

**LOS CONFLICTOS DE AGENCIA EN LAS ASOCIACIONES:
APUNTES SOBRE LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CÓDIGO
CIVIL SOBRE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS
ADMINISTRADORES DE PERSONAS JURÍDICAS NO LUCRATIVAS**

***AGENCY CONFLICTS IN ASSOCIATIONS: NOTES ON THE DEFICIENT
REGULATION OF THE CIVIL CODE ON THE DUTIES AND OBLIGATIONS OF
ADMINISTRATORS OF NON-PROFIT LEGAL ENTITIES***

Daniel Chahud Cosío*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Agency theory analyzes the relationship between the 'principal' and the 'agent', as well as the conflicts arising from their interaction and their various interests. However, agency conflicts are not only possible in non-profit legal entities such as associations, but could be more frequent due to their nature. In this sense, this paper examines the role of the management bodies of civil associations in relation to potential conflicts between members and managers, and the insufficient regulation surrounding them.

Given that not all individuals who participate in business activities under an associative structure have a complete understanding of corporate governance, the author points out that it is crucial for our legislation to serve as a guide to facilitate their participation and, consequently, reduce the possibility of conflicts between the different groups involved.

KEYWORDS: *Agency theory; associations; legal persons; board of directors.*

La teoría de la agencia se dedica al análisis de la relación entre el 'principal' y el 'agente', así como los conflictos que surgen de su interacción y de sus diversos intereses. Sin embargo, los conflictos de agencia no solo son posibles en personas jurídicas no lucrativas como las asociaciones, sino que serían más frecuentes debido a su naturaleza. En este sentido, el presente trabajo examina el papel de los órganos de administración de las asociaciones civiles en relación con los posibles conflictos entre los asociados y los administradores, y la insuficiente regulación que los rodea.

Dado que no todos los individuos que participan en actividades empresariales bajo una estructura asociativa tienen un entendimiento completo del gobierno corporativo, el autor señala que es crucial que nuestra legislación sirva como una guía para facilitar su participación y, en consecuencia, reducir la posibilidad de conflictos entre los diferentes grupos implicados.

PALABRAS CLAVE: *Teoría de la agencia; asociaciones; personas jurídicas; consejo directivo.*

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Cambridge, con especialización en Derecho Comercial. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Privado y Mercado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente a tiempo parcial en la PUCP y la Universidad San Ignacio de Loyola.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2024 y aceptado por el mismo el 15 de abril de 2024.

I. LA TEORÍA DE AGENCIA

La teoría económica denomina 'relación de agencia' (Martínez, 2003) a aquella entre una persona, denominada 'principal', que encarga a otra, denominada 'agente', la realización de uno o más actos o gestiones a su favor. En ese sentido, el agente no actúa en beneficio propio, sino que alinea sus intereses al del principal y se compromete a ejecutar determinados actos u observar conductas dirigidas a la consecución de una finalidad determinada.

A nivel jurídico, podemos encontrar en el Código Civil diversas manifestaciones de este principio, por ejemplo, en el contrato de mandato, donde el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos a favor del mandante:

Artículo 1790.- Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante. (1984)

Igualmente, identificamos este principio en el contrato de locación de servicios, en el cual el locador se compromete a ejecutar un determinado servicio a favor de un comitente:

Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. (1984)

O incluso en la legislación laboral¹, donde el trabajador pone a disposición su tiempo y conocimientos a favor del empleador:

Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador [...].

En todos estos casos, un principal encarga una o más labores a un agente, el cual se obliga voluntariamente a realizarlos a cambio (o no) de una retribución, pero siempre en interés de dicho principal.

Desde la teoría económica, la relación entre principales y agentes (usualmente denominada 'Teo-

ría de Agencia' o 'Teoría de Agente-Principal') ha sido estudiada desde diversas perspectivas (Shapiro, 2005), pero nos interesa principalmente su manifestación corporativa, es decir, la relación entre dos grupos de interés al interior de una organización, como son las personas jurídicas. Esta relación ha sido predominantemente estudiada en las sociedades de capital, donde se identifica a los principales como los accionistas de la empresa, y a los administradores (directores y gerentes) como sus agentes.

Pongamos un ejemplo para explicar esta relación. Conforme a la estructura adoptada por nuestra legislación societaria, los accionistas de una sociedad anónima son esencialmente inversionistas, personas naturales o jurídicas que deciden arriesgar parte de su patrimonio en la persecución de un determinado negocio, con la intención de recuperar lo invertido y obtener un beneficio adicional (las utilidades).

Ahora bien, nuestro sistema no exige ni espera que el accionista sea un especialista en la empresa en la que invierte. Podría ser un absoluto ignorante de las cuestiones técnicas del negocio (pensemos, por ejemplo, en una empresa farmacéutica) y no tener limitación alguna para hacerse de la empresa si estima que es un buen negocio.

Entonces, ¿cómo se asegura que el negocio marche correctamente y genere los rendimientos que busca si él no sabe cómo hacerlo? Pues contratando a alguien que sí conozca de la industria farmacéutica. Allí es donde entran los directores y gerentes, que son los especialistas en la industria de la empresa, y son contratados por los accionistas a fin de que hagan crecer el negocio y rentabilicen las inversiones, materializando con ello la satisfacción de sus intereses (Kraakman *et. al.*, 2017).

En ese momento nace la relación de agencia entre los principales (los accionistas) y los agentes (los administradores): los primeros contratan a los segundos, les instruyen a desplegar sus mejores esfuerzos y a utilizar todos sus conocimientos en la generación y crecimiento del negocio para así obtener los beneficios económicos que esperan. A cambio de este esfuerzo, los accionistas pagarán a los administradores un sueldo acorde al mercado y les permitirán ganar prestigio como buenos gestores (Hart, 2003).

Cuando los intereses de los principales y los agentes están alineados, el negocio debería crecer y

¹ Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR.

satisfacer los objetivos de ambos grupos. Sin embargo, la realidad demuestra que en muchos casos los principales y los agentes tienen intereses divergentes (e incluso abiertamente contrarios), lo que genera una serie de ineficiencias y externalidades en la administración de la empresa, que terminan repercutiendo en los rendimientos del negocio.

