN IMPUGNADA

El título fue tachado por el Registrador Público de Piura Luis Alberto Florián Cáceres. Los términos de la denegatoria son los siguientes:

"Revisados nuestros antecedentes registrales y los títulos archivados a que dieran mérito, se constata que la última Junta Directiva inscrita es de fecha 25.08.2003, y siendo la duración de la misma de dos años, se tiene que esta caduca su mandato el 24.08.2005. Por otro lado, según acta de asamblea de delegados del 07.08.2005 se acuerda prorrogar el mandato de la última directiva por un plazo de 18 meses.

Al respecto hay que señalar que según lo establecido por el artículo 30° del estatuto no cabe reelección de la directiva hasta luego de pasado un periodo dirigencial. Por tanto, en aplicación de este mismo artículo, la prórroga acordada no puede surtir efectos por contravenir el artículo referido del Estatuto. Cabe precisar que la asamblea general aún siendo el máximo órgano de la asociación no puede enervar los efectos ni la vigencia de las disposiciones estatutarias, salvo que previamente sea modificado con las formalidades respectivas."

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Con fecha 24.08.2005, el Sr. Aurelio Javier Celi Vegas formula recurso de apelación, el mismo

que es autorizado por el abogado Róger M. Celi Vegas. Los fundamentos de la apelación son los siguientes:

La prórroga acordada por la asamblea general no puede considerarse como una reelección, ya que para ello debe producirse un proceso electoral donde participe como lista candidata la misma junta directiva y haya sido ganadora. Esta situación no se ha producido en el presente caso, pues debido a motivos especiales la asamblea de delegados decidió ratificar a través de una prórroga extraordinaria la continuidad de la junta directiva en ejercicio con la finalidad de que no se trunquen los procesos judiciales pendientes.
La prórroga se sustenta en el artículo 84 del Código Civil, el cual establece que la asamblea general es el órgano supremo de la asociación, así como de la aplicación de los Artículos 140 y siguientes del Título I del Libro II del mismo Código. Además, es necesaria la prórroga para efectos que se continúen con el trámite de procesos judiciales donde la asociación es parte, no siendo el fin contravenir el estatuto de la asociación, sino cumplir con los fines establecidos en el mismo.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

La Asociación de Pensionistas del Sector Agrario Piura se halla inscrita en la partida N° 11006797 del Registro de Personas Jurídicas - Libro de Asociaciones de la Oficina Registral de Piura. La última directiva corre inscrita en el asiento C00003, elegida en asamblea general de fecha 25.08.2003 para el período 2003-2005.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como ponente el Vocal Walter Morgan Plaza. Con el informe oral del Dr. Róger Miguel Celi Vega.
Corresponde determinar si en el presente caso procede la inscripción de la prórroga de la junta directiva de la asociación.

ANÁLISIS

En el Décimo Pleno del Tribunal Registral[4], realizado en la ciudad de Lima los días 8 y 9 de abril del año en curso, se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria relativo al tema materia en discusión: "Es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno. La reelección, en cambio, significa que los integrantes del consejo directivo son nuevamente elegidos, lo que implica la realización de un proceso eleccionario". Se concluyó, entonces, que para la inscripción de la prórroga deben concurrir dos circunstancias: i) Que el acuerdo de prorrogar el mandato se adopte antes del vencimiento de éste; y ii) Que la posibilidad de prorrogar el mandato haya sido prevista por el estatuto de la asociación.

4 Este pleno fue publicado en separata especial del diario oficial El Peruano el 09 de junio del 2005.

El caso de autos versa sobre el pedido de inscripción de la prórroga del último consejo directivo de la asociación. El apelante conviene con el primer presupuesto de procedencia de la prórroga. Sin embargo, considera que la asamblea general de delegados de la asociación, por ser el órgano supremo, puede tomar el acuerdo de prórroga aun cuando dicha posibilidad no ha sido contemplada expresamente en el estatuto. Revisado el estatuto se verifica que en su artículo 30° establece que la junta directiva de la asociación es elegida por un período de gestión de dos años y que no habrá reelección inmediata, hasta después de un período dirigencial. Como es de verse, el estatuto ha prohibido la reelección inmediata de los miembros del consejo directivo, probablemente sea la intención la de favorecer la participación del mayor número de sus miembros y acaso para asegurar el patrimonio social ante eventuales irregularidades. Sea cual fuere la razón, el estatuto ha establecido terminantemente que una directiva no permanezca en el cargo luego de culminado su período, tendrá que esperar que transcurra como mínimo un período para intentar nuevamente su elección. Desde esa óptica, a primera intención, la prórroga resulta inviable porque justamente lo que busca el estatuto al vetar la reelección inmediata es evitar que la directiva continúe en el cargo más allá de su período ordinario.

No obstante, la Sala considera pertinente incidir en las razones que llevaron a adoptar el criterio de observancia obligatoria, específicamente sobre el segundo presupuesto para la procedencia de la prórroga.

Toda persona jurídica es una entidad abstracta que para manifestar su voluntad requiere ineludiblemente de representantes. Las asociaciones tampoco escapan a esta aseveración. De acuerdo al Código Civil en su inciso 4) del artículo 82°, los órganos de gobierno de la asociación son: la asamblea general, el consejo directivo, y los demás órganos que se creen según su conveniencia.

La asamblea general es el órgano supremo de la comunidad, tiene como características la de ser necesaria y no permanente. En efecto, el asamblea general es necesaria porque es la rectora de la política a seguir por la comunidad, es decir, establece los lineamientos globales de trabajo encaminados a lograr su finalidad. Y es no permanente porque se reúne sólo en ciertas ocasiones y para tratar temas puntuales. La administración, por su parte, es un órgano necesario y permanente. Explica Rodrigo Uría, comentando sobre el órgano de administración en las sociedades mercantiles que encaja perfectamente en nuestro caso, que "Es necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior funcionamiento; una de las menciones inexcusables de los estatutos es, precisamente, la relativa a la estructura y a otros aspectos de funcionamiento del órgano de administración. Y permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la consecución de los fines sociales, que no puede sufrir solución de continuidad"[5].

El apelante arguye a su favor que la supremacía de la asamblea general le da la potestad suficiente para decidir lo mejor en beneficio de la asociación. La Sala considera que la supremacía de la asamblea general debe ser vista con respecto a los demás órganos de la asociación, es decir, en el sentido de que sobre ella no existe un órgano jerárquicamente superior; sin embargo, ello no

5 **URÍA, Rodrígo y otros**. *La Sociedad Anónima: Órganos Sociales. Los Administradores*. En Curso de Derecho Mercantil. Civitas, V.I, 2001, p. 895.

le exime de ejercer sus atribuciones dentro de su competencia funcional previamente establecida por el estatuto. En ese orden, su poder debe entenderse circunscrito a determinados límites establecidos por las normas legales pertinentes y el estatuto social. Dicho de otra manera, la asamblea general, en virtud de su "supremacía", no puede ni debe exceder su competencia, y tomar acuerdos contrarios a la Ley o a su propio estatuto, aun cuando se crea omnipotente por constituirse en la base fundamental de la persona jurídica, esto es, la reunión de todos los integrantes de la asociación. Muestra de esta afirmación la encontramos en el artículo 86° del CC que norma las atribuciones de la asamblea general: "La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos". Nótese que la asamblea no puede excederse en su competencia funcional, por lo que aun tratándose del órgano supremo de la asociación se le ha negado dicha posibilidad. Tanto así que de transgredir las disposiciones legales o estatutarias se faculta a todo asociado a impugnar los acuerdos violatorios de dichas normas, conforme estipula el artículo 92°[6] del CC. Consecuentemente, al no haberse previsto en el estatuto la facultad de prorrogar el mandato del consejo directivo, la asamblea general está impedida de hacerlo.

