Universidad de Zaragoza
Facultad de Derecho

LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO DE ASOCIACIÓN EL DERECHO ESPAÑOL

Memoria que presenta la Lda. Sofía de Salas Murillo
para la colación del título de Doctor,
realizada bajo la dirección del
Dr. D. Carlos Martínez de Aguirre
Catedrático de Derecho Civil

marzo 1998

INTRODUCCION

El objeto de esta introducción no es realizar un acercamiento a la figura -por otra parte, ya de todos conocida- de la asociación y a la tendencia natural del hombre a asociarse, ni siquiera resaltar la sustantividad y creciente importancia del fenómeno asociativo[1], sino mostrar el enfoque, sistemática y objetivos que pretendo dar al estudio de la figura de la asociación sin ánimo de lucro.

El derecho fundamental de asociación se encuentra reconocido en el art. 22 de la Constitución de 1978, pero como es sabido, la base del conjunto normativo regulador de las asociaciones es preconstitucional. La Ley general reguladora de las asociaciones sigue siendo la Ley 191/1964, de 24 de diciembre de asociaciones (con la concreta modificación introducida por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, referente al régimen de la declaración de utilidad pública), sin perjuicio de algunos regímenes especiales de asociaciones que sí han recibido un tratamiento legislativo con posterioridad a la Constitución. A todo ello hay que sumar la aprobación por parte de dos Comunidades Autónomas (País Vasco y Cataluña) de sendas Leyes de asociaciones en 1988 y 1997, respectivamente.

En la actualidad se halla en trámite un Anteproyecto de Ley orgánica de asociación. Por esta razón podría parecer arriesgado adentrarse en el estudio de esta figura, siendo como nos hallamos bajo la deseable "amenaza" de la promulgación de una nueva Ley de asociaciones, adaptada al texto constitucional. Sin embargo, con los datos que proporciona el citado conjunto normativo de Derecho positivo, las aportaciones de la doctrina y la Jurisprudencia, y la observación del tratamiento que recibe esta figura en otros países de

[1] El ritmo de crecimiento anual del número de inscripciones en el Registro, es de una media del 8'5%. A fecha de 31 de diciembre de 1997 se hallaban inscritas en el Registro Nacional de Asociaciones 187.855 asociaciones, según datos proporcionados por la Secretaría General Técnica de Asociaciones del Ministerio del Interior.

nuestro entorno, se puede realizar un estudio de los elementos que configuran el concepto de asociación en el Derecho español actual, desde una perspectiva que a su vez atienda a la esencia del fenómeno jurídico de la asociación, y a las líneas propuestas por la doctrina y el propio Legislador *de lege ferenda*. Así, una investigación que trate de hallar y perfilar lo más nítidamente posible los caracteres propios y distintivos de la asociación, puede mantener su validez ante los futuros cambios legislativos, o al menos, arrojar una luz sobre las posibles soluciones que puede adoptar el Legislador.

El estudio de los elementos que componen el concepto de asociación, permite deslindar la asociación de las múltiples figuras afines que aparecen en nuestro sistema jurídico actual y acercarse a muchas de las cuestiones que suscita su regulación jurídica. Cuestiones que en la mayoría de los casos, carecen de respuesta legal adecuada. Por otra parte, la vida se ha ido adelantando a la norma (en este caso a la reforma de la norma) y ha ido marcando un camino que a buen seguro, el Legislador hará suyo. En este estudio se tratará de reflejar todo ello.

El primer capítulo que titulo "El concepto de asociación" contiene una panorámica general del concepto de asociación: la inexistencia de un concepto legal definido, la formulación doctrinal del mismo y los problemas que plantea la variedad e imprecisión de la terminología utilizada.

Los restantes capítulos se dedican al estudio de cada uno de los elementos y de las cuestiones e interrogantes que plantean: el sustrato personal ocupa el capítulo 2; el fin y las actividades necesarias para su consecución el capítulo 3; el llamado elemento de voluntariedad, el capítulo 4; la necesaria organización, el capítulo 5; la personificación jurídica el capítulo 6 y el elemento de temporalidad el capítulo 7.

El análisis se desarrolla, como es usual, a partir de cuatro campos: el Derecho positivo, la Doctrina, la Jurisprudencia y la realidad social.

El primero de los campos requiere el estudio de la legislación actual, de los antecedentes legislativos y de las perspectivas de futuro. En el caso de las asociaciones, la óptica *de lege ferenda* es

especialmente importante, como ya ha quedado dicho. En este ámbito resulta, además, altamente enriquecedor y como se irá viendo a lo largo del presente estudio, en ocasiones imprescindible, el recurso al Derecho comparado, en especial al Derecho francés, alemán e italiano, aunque también es útil, según los casos, acudir a las soluciones adoptadas por otros países del entorno de la Unión Europea e incluso ajenos a ella.

La referencia al Derecho positivo no significa un olvido de los antecedentes legislativos del Derecho actual; por el contrario, la asociación se presta a un interesante estudio de Derecho histórico, que en la medida de lo posible he intentado realizar. Sin embargo, me ha parecido más conveniente hacer un empleo instrumental de los datos históricos en la medida que ilustren las cuestiones actuales, insertándolos en los lugares convenientes del cuerpo de la obra, en lugar de dedicar un capítulo específico a la "evolución histórica" o los "antecedentes históricos".

Respecto a la doctrina, no hay que hacer reflexiones muy profundas para constatar que la figura de la asociación es objeto de disciplinas diferentes, pero fundamentalmente, lo es del Derecho civil, del Derecho administrativo y del Derecho constitucional, sin olvidar la creciente importancia del aspecto fiscal.

Entre las obras de los administrativistas y especialmente de los constitucionalistas encontramos diversas aportaciones al estudio de esta figura. En comparación con otras instituciones, la civilística española ha prestado relativa poca atención a esta materia. Con honrosas excepciones de las que iré dando cuenta a lo largo del trabajo, la asociación sin ánimo de lucro no suele ser objeto de un tratamiento doctrinal completo, que aborde tanto problemas de naturaleza y delimitación de los difusos contornos de la figura, como regulación interna de la misma, capacidad... . O bien se trata esta figura en el seno de estudios generales sobre persona jurídica, o bien se abordan cuestiones concretas o al contrario, se trata de modo general, pero -y ello no desdice de su corrección y utilidad- con finalidad más divulgativa o práctica, orientadora de abogados y personas interesadas en constituir una asociación. Con todo, existe material más que suficiente para la realización del estudio que se pretende.

En lo tocante al tercero de los campos citados, el jurisprudencial, en este lugar introductorio he de dejar constancia de que el número de sentencias encontradas no es demasiado abundante para lo que se esperaría de una institución consagrada legalmente desde el s. XIX, y sobre todo, en llamativa comparación con el abultado número de contiendas judiciales que en otras materias se produce.

El último de los campos citados, la realidad social, no puede ignorarse, pero obviamente no es el objetivo primordial en mi caso: el manejo que haga de datos de este tipo será meramente instrumental e ilustrativo.

RELACION DE ABREVIATURAS[*]

AAMN:	Anales de la Academia matritense del Notariado
AC:	Actualidad civil
AcP	Archiva für die civilistische Praxis
ADC:	Anuario de Derecho civil
BGHZ:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
CCJC:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil
JCP:	Juris-Classeur Periodique (La Semaine Juridique)
LL:	Revista jurídica española La Ley
NEJ:	Nueva Enciclopedia Jurídica
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
RAP:	Revista de la Administración Pública
RDN:	Revista de Derecho Notarial
RDP:	Revista de Derecho Privado
RDPC:	Revista de Derecho Privado y Constitución
RDU:	Revista de Derecho Urbanístico
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional
REP:	Revista de Estudios Políticos
Rev. dr. sanit. et soc.:	Revue de Droit Sanitaire et social
Rev. ét. coop., et soc.mut. e assoc.:	Revue des Etudes Coopératives, Mutualistes et Associatives
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. Soc.	Revue de Sociétés
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil

[*] Se incluyen únicamente las revistas citadas mediante siglas o abreviaturas y no las citadas empleando su denominación completa.

Rev. trim. dr. comm.	Revue trimestrielle de droit commercial et droit economique
RGD:	Revista General del Derecho
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGZ:	Amtliche Sammlung von Enstscheidungen des Reichgsgerichts in Strafsachen
RJC:	Revista Jurídica de Cataluña
RJN:	Revista Jurídica de Navarra
ZHR:	Zeitung für das gesamte Handelsrecht und Konkursrech

CAPITULO 1

EL CONCEPTO DE ASOCIACION

I. CONCEPTO DE ASOCIACION EN DERECHO ESPAÑOL: Preliminares

La formulación del concepto de asociación y su delimitación de otras figuras afines, tiene una importancia proporcional a la dificultad que ofrece. Pocas figuras jurídicas tienen unos contornos tan movedizos, y encuentran a su alrededor figuras tan similares y diferentes a un tiempo.

En nuestra cultura jurídica, y en un sentido amplio, puede definirse la asociación como *pluralidad de personas vinculadas para un fin común*.

A esta concepción lata parece responder el sentido gramatical e incluso el origen etimológico de la palabra[1].

En el terreno jurídico, son también comunes definiciones amplias del término asociación.

Desde la definición que aparece en el *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* de ESCRICHE en 1874

> "la reunión o junta con carácter permanente y organizada, compuesta por varias personas para un objeto determinado"[2]

[1] En concreto, a este concepto amplio responden dos de los diversos sentidos que el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Espasa-Calpe, 1992, da a la voz "asociación": "1. Acción y efecto de asociarse. 2. Conjunto de los asociados para un mismo fin y en su caso, persona jurídica por ellos formada", definiendo además al asociado como la "persona que acompaña a otra en alguna comisión o encargo". El sustantivo "asociación" procede, según MENDIZABAL OSES, "del verbo "asociar", que a su vez proviene del latino *associare* y que es el resultado de integrarse la preposición *ad* (a) al nombre común *socius* (compañero) para formar un término compuesto que expresa el recibir por compañero a otro con alguna finalidad, y con él nos referimos, por tanto a la acción o efecto de asociarse"; *vid.* voz "asociación", *GER*, Madrid, 1971.

hasta la aportada por BENITO y ENDARA recién publicada la primera Ley de Asociaciones de 1887:

> "toda agrupación de seres humanos con un finalidad común"[3]

o la de COVIAN JUNCO:

> "En el sentido...jurídico tiene dos acepciones: una lata y expresiva de toda agrupación de personas con cierta organización que tiende a procurarse un objeto común, lucrativo, o no lucrativo, o mixto; concepto este que prevalece en la legislación hasta fecha muy reciente y que aun en la actual conserva muchos vestigios y el cual abarca toda institución derivada de la sociabilidad con los caracteres esenciales del lazo social, o sea, un compromiso recíproco contraído en interés común y con objeto más o menos determinado, organización y permanencia..."[4]

Publicada la Ley de Asociaciones de 1964, es ejemplo de definición amplia la formulada por LLUIS i NAVAS

> "...en sentido general es la agrupación orgánica de naturaleza infrasoberana y privada, de varios hombres, dirigida al logro de un bien"[5]

---

[2] En el panorama doctrinal del s. XIX, tan pobre en cuanto a extensión en lo relativo a las asociaciones y a la persona jurídica, resulta relativamente completo y moderno el *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* de ESCRICHE; *vid.* ediciones a partir de 1874, voz "asociación" (edición de 1874, tomo 1) y "persona jurídica" (edición de 1876, tomo 4). El concepto citado en el texto aparece en ESCRICHE, *Diccionario...*, tomo I, 1874, pág. 825. Incluye una evolución del tratamiento legislativo durante el s.XIX. Se centra, sin embargo, en el aspecto penal y no en el civil. En la voz "persona jurídica" se clasifica a éstas en *naturales* -Estado, Gobierno, Iglesia-; *legales* -establecimientos creados para el mejor servicio de la Administración pública-; y *convencionales o voluntarias*, que "son todas aquellas colectividades y establecimientos que se crean por los particulares, bien para objetos políticos, bien para beneficio común, bien para adelantar sus intereses los particulares; pero sin dependencia, ni auxilio, ni más intervención de la Autoridad que la inspección suprema que les compete en todas las asociaciones que se establezcan en el país", clase ésta en la que encajarían las asociaciones sin ánimo de lucro. Seguidamente trata de la capacidad de cada uno de estos tipos de personas, y de la *restitutio in integrum* de que goza; *vid.* ESCRICHE, *Diccionario...*, tomo IV, ed. 1876, pág. 578.

[3] BENITO y ENDARA, *El derecho de asociación*, Barcelona, 1903, pág. 11.

[4] COVIAN JUNCO, voz "Asociación (Derecho y contrato de)", *Enciclopedia jurídica española*, t.I, Seix Barral, Barcelona, 1910, pág. 685.

[5] Los elementos esenciales para este autor, son la pluralidad de miembros, la finalidad y la organización; LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Bosch, Barcelona, 1967, págs. 12 y 91 a 96.

así como los conceptos aportados o mantenidos recientemente por civilistas tales como DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS[6], CAPILLA RONCERO[7] o PANTALEON PRIETO[8].

Los elementos de esta concepción amplia son:

1- una pluralidad de personas

2- en unión organizada

3- para un fin determinado -y se presupone que lícito- común a todas ellas[9].

Pero esta concepción lata resulta, precisamente por amplia, carente de utilidad, pues no permite encontrar un régimen jurídico común a todos los supuestos de los que quepa predicar esas notas de pluralidad de personas, unión organizada y fin común para la que ésta se produce[10].

---

[6] "La asociación es un conjunto organizado de personas que se unen para alcanzar un fin común a todas ellas"; *vid*. DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema del Derecho civil*, vol.I, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 614; *idem*. en *Instituciones de Derecho civil*, vol.I, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 382.

[7] "Asociación es aquella organización mediante la cual una pluralidad de personas se unen para la consecución de un fin común"; *vid*. CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, coord. por LOPEZ, MONTES, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 501. Este autor también mantiene una interpretación amplia del art. 22 de la Constitución española considerando incluidas en su ámbito las sociedades que buscan la obtención de un lucro; *vid.op.cit*., pág. 511.

[8] PANTALEON PRIETO llama asociación en sentido amplio a "toda agrupación de personas de origen negocial, para la común promoción de un fin común acordado"; *vid.* PANTALEON PRIETO, "Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)", *ADC*, enero-marzo 1993, pág. 7.

[9] PAZ-ARES estima que la determinación del fin, hace que queden excluidas del concepto de asociación aquellas comunidades de derecho de familia -como acontece con el matrimonio o la sociedad de gananciales- que no se erigen para un fin determinado; *vid*. PAZ-ARES, *Comentarios al Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1300. Hay que hacer constar que lo dicho lo refiere el autor a la categoría que el denomina "sociedad general"; no obstante, es plenamente aplicable al concepto amplio del que estamos tratando. Por esta misma razón añade que "ha de señalarse la dudosa conveniencia de insertar las sociedades universales en el Derecho societario"; *ibídem*.

[10] PANTALEON estima que sí que hay un régimen común: el aspecto contractual de dichos fenómenos, *op. cit*., pág. 8, nota (7). PAZ ARES, por su parte, considera que las normas del Código civil sobre contrato de sociedad, constituyen el régimen de la "sociedad general", que agrupa todos fenómenos asociativos en los que hay un origen negocial, fin común y comunidad de contribución. Se entiende que se aplican los artículos de la sociedad civil; *vid.* PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit*. págs. 1313 y 1314.

Con independencia de que se trate de penetrar en una posible esencia de la asociación[11], lo más interesante para el jurista será conocer las características de aquella figura que recibe un tratamiento específico por parte del Legislador. Aunque ese tratamiento, obedezca a razones -como es nuestro caso-, en cierto sentido ajenas a las características propias de la figura: la especialidad de la regulación, hasta ahora, ha venido propiciada en gran parte por motivos de control político[12].

[11] Lo cual no es objeto del presente trabajo, pues compete, más bien a los estudiosos de la Filosofía del Derecho.

[12] La asociación ha sido, a lo largo de la Historia, frecuentemente politizada y por ello considerada como un peligro para el poder establecido. Ello ha propiciado que el Legislador haya actuado respecto a ella, generalmente, en sentido restrictivo. Así como las sociedades cuyo fin es la ganancia, durante mucho tiempo, eran consideradas como dignas de confianza y favor, y por ello, su regulación se entregaba a la autonomía de la voluntad, las asociaciones se estimaban como una potencial (o real) amenaza y se consideraba necesario someterlas a un régimen de especial vigilancia. Este comportó que el Legislador, durante mucho tiempo, se centrara más en el propósito de controlarlas que en el de establecer una auténtica regulación. "Sin duda alguna -dicen AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES- en la diferencia de tratamiento jurídico, ampliamente liberal para las sociedades y sujetos (*sic*) a la policía administrativa las asociaciones, no está ausente ese espíritu de protestantismo tan interiorizado en los esquemas liberal-burgueses, que vincula connotaciones positivistas al mundo de los negocios y de las ganancias y ve con recelo la persecución de fines de interés genérico"; *vid.* AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES, "Artículo 22. Derecho de asociación", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo II, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1997, pág. 621.

Espigando en la Historia algunos ejemplos de regulación restrictiva de la asociación, podemos aludir al Derecho Romano, donde se encontraba en germen la actual asociación. Aunque no quepa establecer reglas generales, encontramos en el Digesto ejemplos de sometimiento a autorización de la constitución de la asociación: *"Mandatis principalibus praecipitur praesidibus provinciarum ne patiantur esse collegia sodalicia neve milites collegia in castris habeant. sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub praetextu huiusmodi illicitum collegium coeat. quod non tamtum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit. Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur. (Marcian. 3 inst.)* (Se ordena a los gobernadores provinciales, en algunos mandatos imperiales, que no toleren la existencia de asociaciones de cofrades, ni que los militares tengan asociaciones en sus campamentos. Sin embargo, está permitido a la gente humilde el aportar cotizaciones mensuales, con tal de que no se reúnan más de una vez cada mes, a fin de que no formen con tal pretexto una asociación ilícita. Lo que se dice en un rescripto de <Septimio> Severo, de consagrada memoria, que rige, no sólo en Roma, sino también en Italia y en las provincias. No obstante, no se impide el reunirse con fines religiosos, siempre que no se haga contra el senadoconsulto que prohibe las asociaciones ilícitas)"; D., XLVII,22,1,1.

"In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus cosultum et mandata et constitutiones collegium celebrat (Marcian. 2 de iud. pub.) (En suma, si se hace una asociación o corporación cualquiera sin ajustarse a la autoridad del senadoconsulto o del príncipe, las reuniones son contra el senadoconsulto y las constituciones)"; D., XLVII,22, 3, 1. La versión latina de estas y las sucesivas citas del Digesto, las he tomado del *Corpus Iuris Civilis, volumen primum, Digesta*, rec. por MOMMSEN, Weidmann, Zurich, 1973 y la traducción citada, es la realizada por D'ORS *et al. El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1968.

Centrándonos en España, no faltan en la Edad Media numerosos ejemplos de restricciones y prohibiciones del fenómeno asociativo en ciernes. Destacan algunas de las leyes recogidas en el Título 12 del libro XII de la Novísima Recopilación, (la edición consultada ha sido la que aparece en *Los Códigos españoles, concordados y anotados,* Tomo décimo, que contiene el tomo IV de la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805 -que comprende el libro duodecimo-, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850), titulado *"De los Ayuntamientos, bandos y ligas; cofradías y otras parcialidades"*.

En la ley I de*"Prohibición de ayuntamientos, ligas y confederaciones entre Concejos, Caballeros ú otras personas dada por Juan I, en Guadalaxara, año de 1390"*, se observa que lo que se prohibe en realidad no es la asociación en sí, sino la asociación ilícita, es decir, que bajo la apariencia de agrupación lícita se realicen delitos: "Habemos entendido que algunas personas hacen entre sí ayuntamientos ó ligas, firmadas con juramento ó pleyto homenage, ó con pena ó con otra firmeza, contra cualesquier que contra ellos fueren ó quisieren ser: y como quier que hacen los dichos ayuntamientos y ligas so color de bien y guarda de su derecho, y por mejor cumplir nuestro servico; pero por quanto, segun por experiencia conoscemos, estas ligas y ayuntamientos se hacen muchas veces no á buena intencion, y dellas se siguen escándalos, discordias y enemistades, é impedimento de la execuion de nuestra justicia; por ende Nos, queriendo paz y concordia entre los nuestros súbditos y naturales, y proveyendo á lo que es por venir, mandamos que no sean osados Infantes, Duques, Condes, Maetros, Priores, Marqueses, Ricos-hombres, Caballeros y Escuderos de las nuestras ciudades, villas y lugares, y Concejos y otras comunidades, y personas singulares, de qualquier estado ó condicion que sean, de hacer ni hagan ayuntamientos ni ligas con juramento, ni rescibiendo el Cuerpo del Señor, ni por pleyto y homenage, ni por otra pena ni firmeza, en que se obliguen de guardarse los unos á los otros contra otros cualquiesquier. ...Nos por esta ley damos por ningunas todas las ligas, promisiones y pleytos homenages, que por esta razon hasta aquí fuesen hechas, y se hicieren de aquí en adelante: y mandamos que no valan, ni sean tenidos de las guardar, ni las guarden aquellos que las hicieron...".

Igualmente interesante resulta la ley XII, sobre *Revocación y prohibición de cofradías y cabildos, no siendo para causas pías y con Real licencia*, dada por Enrique IV en Toledo, en el año 1462, en la que entre otras cosas dispone "Revocamos todas y cualesquier cofradías y cabildos que desde el año (14)64 hasta acá se hayan hecho en qualesquier ciudades, y villas y lugares de nuestros Reynos, salvo las que hayan sido hechas, y después acá se hubiesen hecho sólamente para causas pías y espirituales y precediendo nuestra licencia y autoridad del Perlado; y de aquí adelante no se hagan otras salvo en la manera susodicha, so grandes penas". Esta disposición trae por causa que había personas que, *"advocando algún santo"... "hacen ligas y juramentos"*, con *"estatutos honestos para mostrarlos en público"*, pero que realmente *"desean(do) hacer daños contra sus vecinos"*. Para evitar tales abusos se da esa prohibición. Es la primera vez que se habla de la Real licencia de manera expresa.

Y en la Edad Moderna, destaca la necesidad de *Real licencia* o autorización regia para la constitución de la asociación, la cual no constituía una concesión de personalidad hecha por el poder, sino únicamente el reconocimiento jurídico de la corporación y su licitud. Esta licencia de la autoridad con carácter previo, se justificaba en la desconfianza con la que el poder miraba esos grupos como posible amenaza política. Se presume que tales asociaciones, como explica Alfonso DE ACEVEDO (S. XVI) "se crean más para un mal fin que para uno bueno", *cit.* por DE CASTRO y BRAVO, en *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión de la 2ª ed.), pág. 263.

Desde el reinado de los Reyes Católicos en que se dictan leyes en este sentido -Ley VII: *Pena para los Caballeros y regidores de los pueblos que tengan a sus vecinos por allegados para sus qüestiones y diferencias* (Barcelona, 1493); Ley VIII: *Prohibición de bandos, parentelas y parcialidades en los pueblos de Galicia, Asturias, Vizcaya y sus encartaciones* (Granada, 1501)- a la expresiva Resolución de 25 de junio de 1783 de Carlos III, dos siglos más tarde, y que resume de la legislación anterior en la materia, al proclamar: "...Y para obviar iguales contravenciones en lo sucesivo y renovar la observancia de las leyes del Reino en esta parte, prohibo por punto general la fundación o creación de cofradías, congregaciones o hermandades en que no intervenga la aprobación real y eclesiástica..."

Partiendo pues de ese concepto base, hemos de conocer cuáles son las notas -a la vista de los datos que aportan las leyes-, que, según la Doctrina, permiten construir un tipo específico de asociación. De hecho, los mismos autores que he citado -salvo ESCRICHE- añaden posteriormente otras notas para delimitar un concepto que tenga mayor utilidad jurídica.

Antes de exponer los diversos elementos que según la doctrina, vertebran el concepto jurídico de la asociación, expondré sucintamente, los datos legales sobre los que hemos de movernos, así como el problema que plantea la terminología.

II. ELEMENTOS APORTADOS POR LAS LEYES PARA LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO

Ninguna de las dos Leyes estatales de asociaciones promulgadas hasta la fecha, ni las diversas normas que inciden en su regulación (en especial el Código civil) aportan un concepto de asociación como ente creado[13], sino en todo caso, una descripción

Podrían aportarse otros muchos ejemplos, incluso en fechas bien recientes. No en vano, como se irá viendo a lo largo del presente trabajo, las dos Leyes de asociaciones promulgadas en España, establecían un claro control sobre las asociaciones, tanto en la fase de constitución como durante la vida de aquéllas.

[13] No es tampoco obligado que lo contengan; hay quien consideraba que la introducción de definiciones textos legales, convertiría estos en un "manualito de Derecho patrio al uso de adolescentes"; *vid.* intervención de BOSCH, respecto al Código civil, en la sesión de 29 de enero de 1889; *vid. Código civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, Estudio preliminar de DE LOS MOZOS, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Senado, vol. II, pág. 435. Con independencia de esto, lo que sí es cierto es que hay otras figuras cercanas a la asociación como la sociedad, que desde antiguo se encuentran definidas en textos legales; en las Partidas -Título X de la Partida V *"De las compañías que facen los mercaderes et los otros homes unos con otros por razón de ganancias"* - aparece una definición o "concepto" del contrato de sociedad: *Compañía es ayuntamiento de dos omes, ó de mas, fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayuntándose los unos con los otros. E nasce ende gran pro, cuando se face entre algunos omes buenos, é leales: ca se acorren los unos a los otros bien asi como si fuesen hermanos.* A lo largo de los siglos siguientes -hasta la promulgación del Código civil- los juristas explicarán el contrato de sociedad o compañía sobre esta base; así, en el s. XVIII, JORDAN DE ASSO -*Instituciones del Derecho civil de Castilla*, edición quinta, año de M DCC XCII, págs. 221 a 224-, comentando esta Partida, aclara que rige para Aragón; en el s. XIX, GARCIA GOYENA, y AGUIRRE, en el *FEBRERO o librería de los Jueces, abogados y escribanos. Comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación vigente*, Boix, Madrid, 1841, pág. 213, nº 3029, siguen dando un concepto basado en las Partidas: "Compañía es un contrato entre dos o mas personas, que juntan su dinero, industria, trabajo u otra cosa para su lucro y utilidad común".

del ejercicio del derecho de asociación, y un sistema de delimitación positiva y negativa de su ámbito de aplicación.

Efectivamente, ambas Leyes, se centran en la descripción del ejercicio del derecho de asociación, puesto que contienen una regulación de carácter y finalidad eminentemente política y no civil, y de hecho, se conectan con declaraciones de derechos inmediatamente anteriores[14].

La que fue primera **Ley de Asociaciones, de 30 de junio de 1887**[15], supone una consagración de la delimitación de la figura, aunque no la define[16].

También el Proyecto de Código civil 1851 -que no define la asociación- dedica a este contrato los arts. 1.564 a 1601, y define la sociedad o compañía en el art. 1.564 como *"un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común sus bienes o industria o alguna de estas cosas con ánimo de partir entre sí las ganancias"*. El Código civil de 1889, finalmente recoge en el art. 1665 una definición-descripción del contrato.

Modernamente, también podemos encontrar conceptos legales de figuras afines a la asociación tales como las cooperativas (art. 1º de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas), o de las Sociedades Anónimas (art. 1º del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), e incluso de algunas asociaciones concretas, como las asociaciones juveniles (art. 1º del RD 3481/1977, de 16 de diciembre, hoy derogado).

[14] A la vista de los antecedentes históricos, se observa que la dotación de entidad y autonomía legislativa de esta figura, va ligada a su aspecto esencial de derecho fundamental o libertad pública. En efecto, cuando las Declaraciones de Derechos y Libertades, y por ende, las Constituciones Políticas de los Estados, proclaman este derecho, tras un lapso temporal más o menos breve, aparecen normas que específicamente se ocupan de esta figura, bien en su aspecto de libertad o derecho, siquiera sea para restringirlo, bien bajo la perspectiva de entidad creada por el ejercicio de ese derecho, que es precisamente el prisma que ahora nos interesa. Una visión general sobre el proceso de plasmación constitucional de este derecho, puede encontrarse en MARTINEZ CUADRADO, "Algunas consideraciones sobre la positivización del Derecho de Asociación en el constitucionalismo contemporáneo", en *Estudios de Ciencia Política y Sociología en Homenaje al profesor C. Ollero*, Madrid, 1972.

[15] *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso,* nº 51 y apéndice tercero a ese número.

[16] No es hasta 1868 cuando se produce la proclamación de la libertad de asociación en el orden político por medio del *Decreto del Gobierno revolucionario elevado a ley por las Cortes Constituyentes de 20 de noviembre de 1868* y posteriormente, en las Constituciones de 1869 (arts. 17 y 19) y 1876 (art. 13). Con anterioridad, se había aprobado el *Proyecto de Ley de Sociedades Públicas de 1866*, que al margen de la imprecisión terminológica, puede considerarse como primer proyecto de Ley sobre asociaciones en sentido estricto, deslindadas éstas claramente de la regulación del contrato de sociedad. No contiene ningún concepto de asociación. Sus finalidades eran más bien de control político: en el párrafo del Preámbulo transcrito en la nota (53), se aprecia claramente el aludido común denominador de la regulación de las asociaciones en España hasta 1978: las asociaciones sin ánimo de lucro son objeto de constante vigilancia e intervención administrativa, mientras las sociedades que persiguen el lucro estarán exentas de ese intervencionismo. Este texto fue aprobado por el Senado, en sesión de 22 de febrero de 1866 (*Diario de las sesiones de Cortes, Senado,* apéndice segundo al nº 10, sesión de 29 de enero de 1866,

Ya en la discusión parlamentaria sobre el proyecto de Ley, FERNANDEZ VILLAVERDE dijo con elocuentes términos:

> "...me es necesario empezar quitando...una ilusión aquí expuesta...de haber hecho un proyecto de Ley de Asociaciones... . No lo es ciertamente...; no se define en él la asociación; no se clasifica por sus fines; no se determinan las ilegales y las ilícitas..."[17]

El senador Augusto COMAS, en su enmienda a la totalidad del proyecto advierte la falta de un concepto legal de asociación,

> "...no se dice qué notas, qué requisitos o circunstancias necesita la concurrencia o cooperación de varios individuos en la prosecución de un fin común para que pueda reputarse de verdadera asociación... . El concepto legal de asociación, la clasificación de las asociaciones, las formas especiales de asociarse, ...estarán desenvueltos en el futuro Código civil"[18]

Quieren dejarse los aspectos sustantivos (especialmente, la capacidad jurídica y de obrar de las asociaciones) para los Códigos penal y civil, a la sazón, el segundo, en plena fase de elaboración[19]. Esta toma de posición del proyecto y del texto definitivo, es por

y apéndice al nº 34, sesión de 22 de febrero de 1866, respectivamente), pero el Congreso no llegó a discutirlo.

Igualmente, el *Proyecto de Ley de Asociaciones de 17 de noviembre de 1881*, incluye en su ámbito las asociaciones, ya tengan carácter civil, ya religioso, pero excluye a las sociedades de crédito, mercantiles e industriales, *"que continuarán como hasta aquí rigiéndose por leyes especiales"*.

[17] Es verdad que esta afirmación -*Diario de las sesiones de Cortes, Congreso,* sesión de 4 de marzo de 1887, nº37- se refería al Dictamen de la Comisión del Congreso, pero gran parte de sus afirmaciones y ésta en particular, son predicables del texto final.

[18] Con todo, su enmienda a la totalidad no constituye una auténtica y completa alternativa al proyecto de ley, sino que tiene el carácter limitado y concreto de una ley de relaciones entre las asociaciones y el poder público. Tampoco contiene ningún concepto de asociación. Excluye de su ámbito, *"Las sociedades o asociaciones reguladas por las disposiciones del derecho civil"*. Con ello se refería no sólo a las sociedades fruto del contrato de sociedad civil, sino también a las asociaciones sin ánimo de lucro pero de interés particular, en aquel momento reguladas en el Código proyectado; regulación que, como veremos con en el capítulo 3, en el último momento desapareció. Todas las citas son de la exposición de motivos de la Enmienda, publicada en el apéndice primero al nº 66, *Diario de las sesiones de cortes, Senado,* 12 de abril de 1887.

[19] De hecho, así lo constata *a posteriori* GAMAZO, con ocasión de su intervención en los debates parlamentarios sobre el Código civil, en la sesión de 10 de abril de 1889, donde dice "...y esa ley (la de asociaciones) pasó por cima el problema más temeroso que hay en la cuestión de asociaciones y lo remitió al Código...porque se abrigaban de parte de aquella Comisión y de los autores de la ley hondas dudas sobre la capacidad civil de las asociaciones..."; *vid. Código civil. Debates Parlamentarios...*vol. II, *cit.*, pág. 1711.

tanto, intencional: no se incluyeron esos aspectos porque no se quisieron incluir[20].

Lo que sí parece clara es la conexión latente entre el concepto de asociación y la persecución de fines ajenos al lucro partible, puesto que el art. 1º de la Ley dice:

> "*El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente conforme a lo que se preceptúa en esta ley.*
>
> *En su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otro lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia*"

El **Código civil de 24 de julio de 1889** que dedica un capítulo -el capítulo segundo del Título II, del Libro I- a las personas jurídicas, entre las que menciona las asociaciones, no aporta un concepto de asociación[21], ni resultan excesivamente claros los criterios de diferenciación con otras figuras.

---

[20] El sr. diputado MELLADO (de la Comisión), dijo: "...no se trata más que de saber quién ha de garantizar el derecho de asociación, y quién ha de castigar sus extralimitaciones. ... Es una ley adjetiva de procedimiento, como lo es la de policía de imprenta y la de reuniones". *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso*, nº37, sesión de 4 de marzo de 1887.