Los conflictos de agencia se producen cuando la actuación de los agentes se distancia de las expectativas de los principales y, por tanto, sus gestiones dejan de encaminarse al cumplimiento de las instrucciones recibidas y al norte previamente trazado. En lugar de ello, buscan satisfacer sus propios intereses como, por ejemplo, dejar de arriesgar en nuevos negocios o mantener niveles estables de crecimiento por debajo de la potencialidad del negocio con la finalidad de preservar un nivel de retribución que satisfaga sus necesidades personales, sin arriesgar su puesto de trabajo.

Desde luego, y como ha sido estudiado, los problemas de agencia no solo son causados por los agentes, sino que los propios principales pueden causar ineficiencias en la administración del negocio cuando pretenden inmiscuirse demasiado e influir en las decisiones propias de los órganos de administración sin tener el conocimiento suficiente para ello (Goshen y Squire, 2017).

Esto ha sido analizado en el caso de algunos ‘inversionistas activistas’, accionistas que persiguen determinados objetivos al interior de las empresas y presionan para redireccionar la forma en la que la administración lleva los negocios. Si bien en la mayoría de los casos tienen buenas intenciones, la falta de pericia en la gestión puede llevar a que estos accionistas interrumpen el curso profesional de la empresa y la lleven a situaciones de perjuicio económico para sí y terceros (lo que, desde luego, termina repercutiendo en las ganancias de los accionistas).

A fin de evitar o mitigar estos conflictos de agencia, se han establecido una serie de mecanismos de control de los administradores por parte de los accionistas, y en contrapartida otras destinadas a cautelar el trabajo de los directivos y protegerlos de una presión excesiva por parte de los principales. Algunos de estos instrumentos han sido recogidos por el derecho e incorporados a nuestra legislación.

Por ejemplo, nuestra Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) establece, en su artículo 177, las responsabilidades de los directores para con la sociedad de la que son parte y, por ende, hacia los accionistas que son beneficiarios de esta:

Artículo 177.- Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general. (1997)

Del mismo modo, este cuerpo normativo establece las exigencias para el gerente general de una sociedad:

Artículo 190.- El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave [...].

Como hemos visto a partir de estos ejemplos, la relación de agencia al interior de una organización generalmente se ha estudiado a partir de la experiencia de sociedades comerciales, donde los intereses económicos de accionistas (principales) y administradores (agentes) resultan más evidentes, y por tanto han permitido evidenciar la necesidad de establecer ciertas reglas para mitigar los conflictos.

Sin embargo, este no es un artículo de derecho societario. En realidad, esta breve introducción nos permite sentar las bases para la discusión que propondremos, y también contrastar la gran diferencia existente entre las reglas de administración y control en la legislación societaria con el silencio casi absoluto de nuestro Código Civil en lo que refiere a la administración de las personas jurídicas no lucrativas, especialmente las asociaciones.

Como veremos a continuación, los conflictos de agencia no solo son posibles en personas jurídicas no lucrativas, sino que su propia naturaleza hace que sean, en ocasiones, más pronunciados de los que podríamos encontrar en sociedades mercantiles.

A través de estas líneas, nos proponemos estudiar la relación entre asociados y administradores de una asociación civil, a la luz y en comparación con sus contrapartes societarias, a fin de advertir las

dificultades que el vacío normativo del Código Civil puede causar en el devenir de sus actividades, sobre todo a la luz del entendimiento de los titulares de la entidad, sobre la naturaleza de la asociación. No es nuestra intención realizar una aproximación exhaustiva de este asunto, sino contribuir a la discusión sobre sus alcances.

II. LOS INTERESES DE LOS ASOCIADOS (LOS PRINCIPALES)

La asociación se encuentra regulada en el Libro de las Personas del Código Civil y es entendida como una colectividad de personas organizadas para cumplir un fin valioso: “Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo” (1984).

Las asociaciones pueden ser utilizadas como estructura organizacional para la realización de toda clase de actividades, sean estas culturales, sociales, educativas, de esparcimiento, humanitarias, gremiales, políticas etc., sin estar expresamente limitadas a realizar actividades puramente altruistas. La única condición que impone el Código Civil a la asociación es que sus actividades estén destinadas a cumplir un fin no lucrativo.

El fin ‘no lucrativo’ constituye un límite normativo a la relación existente entre la persona jurídica y sus titulares (denominados ‘asociados’), en la medida que estos no pueden percibir para sí las utilidades o rendimientos económicos que genere la entidad, sino que estos deberán necesariamente ser destinados al cumplimiento de sus fines.

En buena cuenta, la finalidad no lucrativa está pensada realmente respecto de los asociados, quienes al momento de participar de la persona jurídica lo hacen bajo el entendimiento de que no recibirán un beneficio económico directo (léase, participar en el reparto de utilidades) a cambio de los aportes que realicen a la organización o mantenimiento de la entidad. Por el contrario, y dependiendo de la naturaleza de la asociación, podrán ser beneficiados con algunos servicios prestados a su favor (piénsese en los asociados de un club de esparcimiento), o bien obtener la satisfacción de ver sus aportes destinados a un fin que consideran positivo.

Esta condición genera que la relación entre un asociado y la asociación tenga una naturaleza diametralmente opuesta a la que ostenta un accionista y la sociedad. Como mencionamos líneas arriba, el accionista tiene un fin fundamentalmente lucrativo, es decir, busca maximizar sus utilidades a través de la inversión en un negocio rentable.

El asociado, por el contrario, sabe que no podrá recibir de vuelta los frutos del negocio que emprenda la asociación (por muy rentable que sea), sino que estos serán destinados a los fines valiosos previamente definidos. El interés del asociado, por tanto, está en que la persona jurídica cumpla los fines para los que ha sido creada, y por ende administre su patrimonio de la manera más eficiente posible (Martínez, 2003).

La finalidad no lucrativa no puede ni debe confundirse con la imposibilidad de la asociación para realizar actividades económicas. Por el contrario, es ordinario y conocido que diversas asociaciones realizan actividades económicas sumamente lucrativas (piénsese en los clubes de fútbol profesional, que recaudan millones por concepto de patrocinios, publicidad y premios, o los clubes recreativos, que tienen importantes instalaciones y servicios), pero todo rendimiento que genere esta actividad deberá ser necesariamente destinado y reinvertido en sus propios fines.