No obstante que la prórroga no puede ser inscrita, esta Sala debe dejar en claro que ello no implica la inexistencia de facultades de administración y representación del último consejo directivo inscrito. Hemos explicado en el tercer considerando que el consejo directivo, como órgano de administración, tiene el carácter necesario y permanente; ello en virtud de la representación orgánica de que gozan las personas jurídicas. Gonzales Barrón explica de esta manera la representación orgánica en las sociedades, que bien puede aplicarse en las persona jurídicas no societarias, como el caso de autos: "La representación de las sociedades tiene carácter orgánico, ya que los órganos administradores son imprescindibles y permanentes, lo cual no se condice con la representación voluntaria. Así pues, en este último caso existe la posibilidad que un tercero actúe en nombre del principal; en cambio, en materia de sociedades, existe la necesidad que el órgano actúe por la persona jurídica. Por otro lado, los alcances de la representación orgánica se encuentran determinados en gran medida por la ley, no pudiendo ser objeto de limitación por medio de pacto o estipulación voluntaria. Ésta es también una importante diferencia con la representación voluntaria, en la que los alcances del poder se encuentran sometidos a la estrechez del acto jurídico de apoderamiento, no habiendo en lo absoluto, determinación legal del ámbito

6 **Art. 92°**: "***Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias***. *Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado*".

del poder"[7]. En efecto, en la representación voluntaria las personas naturales o jurídicas confieren facultades a terceros a fin de que actúen en su nombre porque no quieren o no pueden por determinada razón. En cambio, en la representación orgánica, las personas jurídicas como entes abstractos requieren siempre exteriorizar su voluntad a través de personas concretas, de tal suerte que quien obre en su representación realmente no es un tercero ajeno a ella, sino un órgano de la misma entidad. Desde esa perspectiva, es inadmisible emplear las reglas de la representación voluntaria, pues en esta última al vencer el mandato el poderdante asume de hecho, y por su cuenta, el control de sus actos, situación que no ocurre en la persona jurídica pues entramparía el desenvolvimiento de sus actividades al carecer de órganos que la representen. Consiguientemente, a la fecha, y aunque no se inscribe la prórroga, el último consejo directivo inscrito cuenta con facultades vigentes, recayendo en éste la responsabilidad de convocar a asamblea general para la elección del nuevo consejo directivo, respetando las normas estatutarias.

Por otra parte, sin perjuicio de lo expuesto, se advierte el siguiente defecto u omisión en el título, el cual merece ser puesto en conocimiento del apelante. Se omitió acreditar la convocatoria a la asamblea general de delegados y el quórum respectivo a efectos de establecer la validez de los acuerdos. Estos requisitos pudieron ser cumplidos con las declaraciones juradas previstas en la Res. N° 331-2001-SUNARP/SN.

Por las consideraciones precedentes, estando a lo acordado por unanimidad.

VII.- RESOLUCIÓN:

CONFIRMAR la tacha del título apelado en mérito de los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

WALTER EDUARDO MORGAN PLAZA
Presidente de la Cuarta Sala
del Tribunal Registral

HUGO ECHEVARRÍA ARELLANO
Vocal del Tribunal Registral

ROLANDO ACOSTA SÁNCHEZ
Vocal del Tribunal Registral

7 **GONZALES BARRÓN, Gunther**. *La Nueva Ley General de Sociedades y su Aplicación Registral*. Editorial Rodhas, 1998, p. 288.

10. RESOLUCIÓN N° 012-2007-SUNARP-TR-T

Trujillo, dieciocho de enero del dos mil siete.

APELANTE	:	CARLOS MAGNO GILES ARRASCUE
TITULO	:	47502-2006
INGRESO	:	220-2006
PROCEDENCIA	:	ZONA REGISTRAL N° II – SEDE CHICLAYO
REGISTRO	:	PERSONAS JURIDICAS – ASOCIACIONES DE CHICLAYO
ACTO INSCRIBIBLE	:	PRÓRROGA DEL MANDATO DE LA JUNTA DIRECTIVA

SUMILLA(S) :

Prórroga del plazo de las facultades de los miembros del órgano de administración y representación de la persona jurídica

Conforme al 13° Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el 10° Pleno del Tribunal Registral, no es inscribible la prórroga del plazo del mandato de los miembros del órgano de administración y representación de la persona jurídica, si es que el estatuto de la persona jurídica no atribuye competencia a la asamblea general para acordar dicha prórroga.

I. ACTO CUYA INSCRIPCION SE SOLICITA y DOCUMENTACION PRESENTADA:

Mediante el título alzado el señor Giles solicitó al Registro de Personas Jurídicas – Asociaciones de Chiclayo la inscripción de la prórroga del mandato del consejo directivo de la Asociación de Propietarios de los Lotes de Terreno de los Trabajadores y Ex - Trabajadores de Nestlé Perú S.A. y Terceros (en adelante la Asociación). El citado Consejo está presidido por el señor Giles, y fue elegido por dos años el 08.09.2004.

Para tal efecto, el señor Giles presentó los siguientes documentos:

Acta de la asamblea extraordinaria de la Asociación, que corre a fojas 41 del Libro de Actas correspondiente, legalizado el 07.09.2004 por el notario de Chiclayo Pedro Bonilla. La copia de dicha acta que ha presentado el señor Giles ha sido certificada por la notario de Chiclayo Isabel Alvarado.

Declaración jurada simple del señor Giles, en la que manifiesta que el 01.10.2006, junto con el pleno de la directiva, convocó a asamblea general extraordinaria para el 07.10.2006, cuyo único punto de agenda fue "establecer la situación actual del consejo directivo".

Declaración jurada simple del señor Giles, en la que manifiesta que el 07.10.2006 se llevó a cabo, en primera convocatoria, la asamblea general extraordinaria convocada el 01.10.2006, contando con el quórum estatutario.

II. DECISION IMPUGNADA:

El título fue tachado por la Registradora Pública (e) Dra. Lucía Portocarrero More (en adelante la Registradora), mediante esquela del 14.11.2006 cuyo texto es el siguiente:

"1.- Realizada la calificación correspondiente, se constata que en asamblea general del día

07.10.2006 se acuerda prorrogar el mandato del consejo directivo por un periodo igual para el cual fueron elegidos. Al respecto es de señalar que de conformidad con el precedente de observancia obligatoria establecido en la Res. N° 022-2005-SUNARP, es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno. En ese sentido, se observa que si bien la prórroga es acordada antes del vencimiento del mandato de la actual directiva, revisado el estatuto inscrito se tiene que éste no prevé la facultad de la asamblea general de prorrogar el mandato de la directiva, con lo cual tal acuerdo no sería válido. Por el contrario, el estatuto sí prevé la posibilidad de reelegir por única vez a la misma; sin embargo, es de tener en cuenta que a diferencia de la prórroga, la reelección significa que los integrantes del consejo directivo son nuevamente elegidos, lo que implica la realización de un proceso eleccionario, proceso que debe ser llevado a cabo de conformidad con lo establecido en el estatuto; en el presente caso, éste prevé la elección de un comité electoral, el cual dirigirá las elecciones.

Siendo esto así, se ha incumplido tanto con los requisitos que configuran la validez del acuerdo de prórroga del mandato del consejo directivo, como los necesarios para la validez de la reelección del mismo al no haberse elegido previamente al comité electoral.

2.- No se ha acreditado si la asamblea del 07.10.2006 se celebró contando con el quórum reglamentario por cuanto no se ha presentado copia legalizada del libro padrón de asociados hábiles. Tampoco se ha acreditado la convocatoria a la misma, por cuanto las declaraciones juradas del Sr. Carlos Giles Arrascue no cuentan con legalización de su firma, y su contenido no se ciñe a lo prescrito por la Res. N° 331-2001-SUNARP.

Procede la presente tacha en aplicación del artículo 42° del RGRP."

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION:

El señor Giles interpuso recurso de apelación mediante escrito autorizado por el abogado Fredy Torres Lozano. Los fundamentos de la impugnación son los siguientes:

El artículo 17.b del estatuto autoriza a la asamblea general extraordinaria resolver los asuntos de importancia imprevistos.

