

ESCUELA DE POSTGRADO SAN FRANCISCO XAVIER SFX



SFX

ESCUELA DE POSTGRADO
ESCUELA DE NEGOCIOS

TESIS

**“ANALISIS DE LA TRAMITACION PARA LA OBTENCION DE LA
PERSONERIA JURIDICA DE LAS EMPRESAS EN LA REGION PUNO,
AÑO 2018”**

AUTOR:

Presentada por la Bachiller:

Luis Miguel Pino Ponce

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de la Empresa

AREQUIPA - PERU



Dedicado a: Don Miguel Pino Chávez. Mi padre, notorio

Notario, ejemplo de vida

Agradecimiento: A mi esposa Sonja Auinger, cuya
constancia aria, rindió frutos.

RESUMEN

La presente investigación aborda un problema vinculado a una realidad social: la informalidad. Considera que la informalidad no es, en sí mismo, un problema. Al contrario, es la manifestación de los ciudadanos de querer emprender negocios sin los costos que impone el estado, sobre todo en los primeros meses que debería asegurarse su sostenibilidad. Uno de estos costos es el doble trámite de constitución de la empresa en las notarías y su inscripción en registros públicos. En ese sentido, el autor señala que las empresas deberían ser constituidas directamente por el registrador público para eliminar costos innecesarios y agilizar el tiempo de duración en la creación de empresas.

Palabras clave:

Informalidad – Empresa – Costos - Notaría

SUMMARY

This research addresses a problem linked to a social reality: informality. It considers that informality is not, in itself, a problem. On the contrary, it is the manifestation of citizens wanting to start business without the costs imposed by the state, especially in the first months that should ensure its sustainability. One of these costs is the double process of incorporation of the company in the notaries and its registration in public records. In this sense, the author points out that companies should be incorporated directly by the public registrar to eliminate unnecessary costs and speed up the duration of business creation.

Keywords:

Informality - Company - Costs - Notary

DESARROLLO DE LA TESIS

Contenido

1. Antecedentes y la problemática actual 6

1.2. La personería jurídica de la empresa de acuerdo al orden normativo peruano..... 15

12. Topes para la constitución de personas jurídicas. 19

Según nuestro ordenamiento jurídico constitucional establece la libertad de empresa como uno de los fundamentos del modelo económico, principio que se encuentra por encima de cualquier otro (excepto la seguridad nacional y el interés social). En tal sentido, los legisladores deben ser valorar este principio cuando desarrolle dispositivos normativos..... 19

Es por ello necesario realizar un análisis, cuando se da cualquier norma, de si se está respetando o no la libertad de empresa, haciendo una suerte de test que mida la cantidad de libertad que establece la disposición. Por ejemplo, podríamos considerar que la Ley de Bancos infringe el principio de libertad de empresa al exigir un capital mínimo para constituir un banco bajo el argumento (válido) de garantizar los ahorros. Si la solvencia profesional del cuerpo gerencial, y una solvencia económica demostrada ante la SBS (Superintendencia de Banca y Seguros), los fondos públicos captados (que no hay que confundir con Fondos del Estado) correrían un grave riesgo de ser engañados por cualquier propaganda con intereses astronómicos, pero de imposible realización. Una situación parecida se da con las empresas aseguradoras. En tales circunstancias es necesario establecer filtros para evitar que se lesione el principio de libertad de empresa, en desmedro de la protección de los recursos del usuario. Es obligación del estado proteger este pilar del régimen económico constitucional. Una limitación a la libertad de empresa podría implicar generar desincentivos para la inversión privada, o garantizar que la empresa al funcionar correctamente, asegure su rol dentro del modelo económico. 19

Una situación parecida se da con las empresas aseguradoras. En tales circunstancias es necesario establecer filtros para evitar que se lesione el principio de libertad de empresa. Es obligación del estado proteger este pilar del régimen económico constitucional. Una limitación a la libertad de empresa implica generar desincentivos para la inversión privada. 20

También tenemos el caso de las máquinas tragamonedas, cuya legislación pone limitaciones para el ingreso a esta actividad. Esto exige una modificación de la ley, que claramente vulnera el principio constitucional de la libertad de empresa. Sin embargo, y que conocimiento de la experiencia profesional, dejar sin mínimas regulaciones a estas actividades lúdicas, no garantizaría el capital en juego de los apostantes. 20

13. Registro previo de personas jurídicas 20

10.3. Tiempo requerido para logra la personería jurídica..... 39

10.4. Cantidad de Notarios y Abogados en relación con la población. 40

10.5. La función del abogado en la tramitación para la obtención de la personería jurídica. 44

La función del abogado en la tramitación para la obtención de la persona jurídica es LIMITADA. Solo puede realizar la MINUTA, que es un documento privado, o un proyecto sobre el cual el NOTARIO, redactará la ESCRITURA PUBLICA, que es el único instrumento legal pasible de ser inscrito en los Registros Públicos. 44

10.6. La función del Notario en la tramitación para la obtención de la personería jurídica..... 47

10.7. El otorgamiento de la personería jurídica: ¿A partir de cuándo se considera que los actos de la persona jurídica son válidos? 48

10.8. La Escritura Pública como requisito para conseguir la personería jurídica. ¿Sobre costo legal o garantía de legalidad?..... 48

10.10. Conclusiones 58

10.11. Recomendaciones 59

Bibliografía 60

CONTENIDO

1. Antecedentes y la problemática actual

Se piensa que la Escritura Pública de constitución de cualquier empresa es la partida de nacimiento de su vida pública “el contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos” (Messineo, 1986, pág. 34)

Así, una escritura pública puede ser considerada como un instrumento de carácter público en el cual un funcionario, denominado notario, da fe y validez a determinados actos o derechos, autorizándolos y dejando constancia mediante la validación de las firmas de los participantes y estableciendo, con ello, su capacidad jurídica, así como la validez del contenido que consta en dicho documento. En ese mismo sentido, podemos afirmar que la escritura pública es un documento de carácter notarial (poseedor de fe pública) que engloba las manifestaciones de las personas que participan de un hecho, pudiendo ser un acto o un contrato, que se realiza ante la presencia de un notario quien observa que se cumpla con las formalidades o exigencias legales para la realización de tal acto (algunos genéricos y otros específicos), para luego incorporarlo en el registro del propio notario y su posterior inscripción en la entidad estatal encargada de la publicidad de los actos entre privados, en que el caso peruano es Registros Públicos. En este punto, hemos intentado elaborar un concepto neutro de notario y de escritura pública, no obstante, existen diversos puntos de vista dentro de los especialistas en el tema, quienes resaltan un aspecto del acto notarial.

La Escritura Pública puede ser considerada como la serie de documentos que pertenecen al acervo notarial y que establece actos que tienen dimensión jurídica y que han sido validados o autorizados por el notario. En cuanto a los aspectos formales de la elaboración de la escritura pública, consideramos que tiene tres elementos: una introducción, el cuerpo y la conclusión. Por otro lado, tenemos una corriente alternativa dentro del derecho administrativo que establece que el notario es el funcionario, concededor del derecho, que trabaja de manera liberal, teniendo pues una naturaleza sui generis, ya que se trataría de una actividad que tiene un carácter esencialmente público pero que puede ser ejercida sin mediar una relación laboral entre la persona y el Estado, es decir, sin ser desde el punto de vista del derecho laboral, un funcionario público. Por ello es que se afirma que, en su práctica laboral, el notario se encuentra sometido a los artículos del Código

Civil pertinentes y por la legislación correspondiente, así como también con las funciones que son establecidas por ley para el ejercicio de la función laboral.

El notario accede a las exigencias de las partes de acuerdo al marco establecido según la ley, y dentro de su competencia elabora el instrumento con sus respectivas exigencias formales. Luego de cumplir con este procedimiento, realiza la autorización respectiva. Otro aspecto, que tiene que ver con el conocimiento del derecho por parte del notario, tiene que ver con el revestimiento legal o jurídico que le da a sus actos. En ese sentido, el notario en su actuación escucha a los intervinientes, les pregunta si es necesario aclarar algún aspecto materia de controversia, interpreta de acuerdo a la normatividad dándoles viabilidad legal, califica si los intervinientes lo hacen mediante el ejercicio pleno de su voluntad (sin coacción), procediendo a continuación a redactar los acuerdos, darles la autorización amparado en el ejercicio de sus funciones, y validando mediante la firma y el sello, lo que le otorga el carácter de documento público (poseedor de la fe pública).

Desde una perspectiva eminentemente jurídica, la denominada escritura pública es un instrumento en el cual se especifica una obligación, acuerdo, convenio o declaración, a través de la firma de los que participan en el acto.

Asimismo, en la acepción más característicamente jurídica, escritura es el documento o instrumento en que se hace constar una obligación, un convenio o alguna declaración, mediante la firma de los que en el acto intervienen.

Al respecto, es importante resaltar la función de la comunicación dentro del mundo jurídico y concretamente para el trabajo notarial. Tal es así que por obra y casi milagro de la naturaleza, el pensamiento del hombre se comunica a los demás por medio de la palabra, y con el desenvolvimiento de la cultura adquirido y la ductilidad para plasmar las máximas sutilezas de la mente y de lo inteligible; aun cuando la diversidad multiplicada de los idiomas haya frustrado después la intercomunicación y la hermandad fácil entre los humanos. Pero la palabra, invisible, aunque registrable por la moderna técnica de la conservación de los sonidos, desaparece apenas pronunciada; aunque pueda perdurar en el recuerdo propio y en el ajeno, sometido con facilidad a negaciones cuando perjudica. De ahí que, ante el progreso y la multiplicación de tratos y contratos, surgiera la necesidad de perpetuar lo que se piensa y lo que se habla; y de ahí la idea de la escritura, patente en todos los pueblos primitivos, apenas adquieren un estado de cultura rudimentario.

Aunque no en todos los países, la escritura ha seguido un proceso de desmaterialización. Suele empezar como pictórica o ideográfica; en virtud de lo cual, cada idea y cada palabra, cuando lo permiten, conducen al dibujo. Como no todo es material y materializarle otra etapa se produce por el simbolismo, en que un signo más o menos ingenioso o convencional expresa una idea; como el círculo, para expresar la infinidad de Dios, sin principios ni fin. Además, en una etapa su superación fonética, se advirtió que las palabras están formadas por esas células que son las sílabas, y se procedió a una grafía para cada una de ellas. Llevándose ese análisis a una depuración, se comprobó que, a su vez, cada sílaba o emisión conjunta de voz tiene esa suerte de átomo que son las letras. Cuando se llegó a la representación de ellas, con un signo distinto para cada sonido, vocal o consonante, la escritura se había logrado. No se sabe ni por quién, ni dónde ni cuándo, con plena exactitud; pero corresponde a algunos de los pueblos orientales, aunque no al egipcio, que prefirió el jeroglífico, ni a Mesopotamia, inclinada por el cuneiforme. Es muy probable que el descubrimiento sea de los fenicios, o al menos su perfección.

Retomando el tema de la escritura pública, también podemos definirla como el instrumento que emite un funcionario denominado notario o escribano, con las competencias que le asigna la ley, y que le permite dar fe pública a un hecho con relevancia jurídica, sea un acto o un contrato, que ha sido cumplido por las partes (o también llamado actuante) de acuerdo a las cláusulas estipuladas. En este documento se deberá establecer expresamente el lugar y la fecha en que se realiza el acto notarial, quienes son los intervinientes, a que asunto se refiere y del cual se pretende dejar constancia, así como el cumplimiento de los acuerdos pactados por los interesados. Este documento deberá tener la firma de las partes, validada por el notario como funcionario público y los testigos si es que así lo exige la formalidad del acto. Normalmente, antes de la firma, el notario elabora un borrador, y si las partes manifiestan conformidad y lo solicitan, se les entrega una copia en forma simple o también legalizada.

La escritura pública es el instrumento más relevante dentro de la actividad notarial, que tiene un carácter formal o protocolar (cuando así lo exige la ley) y que posee el valor de un documento público. Como documento basilar de la actividad del notario, en su estructura contiene un hecho, que puede ser un acto o un negocio, que reviste de características jurídicas. Esta actividad es realizada dentro del ámbito y las facultades que le otorga la ley. En muchas ocasiones, le da la formalidad que requieren determinados actos, siendo requisito imprescindible. La elaboración de la escritura pública, no obstante, no es la única que realiza

el notario. También se encuentran los actos de autenticación de documentos, comprobación o constatación, y la supervisión de determinados hechos.

La escritura pública es el documento que se elabora y otorga de acuerdo a las formalidades que establece la ley, cuya supervisión realiza el notario en su condición de abogado y concedor del derecho, y que posteriormente se incluye en su protocolo de escrituras públicas. En cuanto a la redacción, las escrituras deben redactarse utilizando la lengua castellana¹, mediante un estilo diáfano y conciso, evitando la utilización de abreviaturas, signos o símbolos fuera de los de utilización corriente, así como tampoco tener espacios vacíos o en blanco dentro del documento. Eventualmente se podrán usar palabras en otra lengua, cuando son de uso universal o pertenezcan a determinada actividad profesional o científica (jerga científica). Se deberá realizar actos para establecer que el reverso del documento no puede ser utilizado, para lo cual el notario utilizara su firma sello. Estos documentos los otorga el notario y pueden ser redactadas de forma manual, mecanografiada y otras que la ley permita. Es necesario que se establezca el lugar donde se celebra el acto y la fecha, la identificación del notario mediante la anotación de sus datos, la información de los participantes (indicando la nacionalidad, estatus civil, oficio, dirección domiciliaria, documento oficial de identidad o carnet de extranjería). También se deberá establecer en el documento el número de anotación según el registro del notario (Berrospi, 2016)

Es necesario identificar la esencia de lo que se viene denominando como escritura pública, es decir, como un documento de carácter público que establece un acto de naturaleza jurídico-contractual, ya que en el mismo se encuentra plasmada la manifestación de voluntad de una persona (unilateral) o de varias (plurilateral).

Para iniciar el estudio de la naturaleza de la escritura pública, elemento esencial para la constitución de una empresa o sociedad y a la vez para el ingreso al mundo de la formalidad, es necesario analizar la

¹ **Es importante precisar que, según nuestra Constitución Política, existe un pluralismo lingüístico que debe ser reconocido y respetado. Ello implica que los servicios que ofrecen las notarías, por mencionar el caso en cuestión y materia de esta tesis, deben tener en cuenta estos factores culturales.**

trascendencia de la empresa para nuestro marco normativo y para el desarrollo del país. Actualmente, sostenemos, es imposible escindir la economía del derecho. Aquellos que postulen tal idea estarían cayendo en una visión pre moderna del derecho, en la cual las ciencias eran compartimientos estancos y se mantenían aisladas unas de otras. En ese sentido, compartimos la idea de que “un abogado que no haya estudiado Economía, es persona apta para convertirse en enemigo público (...) el abogado – ahora un abogado economista- antes de asumir que el mundo real está mal o que es irracional, se pregunta si la teoría económica puede alterarse, o expandirse, de manera que siga siendo correcta dentro de la disciplina económica pero permitiéndole entender y explicar de manera más profunda las normas legales, el real mundo legal que es analizado.

Consideramos a la empresa como una forma de organización, cuya existencia varía en el tiempo, que tiene como finalidad la atención de una necesidad que se genera en el mercado. Esta atención y su consecuente solución debe generar una utilidad para la viabilidad del proyecto empresarial. Por ello, podemos sostener que la empresa satisface necesidades que aparecen de la dialéctica oferta-consumo y que se manifiesta en la propuesta de diversos productos y servicios, los cuales podrán ser satisfechos mediante el pago de un precio. Las empresas se encuentran bajo la administración del empresario, frente a la cual se establecen una serie de responsabilidades. En su actividad, el empresario ofrece bienes y servicios para poder cumplir con las necesidades que surgen del mercado.

En cuanto al mercado, este funciona a partir de diversos factores: 1).- el geográfico, que establece al ámbito en el cual se realizarán las actividades comerciales (con la globalización, los ámbitos geográficos quedarían difuminados), y en ese sentido, la actividad puede ser interior, exterior, dentro de un país o bloque regional, etc. 2).- conceptual, entendida como el concepto o definición del producto o servicio que se oferta (de consumo masivo, Premium, etc.) o a la identificación del público objetivo que constituirían los potenciales clientes o usuarios. 3).- terminación conceptual de la empresa, ya que, desde una perspectiva netamente económica, la empresa es una institución proveedora de bienes y servicios, que articula diversos elementos que participan del proceso productivo (el trabajo manual o intelectual, las máquinas, los elementos materiales e inmateriales). Para la ciencia jurídica, la empresa como concepto no goza de una claridad conceptual, teniendo una mayor precisión conceptual el rol o la noción que le asigna el sistema normativo al empresario. En ese sentido, podemos definir al empresario como la entidad física o jurídica que, de forma permanente o intermitente, realiza una actividad comercial o productiva orientada a satisfacer una necesidad del mercado.