Incluso, y así lo establece expresamente en el artículo 98 del Código Civil, esta limitación se mantiene en el momento mismo de la disolución y liquidación de la asociación, puesto que los asociados quedan excluidos del reparto de cualquier remanente, en caso de existir:

Artículo 98.- Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, **con exclusión de los asociados**. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación [el énfasis es nuestro]. (1984)

¿Es posible decir, por tanto, que los asociados no tienen un interés económico en la asociación? Por supuesto que no. No debe confundirse el interés económico en la actividad realizada por la entidad con el interés de lucrar (léase, de percibir las ganancias generadas) a través de ella.

Como mencionamos líneas arriba, el asociado está interesado que la asociación ejecute sus recursos de manera eficiente para el cumplimiento de sus fines, lo que implica necesariamente que estos sean recaudados correctamente, invertidos en asuntos de interés social y comprometidos al cumplimiento de los estatutos y reglas propias del negocio en que participe.

Para ello, resulta evidente que la asociación debe contar con un cuerpo administrativo y de gobierno alineado a los intereses de sus titulares y al cumplimiento de los fines propuestos, que permita admi-

nistrar los recursos y rendir cuentas de su ejecución bajo criterios de lealtad y transparencia, y cuenta con las capacidades y experiencia necesaria para realizar estos manejos de manera profesional (Perdices, 2008). En buena cuenta, requieren agentes especializados en el rubro de la entidad.

Más aún, tratándose de asociaciones civiles que reciben donaciones de terceros, la obligación de llevar una administración correcta y eficiente se vuelve doblemente necesaria, pues no solo deberán cumplirse los intereses de los asociados, sino también las legítimas expectativas de los benefactores de la entidad, que entregan dinero (u otros activos) a favor de una determinada finalidad que estiman positiva y sobre la cual exigirán la rendición de cuentas.

Como puede fácilmente advertirse, en el seno de una asociación también se generan relaciones de agencia. En este caso, esta se genera entre los asociados, titulares de la entidad y quienes determinan los fines valiosos a seguir (los principales); y los administradores de esta, encargados de la gestión de la entidad y de su patrimonio para el cumplimiento de sus objetivos y que (generalmente) son retribuidos por ellos (los agentes).

Eventualmente, y tratándose de entidades recaudadoras de donaciones con fines altruistas, la relación de agencia también se produce entre los donantes, en su calidad de principales, y la asociación misma, como agente encargada de canalizar las aportaciones recibidas al cumplimiento de la voluntad de los benefactores. Sobre esto volveremos en la sección IV.

III. LAS REGLAS APLICABLES A LOS ADMINISTRADORES (LOS AGENTES)

A efectos de la administración de una asociación, el Código Civil reconoce dos órganos de gobierno: la asamblea de asociados y el consejo directivo.

La asamblea de asociados, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, es el órgano supremo de la asociación y reúne a los asociados para la toma de decisiones más relevantes de la entidad, las cuales son detalladas en el artículo 86:

Artículo 86.- La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.

A efectos de la formación de la voluntad social, el Código Civil establece reglas de *quorum*, mayorías

y votación de la asamblea general (Fernández, 2022). Sin perjuicio de ello, la práctica en nuestro medio ha generado diversas formas de agrupar a los asociados y determinar sus prerrogativas y derechos, colocándolos en distintas categorías, dotando a algunos de poder de voto y a otros la posibilidad de acceder a la administración, etc.

Como ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho de asociación constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad y por ello la libertad de asociarse incluye también la libertad de determinar las condiciones de organización y gobierno de la persona jurídica resultante, sin mayores limitaciones que la ley (Espinoza, 2014).

Por ende, corresponde a los asociados establecer el régimen de administración de la entidad, nombrar a las personas que se encargarán de gestionar las actividades sociales (sus agentes) y disponer los límites a su mandato y las reglas de rendición de cuentas.

Curiosamente, esta libertad alcanza ribetes de (contraproducente) silencio cuando se trata de los órganos de administración de la asociación, puesto que más allá de señalar su existencia y algunos indicios de sus funciones, el Código Civil no regula absolutamente nada con relación al consejo directivo, órgano de administración principal de la entidad (De Belaunde y Parodi, 1998).

A efectos de este análisis, debemos entender que el consejo directivo constituye el órgano de decisión colegiado que condensa a la masa de asociados (que, por cierto, no tiene un número máximo de miembros, solo un mínimo de dos), en un grupo de expertos que permite tomar decisiones y establecer las estrategias de funcionamiento y supervisión de la asociación. En términos prácticos, el consejo directivo viene a ser, respecto a la asociación, el símil del directorio de una sociedad anónima.

El artículo 86 antes citado establece que la asamblea general elige 'a las personas que integran el consejo directivo', por lo que queda claro que está compuesto por más de una. Sin embargo, ¿cuántos miembros debe tener? La práctica sugiere que sean al menos tres, a fin de garantizar un número impar que permita formar mayorías en la votación, pero la ley no lo establece expresamente. Contrariamente, el artículo 155 de la LGS sí establece un número mínimo para los directores, disponiendo que sean al menos tres.

Artículo 155.- El estatuto de la sociedad debe establecer un número fijo o un número máxi-

mo y mínimo de directores. Cuando el número sea variable, la junta general, antes de la elección, debe resolver sobre el número de directores a elegirse para el período correspondiente. **En ningún caso el número de directores es menor de tres** [el énfasis es nuestro]. (1997)

El artículo 83 del Código Civil requiere al consejo directivo tener un libro de actas donde consten sus acuerdos, lo que permite asumir que la ley promueve un órgano formal donde la deliberación y votación quede registrada por escrito, e impone al presidente del consejo directivo² la responsabilidad de velar que los libros se lleven conforme a ley, siendo además el encargado de convocar a los asociados a asamblea, conforme al artículo 85:

Artículo 85.- La asamblea general es convocada por **el presidente del consejo directivo** de la asociación, en los casos previstos en el estatuto, **cuando lo acuerde dicho consejo directivo** o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados.

Si la solicitud de éstos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.

La solicitud se tramita como proceso sumarísimo [el énfasis es nuestro]. (1984)

Sobre sus atribuciones, el consejo directivo es el encargado de supervisar la marcha de la persona jurídica y atender, cuando menos, a sus finanzas. Así lo establece el artículo 95 del Código Civil al determinar la obligación del consejo directivo de someter a la asociación a un procedimiento concursal ordinario, en caso las pérdidas acumuladas, deducidas de las reservas, superen la tercera parte del capital social pagado (Salazar, 2021):

Artículo 95.- La Asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia.