En instituciones privadas predomina la voluntad de la mayoría.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL:

La Asociación está inscrita en la partida 11025315 del Registro de Personas Jurídicas – Asociaciones de Chiclayo. Consta del asiento D-1 de dicha partida la inscripción del consejo directivo presidido por el señor Giles.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES:

Estando a los fundamentos de la tacha y a los de la apelación, las cuestiones esenciales a dilucidarse son:

Si es válido el acuerdo por el cual la asamblea general extraordinaria (AGE) de la Asociación prorrogó por dos años más el mandato del consejo directivo presidido por el señor Giles. Formará parte del presente análisis los alcances de la competencia de la AGE.

Si la documentación presentada es idónea para acreditar los requisitos estatutarios de quórum y convocatoria.

VI. ANALISIS:

La Asociación se rige por sus estatutos inscritos en el asiento A1 de la partida correspondiente, los cuales contemplan la posibilidad de reelegir a los miembros del consejo directivo sólo por un período adicional. La prórroga del plazo de vigencia del mandato del consejo no ha sido contemplada estatutariamente, lo cual da pie a la tesis del apelante acerca de la soberanía de la AGE para acordar dicha prórroga.

Se ha entendido que es necesario prorrogar el plazo en cuestión cuando ha vencido o está por vencer el término final del plazo para el cual fue elegido un consejo directivo o, en general, cualquier órgano de administración y representación de una persona jurídica, y por diversas circunstancias no es posible realizar la elección de los miembros que integrarán el órgano sucesor. Como resulta evidente, la prórroga viene justificada por la extinción de las facultades de los integrantes del órgano de administración y representación cuyo mandato expiró o está por expirar, situación que hace imperioso prolongar dicho mandato. Esta es la razón por la cual el 13 Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el 10° Pleno del Tribunal Registral establece que la prórroga debe acordarse "antes del vencimiento del mandato" del órgano de administración y representación. Pero el anotado Precedente establece una exigencia adicional para la inscripción de la prórroga: que esté prevista en el estatuto de la persona jurídica de la que se trate.

En el último de los requisitos mencionados subyace la tesis de la separación de competencias entre los órganos de la persona jurídica, y –sobre todo- de la incompetencia de la asamblea general para convenir la prórroga. Ya en la Resolución 082-2006-SUNARP-TR-T el Tribunal señaló que "(e)l artículo 84° del Código Civil (CC) establece que la asamblea general es el órgano supremo de la asociación. Sin embargo, esta supremacía no es sinónimo de arbitrariedad en su actuación; por el contrario, el artículo 86° del mismo Código establece que la asamblea general de una asociación elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos. Siendo que no existe disposición legal que discipline la competencia del consejo directivo (a diferencia de la competencia de la asamblea general, regulada por el artículo 86° citado), será el estatuto de la asociación el que regule dicha materia. De ese modo, la ley y el estatuto definen la competencia de la asamblea general, en tanto que la del consejo directivo sólo puede ser determinada por el estatuto".

No existen, legalmente, competencias orgánicas superpuestas en materia de asociaciones. Las competencias están determinadas, rigurosamente, por el Código Civil o por el estatuto, sin que exista posibilidad alguna de que la asamblea, pese a ser órgano "supremo" de la sociedad, invada la esfera de atribuciones reconocida a otros órganos[8], o que adopte decisiones con infracción de las leyes o del estatuto. Por ello, la asamblea es concebida como una reunión de los miembros de

8 Francisco VICENT CHULIÁ sostiene que "la rigurosa separación de funciones o competencias sería, así, un ‹principio configurador› de la sociedad anónima", En: Francisco VICENT CHULIÁ: Introducción al Derecho Mercantil, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, p. 300. Estando a la separación de competencias definida por el artículo 86° del Código Civil, este Tribunal entiende que la cita es perfectamente aplicable a las personas jurídicas no societarias como una asociación.

la persona jurídica, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre asuntos sociales propios de su competencia.

Ahora bien: ninguno de los dos requisitos regulados por el Precedente señalado ha sido satisfecho en el caso del título alzado. De un lado, el mandato del consejo inscrito presidido por el señor Giles venció el 08.09.2006, en tanto que el acuerdo de prórroga fue tomado por la AGE el 07.10.2006, esto es, luego de casi un mes de expirado el mandato de dicho consejo. De otro lado, tal como estableciéramos en el fundamento 1 de la presente, el estatuto de la Asociación no contempla la posibilidad de que la asamblea general autorice la prórroga. En consecuencia, los hechos vinculados al acuerdo de prórrogas no se subsumen dentro de las hipótesis del Precedente señalado, por lo cual correspondía que la AGE proceda conforme al artículo 43 del estatuto, esto es, debía nombrar al comité electoral que debía conducir las elecciones correspondientes.

Estas razones resultan suficientes para confirmar la tacha formulada por la Registradora, y de hecho esta Sala la confirma.

Sin embargo, entiende este Colegiado que el cuestionamiento permanente, razonado y motivado del ordenamiento jurídico resulta primordial para que el Derecho responda no sólo a la realidad social y económica, sino además para que se cumpla con el principio de coherencia y unidad al que aspira. Bajo estas ideas, esta Sala ha entendido y entiende que la prórroga, en estricto, no constituye un acto inscribible, en la medida que los miembros de los órganos de administración y representación de una persona jurídica –societaria o no- permanecen en funciones en tanto no hayan sido elegidos sus reemplazantes.

En efecto: el consejo directivo (u órgano de administración de similares funciones) de toda persona jurídica es un órgano necesario y permanente, ya que es jurídicamente imposible que ésta exprese su voluntad y practique actos jurídicos si no es a través de dicho consejo. Lo contrario significaría que estemos ante un sujeto de derechos que, en teoría, puede adquirir derechos y obligaciones, pero que materialmente no puede hacerlo, es decir, se trataría de una persona jurídica incapaz, cuando es unánime en doctrina que la persona jurídica goza de capacidad general. Por ello, debe entenderse que la persona jurídica nunca está privada del órgano que ejerce las funciones de administración y representación, aunque el período para el que dicho órgano fue elegido haya vencido. En ese sentido, quien es el titular de dicho órgano (el presidente) mantiene su legitimación para convocar a asamblea no sólo para elegir a la nueva directiva, sino para todo otro asunto, aunque su período se encuentre vencido[9].

---

9 La misma Resolución N° 202-2001-SUNARP/SN reconoce el carácter de órgano permanente y necesario de los consejos directivos de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil, y por lo tanto su vigencia aunque su mandato se encuentre vencido. Transcribimos a continuación las partes consideratívas pertinente de dicha Resolución: "*Que, el Artículo 93 del Código Civil al establecer que los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las normas de la representación, se refiere a las relaciones internas entre los integrantes de los órganos y la persona jurídica, mas no a las relaciones existentes entre las personas jurídicas y los terceros; Que,* ***el vencimiento del período de funciones de los consejos directivos mencionados no debe limitar el desenvolvimiento de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que se trata de órganos indispensables para su funcionamiento, por lo que no debe negarse su vigencia****, a fin de garantizar la elección de*

A mayor abundamiento, esta Sala sostuvo, en la Resolución 176-2005-SUNARP-TR-T (ponente Vocal Echevarría Arellano), que "lo que ocurre en realidad con los órganos permanentes de las personas jurídicas es que, vencido el plazo de su mandato, se mantienen formalmente en sus cargos hasta que se produzca una nueva elección a través de los mecanismos previstos en la ley y en el estatuto. Se genera entonces una suerte de prórroga tácita del mandato pero con responsabilidad para aquellos directivos que debieron efectuar las elecciones sin que hayan cumplido su labor. El artículo 163° parte in fine de la Ley General de Sociedades ,(...), es claro en ese sentido. Y es que una persona jurídica, dada su naturaleza abstracta, requiere de órganos unipersonales o pluripersonales que la representen permanentemente frente a terceros. Al respecto, Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, al referirse al órgano de administración de las sociedades, concepto aplicable a las cooperativas, señalan que "el órgano de administración es necesario y permanente. Es necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior funcionamiento; una de las menciones inexcusables de los estatutos es, precisamente, la relativa a la estructura y a los aspectos de funcionamiento del órgano de administración. Y permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la conservación de los bienes sociales, que no puede sufrir solución de continuidad"[10]. A su vez, Elías Laroza, comentando el artículo 163 de la Ley General de Sociedades señala que "el último párrafo de la norma tiene por objeto permitir la continuidad del directorio en la administración cuando el período para el cual haya sido elegido hubiese concluido. La norma busca que en todo momento la sociedad tenga en funcionamiento a su órgano de administración de mayor jerarquía y así continúen adoptándose las decisiones necesarias para la consecución de los fines sociales. Se evita así que la sociedad pueda quedar temporalmente acéfala, por el simple vencimiento de su período"[11].