Por extensión, se puede definir a la empresa como la entidad de carácter económico que disfruta de autonomía, que posee una estructura interna (simple o sofisticada dependiendo la naturaleza y el tamaño), que aglomera un patrimonio, derechos y deberes, y que se encuentra bajo la dirección del empresario. La empresa tiene una finalidad mediata e inmediata: mediata en tanto busca generar una ganancia, utilidad o plusvalía, inmediata en cuanto produce bienes u ofrece servicios para satisfacer una necesidad (Gobierno de Canarias, 2020)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en la Constitución Peruana de 1993, se establece que el modelo económico que rige el desarrollo nacional es la economía social de mercado, a la fecha no ha podido implementarse plenamente en el país. Es un proyecto trunco como consecuencia de las limitaciones endógenas y exógenas en las cuales están implicado nuestro país.

Es necesario para comprender esta situación, aproximarnos mediante una explicación breve sobre la naturaleza y el contenido de una economía social de mercado. De origen europeo, la economía social de mercado constituye una teoría sobre la economía, así como una forma de organización real de un entorno económico. Fue el modelo que siguió Alemania en la postguerra, logrando indudables éxitos en materia de crecimiento, generación de riqueza para amplias mayorías, así como una revolución de la innovación y la competitividad. Fue denominada por muchos economistas como un milagro económico. Su éxito hizo que muchos países la implementaran siguiendo el modelo alemán. A su vez, el modelo contribuyó significativamente en el proceso de reunificación de Alemania Federal y Alemania Democrática en 1989. Por otro lado, el éxito del crecimiento alemán a partir de la postguerra facilitó, con esas credenciales, que fuera el modelo de desarrollo económico que terminó adoptando la Unión Europea, modelo que también fue exportado a países en procesos de transición democrática y en vías de desarrollo.

La economía social de mercado aparece por la necesidad de contar con una estructura económica y a la vez institucional, sostenible en el largo plazo, y que permita una estabilidad dentro del sistema económico. Se trató de elaborar un modelo que reconociera que los participantes dentro de una economía de mercado (productores, consumidores, inversionistas, empresarios, gremios empresariales y sindicales, etc.) necesitan un marco legal que les permita adoptar decisiones que estén respaldadas por una seguridad jurídica o cierta predictibilidad. Sobre todo, tratándose de sociedades en las cuales se da un proceso permanente de cambios y transformaciones por la globalización y por la revolución de la tecnología, que colocan a las empresas en una situación de incertidumbre con la que tiene la necesidad que lidiar. La economía social de mercado

constituye una estructura que permite ordenar la economía sin caer en las teorías económicas keynesianas o la planificación económica socialista. Es un sistema que ordena la economía sin caer en los extremos de una libertad económica anárquica ni de una planificación que desincentive las iniciativas individuales. Sin dudas, esta propuesta de organización de la economía ha sido útil en aquellos lugares donde no existía una visión cabal de la función de la economía y su vínculo con el desarrollo nacional. Indudablemente, la economía social de mercado está constituida por un conjunto de conceptos implícitos, de principios, instituciones, políticas económicas concretas, y variables independientes como la política, el medio ambiente, la ética y la sociedad en su conjunto. Para la economía social de mercado, el mercado es la mejor forma de asignar recursos y lo que se pretende es rectificar las distorsiones que se causan por fallas en el intercambio de oferta y demanda (asimetría de la información, prácticas oligopólicas, etc.) para que la economía pueda funcionar en un punto óptimo, es decir, una situación en la cual se da una competencia real perfecta. La definición de economía social de mercado proviene de Alfred Müller-Armack, quien no solo popularizó el término, sino que también permitió su adecuada fundamentación teórica. Así, el concepto alude a una mezcla de liberalismo económico con justicia social o equidad social. El punto de partida antropológico es que el hombre es un ser esencialmente libre, y que esta libertad tiene que estar respaldada con una dosis de justicia social. Desde el punto de vista político, la economía social de mercado constituyó la propuesta alternativa a la economía estatal planificada, es decir, fue el modelo que se contrapuso a la economía regulada por una burocracia muchas veces ineficiente. La economía social de mercado pretende ser la gran síntesis de lo mejor de la economía de mercado (promoción a las iniciativas individuales, generación de altos niveles de productividad, eficiencia en la gestión de los recursos y en la mejora tecnológica, la autorregulación por la misma lógica de la libertad económica) con una sensibilidad que nació en el seno del cristianismo y que promovía valores como la solidaridad, la equidad y la justicia dentro de una sociedad. Esta mezcla de liberalismo con principios cristianos promovió la generación de derechos individuales, libertad de mercado, rol subsidiario del estado, con principios de inspiración social-cristiana, como la dignidad humana, la justicia o la solidaridad. Un aspecto poco analizado de la propuesta de Müller-Armack fue que la implementación de la economía social de mercado debe hacerse tomando en consideración los elementos sociales y políticos del país. Así, como también, la idea de que el modelo no es en sí mismo cerrado o estático, sino abierto y dinámico, con una gran capacidad de adaptación. Se debe resaltar esta dimensión ya que, en el Perú, sobre todo en las últimas décadas, se ha gestado una transformación sin precedentes

del aparato productivo nacional y el modelo ha logrado cierta plasticidad, aunque las últimas crisis (concretamente la experimentada a raíz de la pandemia del coronavirus) ha puesto en cuestión los componentes más importantes del modelo económico. La idea de la economía social de mercado nació a partir de una corriente de intelectuales integrantes de la Escuela de Friburgo. Tomando como elemento central el humanismo, buscaron reorientar la economía tomando como base una serie de principios económicos, sociales y éticos. Este grupo también fue denominado como ordo-liberalismo, cuyo origen se encuentra en la necesidad de combinar el liberalismo con el orden, es decir, lograr una síntesis entre los elementos más importantes del liberalismo como ideología económica y política y el fundamento de orden que tenía sustento en la visión cristiana de la realidad, donde se encuentra la naturaleza del hombre y su dignidad inherente. El elemento cristiano actuó como un dique frente a las tendencias totalitarias que pretendían alienar al hombre y a sus derechos humanos más fundamentales.

Centrándonos en el Perú, con la aparición de la Constitución de 1993 y hasta la fecha, podemos constatar que existen enormes diferencias entre las ciudades y las regiones en materia de desarrollo económico. Es decir, el desarrollo que prometía el modelo no ha sido pleno, generándose circuitos o enclaves económicos como el minero, pero a la vez, desatendiendo a amplios sectores de la población que aún, casi 25 años después de la implementación de la economía de mercado en el país, no logran su integración formal al desarrollo económico nacional. Por ello podemos sostener que con Calabresi que "...en una realidad como la peruana ... existe una economía de mercado incipiente, relativista y evidentemente imperfecta." (Calabresi, Un vistazo a la Catedral - Cuando el Derecho se encuentra con la Economía., 2011, pág. 14)

En tal sentido tenemos que la velocidad con la cual avanzó Lima en la apertura de mercados, la generación de la empresa privada, y el cambio de mentalidad o consenso político con respecto a los pilares del modelo, no conllevó necesariamente a que tuviera un efecto positivo y transformador en las regiones. En tal sentido, los principios inspiradores de modelo no han sido internalizados – ni siquiera hasta ahora- en regiones como específicamente Puno, donde aún no se entiende la importancia de la empresa privada y se sigue mirando de reojo o con desconfianza al empresario.

La creatividad del peruano, ¡vaya paradoja!, es recordada por un socialista peruano como José Carlos Mariátegui, en su famosa proclama política: **"El socialismo peruano se hará como creación heroica del pueblo peruano, sin calco ni copia"**. Sostenemos que esta consigna, al día de hoy, ha sido reemplazada por: **"El capitalismo peruano es una creación heroica del pueblo peruano sin calco ni copia"**.

La informalidad o la economía contestataria y cuya existencia, desarrollo e importancia ha sido materia de estudio desde concepciones económicas contrarias que van desde José Matos Mar en “Crisis del Estado y desborde popular” hasta Hernando de Soto con “El otro sendero”, ha sido estudiada más que el análisis del funcionamiento de la economía formal.

En tal sentido, el sector informal está constituido por las organizaciones empresariales de hecho, los trabajadores y empresarios que realizan sus actividades comerciales mediante una regulación paralegal, es decir, afuera o más allá de los márgenes que establece el ordenamiento jurídico. Este amplio sector (75% de la economía del país) se encuentra fuera de la legalidad, originando que el Estado deje de percibir tributos y por ello carezca de ingresos importantes que ampliarían la caja fiscal para el desarrollo de proyectos de inversión social. Así como también, producen una fractura mayor al sistema legal, actuando fuera de la ley y provocando que se afecte la consolidación de virtudes cívicas o ciudadanas. Al mismo tiempo, estas empresas no disfrutan de los beneficios que el estado puede otorgar, como acceso a créditos o financiamiento. Podemos clasificar en tres las formas en las cuales la economía informal actúa o funciona:

- 1). - las empresas legalmente constituidas pero que soslayan las normas legales cuando les afecta directamente,
- 2). - las informales que funcionan abiertamente fuera de la ley y
- 3). - aquellas que van en contra de las normas, es decir, no solo incumplen sus obligaciones, sino también son generadoras de delitos (ambientales, tributarias, etc.).

Actualmente estas tres formas conviven simultáneamente a varios niveles. Sin dudas, la informalidad a largo plazo termina afectando a toda la sociedad, dado que las empresas llegarían a un punto en su crecimiento de que les exigiría acceder a créditos, es decir la necesidad de recurrir a instituciones financieras para acceder a financiamiento para mejorar o ampliar sus actividades, siendo necesaria la formalización para poder ingresar al circuito financiero. Ante tal dificultad, muchas prefieren buscar financiamiento ilegal como el que se produce mediante el lavado de activos producto del narcotráfico. También, a largo plazo, el Estado se perjudica la que no podría pensarse en la construcción de un proyecto nacional sostenible en el tiempo, ante la carencia de recursos para emprender proyectos. Muchas de estas empresas (y es importante contemplar este factor) solo pretenden lograr ingresos para permitir la subsistencia de sus empleados, muchos de ellos ganando ingresos diarios para solventar sus necesidades básicas más inmediatas. En ese sentido, la informalidad también es una forma distorsionada de capacidad de emprendimiento, cuyo problema central no radica esencialmente en la voluntad dolosa del empresario en eludir sus responsabilidades tributarias o laborales, sino en la dramática constatación de que el Perú carecer

de una institucionalidad que permita el ingreso formal al mercado sin generar sobrecostos o dificultades al empresario, sobre todo en los primeros meses donde las empresas ponen a prueba su viabilidad y sostenibilidad económica (Ramos, 2017)

Tenemos, en el Perú, varios modos de producción, que van desde el comunismo primitivo (llámese la “comunidad campesina”) hasta el imperialismo (Lenin lo llamaba la última etapa del capitalismo, en la cual los países centrales desarrollados empiezan con la exportación de capitales a los países periféricos). Pero lo más importante es que el peruano ha demostrado, sobre todo en estos últimos años, una enorme capacidad inventiva para solucionar sus problemas financieros, crear su propia “banca” para la informalidad; e incluso sus propias instituciones.

Por eso, mientras tengamos una formalidad precaria, con embudos legales que impiden una dinámica contractual; poco o nada vamos a conseguir en la titánica tarea de unir al país real con el país formal. Es difícil de comprender que en el Perú coexistan tanto la comunidad primitiva, el comunismo primitivo, el intervencionismo, y la economía de mercado.

Y en la región materia de estudio, todos estos coexisten, y la única manera de uniformizar o “estandarizarlos” sea, probablemente, evitando los sobre costos, para que en una relación costo-beneficio, resulte más beneficioso estar dentro de la legalidad, que estar fuera, o a su costado.

En ese punto, consideramos que las empresas no entran al mundo de la legalidad por las diferentes externalidades.

Una externalidad es una divergencia entre los costos privados y los costos sociales, o entre la ganancia privada y la ganancia social. En los casos de fallas del mercado, la búsqueda de ganancias privadas no contribuye al bienestar social máximo, incluso si existe competencia perfecta en todos los mercados. También se la define como la consecuencia que la acción no pactada o prevista de un agente, tiene sobre el bienestar de otro (traslado no contratado de costos o beneficios a terceros). Pueden ser de dos tipos: a. Negativas, cuando su aparición genera costos no contratados a terceros. b. Positivas, si su aparición genera beneficios no contratados a terceros (Méndez, 2008)

1.2. La personería jurídica de la empresa de acuerdo al orden normativo peruano.

Podemos partir con una definición de empresa como institución económica. En tal sentido, una institución en materia societaria o comercial es, sin dudas, la personalidad jurídica de las sociedades. Según el

art.6° de la Ley 26887 se establece que “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción²” (Beumont Callirgos, 2004, pág. 3)

No hemos encontramos en la Ley ni en la doctrina que la personería jurídica se adquiriera por el otorgamiento de la escritura pública.

Las entidades que hoy conocemos bajo la denominación común de personas jurídicas, aun cuando todas aquellas nominadas así posean pocas cosas en común, tienen una larga data en el Derecho. Aun con cierta duda, por lo menos respecto a lo que hoy se entiende convencionalmente por la categoría, es usual remitirse a Roma, argumentándose que la idea en cuestión, la de la persona jurídica, ya se encontraba presente. También hay referencias en las XII Tablas en donde se menciona a las asociaciones, en la tabla VIII-27, considerando que estas entidades podían organizarse de forma autónoma bajo un estatuto propio el que era considerado válido siempre y cuando no transgreda el Derecho Público.

Con más claridad entendemos que en la Edad Media, desde el Derecho Canónico, se desarrolla el concepto de persona jurídica con la finalidad de distinguir a la unidad ideal de sus integrantes, a las entidades denominadas universitas o collegi de los individuos a título singular. Ello determinaba la posibilidad de que los integrantes puedan cambiar sin que tal situación afecte al ente. En el fondo ello es la base para la teoría de la llamada persona ficta. Se ha argumentado que detrás de la búsqueda por reconocer a las agrupaciones de personas, que se mantenían contenidas en la idea de persona jurídica, se encuentra la propia naturaleza del ser humano, de que sea un ser que es sociable por propia naturaleza y que lo llevaría a actuar desde la antigüedad colectivamente. A partir de ello, se ha tratado de explicar la problemática de las agrupaciones, en el que se afirma tendría su origen la entidad, planteándose a partir de ello diversas teorías. A continuación, pasaremos a hacer una mención de algunas de las más importantes:

Teorías relativas a la “naturaleza” de la persona jurídica:

a) Teoría de la ficción: Su surgimiento estaría a mediados del siglo XIII, debiéndose a la intercesión de Sinibaldo de Fieschi, quien llegó a ser el Papa Inocencio IV. Fue éste el que introdujo el término “persona ficta”, como consecuencia de la evaluación de los problemas generados a partir de la excomunión de ciudades enteras. Por supuesto, no solo desde el Derecho canónico se estudiaría la institución sino también

² <https://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000199726887001.pdf> (Consulta: 14-06-2020)

desde distintas ramas del Derecho. Surgida en la Baja Edad Media y que se prolonga hasta la actualidad, esta teoría tiene como fundamento la siguiente idea: todo sujeto de derecho guarda relación con la persona humana, en tal sentido, cuando se le reconoce personalidad a una entidad meta humana, solamente se pueden lograr mediante una aproximación figurativa o metafórica de la persona. Es por ello que se le suele denominar a esta figura como persona fingida o representada. Ya en la modernidad, Savigny estableció que la persona jurídica es solo una ficción legal, dado que solo el hombre (en su singularidad) puede ser calificado como persona para la ciencia jurídica. A pesar de ello, esta figura jurídica existiría por una necesidad, básicamente el cumplimiento de finalidades jurídicas. Por ello, siguiendo a Savigny, es necesario distinguirlas de las personas naturales. En ambas teorías, ya imbuidos de positivismo, en el Estado recaería en última instancia la facultad de reconocer o lo la personalidad jurídica a entidades no humanas.

b) Teoría del patrimonio de afectación: Sostenida inicialmente por Ferrara, surge como una reacción crítica y contundente a la denominada teoría de la ficción. Para esta teoría, es posible que existan derechos, pero sin que se le pueda atribuir a un sujeto. El caso más representativo para entender esta figura es el patrimonio. El patrimonio puede constituirse no solo para favorecer a un sujeto de derecho, sino que puede surgir para cumplir un fin concreto, que no corresponda necesariamente con el titular. Así, esta teoría no se enfocaría en la persona en sí misma, sino en la función que cumple el patrimonio.