En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el **Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación**, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión [el énfasis es nuestro]. (1984)

A continuación, desarrollaremos un par de comentarios sobre este artículo que creemos que apunta a dotar a los administradores de los incentivos necesarios para asegurar la buena marcha de la persona jurídica (y con ello, cumplir con sus deberes de agencia frente a los asociados), pero que ha sido erróneamente regulado, sin tomar las diferencias estructurales (y, por ende, normativas) entre una asociación y una sociedad.

El artículo 95 establece la obligación del consejo directivo de iniciar las acciones administrativas conducentes a declarar el concurso ordinario³ de la asociación en caso sus 'pérdidas acumuladas', una vez aplicadas las 'reservas'⁴, superen la tercera parte del 'capital social pagado'⁵. De no hacerlo, los administradores asumen responsabilidad ante 'los acreedores' por los daños y perjuicios que resultan de su omisión (Salazar, 2021).

Conviene advertir, en primer lugar, que el consejo directivo está obligado a someter a la asociación a concurso ordinario en caso de pérdidas acumuladas sin necesidad previa de comunicar esta decisión (o incluso, la situación económica misma de la persona jurídica) a los asociados, quienes serían los primeros llamados a tomar acciones, a fin de evitar (o en todo caso, confirmar) que se produzca una situación de tal envergadura como entregar la entidad a sus acreedores para que dispongan de ella.

² Cargo que, por cierto, tampoco está regulado, sino que es únicamente nombrado a efectos de cumplir con las obligaciones de los artículos 83 y 85 del Código Civil.

³ El procedimiento concursal ordinario se encuentra regulado en la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal. Este artículo fue reformado precisamente ante la promulgación de esta norma y con miras a uniformizar los criterios en materia de declaratoria de concurso. Sin embargo, el punto de partida del análisis de este procedimiento fue la situación de potencial insolvencia de sociedades.

⁴ A diferencia de las sociedades, no existe obligación legal para las asociaciones de detraer un porcentaje de sus utilidades para la creación de una reserva legal (Salazar, 2016), por lo que se trataría únicamente de reservas voluntarias creadas por decisión de la administración.

⁵ Esta remisión, desde luego, es inexacta y conlleva a confusión. A diferencia de una sociedad, donde el capital social representa los aportes de los accionistas y se encuentra dividido en acciones (a partir de las cuales puede construirse el porcentaje de participación de cada uno de los socios); en la asociación, los asociados tienen una relación personalísima con la entidad y todos gozan (en principio) de los mismos derechos y prerrogativas, que se ejercen por persona y no por capitales. La asociación no tiene un capital social y los aportes de los asociados pasan a formar parte de su patrimonio. Por eso, es equivocado señalar que las pérdidas reducen el 'capital social', que no existe, y solo cabría interpretar que se refieren al patrimonio de la asociación, lo cual también podría llevar a una referencia circular, porque el patrimonio neto ya incluye contablemente las pérdidas y las reservas.

El artículo 176 de la LGS contiene una regulación similar para el directorio en caso una sociedad esté incurso en pérdidas, pero establece la obligación de los administradores de informar primero a los accionistas y someter a la sociedad a sus acreedores solo en caso los activos de la empresa no pudieran alcanzar a satisfacer sus obligaciones:

Artículo 176.- Si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida, **el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación.**

Si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, **el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación;** y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, **debe llamar a los acreedores** y, solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad [el énfasis es nuestro]. (1997)

Desde luego, los accionistas siempre podrán intervenir para realizar nuevos aportes o asumir las pérdidas, y con ello salvar la situación económica de la sociedad.

¿Por qué el Código Civil no estableció la obligación de los directivos de informar a los asociados y más bien dispone que se inicie directamente el concurso de la asociación? Creemos que, entre otras razones, se debe a una mala lectura de la relación entre asociados y asociación, dada la naturaleza 'no lucrativa' de esta persona jurídica: si los asociados no tienen ánimo de lucro, entonces no tendrían interés económico en el devenir del negocio (a contrario de los acreedores, que sí se preocupan de que sus créditos sean saldados), por lo que los administradores deberían procurar la satisfacción de estos frente a los intereses de los primeros, que no tienen expectativa de recibir de vuelta los aportes realizados.

Sin embargo, en primer lugar, esta interpretación ignora completamente el interés que motivó a los asociados a realizar los aportes a la asociación, y, en segundo lugar, tampoco toma en consideración el deber de los administradores para con los titulares de la persona jurídica, que son quienes los nombraron y quienes determinan los fines a los cuales está destinada.

Si la situación económica de la asociación se deteriora, los administradores deberían recurrir directamente a los asociados a fin de explicar la situación y proponer alternativas para solucionar el problema. De no ser posible, o ante la impasividad o imposibilidad de los asociados de recuperar el balance patrimonial, los administradores deberían dirigir su mirada a la satisfacción de los acreedores, y optar por el concurso de la entidad. Todo esto, por supuesto, sin que los administradores puedan rehuir su responsabilidad en caso el perjuicio económico de la entidad se haya producido por su culpa.

El Código Civil solo opta por regular la situación más grave del devenir económico de la asociación, quedándose en silencio sobre el deber que el consejo directivo (los agentes) debe tener frente a los asociados (los principales) durante el transcurso de la vida de la persona jurídica, cuando es precisamente en el día a día de la administración donde debe verse el alineamiento de intereses entre ambos grupos (o en su caso, la génesis de los conflictos de agencia) que impactará su devenir económico.

Respecto a los deberes de gestión, y siguiendo con la comparación, la LGS establece en el artículo 171 el estándar de diligencia y compromiso que deben observar los directores durante el ejercicio de sus funciones como administradores de la persona jurídica:

Artículo 171.- Los directores desempeñan el cargo con la **diligencia de un ordenado comerciante** y de un **representante leal.**

Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones [el énfasis es nuestro]. (1997)

Los deberes de diligencia y lealtad de los directores han sido materia de análisis y comentario en nuestra legislación y son considerados un pilar fundamental para el buen gobierno corporativo de las entidades lucrativas, sobre todo en materia de conflictos de interés (Elías, 2023). Incluso, el Código de 'Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas'⁶, plantea varios principios de actuación y conducta que los directores deben observar en el desempeño de sus funciones:

⁶ Aprobado en el año 2013 por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) y de obligatoria observancia para las empresas emisoras de valores en el mercado de capitales. Este código es de aplicación voluntaria (*soft law*) para las sociedades que no cotizan en la bolsa de valores.