En la indicada Resolución esta Sala sostuvo también que "(a)unque no de manera abierta, la SUNARP también ha reconocido esta condición de los órganos administrativos de las personas jurídicas cuando en la parte considerativa de la Resolución N° 202-2001-SUNARP/SN, del 31.07.2001, señaló que "el vencimiento del período de funciones de los consejos directivos no debe limitar el desenvolvimiento de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que se trata de órganos indispensables para su funcionamiento, por lo que no debe negarse su vigencia, a fin de garantizar la elección de sus nuevos integrantes". Aún cuando sólo admitió la prórroga de los directivos para efectos de convocar a asambleas eleccionarias, en realidad el presupuesto de la posición adoptada por la SUNARP calza para todo acto de los administradores. Sería muy reducido y discriminatorio pensar que los órganos permanecen en sus funciones sólo para

---

sus nuevos integrantes.". Si bien el artículo 1° de la citada Resolución legitima al presidente de la última directiva inscrita para convocar a asamblea eleccionaria, debe entenderse que no excluye del ejercicio de dicha legitimación activa otros asuntos de interés de la persona jurídica, pues de lo contrario la norma incurriría en contradicción al reconocer, por un lado, el carácter de órgano permanente y necesario del consejo de administración, y al negarle, por el otro, legitimación a dicho consejo y a su presidente para ejercer otras facultades aunque su período de vigencia hubiera culminado.

10 URIA, Rodrigo; MENENDEZ, Aurelio: *Curso de Derecho Mercantil; p. 895.*

11 *ELIAS LAROZA, Enrique: Derecho Societario Peruano; p. 342.*

convocar a elecciones. La extensión de las funciones más allá de su período de mandato habilita a los administradores para realizar todas las atribuciones establecidas en la ley y en el estatuto". La tesis señalada ha sido acogida por otras Salas del Tribunal Registral. Incluso en la Resolución 106-2004-SUNARP-TR-A (que sustenta, precisamente, el Precedente que regula la inscripción de la prórroga), señala en su fundamento 3 que "... sin embargo aun cuando el Código Civil no contiene una norma como la contenida en el artículo 163° de la Ley General de Sociedades, debe interpretarse conforme a la doctrina imperante que aun cuando el periodo de la junta directiva de una asociación haya vencido, éste ser abstracto no puede quedar acéfalo, es decir, sin personas que ejerzan su dirección y por tanto continúen 'dándole vida'. En tal sentido, tenemos que aun cuando el periodo de la junta directiva de la asociación (...) venció (...) , sin embargo en tanto no se eligiera a sus reemplazantes continuaba en ejercicio de las funciones ordinarias de la sociedad".

Ahora bien, siendo pacífico que los integrantes del órgano de administración y representación de la persona jurídica conservan sus facultades en tanto no sean elegidos los reemplazantes, la prórroga se muestra como un acto innecesario, pues la permanencia de quienes conforman el consejo directivo es, en lo medular, una "prórroga" casi indefinida, que claudicará sólo cuando sean elegidos los nuevos miembros del consejo, o cuando sean removidos o renuncien.

Siendo un acto intrascendente, carece de vocación para ser oponible frente a terceros. Son pertinentes al respecto las consideraciones que esta Sala tuvo en la Resolución 160-2006-SUNARP-TR-T, en la que se señaló que "(e)l Registro es un mecanismo de seguridad que publica con carácter erga omnes derechos y situaciones jurídicas que por naturaleza son oponibles frente a terceros, con el objeto de que los destinatarios de esta publicidad utilicen la información para tomar decisiones adecuadas en la contratación, reduciendo sensiblemente los costos. 'La publicidad jurídica, si bien comparte los elementos básicos de la publicidad en general en cuanto a la divulgación y conocimiento, no busca exteriorizar y dar a conocer cualquier evento o acontecimiento, sino sólo aquéllos relevantes para el Derecho, en la medida que generan efectos jurídicos con trascendencia hacia terceros. Es decir, se publican únicamente situaciones jurídicas que por su naturaleza tienen vocación de oponibilidad(...) para hacerlas conocidas a la generalidad de personas que no son parte en tales situaciones".[12]

"De acuerdo con la Ley N° 26366, forma parte del Sistema Nacional de los Registros Públicos el Registro de Personas Jurídicas. Se trata de un instrumento de publicidad, cuya misión es facilitar el conocimiento de ciertos datos importantes para el tráfico jurídico, cuya investigación sería difícil o imposible para la sociedad sin su institución[13]. Los actos que ingresan a este registro son aquellos que identifican e individualizan a la persona jurídica como ente abstracto y, principalmente, su estructura orgánica y los representantes que la vinculan con terceros, estableciendo el marco de su responsabilidad".

"El denominador común de todos estos actos es la vocación de oponibilidad frente a terceros, ajenos a las partes contratantes o titulares de la situación jurídica. En este orden, sólo acceden

12 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo X; Gaceta Jurídica; p.87.

13 GARRIGUES, Joaquín citado por GONZALES BARRON Gunther Hernán: *La nueva Ley General de Sociedades y su aplicación registral*; p. 36.

al registro los actos que resultan relevantes frente a terceros; por el contrario, si los efectos se restringen al ámbito exclusivo de la persona jurídica, a sus órganos o a las relaciones entre éstos y sus miembros, no accederán al registro, por más importancia o interés que generen entre ellos. El inciso c) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos establece como alcance de calificación de las instancias registrales, verificar la naturaleza inscribible del acto o contrato, lo que en buena cuenta significa determinar si el acto es oponible o relevante frente a terceros".

"Desde esta perspectiva, el Registro aparece como un ente restrictivo. Angel Rojo, justificando este carácter señala que la limitación de los actos inscribibles es exigencia lógica de la propia finalidad del sistema registral. El Registro tiene por objeto publicar frente a terceros hechos relevantes. Si se dejase abierto el Registro a cualquier acto no sólo se produciría gran incertidumbre acerca del contenido potencial de la hoja registral, sino que sería inadmisible, por el grave daño que ocasionaría a terceros, dotar de oponibilidad a aquellos actos inscritos y publicados que hubieran accedido al registro por la mera decisión del interesado. De otra parte, la apertura del Registro a cualquier clase de actos podría recargar el contenido de la hoja, con la consiguiente disminución de la claridad de la misma y con el riesgo de la inabarcabilidad del contenido"[14].

Sobre la base de estos argumentos, este Tribunal consideró y considera que la prórroga no resulta un acto inscribible, pues al significar de cualquier modo la continuidad y vigencia del órgano ya inscrito, no tiene ninguna trascendencia frente al tercero, para quien, con prórroga o sin ella, será directivo el que aparece inscrito en la partida registral. En ese orden de ideas, pese al carácter no inscribible del acuerdo de la AGE de prorrogar el mandato del consejo directivo de la Asociación presidido por el señor Giles, los miembros de dicho Consejo continúan en funciones en tanto no se presenten supuestos de elección de sus reemplazantes, remoción, muerte o renuncia.

¿En estas circunstancias, entonces qué trascendencia tiene este acto? Frente a terceros ya hemos señalado que ninguna, de allí que no sea acto inscribible. Su connotación es más bien interna pues habiéndose estimado un período de mandato determinado para los consejos, sobrepasar el plazo sin ninguna justificación podría acarrear responsabilidades en sus miembros al no haberse adoptado las medidas pertinentes para obtener la sucesión del gobierno. En cambio, si el ejercicio más allá del plazo regular viene autorizado por la persona jurídica, la responsabilidad por este motivo sería inexistente. El interés de esta figura queda entonces circunscrito a los miembros de los órganos de la persona jurídica y a esta misma, quienes no podrán negar los efectos de la prórroga por resultar vinculados jurídicamente.