c) Teoría orgánica: Espinoza, teórico peruano, sostiene que es necesario resaltar la trascendencia de la teoría sostenida por Von Gierke (teoría de la realidad o antropomórfica). Para esta teoría, la persona jurídica es esencialmente una corporación integrada por personas reales organizados para lograr una finalidad. La persona jurídica sería una suerte de Leviatán hobbesiano, conformado por hombres que le imprimirían una voluntad propia y que por ello puede ser considerado como sujeto de derecho. Esta teoría no encajaría en los moldes positivistas, ya que postula que la existencia de esta corporación es una realidad anterior al Estado, teniendo este solo una función declarativa al reconocerla jurídicamente. La voluntad de la corporación se manifiesta a través de los órganos administrativos o directivos de la institución. Esta posición teórica alejaría la visión tradicional (hasta ese momento imperante) que sostiene que la persona jurídica es una ficción. Todo lo contrario, establece una existencia real de la persona jurídica.

d) Teoría de la institución: Elaborada por Maurice Hauriou, esta teoría parte de la premisa que la ciencia jurídica no equivale a un conjunto de normas, sino que tiene que ver esencialmente con la necesidad de

regular la conducta a los miembros de una sociedad constituida. Por ello, la institución sería un grupo de personas que se organizarían para lograr determinados fines, gozando para tal fin de una amplia autonomía.

e) Teoría de la creación jurídica: Teoría cuyo autor es Hans Kelsen, sostiene que la persona jurídica es una creación del derecho. La persona jurídica no es una persona real, medible o mensurable, que puede ser percibida en la realidad tangible, sino que tiene una naturaleza abstracta en tanto es, esencialmente, una figura jurídica. Como persona reconocida por el sistema normativo, posee derechos y deberes. Kelsen, creador también del positivismo jurídico, considera que el centro de la realidad es el ordenamiento jurídico o su equivalente, el Estado. En tal sentido, la persona también sería una creación del sistema jurídico, negando la posibilidad de que exista algo fuera del mundo de las normas, o anterior (como la vida o la libertad, que serían derechos otorgados por el Estado). Para la teoría de la creación jurídica, la persona física y la persona jurídica tendrían un estatus similar. Así, el concepto de persona jurídica es un mero epifenómeno de la teoría kelseniana del derecho, dado que es el mismo sistema de normas el que otorga los derechos y regula las conductas, más allá de si se tratan o no de seres tangibles o abstracciones (Pazos, 2017)

Según nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 5 de la Ley General de Sociedades, se establece que:

“... **La sociedad se constituye por escritura pública**, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores de acuerdo con las características de cada forma societaria”.

Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad³.” (El resaltado es nuestro).

Asimismo, concordado con la ley citada, los antecedentes normativos registrales han sido homogéneos al establecer la exigencia del proceso de trámite de inscripción en los Registros Públicos, como requisito para la creación de la persona jurídica.

³ <https://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000199726887001.pdf> (Consulta: 14-06-2020)

En tal sentido, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, estableció que:

“5. Inscripción de la empresa o sociedad en el Registro de Personas Jurídicas de la Sunarp. Ya sea en el Registro de Sociedades, para las sociedades anónimas cerradas, abiertas, sociedad comercial de responsabilidad limitada; o en el Registro de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. En la Sunarp obtendrá un asiento registral de inscripción de la empresa o sociedad como persona jurídica. Este procedimiento normalmente es realizado por el notario. El plazo de calificación es de 24 horas desde la presentación del título. Recuerda que la Persona Jurídica existe a partir de su inscripción en los Registros Públicos.” (SUNARP, 2020)

12. Topes para la constitución de personas jurídicas.

Según nuestro ordenamiento jurídico constitucional establece la libertad de empresa como uno de los fundamentos del modelo económico, principio que se encuentra por encima de cualquier otro (excepto la seguridad nacional y el interés social). En tal sentido, los legisladores deben ser valorar este principio cuando desarrolle dispositivos normativos.

Es por ello necesario realizar un análisis, cuando se da cualquier norma, de si se está respetando o no la libertad de empresa, haciendo una suerte de test que mida la cantidad de libertad que establece la disposición. Por ejemplo, podríamos considerar que la Ley de Bancos infringe el principio de libertad de empresa al exigir un capital mínimo para constituir un banco bajo el argumento (válido) de garantizar los ahorros. Si la solvencia profesional del cuerpo gerencial, y una solvencia económica demostrada ante la SBS (Superintendencia de Banca y Seguros), los fondos públicos captados (que no hay que confundir con Fondos del Estado) correrían un grave riesgo de ser engañados por cualquier propaganda con intereses astronómicos, pero de imposible realización. Una situación parecida se da con las empresas aseguradoras. En tales circunstancias es necesario establecer filtros para evitar que se lesione el principio de libertad de empresa, en desmedro de la protección de los recursos del usuario. Es obligación del estado proteger este pilar del régimen económico constitucional. Una limitación a la libertad de

empresa podría implicar generar desincentivos para la inversión privada, o garantizar que la empresa al funcionar correctamente, asegure su rol dentro del modelo económico.

Una situación parecida se da con las empresas aseguradoras. En tales circunstancias es necesario establecer filtros para evitar que se lesione el principio de libertad de empresa. Es obligación del estado proteger este pilar del régimen económico constitucional. Una limitación a la libertad de empresa implica generar desincentivos para la inversión privada.

También tenemos el caso de las máquinas tragamonedas, cuya legislación pone limitaciones para el ingreso a esta actividad. Esto exige una modificación de la ley, que claramente vulnera el principio constitucional de la libertad de empresa. Sin embargo, y que conocimiento de la experiencia profesional, dejar sin mínimas regulaciones a estas actividades lúdicas, no garantizaría el capital en juego de los apostantes.

Algunos autores consideran que existe dos limitaciones a la libertad de empresa: uno sería la expropiación entendida como requisita de una propiedad privada por justificaciones de interés social, con una consecuente indemnización llamada justiprecio al afectado. La otra es la limitación que tiene el sector público para realizar actividades económicas, limitadas por el principio de subsidiariedad (Torres, 2020)

13. Registro previo de personas jurídicas

Las empresas, como personas jurídicas, deben inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas a cargo de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP).

Este registro que realizan las personas jurídicas de derecho privado es esencial para los fines del estado social y democrático de derecho, ya que la publicidad registral contribuye a la seguridad jurídica.

A su vez, esta seguridad jurídica constituye una forma de garantizar, para todas las personas, de que las acciones comerciales se encontraran plenamente registradas y publicadas, lo que generará confianza al momento de realizar una compra, venta o alquiler. Es decir, podrá disfrutar plenamente de los derechos que conlleva la acción comercial realizada.

La finalidad de la actividad registral es la publicidad de los actos y/o acciones de los particulares, lo que redundará en una mayor seguridad jurídica. Es decir, se pone en conocimiento a los particulares de los bienes y derechos inscritos, lo que contribuye a prever las actividades comerciales futuras, muchas de ellas con un evidente contenido jurídico, como en el caso de la compra-venta de bienes inmuebles.

La naturaleza de la actividad registral no tiene fundamento constitucional, pero se encuentra incluido en el principio de seguridad jurídica.

La entidad de registros no tiene base constitucional específica, pero se encuentra dentro del principio implícito del derecho a la propiedad (ergo: seguridad jurídica). No solo basta con tener derecho de propiedad sobre un bien, sino también que se manifieste públicamente que somos propietarios del mismo, con la capacidad de defender la propiedad si fuera necesario. Es decir, el Estado Peruano debe, en la necesidad de garantizar el derecho, hacer que este sea individualizado y reconocido⁴.

Es necesario establecer que la relevancia social como herramienta para comprender su utilidad en la promoción de generación de riqueza, no es pretexto para manejarlo para subordinarlo a otros fines. En ese sentido, el Tribunal Constitucional manifestó que: la finalidad del desarrollo pleno del derecho a la propiedad es, de acuerdo al marco constitucional peruano, no solo establecer de manera explícita que somos propietarios (en el sentido formal de publicitar que un bien inmueble posee un titular) por una cuestión de certeza o convicción, sino la cuestión de garantizar al propietario la posibilidad de oponerse frente a terceros en caso de cuestionamientos sobre la titularidad. La finalidad es crear condiciones que permitan garantizar la seguridad jurídica y así poder generar como consecuencia de la seguridad jurídica estableciendo una protección pública e individual al derecho de propiedad. La inscripción de la propiedad en el Registro de Propiedad es la forma se llega, finalmente, a concretar el derecho. Es una garantía de carácter institucional para la creación de riqueza, como medio para lograr el desarrollo económico a las empresas (Exp. N° 0016-2002-AI/TC⁵, 5° fundamento jurídico).

Por ello, la actividad registral tiene una relación inherente con la generación de la seguridad jurídica. Esencialmente en lo relacionado a las actividades económicas comerciales. Sin embargo, en el Perú existe muchas actividades económicas que no se encuentran registradas, situación que puede conducirnos a problemas como el fraude inmobiliario (compra y venta de bienes inmuebles). Así, solo son identificables los bienes que se encuentran en el registro. Aquello que no fueron inscritos se encuentran distantes de la

⁴ Exp. N° 0016- 2002-AI/TC, 5° fundamento jurídico, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>, (Consulta 14-06-2020)

⁵ <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>, (Consulta 10-08-2020)

regulación registral que debe cumplir esencialmente fines publicitarios. En ese sentido, encontramos que un grave problema con respecto al carácter limitado de la actividad registral. Su finalidad se agota con la publicidad, la actividad registral no crea figuras jurídicas ni realidades jurídicas. Tiene, pues, un carácter eminentemente instrumental, en cuanto solo tiene solo una finalidad publicitaria pero no genera derecho. Es indudable que el acceso a los programas y a las plataformas tecnológicas han contribuido decisivamente con la mejora de la atención registral. Un ejemplo claro es la alerta registral, que tiene como utilidad la prevención, utilizando mecanismos de comunicación preventiva y oportuna, el estado en tiempo real de los bienes. Esta herramienta facilita la prevención de fraudes legales, sobre todo y fundamentalmente los inmobiliarios, en los casos que se han presentado en la práctica jurídica. Sin dudas, este mecanismo tecnológico permite luchar contra el fraude inmobiliario. El problema surge cuando la persona que figura en los Registros Públicos no es necesariamente la propietaria del bien inmueble. El problema se agrava cuando en la práctica se registran propiedades con documentación falsa sobre la supuesta titularidad de la propiedad.

En ese sentido, podemos constatar que el sistema de alerta registral, aunque constituye una gran ayuda para la prevención de fraudes, todavía presenta serias limitaciones. La más importante es que no es de carácter automático y de acceso universal. Tiene carácter facultativo ya que muchos desconocen su utilidad. SUNARP, no obstante, ha creado diversos mecanismos para mejorar la difusión y el servicio. En realidad, la revolución tecnológica que trajo la globalización provoca importantes transformaciones a nivel de servicios públicos, “virtualizándose” muchos de ellos. La alerta registral es uno de ellos, pero no el único, aunque sin duda, al enviar a los correos de los usuarios notificaciones de los cambios en los títulos presentados, se cumple un rol importante.

Este servicio empezó mediante la Resolución N° 185 del año 2008 de la SUNARP, que aprobaba la Directiva N° 003 del año 2008 de la misma entidad que regula el servicio gratuito conocido como “Alerta Registral” el cual fue exclusivamente para predios. Si bien empezó solo para predios, posteriormente con la Resolución N° 133-2012 de SUNARP se aumentan los servicios, abarcando los registros de propiedad vehicular, personas jurídicas, mandatos, poderes y propiedad inmueble. Incluso ahora no solo el propietario de la propiedad podrá inscribirse a este servicio, sino que cualquier otra persona que desee tener conocimiento de alguna transferencia que se genere. En la actualidad se implementó la Resolución N° 27-2018-SUNARP-

SN, de fecha 19-02-2018, la cual dejó sin efecto las resoluciones anteriores a esta, e implemento nuevos servicios como la alerta de publicidad, pero este servicio estará dentro del servicio de alerta registral, por lo que ahora no solo se informará de las posibles transferencias de propiedad, sino también de toda publicidad que se solicite a registros públicos.

La alerta registral es un sistema importante. A pesar de la asimetría de la información sobre el manejo del programa, se encuentra a disposición de cualquier usuario, es gratuito, y como se mencionó anteriormente, no es una figura jurídica y mucho menos una herramienta de oposición, es un medio de comunicación por el cual el usuario detecta que su partida registral de interés se encuentra sujeta a modificación por el ingreso de un nuevo título (Cotrina, 2018)

Muchas veces antes de realizar la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas es requisito la inscripción previa en otro registro administrativo. Por ejemplo, en el caso de la Superintendencia de Banca y Seguros (en el caso de las empresas involucradas en el Sistema Financiero y las aseguradoras). A este trámite se le denomina como inscripción previa.

En el caso del Registro Único de Contribuyentes (RUC), no se trataría de un registro previo. Es un registro o padrón que integra la información económica y otra importante (SUNAT, 2020)

El registro previo no está regulado en la Ley General de Sociedades, tampoco en la ley que regula la actividad de la empresa individual de responsabilidad limitada. Existe en algunas leyes especiales y en el registro de comunidades campesinas. Así, no es usual exigir el registro previo, siendo una situación excepcional dentro del derecho peruano.

También podemos hacer una breve referencia a las personas jurídicas de derecho público, las cuales adquieren ese estatus mediante una ley de creación especial

En ese sentido, la Constitución establece el rol que el Estado tiene como agente económico, estableciendo el carácter subsidiario de la participación estatal dentro de la economía. Esta intervención (dependiendo de la visión de observador podrá ser catalogada como intervención o participación) puede darse de diversas formas, algunas veces directa y otras indirectas, teniendo como factor esencial el interés público o la necesidad manifiesta por cuestiones de Estado.

Esta participación excepcional del Estado en la economía debe realizarse siguiendo el procedimiento constitucional que establece la necesidad de que sea autorizada mediante una ley expresa. Esta visión de la actividad económica del Estado es coherente con el modelo económico (la economía social de mercado) establecido en el texto constitucional, ya que permite garantizar las libertades económicas de los particulares y las empresas, estableciendo la figura de la libre asignación de recursos mediante los mecanismos de libre mercado, siendo la participación del Estado en la misma de carácter excepcional y subsidiario.

Con respecto a la denominada personalidad jurídica, la misma tiene como característica esencial el constituir un centro de imputación jurídica, es decir de derechos y deberes. Así, se trataría de la cualidad que poseen los entes jurídicos (diferentes a las personas físicas) y que les otorga voluntad propia, una organización que goza de estabilidad y que representan a un sujeto de derecho distinto al de sus dueños, socios, administradores o eventuales representantes.

En la doctrina se han desarrollado tres sistemas para establecer la creación o el nacimiento de la personalidad jurídica:

1. El sistema de libre constitución empresarial, que, basándose en la libertad empresarial y de contratación, no exigiría más que la unión de personas que buscan un fin concreto que se plasma en la conformación o constitución de una entidad de carácter corporativo.
2. El sistema de concesión, que establece que esta unión o asociación de personas solo puede tener reconocimiento legal o capacidad jurídica mediante el otorgamiento que realiza el Estado en cuanto a su personalidad
3. El sistema de las determinaciones normativas, mediante el cual, la unión o asociación de personas adquiere capacidad jurídica cuando cumple las exigencias legales (por ejemplo, realizar el documento de constitución) y es demostrado ante una autoridad que, posteriormente permite la realización de su inscripción en un registro de asociaciones de acceso público.

En el Perú, el artículo 77 del Código Civil señala que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Además, el artículo 6 de la Ley General de Sociedades señala que: “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”. De lo que advertimos que, para las personas jurídicas de Derecho Privado, la inscripción será el elemento constitutivo de su

personalidad. El artículo 76 del Código Civil señala que la persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación. Es así que en este caso la formalidad requerida legalmente, con lo cual se consolida la participación del Estado, será la ley que crea la persona jurídica. Como es de verse, en los casos señalados, la inscripción se torna en un elemento indispensable para la existencia de la personalidad jurídica en los entes de Derecho Privado. Sin embargo, para las personas jurídicas de derecho público será la ley las que les otorgue la personalidad, prescindiéndose del mecanismo de publicidad que brinda el Registro para optar por el de la Publicidad Legal. En base lo antes desarrollado, se colige que estas personas jurídicas, al no requerir del registro para existir, podrán desarrollar sus actividades sin necesidad de que su constitución, nombramientos de representantes y demás actos derivados “tengan que” inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas respectivo, siendo en este caso la publicidad registral eminentemente declarativa. Lo cual además convierte las solicitudes de inscripción en actos facultativos, que podrán ser solicitados o no por las personas jurídicas de derecho público.