Principio 17: Deberes y derechos de los miembros del Directorio

Los directores deben llevar a cabo sus labores con **buena fe, diligencia, elevados estándares de ética, cuidado y reserva debidos, actuando siempre con lealtad y en interés de la sociedad.**

En su desempeño, el Directorio, como órgano, actúa con unidad de criterio y los directores ejercen sus funciones con independencia de criterio.

Los miembros del Directorio tienen derecho a solicitar al Directorio el apoyo o aporte de expertos, a participar en programas de inducción sobre sus facultades y responsabilidades, a ser informados oportunamente sobre la estructura organizativa de la sociedad, así como a percibir una retribución por la labor efectuada.

La retribución a los directores combina el reconocimiento a la experiencia profesional y la dedicación hacia la sociedad, con criterio de racionalidad [el énfasis es nuestro]. (2013)

En contraste, el Código Civil guarda absoluto silencio sobre los estándares de actuación que deben tener los miembros del consejo directivo de la asociación y tampoco establece reglas claras de actuación en caso de conflictos de interés en la administración de la persona jurídica.

Ahora bien, ¿pueden algunos de estos principios y reglas de la legislación societaria, *mutatis mutandis*, trasladarse al ámbito de la asociación a efectos de establecer las reglas de conducta de sus administradores? En principio creemos que sí, puesto que se trata de cargos equivalentes y cuya función, más allá de la finalidad de la entidad, está en la gestión patrimonial eficiente y generación de resultados positivos, por lo que se trata de exigencias razonables de cara a mantener los objetivos de la organización.

Sin embargo, y como lo dispone el artículo IV⁷ del Título Preliminar del Código Civil, la analogía no estará permitida en casos donde se establezcan re-

glas de excepción o restrictivas a la función de los administradores. Por ejemplo, tratándose la prohibición de participar en actos en los que tengan conflictos de interés, y la responsabilidad que ello acarrea, regulada en la LGS:

Artículo 180.- Los directores **no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses** o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en **actividades que compitan con la sociedad**, sin el consentimiento expreso de ésta.

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y **abstenerse de participar en la deliberación y resolución** concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es **responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido** por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director [el énfasis es nuestro]. (1997)

En contraste, el Código Civil regula la responsabilidad de los administradores de la asociación en su artículo 93, pero con dos particularidades:

Artículo 93.- **Los asociados que desempeñen cargos directivos** son responsables ante la asociación conforme a las **reglas de la representación**, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición [el énfasis es nuestro]. (1984)

La ley civil recurre a las reglas de representación para estructurar la responsabilidad de los administradores, lo que nos deriva a los supuestos de responsabilidad solidaria en caso de múltiples representantes⁸, la aplicación de las reglas de responsabilidad por actos *ultra vires*⁹, y la anulabilidad de los actos jurídicos celebrados consigo

⁷ Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (1984).

⁸ Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común (1984).

⁹ Artículo 161.-

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye (1984).

mismos¹⁰, único supuesto de conflicto de interés contemplado expresamente.

Como sabemos, la representación legal es un negocio jurídico por el cual una o más personas actúan en nombre, por cuenta y en interés de otra, lo que constituye, en buena cuenta, una relación de agencia entre el representante (agente) y el representado (principal). En esta línea, el recurso a las reglas de representación es un punto de partida válido para estructurar la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica, puesto que ostentan la calidad de agentes frente a los asociados, en tanto concededores no solo del negocio o actividades propias de la entidad, sino de los fines valiosos que persiguen e inspiran a los principales.

Sin embargo, el Código Civil pone una restricción específica: esta responsabilidad aplica a los **asociados que desempeñen cargos directivos**. Es decir, la ley presume que son los propios titulares de la persona jurídica quienes pasarán a desempeñar labores de gestión y administración de sus intereses, a diferencia del presupuesto básico del modelo societario, donde el accionista es predominantemente un inversionista (Kraakman *et. al.*, 2017).

Desde luego, es una presunción válida: ¿quién mejor que los propios asociados para dirigir los destinos de la entidad que han formado y cuyo patrimonio financian con miras a un objetivo común? Sin embargo, es una construcción que evidencia una falta de visión corporativa del mundo asociativo, y que en buena cuenta constituye la piedra fundacional de los conflictos de agencia que venimos refiriendo.

Como señalamos líneas arriba, el Código Civil parte de la premisa que la asociación es una organización de personas reunidas bajo un objetivo común, pero asume erróneamente que el interés sobre el fin de la persona jurídica viene aunado a la competencia necesaria para gestionar sus actividades. Al igual que con una sociedad, para ser asociado no se requiere (en principio) ser experto en las actividades de la asociación, sino únicamente compartir sus fines y aceptar realizar los aportes que correspondan para conseguirlos.

En este sentido que el Código Civil limite la responsabilidad de los administradores a aquellos asocia-

dos que toman las riendas de la organización implica limitar la estructura de gobierno corporativo de la entidad a una de autogestión, que queda lejos de la forma moderna en que se vienen administrando las personas jurídicas a nivel internacional (Hansmann, 1980).

Más aún, teniendo en cuenta que las asociaciones civiles son los vehículos generalmente utilizados para realizar actividades altruistas bajo nuestra legislación de cooperación técnica internacional, resulta especialmente necesario atender a sus necesidades de organización y gobierno corporativo, dada la naturaleza sensible de las aportaciones y donaciones que se efectúan para estos fines, que no solo pueden llegar a ser cuantiosas económicamente, sino que además pueden gozar de exoneraciones tributarias por ello.

Desde luego, es posible (y en muchos casos así ocurre) que los asociados puedan pactar internamente y plantear las reglas de administración de la asociación con precisiones a sus estatutos, así como mediante contratos debidamente estructurados con administradores profesionales, donde su responsabilidad contractual quede claramente establecida.

Sin embargo, como veremos en la siguiente sección de este análisis, esta prerrogativa de los asociados si bien posible, en muchos casos no resulta ejecutada correctamente en vista de una interpretación insuficiente de su rol como titulares de la entidad, confundiendo a beneficiarios de un servicio, clientes de una entidad, o simples benefactores o contribuyentes a una causa ajena a sí mismos, a lo que debe sumarse el desconocimiento de la regulación aplicable a la entidad, lo que genera mayores costos en la resolución de conflictos.