Es así que la prórroga a que alude el 13° Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el 10° Pleno del Tribunal Registral no constituye, en rigor, un acto inscribible.

Sin perjuicio de la decisión confirmatoria de la Sala (adoptada en el fundamento 6 de la presente), este Colegiado participa de los argumentos denegatoria de la Registradora contenidos en el numeral 2 de la esquela de tacha del 14.11.2006, con una salvedad: habiéndose acogido a la acreditación del quórum y convocatoria mediante declaraciones juradas, no corresponde presentar padrón de asociados alguno. Al margen de dicho reparo, esta Sala conviene en que las declaraciones juradas

14 ROJO, Angel: *"El Registro Mercantil: Organización y Funciones"*; en: Rodrigo URIA y Aurelio MENENDEZ: *Curso de Derecho Mercantil; p. 170.*

carecen de la legalización de firmas, y no aparece en ellas que se haya convocado a la AGE del 07.10.2006 en la forma y con la anticipación estatutaria correspondiente, ni consta el número de asociados hábiles que estuvieron presentes al momento de iniciarse la AGE, ni el número y nombre de los asociados hábiles que figuran en el libro padrón correspondiente, ni los datos de la legalización de dicho libro, requisitos todos exigidos por la Resolución 331-2001-SUNARP/SN. Por las consideraciones expuestas, por unanimidad se adoptó la siguiente decisión:

VII. RESOLUCION:

CONFIRMAR la tacha formulada por la Registradora Pública (e) Dra. Lucía Portocarrero More al título venido en grado.

Regístrese. Comuníquese.

ROLANDO A. ACOSTA SÁNCHEZ
Presidente de la Cuarta Sala
del Tribunal Registral

HUGO O. ECHEVARRÍA ARELLANO
Vocal del Tribunal Registral

WALTER E. MORGAN PLAZA
Vocal del Tribunal Registral

11. RESOLUCION 203-2007-SUNARP-TR-T

SUNARP
TRIBUNAL REGISTRAL

RESOLUCIÓN N° 203-2007-SUNARP-TR-T

Trujillo, veintisiete de julio de dos mil siete.

APELANTE	**: PABLO TOMÁS CAMPOS SEGURA**
SOLICITUD	**: N° 2007/41967**
RECURSO	**: 202-2007**
PROCEDENCIA	**: ZONA REGISTRAL N° II-SEDE CHICLAYO**
ÁREA	**: PUBLICIDAD**
ACTO	**: VIGENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO**

SUMILLA :

Vigencia del último consejo directivo inscrito

Mientras no se elija a la nueva directiva el último consejo directivo inscrito cuenta con facultades vigentes, recayendo en éste la responsabilidad de convocar a asamblea general para la elección del nuevo consejo directivo.

Expedición de certificado de vigencia de poder

En virtud de lo anterior, procede la extensión de la certificación de vigencia de poder del último consejo directivo inscrito.

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA.

Con la solicitud apelada el Sr. Campos solicitó la expedición de un certificado de vigencia de poder del consejo directivo de la Asociación de Hoteles, Restaurantes y Afines de Lambayeque.

II. DECISIÓN IMPUGNADA

La solicitud del Sr. Campos fue denegada por el Registrador Público del Área de Publicidad Jorge del Águila Dávila mediante esquela de fecha 27.06.2007. Los términos de la denegatoria son los siguientes:

"No se le expide lo solicitado, por cuanto la representación del consejo directivo era por un periodo de dos años, habiéndose otorgado el 13.05.2005. Por lo que a la fecha ya no se encuentra vigente."

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El solicitante interpuso recurso de apelación, el cual fue autorizado por el abogado Aníbal Alvites Barboza. Los fundamentos de la apelación son los siguientes:

- La Cuarta Sala del Tribunal Registral en la Resolución Nº 012-2007-SUNARP-TR-T de fecha 18.01.2007 ha establecido que los órganos de administración y representación de una persona jurídica (societaria o no) permanecen en funciones en tanto no se haya elegido a sus reemplazantes. A continuación transcribió los considerandos pertinentes que explican la conclusión a la cual arribó la Sala.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

La partida respecto de la cual se pide publicidad es la Nº 02109821 del Registro de Asociaciones de la Oficina Registral de Chiclayo, correspondiente a la Asociación de Hoteles, Restaurantes y Afines de Lambayeque. En el asiento A00002 aparece inscrito el nombramiento del consejo directivo en asamblea general de socios del 13.03.2005 para el periodo 2005-2007.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como ponente el Vocal Walter E. Morgan Plaza.

Corresponde determinar si el último consejo directivo inscrito se encuentra vigente, a pesar de haber vencido el periodo para el cual fue elegido. De ser negativa la respuesta, será improcedente el pedido de expedición del certificado de vigencia de poder.

VI. ANÁLISIS

1. Toda persona jurídica es una entidad abstracta que para manifestar su voluntad requiere ineludiblemente de representantes. Las asociaciones tampoco escapan a esta aseveración. De acuerdo al Código Civil en su inciso 4) del artículo 82°, los órganos de gobierno de la asociación son: *la asamblea general, el consejo directivo, y los demás órganos que se creen según su conveniencia.*

   La asamblea general es el órgano supremo de la comunidad, tiene como características la de ser necesaria y no permanente. En efecto, la asamblea general es *necesaria* porque es la rectora de la política a seguir por la asociación, es decir, establece los lineamientos globales

de trabajo encaminados a lograr su finalidad. Y es *no permanente* porque se reúne sólo en ciertas ocasiones y para tratar temas puntuales. En cambio, la administración es un órgano *necesario* y *permanente* porque es la ejecutora de los acuerdos de la asamblea general y de las actividades de la persona jurídica destinadas a alcanzar los fines para los que se constituyó.

2. En la Resolución Nº 012-2007-SUNARP-TR-T del 18.01.2007 esta Sala del Tribunal Registral analizó este tema. A continuación reproducimos los considerandos pertinentes.

   El consejo directivo (u órgano de administración de similares funciones) de toda persona jurídica es un órgano necesario y permanente, ya que es jurídicamente imposible que ésta exprese su voluntad y practique actos jurídicos si no es a través de dicho consejo. Lo contrario significaría que estemos ante un sujeto de derechos que, en teoría, puede adquirir derechos y obligaciones, pero que materialmente no puede hacerlo, es decir, se trataría de una persona jurídica incapaz, cuando es unánime en doctrina que la persona jurídica goza de capacidad general. *Por ello, debe entenderse que la persona jurídica nunca está privada del órgano que ejerce las funciones de administración y representación, aunque el período para el que dicho órgano fue elegido haya vencido*. En ese sentido, quien es el titular de dicho órgano (el presidente) mantiene su legitimación para convocar a asamblea no sólo para elegir a la nueva directiva, sino para todo otro asunto, aunque su período se encuentre vencido[1].