La calificación registral constituye la evaluación que se realiza respecto de la legalidad de los documentos que son presentados al registro para su inscripción. La rigurosidad de la misma dependerá de los principios y sistema registral adoptado, lo cual va aunado a los efectos que se le concede a la inscripción. En el Perú, el sistema registral encuentra soporte en los principios de Tracto Sucesivo, Fe Pública Registral, Legitimación, Prioridad, Titulación Auténtica, Legalidad, entre otros, los cuales pueden ser formales (procedimentales) o materiales (sustantivos en sus efectos) e incluso para algunos autores principios con matices de ambos. Estos definen la labor que realiza el Registrador o el Tribunal Registral, según sea el caso. El artículo 2011 en su segundo párrafo señala: “...Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos”. Así además lo ha recogido el segundo párrafo del artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos donde se precisa 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. Esta calificación también comprende la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho, basándose en el título presentado, la partida o partidas vinculadas directamente al título presentado y complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro. Esta función es

desarrollada en extenso en los artículos 31 y 32 del Reglamento General de los Registros Públicos. Debiendo resaltar que en todos los casos las instancias registrales deberán propiciar y facilitar las inscripciones.

La inscripción de todo acto o derecho deberá ser objeto de la evaluación realizada por la instancia registral correspondiente, la que determinará el acceso al registro de los actos y derechos que además de tener relevancia registral cumplan con los requisitos legales. Pero la existencia de este “filtro” encaja en la búsqueda de la eficacia plena de la publicidad registral. Así, el Estado además de regular lo que tendrá relevancia frente a terceros, otorga a los particulares las herramientas para que puedan conocer todo lo que ha accedido al registro. Como es de verse, tratándose de la publicidad registral, la inscripción y los medios para dar a conocer lo registrado constituyen el punto de partida para generar los efectos de oponibilidad, legitimación y fe pública; sin embargo, tratándose de la publicidad legal, será la publicación en el diario oficial la que consolide la existencia de la persona jurídica y además la presunción de su conocimiento. La calificación registral en las personas jurídicas creadas por ley es un tema sumamente complejo, pues al nacer con independencia del Registro, surge un conflicto entre los efectos que brinda la publicidad registral frente a la legal. El artículo 109 de la CPP indica que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que postergue su vigencia en todo o en parte. Asimismo, el artículo 51 señala que la publicidad es un elemento esencial para la vigencia de toda norma del Estado, pues ésta permite que el ciudadano conozca la voluntad jurídica y política del Estado, teniendo una eficacia erga omnes oponible a todas las personas. Dentro de las fases de formación de las leyes tenemos que el artículo 109 se ubica en la fase final o fase integradora de eficacia. Como bien señala el miembro del Tribunal Constitucional y profesor universitario Gerardo Eto Cruz: “...La voluntad del Estado expresada en la ley, pasa pues inexorablemente por un requisito esencial para su obligatoriedad; y esta es la publicación. Es imposible imaginarse la voluntad del Estado que solo obligue a los ciudadanos a cumplir la ley si es que esta no es formalmente conocida vía la publicación. En este sentido, el sigilo legislativo, o las leyes secretas, se reputan de plano inconstitucionales. Con la publicación de la norma, se produce en el sistema jurídico los efectos vinculatorios de la norma y preceptos jurídicos, pues la voluntad del Estado se “perfecciona” con la publicación...”. Por lo que podemos afirmar que, si bien la inscripción no constituye un elemento del acto constitutivo en estos casos, sí lo será la publicación de la ley de creación de la persona jurídica, que es la que dota de eficacia. En esta línea corresponde citar lo señalado en el artículo 27 del

Reglamento de Personas Jurídicas No Societarias: “La inscripción del acto de creación se efectúa en mérito a la ley o norma de igual jerarquía (...) a cuyo efecto bastará la indicación de la fecha de su publicación en el diario oficial El Peruano...”. Tratándose de la calificación de los actos referidos a las personas jurídicas creadas por ley es importante resaltar que la inscripción es meramente declarativa y, por ende, estas personas no necesitan del registro para su desarrollo. Sin embargo, considerando que estas personas jurídicas pueden voluntariamente someterse a la publicidad registral, una vez inscrita su creación, los actos posteriores deberán pasar por el filtro de la calificación de legalidad que realiza el registrador. Admitir la tesis contraria implicaría que puedan acceder al registro actos que no hayan sido otorgados respetando los estatutos y demás normas internas. Por ello podemos afirmar que una vez registrado el acto constitutivo, existe un sometimiento a los principios registrales, entre los que tenemos el de acto previo, titulación auténtica, legitimación, especialidad, entre otros (Campos, 2020)

Es decir, esta definición de la persona jurídica sólo es de aplicación al derecho peruano, y no al derecho extranjero, porque para dicha definición se ha tomado como referencia el Código Civil Peruano de 1984, y no normas de derecho positivo extranjero.

Las personas jurídicas y las personas colectivas pueden adquirir derechos y obligaciones. En tal sentido persona jurídica no es lo mismo que persona colectiva.

Denominadas personas morales, ficticias (Chile), abstractas, artificiales, incorporales, ideales (Argentina), jurídicas y consideradas el más grande descubrimiento de los tiempos modernos. Tratamos de personas colectivas en tanto la persona individual como la persona “jurídica” denominada así en nuestro ordenamiento civil constituyen centros de imputación de derechos y deberes, en consecuencia, personas jurídicas; en el presente trabajo se trata de las personas jurídicas colectivas o personas colectivas. Constituyen la agrupación de personas individuales para el logro de fines y que el ordenamiento jurídico considera y reconoce como una unidad, un centro de imputación de derechos y deberes. Tanto el Código Civil de 1936 como en el Código Civil de 1984 se les reconoce una existencia distinta al de sus miembros que las integran (Jiménez, 2020)

Persona colectiva no es el mismo que persona jurídica ya que la persona colectiva no comprende a las personas jurídicas conformadas por una sola persona, en tal sentido la persona colectiva no comprende a las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada registradas, lo que sí ocurre con la persona jurídica.

En muchos Estados no existe la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, por lo cual aparentemente en algunos Estados la persona colectiva es lo mismo que la persona jurídica, lo que no ocurre en el Estado Peruano.

En lo que se refiere a las personas jurídicas de derecho privado sólo abarca a las personas jurídicas inscritas. Dentro del derecho público no importa la inscripción en el registro de personas jurídicas para denominar personas jurídicas.

Las personas jurídicas en algunos supuestos se encuentran conformadas por otras personas jurídicas. Por ejemplo, una asociación puede estar integrada por varias personas naturales y por personas jurídicas. También una sociedad puede estar integrada por personas naturales y por personas jurídicas.

La historia de la persona Jurídica es importante porque permite determinar su origen y evolución a lo largo de las etapas del desarrollo jurídico y social. No se puede comprender la institución de la persona jurídica sin hacer un análisis histórico de esta por más breve o sintético. Para el estudio de la evolución de la persona jurídica priorizamos varios autores que desarrollaron, pero en la presente investigación del estudio mencionaremos a los autores Savigny, Petit. Como premisa general de la Persona Jurídica tuvo su aparición en el imperio Romano Según Savigny, menciona que la persona jurídica tiene una relación con las personas ficticias, es decir personas que no existen. Para el autor mencionado existe una contraposición entre persona personal natural y persona jurídica, y crítica la denominación de la persona moral. Así señala "empleo a la persona jurídica en oposición a persona natural, es decir al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico". Los romanos no tienen ningún término general aplicable a todas las especies de personas jurídicas, para designarlas en general, se limitan a decir que representan una persona lo que es lo mismo de personas ficticias. Sobre las diferentes especies de las personas jurídicas en los cuales unas tienen existencia natural o necesaria, la otra artificial o contingente; existen naturalmente las ciudades y comunidades anteriores en su mayor, con respecto a la existencia artificial o contingente todas las fundaciones y asociaciones a las cuales se da el carácter de persona jurídicas, y en verdad que no vivirán sino por la voluntad de uno o muchos individuos. Según Savigny menciona que el estado se engrandeció con las comunidades colocadas bajo su dependencia, los municipios y las colonias, la idea de las personas jurídicas tuvo aplicaciones importantes y se fijó claramente, vemos que, en los orígenes de las personas jurídicas, se vinculan con la propiedad, pero no son indispensables para el desarrollo de la sociedad romana, sino que para los romanos son lo más importante la llamada

comunidad de acción. Manifiesta el Dr. Morales Godo cuando afirma: “Hoy nadie puede discutir la importancia de las personas jurídicas...indudablemente fueron los intereses existenciales sociales y económicos que fueron dando origen, en la realidad, a las agrupaciones de seres humanos”

Existen diversas teorías sobre las Personas Jurídicas. La primera de las mismas se sostiene en la Teoría de la Ficción Legal la cual tiene como máximo representante a Savigny el cual expresa que con la finalidad de cubrir las exigencias del comercio jurídico y las demás exigencias que se dan dentro de la realidad en la que se desarrolla el hombre el legislador finge que entidades diversas del ser humano tienen, a la par de estos atributos propios de lo que es la persona. Se podría decir que es una extensión de la categoría de lo que es la persona humana dando vida a lo que se denomina personas u entidades artificiales. Esta doctrina de la ficción es aquella que el derecho reconoce a las personas físicas: la personalidad es propia de la naturaleza humana. Si se reconoce personalidad jurídica a entes abstractos, a grupos de personas, es porque es útil para la prosecución de un determinado fin; pero su personalidad es artificial, es una ficción. Otra teoría que ha dejado sentada las bases de una explicación de lo que es la Persona Jurídica o que trata de explicarla es la de Von Gierke, según esta teoría, “las personas jurídicas son organismos naturales dotados a la par del hombre de una voluntad propia y titulares de un interés propio, distinto de aquel de sus miembros, el comportamiento externo de este ente es resultado de la unificación interior del mismo, mediante la adopción de una organización corporativa interna”. La que permite traducir y extender la voluntad de varias personas en una sola y nueva voluntad. Una tercera teoría es aquella que se encuentra sustentada por Francisco Ferrara, el cual expresa que “la persona jurídica tiene en común con la persona humana calidad de sujeto, pero la persona jurídica no actúa dentro de la realidad”, para esta teoría la Persona Jurídica tiene una realidad netamente formal es decir reconoce el carácter artificial de este ente nuevo que es la persona jurídica al cual le da consistencia la normatividad es decir las leyes, el derecho de forma general. Por último, una cuarta teoría se basa según FERNÁNDEZ SESSAREGO en la “Teoría Tridimensional del Derecho la cual expresa que la entidad reconocida con la denominación de Persona Jurídica para su actuación dentro de la sociedad está conformada por normas, valores y comportamientos”. En la persona jurídica confluyen equilibradamente tres elementos sustanciales: la conducta humana, los valores y las normas. Reduce la pluralidad a una unidad, donde los actos de aquella se imputaran a esta última (Ccori, 2016)

Hablar de personas jurídicas necesariamente exige hablar de algunos conceptos básicos de la Teoría del Derecho. El primero de ellos es el de sujeto de derecho. Al menos desde tres perspectivas puede formularse una definición de esta categoría jurídica: desde el punto de vista del sujeto que crea las normas jurídicas; desde la perspectiva de la dirección de la norma jurídica; y desde el contenido de las normas jurídicas. La más usual de estas tres perspectivas –y a la que aquí interesa mencionar– es la tercera. Desde ella se considera sujetos de derecho “a los protagonistas de las relaciones jurídicas en tanto que titulares de derechos subjetivos y obligaciones”. En la tradición jurídica actual –desde la época del derecho romano– está vigente la siguiente summa divisio del Derecho: todos los seres o son personas o son cosas. No es posible una tercera hipótesis (*Tertium non datur*). En la medida que las cosas no pueden responder ni del ejercicio de sus derechos, ni del cumplimiento de sus obligaciones, sólo las personas humanas fueron y son consideradas como sujetos de derecho. Todas las personas y sólo ellas son consideradas sujeto de derecho en la medida que sólo ellos tienen la inteligencia racional y la voluntad libre para afrontar con éxito la adquisición de los bienes que supone el derecho, y el cumplimiento de las obligaciones que supone el deber. En la medida que sólo la persona puede ser sujeto de derecho, se habla de personalidad jurídica, la que se define –consecuentemente– como el “especial atributo o cualidad que hace posible que aquellos sujetos que lo poseen puedan intervenir en el desarrollo de las relaciones sociales de tal modo que su intervención dé origen a la aparición de unos determinados efectos o consecuencias jurídicas”. Así definida la personalidad jurídica, coincide plenamente con lo que se entiende por capacidad jurídica: “aptitud general para la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a la propia condición de persona”. Toda persona, por el sólo hecho de ser tal tiene capacidad jurídica, no requiere el cumplimiento de ningún adicional requisito ni exigencia para su reconocimiento, en este sentido es absoluta e indisponible. Distinta es la capacidad de obrar, categoría que responde no a la posibilidad de ser o no titular de derechos, sino a la capacidad para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que se tienen titularizadas. Así, se define “como ‘la posibilidad que tiene el sujeto de realizar por sí mismo los derechos y obligaciones de que es titular’ o bien como ‘aptitud para realizar actos dotados de eficacia jurídica’”. A diferencia de la anterior, se trata de una capacidad que se puede tener de modo relativo, es decir en la medida que se cumplen determinados requisitos exigidos por ley; y –complementariamente– es divisible, es decir, se puede tener capacidad para realizar determinados actos y otros no.

O existe ninguna dificultad en reconocer como persona y por tanto, sujeto de derecho—, a todo individuo hombre o mujer, perteneciente desde un punto de vista biológico a la especie humana homo sapiens. Por lo tanto, una primera manifestación de la personalidad jurídica se debe hacer radicar en la persona humana, persona natural, o persona física. Pero no es la única manifestación. Si bien nos fijamos podremos concluir de la persona humana las siguientes dos características. Primera, que ontológicamente está llamada a vivir en sociedad, lo que la hace una realidad radicalmente social. La persona humana encuentra y recibe en la convivencia con otras personas grados de desarrollo mayores que los que obtendría por su propia cuenta. Significa esto, y he aquí la segunda característica, que la persona humana es una realidad esencialmente imperfecta que tiende a la perfección y que necesita ir adquiriendo bienes humanos para alcanzar esos grados de desarrollo mayor. Ocurre, sin embargo, que por sí misma no puede alcanzar todos esos bienes humanos, lo que le ha llevado a organizarse con otros en grupos. Es en este contexto que se habla de una segunda manifestación de la personalidad jurídica: la persona jurídica. Así como no había problema ninguno en reconocer que todos los individuos humanos por su propia naturaleza tienen asignada una aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones (ser sujetos de derecho), no ha sido tan claro reconocerla para las personas jurídicas. Se ha hecho necesaria la intervención del derecho positivo para el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos de derecho. En este sentido, las personas jurídicas son “siempre una creación del respectivo ordenamiento jurídico”. Pero la decisión del ordenamiento jurídico no es arbitraria, sino que el reconocimiento lo ha realizado sobre entes que tienen un substrato humano, el cual justifica la extensión de la personalidad jurídica a sujetos que por sí mismos no la tendrían. Y es que, no se olvide, la existencia de las personas jurídicas como sujetos de derechos viene justificada por “la necesidad que han tenido siempre los grupos humanos de conseguir ciertos fines sociales que superan las posibilidades de acción de los individuos aislados”. La persona jurídica, por tanto, tiene la capacidad jurídica que el ordenamiento jurídico correspondiente le haya atribuido y en la amplitud que él haya decidido. También se le ha reconocido la capacidad de obrar. Sin embargo, en la medida que es la persona humana el único sujeto capaz de actuar por sí mismo en la vida jurídica, las personas jurídicas se ven obligadas a actuar a través de las personas naturales que integran los órganos que la conforman, de modo que “[l]os efectos de los actos que realizan los órganos no se imputan a los individuos que los llevan a cabo, sino a la persona jurídica colectiva a la que representan” (Castillo, 2007)

Cuando en el día a día se utiliza el vocablo “persona” de una manera genérica se suele hacer alusión a aquellos sujetos dotados de humanidad, de naturaleza humana. Por tanto, en el lenguaje ordinario, es común afirmar que las personas son seres humanos, son hombres o mujeres, son criaturas en las que se concentran tantos procesos vitales, como actitudes espirituales. Estas personas están dotadas de una personalidad, entendida tanto como el conjunto de rasgos biológicos, sociológicos y psicológicos que caracterizan a ese sujeto, así como la personalidad jurídica que le otorga el ordenamiento jurídico interno de los Estados en tanto que son “personas”. Ahora bien, la normativa interna de los Estados, además de reconocer la personalidad jurídica a estas personas humanas, también concede personalidad a otro tipo de entidades, las llamadas personas jurídicas. De manera general, cuando hablamos de personas jurídicas, hacemos referencia a la creación del derecho interno de un Estado a través de la cual una o más personas deciden formar una entidad a la que la ley le otorga la capacidad de adquirir derechos, así como de contraer obligaciones para cumplir un objetivo específico, el que puede o no tener ánimos de lucro.