IV. EL CONFLICTO DE AGENCIA EN LA ASOCIACIÓN

¿Cómo debería enfocarse la relación entre asociados y administradores? A diferencia de los accionistas de una sociedad, que tienen un interés económico directo en la marcha del negocio y sus rendimientos, los asociados no tienen acceso al superávit de la entidad, por lo que su acercamiento a la administración, necesariamente, está enfocado en el cumplimiento de los fines de la entidad (Hansmann, 1980).

¹⁰ Artículo 166.-

Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. El ejercicio de la acción le corresponde al representado (1984).

Sin embargo, dependiendo de cuál sea este, puede darse el caso que los asociados estén menos interesados en la gestión del negocio, al no percibir un retorno palpable a sus aportaciones (que podrían ser entendidos como donaciones para un fin particular), frente a otros casos donde sí manifiestan un interés cercano y mantienen una expectativa respecto al rendimiento de la entidad. Veamos algunos ejemplos.

Empecemos por una asociación cuya finalidad sea satisfacer un interés específico de sus titulares, por ejemplo, un club de esparcimiento. En este caso, los asociados buscan un lugar para descansar y gozar de una serie de amenidades e instalaciones, para lo cual están dispuestos a pagar una cuota de ingreso, además de contribuciones periódicas.

Para ellos, los aportes realizados a la entidad califican como una inversión que les dará derecho a percibir beneficios no de carácter monetario (que está prohibido), sino en especie, mediante el acceso a servicios, beneficios e instalaciones del club, las cuales (en principio) se otorgan a todos los asociados de manera estandarizada. En este caso, sí es posible identificar un interés directo de los asociados en que la administración de la asociación ejecute correctamente el presupuesto dado, ya sea en nuevas instalaciones, mantenimiento de las existentes y en brindar las facilidades por las que los asociados pagan.

Si los administradores no cumplen con las expectativas de los asociados, estos cuentan con mecanismos de presión colectiva para forzar una respuesta de su parte y reconducir el destino de los recursos, o bien promover el cambio de los administradores por otros más eficientes, por ejemplo, mediante la convocatoria a asambleas extraordinarias donde puedan discutirse estos asuntos, fuera del ciclo regular de sesiones de la entidad.

Desde luego, el poder de los asociados para imponerse a los administradores dependerá, entre otros factores, de la capacidad de organización que tengan para formar un frente colectivo suficientemente relevante para forzar la toma de decisiones y de la estructura de la asociación para permitirlo. Ante el vacío normativo que hemos identificado, corresponderá a las reglas internas de la asociación establecer el radio de actuación de los asociados inconformes para presionar a la administración.

En otros casos, sin embargo, el interés de los asociados puede verse más alejado. Un ejemplo paradigmático en nuestro medio es el de los clubes de fútbol profesional, organizados bajo la figura de asociaciones. Actualmente, los principales clubes

de fútbol se encuentran sometidos a procedimientos concursales ante el Indecopi, producto de los cuales se han formado facciones de acreedores (que actúan, en la práctica, como accionistas) y establecido un esquema de administración temporal profesional, con miras al cumplimiento de los planes de reorganización previamente aprobados.

Sin embargo, esto no siempre fue así. La génesis de la crisis de los clubes de fútbol, como fue anotado en su oportunidad por diversos medios de comunicación, se debió a años de malos manejos de sus respectivas administraciones internas, las cuales eran nombradas por grupos de asociados fuertemente arraigados a la institución, pero que no tenían mecanismos de rendición de cuentas eficientes ni estaban enfocados en la profesionalización de la administración a través de sistemas de cumplimiento y responsabilidad (comúnmente denominado *accountability*).

En este caso, los asociados principalmente participan de la persona jurídica como promotores del equipo que los apasiona, buscando financiar con sus aportes los necesarios gastos para que el colectivo pueda competir y ganar campeonatos. Más allá de algunos beneficios tangibles (descuentos en entradas a los estadios, posibilidad de adquirir palcos o espacios preferenciales, acceso a zonas exclusivas, etc.), la motivación central es emotiva más que económica.

Si el club no tenía los resultados esperados, los asociados reclamaban al cuerpo técnico y llegaban a exigir su cambio, manifestando su disconformidad con la gestión detrás de ellos, pero con menos eficacia lograban afectar la posición de los administradores, que también eran asociados. Estos, por el contrario, estaban encumbrados producto de su conocimiento e influencia a la interna de la organización.

Un tercer ejemplo lo encontramos en las Organizaciones No Gubernamentales, comúnmente organizadas bajo la figura de asociaciones. En este caso, y a fin de recibir fondos de cooperación técnica internacional, las entidades deben registrarse ante la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (en adelante, APCI), y desarrollar planes periódicos de captación y utilización de los recursos donados para el cumplimiento de fines de carácter altruista.

En este caso, y como mencionamos al inicio, la relación de agencia se produce en dos niveles distintos: en primer lugar, la relación tradicional entre asociados y administradores; pero sobre ella está la relación entre los donantes (que actúan como principales en su voluntad de apoyar una deter-

minada causa) y la asociación, que se constituye como agente de la voluntad de los donantes, destinando los recursos para las funciones establecidas.

Dada la intervención de un tercero interesado, el nivel de escrutinio esperado a la administración de la entidad es mayor, puesto que deben igualmente responder frente a los donantes externos (Chávez, 2019). Incluso, y aun cuando no reciban donaciones directamente del extranjero, las asociaciones destinadas a realizar actividades caritativas o sociales que reciban donativos de terceros deben cumplir adicionalmente con la legislación en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo¹¹, lo que exige que lleven un control adecuado de sus finanzas y, por ende, de su administración.

Desde luego, estas obligaciones sectoriales adicionales deben traducirse en estructuras de control más robustas al interior de la asociación (Superintendencia de Bancas, Seguros y AFP, 2021), lo que requiere que los asociados (como titulares de la entidad) conozcan y se comprometan en su cumplimiento, y al mismo tiempo requieran la participación de administradores expertos que puedan advertir los riesgos y planear su mitigación. La regulación del Código Civil, sin embargo, no parece contemplar este escenario de mayor complejidad en la estructura corporativa de la entidad.

Estos tres ejemplos nos permiten ilustrar algunos de los problemas de agencia que pueden encontrarse en una organización sin fin de lucro como las asociaciones. De manera meramente enunciativa, y sin intentar agotar este análisis, comentaremos brevemente tres de ellos: (i) problemas de información insuficiente; (ii) problemas de intromisión del principal; y (iii) problemas de falta de verificación independiente.