3. A mayor abundamiento, esta Sala sostuvo, en la Resolución 176-2005-SUNARP-TR-T (ponente Vocal Echevarría Arellano), que "lo que ocurre

[1] La misma Resolución Nº 202-2001-SUNARP/SN reconoce el carácter de órgano permanente y necesario de los consejos directivos de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil, y por lo tanto su vigencia aunque su mandato se encuentre vencido. Transcribimos a continuación las partes considerativas pertinente de dicha Resolución: "*Que, el Artículo 93 del Código Civil al establecer que los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las normas de la representación, se refiere a las relaciones internas entre los integrantes de los órganos y la persona jurídica, mas no a las relaciones existentes entre las personas jurídicas y los terceros. Que, el* ***vencimiento del período de funciones de los consejos directivos mencionados no debe limitar el desenvolvimiento de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que se trata de órganos indispensables para su funcionamiento, por lo que no debe negarse su vigencia****, a fin de garantizar la elección de sus nuevos integrantes.*". Si bien el artículo 1º de la citada Resolución legitima al presidente de la última directiva inscrita para convocar a asamblea eleccionaria, debe entenderse que no excluye del ejercicio de dicha legitimación activa otros asuntos de interés de la persona jurídica, pues de lo contrario la norma incurriría en contradicción al reconocer, por un lado, el carácter de órgano permanente y necesario del consejo de administración, y al negarle, por el otro, legitimación a dicho consejo y a su presidente para ejercer otras facultades aunque su período de vigencia hubiera culminado.

en realidad con los órganos permanentes de las personas jurídicas es que, vencido el plazo de su mandato, se mantienen formalmente en sus cargos hasta que se produzca una nueva elección a través de los mecanismos previstos en la ley y en el estatuto. Se genera entonces una suerte de prórroga tácita del mandato pero con responsabilidad para aquellos directivos que debieron efectuar las elecciones sin que hayan cumplido su labor. El artículo 163° parte *in fine* de la Ley General de Sociedades ,(...), es claro en ese sentido. Y es que una persona jurídica, dada su naturaleza abstracta, requiere de órganos unipersonales o pluripersonales que la representen permanentemente frente a terceros. Al respecto, Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, al referirse al órgano de administración de las sociedades, concepto aplicable a las cooperativas, señalan que *"el órgano de administración es necesario y permanente. Es necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior funcionamiento; una de las menciones inexcusables de los estatutos es, precisamente, la relativa a la estructura y a los aspectos de funcionamiento del órgano de administración. Y permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la conservación de los bienes sociales, que no puede sufrir solución de continuidad"*[2]. A su vez, Elías Laroza, comentando el artículo 163 de la Ley General de Sociedades señala que *"el último párrafo de la norma tiene por objeto permitir la continuidad del directorio en la administración cuando el periodo para el cual haya sido elegido hubiese concluido. La norma busca que en todo momento la sociedad tenga en funcionamiento a su órgano de administración de mayor jerarquía y así continúen adoptándose las decisiones necesarias para la consecución de los fines sociales. Se evita así que la sociedad pueda quedar temporalmente acéfala, por el simple vencimiento de su período"*[3].

4. En la indicada Resolución esta Sala sostuvo también que "(a)unque no de manera abierta, la SUNARP también ha reconocido esta condición de los órganos administrativos de las personas jurídicas cuando en la parte considerativa de la Resolución N° 202-2001-SUNARP/SN, del 31.07.2001, señaló que *"el vencimiento del período de funciones de los consejos directivos no debe limitar el desenvolvimiento de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que se trata de órganos indispensables para su funcionamiento, por lo que no debe negarse su vigencia, a fin de garantizar la elección de sus nuevos integrantes"*. Aún cuando sólo

---

2 URIA, Rodrigo; MENENDEZ, Aurelio: *Curso de Derecho Mercantil; p. 895.*

3 *ELIAS LAROZA, Enrique: Derecho Societario Peruano; p. 342.*

admitió la prórroga de los directivos para efectos de convocar a asambleas eleccionarias, en realidad el presupuesto de la posición adoptada por la SUNARP calza para todo acto de los administradores. Sería muy reducido y discriminatorio pensar que los órganos permanecen en sus funciones sólo para convocar a elecciones. La extensión de las funciones más allá de su periodo de mandato habilita a los administradores para realizar todas las atribuciones establecidas en la ley y en el estatuto".

5. La tesis señalada ha sido acogida por otras Salas del Tribunal Registral. En efecto, la Resolución Nº 106-2004-SUNARP-TR-A señala en su fundamento 3 que "... sin embargo aun cuando el Código Civil no contiene una norma como la contenida en el artículo 163º de la Ley General de Sociedades, debe interpretarse conforme a la doctrina imperante que *aun cuando el periodo de la junta directiva de una asociación haya vencido, éste ser abstracto no puede quedar acéfalo, es decir, sin personas que ejerzan su dirección y por tanto continúen 'dándole vida'*. En tal sentido, tenemos que aun cuando el periodo de la junta directiva de la asociación (...) venció (...), sin embargo en tanto no se eligiera a sus reemplazantes continuaba en ejercicio de las funciones ordinarias de la sociedad".

6. Asimismo, acerca de este mismo tema, en la Resolución Nº 180-2005-SUNARP-TR-T del 28.10.2005 se expuso lo siguiente con relación a la directivas comunales de las comunidades campesinas, razonamiento válido para el caso de autos.



El consejo directivo, como órgano de administración, tiene el carácter *necesario y permanente*; ello en virtud de la representación orgánica de que gozan las personas jurídicas. Gonzales Barrón explica de esta manera la representación orgánica en las sociedades, que bien puede aplicarse en las personas jurídicas no societarias, como el caso de autos: *"La representación de las sociedades tiene carácter orgánico, ya que los órganos administradores son imprescindibles y permanentes, lo cual no se condice con la representación voluntaria. Así pues, en este último caso existe la posibilidad que un tercero actúe en nombre del principal; en cambio, en materia de sociedades, existe la necesidad que el órgano actúe por la persona jurídica. Por otro lado, los alcances de la representación orgánica se encuentran determinados en gran medida por la ley, no pudiendo ser objeto de limitación por medio de pacto o estipulación voluntaria. Ésta es también una importante diferencia con*

la representación voluntaria, en la que los alcances del poder se encuentran sometidos a la estrechez del acto jurídico de apoderamiento, no habiendo en lo absoluto, determinación legal del ámbito del poder"[4].

En efecto, en la representación voluntaria las personas naturales o jurídicas confieren facultades a terceros a fin de que actúen en su nombre porque no quieren o no pueden por determinada razón. En cambio, en la representación orgánica las personas jurídicas como entes abstractos requieren siempre exteriorizar su voluntad a través de personas concretas, de tal suerte que quien obre en su representación realmente no es un tercero ajeno a ella, sino un órgano de la misma entidad. Desde esa perspectiva, es inadmisible emplear las reglas de la representación voluntaria, pues en esta última al vencer el mandato el poderdante asume de hecho y por su cuenta el control de sus actos, situación que no ocurre en la persona jurídica pues entramparía el desenvolvimiento de sus actividades al carecer de órganos que la representen. ***Consiguientemente, mientras no se elija a la nueva directiva, el último consejo directivo inscrito cuenta con facultades vigentes, recayendo en éste la responsabilidad de convocar a asamblea general para la elección del nuevo consejo directivo, respetando las normas estatutarias***. En tal sentido, debe revocarse la denegatoria de publicidad formulada por el Registrador.

7. Sin perjuicio de lo antes indicado, el Registrador debe tener presente que la expedición del certificado solicitado estará condicionada a la realidad que publique la partida registral al momento de su extensión, toda vez que, de conformidad con el primer párrafo del artículo 140° del TUO del RGRP, "*Los certificados que extienden las Oficinas Registrales acreditan la existencia o inexistencia de inscripciones o anotaciones preventivas vigentes en el Registro al tiempo de su expedición*". Esta previsión es relevante porque puede suceder que al momento que el Registrador tome conocimiento de la presente resolución la partida registral anuncie una situación jurídica distinta a la que sirvió a la Sala para emitir esta resolución, en cuyo caso ya no podrá emitir la certificación de vigencia de poder. En efecto, se advierte que ahora existe un título pendiente de inscripción (Nº 2007-31188) referido a la elección de un nuevo consejo directivo, el cual podría llegar a inscribirse y en este supuesto ya no cabría extender la certificación de vigencia de poder del anterior consejo directivo. Sin embargo, de continuar

[4] **GONZALES BARRÓN, Gunther**. *La Nueva Ley General de Sociedades y su Aplicación Registral*. Editorial Rodhas, 1998, p. 288.

pendiente la inscripción de dicho título, la certificación deberá expedirse teniendo en cuenta lo prescrito en el tercer párrafo del artículo 140º del TUO del RGRP[5].