Incluso en derecho interno existe dificultad para llegar a una definición satisfactoria del concepto de persona jurídica y esto tiene que ver en gran medida con la enorme diversidad que caracteriza a estos entes. Desde la óptica internacional resulta aún más difícil encontrar una definición satisfactoria que identifique de manera inequívoca todos los tipos de personas jurídicas ya que los ordenamientos jurídicos internos de los Estados los que determinan la creación y características de cada una de ellas, de tal forma que pueden adoptar diversas particularidades que varían de un Estado a otro e incluso algunas categorías de Poder Judicial reconocidas en unos Estados pueden no existir en otros, y esto sin tener en cuenta las constantes modificaciones de los ordenamientos al interior de cada Estado. En el marco del sistema interamericano, la Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado de 1984 en su primer artículo entiende a la persona jurídica como “toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución”. La anterior definición, sin presentar un concepto material propiamente, expone ciertos rasgos comunes que permitirían identificar a tales personas: a) poseer existencia y responsabilidad propias; y b) que no sea coincidente con la de sus miembros o fundadores. Finalmente agrega que sea considerada como tal en el lugar de su constitución, es decir que cumplan los condicionamientos previamente establecidos por las normas internas del Estado en el cual se han constituido. La mayoría de las legislaciones civiles latinoamericanas poseen rasgos muy

similares, si no idénticos en muchos casos, ya que presentan como antecedente común al Código de Napoleón. En ese sentido la regulación normativa en cuanto a las personas jurídicas no presenta grandes variaciones entre un Estado y otro. Algunos códigos civiles, como el de la Argentina señala que “[t]odos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas; en Chile, Colombia y Ecuador se llama persona jurídica a “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” , mientras que en Nicaragua “[l]lámanse personas jurídicas las asociaciones o corporaciones temporales o perpetuas, fundadas con algún fin o por algún motivo de utilidad pública, o de utilidad pública y particular conjuntamente que en sus relaciones civiles representen una individualidad jurídica”. Las anteriores normativas no proporcionan una definición clara y concisa de persona jurídica, sino que se limitan a diferenciarlas de los seres humanos por su existencia ideal y establecen ciertos rasgos comunes para identificarlas como la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, ser sujetos de derecho distintos de sus dueños o administradores; poseer patrimonio propio, entre otros. Ahora bien, no todos los Estados que integran el sistema interamericano han recogido en sus normativas internas una definición de persona jurídica, sino que se restringen a consignar las diferencias entre personas de carácter público y personas de carácter privado. Esta falta de precisión en el concepto y definición de persona jurídica no es exclusiva de los textos legislativos y ha sido una preocupación tanto de juristas como de doctrinarios de todos los tiempos, quienes han llegado a formular una gran cantidad de teorías con múltiples matices al respecto. De este modo, alcanzar un concepto de la entidad que al igual que el ser humano es centro de imputación de derechos y obligaciones, pero que reviste características muy disímiles a éste, no ha logrado hasta el día de hoy un lúcido consenso doctrinal. A partir de los conceptos postulados por Savigny desde el interior de la escuela pandectista alemana surge la moderna concepción de “persona jurídica” y la utilización de dicho término en contraposición a anteriores autores que preferían utilizar expresiones como “personas fictas” o como “personas morales”. Savigny, como exponente de la doctrina de la ficción jurídica, caracterizaba la persona jurídica como “una organización de personas o bienes, dedicada a un fin propio y permanente, bien distinguida de los miembros o beneficiarios, y con un patrimonio totalmente separado, que funciona con una completa independencia”. Como ha sido observado por Federico de Castro y Bravo, la idea del jurista alemán respecto a las entidades jurídicas ha colocado a la doctrina posterior en un inestable equilibrio, toda vez que se limita a considerar como persona jurídica a las

instituciones de carácter estable e independiente, lo que dejaría por fuera a entidades que no revisten esas cualidades como el caso de las sociedades anónimas. Para la teoría de la ficción únicamente el ser humano es capaz de poseer derechos subjetivos puesto que es el único que posee voluntad, pero a través de las ingenierías del derecho, se crea una ficción por la cual se amplía el régimen jurídico propio de los individuos a otras entidades que no son seres humanos. Según esta postura la persona jurídica no es tal sino mediante la atribución de personalidad que le confiere el Estado, siendo de esta manera el derecho capaz de crear y disolver a tales entidades. Es así que, como afirma Francisco Capilla Roncero, “se potencia la soberanía estatal”.

En contraposición, para las teorías realistas, la persona jurídica es una entidad real formada por diversas personas, sean estas dueñas, accionistas, miembros, etc., que constituyen una persona colectiva y ante la cual, el Estado se limita a reconocer esa realidad preexistente, tal cual lo haría con las personas físicas. De este modo, el Estado cumple “un papel puramente declarativo y no constitutivo respecto a las personas jurídicas”. Ahora bien, las diversas normativas latinoamericanas, sin decantarse por una de las variadas teorías desarrolladas en torno a la persona jurídica, reconocen su origen, en principio, en un concurso de voluntades en donde el Estado tiene una intervención necesaria, reglando las normas para su constitución y funcionamiento y previendo, casi de manera unánime, que la existencia de aquellas personas de derecho privado comienza con su inscripción en el registro respectivo. Todas ellas reconocen la existencia de las personas jurídicas extranjeras de acuerdo a las reglas del derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia (en adelante “la CIJ”), en su famoso fallo *Barcelona Traction* que versaba sobre los derechos de una sociedad anónima, ha señalado que en este campo el derecho internacional está llamado a reconocer a las instituciones de derecho interno. Esto no implica necesariamente la elaboración de una analogía entre sus instituciones propias y las del derecho interno ni tampoco equivale a que las normas de derecho internacional dependan de las categorías de las normas internas. Lo único que significa es que el derecho internacional ha tenido que reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a la jurisdicción interna. En la práctica, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han profundizado en conceptos y ni en la naturaleza de las entidades jurídicas que se presentan ante ellos, sino que han considerado como personas jurídicas a todo tipo de estas entidades. Así se han tramitado demandas a favor de entidades con fines de lucro como sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, organizaciones sin fines de lucro, como fundaciones,

cooperativas, asociaciones religiosas, entre otras, y en todas ellas, por lo general, se les ha proporcionado un trato similar por los mencionados organismos internacionales. El primer fallo en el cual el Tribunal Europeo ha estudiado un asunto relativo a la violación de derechos de una persona jurídica es el caso Sunday Times contra Inglaterra. El referido Tribunal se centra en analizar la violación de la libertad de expresión de la Compañía Times Newspapers Limited, sin precisar en momento alguno las características que revestía la entidad como condicionante para extender o limitar sus derechos. A principio de la década de 1950 Herbert Hart afirmó que la definición por género y diferencia aplicada a los conceptos jurídicos resulta inútil y peligrosa ya que estos no tienen una contrapartida inmediata en el mundo fáctico y porque asumen una función peculiar que se mantiene oculta en aquel tipo de definición. Para Hart, por tanto, lo apropiado es realizar una definición de los enunciados típicos que se incorporan en el concepto en cuestión y establecer las cuestiones en las que éste responde a la verdad. De esta manera, en vista a la imposibilidad de obtener una noción global y exacto aplicable al concepto de persona jurídica, optamos por describir a esta institución reduciéndola al común denominador de todas ellas, es decir: que sean un sujeto de derecho distintas a sus miembros, socios, accionistas o propietarios, con un patrimonio independiente y con capacidad propia para adquirir derechos y contraer obligaciones. En la actualidad existe una tendencia hacia la proliferación de entidades con personalidad jurídica propia y el derecho ha creado además otras ficciones jurídicas que no gozan de una personalidad independiente a la de sus miembros. La diferencia cardinal entre los dos tipos de entidades es la limitación de la responsabilidad ya que en aquellas que no gozan de una personalidad independiente a la de sus miembros la responsabilidad recae autónoma o conjuntamente en ellos (Chudyk, 2018)

Para que sea reconocida por el Estado de Derecho, con capacidad y legitimidad, en cualquiera de las modalidades de asociación o empresa, es necesario contar con una inscripción registral. Sin esta inscripción no podría actuar DENTRO de la FORMALIDAD. Por tanto, no va a ser reconocida por la SUNAT, ni por ninguno de los entes del Estado. Menos podrá utilizar los servicios bancarios y tampoco podrá asumir obligaciones, ni reclamar derechos.

Sin embargo, esto NO implica prohibición para poder actuar dentro del mercado. Si bien es cierto que tendrá que recurrir a la INFORMALIDAD, pero si tiene capacidad para actuar dentro del mercado ofreciendo directamente sus servicios, contratando, prestando o inclusive recurrir a los famosos “prestamistas”.

Y es que, en el Perú, sobre todo en provincias, existe una economía sumergida, subterránea o informal.

Medir un problema y dar soluciones al mismo plantea, en primer lugar, la necesidad de acotar conceptualmente los límites de dicho problema. En el caso de la economía sumergida, esa delimitación no está exenta de dificultades terminológicas que diversos autores han tratado de delimitar. Debe partirse del hecho de que, tal y como refleja el Observatorio Joven de Empleo en España (2009), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recoge hasta quince nombres diferentes en la literatura especializada en inglés de la economía sumergida, de manera que con cada concepto se trata de recoger o precisar algún elemento concreto de un fenómeno complejo que pretende describir. Los términos acuñados para la economía sumergida tienen diferentes justificaciones. Así, el término español economía sumergida, acuñado por influencia italiana, representa la metáfora del iceberg del que sólo sale a relucir la menor parte. En EEUU, por el contrario, se habla del término "intersticial" para indicar unas relaciones económicas de hecho entre el trabajo legal e ilegal.

Llegar al estado actual de determinación conceptual de la economía sumergida, fue el resultado de la evolución de los estudios de este fenómeno. Dicha evolución fue fielmente recogida por la Comisión Económica para América Latina, donde se observa que en un primer momento la economía sumergida fue interpretada como un sistema económico con rasgos de marginalidad. Fue Hart quien acuñó el término de economía sumergida tras una serie de estudios sobre el mercado laboral urbano en África. Según dicho autor, la economía sumergida es una forma de expresar "la brecha entre mi experiencia en esa región y todo lo que había aprendido hasta ese momento en Inglaterra". En este sentido apuntan Portes y Haller que "era evidente que las observaciones empíricas sobre el espíritu empresarial popular en Accra y otras capitales africanas no tenían nada en común con los conocimientos adquiridos a través del discurso occidental sobre el desarrollo económico". Portes y Haller plantean que ya en los años 40 los demógrafos llamaron la atención sobre el masivo excedente laboral generado por las persistentes migraciones del campo a las grandes metrópolis del Tercer Mundo, de forma que es en los años 50 y 60 cuando el concepto de economía sumergida aparece de forma difusa, subsumido en el más amplio concepto de "marginalidad".

En este contexto, la OIT degrada en el último cuarto del siglo XX el concepto y asimila la economía sumergida a la pobreza Latina (Portes y Haller). Se considera que la economía informal era una "modalidad urbana" caracterizada por: 1) la exigüidad de los obstáculos al ingreso, en lo que se refiere a las aptitudes, el capital y la organización; 2) la propiedad familiar de las empresas; 3) lo reducido de la escala de operaciones; 4) el empleo de métodos de producción de gran densidad de mano de obra y de tecnologías anticuadas; y 5) la existencia de mercados no regulados y competitivos. Estas características se traducían en un sistema económico con bajos niveles de productividad y poca capacidad de acumulación. En publicaciones posteriores del Programa Regional del Empleo para América Latina y el Caribe de la OIT, el empleo en el sector informal se denomina sistemáticamente "subempleo", de forma que se partía de la suposición de que quienes participaban en él no lograban ingresar a la economía moderna. Actualmente, a la hora de analizar el concepto de economía sumergida, se suele hablar en muchas ocasiones de "otras economías" como sinónimo. En este sentido, dado que es cierta la afirmación de que existe más de una economía, también se puede afirmar que existen más de otras economías que actúan indistintamente. Sin embargo, no todos los

autores perciben la economía desde esta perspectiva múltiple, si no que entienden que existe una sola Economía donde la economía sumergida juega un papel socioeconómico activo en el mantenimiento y reproducción del sistema capitalista de producción. De hecho, a medida que se ha ido avanzado en el estudio de este concepto, se ha estandarizado que el concepto de economía sumergida excluye la riqueza generada por las actividades no permitidas por la legislación (tráfico de drogas, contrabando, prostitución). Esta es la posición bajo la que se pronuncia la propia OCDE, tal y como se observa líneas más abajo

Siguiendo con las posiciones que defienden el que existe más de una economía surgen la clasificación entre economía sumergida legal y economía sumergida en sentido estricto. Hilada con este último binomio, autores como Ruesga y Capecchi han elaborado otras clasificaciones: A) En primer lugar, podemos hablar de: - actividades penalizadas por la legislación vigente (contrabando, droga, prostitución...) - actividades que generan renta no declarada oficialmente. El elemento fundamental de este grupo es la legislación fiscal o tributaria, que incluye en la economía sumergida las actividades que generan rentas no declaradas a la Administración Tributaria. Asimismo, también es perceptible el elemento de irregularidad el incumplimiento de la normativa laboral. Profundizando en esta clasificación, Ruesga y Montero emplean el término empleo irregular poniendo en relación la forma de prestación laboral con algún requisito obligatorio de carácter universal. Así, en el caso español, los citados autores sitúan la frontera entre lo regular y lo no regular en torno a la obligatoriedad para todo tipo de prestación laboral de generar un registro de alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social. Sin embargo, es del todo lógico intuir que la referida frontera entre lo regular e irregular oscila con cambios espacio-temporales: lo que hoy es irregular pudo ser regular años atrás, y lo que en un país es irregular, puede ser regular en un país vecino. B) En segundo lugar: - economía oficial sindicada y estable, es decir, una actividad empresarial sometida al peso relativo que supone tener una contraparte sindical. Se podría incluso dar una parte de la producción sumergida, o bien por el aumento de horas de los trabajadores en la empresa o bien por la evasión fiscal, declaración de menos beneficios o evasión de divisas. - economía oficial no sindicada y menos estable, en donde la no presencia de sindicatos en el lugar de trabajo (como puede ser el caso de pequeños talleres, economías domésticas, comercios, etc...), hace que estos ámbitos se presten a una parcela de carácter cuasi rígido de economía sumergida en la producción y en los sueldos. - economía paralela parcialmente reglada. Se refiere a las relaciones laborales intermitentes. - economía paralela fuera de todo control. En este caso los acuerdos verbales se imponen a los escritos, de modo que no existen contratos ni garantías laborales que regulen el marco de dicha actividad. Este sería el caso más típico de economía sumergida.

Otras clasificaciones dentro del amplio concepto de economía sumergida, son las señaladas por Feige (1997), que recogen Rădulescu, Popescu y Matei (2010) al identificar cuatro categorías de economía sumergida. Economía ilegal que refiere a la totalidad de los ingresos que se generan por las actividades económicas que violan el estatus jurídico de las formas legítimas de comercio. Esta categoría incluye actividades tales como la producción y distribución de drogas, el mercado negro de cambio de divisa, la prostitución y la pornografía. - Economía no declarada que se refiere a la totalidad de las actividades económicas que escapan a las reglas fiscales o evitar tal como se definen en los códigos fiscales. Esto

incluye tanto las fuentes legales como las fuentes ilegales de los ingresos reportados. - Economía no registrada, que se refiere a aquellas actividades que evitan los convenios institucionales que definen los requisitos necesarios para el informe a los organismos gubernamentales para las estadísticas. - Economía informal, que incluye las actividades económicas que evitan los costos y están excluidos de los derechos y beneficios que vienen junto con el arrendamiento, contratos de trabajo, los préstamos y las garantías sociales. Comprende los ingresos que se generan por los agentes económicos que operan de manera informal (Iglesias, 2014)

La economía sumergida es el volumen total de dinero negro que circula en un país, es decir, el conjunto de transacciones monetarias no declaradas de forma correspondiente a las autoridades fiscales o monetarias competentes.

Normalmente la economía sumergida suele traer graves consecuencias para un Estado, ya que reduce la recaudación tributaria y dificulta la lucha contra actividades económicas ilícitas.