A. El problema de información insuficiente

El primer problema que se presenta en la relación principal-agente se debe a la asimetría informativa existente entre ambos. El asociado, si bien titular de la persona jurídica, delega al consejo directivo la administración de la entidad, confiando en su capacidad para llevar a cabo las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, dada su experiencia en dichos asuntos (Hopt y Von Hippel, 2010).

La exposición diaria de los administradores a las vicisitudes de la asociación les proporciona un nivel de información mayor y más detallado sobre la

gestión de sus negocios y del cumplimiento de sus metas. Pero ¿qué tanta información debe proporcionar el administrador a los asociados? ¿Cuáles deben ser los parámetros de rendición de cuentas de su gestión?

El deber de los administradores de informar sobre la marcha de la asociación es innegable, sobre todo tratándose de una entidad fundada sobre las aportaciones de estos. Sin embargo, y nuevamente, el Código Civil no establece reglas claras de rendición de cuentas periódicas del consejo directivo, por lo que corresponderá a los asociados dictaminarlas en los estatutos sociales.

El problema de la asimetría informativa, adicionalmente, puede manifestarse ante la falta de advertencia de los administradores respecto a las dificultades que enfrenta la entidad, hasta que sea demasiado tarde. Como referimos anteriormente, el artículo 95 del Código Civil solo exige a la administración actuar cuando la asociación ya se encuentra en situación de insolvencia, y con la finalidad de someterla a concurso de acreedores, sin necesidad de pasar primero por la evaluación de los asociados.

A fin de mitigar el impacto de esta situación, los principales generalmente recurren a mecanismos de rendición de cuentas como la presentación de estados de situación financiera a los asociados, la posibilidad de solicitar información en cualquier momento sobre la marcha de los negocios y la obligatoriedad de requerir aprobación previa respecto de ciertas inversiones o decisiones de la administración.

Sin embargo, ante la falta de regulación expresa en nuestra legislación civil, correspondería a los asociados establecer estos mecanismos en el estatuto de la asociación o a través de los contratos. En este rubro estimamos viable recurrir a la analogía para exigir al consejo directivo rendir cuentas a los asociados, como lo establece la LGS para los directores: "Artículo 175.- El directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad" (1997).

Sin embargo, la fuente de este problema de agencia se mantiene: la falta de una norma supletoria de aplicación directa a las asociaciones traslada los costos de regulación a los asociados y con eso encarece y dificulta la relación entre estos y la administración.

¹¹ Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú, y sus normas reglamentarias y complementarias.

B. El problema de intromisión del principal

De manera contraria al anterior, este problema de agencia se produce cuando los asociados asumen un rol excesivamente activo en la administración diaria de la entidad, al punto de intervenir en las decisiones propias del consejo directivo.

Si bien el conflicto de agencia generalmente se plantea desde la perspectiva de la divergencia entre la actuación del agente y las expectativas del principal, no puede dejarse de lado que los directivos también tienen expectativas propias, una de las cuales es desarrollar su estrategia de administración de acuerdo con sus conocimientos especializados (Goshen y Squire, 2017). Como señalamos al principio del artículo, los administradores son los expertos llamados a gestionar el negocio.

Sin embargo, tratándose de entidades donde los asociados tienen un rol preponderante y además no tienen problemas de acción colectiva (sino, por el contrario, pueden considerarse **activistas**, es decir, directamente involucrados en la promoción de ciertas decisiones o políticas), los administradores pueden verse constreñidos a tener que lidiar con sus solicitudes o demandas de manera reiterada y constante, lo que distrae sus esfuerzos respecto a la tarea de administrar la asociación para lograr los fines valiosos comunes a todos los titulares (Hopt y Von Hippel, 2010).

Tradicionalmente, esta clase de problemas de agencia pueden ser mitigados o superados con mecanismos formales de control por parte de los asociados, como comités de vigilancia o de reportes al interior de la asamblea de asociados, así como con mecanismos de contratación robusta, que permitan filtrar a los administradores y contratar a aquellos que sientan un grado de identificación mayor con los objetivos de la entidad, más que por el beneficio personal. Esta aproximación ha sido propuesta bajo la denominada 'Theory of Stewardship', como alternativa a la Teoría de Agencia (Davis *et. al.*, 1997).

Alternativamente, los administradores pueden negociar cláusulas de independencia y estándares de responsabilidad mayores para la administración de la entidad, de modo que puedan actuar sin miedo a represalias constantes por parte de sectores inconformes con su actuación.

Tratándose de personas jurídicas lucrativas, el recurso a cláusulas contractuales como los 'paracaídas dorados' (*golden parachutes*) sirven como mecanismos de desincentivo a que los accionistas busquen constantemente la salida de administra-

dores que no cumplen sus deseos, pero aún es poco común su uso en nuestro medio.

Siendo que el artículo 93 del Código Civil solo establece un régimen de responsabilidad para los administradores que a la vez son asociados, bajo las reglas de la representación, los administradores no asociados estarían sujetos a las reglas generales de inejecución de obligaciones, por los daños causados en el marco de su relación de agencia con la persona jurídica, así como su responsabilidad extracontractual por daños a terceros.

C. El problema de falta de verificación independiente

Un tercer problema puede encontrarse cuando los agentes brindan información periódica a los principales, pero estos no tienen plena confianza respecto a la calidad de sus reportes ante la falta de verificación objetiva.

Este es el problema de la 'caja negra': los asociados realizan aportaciones al patrimonio de la persona jurídica y encargan a los administradores la ejecución de las actividades necesarias para cumplir el fin común; y estos proporcionan a los primeros un reporte de los resultados de su gestión, pero no así de los procesos realizados para llegar a dichos resultados.

En tal sentido, los asociados no tienen visibilidad clara de cuáles son las estrategias específicas de actuación de la entidad y la manera en que los recursos están siendo ejecutados, sino únicamente reciben reportes sobre el resultado final de las gestiones. Si bien pueden estos resultar positivos y alinearse a los fines de la entidad, los asociados no tienen información suficiente para conocer si las decisiones implementadas han sido las mejores posibles. En buena cuenta, los asociados pueden medir la eficacia de los administradores, pero no su eficiencia en el manejo de los recursos (Hopt y Von Hippel, 2010).