[21] Con independencia de opiniones como la de BOSCH, ya citada, también hubo voces que se pronunciaron en contra de esta ausencia de conceptos; así, en pleno proceso codificador, el senador COMAS, en la observaciones que, por RO de 30 de junio de 1888 correspondía hacer a los diferentes vocales, dijo criticó del libro I la imprecisión y la falta de concepto de algunas instituciones jurídicas como "...asociaciones, corporaciones y establecimientos, para conocer en cada caso la naturaleza jurídica de cada uno, su personalidad y su capacidad..."; *cit.* por BARO PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1993, págs. 270 y 271; cierto es que en el momento que COMAS realiza esta observación, el Proyecto de Libro I, sólo dedicaba a las personas jurídicas el art. 26 -"*Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se considerarán personas jurídicas para el ejercicio de los derechos civiles*"- que respondía a la redacción del libro I "De las personas", hecha por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, entre 1881 y 1882; redacción, que por su parte, reproducía el art. 33 del proyecto de García Goyena. La única novedad que introduce el texto de 1882, es la utilización del término "persona jurídica", en vez de "persona moral". Quizá en los cuarenta años de distancia se había recibido y asumido la terminología propuesta por HEISE, y difundida sobre todo por SAVIGNY (que como es sabido, entre 1840 y 1849, había publicado su monumental exposición temática en ocho volúmenes, *System des heutigen römischen Recht*, y entre 1851 y 1853, su inacabado *Obligationenrecht.* Fue la difusión de estas obras -que tuvo lugar un tiempo más tarde, en parte gracias a las traducciones al español- la que contribuyó a su vez, a la generalización del término persona jurídica). Sin embargo, la observación puede aplicarse perfectamente a la redacción definitiva de los arts. 35 a 39 del Código civil. El Código no aporta conceptos, aunque sí trata de cuestiones particulares como el reconocimiento, capacidad, disolución y domicilio de las personas jurídicas.

El art. 35 del Código civil habla de *"corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley"* y de *"asociaciones de interés particular"*[22]. La extremada parquedad de la regulación del Código hace muy difícil encontrar en el mismo un fundamento para diferenciar las especies de personas jurídicas, lo que hace forzoso acudir a la doctrina, en busca de una interpretación que supere la difusa terminología usada por el Derecho positivo.

Tampoco **la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964**[23] contiene un concepto de asociación, sino que su art. 1º -que lleva por rúbrica *Libertad de asociación*- alude únicamente al ejercicio de esa libertad[24].

> "*La libertad de asociación reconocida en el párrafo primero del artículo 16 del Fuero de los Españoles se ejercerá de acuerdo con lo establecido en la presente ley para fines lícitos y determinados. ...*"

Sin embargo, no se contiene un concepto de la entidad resultante. Se alude sólo a los fines para los que se constituye, que han de ser *"lícitos y determinados"*[25].

---

[22] Esta distinción ya aparecía en el discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en 1887 por Francisco SILVELA, *Sobre los principios que debería adoptar el Código civil en cuanto a las personas morales*. He consultado la edición de los *Discursos leídos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1887. Hace referencia a varias clasificaciones, pero la más importante para el Derecho civil es la que distingue entre la asociación, la corporación y la fundación, aunque no aclara mucho la diferencia entre las dos primeras; *vid. op. cit.*, págs. 36 y 41. Respecto a las asociaciones en particular, si bien se mantienen las reservas respecto a las de tipo político, por la coyuntura social y política del momento "...dejando a un lado las asociaciones para fines políticos, que no son materia de este análisis y en las que por mucho tiempo aun será preciso mantener una reglamentación más o menos gubernativa, todas las demás representan y significan fuerzas sociales que importa utilizar y preparar en previsión de necesidades constantes y de mayores desenvolvimientos futuros"; *vid.* SILVELA, *op. cit.*, pág. 50. Un temprano comentario al art. 35 puede encontrarse en CONDE DE TORREANAZ *et al.*, *¿Qué circunstancias habrán de concurrir en las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones?*, Separata del tomo VII de las Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1893.

[23] Boletín oficial de las Cortes españolas, de 22 de diciembre de 1964, nº 865.

[24] Se habla de *libertad de asociación* y no de *derecho de asociación*. como sugirieron algunas enmiendas v.gr. , la nº 38 de CHOZAS BERMUDEZ y seis procuradores más (los textos de las enmiendas me han sido facilitados en la Biblioteca del Congreso de los Diputados).

[25] En el Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945, en el que esta Ley tenía su base, se reconocía en el art. 16 que "*Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes*". Y además, "*El Estado podrá crear y mantener las organizaciones que estime necesarias para el cumplimiento de sus fines. Las normas fundacionales, que revestirán forma de ley, coordinarán el ejercicio de este derecho con el reconocido en el párrafo anterior*".

Al hablar de la constitución de la asociación -sede en la que, veremos en otras Leyes como la vasca, aparece además, el concepto de ente constituido- en el art. 3º, se dice que

> "*La libertad de asociación se ejercitará jurídicamente mediante acta en que conste el propósito de varias personas naturales que, con capacidad de obrar, acuerden voluntariamente servir un fin determinado y lícito según sus estatutos*"

De este artículo se extraen varios elementos esenciales del concepto

1.- una colectividad *(varias)* de personas *(naturales)*

2.- un vínculo entre ellas *(acuerdo voluntario, hecho con capacidad de obrar)*

3.- un fin determinado y lícito

4.- aportación de actividad en orden a la consecución de ese fin (acuerdan *servir)*

5.- organización de esa actividad *(según sus estatutos)*

Con base en estos elementos, será la doctrina la que elabore el concepto de asociación, como veremos enseguida.

La **Constitución española de 6 de diciembre de 1978** contiene -como la generalidad de las Constituciones democráticas-, en su art. 22, un explícito reconocimiento del derecho de asociación, que constituye un hito en la evolución de su regulación jurídica, fundamentalmente por la abolición de la autorización administrativa como requisito *sine qua non* para la existencia de la asociación[26]: por ello este requisito no forma parte del concepto actual de asociación.

Las "*organizaciones del Estado para cumplir sus fines*", podían ser entidades de muy diversa índole: generalmente eran Corporaciones de Derecho público, bien para la participación en la vida política (el Movimiento), bien para la defensa de intereses profesionales (Colegios oficiales, Sindicatos) o de intereses económicos (Cámaras de Comercio o de la Propiedad). Como dice LOPEZ-NIETO: "En el seno de algunas de tales Corporaciones -Movimiento y Sindicatos-, y probablemente para hacer realidad la coordinación a que se refería el párrafo segundo del art. 16 del Fuero, se admitió ya en una última etapa, abierta a raíz de la publicación de la Ley Orgánica del Estado (de 10 de enero de 1967), la existencia de verdaderas asociaciones, si bien integradas y, consecuentemente tuteladas por la Corporación de la que formaban parte"; LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación legal de las asociaciones*, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 59.

[26] Artículo 22

"*1. Se reconoce el derecho de asociación.*

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

Es el Tribunal Constitucional el que, al hilo de la cuestión sobre la inclusión de determinados supuestos en el art. 22 CE, ha ido elaborando un concepto de asociación, aludiendo a los elementos caracterizadores de la misma. Dicha cuestión se planteaba a los efectos, especialmente, del otorgamiento del amparo constitucional. Pronunciamientos jurisprudenciales a los que iré haciendo referencia a lo largo de los sucesivos capítulos.

En lo que a concepto legal se refiere, el panorama queda enriquecido con las dos Leyes autonómicas de asociaciones promulgadas hasta ahora. Quiero advertir aquí que voy a prescindir del problema[27] acerca de la competencia legislativa de las

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada

5. Se prohiben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar"

[27] Resulta revelador de la falta de unanimidad de criterios en esta delicada cuestión, por una parte, el hecho de que hayan sido necesarios diez años para resolver el recurso de inconstitucionalidad (nº 1014/88, BOE de 15-6-1988), que contra la casi totalidad de la Ley vasca -18 de sus 26 artículos- se interpuso en 1988, fundamentalmente, por la vulneración de reserva de Ley orgánica *ex* art. 81.1 CE, en que incurriría la Ley recurrida, al regular y desarrollar el contenido de un derecho fundamental como es el de asociación. Lapso de tiempo en el que la Ley, una vez levantada la suspensión de la vigencia de los preceptos recurridos (Auto TC, BOE de 19-11-1988), ha seguido aplicándose. Por otra parte, es bien significativo que la citada sentencia (Ponente Viver Pi-Sunyer) se haya dictado con seis votos a favor y cinco en contra -entre ellos, el del vicepresidente del TC-, cuyo criterio discrepante se halla reflejado en un extenso voto particular (formulado por Jiménez de Parga, al que se adhieren cuatro Magistrados más).

El proceso constitucional se planteó desde una perspectiva exclusivamente competencial y no respecto de cuestiones materiales sobre el derecho de asociación. No se abordan, en principio, problemas de fondo y por ello, no afecta sustancialmente al contenido del presente trabajo, en el que, deliberadamente, he preferido centrarme en las citadas cuestiones materiales; cuestiones a las que, no obstante, en esta STC se hacen algunas referencias *obiter dicta*, de las que daré cuenta en los lugares oportunos. Sobre la cuestión competencial, puede verse lo escrito con anterioridad a la sentencia por MARTIN MERCHAN, "El derecho de asociación y las Comunidades Autónomas" en *Documentación Administrativa*, nº 195, 1982, pág. 219; FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 141 y 143; MARIN LOPEZ, "Sobre la Ley vasca de asociaciones: reparto competencial y principios generales", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 16, diciembre 1992; HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de asociaciones: la Ley 3/1988 de 12 de febrero de asociaciones", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993; LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, pág. 73; LUCAS MURILLO de la CUEVA, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 279 y 280; LLEVADOT ROIG, "Competències de les comunitats autònomes en matèria de persones jurídiques", Ponencia presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996, entre otros. Me remito además, a futuros trabajos sobre el tema.

Con todo, es obligada una referencia a la postura del TC en este problema. Los arts. 22; 81.1; 139.1, 149.1.1 y 149.1.6 de la Constitución española fundamentaban, en opinión del Gobierno de la Nación, una invasión de competencias legislativas estatales por parte de la Ley vasca

recurrida; invasión que era negada por la CA vasca, que alegaba como título competencial el art. 10.13 EAPV (*"La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en: ...Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco").*

El TC, en una sentencia que, sin duda alguna, será objeto de numerosos estudios y comentarios, analiza el alcance de los preceptos alegados y en especial del art. 81.1 CE, del que dice en el FJ 7º que, como reserva de Ley orgánica, "no contiene en puridad, ningún título competencial habilitante en favor del Estado", y que, "lo más relevante para la resolución del recurso de inconstitucionalidad...radica...en la delimitación del alcance material de la reserva de Ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse a partir del sistema de distribución de compentencias". Pues bien, uno de los criterios fundamentales que ha orientado esta tarea de definición sistemática ha sido, según el TC el de "reservar al Estado *ex* art. 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho en abstracto o en cuanto tal, en tanto que se atribuye la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997 y en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992)". Reconoce el TC que "resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta", de modo que "en algunos casos, la inclusión en una u otra categoría dependerá del grado más o menos intenso de proximidad con uno u otro ámbito". En el FJ 8º concluye que "debe considerarse reservado a la Ley orgánica *ex* art. 81.1 CE, la regulación de "los elementos esenciales de la definición del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho, en lo tocante a titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ 2º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privatos*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites, que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar asociaciones constitucionalmente proscritas -es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar-, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas -militares, jueces, etc.-, o en relación a la libertad de no asociarse".

En cuanto al alcance del art. 149.1.1 CE -al que se refiere el FJ 9º- la regulación que corresponde al Estado con base en este precepto constitucional, "queda limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no al diseño completo y acabado de su régimen jurídico". En otras palabras, el Estado queda habilitado para regular "el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación". Cuáles sean esas condiciones básicas, queda aclarado en el último párrafo de este FJ 9º: "la definición del concepto legal de asociación,...aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten imprescindibles o necesarios en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme". Sin embargo, como acaba de reconocer en ese mismo FJ, "en tanto esta legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial", aunque en todo caso "si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquellas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación de los distintos tipos de asociaciones".

Sobre estas premisas, y teniendo en cuenta la vigente legislación estatal sobre asociaciones, el TC sólo entiende que hay invasión compentencial en lo relativo a la imposición de la organización democrática interna (que analizaremos en el capítulo 5) y determinadas especialidades en el orden procesal introducidas por la Ley vasca, respecto de las cuales, el tenor del art. 149.1.6 CE resulta suficientemente claro, al atribuir al Estado la legislación

Comunidades autónomas para la regulación general de las asociaciones, y las consideraré como productos legislativos -en vigor- que han tratado de acoger las aportaciones doctrinales de estos últimos años.

Ambas Leyes contienen un concepto de asociación que articula dos aspectos: el ejercicio del derecho y el ente creado.

La **Ley vasca de asociaciones de 18 de febrero de 1988**[28], al ocuparse de la constitución de la asociación en su art. 5.1, distingue entre acto constitutivo y entidad creada. Lo dicho respecto a esta última puede considerarse como un concepto de asociación. No obstante, ambos aspectos aparecen ensamblados.

> *"Las Asociaciones se constituyen mediante el acuerdo de tres o más personas por el que se crea una entidad organizada para la consecución de fines mutuos o generales,*

procesal. De este modo, se declaran inconstitucionales y nulos el inciso "y se llevarán a cabo con respeto al pluralismo y a los principios democráticos" del núm. 1 del art. 2; el núm. 4 del art. 2; el núm. 4 del art. 8; el inciso "de acuerdo con el art. 2.4, y" del art. 12.1; el núm. 3 del art. 12; el inciso "por la autoridad judicial" del art. 13.4, y el art. 21.

Asímismo se declara que el art. 4 a) y el inciso "documento público o privado" del primer párrafo del art. 5.3 no son inconstitucionales si se interpretan según lo establecido en el FJ 14 a) y 14 d) respectivamente.

El resto de los artículos impugnados, a los que haré abundantes referencias a lo largo de la obra, son declarados constitucionales, pues encuentran título competencial suficiente en el art. 10.13. EAPV. Precisamente aquí radica el enfoque erróneo de la sentencia, según los firmantes del voto particular, pues la STC coloca "en el centro al Estatuto y en la periferia a la Constitución" (Punto 2 del Voto particular). Lógicamente, estos magistrados entienden que el alcance de los arts. 81.1 y 149.1.1 CE es mucho mayor; lo que reserva el art. 81.1 CE a la Ley orgánica es el "desarrollo" del derecho fundamental, que incluye: el mínimo de personas para constituirla, la posible restricción a personas determinadas, los fines de la asociación y su régimen jurídico, el cual incluye a su vez "el conjunto de normas que configuran el estatuto de las asociaciones, su ser en el Derecho...por ejemplo, la estructura de las asociaciones, sus órganos, los derechos y obligaciones de los asociados, las modalidades de disolución de las asociaciones, etc.", porque ahí "se está definiendo *in concreto* qué es una asociación, cuándo una asociación deja de serlo, cuál es la posición atribuida en su seno a cada uno de los asociados (titulares de la vertiente individual del derecho de asociación) y cuáles los procedimientos de formación de la voluntad de la asociación en cuanto tal o el estatuto con que ésta (titular de la vertiente colectiva del derecho) ha de operar en el ordenamiento. Difícilmente puede admitirse que todo esto quede al margen de la idea de desarrollo de este derecho fundamental" (Punto 3 del Voto particular). Sin embargo, entraría en la categoría de la "regulación del ejercicio" del derecho de asociación prescribir cómo se constituye una asociación o cómo se procede a su inscripción en el Registro al que se refiere el art. 22.3 CE; "regulación del ejercicio", que la CE *ex* art. 53.1, reserva a la Ley con carácter general (no necesariamente, por tanto, orgánica), siempre que se respete "el contenido esencial del derecho" (*ibidem*).

[28] BOPV nº 42, de 1-3-1988.

> *comprometiéndose para ello a poner en común sus conocimientos, su actividad o sus recursos económicos con carácter permanente, con arreglo a unos Estatutos aprobados por todos ellos y ofreciendo a otras personas su ingreso voluntario en dicha organización asociativa"*

El artículo recoge los siguientes elementos :

1- el soporte organizativo *("entidad organizada...con arreglo a unos Estatutos aprobados por todos ellos")* .

2- el elemento teleológico *("para la consecución de fines mutuos o generales")*

3- la comunidad de aportación no necesariamente patrimonial, *("comprometiéndose para ello a poner en común sus conocimientos, su actividad o sus recursos económicos")*

4- la vocación de permanencia *("con carácter permanente")*

5- el principio de "puerta abierta" *("ofreciendo a otras personas su ingreso voluntario en dicha organización asociativa").*

La **Ley catalana de asociaciones de 18 de junio de 1997**[29], no hace una mención explícita a la entidad formada por el ejercicio del derecho, pero aporta también los elementos para una adecuada formulación del concepto. El art. 2 de esta Ley, al ocuparse de la naturaleza y principios de la asociación, establece que

> *"En la asociación, tres o más personas se unen de manera voluntaria, libre y solidaria para conseguir, sin afán de lucro, una finalidad común de interés general o particular, y se comprometen para ello a poner en común sus conocimientos, sus actividades o recursos económicos con carácter temporal o indefinido"*

De este texto legal puede destacarse que:

1- la voluntariedad de su origen es llamativamente resaltada (*"se unen de manera voluntaria, libre y solidaria"*)

2- el elemento teleológico (*"sin afán de lucro, una finalidad común de interés general o particular"*)

3- la comunidad de aportación (*"se comprometen para ello a poner en común sus conocimientos, sus actividades o recursos económicos"*)

[29] DOGC, nº 2423, de 24-7-1997.

4- la posibilidad de que, junto con la vocación de permanencia, haya asociaciones temporales (*"con carácter temporal o indefinido"*)

El **Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación** de 1997[30], (en adelante, ALODA), también con ocasión del precepto dedicado a la constitución de las asociaciones, señala en su art. 5.1

> *"Las asociaciones se constituyen mediante el acuerdo, reflejado en un Acta fundacional, de tres o mas personas, físicas o jurídicas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades, para el cumplimiento de una finalidad licita y determinada"*

Se distinguen los siguientes elementos:

1- elemento de pluralidad personal (*"tres o mas personas, físicas o jurídicas"*)

2- elemento de voluntariedad ("*se constituyen mediante el acuerdo*")

3- elemento teleológico ("*para el cumplimiento de una finalidad licita y determinada*")

4- comunidad de aportación (*"se comprometen para ello a poner en común conocimientos, medios y actividades"*)

Vemos que las leyes no contienen definiciones legales de la asociación en sentido estricto[31], pero sí que nos aportan datos

[30] Elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior y publicado en el BOE nº 187, de 6 -8-1997, pag. 14727, a los efectos del trámite de información pública.

[31] I/ Algunos ordenamientos europeos, como el francés y el holandés, sí que contienen una plasmación positiva del concepto de asociación.

La *Loi relative au contrat d'association* (1 de julio de 1901), define la asociación como "*la convention par laquelle deux ou plusiers personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices*".

El nuevo Código civil holandés modificado en 1976 dedica el título 2º de su Libro Segundo, a las asociaciones, y puede decirse que en el art. 26 contiene una auténtica definición en tres párrafos.

"*1. La asociación es una persona moral compuesta de miembros y constituida para un objeto preciso distinto del descrito en el artículo 53*

2. Una asociación nace de un acto jurídico multilateral

3. Una asociación no puede repartir beneficios para su reparto entre sus miembros"

suficientes para construir un concepto. Realizan además, una labor de delimitación del ámbito de su actuación, que tiene una razón de ser doble:

-una razón técnica: el fenómeno asociativo es tan amplio y tan diverso que el Legislador ha sentido la necesidad de deslindar la asociación de figuras afines (sociedad, corporación) y desgajar del tipo de asociación en sentido estricto *neutro* o *base*, aquellas asociaciones, cuya finalidad específica las hace acreedoras de un

---

(He empleado la traducción al francés del texto original: *Nouveau code civil néerlandais, le Droit patrimonial (les biens, les obligations et les contrats particuliers)*, Kluwer, Deventer/Boston, 1990)

La Ley belga, que lleva por título *Loi du 27 juin de 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique,* presuponiendo un concepto de asociación, describe en forma negativa el ámbito propio de actividades de aquélla: "*L'association sans but lucratif est celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales, ou qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel*".

Idéntica mención contiene la Ley luxemburguesa de 21 de abril de 1928, *Loi sur les associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique.*

II/ Otros textos regulan, como el español, la asociación, pero sin definirla. El Código civil suizo dedica su título segundo a las Personas Jurídicas. No define ninguna de ellas, y cuando se refiere a las asociaciones en sentido estricto, emplea un término distinto: "*associations qui n'ont pas un but économique*" las cuales, según el art. 52 están dispensadas de la inscripción en el registro de comercio.

El *Codice civile* italiano regula las asociaciones en los arts. 14 a 42, pero no las define.

Tampoco la define el Código civil griego de 1946, que dedica sus arts. 78 a 107 a las asociaciones concebidas como "uniones de personas que persiguen un fin no lucrativo" (art. 78). La Constitución Griega de 1975 en su art. 12 reconoce expresamente el derecho de los ciudadano griegos a a constituir "uniones y asociaciones con fin no lucrativo a condición de sujetarse a las leyes, los cuales en ningún caso pueden exigir para el ejercicio de este derecho autorización previa". Es una de las pocos textos constitucionales que hace una referencia expresa a las asociaciones sin ánimo de lucro (he consultado la traducción del texto griego al francés, hecha por KRITIKOS, para *Lamy Associations*, octubre de 1993).

El Código civil portugués que dedica los arts. 167 a 184 a las asociaciones (modificados por el Decreto Ley de 25 de noviembre de 1977), no definen la asociación, ni expresamente exigen que no deba perseguir fin lucrativo.

III/ En el Derecho comunitario, encontramos un texto en proyecto, al que me voy a referir a lo largo de este trabajo en varias ocasiones: la Propuesta modificada de Reglamento de la CEE por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea [(93/C 236/01), COM (93), 252 final-SYN 386 a 391)] (DOCE nº C 236, de 31 de agosto de 1993), (en adelante, PREAE), cuyo art. 1º define la Asociación Europea (AE): "1. *La AE será una agrupación de carácter permanente de personas físicas o jurídicas cuyos socios pondrán en común sus conocimientos o actividades para un fin de interés general o para el fomento de intereses sectoriales o profesionales, en los ámbitos más variados*". Para lo relativo a la gestación y características de esta propuesta, que contempla una figura paralela y de utilización alternativa a la asociación regida por los respectivos Derechos nacionales, puede verse mi trabajo, "Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea", *AC*, nº9, febrero-marzo de 1997.

régimen jurídico peculiar (v.gr. el fin político o deportivo)[32]. Sin embargo, las Leyes de asociaciones no efectúan esta distinción de forma tan clara: simplemente hacen un elenco de figuras excluidas donde mezclan ambas categorías[33].

-una razón política: como las Leyes de asociaciones han respondido a un afán de control por parte del poder público (la llamada "Policía de asociaciones"), las que no estaban necesitadas de tal vigilancia se han excluido[34], sin perjuicio de que se establecieran sobre ellas otras formas de control.

[32] Las auténticas asociaciones sometidas a régimen especial son aquellas, que aunque por sus características esenciales podrían estar incluidas en el régimen general de la Ley de Asociaciones (responden al concepto de asociación en sentido estricto que enseguida vamos a ver), han sido extraídas del mismo y sometidas a una legislación específica, que en concreto, las excluye del Registro general de asociaciones, debiendo ser inscritas en un Registro diferente del general, sin perjuicio de que en aquél se pueda tomar razón de dicha inscripción en una Sección especial. Se trata básicamente de a) Los partidos políticos, regidos por las Leyes 54/1978, de 4 de diciembre y 21/1976, de 14 de junio b) Las entidades y confesiones religiosas que se amparan en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa c) Los sindicatos y organizaciones sindicales incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 11/1985 de libertad sindical d) Las asociaciones sindicales o profesionales a que se refieren la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (Jueces y Magistrados), la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (Fiscales), la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) y la Ley 85/1978, de 28 de diciembre (Fuerzas Armadas). Es decir, no basta con que además del Registro general, hayan de estar inscritas en otro Registro administrativo, como sucede con las asociaciones de consumidores y usuarios; *vid*. LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, págs. 125 a 128.

[33] En la Ley de asociaciones de 1964, sí que parece latir esta distinción entre figuras afines y asociaciones sometidas a régimen especial, de hecho en el art. 2º, se distinguen hasta terminológicamente: "*Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las Leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho civil o Mercantil, así como, sin perjuicio de lo que en cada caso establezca la presente Ley, las asociaciones siguientes*: ...". No así en la Ley vasca de asociaciones, en cuyo art. 3º se dice que "*1. Quedan..., en todo caso, exceptuadas las siguientes: a) Las Asociaciones constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles o civiles y, en general, todas aquéllas cuyo fin consista en la obtención de beneficios económicos para su distribución entre los socios. b) Las Asociaciones políticas y sindicales...*", etc.. La Ley catalana no contiene una relación de figuras excluidas.

[34] Además de la exclusión de las "asociaciones" que buscan lucro ("asociaciones de interés particular" en el Código Civil, según vamos a ver, que son identificadas por éste con el contrato de sociedad civil), las cuales durante mucho tiempo no han preocupado políticamente al Poder, se encuentran ejemplos de lo dicho también en asociaciones en sentido estricto; las asociaciones religiosas, v.gr., generalmente han estado excluidas, pero en circunstancias de especial anticlericalismo -como las que rodearon el Proyecto de Ley de Asociaciones de 1910- se ha pretendido incluirlas, no sólo por el prurito de no considerarlas acreedoras de un régimen específico, sino, precisamente, para tenerlas bajo control administrativo.

III. CARACTER DOCTRINAL DEL CONCEPTO ASOCIACION: enfoques de la asociación en tres disciplinas jurídicas

Han sido pues *la doctrina, y en menor medida, los Tribunales, los encargados de formular, con base en los datos que aportan las Leyes, el concepto de asociación*[35]. Y no será hasta bien entrado el s. XIX cuando se empiece a formular el concepto de asociación en sentido estricto: quizá, precisamente, porque hasta ese momento tampoco las Leyes la habían contemplado de modo autónomo.

La asociación es objeto de atención de varias disciplinas jurídicas: en especial, del Derecho Constitucional, que estudia la misma como derecho fundamental que es, y del Derecho civil, que se ocupa de ella como sujeto del tráfico jurídico. Lo cual viene a corresponderse con los dos significados aludidos del término "asociación" del Diccionario de la Real Academia de la Lengua "acción y efecto de asociarse".

1.- Los constitucionalistas, por lo general, se centran más en la "acción de asociarse": esto es, en el ejercicio del derecho de asociación considerado como derecho individual, si bien con dimensión colectiva[36], si bien no faltan enfoques, que, desde el Derecho político, se acercan más a la Sociología[37].

---

[35] Un autor que recientemente se ha ocupado del tema, -PANTALEON PRIETO- propone un *concepto de asociación doctrinal, no normativo*. No niega la existencia de una disciplina común a todos los fenómenos asociativos que se referirá únicamente al aspecto contractual de dichos fenómenos. Tal renuncia a formular un concepto normativo, tiene como base, en el caso de este autor, el rechazo del criterio de ánimo de lucro como criterio diferenciador entre asociación y sociedad, pero es reveladora de las dificultades que ofrece aquella aspiración; *vid.* PANTALEON, *op. cit.*, pág. 8, nota (6). Sobre todas estas cuestiones, volveré por extenso en los sucesivos capítulos.

[36] Tanto las obras monográficas -LUCAS MURILLO de la CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*-, como los manuales de esta disciplina -TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense, Madrid, 1992; GARCIA MORILLO, en LOPEZ GUERRA, ESPIN *et al.*, *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991; DE ESTEBAN y GONZALEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Español* II, Universidad Complutense, Madrid, 1993-, y por supuesto los comentarios a la Constitución -AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES, *op.cit.*, pág. 616; SANTAMARIA PASTOR, "Art.22. Derecho de Asociación", en *Comentarios a la Constitución* (coord. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1985- titulan y exponen este tema desde su consideración de "libertad o derecho de asociación". Destacan, como digo, ese primer aspecto, aunque no ignoran, en absoluto, la organización creada.

Así LUCAS MURILLO DE LA CUEVA define "el derecho de asociación en sentido estricto como, la facultad de constituir con otras personas, un vínculo dotado de una mínima

2.- Los civilistas abordan el estudio de la asociación como organización que es fruto del ejercicio de aquel derecho[38], y en especial como organización dotada de personalidad jurídica. De hecho, los manuales de Derecho civil, tratan de la asociación en el marco de las personas jurídicas, poniéndola como ejemplo de persona jurídica de base personal[39].

estabilidad, que se fundamenta en la común voluntad de alcanzar unos fines lícitos prefijados por ellos, cooperando en la realización de determinadas actividades con sometimiento a unas reglas internas de adopción de decisiones y se apoya y renueva, mediante una organización que se configura en función de dichos fines y actúa hacia el exterior como una unidad"; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit*., págs. 94 y 95. TORRES DEL MORAL, sin embargo, atiende y parece dar preponderancia a la entidad creada. Distingue tres niveles: "Asociación es toda unión libre de personas con vistas a un fin común y bajo un régimen organizado de formación de su voluntad. Derecho de asociación es el que tienen dichas personas para vincularse a tales entes. Libertad de asociación es, de un lado ese derecho subjetivo mencionado y de otro, el régimen de desenvolvimiento no interferido de dichos entes"; *vid.* TORRES DEL MORAL, *op. cit.*, pág. 169.

[37] Desde una perspectiva socio-política, FUNES RIVAS engloba en el término asociación: "todas aquellas organizaciones de carácter voluntario, cuyos participantes surgen de las bases de la sociedad, (es decir actúan como ciudadanos de "a pie" y no como representantes de ninguna institución), en las que se defienden intereses públicos a través de la gestión colectiva de sus miembros y que se ubican en un espacio de autogestión, tan alejado del mercado como del sector público estatal. No contemplaríamos como tal, aquellos colectivos que bien por la cantidad de capital movilizable, actúan en la práctica como parte del sector mercantil y cuya definición caería más cerca de las de las corporaciones que de las organizaciones voluntarias que se contemplan aquí. Desde este punto de vista, el movimiento asociativo incorporaría todo el conjunto de organizaciones cuyas temáticas y planteamientos giran en torno a los determinados movimientos sociales, así como gran parte del asociacionismo de corte más tradicional (asociaciones de barrio, de padres, organizaciones juveniles, de tercera edad, etc.)... . La característica definitoria del concepto asociación que utiliza esta autora es la de ser un "colectivo social que se conforma como tal para resolver unos intereses por los que se siente particularmente afectado, que no son de orden lucrativo y cuya capacidad de acción y movilización se debe a la gestión democrática de sus propios recursos"; *vid.* FUNES RIVAS, "El asociacionismo y la redefinición de los espacios políticos", *REP*, nº 89, julio-sept 1995, pág. 301.

[38] No faltan quienes, como GARCIA AMIGO, insertan en el concepto la doble faceta de acción y efecto de asociarse en el negocio jurídico de creación de la asociación: "Es un convenio o negocio jurídico multilateral, dirigido a crear un ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva, así como a establecer las normas reguladoras del mismo, siendo sus caracteres típicos: la participación de varias personas, el fin común y permanente, el vínculo jurídico asociativo, la creación de un nuevo sujeto de derechos y deberes, distinto de los asociados"; *vid.* GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Edersa, Madrid, 1979, pág. 528. Teniendo a la vista las Leyes autonómicas, es posible que en el futuro proliferen los conceptos en que se haga esta doble mención.

[39] Así sucede en la totalidad de los actuales manuales de Derecho civil; *vid.* ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, tomo I, vol.1º, Bosch, Madrid, 1996; DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. 1º, *cit*.; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil*, I-vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, etc., cfr. la relación completa en la bibliografía citada. La única excepción o más bien matización, la he encontrado, bajo la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887, en SANCHEZ ROMAN, que incluye el tratamiento de las personas jurídicas dentro del capítulo destinado a las "Causas modificativas de la capacidad civil". Pero en cualquier caso, el estudio de la asociación lo inserta en el de la personalidad jurídica; *vid.* SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, I, Madrid, 1911, págs. 120 y ss.

La razón -que parece evidente- es que nuestro Código civil si se refiere a las asociaciones, es precisamente *en su consideración de personas jurídicas* (arts. 35 a 39 del Código civil). Otros Códigos, como el italiano de 1942, también la contemplan en sede de persona jurídica, pero al aceptar y regular además, las asociaciones no reconocidas (carentes en consecuencia de personalidad jurídica), aportan un concepto que trasciende, como veremos más adelante, del dato de la personalidad jurídica.

También en España, gran parte de la doctrina acepta la existencia de auténticas asociaciones sin personalidad jurídica[40]. Por ello, muchas de las definiciones que se ofrecen, no parten del concepto-base persona jurídica, sino que aluden a términos tales como *organización, ente, unión organizada, organización de intereses·*

3.- Los administrativistas, hacen referencia a las asociaciones, desde la clasificación de los diferentes tipos de Administraciones Públicas, si bien ello no está desgajado del tema de la personalidad jurídica, en tanto en cuanto lo que da autonomía y entidad a cada Administración pública, es el hecho de tener personalidad jurídica[41]. Aparte, claro está, de que lo referente al Registro de asociaciones, en cuanto Registro administrativo, sea objeto de estudio desde esta disciplina.

IV. EL PROBLEMA DE LA TERMINOLOGÍA

IV. A. La variedad e imprecisión de la terminología

A la ausencia de un concepto legal hay que añadir otra dificultad en el estudio de los entes personificados en general, y de las asociaciones en particular: la variedad de la *terminología* utilizada y su relación con la tipología institucional.

[40] A las cuales me referiré en el capítulo 6. Adelanto ahora que aun aceptando la premisa de la existencia de asociaciones sin personalidad jurídica, también hay que reconocer que esta última es el punto sobre el que gira el sistema: baste ver que se habla de "asociaciones sin personalidad", como si el tipo normal fuera, precisamente, el de asociaciones con personalidad. Por otra parte, ni la Ley de Asociaciones de 1887 ni la de 1964, aluden al punto de la personalidad jurídica.

[41] Como veremos en el capítulo 6, hasta la Codificación, la teoría misma de la personalidad jurídica y su tratamiento jurídico se asignaban al Derecho público.

Se plantea el interrogante de si cada uno de los términos normalmente utilizados, designa realmente una forma institucional propia, con un régimen jurídico peculiar. Muchas veces los términos son multívocos, o excesivamente amplios o comprensivos, de modo que responden más a un afán sistematizador o clasificatorio que a la dotación de un tratamiento jurídico uniforme para las figuras que designan.

Hasta el s. XX e incluso actualmente, no puede hablarse de una delimitación exacta de los términos[42]. Es uno de los casos en que el *nomen iuris* no es necesariamente indicativo de la esencia.