La economía legal de un país se mide por el producto interior bruto (PIB), que es lo que produce un país en un año. La economía sumergida no entra dentro de ese cálculo, ya que es una economía ilegal que no ha sido declarada y, por lo tanto, no está contabilizada de forma oficial por el Gobierno. No obstante, cabe indicar que algunos países sí la estiman en su PIB.

No debemos confundir mercado negro con economía sumergida. Aunque sean conceptos muy relacionados, no son lo mismo. Por tal cosa, realizamos la siguiente distinción:

- Economía ilegal: Está formada por aquellas transacciones cuyo comercio está prohibido. Por ejemplo, el tráfico de drogas o armas es ilegal. Esto es lo que se comercia en el mercado negro.
- Economía informal: Se trata de aquellas transacciones que, siendo legales, no están declaradas. Y en la no declaración de impuestos por la transacción es donde está el delito. Por ejemplo, un trabajador que no cotiza por todas las horas de trabajo. Es decir, trabaja 8 horas, y cotiza 7. Pero sí cobra 8 horas. La hora restante la cobra en negro. Desde el punto de vista estrictamente conceptual, esto no formaría parte del mercado negro per se.

Es justamente en PUNO, donde existe en su mayor porcentaje de la población económicamente activa (PEA) la economía sumergida, es decir la informalidad, o la ilegalidad. Y es que haciendo una elemental ecuación COSTO-BENEFICIO, las personas dentro de la economía han resuelto que más les conviene estar dentro de la INFORMALIDAD, o ILEGALIDAD, que dentro de la legalidad.

El 89.3% de la población económicamente activa de la región Puno es informal y solo 10.7% es formal. La informalidad laboral en todo el país alcanza un promedio de 73.2% y en la Macro región Sur, Puno registra el mayor índice.

En la Macro región Sur (Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna) el 79.1% de la Población Económica Activa (PEA) es informal y sólo poco más del 20% está en la formalidad.

En Puno se ha incrementado la informalidad. Los cuadros comparativos de la investigación correspondientes al 2014 frente al 2015 señalan creció de 88.8% a 89.3%.

Como estas personas no cuentan con empleos sujetos a la legislación laboral no tienen aportes de salud, protección social, impuesto a la renta, beneficios de ley, etc.

Indicó que el 96.7% de la PEA de Puno –unas 775 mil personas- está ocupada, de la cual el 42.9% es independiente no profesional y alcanza el 96% de informalidad.

En Puno desde hace muchos años existe una suerte de cultura de la informalidad que se evidencia, por ejemplo, en el hecho que la mayoría de los negocios nunca entregan facturas y esto obedece -en general en todo el país- a que tenemos una política tributaria muy complicada que acosa a las micro y pequeñas empresas (Red de Comunicación Regional, 2020)

Además, toda la tramitación, engorrosa y morosa, desalienta a la formalidad.

Es más, la concentración de los negocios formales o informales, se hace en las ciudades de PUNO, JULIACA E ILAVE, en las cuales hay una gran demanda insatisfecha de servicios notariales.

10.3. Tiempo requerido para logra la personería jurídica

De acuerdo al volumen de clientela que tenga una notaría, el otorgamiento de una Escritura Pública de Constitución de empresa, pasa por los siguientes tiempos y trámites:

En primer lugar, se debe de hacer LEGALIZAR el libro de Actas, donde deberá estar necesariamente el ACTA DE FUNDACION de la Empresa, con la transcripción de los ESTATUTOS, correspondientes. En lo mejor de los casos se demorará por lo menos un día.

Luego, se procederá a la redacción del Instrumento Público. Debemos recordar que la Ley ha considerado que es la MINUTA redactada por el abogado, la que debe de ser elevada a Escritura Pública. Sin embargo, es normal que sea la propia Notaría quien redacta, vía el – copia/pega- la Minuta, (que en volumen firma el abogado adscrito a la Notaria) y simultáneamente la Escritura Pública. Eso puede demorar entre dos a tres días como mínimo, porque, además, hay que verificar si el aporte que exige la normatividad ha sido en efectivo (el Banco requerirá la minuta para realizar la apertura de cuenta corriente de la empresa) o en aporte en bienes. En éste caso, se puede exigir la valorización de los aportes.

Seguidamente se programará para que los otorgantes procedan a la firma. Puede realizarse en el mismo día, pero normalmente se programa para días después.

En resumen: El trámite puede demorar aproximadamente UNA SEMANA en sede notarial.

Una vez terminada la función notarial, y ahora, por mandato de ley, debe de ser enviado a los Registros Públicos, para que pueda realizar: La verificación sobre sí existe nombre similar y se cumple con todos los requisitos. Se puede observar (Tachar) el título y devolver a la Notaría, para que pueda SUBSANAR las observaciones en un plazo de 60 días.

Subsanada, la misma se volverá a presentar a los Registros Públicos, quien verificará la subsanación y procederá a la INSCRIPCION REGISTRAL, abriendo y otorgando FICHA REGISTRAL. Con ésta, recién se cuenta con la PERSONERÍA JURÍDICA, y se puede conseguir el Registro Único del Contribuyente, así como realizar otros trámites. Como se puede notar, el Abogado, puede redactar la Minuta, y presentar a los Registros Públicos, quien, en todo caso como Juez de Títulos, podrá verificar los requisitos y realizar la INSCRIPCION REGISTRAL correspondiente. O pueda también observar la misma, y dentro del término de ley, el Abogado puede subsanar en un tiempo mucho más corto que la Notaría.

10.4. Cantidad de Notarios y Abogados en relación con la población.

En el Perú existen **609 Notarios**, y en la **Región Puno 24 Notarios**⁶

En el Perú hay aproximadamente 130,000 abogados, siendo el Colegio de Abogados de Lima, quien registra la mayor cantidad de Colegiados: 72,521.

La relación habitantes-notarios-abogados, lo mostrará mejor:

CUADRO 01

TABLA 1

RELACION HABITANTES- CANTIDAD DE ABOGADOS Y NOTARIOS

⁶ Fuente: Página Web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos– Registro Nacional de Notarios y Juntas

POBLACION PERUANA	CANTIDAD	CANTIDAD	RELACION	RELACION
32'000,000 HAB.	ABOGADOS	NOTARIOS	ABOGADO	NOTARIO POR
			POR HAB.	HAB.
		609		52,545.15
	130,000		246.15	
POBLACION REGION PUNO	CANTIDAD	CANTIDAD	ABOGADO	NOTARIO POR
	ABOGADOS	NOTARIOS	POR HAB.	HAB.
1'442,930	6,723	22	214.62	65,587.72

Es decir que, existe una DEMANDA DE SERVICIOS NOTARIALES, evidentemente insatisfecha, lo que incentiva la informalidad, porque al existir MAYOR DEMANDA, EXISTE TENDENCIA A INCREMENTAR EL COSTO DEL SERVICIO.

A esta situación, hay que agregar que anualmente se incrementa en aproximadamente un 8% el crecimiento de Abogados. En cambio, la creación de plazas notariales se ha mantenido estática en la Región Puno.

La última adjudicación de Plazas Notariales, como resultado de una convocatoria (demorada desde el año 2010) y por mandato de la ley 29933 fue el 24 de febrero del 2014, nombrándose a CUATRO (4) NOTARIOS, para las plazas en la Región de Puno.

Y si la participación del Notario es vital para el otorgamiento de la Escritura Pública de Constitución de Empresas, entonces estamos sujetos a su tiempo, orden, tarifa, y condición.

De manera que la afirmación sobre los Notarios tiene perfecta consistencia:

“...Y ningún caso de mercantilismo es tan brutalmente grosero como el de los notarios. Esos señores usan una fórmula común a todos los mercantilistas desde épocas anteriores a Bastiat: se autoproclaman como una actividad especial. No son “como cualquier otra actividad económica”. Ello abre a un sinnúmero de argumentos que en realidad son excusas: la protección de la industria nacional, la dignidad de la profesión, la particularidad económica de la actividad, el que los competidores potenciales (como el sol) son demasiado poderosos.

Los notarios no son la excepción. Han conseguido que la ley cree barreras de entrada a su mercado. El número de notarios es limitado y el proceso de admisión es tan complejo que excluye una competencia efectiva. E incluso, con toda esa protección, acuden, como ha ocurrido hace unos días, a acciones judiciales para impedir que lo poco que puede entrar entre y se suspendan los concursos para cubrir nuevas plazas. Mercantilismo puro y de la peor especie.

Lo cierto es que la seguridad jurídica no depende del número de los notarios, sino de la calidad de los servicios que dan. Como en toda actividad, cumplir con la ley depende de un adecuado sistema de sanciones y de cumplimiento de la ley. Por el contrario, una seguridad jurídica no competitiva solo eleva los precios de esta, y hace que menos peruanos puedan acceder a sus beneficios. Finalmente, los notarios no solo nos meten la mano al bolsillo para sacar más dinero por sus servicios, sino que reducen el volumen de seguridad jurídica impidiendo, en especial a los peruanos más pobres, el derecho a acceder a ella...” (Bullard, A los Notarios con cariño, 2014)

Sostenemos, también, que el sector formal de la economía no crece en la misma velocidad que el sector informal de la economía. Entonces la tesis del “Cartel de los Notarios” (Bullard, A los Notarios con cariño, 2014) tiene valor actual.

Por eso, otro análisis descarnado sobre la función notarial es el que ha hecho Dávila:

“...La actividad principal del negocio notarial consiste en “dar fe” de un acto jurídico, por ejemplo, de la compra-venta de un auto o de una casa. Aunque a algunos notarios les desagrada que su actividad sea comparada con un negocio, lo cierto es que no difiere mucho de cualquier otra actividad económica en la que el consumidor o usuario debe pagar por un producto, que, en este caso, es un servicio intangible. Para “dar fe” los notarios argumentan que no debe haber muchos notarios compitiendo por ofrecer este servicio a los ciudadanos, porque de ser así, no podrían controlar la “calidad” del mismo. Incluso, aplicando una

suerte de regla de tres simple, esquivan el hecho de que hay notarios que prestan un mal servicio o están envueltos en casos de corrupción, para indicar que si hoy, con pocos notarios hay casos de corrupción, con el ingreso de más notarios, ¡la situación empeoraría! (Dávila, 2015)

Entonces, y de acuerdo al análisis de las cifras alcanzadas, es necesario que exista mayor competencia notarial, antes que mayores atribuciones notariales, lo que significa entonces un mayor “embudo” jurídico: Por un lado, se le aumentan las facultades notariales que siendo jurisdiccionales, se les ha delegado a los Notarios, pero NO se aumentan las plazas notariales. El resultado es la creación de un CARTEL NOTARIAL. Sin embargo, y seguramente para justificar esta abismal diferencia, la legislación especial del Notariado, ha dispuesto que:

“...Artículo 5.- Creación de Plazas Notariales

5.1. El número de notarios en el territorio de la República se establece de la siguiente manera:

a. Una provincia que cuente con al menos cincuenta mil habitantes deberá contar con no menos de dos Notarios.

Por cada cincuenta mil habitantes adicionales, se debe contar con un Notario adicional.

5.2. Las localizaciones de las plazas son determinados por el Consejo del Notariado. En todo caso, no se puede reducir el número de las plazas existentes⁷.”

Pero no se entiende la “ratio legis” para establecer esta proporción. Es más, no sabemos cuál es la lógica para crear estas “barreras de acceso a la función notarial”. No se ha establecido en base a que estudios se ha determinado esta proporción.

Es más, con esa misma lógica, también se debe de establecer parámetros para que existan más abogados, o se limite la población. Para esto, debemos recurrir al Análisis Económico del Derecho, concretamente al análisis de Pareto:

“¿Qué es el examen de Pareto? Es una simple exigencia de unanimidad. Nos dice que una sociedad no está en su posición óptima si existe por lo menos un cambio que permitiría que una persona de tal sociedad se

⁷ Ley del Notariado, D.Leg.1049

encuentre mejor y que ninguna persona en ella se encuentre peor” (Calabresi, Un vistazo a la catedral. Cuando el derecho se encuentra con la economía, 2011, pág. 23)

Y si lo aplicamos al presente, va a resultar que NADIE estará peor creando mayores plazas notariales, pero si existirá MAYOR número de ciudadanos beneficiados.

10.5. La función del abogado en la tramitación para la obtención de la personería jurídica.

La función del abogado en la tramitación para la obtención de la persona jurídica es LIMITADA. Solo puede realizar la MINUTA, que es un documento privado, o un proyecto sobre el cual el NOTARIO, redactará la ESCRITURA PUBLICA, que es el único instrumento legal pasible de ser inscrito en los Registros Públicos.

Ahora, es de uso común en las notarías, que la realización de la minuta, es un mero formalismo. No existe prohibición legal alguna que impida a los notarios tener ese servicio. Es más, hasta obligan a los usuarios a seguir determinados modelos para la Constitución de Empresas. Abona a esa mala práctica, la falta de especialidad de muchos abogados, que también creen que la Constitución de una Empresa, es un acto que no requiere considerar ciertos parámetros. En la práctica profesional, los abogados saben que es importante hacer una Minuta, de acuerdo a la necesidad del cliente; considerando todos los detalles que deben ser incluidos en la misma.

Insistimos entonces: La función del abogado, está limitada únicamente a la redacción de la minuta. Nada más. Y con solo la minuta no se puede conseguir personería jurídica.

Una minuta, como fue expresado, es un tipo de documento. No es contrato sino un papel, un bien mueble. Es un tipo de documento privado ligado al contrato, y en especial conexas a las relaciones de sustancia, de prueba y de función también descritas anteriormente, que de ordinario se utiliza para obtener un documento público con la protocolización que el notario de fe pública realiza. Empero, goza de particularidades importantes, que tienen su origen no en la intención de las partes ni en el cumplimiento de un mandato legal, sino en la doctrina y en la jurisprudencia. Estas consideraciones, aplicadas de manera por entero disociada a la voluntad de las partes y sin el sustento de ley, han generado distorsiones en el entendimiento de la minuta de contrato con consecuencias equívocas. La primera distorsión tiene fuente doctrinal y consiste en afirmar que una minuta es, por principio, un documento que plasma un proyecto, un borrador de contrato, en oposición a un contrato ya formado. Por principio, ella no tiene carácter vinculatorio para las partes, ya

que el consentimiento no se ha formado sobre el contrato en su integridad, o sea sobre la totalidad de sus elementos. Una minuta se constituye de esta manera en el medio de documentar la fase de negociación contractual aún en curso, donde se debaten oferta y contraoferta o inclusive quizás aceptación, pero que todavía no ha arrojado un contrato ya finalizado. Un “iter contractus” inconcluso. Desde este punto de vista, y atentos a un criterio generalizado que no mira al caso en concreto, las partes tienen la carga (conducta en propio beneficio) de expresamente manifestar que la minuta plasma no un proyecto, un borrador, una negociación en curso, sino un contrato ya formado, negociado, acordado en el marco de su libertad contractual ya ejercida. Lo hacen precisamente a través de una cláusula en la que dicen reconocer que en la minuta yace un contrato existente y válido, vinculante cual si fuera ley entre partes como lo es todo contrato. Es ésta la cláusula de valor de contrato, y en su ausencia se entenderá que no hay contrato, y por tanto ningún efecto ha surgido pese a estar plasmado en una minuta

Con respecto a la relación entre minuta y contrato, se puede establecer la relación de sustancia, relación de prueba y relación de función entre el documento denominado minuta y el contrato. Tratándose de contratos verbales, como quiera que no precisan ningún tipo de documentación, la minuta no desempeña relación de sustancia con el contrato.