En tanto los administradores asumen el rol de expertos en el negocio, estos pueden tener una natural reticencia a revelar cada detalle de su estrategia de negocios o de su proceso de toma de decisiones a los asociados, bajo la premisa de que podrían perder su diferencial de valor.

De otro lado, esto puede generar suspicacias de los principales respecto a la forma de administración de los recursos. Un ejemplo se puede encontrar en entidades que reciben donaciones de terceros. Los donantes están interesados en que los recursos que entregan sean destinados al fin (principalmente altruista) que los motiva, pero no tienen visibi-

lidad de cuánto de ese dinero es efectivamente destinado a los beneficiarios y cuánto es gastado en el sostenimiento de la administración de la persona jurídica.

Desde luego, toda gestión tiene un costo y la administración de la asociación demanda gastos, entre ellos la contraprestación de los administradores. Es por ello que la transparencia no solo de los resultados, sino de la ejecución de los recursos se vuelve en un punto de tensión entre principales y agentes.

En paralelo, la intervención de una autoridad de supervisión del uso de los recursos (como la APCI, para las entidades que reciben fondos de cooperación técnica internacional) permite alinear los incentivos de los administradores para gestionar los fondos de manera más acorde con las finalidades declaradas y sobre las cuales se fundó la decisión de donar a la entidad.

Un mecanismo comúnmente utilizado para mitigar estos riesgos es el recurso a evaluaciones externas, como una auditoría periódica de los estados financieros de la entidad, realizada por una entidad independiente y de reconocido prestigio, a fin de validar que los recursos han sido utilizados efectivamente de la forma en que han sido presentados a los asociados.

Igualmente, pueden establecerse topes a determinados gastos y mecanismos de control sobre los egresos de la entidad, así como respecto a la retribución que reciben los administradores por su labor. Sobre esto último, el Código Civil tampoco se pronuncia sobre si el cargo de directivo de una asociación debería ser retribuido o no. Nosotros entendemos que naturalmente debería serlo, dado el nivel de exigencia que requiere administrar los fondos de la entidad; pero queda a arbitrio de los asociados establecer o no dicha contraprestación, en sus estatutos y reglamentos.

Como una última comparación, la LGS establece que el cargo de director es remunerado, de acuerdo con el artículo 166:

Artículo 166.- El cargo de director **es retribuido**. Si el estatuto no prevé el monto de la retribución, corresponde determinarlo a la junta obligatoria anual.

La participación de utilidades para el directorio sólo puede ser detrída de las utilidades líquidas y, en su caso, después de la detracción de la reserva legal correspondiente al ejercicio [el énfasis es nuestro]. (1997)

Si bien es cierto que este artículo ha sido materia de cuestionamiento, sobre todo en caso de entidades donde los roles de gerente y director son compartidos por una misma persona, la LGS adopta un criterio base sobre la premisa de la naturaleza comercial de las sociedades. En el caso de asociaciones civiles, corresponderá a la negociación propia del cargo que establezcan entre asociados y administradores.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas hemos intentado evidenciar las falencias de nuestro Código Civil en materia de regulación de los órganos de administración de las asociaciones civiles, especialmente el consejo directivo, a la luz de los posibles conflictos que pueden generarse entre los dos grupos de interés de esta entidad: los asociados (en su rol de principales) y los administradores (como agentes).

Desde luego, somos partidarios de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre asociación, que implica también la facultad de normar la estructura interna y el gobierno de las entidades jurídicas. No es nuestra intención condicionar a las entidades a una forma específica de administración, o limitar la posibilidad de negociar sus prerrogativas.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que, en la gran mayoría de los casos, los operadores de estas entidades no son expertos en gobierno corporativo (ni en Derecho, por cierto), por lo que nuestra legislación debe servir como un punto de guía para facilitar su actividad y con ello reducir la potencial conflictividad entre sus grupos de interés.

A cuarenta años de promulgación del Código Civil, y dada la evolución que ha tenido en nuestro medio la administración de las personas jurídicas, creemos que se hace imperativo actualizar las reglas aplicables a las asociaciones, a fin de superar los vacíos que las separan (al menos a nivel de gobierno) con otras clases de personas jurídicas y dotarlas, cuando menos, de una base normativa supletoria para definir su administración. 🏛️

REFERENCIAS

- Chávez, M. (2019). Rendición de cuentas de las ONG: ¿A quién y por qué deben rendir cuentas? *Quipukamayoc*, 83-89.
- Davis, J., Schoorman, F., & Donaldson, L. (1997). Toward a Stewardship Theory of Management. *The Academy of Management Review*, 20-47.
- De Belaunde, J. & Parodi, B. (1998). Marco legal del sector privado sin fines de lucro en el Perú. *Apuntes*, 19-44.

- Elías, E. (2023). *Derecho societario peruano*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2014). *Derecho de las Personas*. Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (2022). *Derecho de las personas*. Rimay Editores.
- Goshen, Z. & Squire, R. (2017). Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance. *Columbia Law Review*, 767-830.
- Hansmann, H. B. (1980). The Role of Nonprofit Enterprise. *The Yale Law Journal*, 835-901.
- Hart, O. (2003). Una perspectiva económica sobre la teoría de empresa. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (46), 1-13.
- Hopt, K. & Von Hippel, T. (2010). *Comparative corporate governance of non-profit organizations*. Cambridge University Press.
- Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., & Hertig, G. (2017). *The Anatomy of Corporate Law*. Oxford University Press.
- Martínez, J. (2003). Apuntes sobre el rol del Derecho frente al problema de agencia en las organizaciones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (46), 279-286.
- Perdices, A. B. (2008). Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 141-176.
- Salazar, M. (2016). Los conceptos de disolución y liquidación en las organizaciones no lucrativas. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 155-167.
- Salazar, M. (2021). Comentario al artículo 95. En AA.VV., *Código Civil comentado* (pp. 782-792). Gaceta Jurídica.
- Shapiro, S. (2005). Agency Theory. *Annual Review of Sociology*, 263-284.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS] (2021). *Evaluación sectorial de exposición a los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo del sector de las organizaciones sin fin de lucro en el Perú*. SBS.
- Superintendencia del Mercado de Valores (2013). *Código del Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*. Superintendencia del Mercado de Valores.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial El Peruano, 5 de diciembre de 1997 (Perú).
- Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, Diario Oficial El Peruano, 12 de abril de 2002 (Perú).