Puede adelantarse que la tendencia en la doctrina española actual[43], a la vista del Derecho positivo (fundamentalmente, arts. 35 a 37 del Código civil y Leyes especiales), reserva:

-el término "asociación" para las agrupaciones humanas voluntarias que no buscan el lucro, regidas por la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964

-el término "sociedad" para las agrupaciones humanas, creadas por un contrato, que buscan el lucro, o una finalidad económica, reguladas por los art. 1665 y ss. del Código civil dedicados al contrato de sociedad; o el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, TRLSA); Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL); e incluso la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (en adelante, LGC), que las califica de sociedades, etc.

-el término "corporación" para los diversos entes que tradicionalmente se han designado globalmente como "Administración Corporativa" (también llamados "Corporaciones no

[42] De hecho, el *Rapport Fontaine*, que preparó el camino a la Resolución del Parlamento Europeo sobre asociaciones sin ánimo de lucro (DOCE, 13 de marzo de 1987), que a su vez, serviría de base para la citada PREAE, intenta clarificar y evitar la ambigüedad que entraña la proximidad etimológica con la sociedad. El informe propone que el término "asociación" se aplique únicamente "a los grupos de personas -físicas y morales- que en el marco de una estructura permanente legalmente admitida, coordinasen sus esfuerzos con vistas a perseguir un objetivo común con la condición de que estuviesen excluidas las intenciones lucrativas por parte de los miembros que constituyesen la asociación"; *vid.* FONTAINE, *Las associations sans but lucratif dans les Communautés Européenes*, Parlement Européen, Documento A 2 196-/1986, pág. 8.

[43] *Vid.* por todos, CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, págs. 467 a 478 y DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit.*, págs. 604 y 605.

territoriales", "Entes públicos asociativos", "Corporaciones sectoriales de base privada"), expresión que comprende un elenco de figuras: Colegios Profesionales (art. 36 CE); *"Organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios"* (art. 52 CE): Cámaras Agrarias, Cámaras de Industria, Comercio y Navegación, Cofradías de pescadores; otras figuras previstas en la legislación ordinaria: las Juntas de Compensación de la Legislación Urbanística, Comunidades de usuarios de aguas, etc. Todas estas figuras se caracterizan porque su creación se realiza directamente por Ley o por resolución administrativa; sus fines, estructura y organización se determinan en la norma de creación; ejercitan funciones públicas y por ello en ocasiones se personifican como Administraciones públicas. También en ocasiones la adscripción a las mismas es obligatoria para todos aquellos que deseen desarrollar las actividades que constituyen su objeto propio.

Pues bien, a lo largo de la Historia, para designar las agrupaciones de personas con cierta subjetividad jurídica, iremos encontrando multitud de términos, que, aunque no siempre designen exactamente el concepto actual de asociación, sí que se acercarán a la idea: *"corpus"* o *"collegium"*[44]; *"universitas"*[45],

[44] *V.gr.* el título 22 del libro XLVII del Digesto, lleva por título*"De collegiis et corporibus".* No obstante, la idea que hoy tenemos de "asociación" es designada en el Derecho Romano de muchas maneras: *collegium, corpus, sodalitas o sodalicium, universitas, societas, ordo, ...* . Aclara SAVIGNY que los nombres genéricos *corpus* y *collegium* se emplean indistintamente, puesto "si alguna vez se distinguen *corpus* y *collegium* es porque cada corporación llevaba únicamente uno u otro de estos nombres, no obstante que la elección es accidental"; *vid. Sistema del Derecho Romano actual*, II, trad. esp. de MESIA y POLEY, Góngora, Madrid, 1879, §86, pág. 72.

[45] *"Corpus"* y *"universitas"* son, según IGLESIAS, los que verdaderamente significan la personalidad jurídica de la asociación; añade, además que "*sodalitas* era una asociación de tipo religioso, caracterizada por la reunión de sus miembros en un banquete, y de ahí le viene el nombre. *Collegium* -antiguo *conlegium*- era una asociación constituida con fines de culto y precisamente por mandato del Estado; término que luego llegó a generalizarse, comprendiendo también las antiguas *sodalitates"*; *vid.* IGLESIAS, *Derecho Romano, Historia e Instituciones,* Ariel, Barcelona, 1990, pág. 163.

El término *universitas* será utilizado por los formuladores de las teorías de la personalidad jurídica. El mismo HEISE, a quien se atribuye la formulación de la moderna expresión "persona jurídica" *(juristische person)* en *Grundiss eines System des Gemeines Civilrecht,* en 1807 reserva el término *universitas* para la persona jurídica formada por varios hombres simultáneamente; citado por DE CASTRO y BRAVO, en su obra *La persona jurídica*, *cit.*, pág. 174, nota 119. De

Ayuntamientos, Ligas o Confederaciones[46], *Cofradías y Cabildos*[47], *Bandos, Parentelas y Parcialidades*[48], *Hermandades*[49], *Juntas*[50].

A esto se suman las denominaciones específicas para auténticas asociaciones, según su tipo, v.gr. "ateneo" o "liceo", para las culturales, o "círculo", "casino" o "club" para las recreativas, etc.[51].

---

cualquier forma, afirma Alfonso de COSSIO, la utilización de la designación "*universitas*" no excluye en su técnica la utilización de otros términos, como "*corpus*", "*collegium*" e incluso "*societas*", siquiera a veces se intente una discriminación en el sentido de que "*universitas*" y "*corpus*", aparezcan como designaciones genéricas reservándose la denominación "*collegium*" a las asociaciones "*simul cohabitantes*" y la de "*societas*" a las asociaciones de personas "*non cohabitantes*". Reconoce, no obstante, que la terminología no se presenta demasiado rigurosa en las fuentes; *vid.* DE COSSIO y CORRAL, A., "Hacia un nuevo concepto de persona jurídica", *ADC*, 1954, pág. 635.

[46] *Ley de Prohibición de ayuntamientos, ligas y confederaciones entre Concejos, Caballeros ú otras personas* (Guadalajara 1390).

[47] *Ley sobre Revocación y prohibición de cofradías y cabildos, no siendo para causas pías y con Real licencia* (Toledo, 1462)

[48] *Ley de Prohibición de bandos, parentelas y parcialidades en los pueblos de Galicia, Asturias, Vizcaya y sus encartaciones* (Granada, 1501)

[49] *Resolución de 25 de junio de 1783* de Carlos III, que resumiendo la legislación anterior en la materia, prohibe "*por punto general la fundación o creación de cofradías, congregaciones o hermandades en que no intervenga la aprobación real y eclesiástica*".

[50] *El Decreto de 20 octubre de 1820*, -temprano ejemplo de norma restrictiva de la la libertad asociativa-, se refiere a los entes creados en ejercicio de la misma como *...Sociedades, Confederaciones, Juntas.* Este Decreto regula los derechos de reunión y asociación -que en la concepción actual aparecen separados- se confunden. Con el paso del tiempo, se irá haciendo una progresiva distinción; *vid.* ARTOLA, *Partidos y Programas políticos, 1808-1936, II. Manifiestos y programas políticos,* Alianza Editorial, Madrid, 1991, pág. 161.

También se usa esa expresión en los primeros proyectos de Código civil (de carácter no oficial) de esa misma época que, a los efectos de considerarlas "personas morales", se refieren a las asociaciones, con expresiones tales como *"...las juntas de diferentes individuos en un solo cuerpo para objetos de religión, de beneficencia y administración pública"* (art. 1º del Título XI del Libro I del Proyecto de Código civil de Cambronero de 1833). Sin embargo el art. 10º habla de *"...compañías y asociaciones que se dirigen a establecer o fomentar establecimientos de literatura, arte, agricultura, industria y comercio"*. Y en el mismo sentido se pronuncia el Proyecto de Código civil de 1836, que emplea el término *"corporación de cualquier género"* (arts. 542, 545 y 546) para designar, en general, a las personas morales de base personal y en concreto, diferencia en el art. 541, entre *"Juntas"* -referido a asociaciones- y *"Corporaciones"* -entendidas éstas en sentido estricto-. El art. 547 reproduce casi literalmente el art. 10 del Proyecto de Cambronero.

[51] Expresivamente COVIAN JUNCO comenta que al amparo de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 surgieron con verdadera fecundidad "Sociedades, Agrupaciones, Federaciones, Círculos y otros nombres generales...; añádanse mil distintas denominaciones más y apenas se tendrá una idea aproximada de la variedad que preside el bautismo de cada asociación; ... tiende a prevalecer, por ejemplo, el de *Agrupaciones* en las socialistas o de resistencia; de *Círculos* en las católicas y el de *Sociedades* en las de artes y oficios..."; *vid.* COVIAN JUNCO, *op. cit.*, pág. 701. Las cursivas son del autor. Añade el autor que "Las corrupciones son no obstante, frecuentes en el tecnicismo jurídico, hasta el punto de no conservar en muchas leyes, reglamentos o estatutos, su destino respectivo, con desconocimiento u olvido absoluto del principio admitido, consistente en calificar de sociedad las agrupaciones con fin exclusivo de

A la asociación también se la denomina en ocasiones con otros términos como el de "agrupación"[52].

Encontraremos alguna vez el término "sociedad"[53] y "corporación"[54], designando figuras que son asociaciones. Y por el

lucro, y de asociación las notoriamente ajenas a él. ¿Será preciso, como pretenden algunos tratadistas, prescindir de una nomenclatura rigurosamente científica y contentarse en esta materia, cual sucede en otras muchas, con un relativa y lo más aproximada posible a aquélla? Seguramente, que no, pues ha de evitarse que ciertas asociaciones se cubran con el manto de sociedad para constituirse sin noticia de la autoridad pública, y al contrario, sociedades que, huyendo de la declaración de quiebra, ostenten el título de asociación"; *vid.* COVIAN JUNCO, *op.cit.*, pág. 691.

La STS 21-10-1968 (Cont-adm, sala 4ª) (RJ 1968\5695) estima que la propia denominación de "club" supone un claro indicio de la consideración del carácter recreativo de una asociación (en este caso, se trataba de la pretendida integración del Club de payasos españoles en la Organización sindical: el TS declara que no procede, puesto que es asociación de recreo).

[52] Actualmente es ésta una calificación relativamente generalizada: "Agrupación de defensa sanitaria ganadera" (Real Decreto 2 de agosto de 1996); o en la legislación de diversas Comunidades Autónomas: "Agrupación escénica de carácter no profesional" (Orden de la C.A. Cataluña de 1 de marzo de 1982); "Agrupación de defensa vegetal" (Orden de la C.A. Valenciana de 19 de abril de 1990); "Agrupación de voluntarios de protección civil" (Decreto de la C.A. de Castilla-La Mancha de 8 de enero de 1991). Se trata de auténticas asociaciones sin ánimo de lucro. A ello hay que sumar el empleo de este término para designar figuras de base asociativa como las *Agrupaciones de Interés Económico*, a las que me referiré en el capítulo 3.

[53] Desde las *Sociedades Patrióticas* -las más representativas de las incipientes pero vigorosas asociaciones políticas del s.XIX recibían precisamente el nombre de *Sociedades* -para cuyo conocimiento completo y documentado de las mismas, puede verse la obra de GIL NOVALES, *Las Sociedades Patrióticas (1820-1823),* Tecnos, Madrid, 1975-, hasta las *Sociedades de recreo* o las frecuentemente denominadas *Sociedades de caza* (así las denomina, v.gr., el Reglamento de 3 de julio de 1903).

También cabe citar las *Sociedades económicas de amigos del país*, reguladas por una resolución del Consejo de Carlos III, en 1785, (Novísima Recopilación, en Libro VIII, título 21), cuyo "instituto es conferir y producir las memorias para mejorar la industria popular y los oficios, los secretos de las artes, las máquinas para facilitar las maniobras y auxiliar la enseñanza", cuya naturaleza es dudosa, pues como dice LLUIS i NAVAS: "...no queda tan claro si el legislador se proponía considerarlas lo que hoy llamaríamos corporaciones autónomas de Derecho Público o asociaciones privadas de utilidad pública; si bien el régimen de los socios parece abogar por esta segunda solución, el régimen de carta se presta con facilidad a confusiones entre las asociaciones y las corporaciones por cuanto ambas reciben régimen legal de una resolución gubernativa"; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Bosch, Barcelona, 1967, pág. 48. Sean corporaciones, sean asociaciones, lo que es claro es que no respondían a la figura del contrato de sociedad.

Otro ejemplo del uso del término sociedad para designar las asociaciones, si bien a nivel de textos en proyecto, se encuentra en *el Proyecto de Ley de Sociedades Públicas de 1866*. A la vista de la terminología empleada, parece que el proyecto se ocupa de las entidades derivadas del contrato de sociedad. Sin embargo, en el Preámbulo se aclara cuál es el ámbito de aplicación de la ley y las razones por las que se hace tal delimitación: "Mientras el individuo limita el ejercicio del derecho de asociarse a los fines de la vida particular y aprovecha la fuerza de la asociación en las empresas de la agricultura el comercio o la industria, puede el Soberano mostrarse indiferente a los abusos, y dejar que los males, su consecuencia cierta, sirvan de escarmiento a la temeridad o la malicia; pero *cuando la asociación tiene por sus fines un carácter público,* cuando los recursos y la actividad de los individuos que la componen se emplean en objetos *que pertenecen a la administración o a la política*; ...entonces el Estado...tiene el deber de mantener la independencia

contrario, el término "asociación" aparecerá designando figuras ciertamente ajenas al concepto actual, como la forma especial de organización de los bienes gananciales en Cataluña ("asociación a compras y mejoras"); o las "asociaciones de provincias", previstas en la Ley de 20 de agosto de 1870, (figura administrativa equivalente a las Mancomunidades de municipios)[55]; o más cercanas al concepto actual Corporación de Derecho Público, como la "Asociación

de su autoridad y de protegerla contra las invasiones de una minoría audaz y turbulenta". Las cursivas son mías. El término asociación se emplea en el preámbulo en sentido amplio, siendo la sociedad una especie de la misma: una asociación para fines particulares. En contraste, ese mismo texto califica en su título a las asociaciones en sentido estricto, como Sociedades Públicas. Esto es: se da una exacta inversión de los términos actuales: lo que actualmente se califica como asociación, es llamado Sociedad (pública), y los entes derivados del contrato de sociedad, son llamados asociaciones.

Fuera de nuestras fronteras, el *Projet de loi concernant les sociétés canadiennes à but non lucratif*, aprobado por el Senado el 20 de marzo de 1978, adopta la denominación "sociedad con fin no lucrativo", lo cual es objeto de crítica por DANDONNEAU. Según este autor, la expresión utilizada por el proyecto canadiense es contradictoria en sí misma ya que la sociedad en el régimen francés en el que se inspira el canadiense, se caracteriza precisamente por el fin lucrativo; *vid.* DANDONNEAU, "La Francisation a l'aveuglette du Droit des Corporations", *Revue juridique Themis*, (1978), 13, nº 1. Este proyecto de Ley federal, que hubiera sido aplicado al conjunto de las provincias canadienses, nunca llegó a ser ley; no obstante, dada la corrección y modernidad de algunos de sus planteamientos, haré referencia a él en algunas ocasiones, como referente doctrinal. En la actualidad, se aplica como legislación federal, la *Loi sur les corporations canadiennes* de 1970, cuyo art. 157 dispone que, además de algunos artículos de dicha ley, se apliquen a las asociaciones sin ánimo de lucro, algunos artículos de la *Loi sur les sociétés commerciales* (actualmente, la de 1975). Junto a la legislación federal, hay que atender a las respectivas legislaciones provinciales, y a su vez, a la legislación particular en cada provincia (v.gr. en Ontario existe una *Loi sur les personne morales*, cuya parte III, se aplica a las *corporations sans capital-actions*, pero además hay que tener en cuenta las leyes especiales aplicables a cada tipo de asociación: v.gr. la *Loi sur les établissements de bienfaissance*).

[54] *V.gr.* el art. 26 de la Ley desamortizadora de 1-5-1855, emplea la expresión en sentido muy genérico: "*de cualesquiera de las corporaciones comprendidas en el art. 1º*" y en dicho artículo se habla de las *manos muertas* en la que, junto a auténticas corporaciones de Derecho público, encontramos entidades privadas: "*art. 1.- Se declaran en estado de venta los bienes del Estado, Clero, Ordenes militares, cofradías, obras pías y santuarios, secuestro del ex infante D. Carlos, propios y comunes a los pueblos, beneficencia, instrucción pública, y, en general, los pertenecientes a las manos muertas*". Al referir el adjetivo "*pública*" sólo a la instrucción y no a la beneficencia, como hacía el proyecto -el art. 1º del proyecto de esta ley (de 5 de febrero del mismo año, *Diario de las Sesiones de Cortes*, Congreso, nº 76, apéndice único), se hablaba de "*establecimientos y corporaciones de beneficencia e instrucción pública*"- parece incluirse aquí tanto la beneficencia pública como la privada.

[55] Citada por ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, tomo II, Madrid, 1915, pág. 106. Tampoco era desacertada esa calificación de "asociación": hoy podemos encontrar inscrita en el Registro de Asociaciones la "Federación aragonesa de Municipios y Provincias", declarada de utilidad pública por Orden Ministerial de 25 de julio de 1995. Dejando aparte otro tipo de consideraciones, resulta, cuanto menos sorprendente, que para las finalidades perseguidas se haya tenido que acudir a esta vía.

General de Ganaderos", que es la continuadora del "Honrado Concejo de la Mesta"[56].

La primera vez que en un texto de Derecho Positivo, se utiliza abiertamente el término "asociación", es para referirse a las entidades para el auxilio mutuo de sus miembros en caso de accidentes, enfermedades, etc. La Real Orden Circular de 28 de febrero de 1839 -que establece las condiciones para su constitución-, las define como *"asociaciones de mutua ayuda"* y la Circular del Gobierno Político de Barcelona de 1 de mayo de 1841, como *"asociaciones para protegerse y socorrerse mutuamente"*[57]. Aunque no corresponde con la idea actual de asociaciones sin ánimo de lucro, sino con la de mutualidades, es significativa la utilización del término[58].

A partir de la Revolución liberal de 1868[59], y especialmente con la promulgación de la Constitución de 1869 -que es la primera en proclamar *"el derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana"*, lo que se reproducirá literalmente en la Constitución de 1876-, se impone el término "asociación", en manifestación de la libertad política a la que da nombre[60].

---

[56] Su base personal es clara, pero las funciones de Derecho Público que ejercía -descritas por COVIAN JUNCO, *op. cit*., pág. 701- y el hecho mismo de que su constitución y funcionamiento estuvieran previstos en normas administrativas (Real Orden de 31 de enero de 1836 y Reglamento de 31 de marzo de 1854) son pruebas claras de tal carácter.

[57] Referencias del libro de ALARCON CARACUEL, *El Derecho de Asociación Obrera en España, 1839-1900*, Madrid, 1975, págs. 62 y 63 y págs. 315 y 317, respectivamente.

[58] Quizá sea excesiva la afirmación de MALUQUER DE MOTES, de que se trata "...(d)el primer texto legal en se reconoce el derecho de asociación"; *vid*. "Constitucionalisme i associacionisme", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993, pág. 24.

[59] El Decreto de 20 de noviembre de 1868, firmado por SAGASTA, se refería en su preámbulo al *"principio de asociación"*. Tal comienza a ser el entusiasmo por el término y la idea que en él subyace, que en el ámbito mercantil, -en el que las figuras que operaban son las tradicionales *sociedades*-, el Decreto Ley de 28 de octubre de 1868, ya había proclamado *"la libertad de asociación mercantil"*. La Exposición que precede a las Bases para la redacción del Código de Comercio (D. de 20 de septiembre de 1869), utiliza esta expresión y este concepto al exponer las ideas que inspiran la base 5ª: "Al unirse por la asociación dos o más personalidades libres brota un nuevo ser, un nuevo ente jurídico, una nueva personalidad...". Por su parte, la Exposición de motivos del Proyecto de Código de comercio de 18 de marzo de 1882 -que fructificaría en el Código de comercio actual de 22 de agosto de 1885-, habla de *"asociaciones mercantiles"*.

[60] De hecho, en el ámbito político triunfa claramente el término "asociación", especialmente unido a su aspecto de libertad; así, una exposición de 15.600 obreros de Barcelona, para que se

IV. B. La generalización del término asociación

IV. B.1) Utilización del término asociación como categoría general de entes de base personal de Derecho privado

No sólo se impone el término asociación, sino que a partir de la segunda mitad del s. XIX, comienza a usarse en sentido amplio, como categoría que incluye a diversos entes de base personal de Derecho privado[61], a saber: las asociaciones que persiguen fines ajenos al lucro y las derivadas del contrato de sociedad, si bien hasta la promulgación del Código civil, no gozaban éstas últimas, de personalidad jurídica, como veremos más adelante.

Así, en el primer Proyecto oficial de Código civil -el Proyecto de GARCIA GOYENA de 1851- el art. 33 se ocupa de persona jurídica, con una alusión expresa a las asociaciones:

---

regulen los sindicatos de oficios, publicada en *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso,* sesión de 18 de febrero de 1862, pedía *"...la libertad de asociación para luchar contra el capital...; necesita, en una palabra de la asociación que hoy viene a la Representación nacional"*. La Orden de 7 de febrero de 1875, habla de *"asociaciones que tengan un objeto político"*, las cuales son prohibidas *"por ahora"*, como dice el art. 4.º, mientras las *"asociaciones de reconocido carácter benéfico, científico y literario, y los círculos o casinos de puro recreo"* , según el art. 5º *"podrán continuar, reconstituirse y organizarse de nuevo en la forma que para las reuniones se dispone en la regla 1ª"*. Se emplea el término *asociación* para unas agrupaciones políticas de especial pujanza: las Asociaciones Internacionales. Expresión ésta muy concreta, pues designaba a las asociaciones políticas de inspiración marxista del tipo de la I Internacional y singularmente a ésta. Sobre las mismas hubo un Proyecto de Ley sobre Asociaciones Internacionales de 26 de abril de 1877, reproducido en la sesión de 12 de abril de 1878.

[61] No siempre había sido así: algunos textos legales (promulgados o en proyecto) y parte de la Doctrina, empleaban la expresión "corporación" como término omnicomprensivo de todas las figuras de base personal. Además de la citada referencia a la Ley desamortizadora de 1855, algunos de los proyectos no oficiales del Código civil, en sede de persona jurídica o *moral*, usan como expresión genérica *"corporación de cualquier género"* (art. 542 del Proyecto de 1836) y términos del la misma raíz, como*"Juntas en un solo cuerpo"* (art. 1º del Título XI del Libro I del Proyecto de Código civil de Cambronero de 1833).

En sus Concordancias, GARCÍA GOYENA emplea también en sentido genérico el término "corporación", al decir que "las corporaciones lícitas han gozado y gozan de los derechos civiles, pero con las restricciones y modificaciones puestas por las leyes"; *vid*. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Tomo I, Madrid, 1852; reimpresión al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 21. Incluso, tras la promulgación del Código civil, no faltaron quienes seguían empleando el término "corporaciones" en sentido amplio: "corporaciones...mercantiles y eclesiásticas"; *vid*. FIGUEROLA en *¿Qué circunstancias habrán de concurrir ...?"*, *cit.*, pág. 502.

> *"Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles"*

¿A qué asociaciones se refiere el art. 33? Indudablemente el término incluye las asociaciones sin ánimo de lucro, pero también, las agrupaciones que persiguen un fin lucrativo, pues el contrato de sociedad, en este proyecto, sí que iba provisto de personalidad moral[62].

Este texto será literalmente reproducido con ligeras matizaciones (se añade *"y autorizados convenientemente"*) por el Proyecto de libro I del Código civil de ROMERO ORTIZ, presentado a las Cortes el 21 de mayo de 1869 y, literalmente, en el art. 26 del Proyecto de Ley de Bases del Código civil de ALONSO MARTINEZ de 22 de octubre de 1881.

GAMAZO, en su discurso inaugural como presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1885, también utiliza el término "asociación" en sentido amplio, para referirse a las "grandes asociaciones modernas (Bancos, Compañías industriales)". Aquellas que no provienen del contrato de sociedad son asociaciones "para fines de interés público, religiosos o benéficos, científicos o artísticos" o simplemente "asociaciones benéficas"[63].

---

[62] En efecto, en el comentario al art. 1.594, el autor declara terminantemente que la sociedad, según el art. 33, es una persona moral. Y ello aunque, en el art. 33, como acabamos de ver, no se hace mención de las sociedades. Explica DE CASTRO, que la atribución de la personalidad jurídica a todas las sociedades y no sólo a las de Derecho público, probablemente se debe a una lectura apresurada por parte de GARCÍA GOYENA de la mención de *societas* en D. 46, 1, 22; *vid.* DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit*., pág. 194. En la misma línea, en el ámbito mercantil, la Ley de Sociedades por Acciones de 1848, apartándose de la tradición española, y recogiendo una dirección doctrinal francesa, otorgaba personalidad jurídica a las sociedades; tal atribución de personalidad jurídica se concebía entonces como único medio para justificar la preferencia concedida a los acreedores de la sociedad respecto a los acreedores de los socios, sobre los bienes sociales. No era necesario acudir al expediente de la personalidad jurídica -según DE CASTRO-, para conseguir esta preferencia pues la misma ya se hallaba afirmada y consolidada por precedentes doctrinales (SALGADO DE SOMOZA, FONTANELLA) y legales (el art. 297 del Código de Comercio de 1829); *vid*. DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit*., pág. 193.

[63] *Discurso inaugural del curso 1885-1886 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 7 de noviembre de 1885; *vid*. págs. 24, 25, 34 y 35. Este discurso versó "Sobre las fuentes del Derecho, los sujetos y la personalidad"-, y en el mismo, GAMAZO expone su doctrina acerca de la parte que del tratamiento de las personas jurídicas, corresponde al Derecho civil. Sin aportar un concepto propio de las personas jurídicas en general ni las asociaciones, identifica completamente "asociaciones de interés particular" con

Como es sabido, GAMAZO fue el autor de los artículos que atribuían personalidad jurídica a la sociedad civil, y muy probablemente sus concepciones influirían a la hora de redactar los artículos 35 a 39 del Código civil[64].

Aunque hubo intentos de implantar la categoría "corporación" comprendiendo corporaciones de Derecho público junto a corporaciones de Derecho privado, entre las que se situaría la asociación[65], *con la promulgación del Código civil, se consolidó la utilización de las categorías "asociación" y "fundación" para designar las grandes categorías de personas jurídico-privadas, reservándose las de "corporación" y "establecimiento público", para las jurídico-públicas*[66].

Lo mismo sucederá en Alemania unos años más tarde con la promulgación del BGB[67], con la especialidad de que allí el concepto

las provenientes del contrato de sociedad, que "por su limitación en el tiempo y en el espacio y por lo circunscrito de sus fines, no pueden sobrevivir a sus fundadores".

[64] Sobre la accidentada redacción de los artículos del Código civil dedicados a la sociedad, y los apoyos de tal conjetura, *vid.* capítulo 3.

[65] En el Congreso jurídico español celebrado en Madrid en 1886 se presentó una clasificación que distinguía entre personas propiamente colectivas -que podían ser Corporaciones de carácter público como el Estado, provincia, o Municipio- o *Corporaciones de carácter privado* -asociaciones de carácter común o civil, incorporadas o con personalidad jurídica- o Sociedades Mercantiles y personas jurídicas en sentido específico o personas ideales -fundaciones, herencia yacente, patrimonio del ausente-. Como manifiesta LOUZAO, "se comprende que nuestro Código no se acomode a esta clasificación puramente científica..."; *vid.* LOUZAO, "Las personas jurídicas", en *La Reforma legislativa*, tomo XXIII, 1894, nº 1.179, pág. 225. De aquí he extraído la referencia a dicha clasificación.

[66] Y así se comprueba en las definiciones que vamos a ir viendo. Respecto a los establecimientos públicos, a los que se refieren los arts. 748 y 994 del Código civil, según ABAD BERRUEZO, son "aquellas personas jurídico-públicas de tipo fundacional y caracterizadas por la reunión de un conjunto de elementos materiales y personales destinados a fines benéficos y culturales, fundamentalmente, que eran los únicos existentes en el momento de promulgación de dicho cuerpo legal"; *vid.* ABAD BERRUEZO, *op.cit.*, pág. 23

[67] El BGB, que regula las personas de Derecho privado, emplea las expresiones *Vereine* -cuyo objeto puede estar dirigido o no a una finalidad económica (*Wirtschaftliche Vereine* o *Vereine mit idealen Zielen*, §§ 21 y 22 BGB, respectivamente)- y *Stiftungen*- dedicando únicamente el § 89, a las personas de Derecho público, que enumera como *Körperschaften*, *Stiftungen* y *Anstalten.* Es decir, tras la promulgación del BGB, los términos asociación y fundación designan los dos grandes grupos de personas jurídicas de Derecho privado, y los términos "corporación" e "institución o establecimiento", las de Derecho público, estableciéndose, según la Doctrina, un paralelismo entre ambos. Explica VON TUHR que "Sólo con el Código civil adquirió carácter técnico la palabra "asociación" para designar a la persona jurídica cuya existencia se requiere una pluralidad de miembros. Es por esto que muchas personas jurídicas que entran dentro del concepto asociación llevan denominaciones distintas, como sociedad anónima, cooperativa de consumo"; *vid*. VON TUHR, *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Alemán,* Vol. I, 2º, trad.esp., Depalma, Buenos Aires, 1946, págs. 111 y 112. En el mismo sentido, *vid*. LEHMANN, *Parte General de Derecho civil*, vol. I, Edersa, Madrid, 1956, págs. 633 y 634. Más recientemente FLUME

corporación estaba mucho más extendido como categoría general que en España[68].

IV. B.2) Extensión del término asociación a los entes de base personal de Derecho público

La doctrina inmediatamente posterior al Código civil, extiende incluso la categoría "asociación", para incluir también a los entes de base personal de Derecho público: las Corporaciones.

OTERO VALENTIN no define la asociación, pero utiliza el término genérico "colectividad" o "asociación", reservando el de "asociaciones *legales*" para las creadas para atender necesidades que el Estado está obligado a satisfacer, en los más diversos ámbitos: científico, artístico, benéfico. Son "seres jurídicos creados por el Estado"[69].

---

articula la diferenciación entre personas jurídicas públicas y privadas sobre el binomio *Körperschaften-Anstalten*, para las personas jurídicas de Derecho público y *Vereine-Stiftungen* para las personas jurídicas de Derecho privado; *vid.* FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht*, I-2 ("Die juristiche Person") Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1983, págs. 95 a 103, especialmente 95 a 98.

[68] En la doctrina anterior al BGB (fundamentalmente, HEISE, SAVIGNY, GIERKE), predominaba la utilización de la "corporación" como categoría general contrapuesta a la fundación o institución. Esta clasificación de las personas jurídicas, según la estructura interna, en "corporaciones" e "instituciones", es original de HEISE, aunque no coincidía exactamente con las categorías actuales: HEISE sostenía que "el sustrato de la persona jurídica puede ser formado por hombres (un particular sucesivamente *publici offici*, (*sic*) o varios hombres simultáneamente) o por cosas (por fundos en las servidumbres prediales, por todo el patrimonio de una persona, por una masa de bienes destinada a un fin: esto último es lo que denomina fundación); *vid.* HEISE, *Grundiss eines System des Gemeines Civilrecht, 1807*, pág. 25, cit. por FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. de la 2ª ed. italiana por OVEJERO, Madrid, 1929, pág. 657. Fue, sin embargo, SAVIGNY el que difundió esta clasificación, una vez depurada de su excesiva amplitud, circunscribiendo la persona jurídica a los tipos de "corporación" y "fundación". En la voz "corporación" *(Genossenschaft)*, SAVIGNY encuadra "todas las comunidades, todas las sociedades de artesanos y finalmente, las sociedades industriales...", y en general a todos los supuestos en que un cierto número de individuos constituyen por su reunión la persona jurídica, bien de modo natural o necesario (la "comunidad" o *Gemeinschaft*), bien de modo artificial o voluntario ("asociación" o *Verein*); *vid.* SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, II, *cit.*, §86, págs. 60 a 62. En la voz "fundaciones" o *Stiftungen*, incluye las que no tienen aquella apariencia real y visible, cuya existencia es más ideal y descansa en un fin general que le está asignado. GIERKE desarrolla a su vez esta distinción entre "corporación" y "fundación", incluyendo en la categoría "corporación" -que denomina tanto *Genossenschaft* (v.gr. en *Das deutsche Genosseschaftsrecht*, en 4 volúmenes, 1881) como *Körperschaft* (v.gr. en *Geschichte des deutschen körperschaftsbegriff*, 1881)- toda agrupación de individuos a la que se reconoce una personalidad distinta de la de sus componentes, y dentro de los límites marcados por las leyes se gobierna a sí misma. La fundación puede definirse como un patrimonio destinado a un fin, al que se le reconoce personalidad jurídica.

En la Doctrina italiana, FERRARA también utiliza como categoría general, la persona jurídica tipo corporación; *vid.* FERRARA, *op. cit.*, pág. 657.

[69] OTERO VALENTIN, *La persona social*, Valladolid, 1895, pág. 118.

Como se dijo en uno de los tempranos comentarios al Código civil, "la asociación tiene sentido jurídico dentro de los términos del Derecho y la Corporación no"[70]. Y de hecho, TRAVIESAS, hablando de las corporaciones no oficiales -*v.gr.* corporaciones de artesanos- dice que *son asociaciones como toda corporación*[71]; CLEMENTE DE DIEGO sitúa las "personas (morales) modeladas por el título de la asociación" frente a las "modeladas por el tipo de la fundación"[72]; DE CASTRO habla de "persona jurídica tipo asociación" y de "persona jurídica tipo fundación"[73], clasificación y terminología que se sigue utilizando actualmente[74]. O´CALLAGHAN, comentando el art. 35 del Código civil afirma rotundamente que las corporaciones no son un tercer tipo de personas jurídicas, sino que son asociaciones con la particularidad de haber sido creadas o reconocidas por ley, que les

[70] COS-GAYON es el autor de esta afirmación, a la que añade que "la primera se halla definida en los Códigos, al paso que nada dicen éstos de la segunda, con la sola excepción del nuevo civil; que la Ley de 1 de mayo de 1855 habla de bienes del Estado y de las corporaciones civiles, entendiendo por los segundos todos los que no son de aquél incluso los de establecimientos de enseñanza y aun los de las capellanías no familiares. *A su juicio, pues, corporación no quiere decir nada en Derecho; es una palabra muy genérica, que vale tanto como organismo, colectividad, pero sin definición jurídica*. Por punto general, tómase corporación por asociación y viceversa"; *vid.* Crónica de la intervención de COS-GAYON en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en *¿Qué circunstancias habrán de concurrir en las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones?*, Separata del tomo VII de las Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1893, págs. 503 y 504. Más recientemente, ABAD BERRUEZO, explica que si bien tradicionalmente, la voz "corporación" había servido para englobar todos los entes públicos y más concretamente los entes públicos no territoriales, "la voz corporación del artículo 35, se tomó como sinónimo de cuerpo organizado por el poder público. Cuando se promulga el Código... la doctrina hablaba de las corporaciones civiles administrativas, etc. Incluso se llega a más: la palabra corporación se usa para significar algo completamente distinto a una persona jurídica y así se habla de la corporación constituida por el cuerpo de funcionarios X; de actuar corporativamente, etc....Es decir, a fuerza de abarcar mucho, esta palabra ha vaciado su significado práctico"; *vid.* ABAD BERRUEZO, *op.cit.*, pág. 21.