Por las consideraciones expuestas, por unanimidad se adoptó la siguiente decisión:

VII.- **RESOLUCIÓN:**

REVOCAR la denegatoria de publicidad formulada por el Registrador al título venido en grado en mérito a los fundamentos expuestos en la presente resolución; y **DISPONER** que proceda a la expedición de la certificación, de ser el caso, teniendo en cuenta lo señalado en el último considerando de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

ROLANDO A. ACOSTA SÁNCHEZ
Presidente de la Cuarta Sala
del Tribunal Registral

HUGO ECHEVARRÍA ARELLANO
Vocal del Tribunal Registral

WALTER E. MORGAN PLAZA
Vocal del Tribunal Registral

[5] **Artículo 140º**: *"(...) La existencia de títulos pendientes de inscripción no impide la expedición de un certificado, en cuyo caso éste debe contener la indicación de la existencia de título pendiente y las precisiones o aclaraciones correspondientes para no inducir a error a terceros sobre la situación de la partida registral. (...)"*

12. RESOLUCION 203-2007-SUNARP-TR-T

PERÚ | Ministerio de Justicia y Derechos Humanos | Superintendencia Nacional de Registros Públicos

TRIBUNAL REGISTRAL

RESOLUCIÓN No. - 203- 2013 – SUNARP-TR-L

Lima, 31 ENE. 2013

APELANTE	:	**SERGIO LANDEO CASTRO.**
TÍTULO	:	N° 01004161 del 8/11/2012.
RECURSO	:	HTD N° 100663 del 07/12/2012.
REGISTRO	:	Predios de Lima.
ACTO (s)	:	INSCRIPCIÓN DE ACUERDO DE VENTAJAS RECÍPROCAS.

SUMILLA :
ACTO NO INSCRIBIBLE

"El acuerdo de ventajas recíprocas no resulta inscribible en el Registro de Predios por no estar inmerso en alguno de los supuestos previstos en el artículo 2019 del Código Civil".

4. Sala

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA

Mediante el presente título se solicita que se inscriba en la partida N° 11076662 del Registro de Predios de Lima el "Acuerdo de Ventajas Recíprocas" adjuntando para tal efecto testimonio de la escritura pública del 16/04/1998 extendido ante notario de Lima Eugenio Cisneros Ferreyros, otorgado por el Director de la Dirección de Archivos Notariales y Judiciales del Archivo General de la Nación Dr. Ricardo José Catter Esteban el 24 de junio de 2010.

II. DECISIÓN IMPUGNADA

La Registradora Pública del Registro Predios de Lima, Doris Valverde Vara Cadillo, tachó el título en los siguientes términos:

"Se tacha el presente título dentro del plazo de vigencia del siento de presentación de conformidad con el artículo 42 inciso b) del Reglamento General de los Registros Públicos toda vez que el acto materia de rogatoria ("acuerdo de ventajas recíprocas") no resulta acto inscribible en el Registro de Predios de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2019 del Código Civil.

(...)".

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apelante fundamenta su recurso en los términos siguientes:

RESOLUCIÓN No. - 203- 2013 – SUNARP-TR-L

La Registradora Pública tacha sustantivamente el título señalando que el "Acuerdo de Ventajas Recíprocas" cuya inscripción se solicita no es acto inscribible en el Registro de Predios.

Corresponde, entonces, analizar si puede ser materia de inscripción el "Acuerdo de Ventajas Recíprocas" en el Registro de Predios.

2. La calificación registral constituye el examen minucioso y riguroso que efectúa el Registrador y en su caso el Tribunal Registral como órgano de segunda instancia en el procedimiento registral, a fin de establecer si los títulos presentados cumplen con los requisitos exigidos por el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil para acceder al Registro; esto es, la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, todo ello en atención a lo que resulte del contenido de los documentos presentados, de sus antecedentes y de los asientos de los Registros Públicos.

3. En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos establece que, la calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en el título, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción. Seguidamente, precisa la mencionada norma que la calificación también comprende la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho y que dicha calificación se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente al título presentado y complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro.

Asimismo, el artículo 32 del mismo Reglamento indica que la calificación registral comprende entre otros, el siguiente aspecto: c*) verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que éste consta y la de los demás documentos presentados.*

4. Los actos que son inscribibles en el Registro de Predios han sido descritos en el artículo 2 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, que dispone:

"El Registro de Predios es el registro jurídico integrante del Registro de Propiedad Inmueble en el que se inscriben los actos o derechos que recaen sobre predios a los que se refiere el artículo 2019 del Código Civil[1] normas administrativas y demás normas especiales".

[1] El artículo precitado establece que son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1. *Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles;*
2. *Los contratos de opción;*
3. *Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa;*
4. *El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.*
5. *Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.*
6. *Los contratos de arrendamiento;*
7. *Los embargos y demandas verosímilmente acreditados;*
8. *Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles;*
9. *Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.*

- La escritura pública de acuerdo de ventajas reciprocas del 16 de abril de 1998 cuya inscripción se solicita se encuentra dentro de los presupuestos descritos en el articulo 2019 del Código Civil.

- Con fecha 15 de agosto de 1997, los señores Pedro Belaúnde Moreyra y su cónyuge María Emily León Viacroze, vendieron a la Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta- La Molina, un área de 6,220 m2, signada como Parcela B, que es parte del Fundo La Rinconada de Ate, que quedó inscrita en el asiento 6 foja 221 del Tomo 1147 del Registro de Propiedad Inmueble.

- En la cláusula segunda, las partes declaran que el verdadero acto jurídico referido en el numeral 1, consiste en la transferencia de sólo 1,952 m2 (Sub lote B-1). El resto del área de 4,264 m2 (Sub lote B-2) permanece bajo la propiedad de los vendedores. La razón radica en la intención por parte de los vendedores de recuperar la posesión de 2. 500 m2 que se halla en poder de terceros.

- La compradora se comprometió a representar ante las autoridades administrativas y judiciales los intereses de la propiedad hasta el saneamiento total y recuperación de la posesión y/o solución del problema posesorio.

- El acto jurídico cuya inscripción se pretende inscribir, constituyen derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad, puesto que cuando se declara expresamente las caracteristicas del verdadero acto jurídico, con las obligaciones posteriores de Saneamiento.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

En el tomo 1147 fojas 217 que continúa en la partida electrónica N° 11076662 del Registro de Predios de Lima, corre inscrito el predio que formó parte del fundo La Rinconada de Ate signado como parcela "B".

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como ponente la Vocal Mirtha Rivera Bedregal.

De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala la cuestión a determinar es la siguiente:

- Si el acuerdo de ventajas recíprocas es un acto inscribible en el Registro de Predios.

VI. ANÁLISIS

1. Con el presente título, se solicita la inscripción del "Acuerdo de Ventajas Recíprocas", en mérito al testimonio de la escritura pública del 16/04/1998, extendida ante notario de Lima Eugenio Cisneros Ferreyros, otorgado por el Director de la Dirección de Archivos Notariales y Judiciales del Archivo General de la Nación Dr. Ricardo José Catter Esteban, el 24 de junio de 2010.

De la lectura del artículo precitado se colige que solo los actos previstos legislativamente podrán tener acceso al registro, con lo cual se configura la tipicidad de los actos registrables.

Así, ANTONIO PAU PEDRÓN[2] señala dos argumentos fundamentales para acoger el principio de tipicidad:

"(...) Existen, además, argumentos decisivos para sostener el principio de tipicidad:

a) Si se deja abierto el Registro a personas o actos no previstos por el legislador, a la inscripción de esos actos no previstos no puede atribuírsele la eficacia propia del Registro: los terceros no sabrían si figuran o no en el Registro, y no acudirían al Registro a consultarlos.

b) Si se inscribieran actos no previstos, y necesariamente carentes de eficacia registral, se recargaría el contenido de la hoja, lo que disminuiría la claridad del Registro -y con ello se dificultaría la comprensión de la publicidad formal- y se desvirtuaría la eficacia de los actos inscribibles, al aparecer confusamente involucrados con actos no inscribibles. (...)"

Por las características del Registro de Predios la tipicidad debe circunscribirse a los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles y, excepcionalmente, a actos de naturaleza obligacional, siempre y cuando el legislador los haya previsto expresamente. Desconocer lo antes descrito sería vulnerar la naturaleza misma de los derechos reales que los hace oponibles *erga omnes* y con ello, la razón de ser del Registro de Predios.