Empero, puede sí tener una relación de prueba cuando las partes del contrato decidan documentarlo para su seguridad mediante una minuta, en cuyo caso se abren dos posibilidades. La primera es que para las partes sea suficiente contar con un documento privado para la acreditación del contrato, en cuyo caso podrán utilizar la minuta en su condición inherente de documento privado, sin requerir expresa declaración de ningún tipo sobre la naturaleza del documento ni sobre el hecho que constituya un contrato ya totalmente formado y válido. La segunda es que las partes, luego de firmar la minuta, obtenga su protocolización notarial, a fin de recibir un documento público en el constará su contrato. La relación de función entre minuta y contrato verbal que ya está completamente formado, de ordinario, requerirá completar el camino hacia la obtención de un documento público, puesto que los registros públicos que otorgan oponibilidad tienden a requerir documentos públicos. En materia de contratos formales, comoquiera que estos tienen como un elemento de formación al documento en el que está plasmado el contrato, es necesario un distingo previamente a referir la relación de sustancia entre minuta y contrato. La distinción emerge del hecho que los contratos formales, a veces, precisan ser hechos por escrito (por ejemplo, la transacción), siendo indiferente que estén en documento privado o público, pero en ocasiones deban tener como forma constitutiva un documento público

(por ejemplo, la donación). Atinente a los contratos que precisan como forma constitutiva ser hechos por escrito (al menos en documento privado), la minuta cumple sin inconvenientes la función de forma constitutiva que la ley manda al contrato, aún en ausencia de cláusula expresa que le reconozca la calidad de documento privado. Esta misma minuta tiene aptitud suficiente, según fue expuesto, para plasmar no sólo un proyecto sino también un contrato ya formado a cabalidad. Por ejemplo, contrato de sociedad civil. Con respecto a los contratos que tienen por forma constitutiva al documento público, si bien la minuta no representa que haya ya terminado la fase de formación contractual, ello no depende de la existencia o ausencia de la cláusula de valor de contrato o de la variación que hizo sobre ella la jurisprudencia nacional, sino del hecho que el cumplimiento del requisito de forma todavía no se ha dado y se dará recién cuando el notario protocolice la minuta. Por ejemplo, la hipoteca. Un fenómeno conexo en materia de contratos verbales que precisan ser hechos por documento público, y que precisa de mayor estudio, tiene lugar cuando las partes han decidido dar por formado el contrato con la sola minuta en tanto documento privado. Por ejemplo, un contrato de donación en el que la partes hayan decidido que ésta ya existe al simplemente suscribir la minuta y no tengan intención de continuar su protocolización para obtener un documento público. Un contrato de estas características parecería incurrir en una causal de nulidad por faltar a la forma constitutiva (documento público) prescrita por ley, sin que pueda aducirse indefinidamente que no hay lugar a la nulidad puesto que todavía el proceso de formación no ha concluido (Villanueva, 2020)

La minuta es un documento elaborado por un abogado que contiene el acto de constitución de empresa (contrato), que tiene que presentarse ante un notario para su elevación ante escritura pública

Dentro de este contrato se incluye la descripción de la actividad económica, aportes de capital de cada socio o socio individual, como también el domicilio fiscal, fecha inicial de operaciones y el tiempo de duración de la empresa.

Pero resulta que la legislación promueve la eliminación de la participación del ABOGADO, así lo establece la propia legislación especial notarial:

“Artículo 58.- Inexigencia de la Minuta No será exigible la minuta en los actos siguientes:

- a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder.
- b) Renuncia de nacionalidad.
- c) Nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública.
- d) Reconocimiento de hijos.

- e) Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad.
- f) Aceptación expresa o renuncia de herencia.
- g) Declaración jurada de bienes y rentas.
- h) Donación de órganos y tejidos.
- i) Constitución de micro y pequeñas empresas.
- j) Hipoteca unilateral; y,
- k) Otros que la ley señale.

Quiere decir que los NOTARIOS, pueden sin necesidad de abogados, sustituirlos en su función profesional de redacción de la Minuta.

Sin embargo, la función NOTARIAL, no puede ser sustituida. Y si él es el depositario de la fe pública, y solo existe un número limitado ¿No tienen acaso un monopolio legal, pero de manejo y para fines privados? Además, de lo que se trata no es de crear parcelas jurídicas para la explotación monopólica privada, sino que la economía de mercado sirva a la población permitiendo su ingreso y facilitando su actuación en ella.

10.6. La función del Notario en la tramitación para la obtención de la personería jurídica.

La Ley General de Sociedades, establece en su Artículo 5:

“Contenido y formalidades del acto constitutivo. - La sociedad se constituye por Escritura Pública, en la que está contenido el pacto social que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de estos se requiere la misma formalidad.”

Consideramos importante distinguir entre la CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD, que es básicamente el acto formal de nacimiento de la sociedad, con la PERSONERIA JURÌDICA.

Y esta diferencia es importante, al igual que pese a parecer lo mismo entre el pacto social y el estatuto, tanto la ley como la doctrina, lo han distinguido.

No existe identidad entre Pacto Social y Estatuto. En la constitución de una sociedad, dos actos jurídicos son extremadamente importantes: el pacto social, entendido como el acuerdo en virtud del cual consta la voluntad de todos los socios fundadores de crear una sociedad y el estatuto que dictará las reglas a seguir en lo referente a ella.

Es así que no existe identidad entre pacto social y estatuto, a pesar de que puedan darse en forma simultánea al momento de constitución de la sociedad.

El pacto social es un acto bilateral o plurilateral constitutivo, en tanto crea la sociedad, mientras que el estatuto es un acto regulador de la sociedad y que tendrá eficacia durante la vida de esta.” (Atoche Fernandez, 2015)

En tal sentido, “...al compararlo con el abogado, Carnelutti sostiene que es más difícil estructurar un negocio jurídico para que no oculte en su regazo un litigio, que redactar un escrito procesal. El abogado interviene cuando la Litis ya ha estallado o está por estallar: la obra del Notario tiene primordialmente a que no estalle...” (Emerito, 1953, pág. 289)

Es decir que, para la legislación peruana, es requisito sine-qua-non, el otorgamiento de una ESCRITURA PUBLICA, la misma que únicamente puede ser otorgada por el NOTARIO PUBLICO, por tener este monopolio jurídico, tal y como lo ha establecido la Ley del Notariado

10.7. El otorgamiento de la personería jurídica: ¿A partir de cuándo se considera que los actos de la persona jurídica son válidos?

Consideramos que es persona jurídica el ente organizado e inscrito en el registro respectivo. La inscripción en el registro es el acto que constituye su nacimiento, de no estar inscrito, no es persona jurídica, sino sólo un ente colectivo no personificado.

Esta definición proporcionada sólo comprende a las personas jurídicas de derecho privado.

En esta precisión no se tiene en cuenta que las personas jurídicas de derecho privado sólo adquieren la calidad de persona jurídica con la inscripción en el registro.

De manera que no es con la firma de la MINUTA, o el OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA, cuando se consigue la personería jurídica, es únicamente con la INSCRIPCION REGISTRAL.

10.8. La Escritura Pública como requisito para conseguir la personería jurídica. ¿Sobre costo legal o garantía de legalidad?

La escritura pública es parte de lo que se conoce como instrumentos público notarial. Así:

“...es un documento público autorizado o extendido por un notario en ejercicio de su función por mandato de la ley o a solicitud de la parte interesada dentro de los límites de su competencia y en estricto cumplimiento

de las formalidades de ley. En tal sentido la intervención del notario convierte en público exclusivamente el ámbito sobre el cual recae (hechos, actos, contratos, situaciones jurídicas, etc.“ (Rimascca Huarancca, 2015, pág. 277)

La escritura pública es el documento matriz, autorizado por el notario mediante su firma, el mismo que debe ser incorporado al protocolo notarial.

La Escritura pública, es un documento extendido ante el notario, escribano público u otro fedatario oficial con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico cumplido por el compareciente o por las partes contratantes

Partes de la Escritura Pública: En nuestra Legislación, según el artículo 52, del Decreto Legislativo N° 1049y su modificatoria Decreto Legislativo N° 1232, la Escritura Pública en nuestro país está estructurado en tres partes que son: Introducción, cuerpo y la conclusión

El notario al iniciar la escritura debe empezar consignando los nombres de los otorgantes y la naturaleza del acto jurídico o negocio jurídico. En la introducción y de acuerdo a las normas vigentes el notario debe consignar lo siguiente: a. Lugar y fecha de extensión del instrumento público. Es de suma importancia que el notario coloque el distrito, provincia y departamento en donde se realiza el instrumento público con la finalidad de poder identificar en forma rápida el lugar donde se fraccionó la Escritura Pública. Asimismo, es fundamental que el notario coloque el día, mes y año en la cual se fraccionó el instrumento público porque de esta manera le da fecha cierta a la escritura. b. Nombre del notario. Es indispensable colocar el nombre del notario porque permite identificar en forma rápida que notario fraccionó la Escritura Pública, para poner como antecedente en una futura escritura... c. Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que estas personas proceden por su propio derecho. En esta parte de la Escritura pública, es de carácter obligatorio que el notario identifique a través del sistema de verificación por comparación biométrica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para asegurarse que se trata de las mismas personas que van a celebrar el acto jurídico; también debe colocar el estado civil de las personas (casado, soltero o divorciado); además debe colocar la dirección exacta de los contratantes su respectiva profesión. Es parte fundamental que al momento que el notario se entrevista con las partes que van a celebrar el acto jurídico, manifiesten que están acudiendo a su oficio notarial en forma voluntaria y sin ninguna amenaza para realizar el negocio jurídico. El documento nacional de identidad. Al momento que entregan los documentos solicitados por el notario deberán adjuntar el

Documento Nacional de Identidad original y fotocopias para poder identificarlo que se trata de esa persona que va a celebrar la escritura pública, esto es muy independientemente de la consulta vía comparación biométrica al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y en el caso de los extranjeros se les exigirá el carnet de extranjería. e. La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza. Se coloca el motivo por el cual está interviniendo en la facción del instrumento público, sobre todo cuando tienen poder por escritura pública, el notario deberá consignar en forma clara las circunstancias de la actuación de la persona e insertar el poder en la parte pertinente f. La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el Instrumento. En el caso de que las personas que van a celebrar el acto jurídico hablen otro idioma, el notario obligatoriamente deberá de buscar un intérprete para que al momento de dar lectura a la escritura pública, los contratantes se enteren del contenido y su voluntad de contratar. g. La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos. En esta parte el notario después de verificar si uno de los intervinientes o todos son analfabetos o tenga alguna dificultad para firmar, deberá de solicitar testigos a ruego previa identificación para que estos puedan firmar por ellos. h. La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes. El notario al momento de entrevistar a los que van a celebrar el acto jurídico tiene que dar fe de la capacidad física y mental de los contratantes y que estén celebrando dicho contrato con plena libertad sin ninguna coacción. i. La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella. El notario indicará que se le entregaron una minuta para que ésta sea elevada a instrumento público y deberá asignarle un número a dicha minuta la misma que deberá estar debidamente autorizado por un letrado.

Al iniciar la facción de la Escritura el notario deberá tener en cuenta lo siguiente (D. leg. 1049): a. Dejar constancia de la declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta y autorizada por el abogado, la que se insertará literalmente en la escritura. El notario al recibir la minuta que está autorizada por un letrado (abogado), deberá copiar íntegramente ésta a la escritura pública en donde está plasmado la manifestación de la voluntad de las personas que van a celebrar el acto jurídico. b. En el caso que, si la escritura se dé mediante un documento que delega representación, deberá presentar el documento que

acrediten la representación y de ser necesario deberá insertar en la Escritura. Si el acto jurídico que se va a celebrar en la notaría, uno de los otorgantes está representado mediante poder por escritura pública, el notario debe insertar el poder para acreditar la representación. c. Si los otorgantes solicitan su inserción de un determinado documento el notario deberá hacerlo. Si uno o todos los otorgantes solicitan al notario, que inserte dentro de la escritura pública algún documento de interés de éstos y la ley lo faculta, el notario deberá hacerlo, no asumiendo ninguna responsabilidad el notario, pero si debe dejar constancia de lo acontecido. d. Los documentos que por disposición legal sean exigibles. En esta parte de la escritura el notario tendrá que insertar los voucher o indicar los pagos de impuestos a la renta, impuesto predial y arbitrios, impuesto general a la venta. e. Otros documentos que el notario considere convenientes para la elaboración de la Escritura. Con las últimas modificatorias de la ley del notariado ahora el vendedor deberá entregar un número de cuenta al comprador para que éste último haga el depósito por el importe total de la venta del terreno y de esta manera se está cumpliendo con la ley 28194, Ley de bancarización, insertando el voucher en la escritura pública. Inexigencia de la Minuta: El notario no deberá exigir la minuta para la facción de una escritura pública en los siguientes casos: i) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder por escritura pública; ii) Renuncia de nacionalidad; iii) Nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública; iv) Reconocimiento de hijos; v) Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad; vi) Aceptación expresa o renuncia de herencia; vii) Declaración jurada de bienes y rentas; viii) Donación de órganos y tejidos; ix) Constitución de micro y pequeñas empresas; x) Hipoteca unilateral; y, Otros que la ley señale (Art. N° 58 del Decreto Legislativo N° 1049). En la conclusión de la escritura pública, el notario dejará expresa constancia de: a. La fe de haberse leído el instrumento público. El notario está obligado a leer en toda su integridad el contenido de la escritura, para que los otorgantes se enteren del contenido y puedan reiterar su voluntad de celebrar el acto jurídico. b. La ratificación, modificación o indicación que los otorgantes hicieren, las que también serán leídas. Después de leerlos el contenido de la escritura pública a los intervinientes, deberán ratificarse en su contenido o de lo contrario indicar que modificaciones se deberá hacer en el contenido de la escritura pública. c. La fe de entrega de bienes que se estipulen en el acto jurídico. Las personas que celebran el acto jurídico, deberán indicar que el bien materia del contrato ya se hizo entrega y deberán dar su conformidad ante el notario. d. La transcripción literal de normas legales de exigencia obligatoria, cuando en el cuerpo de la escritura se cite sin indicación de su contenido y están referidos a actos de disposición u otorgamiento de

facultades (Item 5.2.2.) e. La transcripción de cualquier documento o declaración que sea necesario y que pudiera haberse omitido en el cuerpo de la escritura. f. La intervención de personas que sustituyen a otras, por mandato, suplencia o exigencia de la ley, anotaciones que podrán ser marginales; en el caso de un mandato judicial deberá anotarse al margen de la escritura. g. Las omisiones que a criterio del notario deban subsanarse para obtener la inscripción de los actos jurídicos, objeto del instrumento y que los otorgantes no hayan advertido. Si el notario se percata de alguna omisión que no haya sido advertido por los intervinientes, podrá hacerlo en esta parte. h. La corrección de algún error u omisión que el notario o los otorgantes adviertan en el instrumento público. i. La constancia del número de serie de la foja donde se inicia y de la foja donde concluye el instrumento público, la serie debe ser correlativo, así como la numeración de la foja. En la conclusión de la Escritura el notario está obligado a colocar el número de serie de registro, de foja donde se inicia a la foja donde concluye la escritura pública, siguiendo el orden correlativo. j. La impresión dactilar y suscripción de todos los otorgantes, así como la suscripción del notario con indicación de la fecha en que firma cada uno de los otorgantes, así como cuando concluye el proceso de firmas del instrumento. El notario deberá ingresar a realizar la consulta vía comparación dactilar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), para identificación de los contratantes. Es de carácter obligatorio, que el notario coloque la fecha en la cual están firmando los intervinientes en la escritura pública. k. Así mismo, se dejará constancia de haber efectuado las mínimas acciones de control y debida diligencia en materia de prevención del lavado de activos, especialmente vinculado a la minería ilegal u otras formas de crimen organizado, respecto a todas las partes intervinientes en la transacción, haciendo firmar la declaración jurada del origen de los fondos, bienes u otros activos involucrados en dicha transacción, así como con los medios de pago utilizados (sistema de bancarización). El notario está obligado a dejar constancia del origen de los fondos mediante la firma de una declaración jurada la misma que sirve para exhibir altos funcionarios de la Unidad de Inteligencia Financiera cuando haga la visita a la notaría y no ser pasibles de sanciones administrativas (León & Sandoval, 2017)

De la lectura acuciosa de lo citado, aparece que el depositario de la fe pública, que es el Notario, solo otorga verdad sobre los hechos en los que interviene. Y fuera de la calificación que le obliga a hacer su Ley Orgánica, no puede ir más allá. La función notarial es sui –generis: “...el notario es un profesional del derecho que ejerce en forma privada una función pública...” (Rimascca Huarancca, 2015, pág. 293)

Pero sobre la preguntado **¿Cuál es la finalidad del proceso de otorgamiento de escritura pública?**, la Suprema Instancia tiene una clara posición al respecto: "...El proceso de otorgamiento de escritura pública tiene por finalidad dar una mayor seguridad a la celebración del acto jurídico, brindándole solemnidad o formalidad revestida de garantías..." (Casación N° 2069-2001-Arequipa, 03/07/2002).

Entonces, es necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿El notario en forma PERSONAL, verifica la IDENTIDAD DE LOS OTORGANTES? No, definitivamente que él no lo hace, sino los funcionarios de la Notaria, encargados del Control Bio-Métrico y los demás asistentes. De manera que en sede administrativa podría realizarse este control.

Y sobre la solemnidad, ésta no necesariamente es sinónimo de fortaleza legal, toda vez que la misma Corte Suprema ha establecido que:

"...En el proceso de **otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad electo jurídico, no discutiéndose en esta véalos requisitos para su validez, de allí que se sustancia en la vía sumarísima.** El hecho de que en un proceso judicial se pretenda el otorgamiento de una escritura pública no impide que en otro proceso pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento..." (Casación N° 2952-2003-Lima, "El Peruano", 31/03/2005).