[71] TRAVIESAS, "Las personas jurídicas", *RDP*, 1921 nº 94 y 95, pág. 201, en nota (1).

[72] CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil*, II, Facultad de Derecho, Madrid, 1927, pág. 213 y 235.

[73] Respecto a la primera, distingue según el tipo de norma reguladora entre "persona jurídica tipo asociación de Derecho público" (sin decirlo expresamente, incluye aquí las corporaciones) y "de Derecho privado". Y dentro de éstas últimas, incluye tanto las asociaciones en sentido estricto como las sociedades, lo que impide, en su opinión una definición bien precisada de asociación; *vid.* DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit.*, págs. 274 y 275. Esta misma expresión ya había sido utilizada por DE BUEN, *Derecho civil común*, tomo I, Madrid, 1930, si bien éste dice que "el tipo Asociación...también puede ser llamado tipo Corporación", pág. 121 y por PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I, Edersa, Madrid, 1958, pág. 246.

[74] O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La persona jurídica no lucrativa tipo asociación. Conceptos Generales", artículo que abre el número dedicado a "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

otorga su plena capacidad, a diferencia del resto de las asociaciones se crean por negocio jurídico; así lo expresa el art. 37: *"La capacidad de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido"*. Son normalmente públicas, y de ser privadas, de interés general[75]. Es decir, el concepto genérico es el de asociación, y dentro del mismo distingue entre asociaciones públicas, cuyo estudio queda fuera del ámbito civil y asociaciones privadas, entre las que se encuentran las asociaciones *stricto sensu* -regidas por la Ley de 24 de diciembre de 1964, que pueden perseguir cualquier fin (de interés público o privado)- y las sociedades civiles o mercantiles, que persiguen fin de lucro; las sociedades, pues, son una especie dentro del género de las asociaciones. A ello hay que añadir que, en esta concepción de asociación en sentido amplio, la corporación, creada por ley, es un subtipo de asociación.

LASARTE ALVAREZ afirma que las personas jurídicas denominadas por el Código Civil "corporaciones" son básicamente asociaciones, ya que su componente personal es la nota más destacada; por tanto, su consideración como grupo autónomo no se asienta en sus características internas, sino en un dato formal: su creación o reconocimiento por ley (artículo 37 C.C.); son personas jurídico públicas que deben su nacimiento al propio impulso de la Administración y de los diferentes organismos políticos[76].

IV. B.3) Negación de esta pretendida extensión de la categoría asociación

[75] Esta clasificación la realiza en *Compendio de Derecho Civil*, I, Edersa, 1986, pág. 393. En "La persona jurídica no lucrativa tipo asociación...", *cit.*, pág. 13, añade: "asociaciones *stricto sensu* , regidas por la Ley de 24 de diciembre de 1964, que pueden perseguir cualquier fin (de interés público o privado) que puede ser de lucro o no (cultural, recreativo, etc.)"; subrayo esto último porque sorprende que el fin (al ser en singular parece ser el primordial) que pueda perseguir una asociación sujeta a la Ley de Asociaciones de 1964, sea de lucro. No obedece, sin embargo, a un *lapsus*, ya que en el comentario que O'CALLAGHAN MUÑOZ, hace al art. 35 del Código civil en *Código Civil, comentado y con Jurisprudencia,* Ed. La Ley-Actualidad, 1996, pág. 75, repite esta afirmación. Una clasificación similar es la seguida por PUIG BRUTAU en *Compendio de Derecho civil*, vol. I, Bosch, Barcelona 1987, pág. 287

[76] LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho civil*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1995, pág. 345.

Es claro, que -sin perjuicio de que este tema sea abordado en el capítulo 4- a la vista del Código civil, el origen legal marca la diferencia de la Corporación con la asociación[77].

Esto es: para distinguir las corporaciones de las asociaciones es necesario acudir a criterios jurídico-formales: la creación por ley, en el primer caso, el simple reconocimiento legal en el segundo[78]. A ello se añade desde antiguo, la naturaleza pública (personas jurídicas de Derecho público) de las primeras, frente a la privada de las segundas[79].

La diferencia en cuanto a la voluntariedad del origen, no obstante lo dicho anteriormente, es de tal entidad, que hace que parte de la doctrina les niegue el carácter de asociaciones, por considerar que es constitutiva de éstas el origen voluntario. En este

[77] DE COSSIO afirma que la pertenencia de los asociados al grupo, en el caso de la asociación, depende exclusivamente de su voluntad y de ella también depende la subsistencia del mismo, y en esto estriba la diferencia con la corporación, que debe su origen a una ley; *vid.* DE COSSIO y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Alianza Editorial, 1975, pág. 208.

[78] MANRESA, en su comentario al art. 35 del Código Civil, dice que las corporaciones son personas jurídicas *legales*, y las asociaciones, personas jurídicas *autorizadas*, aunque esta autorización tenga que proceder de una ley de carácter general; *vid.* MANRESA y NAVARRO, *Código civil español*, tomo 1º, Reus, Madrid, 1987, pág. 364.

[79] Estas dos notas son las empleadas por VALVERDE, *Derecho civil español*, tomo 1º, Ed. Cuesta, Valladolid, 1925, pág. 243, y DE BUEN, *Derecho civil común*, tomo I, *cit.*, pág. 121, quien confiesa que la distinción no es muy clara. Con ocasión de los primeros comentarios del Código civil se dijo que la nota característica de las corporaciones a que se refiere el Código era que "por sus fines y circunstancias tienen vínculos más estrechos con el Estado o la Autoridad pública: así nadie duda en llamar Corporación a esta Academia (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), mientras que al Ateneo se le denomina Asociación o Sociedad... Se requiere además que sean de interés público y las hay de utilidad cuando menos dudosa (Conde de TORREANAZ)"; *vid. ¿Qué circunstancias habrán de concurrir ...?, cit.*, págs. 494, 497 y 500.

Mientras la asociación es "toda reunión de personas que se constituye para un fin lícito por iniciativa particular...", las corporaciones "...no sólo están toleradas y consentidas como aquellas, sino constituidas por la ley misma. Tal sucede con las Academias y Universidades, pues existen por la voluntad del Gobierno que interviene en ellas: tienen vida permanente, ...; por consiguiente, la Asociación es más libre e independiente que la Corporación". "...el Código penal distingue en estas últimas (asociaciones), las lícitas de las ilícitas, mientras que para nada se ocupa de las Corporaciones, porque, dado su origen, no cabe suponer que caigan bajo la sanción de la ley. La mera posibilidad de que la iniciativa particular sea sospechosa, justifica la precaución del Código y que el Estado se reserve aprobar o no la Asociación. Esta es un hecho completamente libre; la Corporación por el contrario, es creada por la ley (COLMEIRO)"; *ibídem*, págs. 497 y 500.

"Las (asociaciones) de interés particular necesitan que su iniciativa sea sancionada por ley, al paso que ésta crea o regula por sí misma las Corporaciones, Asociaciones y fundaciones de interés público... . En las Corporaciones predomina el interés general y en las Asociaciones más libertad de acción. (SANCHEZ DE TOCA)"; *ibídem*, págs. 500 y 501.

sentido, CAPILLA RONCERO, dice que las Corporaciones no son asociaciones, porque no tienen base asociativa: su origen es un acto del legislador o la autoridad y no un acuerdo entre varias personas[80]. Para este autor el concepto asociación, a la vista del Código civil queda reservado para las personas jurídicas de Derecho privado, mientras la corporación, aunque conserve esa base personal, se corresponde con las personas jurídicas de Derecho público.

Puede concluirse que a partir de la promulgación del Código civil, si bien asociación y corporación tienen el mismo sustrato, -y en consecuencia ambos términos pueden extenderse como categoría básica de agrupación personal-, la primera queda referida a los supuestos de persona jurídico-privada creada por los particulares y la segunda, a los de persona jurídico-pública creada por ley o acto público en el marco de una ley[81].

De este modo, en el campo del Derecho público, fundamentalmente entre los administrativistas, se utilizan las categorías generales de "corporaciones" e "instituciones", y de hecho, en la generalidad de las clasificaciones de las Administraciones no territoriales se habla de Administración corporativa y Administración institucional[82].

---

[80] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, pág. 510.

[81] *Vid.* por todos, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, que a la vista de los antecedentes romanos citados por GARCIA GOYENA, hacen recaer la diferencia en que las corporaciones son las personas de Derecho Público, mientras las asociaciones, aunque sean de "interés público", en el sentido de perseguir una finalidad no lucrativa, permanecen en el área de Derecho Privado, jerárquicamente independientes de la Administración; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 2, pág. 262. No queda muy claro qué consecuencias tiene el ser declarada de Derecho Público. Los autores parecen atribuir como principal consecuencia la incardinación en la estructura jerárquica de la Administración.

Además de la nota del origen, la adscripción al Derecho público o privado, SANCHEZ ROMAN añade una nota distintiva de tipo finalista, según prevalezcan los fines individuales o colectivos: en las corporaciones existe un equilibrio entre ambos, y en las asociaciones prevalecen los individuales sobre los colectivos. Sin embargo, existen asociaciones en las que claramente prevalecen los intereses colectivos, y corporaciones que hacen valer intereses estrictamente privados de sus miembros, siquiera sea bajo una forma pública (como los colegios profesionales); *vid.* SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit.*, pág. 134.

[82] GARCIA DE ENTERRIA explica que "la corporación es un conjunto de personas, las cuales adoptan la condición formal de miembros; son estos miembros, por una parte, quienes son titulares de los intereses a los que el grupo va a seguir, aunque se trate de sus intereses comunes y no particulares; y en segundo término, los propios miembros son quienes organizan el ente, en el sentido de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de

Incluso, en la actualidad, no faltan autores que emplean la categoría "corporación" para designar figuras de Derecho privado: así, entre los civilistas, PANTALEON PRIETO, propone para designar el conjunto de asociaciones (o sociedades) de estructura precisamente *corporativa*, la denominación de "corporaciones jurídico-privadas", frente a las que están estructuradas por esquemas personalistas a las que denomina "sociedades contractuales" (sociedad civil, sociedad colectiva, sociedad comanditaria, agrupación de interés económico, cuentas en participación, etc.). En el ámbito de las "corporaciones jurídico-privadas" utiliza un criterio objetivo, para distinguir las *asociaciones en sentido estricto*, cuyo objeto principal no puede ser una actividad económica (Asociaciones de la Ley de 1964, Sindicatos, Partidos políticos, Asociaciones religiosas, etc.), de las *sociedades* que él denomina *estatutarias*, que ejercitan actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, como objeto principal (SA, SL, S.Com. por A., S. Coop., etc.)[83].

Desde una óptica más general, AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ distinguen entre el grupo de las "instituciones", que comprende las fundaciones e instituciones públicas, y las "corporaciones", que a su vez abarca corporaciones, asociaciones y sociedades[84].

---

un proceso representativo. En cambio, en los entes institucionales no existen propiamente miembros, aunque eventualmente pueda haber interesados, o destinatarios de la actividad, o usuarios de las prestaciones que dichos entes proporcionan; las instituciones son una creación del fundador, que es el que propone un fin a cumplir por el ente que crea (fin que éste sirve, pero que es externo a él, bien por ser propio del fundador, bien porque éste señala como beneficiarios a terceros, que no por ello pasan a integrarse en el ente como miembros, sino que se mantienen como terceros).... La corporación es, pues, un grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración. La institución es un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador a la gestión de una finalidad que en todo caso, remite a un interés que está situado fuera del ente, y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del propio fundador"; *vid.* GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1997, (8ª ed.) pág. 373.

[83] PANTALEON PRIETO, *op. cit.*, págs. 40 y ss. De las características de la estructura corporativa frente a la personalista me ocuparé en los capítulos 3 y 5.

[84] AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ, en "La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario: protección y promoción por el Estado", en *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991, págs. 158, 159 y 170.

Si bien vimos que en la actualidad se impone la utilización precisa de los tres términos citados (asociación, corporación, sociedad), el propio PANTALEON reconoce que el término "asociación", no sólo es preferido modernamente al de "corporación", sino también al de "sociedad" como categoría general que englobe a los fenómenos asociativos en el ámbito jurídico-privado[85]. Y de hecho, actualmente, DIEZ-PICAZO y GULLON entienden que el concepto genérico "...“asociación” ...abarca todas las agrupaciones o conjuntos de personas cualesquiera que sean los fines que persigan"[86].

IV. C. La solución de la Jurisprudencia al problema de la terminología: la prevalencia del fondo sobre el *nomen*

Una manifestación de que el nombre no es determinante de la naturaleza de la figura y en consecuencia, del régimen jurídico, es el constante empleo indistinto -y no siempre técnicamente correcto- en el tráfico jurídico, de los términos "asociación" y "sociedad". De ello da buena prueba la Jurisprudencia.

Cabe afirmar que con anterioridad a la promulgación de la primera Ley de Asociaciones, este fenómeno era mucho más acentuado. Así, v.gr., se emplea el término "asociación" para supuestos sometidos al régimen del contrato de sociedad u otro tipo de contratos: la STS de 3-11-1870, trata de un contrato de aparcería al que denomina asociación, en el que "los demandantes habían formado una asociación para adquirir en subasta una dehesa, obligándose a cederla a los asociados si se remataba a su favor" (Gaceta de 1-1-1871); la STS de 12-12-1873 denomina "asociación" a un pacto que hacen dos integrantes de una sociedad para jugar en compañía dos billetes en las sucesivas extracciones de lotería pública (Gaceta de 12-12-1873).

---

[85] PANTALEON, *op. cit.*, pág. 7, nota (6). En contra, PAZ-ARES que emplea la categoría sociedad general, con la importante circunstancia de que en su opinión, esto determina un concepto no sólo doctrinal sino normativo, puesto que sí existiría un régimen común aplicable: el contrato de sociedad civil del 1665 y ss. del Código civil, convenientemente depurado de aquellos elementos ajenos al origen negocial, fin común y comunidad de contribución; *vid. Comentarios*...II, *cit.* págs. 1301 y ss.

[86] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Instituciones ...cit.*, vol.I, pág. 767.

Con posterioridad a la misma, abundan los supuestos inversos: se habla de "sociedad" respecto a supuestos claramente comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones.

En este sentido, el Real Decreto de competencia[87] de 15-7-1903 (Gaceta de 17-7-1903), falla en favor de la autoridad judicial, declarando que a ella corresponde conocer la causa contra una Junta saliente por negativa al cumplimiento de los preceptos estatutarios (en concreto, dar información a la entrante); se habla de "Sociedad comprendida en la Ley de Asociaciones de 1887", pero no por ello sometida en este punto a la autoridad administrativa sino a la judicial.

La STS de 9-3-1913 (Gaceta de 14-5-1913) emplea indistintamente los términos asociación y sociedad para referirse a la asociación de labradores y cosecheros de la villa de Medina del Campo -distinta del Gremio de labradores de la misma localidad-, constituida con el objeto de organizar una fuerza de Guardas particulares juramentados, que eviten los daños que frecuentemente se producen en el campo.

En orden al concepto y el ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones de 1887, la decisión más interesante es la STS 28-3-1919, (Sala 2ª de lo civil) (Gaceta de 27-7 y 3-8 de 1919), en referencia al pleito con la Asociación de los Gremios de Carnes de Madrid.

> "Que no obstante aparecer registrada en la Dirección de Seguridad una Asociación con intento de acomodarla a la ley de 30 de junio de 1887, puede dicha entidad tener también, si sus funciones, objeto y fines lo evidencian, otra naturaleza sustantiva, porque los derechos y las obligaciones no surgen y se definen por el nombre que les dan las partes, sino por razón del concepto jurídico en que se informan con arreglo a las leyes, y constituyendo uno de los objetos principales de la asociación el lucro, y por más que aparecen en sus estatutos otros de orden cultural y filantrópico, que no desnaturalizan su carácter esencial de

[87] Los denominados Decretos de competencia, que incluyo junto con las decisiones jurisprudenciales, determinan en cada caso concreto si la competencia para conocer de los abusos cometidos contra o con ocasión del ejercicio del derecho de asociación, corresponde a los Tribunales o a la Administración. Se oye al Consejo de Estado, y revisten la forma de Reales Decretos.

> sociedad civil, es visto que no es aplicable la ley de 30 de junio de 1887, ni el art. 13 de la Constitución;...aunque se trate en la forma de una Asociación regida por la ley especial de 30 de junio de 1887, la entidad que se encuentre en aquel caso constituye, en verdad una Sociedad de naturaleza civil comprendida en los art. 1680 y concordantes del Código, ..."

En este mismo sentido de prevalencia del fondo sobre la forma, la STS de 5-12-1923 (Sala 2ª de lo civil) (Gaceta de 2-4-1924), se refiere a una Archicofradía que

> "a más de un aspecto religioso deducido de su título o denominación y culto que practica, un carácter eminentemente civil, por funcionar como persona jurídica, sin intervención de la Iglesia y hallarse regida por las Ordenanzas de 5-3-1804".

Los recurrentes decían que se infringía la Ley de Asociaciones de 1887, puesto que aunque se hallaba inscrita en el Registro de Asociaciones,

> "es al solo efecto de que la autoridad superior de la provincia tenga conocimiento de su existencia, pero sin que pueda dudarse de que se trata de una asociación puramente eclesiástica..."

Los RR.DD. de Competencia 3-3-1928 (ambos de idéntico contenido, en la Gaceta de 4-4-1928) son especialmente interesantes, porque contienen un concepto jurídico de asociación sometida a la Ley de Asociaciones de 1887. El caso se refería a una asociación de regantes constituida interin se organizaba la correspondiente Comunidad.

Efectivamente, pretendía ser una asociación y no una sociedad; sin embargo, al hallarse funcionando sin haber cumplido los requisitos exigidos en aquella ley, la Administración se considera competente para declararla disuelta. Los Decretos, en la misma línea que la STS de 1919, parecen contener un concepto de asociación de tipo residual: una asociación quedará sometida a la Ley de Asociaciones cuando no cumpla los requisitos necesarios para constituir otro tipo de figuras. Esta amplitud, no obstante, es

compatible con la exigencia de una serie de requisitos (comunicación previa al Gobernador, etc.) que deben cumplirse para adquirir existencia legal.

> "Que en la clasificación de las personas jurídicas que hace el art. 35 del Código civil...debe examinarse cual es la verdadera naturaleza jurídica de la que se trata.
>
> Que en el amplio concepto de asociación de interés particular a que se refiere el núm. 2 del citado artículo y el 36 del expresado Código han de distinguirse las que encajan en la figura del contrato de sociedad, bien sean civiles o mercantiles, y las asociaciones lícitas para los distintos fines de la vida que se regulan por la Ley de 1887.
>
> Que no es potestativo en los interesados el calificar como pertenecientes a unas y otras, las personas jurídicas que crean con su consentimiento, sino que su cualidad viene impuesta por su naturaleza conforme a las leyes y, por tanto, en todas aquellas en que falten los especiales requisitos que para las sociedades civiles señala el art. 1665 del Código civil y para las mercantiles el 116 del Código civil, han de considerarse necesariamente comprendidas en el concepto genérico de asociación que regula la expresada ley, ya que en su amplitud caben todas las modalidades en que, persiguiéndose la obtención de cualquier fin lícito por la cooperación humana, no aportan sus individuos bienes determinados ni verifican distribución de las utilidades o ganancias que con los mismos se obtuvieren"

En el caso de que se trata

> "...no sólo no aportaron bienes, sino que aun en el supuesto de que los hubieren aportado sería nulo el contrato de sociedad por no haberse hecho inventario de los bienes aportados, conforme al art. 1668 del Código civil.
>
> ...por ser indudable que también las asociaciones gozan de la necesaria capacidad para adquirir y administrar bienes sin perseguir necesariamente un lucro especial, sino alguna ventaja para el fin perseguido y en definitiva para los mismos asociados"

También en este sentido, la STS de 25-10-1962 (Cont-adm, sala 4ª)(RJ 1962/4118) referente a la Agrupación de Vendedores de Libros de ocasión en el mercado de san Antonio de Barcelona. La citada agrupación aparece como agrupación apolítica con finalidad recreativa y cultural que tiene por objeto fomentar los lazos de compañerismo, atender a la divulgación y el fomento del libro de ocasión, la moralidad de sus publicaciones, etc. Sin embargo, el TS a la vista de que sólo pueden ser socios numerarios los que se dediquen a la actividad comercial de compraventa de libros de ocasión, y de la vaguedad e imprecisión de los fines expuestos, declara su carácter económico-gremial, sin que el calificativo de "recreativa" con que se la designa aparezca como adecuado para las actividades de la misma. La STS concluye que coinciden sus fines de defensa de intereses económicos o de clase con los de la Organización Sindical, y en consecuencia, debían integrarse en la misma.

También llegaba al TS el supuesto inverso: entidades que habían adoptado la forma de sociedad mercantil, y que real o supuestamente, ejercitaban actividades políticas -o al menos, propias de las asociaciones sin ánimo de lucro-, habiendo eludido de esa forma la preceptiva autorización. En la STS 16-12-1974 (Cont-adm, sala 4ª) (RJ 1974/4990), sobre el caso CEISA -sociedad anónima con fines culturales dedicada a la investigación y a la enseñanza con ánimo de lucro-, el TS estimó que precisamente por haber adoptado esa forma de sociedad mercantil, estaba exenta del cumplimiento de los requisitos de la Ley de Orden público[88].

Quizá lo más destacable de la escasa jurisprudencia que en este periodo se produce sobre puntos del régimen sustantivo y la naturaleza de las asociaciones, sea el afán de los Tribunales, de *traspasar el formalismo de la denominación y desentrañar su auténtica esencia*. Con ello se pretenden diversas finalidades, si bien destaca la de la aplicación o no de los controles político-administrativos

[88] No obstante, la razón fundamental de este pronunciamiento judicial, es que, aunque obviamente la sentencia no lo diga expresamente, se inserta en una corriente que puede considerarse anticipadora de la eliminación de trabas a la libertad de asociación; *vid*. también STS 21-11-1974, (en ambas, ponente Adolfo SUAREZ MANTEOLA).

propios de la Ley de Asociaciones, o en otros casos la aplicación del régimen económico de la sociedad civil[89].

Tras la Constitución encontramos ejemplos de lo dicho en la STS 10-12-1986 (Cont-adm, sala 4ª) (RJ 1986/1030); se trataba de una asociación, denominada "El juego de la cultura...cuya verdadera actividad era la encubierta, con ostensible ánimo de lucro..."; tal actividad encubierta consistía en la realización de juegos de azar sin autorización. Recibe la correspondiente sanción por la falta de autorización, pero nada se dice en cuanto a su posible transformación o consideración como sociedad.

También, en la STS 18-11-1996 (Civil) (RJ 1996/8370), que considera que

> "resulta evidente que la sociedad anónima "Club de Golf Los Villares, SA" y la sociedad deportiva "Club de Golf Los Villares" integran una única y sola entidad, si bien adoptaron esa aparente forma dual para poder amparar, con arreglo a la legalidad vigente en la época de la constitución (año 1974), el mantenimiento del patrimonio social en caso de desaparición de la sociedad deportiva...".

E incluso, recientemente, la STS 18-6-1997 (Cont-adm, sección 7ª), el TS entiende que

> "...aunque la Administración carece de facultad discrecional ante una petición de inscripción en el Registro por tratarse de un acto reglado..., ello no empece para que la Administración analice la naturaleza jurídica del ente moral cuya inscripción se pretende, comprobando así que va a acceder al Registro de asociaciones una entidad que no es propiamente una asociación..." (FJ 1º)

Vistas estas cuestiones generales sobre el concepto, estamos en condiciones de comenzar el análisis de cada uno de los elementos con los que la doctrina y la Jurisprudencia españolas, a la vista de los datos aportados por las leyes, han intentado construir un

[89] Controles que han desaparecido tras la entrada en vigor de la Constitución, razón por la cual se cita jurisprudencia anterior a la misma.

concepto de asociación en sentido técnico, más limitado que la amplia noción expuesta al principio del capítulo.

Con el análisis de cada elemento, se trata por una parte, de calibrar si efectivamente el mismo es esencial al concepto asociación, al tiempo que se conocen los problemas que suscita y las soluciones que se ofrecen tanto en la doctrina española y extranjera, como desde los Tribunales; de esta manera quizá se pretende, en la medida de lo posible, aprehender la sustantividad de esta figura en el Derecho español actual.

Voy a tratar de seis elementos, cada uno de los cuales ocupa un capítulo. La extensión es variable, según la dificultad técnica y las cuestiones planteadas por cada uno.

Comenzaremos con el elemento básico indiscutido: el sustrato personal.

CAPITULO 2

ELEMENTO PERSONAL: EL SUSTRATO DE LA ASOCIACION

I. UNA CUESTION PRELIMINAR: ¿ES EL ELEMENTO PERSONAL LO QUE CARACTERIZA A LA ASOCIACION FRENTE A OTRAS FIGURAS?

Asociación frente a fundación

La opinión mayoritaria considera que el *tipo de sustrato* marca una diferencia esencial entre las asociaciones (los entes jurídicos de base personal) y las fundaciones. El sustrato de la asociación, entendida ésta en sentido amplio, es una pluralidad de personas asociadas para la consecución de uno o más fines de interés común. En la fundación el sustrato es un patrimonio, creado por el fundador (pueden ser varias personas) para realizar un fin o fines determinados por aquél[1].

Sin embargo, una línea doctrinal relativamente reciente, representada en Italia por GALGANO, sostiene que la concepción de la asociación como conjunto de personas y la fundación como patrimonio destinado a un fin, es una idea ya superada, pues la fundación ha de ser concebida como la organización creada para el destino de un patrimonio[2]. Es decir, es tan importante la

[1] Por todos, DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit*., pág. 274; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 2, pág. 262; DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit*., págs. 604 y 605.

[2] GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, Cedam, Padova, 1993, págs. 252 y ss. especialmente, pág. 255. Todo ello ya había sido puesto de manifiesto por GIORGI, que afirmaba que no hay diferencia sustancial, sino sólo diferencias accidentales, entre asociaciones y fundaciones. HÖLDER incluso, equiparaba las asociaciones altruistas a las fundaciones; ambos, citados por GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil,* Civitas, Madrid,

organización de personas que gestionan el patrimonio, como el patrimonio en sí, aunque es claro que sin éste no podría haber fundación y teóricamente sin patrimonio sí que podría haber asociación.

En nuestro sistema se comprueba que efectivamente, en las fundaciones, lo que podríamos calificar de "elemento personal de la figura", (que no del sustrato, pues éste es un patrimonio adscrito a un fin), a saber, los *gestores* de la misma que componen el Patronato, va tomando hoy en día una importancia cada vez mayor.

Además de que la *Ley 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general* contiene un concepto de la misma en el que destaca ese elemento de organización[3], la práctica demuestra que en las fundaciones se acentúa el elemento personal en el Patronato: aparte de que en muchos casos es tan numeroso como una asociación (v.gr. en torno a 50 miembros, en ocasiones), generalmente son personas implicadas y comprometidas con su actuación (y con posibles nuevas aportaciones a ese patrimonio) con el fin fundacional, tanto o más que los asociados con el fin asociativo[4].

Otros indicios de la existencia de un acercamiento entre una y otra figura, son los siguientes:

1983, pág. 254. En esta misma línea, el *Rapport Fontaine*, anteriormente citado, aludía a la estrecha ligazón de las fundaciones con las asociaciones, por su finalidad y su acción; *vid.* FONTAINE, *Las associations sans but lucratif...cit.*, pág. 9. Precisamente por esto, como veremos enseguida, el PREAE prevé que las fundaciones puedan constituir una Asociación Europea.

Otra vía de reflexión en este aspecto, sería la concepción de la ya consagrada legislativamente en España, *sociedad de responsabilidad limitada unipersonal* (art. 125 LSRL), que no deja de ser un patrimonio adscrito a un fin lucrativo.

[3] Y de hecho el término "organización" sugiere el de "personas"; no en vano el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, define "organización" como "conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado". Así define el art. 1º de la Ley 30/1994 a las fundaciones: "1. *Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*. 2. *Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos, y en todo caso, por la presente Ley*". Sobre este concepto *vid.* las obras colectivas, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. 1º, Marcial Pons-Escuela libre Editorial-Fundación ONCE, Colección Solidaridad 7, Madrid, 1995 y *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Fundación Futuro, Madrid, 1995 y MARTINEZ LAFUENTE, *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Aranzadi, Pamplona, 1995.

[4] Datos obtenidos del *Primer Encuentro sobre Entidades sin ánimo de Lucro*, IESE, en colaboración con la Secretaría de Asuntos Sociales y la Confederación Española de Fundaciones, Madrid, marzo de 1997.

-Así como es casi obligado, que en las fundaciones se contrate a gestores que actúan por cuenta del Patronato, al que dan cuenta, muchas asociaciones -especialmente las benéficas, que desarrollan actividades en favor de los beneficiarios- también contratan a gestores, que son los que realmente realizan las actividades de la asociación[5].

-Como veremos al hablar del elemento teleológico, las asociaciones objeto de este trabajo -no lucrativas-, y las fundaciones tienen en común, entre otros elementos, el carácter no lucrativo del fin.

Asistimos hoy en día a la creación de una categoría nueva en la que prima la finalidad sobre la forma jurídica adoptada: las asociaciones en sentido estricto (especialmente las asistenciales) y las fundaciones, se encuadran en lo que se ha dado en llamar Tercer Sector (también Sector no lucrativo o *Non-Profit Sector*)[6]. En este contexto, las diferencias entre asociación y fundación se difuminan[7].

Sin embargo, cabe considerar que el elemento personal sigue siendo el que caracteriza a la asociación frente a la fundación. Lo que sucede, es que pueden y deben introducirse matizaciones, como la "posición sirviente" respecto al fin que la organización colectiva adopta en las fundaciones, frente a la "posición dominante" que adquiere en las asociaciones. Así, en la fundación, los administradores están vinculados al fin asignado por el fundador;

[5] Los llamados usualmente "directores técnicos", que en ocasiones son ajenos a la Junta directiva, los "cooperantes" no voluntarios sino remunerados, que prestan servicios médicos en algunas asociaciones de ayuda al desarrollo, etc.. El examen más detallado de la posibilidad de remuneración de los cargos asociativos y su relación con la prohibición del reparto de lucro, se hace en el capítulo 3.

[6] Las organizaciones que lo conforman, adopten la forma jurídica que adopten, suelen recibir la denominación de Organización no gubernamental, (ONG). Cfr. capítulo 3.

[7] Al igual que sucede con las *Charities* anglosajonas. WARBURTON y NORRIE, traducen este último término como "organismos de beneficencia" o "con estatuto caritativo"; *Vid.* "Royaume-Uni", en *Le Droit des Associations*, volumen II, Editions Lamy, 1994, pág. 214. Se caracterizan más que por la forma -pueden adoptar forma de *Unincorporated association* (asociación no registrada), de *Friendly Society*, de *Company limited by guarantee*, o de *Trust* (fundación)- por su objeto, que debe ser exclusivamente caritativo o de beneficencia, quedando privadas de su estatuto peculiar si realizan otro tipo de actividades.

sin embargo, los miembros de la asociación pueden disponer otro fin al previamente adoptado[8].

En mi opinión, otras diferencias que impiden la asimilación entre ambas figuras se manifiestan en primer lugar, en el negocio fundacional de ambas figuras: en el caso de la fundación basta con una sola persona que realice la dotación[9], y en el caso de las asociaciones es esencial, como veremos, un *acuerdo* aunque sea entre dos personas.

En segundo lugar, en el mayor grado de intervencionismo público que existe en las fundaciones, a través del Protectorado; intervencionismo incompatible con el carácter de derecho fundamental de que goza la asociación (por estar ubicado en la Sección 1ª del Capítulo II del Título primero de la CE) y del que carece la fundación (que se incluye entre los "Derechos y deberes de los ciudadanos" de la Sección 2ª de dicho Capítulo). Lo más importante en la asociación, verdaderamente, es la actividad personal, actividad en la que, de principio a fin no puede inmiscuirse la Administración injustificadamente. En las fundaciones, lo importante es el fondo patrimonial que se gestiona. La Administración, por medio del Protectorado controla toda la actividad, lo cual sería impensable en el caso de las asociaciones.

También se encuentran diferencias, y no poco importantes, en el tratamiento fiscal. DE PRADA GONZALEZ, explica que la Asociación, además de estar regida por criterios democráticos[10] (junta elegida por socios que son el centro de poder de la entidad), tiene necesidad de la declaración de utilidad pública para gozar de los beneficios fiscales. Sin embargo, está menos controlada por el Estado que las Fundaciones, precisamente por ese carácter de derecho fundamental al que acabo de aludir. La Fundación, a

[8] En este sentido, RODRIGUEZ GUITIAN, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, págs. 126 y 127.

[9] Sobre el negocio jurídico fundacional, puede verse, DURAN RIVACOBA, *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

[10] Sería más acertado, en mi opinión, hablar de "autogobierno", que de democracia interna, pues como veremos en el capítulo 5, éste no se trata de un requisito esencial a toda asociación. Por lo demás, *vid*. DE PRADA GONZALEZ, en el vol. col. *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Fundación Futuro, Madrid, 1995, págs. 27 a 29.

diferencia de la asociación, está regida por el Patronato, nombrado por el fundador pero con plena autonomía frente a éste, y goza de acogida directa al régimen fiscal previsto por las Leyes fiscales y en particular por la Ley de Fundaciones de 1994.