En todos los supuestos, la efectividad de la publicidad está relacionada con la claridad de lo publicitado y además con la predictibilidad respecto a los actos que pueden acceder al registro, de allí que la tipicidad no podría estar al arbitrio de los particulares o del Registrador; caso contrario, no podría dársele al registro la eficacia de oponibilidad, pues los terceros, ignorantes de lo que puede acceder, no acudirían al Registro.

5. En ese sentido, es necesario verificar si el contenido del contrato de "Acuerdo de Ventajas Reciprocas" del 16/04/1998 resulta ser un acto inscribible en el Registro de Predios.

En el Registro de Predios se inscriben todos los actos mediante los cuales se constituyan, transfieran, modifiquen o extingan derechos de naturaleza real sobre los inmuebles, siendo que de manera excepcional, y en la medida que expresamente se encuentren contemplado en la norma, se inscribirán derechos de naturaleza personal.

6. En razón a lo indicado, no todo acto es inscribible en el Registro de Predios, sino sólo aquellos que contengan derechos que necesiten ser publicitados para su plena eficacia (derechos reales) o aquellos derechos personales expresamente recogidos por la norma, publicidad que se

[2] PAU PEDRON, Antonio. Curso de Práctica Registral. Universidad Pontificia Comillas – Publicaciones. Madrid 1995, p. 192.

RESOLUCIÓN No. - 203 – 2013 – SUNARP-TR-L

presume exacta y además legítima, conforme se desprende del principio de legitimación, que se encuentra recogido en el artículo 2013 del Código Civil. Además, resulta necesario que se registren todos los actos modificatorios de los derechos inscritos, así como todas aquellas circunstancias que permitan determinar los alcances del derecho inscrito, y de esta manera, contribuir a la necesaria claridad de los derechos que recaen sobre un inmueble determinado.

En razón a lo expuesto, no se inscribe todo el contenido del título, sino sólo el derecho constituido, así como las condiciones y limitaciones establecidas a dicho derecho.

7. En las cláusulas del contrato de "Acuerdo de Ventajas Reciprocas" del 16/04/1998, se señala:

*"**PRIMERO:** Con fecha 15 de agosto de 1997, los intervinientes han celebrado un contrato de compra-venta del inmueble que formó parte del fundo la Rinconada de Ate, signado como parcela "B" con un área de 6.220 m2 (Seis Mil Doscientos Veinte Metros Cuadrados), inscrito en el asiento 6 de fojas 221 del tomo 1147 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. (...).*

***SEGUNDO:** Los intervinientes declaran que sólo por razones prácticas para recuperar a favor de don Pedro Belaúnde Moreyra y doña María Emily León Viacroze de Belaúnde aproximadamente 2,500 m2 (Dos Mil Quinientos Metros Cuadrados) netos del terreno mencionado, poseído por terceros (...) han creído conveniente formalizar el acuerdo como un contrato de Compra-Venta; sin embargo, declaran que el verdadero acto jurídico celebrado consiste en lo siguiente:*

A) Don Pedro Belaúnde Moreyra y doña María Emily León Viacroze, transfieren a favor de la Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta- La Molina, 1956.00 m2 (...).

B) El área restante registralmente y no necesariamente la real signada en el plano adjunto como Sub – Lote B-2, de 4,264.00 m2 (...) permanece bajo la propiedad o el dominio de don Pedro Belaúnde Moreyra y doña María Emily León Viacroze, quienes tienen el propósito de recuperar la posesión del saldo real del referido Sub-lote B-2, con la finalidad de poder disponer libremente de ello y/o transferirlo o negociarlo de otra forma.

Para la recuperación de la posesión o transferencia de la propiedad o cualquier otra negociación de la porción de la parte del terreno que corresponde a Don Pedro Belaúnde Moreyra y Doña María Emily León Viacroze de Belaúnde, la Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta- La Molina, se compromete a actuar como representante de todos los derechos de propiedad como si fueran propios hasta la recuperación total de la posesión del área remanente del terreno(...) o en su defecto, hasta que don Pedro Belaúnde Moreyra y Doña María Emily León Viacroze de Belaúnde lo consideren pertinente para su transferencia o negociación (...).

***TERCERO:** Queda entendido para las partes que al término o conclusión de los procesos y/o procedimientos de saneamiento de la totalidad del*

inmueble y/o recuperación de la totalidad de la posesión del área neta remanente (...) se procederá a lo siguiente:

1. *Don Pedro Belaúnde Moreyra y Doña María Emily León Viacroze de Belaúnde, suscribirán mediante escritura pública la cancelación del saldo del precio y el levantamiento de la hipoteca que pesa sobre la parcela B.*

2. *La Asociación se compromete a suscribir los documentos necesarios para la Sub División, independización y perfeccionamiento de la venta del área de terreno que corresponde al Sub Lote B-2 (...).*

3. *Las partes declaran que la compra-venta no existe como tal, y por tanto no existe precio, ni pago parcial de precio, siendo en realidad que las partes celebran un Acuerdo de Ventajas Reciprocas, pues de un lado Don Pedro Belaúnde Moreyra y Doña María Emily León Viacroze de Belaúnde declaran que una vez cumplidos los objetivos señalados en la cláusula segunda del presente documento, darán por transferida de manera válida a favor de la Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta – La Molina, la propiedad de la porción de terreno del Sub Lote B-1 con aproximadamente 1,956.00 m2 (...) a cambio de ello Don Pedro Belaúnde Moreyra y Doña María Emily León Viacroze de Belaúnde, recuperan de manera efectiva la posesión de la porción de terreno signada como Sub-lote B."*

Como se puede advertir del tenor de los párrafos precedentes nos encontramos ante la celebración de un acuerdo meramente obligacional entre las partes, donde no se transfiere ni modifica ningún derecho real del predio.

En nuestra legislación, los pactos meramente obligacionales que no se encuentren contemplados expresamente como inscribibles por el artículo 2019 del Código Civil, no constituyen actos inscribibles en el Registro. En el artículo 2019 del código sustantivo se señalan los actos que son inscribibles en el Registro de la Propiedad Inmueble, no estando comprendido el "Acuerdo de Ventajas Reciprocas" dentro de dicha relación, que tiene la naturaleza de *numerus clausus* y no de *numerus apertus*..

Por tanto, y de conformidad con el literal b) del artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos, debe confirmarse la tacha sustantiva formulada por el Registrador por tratarse de un acto no inscribible.

8. Mediante Resolución N° 089-2011-SUNARP/SA, publicada el 30/11/2011, se ha derogado la parte del artículo 156 del Reglamento General de los Registros Públicos, que establecía que el Tribunal Registral debía pronunciarse respecto a los derechos registrales. Por lo tanto, compete exclusivamente a la primera instancia registral determinar los derechos que correspondan.

Con la intervención de la Vocal (s) Beatriz Cruz Peñaherrera, autorizada mediante Resolución N° 427-2012-SUNARP/PT del 27/12/2012.

RESOLUCIÓN No. - 203- 2013 – SUNARP-TR-L

Estando a lo acordado por unanimidad.

VII. RESOLUCIÓN

CONFIRMAR la tacha sustantiva formulada por la Registradora Pública al titulo referido en el encabezamiento, por los fundamentos expuestos en el análisis de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

MIRTHA RIVERA BEDREGAL
Presidenta de la Segunda Sala
del Tribunal Registral

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal del Tribunal Registral

BEATRIZ CRUZ PEÑAHERRERA
Vocal (s) del Tribunal Registral

Z: Resoluciones 2013/1004161-2012.doc
BR

CAFAE
Zona Registral N° II
Sede Chiclayo

ISBN: 978-612-46746-0-0

NOTARÍA
SANTA CRUZ
Av. Los incas N° 228 - La Victoria - Chiclayo - Perú
notarioalfredosantacruz@gmail.com
Teléfonos: 074-634283 074-271100
www.notariosantacruz.com

sunarp
Superintendencia Nacional
de los Registros Públicos