Es decir que el hecho de que se haya otorgado una ESCRITURA PUBLICA DE CONSTITUCION DE EMPRESA con la intervención del Notario Público, no significa, pero sé que PUEDA TENER VICIOS DE NULIDAD, QUE PUEDAN ACARREAR SU INVALIDEZ, O SU NULIDAD.

De manera que el solo otorgamiento de una Escritura Pública de Constitución de Empresa, no es sinónimo de una verdad apodíctica. Además, es el REGISTRADOR PUBLICO es EL JUEZ DE TITULOS, de manera que cuando el Registrador Público observa defectos subsanables (tacha formal) devuelve al Notario para su subsanación.

Entonces, ¿acaso no puede subsanar esos defectos el propio abogado, si en la teoría es él quien ha redactado la MINUTA, que ha dado lugar a la ESCRITURA PUBLICA?

De manera que, el hecho de haberse otorgado una Escritura Pública – es decir la Minuta elaborada por el Abogado, elevada a instrumento público por la intervención del depositario de la fe pública, el notario- a la

fecha no es ninguna garantía de que no pueda tener defectos y omisiones. Por lo que, si en el derecho las cosas se deshacen tal como se hacen, ¿Por qué el abogado, que supuestamente ha redactado la minuta, no puede redactar otra, subsanatoria? Además, el instrumento redactado por el Abogado, igual pasaría por un test de legalidad y verificación que por mandato de su Ley, está obligado el Juez de Títulos: El Registrador Público.

Además, si se trata de la verificación de los otorgantes del instrumento fundacional (Estatuto), no lo hace en persona el Notario, sino sus asistentes, y normalmente existe un departamento de Control Biométrico en cada Notaria. Por lo que, si se trata de verificar la identidad de los otorgantes, el mismo control biométrico se puede implementaren las Oficinas Registrales.

Consideramos que la actividad notarial en el país ha sufrido varios cambios normativos en los últimos treinta años, pero en esencia es la misma: un servicio público ejercido por privados. El reconocido abogado, Alfredo Bullard, los ha calificado públicamente como mercantilistas que no merecen un trato excepcional en su faceta privada, porque son una actividad económica más, como cualquier otra. Sus opiniones las basa en irregularidades en su funcionamiento como mercado, las cuales recogió Indecopi en estudios publicados en el 2011, 2013 y 2014.

El servicio notarial es el ejercicio de una profesión que salvaguarda la seguridad jurídica, no un negocio. Un **notario** puede ganar tanto como un abogado y que existen notarías que tramitan **13 mil expedientes mientras otro solo maneja 300**, pero ello lo justifica en la demanda de la jurisdicción en la que operan y el tipo de servicio ofrecido.

Desde Indecopi la mirada es bastante crítica. A su entender, el mercado de servicios notariales no presenta las características de un mercado competitivo porque “no son homogéneos en cuanto a los procedimientos y al tiempo requerido para su provisión; existen asimetrías de información entre proveedores y consumidores; los agentes no son tomadores de precios; existen costos de transacción basados en la incertidumbre y el ingreso a la actividad notarial es restringido de acuerdo a ley”.

Las tarifas son variadas y distan mucho entre unas y otras, según los estudios de Indecopi. Mientras que una escritura pública de compra-venta de una inmueble cuesta S/.400 en una notaría, en otra alcanza los S/.1. 270.La diferencia entre el precio promedio máximo y el precio promedio mínimo se quintuplica y tranquilamente llega a S/. 863.Y hasta algo tan simple como una copia certificada pasa de S/.10 a S/50 según la zona.

Esas diferencias parecen no espantar a muchos abogados porque sienten que una oferta calificada amerita esos costos. “La labor del **notario** es imprescindible para otorgar seguridad jurídica. No es un sobre costo sino un costo asociado al tráfico mercantil en donde no se cobra por el trabajo realizado, sino por la responsabilidad asumida” rescata Daniel Echaiz.

Coincide con ello Maria Eugenia Yabar, del estudio Olaechea, quien asegura que en Lima hay suficientes opciones para elegir. “Yo no creo que se deba censurar a alguien por tener una cuota alta de mercado. Hay siete u ocho notarias grandes que trabajan en exclusiva con el sistema financiero. En ellos se confían las operaciones de mayor envergadura porque están especializados en la idiosincrasia del cliente. Los bancos los eligen porque su honorabilidad y eficiencia les generan menos riesgos”, asegura.

En Indecopi se oponen a esta concentración de mercado, la cual se acrecienta porque no se puede montar una notaría si no abren una nueva plaza por concurso público aun cuando se perciba un déficit de 115 notarios a nivel nacional (2013). Además, reclaman que existen deficiencias en calidad que no son adecuadamente difundidas a los clientes. Por ejemplo, en el 2009 el 20% de los registros de bienes inmuebles fueron devueltos por errores, lo cual quiere decir que los ciudadanos pagaron a los notarios S/.56,3 millones por gusto. Perdieron tiempo y dinero.

Y en relación al costo: Es totalmente variable, y de acuerdo a la Notaria, así lo ha señalado la propia SUNARP:

“**Elaboración de Escritura Pública ante el notario.** Una vez redactado el acto constitutivo, es necesario llevarlo a una notaría para que un notario público lo revise y lo eleve a Escritura Pública. De esta manera se generará la Escritura Pública de constitución. Este documento debe estar firmado y sellado por el notario y

tener la firma del titular o los socios, incluidos los cónyuges de ser el caso. **El costo y el tiempo del trámite dependerán de la notaría que elijas**” (SUNARP, 2020)

Con respecto a la afirmación de que el NOTARIO ES “GARANTIA DE LEGALIDAD”, consideramos que los notarios están dotados de controles de identidad (biométricos), pero la propia ley BLINDA a los notarios sobre responsabilidades derivadas del control de identidad. De hecho, así se expresa en la Ley del Notariado:

“**Artículo 55.-** Identidad del Otorgante El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado, conforme a lo siguiente:

“...d) Excepcionalmente y por razón justificada, el notario podrá dar fe de conocimiento o de identidad sin necesidad de seguir los procedimientos señalados en los literales a) y b) del presente artículo. En este caso, el notario incurre en las responsabilidades de ley cuando exista suplantación de la identidad.

El notario que cumpliendo los procedimientos establecidos en los literales a), b) y c) del presente artículo diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en responsabilidad, sin perjuicio de que se declare judicialmente la nulidad del instrumento.”

Podemos afirmar, como conclusión, que son las partes las que serán perjudicadas. En uno y en otro caso, el Notario está indemne: No tiene responsabilidad, ni civil, ni penal; y por más que el Poder Judicial declare la nulidad del instrumento público.

Entonces, es necesario preguntarnos ¿No podría también el abogado contar con un equipo de control biométrico, estar adscrito a la RENIEC, y realizar lo mismo que el Notario? Además, si tampoco tiene responsabilidad, entonces cualquier persona también puede desempeñar esa función; más aún si es solo para la obtención de la personería jurídica.

Por ejemplo, el CONTROL BIOMETRICO, es de fácil acceso, y lo permite hasta “on-line” la RENIEC, tal como aparece del link: <https://www.reniec.gob.pe/portal/tramiteGeneral.htm>

Por lo que se ve, a la fecha, con la Escritura Pública de Constitución, estamos creando desperdicios legales, tal y como lo dice Bullard, sobre el Análisis Económico del Derecho:

“Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios, Y, como dice Calabresi, desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos es injusto.” (Bullard, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales., 2003, pág. 36)

“Si no tenemos normas que nos hagan competitivos, que nos pongan en la categoría de los inteligentes y no en la categoría de lo absurdo, no vamos a poder enfrentarnos a la competencia global.” (Bullard, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales., 2003, pág. 136)

10.9. La posibilidad de eliminar sobre costos legales para la obtención de la persona jurídica de la empresa, sin arriesgar seguridad jurídica.

En consecuencia, y de todo lo expuesto, la Escritura Pública de Constitución de Empresas, a la fecha, más que un sinónimo de garantía de fortaleza jurídica o de verdad jurídica incontestable e indiscutible, es un sobre costo legal.

Además, es el propio Estado, quien se ha dado cuenta de esta tramitología, que, en lugar de favorecer la creación de nuevos emprendimientos formales, la desincentiva; razón por la cual, a la fecha EXISTEN sendos programas de formalización y de mínima tramitación para conseguir la personería jurídica; así tenemos, por ejemplo el programa “CONSIGUE TU PERSONERIA EN 24 HORAS”, promovido por la propia SUNARP⁸

Es decir que, a la fecha se ha reconocido ya oficialmente que existen obstáculos para ingresar a la formalidad, por lo que el propio estado ya no quiere crear más trámites, sino eliminarlos.

Por ello, podemos afirmar con Atienza que “en este sentido puede decirse que la idea regulativa del Estado de Derecho es el sometimiento del Estado, del poder; a la razón, y no de la razón al poder.” (Atienza, 2001, pág. 256)

Y tal como hemos visto, no existe ninguna razón – más que la tradición, o la presión de los notarios- a mantener esta obligación del otorgamiento de Escritura Pública, para con esta acudir a los Registros Públicos y conseguir la personería jurídica.

Los límites que establecen la burocracia termina afectando a los ciudadanos, tal como sostiene Matos:

⁸ <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/08/03/constituye-tu-empresa-en-seis-pasos> (consulta día 04-04-2020)

“... La complicación, la rigidez de las reglamentaciones y los procedimientos burocráticos, la obsesión de una cada vez más minuciosa normatividad legal y administrativa, sofocan y estrangulan la vida nacional y dan lugar a la aparición de incoherencias y cuellos de botella que reducen aún más la eficiencia de los aparatos de gobierno.” (Matos, 1984, pág. 105)

10.10. Conclusiones

- 1.- En el Perú, y por ende en Puno, existen una relación habitante-notario de más de 50,000 habitantes por Notario. Esto implica que existe una demanda insatisfecha de servicios notariales.
- 2.- A la fecha, el Estado de Derecho, le viene dando mayores funciones al notario, y por lo tanto mayores rentas.
- 3.- Hay graves limitaciones para el ingreso a la función notarial, es decir hay barreras de acceso al mercado, contrariamente al ejercicio de la abogacía. Por lo tanto, se favorece a que en la práctica exista un Cártel Notarial.
- 4.- Al existir un monopolio, en su forma de Cártel, atenta contra la economía de mercado, crea sobrecostos y desalienta la formalidad.

5.- La personería jurídica no se obtiene automáticamente con el otorgamiento de la Escritura Pública de constitución de una empresa, en cualquiera de sus modalidades; sino con la inscripción en los Registros Públicos, luego de una calificación de la Escritura Pública; la misma que puede ser observada.

6.- Los abogados, pueden acudir con su minuta directamente a los Registros Públicos, para que al igual que en el caso de la Escritura Pública, pueda ser observada o no; y consiguientemente lograr la personería jurídica.

10.11. Recomendaciones

1.- Debe incrementarse, en por lo menos tres veces más el número de Notarios a nivel nacional.

2.- Debe darse facultades a los abogados, para que la minuta que se elabore, pueda ser presentada directamente a los Registros Públicos. Quien en todo caso podrá observar o proceder a la inscripción y otorgar personería jurídica.

Bibliografía

- Atienza, M. (2001). El sentido del derecho. Barcelona: Ariel.
- Atoche Fernandez, P. (2015). Estatutos Societarios, problemas jurisprudenciales en su modificación. Dialogo con la Jurisprudencia, 12.
- Berrospi, C. (2016). El documento de fecha cierta y sus efectos jurídicos en el otorgamiento de escritura pública. Lima: Universidad Garcilazo de la Vega.
- Beumont Callirgos, R. (2004). La caducidad de instituciones y actos, derechos y obligaciones en la ley general de sociedades, plazos y procesos; propuesta de reforma. Tesis para optar el Título de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima.
- Bullard, A. (2003). Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores.
- Bullard, A. (08 de Marzo de 2014). A los Notarios con cariño. El Comercio.
- Calabresi, G. (2011). Un vistazo a la Catedral - Cuando el Derecho se encuentra con la Economía. Lima: Palestra Editores.
- Calabresi, G. (2011). Un vistazo a la catedral. Cuando el derecho se encuentra con la economía. Lima, Perú: Palestra.

- Campos, S. (04 de Abril de 2020). Derecho y cambio social. Obtenido de Derecho y cambio social: https://www.derechoycambiosocial.com/revista032/empresas_de_derecho_publico_en_el_sistema_registral.pdf
- Castillo, L. (2007). La persona jurídica como titular de derechos fundamentales. Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, 125-134.
- Ccori, R. (2016). Incorporación del artículo 163 de la Ley General de Sociedades sobre el periodo de funciones del consejo directivo de asociación en el Código Civil Peruano. Cusco: Universidad Andina de Cusco.
- Chudyk, N. (2018). La persona jurídica como titular de derechos humanos en el sistema interamericano: un estudio comparado con el sistema europeo de derechos humanos. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Cotrina, J. (2018). La alerta registral y la seguridad jurídica de los Registros Públicos, Lima 2017-2018. Lima: Universidad Autónoma del Perú.
- Dávila, S. (02 de Marzo de 2015). La "Fe" de los Notarios. El Comercio.
- De la Puente y Lavalle, Manuel; Cárdenas Quiróz, Carlos; Gutiérrez CAMACHO, Walter. (2000). Contrato y Mercado. Lima: Gaceta Jurídica.
- Editor, E. (15 de Abril de 2015). Tarifas y Servicios de notarios en controversia. El Comercio.
- Emerito, C. (1953). Teoría General del Instrumento Público. Buenos Aires: Ediar Editores.
- Gobierno de Canarias. (04 de Abril de 2020). LA EMPRESA: CONCEPTO, ELEMENTOS, FUNCIONES Y CLASES. Obtenido de <http://www3.gobiernodecanarias.org/medusa/ecoblog/cperpad/files/2012/05/tema1empresa.pdf>
- Iglesias, F. (2014). Estudio de la economía sumergida: relación entre legitimidad y medidas para combatirla. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.
- Jiménez, H. (04 de Abril de 2020). Derecho y Cambio Social. Obtenido de Derecho y Cambio Social: <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA2/EXCESOSUBJ.htm>
- León, J., & Sandoval, S. (2017). Razones jurídicas para establecer la obligatoriedad de la utilización de la firma digital en la fección de la Escritura Pública en el Perú. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

- Matos, J. (1984). Crisis del Estado y desborde popular. El nuevo rostro del Perú, en la década de 1980. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Méndez, R. (2008). El Análisis económico del derecho: principales escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y contraposición conceptual. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Messineo, F. (1986). Doctrina General del Contrato (Vol. 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América.
- Pazos, J. (2017). La persona jurídica de derecho privado en el sistema jurídico peruano: ensayo de una teoría general. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide.
- Ramos, D. (2017). La incidencia de los determinantes de informalidad de las mypes textiles de Gamarray su acceso al financiamiento bancario y no bancario 2016. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola.
- Red de Comunicación Regional. (04 de Abril de 2020). Nueve de cada diez puneños que trabajan lo hacen en la informalidad. Obtenido de Nueve de cada diez puneños que trabajan lo hacen en la informalidad: <https://www.rcrperu.com/nueve-de-cada-diez-punenosen-que-trabajan-lo-hacen-en-la-informalidad/>
- Resico, M. (04 de Abril de 2020). La Economía Social de Mercado: Orígenes, relación con la DSI y sus implicancias actuales. Obtenido de La Economía Social de Mercado: Orígenes, relación con la DSI y sus implicancias actuales: http://wadmin.uca.edu.ar/public/20180522/1527006142_Resico_La_Economia_Social_de_Mercado.pdf
- Rimascca Huarancca, A. (2015). El Derecho Registral en la Jurisprudencia del Tribunal Registral. Gaceta Jurídica, 293 - 277.
- Schumpeter, J. A. (2012). Historia del Análisis Económico. Barcelona: Ariel.
- SUNARP. (04 de Abril de 2020). Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Obtenido de <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/08/03/constituye-tu-empresa-en-seis-pasos>
- SUNAT. (04 de Abril de 2020). Inscripción al RUC. Obtenido de Inscripción al RUC: <http://www.sunat.gob.pe/ol-ti-itinsrucsol/iruc001Alias>
- Torres, F. (04 de Abril de 2020). Revista Electrónica de Derecho Comercial. Obtenido de Revista Electrónica de Derecho Comercial: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/torres01.pdf>

Villanueva, R. (04 de Abril de 2020). Fides et ratio. Obtenido de Fides et ratio:
http://www.scielo.org.bo/pdf/rfer/v5n5/v5n5_a05.pdf