Asociación frente a sociedad mercantil capitalista

El predominio de la unión de personas es también lo que caracteriza a las asociaciones frente a algunas de las sociedades mercantiles. En éstas, aún existiendo aquella agrupación de personas, según el TC, "en particular, *en las sociedades de capitales*, predominan, frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales" (STC 23/1987 de 23 de febrero, FJ6º). Unión de personas, la de la asociación, que crea "no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos" (STC 218/1988, de 22 de noviembre, FJ 1º). Con la expresión "unión de capitales", entiendo que el TC quiere decir que en este tipo de sociedades importa, no tanto la persona del socio, que es fungible, sino lo que éste aporta. Tal configuración, además, sólo debe predicarse, de las sociedades mercantiles tradicionalmente clasificadas como "capitalistas" y no de las sociedades de tipo "personalista", v.gr. la sociedad colectiva, en la que cobra una indudable importancia el aspecto de "unión de personas"[11]. No me detendré ahora en estas sentencias, porque las mismas, y sobre todo, muchas de las cuestiones que abordan, serán objeto de análisis en los próximos capítulos.

[11] En el comentario que LASAGABASTER hace de esta sentencia en "Derecho de asociación y libertad de empresa. Nota a la STC 23/1987, de 23 de febrero", *Revista vasca de Administración Pública*, nº 22, 1988, págs. 189 a 202, no se incide en esta cuestión, sino en la crítica a la asimilación que hace la sentencia de los contenidos de los arts. 22 y 38 CE; identificación, que también es criticada entre otros por FERNANDEZ FARRERES, en *Asociaciones y Constitución*, *cit.*, pág. 190. LASAGABASTER, critica además, el recurso que la sentencia hace, para su fundamentación, al Derecho comparado: no sirven como punto de referencia los datos aportados por el sistema jurídico italiano o el alemán, que en algunos puntos fundamentales, -v.gr. no existe recurso de amparo en el sistema italiano y todos los preceptos constitucionales están garantizados de la misma forma- ofrecen importantes divergencias respecto al español: "En definitiva, el TC ha realizado una serie de apreciaciones que no se estiman acertadas, sin tener en cuenta que el principal dato para la resolución del problema es el formal, es decir que la libertad de empresa está reconocida en un artículo de la Constitución que nada tiene que ver con al libertad de asociación", pág. 201.

Enunciado de las cuestiones que suscita el elemento personal de la asociación

A la vista de lo anterior, el elemento personal de la asociación, sin ser el factor único y decisivo de diferenciación de la asociación respecto a otras figuras, se revela como un elemento característico y esencial a la misma. Esta pluralidad de personas en que consiste el sustrato o base de las asociaciones plantea diferentes cuestiones sobre las que merece la pena detenerse.

1/ Uno de los primeros problemas que se plantean se refiere al concepto de "pluralidad", y en concreto al número de personas necesario para constituir la asociación. Este punto se conecta con el problema de la asociación devenida unipersonal.

2/ El segundo, que presenta mayor importancia, guarda relación con el concepto de "persona", y se concreta en dilucidar si de una asociación pueden formar parte personas jurídicas, e incluso si puede estar constituida únicamente por ellas, y más en concreto aún, si puede estar constituida sólo por fundaciones.

3/ Por supuesto, tratándose de personas físicas, es preciso determinar qué capacidad necesitan para constituirla (y prestar el consentimiento para vincularse) y para integrarse en una asociación ya constituida[12]. Y aunque haya perdido actualidad, también hay que plantearse si los extranjeros pueden formar parte e incluso, integrar totalmente una asociación española. En efecto, a diferencia de otras Constituciones, que reconocen el derecho de asociación a *los ciudadanos* (art. 18 de la Constitución italiana de 1947) o a *los nacionales* (art. 9 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949), nuestra

[12] Una breve mención en este momento, pues no me ocuparé de este tema, a determinadas restricciones que la Constitución española contiene para casos especiales, siempre interpretables de modo excepcional, según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 115. La Constitución permite la limitación o exceptuación del ejercicio de derecho de asociación sindical de los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y prevé peculiaridades respecto a los de los funcionarios (art. 28.1), y a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados, a quienes prohibe, mientras se encuentren en activo, pertenecer a partidos y sindicatos (art. 127.1). Como vemos, se trata de supuestos que se alejan del tipo común de asociaciones sin ánimo de lucro, objeto de este trabajo.

Constitución emplea el impersonal *"Se reconoce"*, con lo que se plantea su aplicación a dos supuestos especiales: a las personas jurídicas y a los extranjeros[13].

Las consideraciones que siguen son aplicables tanto a las personas fundadoras o constituyentes de la asociación, como a los miembros de la asociación ya formada. Cuando se impongan las distinciones -v.gr. la capacidad de la persona física para ser fundador o para ser miembro- lo haré constar expresamente.

II. NUMERO DE PERSONAS NECESARIO PARA CONSTITUIR LA ASOCIACION

Tres personas

En el Derecho Romano, eran necesarias tres personas para constituir un *collegium*, según se recoge en el Digesto: *"Neratius Priscus tres facere existimat "collegium", et hoc magis sequendum est" (Marcell. 1 dig.)*, esto es: "Neracio Prisco opina que tres personas pueden constituir un "colegio", y así parece que debe admitirse"[14].

Este principio llegó a ser el Derecho Común e imperó también en el Derecho Canónico, que exigía la concurrencia de tres personas físicas, como mínimo[15]. El fundamento de este principio es más importante de lo que parece a primera vista. Está conectado a la diferenciación que ya en Derecho Romano, se apreciaba entre la *universitas* o corporación y la *societas*[16]. Precisamente una de las

[13] Sobre la titularidad de derechos fundamentales en estos dos supuestos, *vid.* el trabajo de CRUZ VILLALON "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *REDC*, nº 35, mayo-agosto 1992.

[14] Como se vio en el capítulo anterior, figuras relativamente cercanas al concepto actual de asociación, ya se hallan contempladas en el Derecho Romano. La cita es del Digesto: *D.* 50, 16, 85 (MARCELO).

[15] *Codex Iuris Canonici*, de Pío X, (he consultado la edición publicada en Roma en 1917) canon 100 §2, *"Persona moralis collegialis constitui non potest, nisi ex tribus saltem personis physicis"*. El Código de Derecho canónico de 25 de enero de 1983, actualmente vigente, regula las asociaciones de fieles en el Título V de la Parte I del Libro II (c. 298 a 329). El c. 299§1 dice "*Los fieles tienen la facultad, mediante un acuerdo privado entre ellos, de constituir asociaciones para los fines de los que trata el c. 298 §1, sin perjuicio de lo que prescribe el c. 301 §1*" -referido este último a las correspondientes autorizaciones eclesiásticas- pero como se ve, no exige ese número mínimo.

[16] Cfr. capítulo 6.

diferencias entre ambas figuras, a juicio de FERRARA, radica en que mientras la corporación se regía por las deliberaciones de la mayoría, la sociedad se gobernaba por la voluntad individual de los asociados, consecuencia de lo cual era, que la corporación no podía formarse sino con tres individuos por lo menos (*tres facere...collegium*), en tanto que la sociedad podía constituirse con sólo dos personas[17].

En el ámbito del Derecho positivo europeo, actualmente mantienen esta regla la Ley belga[18] y la luxemburguesa[19]. No obstante, en el Derecho belga, es posible según 'T KINT, la concurrencia de sólo dos fundadores. La asociación gozaría, en este caso, de personalidad jurídica, pero estaría expuesta en todo momento a ser disuelta por decisión judicial del Tribunal civil de la sede de la asociación, a instancias de cualquier persona interesada o del Ministerio fiscal, conforme al art. 18 de la Ley. Si en el momento de la constitución de la asociación, no hay más que una sola persona es imposible que se constituya la asociación, puesto que faltaría el acuerdo de voluntades, intrínseco a todo contrato[20].

Dos personas

No es imposible jurídica ni técnicamente que una asociación pueda organizarse con sólo dos personas, y de hecho es la solución que expresamente adopta la Ley francesa (*Loi relative au contrat d'association*, de 1 de julio de 1901) que habla de la asociación como "*la convention par laquelle deux ou plusiers personnes*".

En algunos sistemas jurídicos como el italiano o el portugués, donde no hay pronunciamiento expreso sobre el tema, la doctrina se

[17] FERRARA, *op.cit.*, pág. 35.

[18] *Loi du 27 juin de 1921, accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique* (art. 2.1).

[19] *Loi du 21 de abril de 1928, sur les associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique,* prevé un número mínimo de tres personas (arts. 2 y 3).

[20] 'T KINT, *Associations sans but lucratif*, Répertoire notarial, Larcier, Bruselas, 1987, nº 98. En contra LINDEMANS, citado por aquél.

inclina por esa solución[21]. El Código civil holandés modificado en 1976, califica el acto de constitución de la asociación, en el art. 26.2, como un acto multilateral ("*Una asociación se constituye por un acto multilateral*"), lo cual según la doctrina de ese país no debe ser interpretado como que *deban* ser más de dos, sino en sentido de que *pueden* ser más de dos[22].

En cierta manera también llega el BGB a esta solución. El §56 exige, *en el momento de la inscripción*, una cifra mínima de siete miembros. Sin embargo, en el momento de la redacción de los Estatutos -que es lo que en definitiva supone la fundación de la asociación (pues con la inscripción lo que adquieren es la capacidad jurídica[23])-, basta con que haya dos socios como mínimo[24].

En el Código civil suizo, donde tampoco nada se prevé al respecto, la doctrina exige -si se pretende actuar por la regla de la mayoría, que es lo que prevé el art. 67.1- tres como mínimo, para poder formar la asamblea general. Si los Estatutos prevén la unanimidad, teóricamente serían suficientes dos[25].

Otras soluciones

[21] RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, trad. de la 4ª ed. italiana, Reus, Madrid, 1979, pág. 447, afirma que a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Romano, actualmente, para formar el ente colectivo bastan dos personas (a no ser que la ley prescriba otro número mayor), puesto que los acuerdos pueden ser tomados por otros procedimientos que no sean el de la mayoría. Y el *Codice* -que es la ley que rige para las asociaciones sin ánimo de lucro-, no prevé ningún número mínimo. Más recientemente, GALGANO sostiene abiertamente que las partes pueden ser dos o más; *vid.* GALGANO, *Diritto civile e Commerciale,* vol. I, *cit.*, pág. 200.

El Código civil portugués de 1966, -reformado en este título en 1977- tampoco contiene ninguna previsión al respecto, pero la naturaleza misma de la asociación y diversas disposiciones de la Ley , especialmente, las relativas a las deliberaciones de la asamblea general, impone que haya por lo menos dos o más asociados.

[22] STILLE, *Le Droit des associations*, Lamy, Paris, 1993, pág. 162.

[23] En este contexto, este término viene a equivaler a personalidad jurídica; *vid.* LEHMANN, *op.cit.*, pág. 649, VON TUHR, *op.cit.*, pág. 126 y bibliografía allí citada.

[24] SOERGEL-HADDING, *BGB*, 12ª ed., 1988, § 25, nº 29.

[25] COLLAUD, *Comment créer ete animer une association*, Ed. Réalités sociales, Lausanne, 1990, pág. 12.

No faltan ordenamientos que prevén un número superior, como el griego -"*veinte personas por lo menos*" (art. 78.2 del Código civil helénico[26])- o el PREAE

> *"Podrán constituir una AE:*
>
> *-un mínimo de dos entidades jurídicas, mencionadas en el Anexo[27], constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro y que tengan su domicilio y su administración central al menos en dos Estados miembros;*
>
> *-un mínimo de siete personas físicas[28] que residan al menos en dos estados miembros*
>
> *-una o varias de las entidades mencionadas en Anexo, de acuerdo con al menos de siete personas físicas que residan al menos en dos estados miembros"*

Y a la inversa: ha habido intentos de instaurar la asociación *ab initio* unipersonal. El art. 2.01 del *Projet de loi sur les sociétés canadiennes à but non lucratif* de 1978 ya citado[29], acepta la posibilidad de fundación por una sola persona, considerando la exigencia del número mínimo de tres personas -previsto en el art. 154 de la *Loi sur les corporations canadiennes* de 1970- como "una exigencia inútil a la que es fácil sustraerse, puesto que muchas veces algunas de las personas que aparecen como fundadores simplemente están "designadas" sin desempeñar ningún papel real en la marcha de la asociación[30]. La exigencia de la Ley de 1970 era cubierta en muchas

---

[26] El Código civil griego de 1946 dedica sus arts. 78 a 107 a las asociaciones concebidas como *"uniones de personas que persiguen un fin no lucrativo"*.

[27] El citado Anexo para el caso de España dice que son *"las asociaciones y fundaciones regidas respectivamente por la Ley de 24 de diciembre de 1964 y los artículos 35 y siguientes del Código Civil"*.

[28] En la primera redacción de la propuesta, se decía "al menos 21 personas físicas".

[29] *Vid. Exposé détaillé sur le Projet de loi concernant les sociétés canadiennes à but non lucratif*, Quebec, 1978, que contiene una comparación con la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* de 15 de diciembre de 1975. Este proyecto estaba inspirado en el informe del prof. CUMMING, titulado *Propositions pour un nouveau Droit des Corporations Canadiennes sans but lucratif* (volumen I con comentarios a la propuesta y volumen II, con el texto, publicados en *Information Canada*, Ottawa, 1974). De idéntico contenido al art. 5 de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*. De hecho uno de los objetivos del prof. CUMMING, era que la *Loi sur les sociétés canadiennes à but non lucratif*, correspondiera en todo lo posible a la *Loi sur les corporations commerciales*, salvo en aquellas cuestiones propias del fin lucrativo.

[30] *Exposé détaillé sur le Projet ...cit.* pág. 12.

ocasiones, según CUMMING, por *prête-nomes* (testaferros) sin que ello supusiera ninguna garantía para los acreedores de la asociación"[31]. Dicho art. 2.01 dice

> *"uno o más particulares*
>
> *a) que no sean menores de 18 años*
>
> *b) que no sean incapacitados (declarados por un Tribunal canadiense o extranjero*
>
> *c) que no sean quebrados*
>
> *pueden constituir una corporación firmando los Estatutos de incorporación y cumpliendo lo previsto en el art. 2.03 (referido al registro de los Estatutos, que es necesario para obtener* l'incorporation)"

La Ley austríaca de asociaciones de 1951, es la única en el ámbito europeo que, *de lege lata*, prevé la constitución, o *rectius,* la "promoción" unipersonal de la asociación, pues entiende, en el art. 3, que es suficiente un solo fundador que declare su voluntad de crear una asociación y la comunique a las autoridades competentes en la materia, acompañándola de un proyecto de Estatutos. Si en el plazo de seis semanas no media prohibición expresa de las autoridades, puede comenzar sus actividades, la primera de las cuales será una asamblea general constituyente en la que al menos tres miembros deciden crear una asociación basada en los Estatutos, que no han sido rechazados por las autoridades. Pero como se observa, la auténtica constitución no es unipersonal, sino que se impone el clásico "*tres facere...collegium*".

Como es sabido la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre (12ª Directiva comunitaria en materia de sociedades), acepta en su art. 2º la categoría de la sociedad de capital unipersonal, tanto originaria como sobrevenida[32]. En aplicación de esta Directiva, la

[31] CUMMING, *Propositions pour un nouveau Droit ...cit.* pág. 12.

[32] Véase el comentario que de la misma hace ALONSO UREBA en "La 12ª Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración de la RDGRN de 21 de junio de 1990", en el vol. col. *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea* :*Estudios en homenaje a Girón Tea*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 63 y ss.

LSRL de 1995, como una de sus principales novedades, acoge y regula dicha posibilidad en los arts. 125 a 129. No constituye en mi opinión un apoyo para la aceptación de dicha posibilidad en materia de asociaciones sin ánimo de lucro, pues las razones favorables a la admisión de esta figura -principalmente, permitir al pequeño y mediano empresario concurrir en igualdad de condiciones con el grande, según AVILA NAVARRO[33]- no son aplicables a la figura objeto de nuestro estudio. Así como en el caso de las sociedades limitadas, dice aquel autor, no hay ningún obstáculo dogmático, sino sólo gramatical, en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, sí que lo hay, puesto que su esencia es la colaboración. Aquí surge de nuevo, el carácter de derecho fundamental que se ejercita por medio de esta figura, cuyo "carácter relacional y coparticipado constituye su misma esencia", según AGUIAR DE LUQUE. Precisamente la primera manifestación de este derecho, la constituye el derecho a crear un vínculo duradero con otros individuos para la consecución de ciertos fines[34].

Respuesta de la legislación y la doctrina española

La Ley de Asociaciones de 1887 nada preveía al respecto y la Ley de 1964 en su art. 3, habla simplemente de *"varias personas naturales"*, lo que consolidó la corriente doctrinal que entendía bastaban dos personas para la constitución y subsistencia de la asociación[35].

---

[33] AVILA NAVARRO, *La Sociedad Limitada*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 1.012.

[34] AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES, *op.cit.*, págs. 616 y 617.

[35] GARCIA PESARRODONA, *Régimen jurídico-administrativo de las asociaciones*, Barcelona, 1950, pág. 61; PELLISE PRATS, voz "Asociación", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III,1951, pág. 69 y PUIG PEÑA, *op.cit.*, pág. 250; respecto a la Ley de 1964, LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág.147; SANCHEZ DE FRUTOS, "La asociación. Su régimen jurídico en el Derecho español", *RCDI*, 1965, pág. 893; CARPIO MATEOS, "El patrimonio de la Asociación y los derechos de los asociados", *RCDI*, 1972, pág. 772; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 2, *cit.*, pág. 290; CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, pág. 502; LASARTE ALVAREZ, *Principios*...tomo I, *cit.*, pág. 360; HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco...", *cit.*, pág. 102; PUIG i FERRIOL, en PUIG i FERRIOL *et al. Manual de Derecho Civil* I, Pons, Barcelona, 1995, pág. 389.

Nada se dice tampoco en la Constitución acerca del número mínimo de personas que ha de haber para constituir una asociación. Podría pensarse entonces que basta con dos personas, y que, en cualquier caso, será el Legislador ordinario el que, en cada caso, fije ese *minimum.* De hecho, en la práctica en el Registro Nacional de Asociaciones se están admitiendo las constituidas e integradas por sólo dos socios.

Las Leyes autonómicas de asociaciones sí que han tomado partido en esta cuestión. El Legislador vasco opta por fijar un número mínimo de personas: *"tres o más"* (art. 5º.1). También la Ley catalana exige como mínimo, en su art. 2.1 *"tres o más personas"*, lo cual ya era mantenido por BORRELL y SOLER antes de la publicación de la vigente Compilación catalana[36].

La opción legislativa por el mínimo de dos personas, obedece según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, a un entendimiento muy amplio del derecho de asociación que pone el acento en la libertad individual, mientras que la opción por la cifra mínima de tres personas, responde a una preocupación por la significación social del grupo en que toda asociación consiste y también por la funcionalidad del derecho en el seno de la asociación[37].

No obstante, en mi opinión, no existe ningún obstáculo teórico para aceptar la asociación constituida por solo dos personas, pues en ella se da, siquiera sea mínimamente, el sustrato esencial a las asociaciones: la pluralidad personal, a lo que se suma el carácter abierto y vocacionalmente receptor de nuevos socios que tiene la asociación, gracias al cual, en la mayoría de los casos, la situación descrita (sólo dos socios) será tan sólo transitoria. El engrosamiento de las filas de la asociación, en teoría, contribuiría a conseguir y mejorar la funcionalidad de ésta; sin embargo, es fácilmente imaginable que ello no tiene porqué suceder necesariamente: dos asociados competentes y activos pueden ser más efectivos que un

[36] BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1944, pág. 75. Cito este autor como representante de la doctrina catalana, aunque esta opinión era mantenida por otros especialistas en la materia, como LOPEZ-NIETO y MALLO, *La Ordenación...cit.*, pág. 91.

[37] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 123.

abultado número de socios pasivos y desinteresados respecto al fin asociativo. Por lo demás, es cierto que en una asociación de más de dos personas, se facilita la toma de acuerdos (por mayoría, y en caso de empate, por el -generalmente- voto dirimente del presidente), pero ello no es motivo suficiente para negar la posibilidad de una asociación de sólo dos socios: en los Estatutos puede haberse atribuido a uno de ellos (v.gr. la persona que ocupe el cargo de Presidente) un voto de calidad.

El art. 5º del ALODA de 1997 opta, sin embargo, por el número mínimo de tres personas.

En relación al número mínimo de miembros para la constitución se halla un problema conexo: la cuestión de la asociación devenida unipersonal (o en su caso de número inferior al legal).

La cuestión de la asociación devenida unipersonal y en general, la reducción a un número inferior al legal

SAVIGNY señalaba que en el Derecho Romano, el número mínimo de tres, sólo era exigido en el momento de organizar la corporación, pues una vez constituida la *universitas* puede continuar con un sólo individuo e incluso sin ninguno[38].

En general, este extremo no suele estar previsto en las Leyes. Sin embargo por vía doctrinal y jurisprudencial se han ido dando diversas soluciones. Así, en Derecho francés, la reducción a un solo miembro entraña la disolución de pleno derecho, ya que al tener la asociación una base contractual, se hacen necesarias, cuanto menos, dos personas[39]. Es más: el socio único debería proceder a las operaciones de liquidación, puesto que en caso contrario, se expone al riesgo de crear una confusión, especialmente a los efectos patrimoniales, entre su actividad y la de la asociación: se trata, en

[38] SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, II, *cit*., págs. 80 y 81.

[39] Y el contrato necesariamente exige dos partes, con independencia de que las obligaciones sean para una de ellas o para ambas. Sobre la aplicación a la asociación de las cuatro requisitos esenciales del contrato previstos en el art. 1108 del *Code; vid*. BRICHET, *Associations et syndicats*, Litec, 1986, nº 44 y ss.

definitiva de evitar posibles fraudes. Si el socio único no procede a la liquidación de la asociación, el *Tribunal de grande instance*, a petición del *Procureur de la République* o de cualquier interesado, puede constatar la disolución y ordenar que se proceda a las operaciones de liquidación (conforme al art. 7 de la Ley de 1901), para lo cual se podría nombrar un liquidador judicial[40].

La reducción a un sólo socio provoca también según el Derecho belga, la disolución de pleno derecho de la asociación. Esta regla consagrada por la *Cour de Cassation* en materia de sociedades comerciales, debe ser extendida a las asociaciones sin ánimo de lucro, según 'T KINT[41]. Los Estatutos pueden fijar un número mínimo por encima de esa cifra, para evitar el riesgo de disolución por reducción de socios a un número inferior al legal. El control de esta previsión (y la que seguidamente veremos de la nacionalidad) es asegurado gracias al hecho de que los Estatutos -que deben reflejar el número y la nacionalidad-, son objeto, junto con la lista exhaustiva de los asociados, de publicación en el *Moniteur Belge* (art. 3 de la Ley de 1921)[42].

El Código civil holandés, que en muchos aspectos es exponente de las últimas tendencias doctrinales, permite la pervivencia de la asociación de un solo socio, ya que la causa de disolución prevista en el art. 19 del título I del Libro 2º, es *"e) la ausencia total de miembros si la persona moral es una asociación..."*, sin perjuicio claro está, de que los Estatutos puedan prever que la asociación se disuelva cuando se

[40] *Lamy Associations*, febrero de 1989, *Partie I, Etude 103,* pág. 3. Muchos de los autores que he consultado (los manuales de CARBONNIER y COLIN y CAPITANT o las obras especializadas de BRICHET, DEBBASCH y BOURDON, *Les associations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993 y LANNEREE, *Les associations de la Loi de 1901. Les fondati*ons, Editions du Puits Fleuri, Hericy, 1997) no tratan este punto.

[41] 'T KINT, *op. cit.*, nº 247.

[42] Debe también publicarse una lista con el nombre y apellidos, domicilio y profesión de los administradores de la asociación designados en conformidad con los Estatutos. Tan importantes son estas medidas de publicidad, que de su cumplimiento, depende la adquisición de personalidad jurídica (art. 3 de la Ley de 1921). Al igual que en Bélgica, la Ley luxemburguesa prevé el control de la cifra mínima, por medio de la publicación de la lista de los miembros activos (*associés effectifs*) que debe ser depositada en el archivo del Tribunal civil de la sede, dentro del mes siguiente a la publicación de los Estatutos. Lista que debe ser revisada y completada anualmente. La revisión tendrá lugar en el plazo de un mes a contar desde la clausura del ejercicio social.

llegue a una cifra superior a uno; pero en todo caso se trataría de una causa de disolución voluntaria y no legal. El art. 182.1 del Código civil portugués permite llegar a la misma solución: la causa de disolución legal prevista por es la *"muerte o desaparición de todos sus miembros"*.

En nuestro sistema la cuestión no está resuelta expresamente ni en el Código civil, ni en la Ley de Asociaciones estatal ni en la Ley vasca, y ha sido un tema poco tratado por la doctrina civil hasta ahora[43]. La Ley catalana, aporta, indirectamente, una solución. El art. 25 d) prevé como causa de disolución la "*baja de los asociados y asociadas de forma que queden reducidos a menos de tres socios o socias*". Y este régimen es el siguiente:

> *"El órgano de gobierno debe convocar la asamblea acto seguido de tener conocimiento de cualquiera de las causas especificadas en el artículo 25. Cualquier asociado o asociada puede solicitar al órgano de gobierno la convocatoria de la asamblea, si estima que se ha producido alguna de estas causas. La asamblea debe acordar la disolución o lo que sea necesario para remover la causa.*
>
> *3. Si la asamblea no ha sido convocada, no ha tenido lugar o no ha adoptado ninguno de los acuerdos a que se refiere el apartado 2, cualquier persona interesada puede solicitar al Juez de primera instancia del domicilio social que convoque la asamblea o disuelva la asociación"*

Dejando aparte algunos aparentes problemas de coordinación de los párrafos 1º y 2º del art. 26, que se resuelven fácilmente[44], a los

[43] CLARET MARTI consideraba que a falta de norma concreta, es aplicable subsidiariamente el art. 1665 del Código civil, que repudia la sociedad de una sola persona; *vid.* CLARET MARTI, *Las asociaciones, su régimen jurídico*, Bosch, Barcelona, 1941, pág. 114; LLUIS i NAVAS, constata que la Ley de Asociaciones no prevé esta causa de disolución, pero construye las asociaciones como una pluralidad orgánica de personas, por tanto, la reducción a un solo miembro supone la desaparición de un requisito esencial de la subsistencia de la asociación, y por tanto, del conjunto legislativo, resulta una causa de extinción; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 332. LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO afirman que la ulterior reducción a un asociado no determina la disolución de la asociación; *vid. Elementos...* I-vol.2, *cit*. pág. 290.

[44] No se entiende muy bien que el párrafo 1º del art. 26 exija el acuerdo de la asamblea para la disolución, únicamente en los supuestos definidos en el art. 25. c) "*expiración del plazo fijado en los*

efectos del punto que nos ocupa, lo relevante es que la reducción a uno o dos miembros, posibilita a estas dos personas -o a *esta persona* si es sólo uno...-, acordar -o decidir singularmente- la disolución. Pero en aplicación del art. 26, también pueden acordar -o puede decidir- "*hacer lo necesario para remover tal causa*", en este caso, proceder a la captación de nuevos socios. De cualquier forma, lo que no pueden -o puede- hacer, es mantener esa situación indefinidamente, sino que o bien ha de poner fin a la asociación, o restablecer la pluralidad mínima de socios (tres). Transitoriedad de la situación, en suma, que, por otra parte, es la solución que se da para el caso de las Sociedades Anónimas[45]. En el caso de que persistiera la situación sin optar por ninguna de las dos soluciones, cabría la intervención judicial en los términos previstos en el párrafo 3º del art. 26.

De lege ferenda, podría adoptarse una solución similar a la propuesta por la Ley catalana; en ningún caso, en mi opinión, debería preverse que la asociación quede irremisiblemente disuelta *ex lege* por reducción a un número de personas inferior al legal, para evitar una multiplicidad de procesos de "re-constitución" (y "re-inscripción", en su caso) de asociaciones, sino que deberían arbitrarse unos instrumentos que permitan a los miembros de esa asociación ya creada, volver a reunir ese número mínimo, o en su caso, la correspondiente intervención judicial. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que los Estatutos sí que puedan prever la disolución de la asociación por reducción del número de miembros a una determinada cifra fijada por los mismos.

Estatutos o realización del fin para el que se constituyeron o imposibilidad de alcanzarlo" y 25. e) "*cualquier otra causa establecida en los Estatutos*"; parece que en el resto de los supuestos -incluido el que estamos viendo- debería ser "automática". Vemos sin embargo, que en definitiva, se hace necesario un acuerdo de la asamblea o en su caso, la resolución judicial.

[45] El problema se había planteado con las Sociedades Anónimas, y la respuesta que tanto el TS como la DGRN han dado al respecto puede resumirse en que la reunión de las participaciones sociales en una sola mano no es causa de que la Sociedad quede disuelta automáticamente, pero en todo caso, es una situación anormal que no debe perdurar mucho en el tiempo; especialmente representativas son las SSTS de 25-11-1985 (RJ 1985/5897) y 28-2-1989 (RJ 1989/1407) y las RRDGRN de 13 y 14-11-1985 (RJ 1985/6635 y 6636) y la de 21-6-1990 (RJ 1990/5366). En este sentido, se pronuncian además, GARRIGUES y LANGLE). En el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la LSRL, ha admitido la posibilidad de que este tipo de sociedades sean unipersonales, dotándola de las necesarias garantías para evitar su utilización fraudulenta.

III. PERSONAS JURIDICAS COMO FUNDADORAS O INTEGRANTES DE UNA ASOCIACION

La exigencia prevista en el art. 3 de la Ley de 1964, de que los sujetos constituyentes de la asociación fuesen *"personas naturales"*, planteó en su momento a la doctrina el interrogante acerca de la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran constituir e integrar una asociación[46].

La postura afirmativa está representada, entre otros, por DE LOS MOZOS[47]; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO[48]; CAPILLA RONCERO[49], MALUQUER DE MOTES[50] y por MARIN LOPEZ[51]. La postura negativa es mantenida en España por LOPEZ-NIETO, que reserva este derecho a las personas naturales por tratarse de un derecho del ciudadano, mientras que las personas jurídicas no tienen ciudadanía sino sólo nacionalidad y domicilio[52]. LASARTE ALVAREZ, por su parte, afirma que el derecho de asociación es reconocido a los ciudadanos, y por tanto a las personas físicas. Otra

[46] Respecto a la Ley de 1887 que nada establecía ni un sentido ni en otro, se pronuncia en favor de esta posibilidad CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit.*, pág. 218.

[47] DE LOS MOZOS, *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 282.

[48] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol.2, *cit.* pág. 290, quienes afirman que "el requisito de tratarse de personas *naturales* parece encaminado a impedir federaciones en forma de asociación. Las federaciones de personas jurídicas reciben una regulación muy restrictiva en el D. 20 de mayo de 1965, sin duda por motivos políticos. En el momento presente más bien parece rechazable la exigencia de que el fundador sea persona natural, pues la Constitución no distingue...".

[49] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, pág. 502, que aduce como argumento la libertad de autoorganización de las asociaciones, que permite la constitución de asociaciones "tanto por personas físicas como otras asociaciones, ya que en el fondo así se ejercita la libertad de asociación por quienes formen parte de las asociaciones que se integran en otra". El inconveniente de este argumento es que excluye la posibilidad de que otro tipo de personas jurídicas, no incluidas en el art. 22 CE (fundaciones, sociedades mercantiles, etc.), puedan constituir asociaciones.

[50] MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 164.

[51] MARIN LOPEZ, para quien "también las personas jurídicas (incluso las) no asociativas - pienso particularmente en las fundaciones- son titulares del derecho fundamental de asociación"; *vid*. MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación sobre asociaciones*, Tecnos, Madrid 1994, pág. 33.

[52] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La Ordenación...cit.*, pág. 30.

cosa, añade, es que las personas jurídicas de base personal puedan agruparse en federaciones por motivos de cualquier índole, pero no en desarrollo de un derecho fundamental propio de los seres humanos[53].

Existe una postura intermedia, defendida por LLUIS i NAVAS, que acepta que la constitución está reservada a las personas naturales por imperativo de lo dispuesto en el art. 3º de la Ley si bien "no se comprende muy bien la razón de este requisito", pero que una vez constituida la asociación, pueden ingresar personas jurídicas[54].

En los países de nuestro entorno jurídico, predomina la postura positiva. Así, aunque la doctrina italiana no dedica mucha atención a este punto, da como cierto que pueden formar parte de la asociación personas físicas, personas jurídicas[55] e incluso "entes" y en concreto, asociaciones no reconocidas[56]. Pueden existir asociaciones compuestas sólo por asociaciones y estas, a su vez, con otras asociaciones, denominadas respectivamente, *federazioni, confederazioni o associazioni complesse*[57].

También la doctrina y Jurisprudencia alemanas, admiten que toda persona física o jurídica -incluso, las *Nichtrechtsfähige Vereine*,

[53] LASARTE ALVAREZ, *Principios*...tomo I, *cit*., pág. 361.

[54] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., págs. 147 y 148. También mantenía esta postura PUIG i FERRIOL, en ediciones anteriores de su obra (PUIG i FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-1, Barcelona 197, págs. 704 y 705); actualmente en el *Manual de Derecho civil*, I, *cit*., pág. 389, admite abiertamente que puedan constituirla personas jurídicas.

[55] FERRARA refiriéndose a las personas jurídicas *in genere*, se pronuncia afirmativamente, pues "miembros pueden ser personas físicas o jurídicas, a veces sólo estas últimas (consorcios de entes públicos, instituciones de beneficencia, etc.)"; *vid.* FERRARA, *op.cit*., pág. 757.

[56] EROLI, *Le associazioni non reconosciute*, Jovene Editore, Napoli, 1990, pág. 123.

[57] GALGANO, "Le associazioni, Le fondazioni, I comitati", en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1987, pág. 279. El problema puesto de manifiesto por este autor, será la determinación del órgano al que ha de ser referida cada actividad -fundamentalmente, a efectos de responsabilidad-: a las asociaciones de grado inferior o de grado superior. La solución pasa por los Estatutos y las esferas de competencia que en su caso hayan fijado.

las asociaciones sin capacidad jurídica- puedan ser fundadores de una asociación[58].

En Francia, se acepta que la asociación (y en concreto *le contrat d'association*) puede estar constituida (o concluído) únicamente por personas físicas, o únicamente por personas jurídicas (que, si son todas asociaciones, han de adoptar el nombre de unión, según el art. 7 del Decreto de 16 de agosto de 1901, de desarrollo de la Ley de Asociaciones) o por ambas a un tiempo[59].

Volviendo a España, el interrogante, a partir de la Constitución de 1978, se inserta en una cuestión de mayor envergadura: el debate acerca de la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas.

Nuestra Constitución, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn (art. 19.3: *"Los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza sean aplicables a las mismas"*) o la vigente Constitución italiana, en su art. 2, que afirma que *"La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad"*, no contiene una declaración general sobre este punto. Y de hecho, tanto la doctrina alemana como la italiana, a

[58] En este sentido, SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht,* Carl Heymanns Verlag, KÖln, 1997, §24 IV, pág. 707, y referencias allí citadas. ENNECERUS, afirmaba simplemente que pueden ser *admitidos como miembros* en la asociación (no se refería a la constitución) no solamente las personas naturales y jurídicas sino también las asociaciones sin capacidad jurídica, correspondiendo en este caso el derecho de miembro a todos los miembros en mano común, de manera que sólo tienen un voto y un deber de contribuir; *vid.* ENNECERUS, *Derecho civil,* tomo 1, *Parte General*, vol. I, revisión de NIPPERDEY, trad. de la 39ª ed. alemana y notas de PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 494.

[59] Así se manifestó el *Conseil d'État* en decisión de 31 de julio de 1952 (*J.O.* 17 de septiembre de 1952). Es una posibilidad clara para la generalidad de los autores. Ya a principios de siglo, MICHOUD, afirmaba "una persona moral puede formar parte de otra persona moral: es el caso de una asociación que forma parte de otra asociación"; *vid.* MICHOUD, *La Théorie de la personalité morale et son aplication au Droit Français*, tomo 2, Paris, 1909, pág. 2; BRICHET, en "Associations. Constitution. Capacité. Fonctionnment", *Civil Annexes,* 5, 1986, Fasc. 1, nº 27; BEHAR-TOUCHAIS, voz "Association", *Encyclopédie Dalloz,* CIVIL, *Recueil,* enero de 1993, nº 43. BONNECASE matiza en *Elementos de Derecho civil*, tomo 1, Puebla (Méjico), 1944, pág. 242, que el sustrato sólo puede estar formado por personas físicas, pues "...sin duda...se encuentran uniones de asociaciones...Pero, en definitiva, siempre encontraremos en su base personas físicas agrupadas, puesto que las sociedades (léase aquí las asociaciones), que dan origen a lo que podría llamarse en ciertos aspectos una superagrupación o interagrupación de sociedades, no se conciben en sí mismas, sin personas físicas que sean los asociados"; obviamente esta afirmación es cierta, pero no constituye argumento válido para negar esta posibilidad.

pesar de que los respectivos Códigos civiles nada dicen, se pronuncian, como vimos, claramente en sentido positivo.

Con independencia de la fundamentación doctrinal de tal titularidad[60], la doctrina jurisprudencial la atribuye sin excesivos problemas a las personas jurídicas eminentemente personalistas (*universitates personarum*)[61] y la respuesta del Derecho positivo ha sido rotunda, al menos en la materia que ahora nos interesa.

---

[60] Si se considera que la base de los derechos fundamentales es la dignidad de la condición humana -el propio art. 10 de la Constitución que habla de *"la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes..."*-, el libre desarrollo de la persona humana, el pleno despliegue y perfeccionamiento de la misma (LUCAS VERDU, GARCIA DE ENTERRIA, PUENTE MUÑOZ), habría que negárselos a las personas jurídicas, puesto que carecen de la dignidad inherente a la personas humana y obviamente, falta el sustrato real de la personalidad a desarrollar y perfeccionar. Pero este inconveniente se salva si se piensa que en definitiva, las asociaciones son *organizaciones humanas,* encaminadas a la consecución de un fin, a las que el Derecho acepta como miembros de la comunidad otorgándoles capacidad jurídica.

Todo lo expuesto se halla relacionado con una cuestión conexa, aunque diversa: el debate acerca de a quién corresponde la titularidad del derecho fundamental de asociación -a las personas individuales que la constituyen, o a la asociación ya constituida- debate en torno al cual se han perfilado dos posturas. Una de ellas atribuye el derecho de asociación a la entidad ya constituida. Con acogida en la doctrina alemana, esta postura considera que el derecho fundamental de asociación no se halla garantizado de forma plena, si su ámbito sólo incluye el derecho a crear organizaciones nuevas o integrarse en las existentes, sino que debe incluir la protección de las organizaciones que son fruto del ejercicio de tal derecho, lo cual supone el reconocimiento a tales asociaciones de un conjunto de derechos no disponibles por los poderes públicos (es la teoría del *Doppelgrundrecht*); para la segunda postura, la titularidad que, en su caso, tenga el ente colectivo, se halla limitada a dar plena efectividad al derecho individual y por ello es complementaria y accesoria; *vid*. FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH, en "Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*", en SALVADOR CODERCH, von MÜNCH, FERRER i RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada,* Civitas, Madrid, 1997, pág. 101, nota (57) y bibliografía alemana allí citada. En nuestra doctrina, también se discute si el derecho de asociación implica necesariamente, a su vez, que la asociación sea titular de otros derechos fundamentales (lo que se derivaría de aceptar la primera de las posturas citadas). Algunas SSTC han considerado que el derecho de asociación es un *"derecho fundamental-fuente"*, del cual brotan toda una serie de derechos que se afirman a su vez de la persona jurídica. Esta construcción la ha asumido el TC en algunas sentencias (SSTC 22/1981, de 8 de abril, FJ 11º y 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5º), aunque sólo en relación con los sindicatos y no con otras entidades: "el derecho a la libertad de acción sindical corresponde no sólo a los individuos que fundan sindicatos o se afilian a ellos, sino también a los propios sindicatos, ya que dicha libertad, junto con los demás medios de acción previstos en el artículo 28. 1 de la Constitución integran el núcleo esencial de la actividad sindical"; sobre esta cuestión, *vid.* FERNANDEZ SEGADO, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *REDC*, nº 39, septiembre-diciembre de 1993, págs. 233 y 234.

[61] Como dice la STC 139/1995 "ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales" (FJ 4º). Hay algunos derechos fundamentales reconocidos expresa y específicamente, según esta sentencia, a determinados tipos de organizaciones, como v.gr. "la libertad religiosa que se garantiza a las asociaciones de ese carácter (art. 16 C.E.)... o las asociaciones tienen reconocido el derecho a su propia existencia (art. 22.4 C.E.)". La STC de 17 de octubre de 1985 afirma que las personas

En efecto, el TC se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la extensión de otros derechos fundamentales a las personas jurídicas, en especial respecto al derecho al honor[62]. No se ha pronunciado directamente en el caso del derecho de asociación, sino que lo ha hecho con ocasión del debate sobre otras cuestiones. No por ello ha sido falto de claridad:

> "el derecho de asociación lo pueden ejercer no sólo los individuos que se asocian sino las asociaciones ya constituidas"

El fundamento de esta afirmación radica en que

> "la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de

jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales, en tanto su naturaleza se lo permita, y en concreto pueden serlo del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Sobre este punto, *vid*. DE LA HAZA, "Observaciones a un STC sobre inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas", *LL*, 1988/3.

Decía que el reconocimiento no plantea problemas en lo referente a las *universitates personarum*; en aquellas en que prevalece el sustrato patrimonial (*universitates bonorum*), se suscitan más dudas: la STC de 5 de octubre de 1989, si bien se niega el reconocimiento del derecho a un partido político por tratarse de una persona jurídica privada pero de relevancia pública, sostiene que en realidad el tratamiento debería ser distinto según se tratara de personas jurídicas de base personalista (pensemos en una asociación) -respecto de las cuales cabría tal reconocimiento- o de base real (una fundación, o incluso una sociedad capitalista). Además, la Constitución, en el art. 162.1.b), legitima para interponer el recurso de amparo, a toda persona natural o *jurídica* que invoque un interés legítimo. Como tal recurso tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales, se ha visto aquí un apoyo legal en favor de la citada tesis, aunque el art. 53.2 hable de "cualquier ciudadano" como actor del recurso de amparo. Este argumento no es decisivo, porque no es lo mismo ser titular de un derecho, que tener legitimación para recurrir en defensa de ese derecho; de hecho, es posible la llamada *legitimación por sustitución*, que es precisamente la que poseen las personas jurídicas, en defensa de los derechos de las personas físicas que forman parte de ellas. Con ello se sigue cumpliendo el requisito del "interés legítimo" al que alude el art. 161, pues es un concepto este último lo suficientemente amplio como para incluir todo interés individual o social tutelado por el Derecho, indirectamente, con ocasión de la protección de un interés general. Las personas jurídicas pueden recurrir en amparo, en defensa de (y solamente) los derechos fundamentales.

[62] *Vid.* RODRIGUEZ GUITIAN, *op.cit.* y evolución jurisprudencial detenidamente analizada en dicha obra. Destaca la STC 176/1995, de 11 de diciembre, que afirma que, tanto las personas jurídicas como los grupos sociales sin personalidad, son titulares del derecho al honor. Otros análisis de SSTC recientes que versan sobre este punto, pueden encontrarse en CAMPOS PAVON "La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas", *La Ley*, 12 de julio de 1996, y FERRER i RIBA, "Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor", *RJC*, 1996, nº 3.

> libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental" (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1º)[63]

Esta sentencia como constata FERRER i RIBA, parece restringir la posibilidad de ser titular de derechos fundamentales (que la STC 139/1995 denomina "complementarios" de las personas jurídicas[64]) a aquellas personas jurídicas que persiguen fines o tienen un objeto protegido mediante algún derecho fundamental.

> De cualquier forma, la doctrina del TC obliga a entender contrario a la Constitución, el requisito del art. 3 de la Ley de Asociaciones de 1964, que reservaba el ejercicio del derecho a las personas naturales[65].

Las Leyes autonómicas tomaron claro partido en este punto. Así, con una dicción casi coincidente, el art. 5 de la Ley vasca y el art. 4.1 de la Ley catalana, permiten que puedan:

> *"constituir asociaciones y ser miembros de las mismas:*
>
> *a) Las personas físicas mayores de edad y las menores emancipadas*
>
> *b) Las personas jurídicas de toda índole públicas y privadas*[66]
>
> *c) Las personas menores de edad cuando se trata de asociaciones juveniles"*

Igual amplitud de criterio mantiene el ALODA de 1997 en su art. 5º:

---

[63] Sobre dicha sentencia *vid.* los comentarios de LASAGABASTER, "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público", *Estudios sobre la CE. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, 1991, págs. 662 a 665 y de CRUZ VILLALON, muestra una panorámica del problema en "Dos cuestiones de titularidad..." *cit.*, págs. 80 a 82.

[64] La STC 139/1995, distingue entre derechos fundamentales de las personas jurídicas que tutelan los fines de aquéllas y derechos "necesarios y complementarios para el cumplimiento de sus fines", esto es, "aquellos derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas garantizando sus condiciones de existencia e identidad..." (FJ 5º). El derecho a propósito del cual se debate es el del honor de las personas jurídicas, pero los razonamientos son aplicables al de asociación.

[65] Ley que por otra parte, permitía expresamente que las asociaciones se unieran a otras para la constitución de federaciones. En este sentido LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 121, así como la generalidad de la doctrina.

[66] El inciso "de toda índole" sólo aparece en la Ley vasca.

> *"Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas, con arreglo a las siguientes normas"*

Se abre así la posibilidad de que las asociaciones estén constituidas:

a) únicamente por personas físicas; b) únicamente por personas jurídicas; c) por personas físicas y por personas jurídicas.

La Ley catalana (art. 8), al igual que la la Ley vasca (art. 23) regula las *Uniones de asociaciones* -Federaciones y Confederaciones y Coordinadoras- que considera "asociaciones de asociaciones", pues las somete al mismo régimen de constitución, y de democracia interna, con el *plus* de la exigencia de garantía de participación de todas *(las asociaciones integrantes)* en la adopción de acuerdos (art. 8.3º). Asimismo también se les aplican, en su caso, las normas sobre las asociaciones no inscritas (art. 8.4º).

A continuación me voy a ocupar de dos tipos concretos de personas jurídicas como posibles sujetos de la asociación: las personas jurídicas públicas y las fundaciones[67].

Personas jurídicas públicas

Acabamos de ver que las Leyes autonómicas consideran que no sólo las personas jurídicas privadas sino también las personas jurídicas públicas pueden ser sujetos constituyentes y miembros de la asociación.

En Francia, puede hablarse incluso de una creciente generalización del uso de la figura de la asociación sin ánimo de

[67] No trataré aquí de otro tipo de personas jurídicas, tales como las sociedades civiles o las sociedades mercantiles. Como personas jurídicas que son, se planten los obstáculos vistos para la atribución de derechos fundamentales a las mismas; en el caso concreto de las sociedades, la admisión de la posibilidad de que sean sujetos constituyentes o integrantes de una asociación *sin ánimo de lucro*, se enfrentaría además con el *ánimo de lucro* que caracteriza a las sociedades. Pero el obstáculo se vence fácilmente si se hace la siguiente distinción: si lo que se pretende con la asociación de sociedades son ventajas económicas, ha de acudirse a otras vías, tales como la AIE, posibilidad que se analiza con mayor extensión en el siguiente capítulo; si lo que se pretende es un objetivo ajeno al lucro, v.gr. colaborar en una actividad de mecenazgo, o en una actividad benéfica, no hay ningún obstáculo teórico para afirmar que pueden ser sujetos de una asociación.

lucro por parte de la personas jurídico-públicas[68]. En Alemania, las personas jurídicas de Derecho público, según la Jurisprudencia, pueden igualmente ser miembros de una asociación privada, y por ello, gozarán una capacidad de Derecho privado en el marco de las atribuciones que les sean conferidas[69].

La duda se plantea en España, en torno a qué debe entenderse por personas jurídico-públicas. Cuando se habla de "personas jurídico-públicas", se comprenden, en primer lugar, las llamadas "Administraciones Públicas de base territorial": Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales.

La citada STC 64/1988 sostenía -sin pronunciarse expresamente acerca de si estos entes gozan del derecho de asociación[70]- que tanto el Estado como las demás personas jurídicas públicas ostentan derechos fundamentales (*in genere*) en la medida en que

> "recaben para sí ámbitos de libertad de los que deben disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el artículo 20 cuando los ejercitan Corporaciones de derecho público" (STC 64/1988, FJ 1 º)

En el voto particular de varios magistrados (DIEZ-PICAZO, TRUYOL SERRA Y BRAVO-FERRER) a esta STC, se hace una distinción entre Estado y personas jurídico-publicas, a los efectos de negar a aquél la titularidad de derechos fundamentales; se basan en que para la realización de los fines e intereses públicos, el Estado posee potestades y competencias, no derechos fundamentales, que son precisamente, una garantía de los particulares frente al poder

[68] "Si los autores de la Ley de 1901 -dice NEGRIN- sin duda no se imaginaban que los asociados pudieran ser personas de Derecho público, los integrantes de las Administraciones Públicas, tanto a nivel nacional como local, han adquirido rápidamente el hábito de crear asociaciones que son calificadas generalmente de administrativas"; *vid.* NEGRIN, *Les associations administratives, AJDA,* 1980, nº 3, pág. 129.

[69] *BGHZ*, 20, 119, 126.

[70] El debate se plantea respecto a otro derecho fundamental: el derecho al honor de las personas jurídicas. Observando diversas sentencias del TC en las que se sustanciaba esta cuestión -además de la repetidamente citada STC de 12 de abril de 1988, las de 8 de junio de 1988, 22 de febrero de 1989-, puede verse que la denegación del derecho al honor -sustituido por un valor de grado más débil: el "prestigio"-, se da respecto del Estado y determinadas personas jurídico públicas.

público[71]. El concepto de Estado que estos autores parecen emplear es restringido: organización de poderes públicos de ámbito nacional, diferenciada por su ámbito territorial de las Comunidades Autónomas y Entes Locales territoriales[72]. La distinción que los magistrados hacen en su voto particular es criticada por LASAGABASTER, pues efectivamente, no tiene mucha justificación que un Gobierno autónomo sea titular de un derecho fundamental, y sin embargo no lo sea el Estado[73].

Centrándonos en esta problemática atribución del derecho fundamental de asociación a las personas jurídico-públicas, si atendemos a la práctica, no encontramos asociaciones en sentido propio -sometidas a la Ley de Asociaciones de 1964- hechas por el Estado[74], ni tampoco por las Comunidades Autónomas, pero sí en el caso de entes locales: v.gr. la Federación española de Municipios y Provincias, inscrita en el Registro de asociaciones -sujeta por tanto, a la Ley de Asociaciones de 1964- y que ostenta, además, la declaración de utilidad pública.

---

[71] DIAZ LEMA, que ha estudiado específicamente este punto, afirma que la relación jurídica que late en los derechos fundamentales es "unidireccional" en el sentido de que siempre el Estado tiene el deber y los particulares el derecho. Así, resulta fácil negar la titularidad de derechos fundamentales al Estado, porque éste no necesita protegerse frente a sí mismo. El autor citado apunta la posibilidad de reconocer tales derechos a otro tipo de Administraciones públicas (organismos autónomos, corporaciones de Derecho público, corporaciones locales), que pueden encontrarse frente al Estado, entendido como organización central o general, en una posición de subordinación similar a la que caracteriza la relación entre los particulares y el Estado. Sólo admite su atribución al Estado cuando éste actúa como particular. DIAZ LEMA, "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico públicas?", *RAP*, nº 120, sept-dic 1989, págs. 79 a 126 y especialmente, pág. 84.

[72] En general hay tres acepciones posibles del término Estado: 1. En sentido muy amplio, desde una perspectiva socio-política, Estado equivale a comunidad política organizada (abarca tanto a poderes públicos como a la sociedad en su conjunto); 2.- Estado en cuanto organización de todos los poderes públicos territoriales (Estado se contrapone a sociedad); 3.- Estado como organización de poderes públicos de ámbito nacional; *vid.* GALLEGO ANABITARTE, *Derecho Administrativo* I, Materiales, Madrid, 1995, pág. 35

[73] LASAGABASTER, "Derechos fundamentales...", *cit.* pág. 653

[74] Asistimos a lo largo de estos dos últimos años a la creación de lo que se denomina "Asociación" entre las Comunidades Europeas y sus estados miembros con diversos países: v.gr., con Rumania 14/1/97 (35;27); Bulgaria 15/1/97 (36;28); y un largo etcétera: República Checa; República de Eslovaquia; Letonia, Estonia y Lituania; Túnez, etc. Se insertan en el campo de los Convenios internacionales o Acuerdos de cooperación, por lo que, aun respondiendo a la idea de asociación en sentido amplio, se alejan en gran medida de la figura de la que estamos tratando. Dejando aparte, claro está, todas las posibles figuras administrativas de Consorcios, etc., de las que se podría predicar esto mismo.

Junto a las Administraciones citadas, se comprenden también las clasificadas tradicionalmente como "Administraciones Públicas de base no territorial", que pueden responder más a la idea de la fundación (Administración Institucional) o de asociación (Administración Corporativa)[75]: aquellas entidades con personalidad jurídica, encuadradas en la organización estatal, -y debe añadirse, autonómica o territorial- que forman parte de la misma en uno u otro sector[76]. A ellas cabría aplicar también la doctrina del TC.

Por otra parte, la adscripción al Derecho privado del acto de constitución de la asociación (cfr. capítulo 4), no impide que las personas jurídico-públicas puedan emplear esta figura, del mismo modo que utilizan otras muchas técnicas de Derecho privado. De hecho, v.gr. no todos los contratos que celebra una persona jurídico-pública son contratos administrativos (teoría de los actos separables[77]).

Esta posibilidad es la que explica la presencia de lo que los autores franceses denominan "asociaciones mixtas" o "asociaciones administrativas", con concurrencia en el primer caso, de personas físicas y jurídico-privadas, o jurídico-públicas en su totalidad, en el segundo. Existen en Francia muchos ejemplos de lo que se denomina "asociaciones administrativas"[78]. Algunas de ellas, están

[75] GARCIA DE ENTERRIA, en GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, pág. 372.

[76] En este sentido, ALBALADEJO GARCIA, "La persona jurídica", *RDN*, abril-junio de 1960, pág. 18 y *Derecho Civil*, tomo I, vol.1º, *cit.*, pág. 381 y DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit*., pág. 605.

[77] FERNANDEZ RODRIGUEZ, en GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit*., págs. 53 y 54.

[78] Estas asociaciones administrativas no constituyen más que un aspecto del recurso de la administración a la técnica de la personalidad jurídica de Derecho privado: no representan más que una, entre otras, de las utilizaciones posibles de la Ley de 1901 por parte de la Administración, según NEGRIN. Este autor las define como "aquellas asociaciones declaradas, fundadas o dirigidas por las autoridades o agentes de una o más personas públicas, financiadas exclusiva o principalmente gracias a las subvenciones otorgadas a estas personas públicas para el aseguramiento de una actividad que normalmente entra dentro de las atribuciones de aquellas" Es decir, se caracterizan por cuatro elementos: creación pública, composición pública, financiación pública, misión de servicio público; *vid.* NEGRIN, *op. cit.*, pág. 129. Estas asociaciones administrativas, se distinguen netamente, según este autor, de la utilización por la Administración de asociaciones realmente privadas. Critica la falta de tratamiento específico, en

formadas en realidad por una sola persona pública, y en ellas la pluralidad se obtiene mediante la desmembración de aquélla; con gráfica expresión, son su "*faux-nez*", según LAUBADERE[79]. Entre estas asociaciones hay: asociaciones de acción educativa; asociaciones creadas por las Universidades, paralelas a un servicio o a un laboratorio que permiten a estos últimos funcionar gracias al "organismo bis" que es la asociación; asociaciones creadas por las regiones -que son según NEGRIN las más recientes, y comienzan a proliferar-, asociaciones para la formación profesional de adultos[80], etc.

De estas asociaciones se diferencian aquellas que presentando un carácter público en cuanto a su financiación y misión, son creadas y dirigidas por los particulares[81].

Posibilidad de que las fundaciones constituyan o integren una asociación

La mención genérica del art. 4.1 de la Ley catalana: *"Pueden constituir y ser miembros de las mismas: ... b) las personas jurídicas públicas y privadas"* plantea el interrogante acerca de si las personas jurídicas fundacionales han de entenderse incluidas en esta mención.

El Código civil no dice nada acerca de esta posibilidad. Tampoco la Ley de 1964 se pronuncia al respecto. La Ley vasca de asociaciones dispone en su art. 5.2, que podrán constituir y ser miembros de las Asociaciones... *"b) las personas jurídicas de toda índole, públicas o privadas"*. A la vista de estos términos, puede pensarse, -y quizá con mayor razón por el inciso subrayado- en una asociación constituida exclusivamente por fundaciones.

lo que se refiere a la utilización de la vía contenciosa, en la que "los jueces ...hacen prevalecer la opacidad de la personalidad de la asociación sobre su transparencia", *op. cit.*, pág. 130.

[79] LAUBADERE, *Les associations et la vie administrative: introduction, AJDA*, 1980, nº 3, pág. 115.

[80] NEGRIN, *op. cit.*, pág. 130

[81] Sobre esta última categoría de asociaciones, *vid.* THERY, "Des associations à monopole: pourquoi?", *Dr.soc.* 1971 y CHEVALLIER, "L'association au service public", *JCP*, 1974, nº 2667.

El PREAE, en el que se inspira la Ley catalana, posibilita que las fundaciones puedan acogerse a dicho estatuto, de forma que una Asociación Europea puede estar constituida tan sólo dos fundaciones[82]. Técnicamente, esto sería una agrupación o federación de fundaciones. Sin embargo, la constitución y el funcionamiento de una Asociación Europea constituida por fundaciones se regirá por las disposiciones de este estatuto, y circulará bajo este nombre. SAINTOURENS resalta cómo esta opción va a ofrecer un marco jurídico a las agrupaciones transnacionales de fundaciones, permitiéndoles beneficiarse de derechos, en ocasiones más completos que los que ofrecen los Derechos Nacionales[83].

Uno de los actuales especialistas en España en materia asociativa -MARIN LOPEZ- admite esta posibilidad: "también las personas jurídicas no asociativas -pienso particularmente en las fundaciones- son titulares del derecho fundamental de asociación"[84].

En el reciente Derecho estatal existe un argumento favorable a a la admisión de esta posibilidad: el *RD 1786/1996, de 19 de julio, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública*, que desarrolla el art. 4 de la Ley de Asociaciones, redactado según la Ley 30/1994 de 24 de noviembre. En el preámbulo del mismo, se afirma que la declaración "puede alcanzar a las federaciones y *asociaciones de entidades*". El art. 2.3.a) recoge uno de los extremos que han de reflejarse en la Memoria que ha de acompañar a cada solicitud:

---

[82] El art. 3.1 PREAE referente a la constitución de la asociación europea, dice que "podrán constituir una Asociación Europea:
-un mínimo de dos entidades jurídicas, mencionadas en el Anexo, constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro y que tengan su domicilio y su administración central al menos en dos Estados miembros
-un mínimo de 7 personas físicas que residan al menos en dos Estados miembros
-una o varias entidades jurídicas, mencionadas en el Anexo, de acuerdo con al menos 7 personas físicas que residan como mínimo en dos Estados miembros."

En el Anexo se dice que en España, las entidades jurídicas a que se refiere el art. 3, son las asociaciones y fundaciones regidas respectivamente por la Ley de 24 de diciembre de 1964 y los arts. 35 y siguientes del Código Civil. Una Asociación Europea puede estar constituida por tanto por dos fundaciones.

[83] SAINTOURENS, "Des structures juridiques européenes pour l'economie sociale", *Europe*, ago-sept 1992, pág. 2

[84] MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación sobre asociaciones, cit*., pág. 33.

> *"El número de socios -personas físicas- que integran la asociación. En el caso de las asociaciones de personas jurídicas o de personas físicas y jurídicas, y de federaciones de asociaciones, el número de personas físicas integradas en las asociaciones o personas jurídicas componentes"*

¿Qué figuras pueden ser las "personas jurídicas" componentes si no son asociaciones? Dado que el Reglamento no lo excluye expresamente, podrían ser fundaciones e incluso sociedades civiles o mercantiles. Esto último, sin embargo, parece estar lejos de la *mens legislatoris*, que no parece admitir, a la vista del conjunto de la regulación (art. 4º y Reglamento), que una sociedad lucrativa se beneficie del régimen previsto para las asociaciones declaradas de utilidad pública. Hubiera sido deseable una exclusión expresa que eliminara dudas.

El ALODA de 1997 reconoce con una gran amplitud el derecho de asociación a cualesquiera personas jurídicas -incluidas las fundaciones- y de hecho sólo establece la siguiente especialidad, en el art. 3.c) :

> *"c) Las personas jurídicas de índole asociativo requerirán el acuerdo expreso de su junta directiva o asamblea general; y las de índole institucional, el acuerdo de su órgano rector"*

El problema de la asociación constituida exclusivamente por fundaciones estriba, en mi opinión, en una posible alteración de su tradicional carácter de persona jurídica de base personal, *universitas personarum*. Es cierto que la fundación es persona (jurídica), y técnicamente, se conserva el carácter de agrupación de personas. Pero se trataría de dos patrimonios, gestionados por los correspondientes patronatos, los que se unen. Y, desde luego, no son los patrimonios los que ponen en común "conocimientos o actividades", sino en su caso, los gestores de la fundación. Sin perjuicio de que la fundación como tal pueda aportar "recursos" económicos.

IV. LOS EXTRANJEROS COMO FUNDADORES E INTEGRANTES LA ASOCIACION

Breves trazos históricos de la cuestión[85]

La doctrina de principios de siglo, basándose en el carácter natural del derecho de asociación, entendía que "no es lícito, en general, condicionarlo por motivos de procedencia extranjera"[86]. Sin embargo, no siempre la legislación había seguido esa pauta. El art. 4.º del Decreto de 20-11-1868, prohibía la sumisión de las asociaciones a autoridades establecidas en país extranjero[87].

A diferencia de aquel Decreto y del Proyecto de 1881, la Ley de 1887 no prohibe que las asociaciones reconozcan dependencia o sometimiento a una autoridad extranjera[88]. El Real Decreto de 19-9-1901, que desarrollaba la Ley de Asociaciones de 1887, formuló explícitamente el derecho de los extranjeros para asociarse en España[89]. La Real Orden de 9 de abril de 1902, por la que se dictan reglas para el cumplimiento del Real Decreto anterior, confirma lo establecido respecto a los extranjeros en el Decreto de 1901.

---

[85] Hago en este apartado unas breves referencias históricas, que he obviado en los otros, porque en el estudio global de la evolución histórica de esta figura, he podido observar que la cuestión de la atribución del mismo a los extranjeros es una de las cuestiones que más polémica ha despertado sobre todo en el siglo pasado. En parte, porque el enconado debate producido en el s.XIX en torno a las asociaciones religiosas, aparecía encubierto en muchas ocasiones bajo la discusión sobre las asociaciones de extranjeros, y así puede comprobarse en los debates parlamentarios sobre los proyectos de Ley de Asociaciones de 1906 y 1911.

[86] TRIAS GIRO, "Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario según el Derecho español", *RJC*, vol. XXI, 1913, pág. 171.

[87] Precepto que, a pesar de que no lo proclamara expresamente, estaba pensando en ciertas comunidades religiosas, cuya implantación en España trataba de impedirse. OLIAS DE LIMA, demuestra esta afirmación, excluyendo la posibilidad de que se estuviera pensando en la I Internacional, *vid.* OLIAS DE LIMA, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, Publicaciones del Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pág. 33.

[88] Un voto particular de don Alfonso GONZALEZ abogó por su inclusión, pero finalmente no prosperó, pues con ello se perseguía fundamentalmente, otorgar un mayor intervencionismo respecto a las asociaciones religiosas, como se refleja en la intervención de CALVO y MUÑOZ, *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso,* nº 34, sesión de 1 de marzo de 1887.

[89] Se dice en el Preámbulo que *"el Gobierno interpretaría hipócritamente la Ley de Asociación, si acogiéndose a su texto literal, negase que los antecedentes parlamentarios de la misma demuestran que por ella se quiso hacer extensivo a los extranjeros el derecho de asociación en España*". Lo que hace el Decreto de 1901 en su art. 3º, es imponer el requisito de que *"los fundadores, directores o presidentes de las Asociaciones mismas acrediten...que se hallan inscritos como súbditos de la Nación a que pertenezcan en el Consulado correspondiente..."*.

El proyecto de Ley de Asociaciones de 1906, contiene en el art. 22º restricciones para las asociaciones compuestas en todo o *en su mayor* parte -según matiza el Dictamen de la Comisión del Congreso- por extranjeros o aquellas, que aun cuando fueren nacionales, estuvieran dirigidas por extranjeros o cuya dirección suprema residiera fuera del Reino, sometiéndolas a la autoridad del Gobierno, el cual podrá decretar su suspensión o disolución por acuerdo del Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado.

Por su parte, la conocida como "Ley del Candado" de 27-12-1910 -que tenía un plazo de vigencia de dos años si entre tanto, no se promulgaba una nueva Ley de Asociaciones-, promulgada bajo el gobierno de CANALEJAS, imponía en su artículo único, la autorización del Ministerio de Justicia para establecer asociaciones o congregaciones religiosas, que no se daría cuando más de la tercera parte de sus miembros fueran extranjeros[90].

Legislación vigente

Al igual que sucedía en la Ley de Asociaciones de 1887, la Ley de 1964 no establece ninguna norma especial para los extranjeros[91].

Por su parte, la Ley orgánica de 1-7-1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aunque reconocia a los extranjeros el derecho de asociación, preveía en el texto inicial la suspensión administrativa de las actividades de las asociaciones por ellos constituidas[92]. Dado que esta suspensión estaba prohibida con

[90] La *ratio iuris* de esa Ley era, según VELLOSO JIMENEZ "...(a)l elevado número de religiosos que se estaban estableciendo en España, a raíz de los acontecimientos franceses constituyendo el blanco perfecto del anticlericalismo oficial. Canalejas pensó que sería más fácil llegar a un estatuto jurídico definitivo sobre las asociaciones religiosas si partía de una posición de fuerza. Su muerte truncaría tales aspiraciones. Poco antes de sobrevenirle ésta depositó en el Congreso un proyecto de Ley de Asociaciones que, por cierto, aludía con más amplitud a las políticas"; *vid.* VELLOSO JIMENEZ, "Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)", Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, 1982, pág. 338.

[91] Lo cual es objeto de crítica por LOPEZ-NIETO, que considera necesarios preceptos de Derecho excepcional para las asociaciones integradas por extranjeros, o que formen parte de asociaciones u organismos internacionales: *vid*. *La ordenación...cit*., pág. 70.

[92] El art. 8.2 inicial decia: "*El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando*

carácter general por el art. 22.4 CE, fue esta disposición legal, junto con otras, la que motivó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra varios preceptos de esta Ley. Recurso que, como es sabido, fue resuelto por la STC 115/1987, de 7 de julio, que reconoce este derecho tanto a españoles como a extranjeros, si bien admite que se trata de "derechos de configuración legal". Es decir, cabe establecer una diferencia entre españoles y extranjeros, respecto a la regulación legal, siempre que no se vea afectado el contenido esencial del derecho. El TC afirma que el art. 13.1 de la CE reconoce al Legislador la posibilidad de establecer *condicionamientos adicionales* al ejercicio de derechos fundamentales, pero para ello ha de respetar las prescripciones constitucionales. En suma: "configuración legal" no equivale a prescindir de los preceptos constitucionales, sino, partiendo de su respeto, permite añadir preceptos adicionales[93]. En definitiva, el TC, al declarar nulo este artículo, afirmaba que el contenido esencial del derecho de asociación se reconoce con independencia de la nacionalidad de las personas que lo ejerzan[94].

Las Leyes autonómicas no contienen ninguna previsión especial al respecto, de lo que se deduce la respuesta afirmativa al interrogante sobre la capacidad de los extranjeros[95].

---

atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles".

[93] De hecho, como concluye CRUZ VILLALON, "el extranjero legalmente residente en España posee un *status* constitucional muy similar al de los españoles, con algunas divergencias puntuales siendo ésta una situación que resulta más de un bloque normativo variado que no de una taxativa proclamación constitucional"; *vid.* CRUZ VILLALON, "Dos cuestiones de titularidad...", *cit.*, pág. 73.

[94] Discreparon mediante voto particular los magistrados RUBIO LLORENTE, TOMAS y VALIENTE y GARCÍA MON. Incluyendo la asociación entre las libertades públicas, y no entre los derechos fundamentales, justificaron la restricción de dicha libertad respecto a los extranjeros. Esta restricción, de ser un derecho fundamental, no podría efectuarse. Respecto al empleo de una u otra categoría para referirse a las asociaciones sin ánimo de lucro. Recogiendo la doctrina sentada por el TC en esa sentencia, la Ley orgánica 9/1994, de 19 de mayo, modificadora de la Ley 5/1984, de 26 de marzo de derecho del asilo y de la condición de refugiado, suprime la suspensión gubernativa prevista en tal Ley, cuando se dieran determinadas circunstancias, para las asociaciones compuestas total o parcialmente por asilados.

[95] El tema sigue de actualidad en Francia, Bélgica y Grecia. Hasta 1981, en Francia, existía una legislación restrictiva impuesta por el Decreto-Ley de 12 de abril de 1939 -modificador en este punto de la Ley de 1901- que sometía a un régimen de policía especial a las asociaciones dirigidas de hecho o de derecho por extranjeros, por el temor, como explica MORANGE, de que

V. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS PARA CONSTITUIR o INTEGRAR UNA ASOCIACION

V. A. CAPACIDAD PARA CONSTITUIR UNA ASOCIACION: LA EDAD

LEGISLACION ESTATAL

Nada establecía expresamente la Ley de Asociaciones de 1887 sobre la capacidad necesaria para constituir o integrar una asociación, siendo éste un punto poco tratado por la doctrina e ignorado por la Jurispudencia. CLARET MARTI y GARCIA PESARRODONA, sin distinguir entre capacidad para constituir la asociación o para integrarse en ella, y acudiendo no tanto a la legislación sobre asociaciones, cuanto a la legislación general sobre capacidad del menor, afirmaban la capacidad de los menores de edad no emancipados para "formar parte de asociaciones con

---

constituyeran un "caballo de Troya"; *vid.* MORANGE, "Les étrangers et la liberté d'association", *AJDA*, 1980, nº 3. En 1981 este régimen quedó derogado por la Ley de 9 de octubre de 1981, que, eliminando estas diferencias, coloca a los extranjeros en la misma situación que los nacionales. La *réponse ministerielle* nº 17800 -*J.O.SEN.Q. 20 septembre 1984*, pág. 1507- explica: "La Ley nº 81-909 de 9 de octubre de 1901, que deroga el título IV de la Ley de 1901 relativo a asociaciones extranjera, ha permitido a las asociaciones compuestas por extranjeros domiciliados en Francia, cualquiera que sea su número en el seno de la asociación, y cualquiera que sean igualmente sus responsabilidades, adquirir la personalidad jurídica por la simple declaración (esto es, por el régimen ordinario). No se hace distinción, por otra parte, de extranjeros procedentes de países miembros de las Comunidades Europeas y de aquellos de otros países".

Se mantienen medidas restrictivas en Bélgica, donde las tres quintas partes de los asociados, según la Ley de 1921, vigente en este punto, deben ser de nacionalidad belga o extranjeros establecidos en Bélgica e inscritos en el registro de la población belga. En caso contrario, según el art. 26.2º, que es el que establece esta regla -sorprendentemente nacionalista para un país de la Unión Europea- será sancionada con la imposibilidad para la asociación de prevalerse de su personalidad jurídica frente a terceros, los cuales, sin embargo, tendrán la facultad de elegir entre prevalerse de tal personalidad o no, contra la asociación, según les convenga. También la Ley luxemburguesa sigue imponiendo que las 3/5 partes de los miembros sean de nacionalidad luxemburguesa, salvo dispensa del Consejo de Estado (art. 26.2). El mantenimiento de esta solución es cuanto menos, sorprendente, al tratarse precisamente, de un pequeño Estado que se caracteriza por su creciente internacionalidad, aparte de que tal restricción pueda ser incomprensible dentro de la perspectiva europea actual.

El art. 12 §1 de la Constitución griega de 1975 sólo reconocía el derecho de asociación a los griegos, pero la jurisprudencia griega - citada por KRITIKOS en el comentario al Código civil griego, *op. cit.*, pág. 124-, en aplicación del art. 11 de la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos, que lo reconoce a "toda persona", admite que los extranjeros no sólo formen parte de la asociación, sino que integren el órgano directivo.

autorización expresa o tácita de sus padres o tutores, presumiéndose que la tienen si éstos no manifiestan su oposición"[96].

La capacidad necesaria para constituir una asociación sujeta a la Ley de Asociaciones de 1964, es, según el art. 3 de dicha Ley, la "*capacidad de obrar*".

En la actualidad, no es ésta la única norma que incide en la regulación de la capacidad necesaria para constituir una asociación. Para facilitar la comprensión de las diversas cuestiones que plantea el conjunto normativo vigente, expongo sintéticamente los *datos normativos* que en la actualidad y a nivel estatal, han de tenerse en cuenta:

1.- El art. 3 de la Ley de Asociaciones de 1964 exige "*capacidad de obrar*"

2.- El art. 162 del Código civil, tras la reforma operada en 1981 (según la interpretación que posteriormente se reseñará)

3.- El Decreto 397/1988, que permite que los mayores de catorce años constituyan "asociaciones juveniles"

4.- El art. 7º.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, (en adelante LOPJM), que reconoce al menor el derecho a promover e inscribir asociaciones infantiles y juveniles

5.- *De lege ferenda*, la propuesta del ALODA de 1997, que requiere "capacidad general de obrar" y permite la representación legal de menores e incapaces en el acto de constitución.

Vigente hoy en día la Ley de Asociaciones de 1964 hemos de averiguar, a la vista de las normas expuestas (la propuesta del ALODA de 1997, valga como pauta orientadora de la tendencia actual del Legislador) qué significa la expresión *capacidad de obrar* en el contexto de esta normativa.

[96] GARCIA PESARRODONA, *op.cit.*, pág. 104, nota (1), quien parece referirse más al ingreso en una asociación ya constituida; muy similar, CLARET MARTI, *op. cit.*, pág. 52. Por su parte, BENITO y ENDARA, *op. cit.*, pág. 5 y PELLISE PRATS *op. cit.*, pág. 83, sin aludir la cuestión de los menores de edad, exigen genéricamente la capacidad para contratar.

Opinión dominante

Sintéticamente, la opinión dominante reserva a los mayores de edad o menores emancipados la posibilidad de constituir asociaciones ordinarias. Los menores no emancipados mayores de 14 años, pueden constituir las llamadas "asociaciones juveniles", en los términos previstos en el Reglamento.

En efecto, gran parte de los autores entienden que la "*capacidad de obrar*", que en sentido general es "la aptitud para gobernar los derechos y obligaciones de los que se es titular"[97], *referida a este caso concreto, es la capacidad fijada con carácter general por el art. 1263 del Código civil* para prestar consentimiento contractual (capacidad para consentir, según BADOSA COLL[98]); en consecuencia, no podrán ser socios fundadores los menores de edad no emancipados ni los incapacitados[99].

[97] *Vid.* DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos* ...I-vol. 2, *cit*., pág. 11. La aprehensión de la naturaleza y el significado que la capacidad de obrar tiene en el ámbito civil, no es en absoluto sencilla. Como pone de manifiesto RAMOS CHAPARRO, hay dos tipos de conceptos de capacidad de obrar: unos que acentúan más el "resultado", es decir, la protección jurídica del acto, y otros que privilegian la "causa", esto es, la aptitud psíquica como presupuesto o requisito del acto. El primer tipo de concepto es el predominante, aunque RAMOS, realizando una construcción realista de la capacidad de obrar, considera más correcta una definición causalista; en concreto dice "la capacidad de obrar indica...la relevancia jurídica que en un determinado acto adquiere el grado de autogobierno psíquico de la persona"; *vid*. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 299 y 301. "El carácter gradual de la capacidad de obrar, predicable sólo desde la concepción causal, es -según este autor- el recurso metodológico realista para la superación del llamado "atomismo" o pluralismo exacerbado, al configurar una escala asociable a las edades, y proyectable sobre todo el conjunto institucional, en la que se pueden clasificar todas las especies formales o tipos existentes en función de la causa real (la aptitud psicológica de autogobierno) a que obedecen como límites de la subjetividad activa"; *vid. op.cit*., pág. 301. En la recapitulación que este autor realiza de los diversos supuestos legales, en los que se ponen de manifiesto los grados y clases de capacidad de obrar, no aparece, sin embargo, el caso de la constitución de asociaciones sin ánimo de lucro.

[98] BADOSA COLL, "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el art. 1.263 Cc)", en el vol. col. *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; este autor defiende en su estudio que el art. 1.263, trata de la "incapacidad para consentir", que ha de interpretarse bilateralmente como incapacidad para emitir las declaraciones de voluntad contractuales, tanto la oferta como la aceptación, y que aquélla es una noción diferente de la "incapacidad de contratar" que ha de interpretare como incapacidad para obligarse por contrato; *vid.* pág. 203. En contra, RAMOS CHAPARRO, *op.cit.*, pág. 422, parte de la base de que la capacidad de obrar contemplada en el dicho art. es "para contratar", pues la aludida distinción no tiene base legal ni operatividad práctica alguna.

[99] De hecho la "capacidad de obrar" tal y como se entiende generalmente, tiene un significado que de suyo, remite a la mayoría de edad o emancipación que exige el art. 1.263 y así lo entienden, para el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro: LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 146; GARCIA AMIGO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 528, que exige

LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO añaden además, que no cabría tampoco la "representación legal" de menores e incapacitados "dada la condición -en principio- extrapatrimonial y acaso ideal del nuevo colectivo"[100]. Para negar la posibilidad de tal tipo de representación, LLUIS i NAVAS ofrece otra explicación: "se requiere la capacidad para fundar no para participar en el acto"[101].

Junto a el régimen general, existen unas asociaciones específicas -las juveniles, reguladas actualmente por el Real Decreto 397/1988, de 22 de abril[102] y las de alumnos de centros escolares, previstas en el art. 7 de la Ley orgánica del derecho a la educación y el Real Decreto 1532/1986, de 11 de julio- para las que no es necesario contar con la

expresamente que se trate de personas "mayores de edad"; MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca de asociaciones...", *cit.*, pág. 147 y más recientemente en el capítulo redactado por este autor sobre "La persona jurídica", en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de la propiedad*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 202; LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, pág. 87; PUIG i FERRIOL, *Manual de Derecho civil*, I, *cit.*, pág. 389.

Por otra parte, esta parece ser la tendencia en sistemas jurídicos de nuestro entorno. Así, la Jurisprudencia en Francia, donde la Ley de Asociaciones de 1901 califica expresamente a la asociación de contrato, exige a las personas físicas la capacidad de contratar (es decir, los mayores de edad, o menores emancipados por matrimonio o por decisión judicial, según el art. 1124 del Código civil), pues dicha Ley reenvía a los principios generales del Derecho aplicables a los contratos y obligaciones. Sin embargo, la Jurisprudencia admite que los menores no emancipados puedan ser miembros de una asociación en virtud de autorización, aunque sea tácita o presunta de sus padres, que queda desvirtuada, obviamente por la oposición formal de los padres; *vid*. BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, nº 46, pág. 3 y jurisprudencia allí citada. En el caso de las asociaciones juveniles, diversas circulares-citadas por BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, nº 50, pág. 32- admiten la participación, bajo ciertas condiciones, de menores en los Consejos de Administración.

También en el Derecho italiano, la capacidad de los sujetos ha de ser la necesaria para concluir contratos -mayoría de edad, o asentimiento de los que ejercen la patria potestad o tutela-, (con la particularidad, que no afecta al punto que ahora nos ocupa, de que se aplican respecto al consentimiento, las reglas de los contratos plurilaterales: arts. 1420, 1446, 1459 y 1466 del *Codice*); *vid*. EROLI, *op. y loc. cit.*

[100] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 2, *cit.*, pág. 290.

[101] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 146.

[102] Este Decreto de 1988 deroga el RD 3481/1977, de 16 de diciembre, regulador de las Asociaciones juveniles. Llama la atención el hecho de que no existe, a nivel estatal, una regulación con rango legal en materia de asociaciones juveniles, sino normas reglamentarias que, so capa de aspectos registrales, introducen modulaciones en este derecho; me limitaré aquí a apuntar que es posible que ello constituya una violación de la reserva material de ley en materia civil (implícita en el art. 149.1.8º CE) y en todo caso, de la reserva formal de ley efectuada por la Ley de Asociaciones de 1964. No en vano las Ley es autonómicas regulan las especialidades de dichas asociaciones en el propio cuerpo de la Ley. Pero todo ello requeriría un estudio más profundo que escapa del objetivo de este capítulo.

mayoría de edad ni la emancipación. Las asociaciones juveniles están constituidas por miembros que tengan una edad comprendida entre los catorce años y los treinta sin cumplir[103]. El Decreto permite que los menores de edad formen parte de los órganos directivos otorgándoles capacidad de obrar frente a la administración. El art. 3 dispone que:

> *"Los menores de edad miembros de la Asociación que pertenezcan a sus órganos directivos, de conformidad con lo establecido en sus Estatutos, podrán actuar ante las Administraciones públicas para el ejercicio de los derechos que a dichas Asociaciones confiera el ordenamiento jurídico administrativo"*

En la regulación estatal actual sólo se exigen requisitos subjetivos para la existencia de una asociación juvenil, pues no se prevén unos fines específicos para estas asociaciones, con lo cual podrían perseguirse cualesquiera finalidades[104], *de modo que el Legislador parece configurar dos clases de asociaciones en función de la edad de sus integrantes:* las ordinarias, (es decir, sometidas a la Ley de Asociaciones de 1964) y las juveniles[105].

Hasta aquí la situación jurídica pacíficamente aceptada.
Las dudas que se plantean son:

---

[103] El Decreto de 1988 no contiene ninguna previsión sobre los menores de catorce años y los mayores de treinta, cosa que sí hacía el precedente Decreto de 1977, que les permitía "*pertenecer a las Asociaciones Juveniles, si bien con los derechos parciales que en cada caso determinen los Estatutos. En ningún caso, sin embargo, podrán formar parte de los organismos directivos y de representación*" (art. 1.2). Por otra parte, se imponía que el acta de constitución de las asociaciones fuera firmada "*por al menos dos personas mayores de edad y con plena capacidad de obrar...*" (art. 2.1). Previsión que no aparece en el Decreto actual por lo que debe entenderse derogada, con las matizaciones que sin embargo, veremos, introduce la LOPJM.

[104] A diferencia del anterior Decreto de 1977 que con criterios todavía restrictivos y de naturaleza tutelar, regulaba las Asociaciones juveniles a las que consideraba como "art. 1.1... *las agrupaciones voluntarias de personas naturales, mayores de catorce años y menores de treinta, cuya finalidad sea la promoción, formación, integración social, o entretenimiento de la juventud, sin interés lucrativo alguno*". Actualmente sólo la Ley vasca añade al dato de la edad el de la finalidad: "la promoción, integración social o entretenimiento de la juventud". Ni la LOPJM ni la Ley catalana, que veremos, lo hacen.

[105] A salvo, como expresa el propio art. 1º, las asociaciones "*sometidas a un régimen específico*", lo que parece referido a las sometidas a inscripción preferente en un Registro especial lo que determina, como vimos en la nota (33) del capitulo 1, que nos encontremos ante un auténtico régimen específico.

1.- Si dado que el Legislador emplea una expresión tan genérica como "capacidad de obrar" cabría interpretar esta como equivalente a "capacidad natural (para dicho acto)"

2.- Si el cauce de las asociaciones juveniles es el que necesariamente ha de adoptarse si los constituyentes son menores no emancipados aunque tengan capacidad natural, de modo que no pueden acudir a la vía de la asociación ordinaria

3.- Si existe la posibilidad de que en el acto de constitución de una asociación ordinaria (no juvenil), concurriendo el número legal suficiente de personas capaces (cfr. lo dicho *supra*) puedan concurrir también menores de edad que tengan "capacidad natural"[106]

4.- Si en el caso de que no se acepte tal posibilidad, cabe la representación legal

Adelanto ya que la respuesta positiva a la segunda pregunta se impone, si se examina la LOPJM, que reconoce al menor el derecho a promover asociaciones... *infantiles y juveniles*.

Y adelanto también que datos tan heterogéneos como la interpretación histórico-sistemática del art. 3 de la Ley de Asociaciones, la unanimidad de criterio en la práctica registral actual y la tendencia adoptada por el Legislador autonómico y el ALODA de 1997[107] llevan a concluir que, aunque la interpretación del art. 162, permitiera llegar a otra solución, se exige *la mayoría de edad o la emancipación para todos los que participan en el acto, de constitución*, todo ello sin perjuicio de que los menores sí que pueden integrarse en asociaciones ya constituidas y sin perjuicio de la discutida y discutible posibilidad de representación legal.

Planteamiento del interrogante: la capacidad de obrar del art. 3 de la Ley de Asociaciones de 1964 ¿puede ser entendida como "capacidad natural"?

Al hilo de este interrogante, vamos a plantearnos también, si con independencia del régimen especial de las asociaciones

[106] A estas tres cuestiones, por estar íntimamente relacionadas, daré una respuesta conjunta.

[107] En ambos casos, entiéndanse también como simples pautas orientadoras.

juveniles, es posible la participación de un menor en la constitución de una asociación "ordinaria".

Ciertamente, el Legislador de 1964 podría haber utilizado expresiones más claras como, v.gr. "plena capacidad de obrar" o "capacidad general de obrar" o haber detallado la exigencia de la "mayoría de edad" y "no estar incurso en incapacitación" para constituir una asociación[108]. Y de hecho esta es la postura de las Leyes autonómicas y del ALODA de 1997, según veremos, por lo que el problema de interpretación sólo se suscita respecto a la Ley de Asociaciones de 1964. Como no obstante, es la legalidad vigente, paso a analizarlo.

Como es sabido, el menor de edad no carece completamente de capacidad de obrar[109] sino que puede realizar determinados actos jurídicos mencionados a lo largo del Código civil: a los 12 años, los del art. 173 y 177.1, a los 14 los de los arts. 20, 21, 663, etc.. Y sobre todo, tal como afirma la RDGRN 3-3-1989,

> "no existe una norma de modo expreso declare su incapacidad (del menor) para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de

[108] Concreciones que sí aparecen en algunos textos de Derecho comparado, como el *Projet de loi sur les sociétés canadiennes à but non lucratif*, adoptado por el Senado el 20 de marzo de 1978 en su art. 2.01 exige para los fundadores
"*a) que no sean menores de 18 años*
b) que no sean incapacitados (declarados por un Tribunal canadiense o extranjero)
c) que no sean quebrados".

[109] Ya desde antiguo se ha constatado esta realidad. RAMOS dice en su obra *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, que "la capacidad de obrar es distinta según las edades...y obedece al desenvolvimiento gradual que de las facultades anímicas tenga el individuo; si ha de atemperarse a su ilustración, al juicio y discernimiento que el ser de derecho tenga, claro es que no podrá fijarse de un modo terminante, previo, la edad". Pero al mismo tiempo admite que "las leyes no pueden ser casuísticas...; el legislador estudia, observa y de esos estudios deduce una regla general. Probar que fuera de esa regla general está un individuo, corresponderá al perjudicado o a quien vele por los intereses del que obra"; *vid*. RAMOS, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1891, págs. 12 y 13. No alude sin embargo, en ninguno de los dos volúmenes a esta posibilidad concreta de constituir una asociación.

Por su parte, DE CASTRO y BRAVO, en *Derecho civil de España*, tomo II, (reimp. de la ed. de 1952), Civitas, 1984, pág. 167, afirma que la diferencia entre el mayor y el menor de edad "no debe desnaturalizarse convirtiéndola en una mecánica contraposición entre una persona capaz de obrar y otra incapaz de obrar, ya que de que el mayor tenga plena y en general ilimitada capacidad de obrar no se deduce que el menor carezca totalmente de capacidad de obrar".

> considerarse como excepcionales todas la hipótesis en que se autorizase a aquél a obrar por sí..."

y añade

> "por debajo de esa edad (los 18) habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión legal expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1º, 3º y 4º del Código civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor"[110]

Razonamientos de este tipo hacen que PADIAL ALBAS postule una interpretación de la expresión del art. 3 como "capacidad natural" permitiendo la intervención en este acto de menores de edad, que posean el necesario discernimiento. Sin embargo, algunos de los argumentos esgrimidos son dudosos. Esta autora acude a la amplitud de los términos del art. 22 CE y la afirmación de que en todo caso el ejercicio del derecho de asociación (que implica el acto de constitución) es un acto beneficioso para el menor[111]. Respecto al primero, puede decirse que libertad no es sinónimo de ausencia de requisitos y respecto al segundo, a nadie se escapa que existen asociaciones (no necesariamente ilícitas) que en nada benefician a sus integrantes, fuera del hecho del ejercicio de la libertad de asociación en sí mismo considerado (es decir, con independencia de su contenido). De hecho, la STS de 10-6-1991 (RJ 1991/4434) acude al art. 3 del Código civil y entiende que la finalidad de las normas que restringen la capacidad del menor es la protección del interés de éste. Podría pensarse, efectivamente, que si tal es la finalidad y

[110] En este sentido DELGADO ECHEVERRIA da la razón a DE CASTRO cuando afirma que no hay una norma que establezca la incapacidad de principio del menor, por lo que se le debe tener por capaz (a resultas, por supuesto, de su aptitud síquica) para aquellos actos que no le estén prohibidos de forma expresa, pero a nadie se le escapa que las limitaciones que se le imponen...son muy graves"; *vid.* DELGADO ECHEVERRIA, *op. cit.*, pág. 104. En la misma línea, DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema...*vol. I, *cit*., pág. 230. La Jurisprudencia -v.gr. la STS 6-7-1987- mantiene que las limitaciones han de ser expresamente establecidas (por ley o por sentencia) y han de interpretarse en los casos dudosos de modo restrictivo.

[111] PADIAL ALBAS, "El menor en la asociación", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, págs. 360 y 364.

justificación de las normas restrictivas de la capacidad del menor, como la constitución de una asociación es un acto beneficioso para él no entrarían en juego tales restricciones. Pero aparte de que es bastante dudoso que el Legislador de 1964 estuviera pensando en proteger al menor, la constitución e ingreso en una asociación, como apuntaba antes, pueden suponer un gravamen para el menor por las obligaciones económicas (y de hacer) que generalmente comporta.

Recientemente RIVERA FERNANDEZ sostiene que a raíz de la Constitución de 1978, el art. 3 de la Ley de Asociaciones de 1964 "debe ser interpretado restrictivamente, en el sentido de permitir... al menor que pueda ser integrante de los diversos tipos de asociaciones", pero no esgrime mayores argumentos para fundamentar esta opinión[112].

En el caso de que se intente buscar algún tipo de apoyo legislativo para esta propuesta, hemos de buscar otros argumentos.

Uno de ellos, empleado en Francia por BRICHET[113] y SOUSI[114], sería la inclusión del acto que analizamos en lo que MARTINEZ DE AGUIRRE denomina "ámbito propio de autonomía negocial del menor, socialmente admitido y delimitado"[115]. No puede hablarse sin embargo, de un uso social que consista en que los menores constituyan asociaciones que no sean específicamente juveniles, aunque sí integrarse en ellas, como veremos más adelante.

---

[112] RIVERA FERNANDEZ en "Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor", *RGD*, nº 621, junio 1996, pág. 6506.

[113] BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, nº 46, pág. 31.

[114] SOUSI afirma, -si bien a los efectos de permitir que los *majeurs en tutelle*, puedan participar en una asociación-, que el desarrollo y popularización de las asociaciones y los servicios cotidianos y prácticos que ellas rinden (asociaciones deportivas, culturales, etc.) permiten concluir que la participación en una asociación es un acto de la vida corriente autorizado por el uso; *vid.* SOUSI, *Les associations*, Dalloz, 1985, nº 339, pág. 107. De hecho, la Jurisprudencia sostuvo que por aplicación conjunta de las disposiciones de los arts. 450 y 495 del *Code*, el *majeur en tutelle* pueda realizar válidamente actos de la vida corriente que se entiendan autorizados por el uso; *vid. Cass. civ*. I, 3 juin 1980, nº 79-12.079: *G.P.* 1981, J. pág. 172.

[115] MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)", *ADC*, oct-dic, 1992, pág. 1408 y bibliografía allí citada.

Un argumento pensable (que no definitivo) de mayor solidez, en mi opinión, es una interpretación del art. 162 del Código civil que paso a exponer.

La constitución de una asociación como derecho de la personalidad subsumible en el art. 162 del Código civil

Un argumento para permitir que los menores de edad puedan ser sujetos constituyentes de una asociación no necesariamente juvenil, sería considerar esta posibilidad como un caso subsumible en el art. 162 del Código civil, que excluye del ámbito de la representación legal que tienen los padres sobre los hijos menores "*los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*". El sentido de este artículo según DIEZ-PICAZO y GULLON, es posiblemente, la declaración de la capacidad de obrar del menor en función de su madurez, para todo aquello que no le esté prohibido por la ley, bien de una manera expresa, bien requiriendo la mayor edad[116]. Apunta JORDANO FRAGA, que la exégesis de este artículo permite afirmar la existencia de un *ámbito limitado pero general* de capacidad de obrar para el menor empancipado[117]. El art. 162.2.1º del Código civil dice tres cosas diferentes, si bien, según JORDANO "las tres operan sobre el presupuesto de la capacidad natural del menor, o por decirlo con palabras del art. 162, que aquél tenga unas "ciertas condiciones de madurez":

1) se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad, actos que por afectar a derechos personalísimos no es pensable su ejercicio por persona diversa de su titular (en este caso, el menor)[118]

[116] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit*., pág. 232

[117] JORDANO FRAGA, "La capacidad general del menor", *RDP*, 1984, págs. 892 y ss..

[118] Este primer plano, a su vez, significa que "a) el menor puede ejercitar personalmente (por sí) sus derechos de la personalidad a través de aquellos actos para los que tenga capacidad"; "b) en aquellos otros casos que el menor no tenga la capacidad para realizar válidamente los actos de ejercicio de esos derechos, por no concedérsela la Ley o por exceder el ámbito de la suya general, y sin embargo posea suficiente discernimiento (capacidad natural), la actuación del representante legal deberá contar *indispensablemente* con su consentimiento" y "c) en aquellos

2) se excluyen del ámbito de la representación legal aquellos actos que el menor de acuerdo con las leyes pueda realizar por sí mismo[119]

3) se excluyen del ámbito de la representación legal aquellos actos que el menor de acuerdo con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo. De este plano normativo, que hace jurídicamente relevante la capacidad natural del menor, según JORDANO, se desprende una *capacidad general del menor*, sobre la que se puede asentar una explicación no ficticia de la actividad negocial de los menores, progresivamente más amplia cuanto mayor es su desarrollo personal[120].

Sostiene este autor que de la lectura conjunta de los arts. 162.2º.1 y 1263.1 del Código civil puede deducirse que el menor no emancipado, según sus condiciones de madurez, puede actuar por sí, expresando un verdadero y válido consentimiento, de modo que en ese ámbito de capacidad general (propia) de obrar, puede celebrar no sólo contratos eficaces en tanto no se impugnen, sino también inatacables[121]. De seguirse este opinión, habría que preguntarse si el derecho de asociación -y en concreto, el derecho a

casos en que el menor no posee, por su muy escasa edad o por deficiente desarrollo mental, ni siquiera aquella capacidad natural que es presupuesto universal de toda la norma del art. 162,2.º-1,...opera una suerte de excepción a la excepción del art. 162,2.º-1, o más exactamente, la excepción al ámbito de la representación legal en él contenida no se da por faltar su presupuesto básico"; *vid.* JORDANO FRAGA, *op.cit.*, págs. 893 y 895.

[119] JORDANO FRAGA, *op.cit.*, pág. 896. Se trata de aquellos casos en que en la Ley se rebaja expresamente la edad necesaria para realizarlos: v.gr. el otorgamiento de testamento desde los catorce años, salvo el ológrafo (arts. 663 y 688 del Código civil), etc. En opinión de RAMOS CHAPARRO, "la capacidad general de la que habla JORDANO FRAGA no es otra cosa que la necesaria y suficiente para los actos patrimoniales de escasa entidad jurídico-económica -"actos menudos de la vida cotidiana"- dado que cualquier otro caso citable y relevante ha de estar incluido necesariamente en alguna de las capacidades especiales *ad minorem*"; *vid.* RAMOS CHAPARRO, *op.cit.*, pág. 323.

[120] JORDANO FRAGA, *op.cit.*, pág. 898. Respecto a la lectura "disyuntiva" que del art. 162 realiza JORDANO, véase la critica de MARTINEZ DE AGUIRRE, en *op.cit.*, pág. 1445, sobre la base de que la correcta interpretación del precepto determina la exigencia cumulativa de los requisitos de autorización legal y de "*condiciones de madurez*" del menor, para excluir de representación legal un determinado acto de éste.

[121] JORDANO FRAGA, *op.cit.*, págs. 899 y 900. Además de la ya citada, MARTINEZ DE AGUIRRE opone otras críticas a esta opinión de JORDANO; el alcance excesivamente grave de las consecuencias de esta interpretación, que trastoca el sistema de capacidad tal y como aparece diseñado en el Código civil, provocando notables faltas de coherencia interna con los preceptos en que se funda ese sistema; el factor de inseguridad que provocaría de ser aplicada, etc.; *vid.* la exposición detallada de estas críticas en MARTINEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, pág. 1446

constituir o fundar una asociación- es un derecho de la personalidad, y en su caso, si es uno de los actos que se considera que con arreglo a sus condiciones de madurez podría realizar por sí mismo.

En cuanto a lo primero, lo que se predica de la asociación generalmente, es su carácter de derecho fundamental o libertad pública[122] y como es sabido, estas tres categorías (derechos fundamentales, libertades públicas y derechos de la personalidad), pueden y deben diferenciarse[123]. En el caso de la asociación la respuesta no es clara[124], si bien el aspecto de derecho fundamental es el más destacable a los efectos de su protección reforzada.

[122] En el caso que nos ocupa, tiene sentido hablar de derecho y libertad simultáneamente, ya que no sólo existe el derecho a asociarse, sino a hacerlo libremente, o mejor dicho, con una libertad normativizada, sujeta a unos cauces en cuanto a su desenvolvimiento. La diferenciación entre derecho fundamental y libertad pública, es una cuestión propia del Derecho Constitucional, y por ello no es éste el lugar para tratarla en profundidad.

[123] Aunque, como muestra ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, col. *Studia Albornotiana*, XLVI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, págs. 76 y 77, ni los autores ni los textos legales utilizan de modo unívoco los términos "derechos humanos", "derechos naturales", "derechos fundamentales", "derechos subjetivos", "libertades públicas"... y "derechos de la personalidad", y de hecho, la distinción no es clara, sí que existen algunos factores de diferenciación. No todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, porque no todos se plasman en la Constitución, lo cual es una característica de éstos últimos -*vid.* ROGEL VIDE, *op. cit.*, pág. 125-. Y ello, con independencia de que se considere que derechos fundamentales son aquellos que se tienen frente al Estado, o también frente a otros particulares (núcleo esto último de la cada vez más aceptada eficacia horizontal o *unmittelbare Drittwirkung);* una síntesis del estado de ésta cuestión puede encontrarse en ALFARO AGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC,* enero-marzo 1993. Dicho de otros modo y empleando la expresión de LOPEZ JACOISTE en "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", -*ADC*, 1986, pág. 1113-, sólo algunos derechos de la personalidad "plasman como derechos fundamentales". La consecuencia práctica más importante de calificarlos o no como derechos fundamentales, es entonces, la garantía constitucional especial de los -valga la redundancia- constitucionalmente consagrados: regulación de su contenido esencial mediante Ley orgánica, utilización de un procedimiento judicial en su defensa basado en los principios de preferencia y sumariedad, recurso de amparo, etc. Obviamente, aquellos derechos de la personalidad que no se hayan "plasmado" como derechos fundamentales, no gozarán de este tipo de protección. Al mismo tiempo, los bienes y derechos de la personalidad se mueven en un ámbito más reducido que el de los derechos fundamentales, según ROGEL VIDE, y "no tienen cabida dentro de los derechos de la personalidad -por muy ampliamente que se formule el elenco de los mismos- todos aquellos que desde otra perspectiva son considerados derechos fundamentales"; *vid.* ROGEL VIDE, *op. cit.*, págs. 146 y 151.

[124] Lo califican o enumeran como derecho de la personalidad DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema...*vol. I, *cit*., pág. 233; DELGADO ECHEVARRIA, que lo sitúa dentro de la categoría de "derecho de libertad, (que)...es también un modo de ser personal consistente en ser libre responsable la persona en las propias acciones, y como tal constituye un bien personal, un derecho de la personalidad. Es muy amplio y tiene diversas manifestaciones, desde la libertad negocial...hasta las libertades públicas aludidas", siendo una de las libertades justamente, la de asociación, que cita en la pág. 71; igualmente LASARTE ALVAREZ, que clasifica los derechos

Si aceptamos que además de derecho fundamental, puede calificarse como derecho de la personalidad, a los efectos de incluirlo en el art. 162 del Código civil, los pasos lógicos del razonamiento serían:

-aunque el art. 3 de la Ley de Asociaciones se interpretase como capacidad *plena* de obrar, esto no sería obstáculo, pues la Ley de 1981 que reformó el Código civil en este punto, podría actuar como ley posterior

-en todo caso, que no quepa la representación legal, no implica que pueda ejercitarlo por si mismo en todo caso: serían necesarias "condiciones de madurez" para realizar ese acto.

Esta posibilidad se encuentra con una dificultad: el examen *ad casum* de "las condiciones de madurez" del sujeto[125], con todo lo que ello supone y con una clara objeción: los derechos de la personalidad -suponiendo que éste lo fuera-, o mejor dicho, *su ejercicio*, no son

---

de la personalidad en cuatro grupos, uno de los cuales es el de las "libertades", en el que encuadra la asociación; *vid. Principios*...tomo I, *cit.,* pág. 214.

En la postura que podríamos denominar negativa, se ha de citar a CASTAN TOBEÑAS, que antes de la promulgación de la Constitución, distinguía entre libertades públicas y libertades civiles, siendo éstas últimas tan sólo, las encuadrables dentro de los derechos de la personalidad. Puesto que la asociación queda incluida entre las primeras, se le niega tal calificación; *vid.* CASTAN TOBEÑAS, "Los derechos de la personalidad", *RGLJ*, 1952, jul-ago, pág. 45.

Con posterioridad a la Constitución, ROGEL VIDE, retomando clasificaciones de constitucionalistas y administrativistas excluye también de la categoría de los "bienes de la personalidad" esas libertades públicas entre las que se encuentra la de asociación; *vid.* ROGEL VIDE, *op. cit.,* pág. 155 y allí, nota (136) donde enumera los bienes de la personalidad contemplados en la Constitución y no cita la libertad de asociación. Según este autor, los derechos de la personalidad se corresponderían con lo que DE ESTEBAN y LOPEZ GUERRA -en *El régimen constitucional español*, I, Barcelona, Labor, 1984, pág. 167- denominan "derechos de ámbito personal" y GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ -en *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 1982, pág. 56 a 58-, con terminología de BRAUD, "libertades-autonomía".

[125] Y el ordenamiento jurídico manifiesta, por lo general, una preferencia por el establecimiento de criterio fijos y objetivos. Como señala MARTINEZ DE AGUIRRE "la capacidad de obrar de las personas deriva directamente, con carácter general, de la concurrencia de esos hechos o datos objetivos a los que el ordenamiento la liga ...hechos o datos..., fijados precisamente teniendo en cuenta que ellos permiten establecer razonablemente una presunción legal de capacidad natural"; *vid.* MARTINEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, pág. 1408. En este trabajo, se analizan entre otros temas, las relaciones entre capacidad natural y capacidad de obrar, con especial mención al alcance y factores de disociación de la correspondencia entre capacidad natural y de obrar. Este planteamiento de disociación va siendo debilitado como consecuencia de intervenciones legislativas, como v.gr. la LOPJM, según tendremos ocasión de ver.

incondicionados ni incondicionables por el Legislador[126], *siempre que respete su contenido esencial*[127]. Esto es, nada impide que un determinado derecho se someta por vía legal a unos requisitos para su ejercicio, especialmente al de la edad, si para ello hay fundamento suficiente .

En mi opinión, sea cual fuere la consideración que se le otorgue a este derecho, ha de acudirse a la legislación específica, en la cual se pueden imponer determinadas condiciones para el ejercicio de este derecho y tal ley debe ser aplicable con preferencia a otras -en su caso, respecto al art. 162 del Código civil- pues actuaría bien como ley especial (Ley de 1964), bien como ley especial y posterior (Leyes autonómicas). Lo que sucede es que, así como en el caso de las Leyes autonómicas, quedan salvados con esta interpretación los posibles problemas de coordinación con el art. 162.2.1º -pues ya adelanto que los arts. 5.2.a) de la Ley vasca y 4.1.a) de la Ley catalana exigen expresamente la mayoría de edad o la emancipación-, en el caso de la Ley de Asociaciones de 1964, volvemos al punto de partida inicial: la capacidad requerida por la Ley *especial* es la "*capacidad de obrar*", sin mayores especificaciones.

En la búsqueda de una solución -aparte de clamar por una respuesta más concreta en la futura Ley orgánica-, podemos tener en cuenta los siguientes factores que páginas atrás anunciaba:

1º *La interpretación histórico-sistemática del art. 3º de la Ley de Asociaciones*. Aunque los trabajos preparatorios de la Ley de Asociaciones no nos arrojan ninguna luz sobre el particular[128], en 1964, cuando se aprobó la Ley, no existía una norma similar al art.

[126] Como dice DELGADO ECHEVERRIA, respecto al "derecho de libertad", "no es, sin embargo, absoluto e ilimitado, por necesidades de la convivencia, y tiene sus límites: en el propio ordenamiento algunas veces, y en la moral, buenas costumbres u orden público otras (cfr. art. 1.255 C.C.), otras; *vid. op. cit.*, pág. 67. Este sería uno de los casos en que el Ordenamiento jurídico podría poner algún límite.

[127] La función del Derecho positivo respecto a estos derechos es el establecimiento de una regulación que los proteja y promocione. Regulación que, trasladando lo que se dice respecto a los derechos fundamentales cumple, una la labor de delimitación de los mismos. DE LA MORENA atribuye a la ley un papel no tanto limitador, sino *delimitador* del contenido y ejercicio del derecho fundamental; *vid.* DE LA MORENA, "El derecho de asociación...", *cit*., pág. 10.

[128] Los textos del Proyecto de Ley y de las enmiendas a la misma no aportan nada relevante.

162 del Código civil, y la regla general era, en palabras de CASTAN TOBEÑAS "la incapacidad de los menores...(compatible con) los casos excepcionales en que se reconoce capacidad de obrar a los menores no emancipados ni habilitados de edad"[129]. Dado que tal reconocimiento no existía en la Ley, es lógico pensar que el Legislador cuando exigía capacidad de obrar se refería a la regla general: la mayoría de edad o emancipación[130].

2º *La constatación de la práctica registral*. En los respectivos Registros de asociaciones se está interpretando como "mayoría de edad" o "emancipación"[131].

---

[129] Esta era la opinión mayoritaria representada por CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, Común y Foral*, tomo I, vol. 2º Ed. Reus, Madrid, 1971, pág. 155. No puede obviarse sin embargo, la valiosa aportación de DE CASTRO y BRAVO que entiende que el menor no es un incapaz absoluto, puesto que no hay ningún precepto que así lo declare, sino *una persona cuya capacidad de obrar se encuentra limitada*; *vid.* DE CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España...cit.*, págs. 174 y ss.

[130] Sumamente representativas de esta filosofía me parecen las palabras de MENDIZABAL OSES, en "El asociacionismo juvenil ante el Derecho", en *RGLJ*, nº 228, 1970: "Con carácter general el ordenamiento jurídico exige una cierta edad para otorgar la capacidad de obrar, aun cuando ésta se conceda muy excepcionalmente y sólo para la realización de algún acto taxativamente establecido (*a menores de esa edad*). El carácter excepcional de la asociación juvenil exige argumentar un sistema que dentro del ciclo de la minoría de edad, facilite el otorgamiento de una cierta capacidad de obrar al cumplir la persona individual una edad determinada"; *vid. op.cit.*, pág. 196. El texto del paréntesis es mío. El autor, tras una serie de razonamientos, y en ausencia, a la sazón, de una regulación específica, propone la edad de trece años.

[131] Queda claro, que ésta es "sólo" la aportación de lo que es la realidad de la vida asociativa y que tiene en cuenta, además la existencia de asociaciones no inscritas. Por otra parte, la práctica administrativa en este campo, lamentablemente, parece ignorar o desconocer, que en Aragón el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado "*puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia en su caso de su tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos realizados sin la debida asistencia serán anulables*" (art. 5.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967). Sobre la posición jurídica del menor aragonés mayor de 14 años, *vid.* también los arts. 9 a 12 y 14 de la Compilación. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en los *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón* (dir. LACRUZ BERDEJO), tomo I, DGA, Zaragoza 1988, explican que según este art. 5 "el consentimiento negocial es del menor y a él debe serle referida la disciplina jurídica del mismo"; *vid.* pág. 339, pero debe ser completado con la asistencia que significa según estos autores "en primer lugar, presencia, en según término, consejo; y, además, por último, vigilancia activa, esto es, posibilidad de impedir la eficacia del acto mediante disentimiento expreso"; pág. 340 y añaden que "...la asistencia es una intervención complementaria, una especie de asentimiento lateral, no de iniciativa."; pág. 347. Pueden verse además los comentarios de MERINO HERNANDEZ a este mismo precepto en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, págs. 86 y ss.

Pues bien, no se ve ninguna razón para excluir el acto de autonomía negocial en que consiste la constitución de la asociación -cfr. capítulo 4-, del campo de aplicación de este artículo, máxime si puede celebrar "*toda clase de actos y contratos*", algunos de los cuales pueden consecuencias mucho más gravosas para el menor que el acto de constitución de la asociación. Además, en todo caso debería contar con la citada asistencia, lo cual supone en principio, una protección

3º La postura adoptada por la LOPJM, cuyo art. 7º.2, al que me voy a referir en el siguiente epígrafe, proclama el derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley (o secciones infantiles y juveniles de partidos políticos).

Es decir, desde el punto de vista de la titularidad del derecho, lo que se le reconoce es el derecho a promover un tipo de asociación específico: las asociaciones infantiles y juveniles, no a constituir asociaciones *in genere*[132].

4º Como criterio orientativo, *la tendencia del Legislador autonómico* parece ser la configuración de dos tipos de asociaciones: las ordinarias (para las que se exige la mayoría de edad o la emancipación) y las juveniles.

5º *De lege ferenda*, el ALODA de 1997 exige capacidad general de obrar y a renglón seguido permite completar la capacidad del menor no emancipado y suplir la del declarado incapaz.

Al comentario de algunos de los aspectos de estas Leyes (vigentes y en proyecto), dedico los siguientes epigrafes, no sin antes concluir que la interpretación correcta que a la vista de todo lo dicho debe darse al art. 3 de la Ley de Asociaciones, es la de exigir la mayoría de edad o la emancipación para la constitución de la asociación; y por supuesto el no haber sido declarado incapaz para tal acto, según la sentencia de incapacitación. Pero sobre este punto, volveré -más brevemente- al final del capítulo.

Seguidamente paso a analizar, algunos de los problemas que plantea la LOPJM y la proyectada ALODA de 1997. Posteriormente, me ocuparé de las dos Leyes autonómicas.

para el menor. Sin embargo, y como antes decía, ni la normativa aragonesa en materia de registro de asociaciones -Decreto 13/1995, de 7 de febrero de la DGA por el que se regula el Registro de Asociaciones de la comunidad de Aragón- ni la práctica registral han tenido en cuenta esa posibilidad.

[132] Y esta Ley, por su rango de orgánica, en mi opinión, sí que puede regular aspectos concretos del derecho de asociación aunque no sea específicamente una Ley orgánica sobre derecho de asociación.

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil

Esta Ley orgánica da un paso adelante en la ampliación de la capacidad de los menores respecto a su participación en las asociaciones. En la línea del Convenio sobre los derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, la LOPJM realiza un reconocimiento de los derechos del niño, a la manera constitucional, entre los que se encuentra, el derecho de asociación. Dice el art. 7º.2:

> *"Los menores tienen el derecho de asociación que en especial, comprende:*
>
> *a) el derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.*
>
> *b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley.*
>
> *Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.*
>
> *Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas que estime necesarias"*

Todo el artículo en su conjunto, suscita algunas cuestiones e interrogantes.

La primera de ellas, si lo mismo *promover* que fundar. Pueden mantenerse dos interpretaciones:

a) una interpretación amplia, según la cual, promover implica la iniciativa, la constitución y la inscripción, que del conjunto del precepto, se deduce como la más razonable[133]

[133] Esta es la postura que, expresamente adopta la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre sobre Medidas de protección de los Menores desamparados y de la Adopción, emplea sin recelos la expresión "constituir". Dice su art. 12, referido a la "Participación social": 1. "*Los niños y adolescentes tienen derecho a constituir asociaciones infantiles y juveniles y a ser miembros*

b) una interpretación *menos* amplia, viene sugerida por la evitación por parte del Legislador del termino "constituir": parece prever el Legislador -y más dada la remisión normativa que realiza- que las diversas Leyes de asociaciones actuales o futuras puedan exigir la concurrencia al acto de constitución de personas mayores de edad (y de hecho, como veremos, las Leyes autonómicas así lo hacen). De este modo, los menores podrían tomar la iniciativa respecto a la constitución y buscar las personas mayores de edad que fueren necesarias, pero no constituirla por sí solos. El Decreto de 1988 no exige este requisito, pero habrá de estarse a lo que diga la legislación futura. Por su parte, y de acuerdo con el art. 30 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que, al igual que la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, reconoce "*capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de la personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, las menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela*", serán ellos mismos los sujetos que se relacionen con la Administración, a los efectos de la inscripción[134]. Es decir, si tiene reconocido el derecho entonces, a efectos administrativos, puede ejercitarlo[135]. Pero con ello, la cuestión sigue sin resolverse.

En segundo lugar, una posible interpretación del precepto es que dado que el tercer párrafo del art. 7.2º se refiere a "*la pertenencia*

de las mismas, ...; 4. Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente han de haber designado, de acuerdo con sus estatutos, un representante legal con plena capacidad de obrar".

[134] Con dudosa corrección técnica desde el punto de vista civil, GONZALEZ PEREZ dice que la *ratio legis* de la LPA (y lo dicho es aplicable a la actual LRJPAC), es que "en el ámbito jurídico-administrativo no se da por lo general la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, ya que, por el carácter personal de la mayoría de las relaciones, los sujetos a los que se reconoce la titularidad del derecho, se les reconoce la posibilidad de actuar por sí"; *vid.* GONZALEZ PEREZ-GONZALEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, vol. I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 568. Este artículo no ha sido afectado por la Ley 4/1999 de 14 de enero, que ha obrado una importante modificación de la Ley 30/1992.

[135] GONZALEZ PEREZ-GONZALEZ NAVARRO, *op.cit.*, pág. 566. Por lo demás este autor, comentando la LOPJM, dice que "esta ley ha delimitado la capacidad del menor de edad en el ejercicio de los derechos fundamentales".

de un menor...a una asociación..." sin mayores especificaciones, el artículo en su conjunto reconocería no sólo el derecho a constituir y pertenecer a asociaciones juveniles o infantiles, sino a cualesquiera asociaciones. En el caso de la constitución, siempre que hubiera el número de personas mayores de edad necesario para dicha constitución (vimos que la opinión general estima que es de dos) podrían concurrir al acto de constitución, *además,* menores de edad. Esta sería la regla general y la particular, la posibilidad de constitución de asociaciones integradas sólo por menores, según el art. 7.2º.1.a).

Sin embargo, este artículo permite otra interpretación, a mi juicio más correcta: la LOPJM, distingue entre "promoción" y "pertenencia"; la primera se reconoce al menor de forma limitada para un tipo de asociación: la juvenil o infantil; la "pertenencia" sí que puede darse en una asociación ordinaria, como demuestra la realidad asociativa, pero se entiende como pertenencia por ingreso a una asociación ya constituida, no como constitución.

En tercer lugar, no queda clara ni la calificación de esa representación como representación legal, ni si esos representantes legales deben formar parte o no de tal asociación, ni en qué medida responden (v.gr. si se aplicarían las responsabilidades derivadas de la tutela, etc.), ni, si están vinculados necesariamente por lo que diga el órgano decisorio, integrado exclusivamente por menores de edad.

La Ley lo denomina "representante legal" y existen datos que confirman que lo es: la obligatoriedad -valga la redundancia- "legal" de la misma[136] y su finalidad: no tiene por misión "la prolongación de la posibilidad de actuación del interesado"[137] ni ser su *longa manus*, sino "suplir un defecto de capacidad de obrar de

[136] La representación legal, según RIVERO HERNANDEZ "se halla prevista y regulada por la ley, que no sólo la permite sino que a veces la ordena"; *vid.* RIVERO HERNANDEZ, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil* I-vol.3, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 335. Véase también el trabajo de GARCIA CANTERO, "Notas sobre representación legal en el Derecho de familia", *AC*, nº 11, marzo 1990, págs. 119 a 132.

[137] RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 308.

determinadas personas"[138]: necesita ese representante para actuar. Por otra parte, difícilmente puede otorgar un apoderamiento quien no es capaz[139].

Una posible solución a los conflictos de intereses que pudieran surgir entre este "representante legal" de la propia asociación (así parece derivarse del tenor de la Ley) y el representante legal del menor -padres o tutor-, apuntada por ALONSO PEREZ, sería el nombramiento de un defensor judicial *ex* art. 299.1º del Código civil[140].

Frente a lo dicho, hay otros datos que la alejan de la representación legal, ya que no es la ley la que señala directamente la persona del representante como en la representación legal[141], sino que es designada por la asociación (se entiende que por la asamblea general). Sin llegar a poder afirmarse de ella la característica propia de la representación voluntaria[142] -a saber "el origen en la voluntad

[138] DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992, (reimpresión de la ed. de 1979), pág. 285.

[139] RIVERA FERNANDEZ en "Anotaciones...", pág. 6506, estima que sí puede nombrarlo, acorde con el "nuevo espíritu legislativo donde el principio de la capacidad de obrar del menor es la regla general y no la excepción". GARCIA MAS, en "Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor", *AC*, nº 34, sept. 97, entiende que podría entenderse que la LOPJM amplía la capacidad de éste en punto al otorgamiento de una representación voluntaria, si bien se mantiene el problema acerca de la "delimitación de la frontera de quiénes podrían hacerlo por sí solos", pág. 819.

[140] ALONSO PEREZ, "La situación jurídica del menor en la L.O. 1/1996, de 15 de enero", *AC*, nº 2, enero de 1997, pág. 27, que mantiene esta solución para los conflictos que afecten a intereses relativos al campo del Derecho privado.

[141] RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 337.

[142] La califican de "representación voluntaria", RIVERA FERNANDEZ, "Anotaciones...", pág. 6506 y GARCIA MAS, "Panorama general...", pág. 819. El supuesto que estamos viendo puede estar relacionado con el de la "representación legal de origen voluntario", a la que alude GARCIA CANTERO, en *op. cit.*, pág. 131; esto es: la posibilidad de que el propio incapaz, estando en uso de sus facultades mentales, prevea el organismo de guarda que desea se le aplique en el caso de que el futuro pierda la capacidad de obrar. Esta modalidad de tutela ha sido denominada por algunos como "autotutela". El supuesto de hecho es ciertamente distinto del que es objeto de este estudio, aunque en ambos casos confluyen caracteres de la representación legal y de la representación voluntaria. GARCIA CANTERO constata que a pesar de que no está admitida expresamente en nuestro Derecho positivo, no existen obstáculos dogmáticos para la admisión de la autotutela; *vid. op. cit.*, pág. 132.

del interesado"[143]-, porque el origen de su existencia es la prescripción legal- sí que comparte con ella algunos elementos de voluntariedad. Quizá por este matiz, aunque se trata de una figura más cercana a la representación legal, que la Ley catalana de 1997 ha prescindido de la inclusión del término representación, y para designar la institución que desempeña idénticas funciones en la asociación juvenil habla de "órgano adjunto". Parece que ha habido un abandono de la "teoría de la representación", acudiendo en su lugar a la "teoría del órgano"[144], pues no en vano, "órgano" es la expresión legal, y no "representante legal" como hace la LOPJM: estas personas mayores de edad son órganos de la asociación, de modo que los actos que realicen frente a terceros como tales órganos, se consideran actos de la asociación misma, no habiendo dos voluntades diversas, sino una sola: la de la asociación[145], y como tales órganos, están vinculados a la decisión del órgano de gobierno al que en ningún caso pueden suplantar, so pena de desvirtuar el espíritu de la Ley.

Cierto es que la asociación siempre necesitará de personas físicas para actuar, ya se les considere órganos, ya representantes. La peculiaridad en este caso, radica en que la incapacidad de las personas físicas que componen la asociación, en principio determinaría la incapacidad de la asociación misma. En efecto, los menores no pueden ser representantes u órganos que actúen por la asociación puesto que son incapaces y por ello se ha de nombrar un representante u órgano capaz.

En mi opinión, y volviendo a la LOPJM, el "representante legal" no suple *materialmente* la voluntad de los menores que componen la asociación, en el sentido de que no puede ir contra ella, sino que suple sólo *formalmente* la capacidad de los menores en cada acto con

[143] RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 307.

[144] ALONSO PEREZ, que considera este artículo superfluo y polarizado hacia las asociaciones y organizaciones juveniles de tipo político y sindical, como si fueran casi las únicas que importan a los jóvenes, critica la expresión "representación legal" y sin optar claramente por la de "órgano", propone una solución mixta "representante orgánico, propio de las personas jurídicas que actúa como si lo hiciera la propia asociación"; *vid.* ALONSO PEREZ, "La situación jurídica del menor ...", pág. 28.

[145] De esta opinión es MENDIZABAL OSES, "El asociacionismo...", *cit.*, pág. 116.

terceros (en realidad es un complemento formal), para evitar que puedan ser impugnados por falta de capacidad. *De este modo se consigue que la actividad de la asociación no quede reducida a aquel sector de negocios jurídicos cuya realización es permitida al menor* y menos aún que quede expuesta a una posible impugnación *ex* arts. 1.301, 1.302 y 1.304 del Código civil. Parece que no tiene mucho sentido una suplencia en la que el representante no tiene ningún margen de decisión, pero a mi entender, esta interpretación es el único modo de cohonestar el espíritu que inspira las asociaciones juveniles con los principios de capacidad que rigen en nuestro Ordenamiento jurídico.

Mencionaré brevemente que la novedosa categoría de las asociaciones infantiles, plantea a partir de qué edad se puede ejercer este derecho. No existe ninguna previsión jurídica al respecto, lo que hace acudir al empleo de conceptos jurídicos indeterminados tales como "el uso de razón". En cualquier caso, cuando se trate de menores que por su escasa edad o por su deficiente desarrollo mental no reúnen la mínima "capacidad natural" para el acto, deberá negarse esta posibilidad.

El ALODA de 1997

Ya adelanté que el ALODA de 1997 exige en el art. 3º la capacidad *general* de obrar. Esto equivale en mi opinión,

1) a que se exige la mayoría de edad (que implica, siempre que no medie incapacitación, una capacidad ciertamente "*general*", a la vista del art. 322 del Código civil) o, como intentaré demostrar, la emancipación, a pesar de que el art. 323 del Código civil no reconozca al emancipado una capacidad técnicamente "general".

2) a que no se exigen unos requisitos especiales que hagan más restringida esa capacidad (v.gr. una edad superior a la mayoría de edad).

Lo más llamativo de la previsión radica, sin embargo, en la clara aceptación de la posibilidad de representación, pues el art. 3º afirma que

> *"Podrán constituir asociaciones y formas parte de ellas, las personas físicas...: a) Las personas físicas necesitan tener la*

> *capacidad general de obrar. La forma de completar la capacidad de los menores de edad no emancipados y de suplir la de los declarados incapaces se regirá por las disposiciones del Código Civil"*

Se habla de "completar la capacidad" y de "suplir (la capacidad) de los declarados incapaces" es decir, de "suplir la incapacidad". La Ley remite a las normas generales de representación legal y admite que en estos casos cabe dicha representación. De este modo, puesto que el ALODA no lo impide, podrían concurrir al acto de constitución de una asociación, únicamente representantes de los menores o de los incapacitados, aunque quede claro que los "socios fundadores", en su caso serían éstos. Es decir, no sería una asociación de padres, ni de familiares de disminuidos psíquicos, v.gr. sino de menores o de disminuidos psíquicos.

Obsérvese que para el caso de los menores se habla de "completar" la capacidad y no de suplirla. El término "completar" nos sugiere la idea de los menores emancipados que pueden actuar por sí mismos, pero que necesitan un complemento de capacidad: la *asistencia* (aunque llamada "consentimiento") prevista en el art. 323 del Código civil. En rigor, las personas que prestan esta asistencia, no suplen al emancipado, sino que completan su capacidad. Por todo ello, podría pensarse que sólo los menores emancipados cuya capacidad debe ser completada, son los que pueden concurrir a la constitución de una asociación.

No es ésta la *mens legis* que inspira el ALODA, puesto que se habla de "*completar la capacidad de los menores de edad no emancipados*", lo que a *sensu contrario*, hace ver que para el Legislador, la capacidad general de obrar es la del mayor de edad o el menor emancipado. Entiendo que el "completar" la capacidad del que habla el Anteproyecto[146], es en realidad, *técnicamente*, una suplencia de

[146] La *ratio iuris* del empleo del concepto "completar", quizá se encuentre en la extensión de una práctica registral referida *al acto de ingreso* -no al de constitución- de los menores en la asociación: en los últimos años, y aunque la Ley de Asociaciones de 1964 nada diga al respecto, los encargados del Registro exigen que en los Estatutos de las asociaciones que prevén el ingreso de socios menores de edad, figure la cláusula que determine la obligatoriedad del "permiso" (asistencia) de los representantes del menor al ingreso. Dicha actitud viene motivada por el temor de ingreso de los jóvenes en determinadas sectas. Pues bien, generalmente se prevé la concurrencia del consentimiento del menor -si tiene el discernimiento suficiente-, el cual, de algún modo obra por sí mismo, y el de su representante legal, que "completa" su capacidad

capacidad (la que debe hacerse respecto de los actos de los menores no emancipados), y el representante obrará en nombre del representado; y ello, por más que haya situaciones en que *materialmente* sea tan sólo un complemento de capacidad, cuando v.gr. se trata de un menor que tenga 17 años y goce del discernimiento suficiente. El empleo de dicho término no excluye en absoluto la auténtica suplencia de la capacidad de obrar, pues si cabe en el caso de los incapacitados, no se ve la razón para negarla a los menores no emancipados.

El emancipado requiere la asistencia de sus padres o curador prevista en el art. 323 del Código civil, sólo en el caso de que dicho acto de constitución conlleve, v.gr., la enajenación de un inmueble que se aporta a la asociación. De cualquier forma, se trata de una previsión un tanto oscura, por lo que sería de desear que en el texto definitivo se incluya una clara toma de postura.

Por otra parte la representación en la constitución implicará, en su caso, la representación en el ejercicio de los derechos durante la vida de la asociación. Aquí también habrá que hacer matices y estar a lo que digan los Estatutos que pueden prever cierto margen de decisión para los menores e incluso para los incapaces. Obviamente, cuando el menor alcanza la mayoría de edad o la emancipación, o el declarado incapaz recupera (o adquiere) la capacidad, dichas restricciones dejan de tener efecto.

La proyectada regulación se enfrenta, sin embargo, con la que parece ser consolidada opinión que niega la representación en el ejercicio de los derechos de la personalidad.

El problema -que no lo es- se plantea, nuevamente si consideramos el derecho de asociación como un derecho de la personalidad. Se imponen algunas distinciones[147]. Una cosa es que

pero de un modo decisivo, ya que sin su consentimiento, no es posible que realice ese acto. Quizá esa misma fórmula es la que el Legislador piensa que debe aplicarse al acto de constitución.

[147] Ya en 1979 explicaba DIEZ-PICAZO, que, aunque en principio la regla general sea la imposibilidad de representación, se admiten algunos casos en que ésta es posible; *vid. La representación...cit.*, pág. 91. La legislación posterior ha confirmado esta posibilidad.

en la defensa de un derecho de la personalidad (v.gr. art. 3.1 de la Ley orgánica de 5-5-1982, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen) quepa la representación (contando, por cierto, con el consentimiento del menor) y otra que se tome la iniciativa de ejercitar un derecho, con independencia de su posible lesión o menoscabo. Parece que asi como la defensa del derecho obliga al representante a ejercer tal representación, nada "obliga" al representante a ejercer un derecho sin el cual, en teoría se podría seguir viviendo en las mismas condiciones. La inadmisibilidad de la representación viene dada más bien por el carácter personalísimo del derecho[148].

La solución pasa por la interpretación teleológica de las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil[149]. La representación sería lícita en cuanto atienda al bien del menor o incapacitado. Pienso en una hipotética asociación de afectados de Alzheimer, a cuya constitución concurrieran los representantes de un afectado, que haya sido declarado incapaz, con el fin de facilitar y promover su integración en una asociación, asociación que le va a prestar ayuda en el caso de que esos representantes fallezcan o se vean imposibilitados para el cuidado de esa persona (pensando incluso en una posible futura tutela ejercida por dicha asociación de la que forma parte). Es lógico que se permita la promoción y constitución de la asociación a estos representantes legales que, como la realidad demuestra (y ello es extensible a muchos ámbitos) serán las personas más interesadas en su efectiva promoción. Por ello, aunque a pesar de que desde un punto de vista dogmático esta posibilidad suscite dudas, entiendo que la finalidad de la representación en este caso quedaría justificada, lo cual legitima la opción del Legislador.

Por último expondré la postura adoptada por las Leyes autonómicas.

---

[148] A este idea alude *in genere* (no respecto al derecho de asociación) DIEZ-PICAZO, en *La representación...cit.*, pág. 91.

[149] Sobre este tema en su conjunto puede verse la exposición de MARTINEZ DE AGUIRRE, en *op.cit*.

LEY VASCA DE ASOCIACIONES

La Ley vasca en el art. 5.2 a) (al igual que nueve años más tarde hará la catalana, en el art. 4.1 a) sustituye la genérica exigencia de la Ley de 1964 por la especificación de que las personas físicas que quieran "*constituir y ser miembros de una Asociación*", sean "*mayores de edad o menores emancipados*".

Los menores de edad según la Ley vasca, "*sólo pueden constituir y ser miembros de las Asociaciones juveniles constituidas conforme al art. 24, o de las de alumnos a las que se refiere la disposición adicional de la Ley*" (art. 5.2 c). Previsión legal que hizo negar a parte de la doctrina la posibilidad, no sólo de participar en el acto de constitución sino también de ingresar en una asociación ya constituida, aunque fuera por medio de la actuación de su representante legal[150].

Para la Ley vasca, las asociaciones juveniles son aquellas "*cuya finalidad es la promoción, integración social o entretenimiento de la juventud*" (art. 24.1) y cuyos socios sean personas naturales de edades comprendidas entre los 14 años como mínimo y los 30 años como máximo de las que, al menos, tres sean mayores de edad o menores emancipados (art. 24.1 y 2, a)[151].

LEY CATALANA DE ASOCIACIONES

En cierto sentido, la Ley catalana, es más favorable a la intervención del menor que la propia la LOPJM, y desde luego, que la Ley vasca, ya que no sólo prevé la formación de asociaciones juveniles a las que dedica una detallada regulación en el art. 34, sino que permite que los menores puedan ser asociados -aunque no fundadores- de una asociación ordinaria.

---

[150] HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco...", *cit.*, pág. 103.

[151] El art. 24 continúa: *"2. Estas Asociaciones, cuya denominación debe hacer referencia a su carácter, tendrán las siguientes particularidades: a) Los socios de las mismas serán personas naturales mayores de 14 años y menores de 30. b) En el acto de constitución deberán participar necesariamente al menos tres personas mayores de edad o menores emancipados. d) Para la adopción de acuerdos en la junta directiva, será necesario siempre el voto favorable de al menos la mitad más uno de los mayores de edad o menores emancipados que formen parte de aquélla. e) El presidente será siempre un mayor de edad o menor emancipado"*. Obsérvese que en este caso no se admite a personas jurídicas, precisamente por lo específico de la finalidad que se persigue con esas asociaciones.

Además de lo previsto en la Ley vasca, permite que "*una asociación que no sea específicamente juvenil pueda tener personas asociadas menores de edad*" (art. 4.2). En este caso tienen "*derecho de voz, por sí mismas, en la asamblea general. La actuación en los actos jurídicos para los que no tengan capacidad de obrar y el ejercicio del derecho de voto de los socios y socias menores de edad deben ser regulados en los estatutos y en cualquier caso, debe realizarse a través de sus representantes legales*".

Es decir, los menores no pueden constituir una asociación que no sea juvenil, pero sí pueden ser miembros suyos. En esto, la Ley adopta una ponderada solución, adaptada a la realidad social que muestra la frecuente integración de menores en algunas asociaciones. Y es ponderada, porque otorga a los menores, aparte de la posibilidad de disfrutar de las actividades y servicios de la asociación -con las correlativas obligaciones-, un margen de participación directa (derecho a ser oídos), aunque no pueda regir de una forma inmediata los destinos de la asociación, al no poder ejercitar el derecho de voto por sí mismos, sino a través de sus representantes legales.

Los otros actos para los que necesite capacidad de obrar, distintos del propio derecho de voto, pueden ser la impugnación de un acuerdo, la disposición de un bien en favor de la misma, etc.

Las asociaciones juveniles en la Ley catalana

A su vez, la Ley catalana contiene una regulación particular sobre las asociaciones juveniles, que recoge los principios del Decreto estatal (edades de 14 a 30 años; posibilidad de que los menores formen parte de los órganos directivos y actúen ante las Administraciones públicas para los fines pertinentes) a la vez que contiene algunas peculiaridades.

1) En cuanto a la constitución

A diferencia de la Ley vasca, no se exige que en el acto de constitución participen, al menos, tres personas mayores de edad o menores emancipados, por lo que menores de edad podrían constituir la asociación.

2) En cuanto a la edad

De modo paralelo a las asociaciones "de mayores de edad" que permiten la integración de socios menores de edad, con voz pero sin

voto, estas asociaciones permiten la integración de socios menores de 14 años con voz pero sin voto (art. 34.1 a).

Se detalla la situación jurídica de los socios una vez traspasan el límite de los 30 años: pierden automáticamente la condición de tales salvo que se hallen desempeñando un cargo de gobierno, en cuyo caso si los Estatutos así lo prevén, pueden continuar formando parte de la asociación hasta que finalice su mandato (art. 34.1 b).

3) Organos de gobierno: el "órgano adjunto"

Con criterio mucho más abierto a la participación del menor que la Ley vasca, no impone la Ley catalana la presencia de mayores de edad en el órgano de gobierno. Lo que prevé es que si no hay en el mismo por lo menos, dos personas mayores de edad o menores emancipados, haya un "órgano adjunto" al órgano de gobierno, del que sí deberán formar parte al menos, dos personas mayores de edad o menores emancipados, que tienen por misión "*suplir, cualquiera de ellas, la falta de capacidad de obrar de las personas que forman parte de los órganos de la asociación en todos los casos que sea necesario*" (art. 34.1 c)[152].

Sería conveniente saber cuál es el contenido de ese "*suplir, cualquiera de ellas, la falta de capacidad de obrar de las personas que forman parte de los órganos de la asociación en todos los casos que sea necesario*"[153]. Por una parte, dada la calificación de órgano "adjunto" parece voluntad del Legislador catalán salvaguardar la identidad de

[152] Esta figura del órgano adjunto, recuerda a la "tutela social" que proponía MENDIZABAL OSES a finales de los años sesenta: una institución -no plasmada aún en el Derecho positivo, pero según el autor, de obligatoria positivización- consistente en una forma especial de guarda de la persona y bienes *de un ente colectivo que es incapaz de gobernarse por sí mismo* frente a terceros, precisamente *por la minoría de edad de quienes lo integran*; *vid.* MENDIZABAL OSES, "La institución tutelar en el seno del Derecho público: La tutela moral", *Revista de la obra de protección de menores*, Madrid, 1967, págs. 3 y ss. y "La aparición de una nueva institución tutelar: La tutela social", *Boletín del Instituto Iberoamericano del Niño*, nº 162, Montevideo, págs. 360 y ss. Este autor considera que el "incapaz" es el ente mismo, la propia asociación, siendo misión de la tutela social completar su capacidad. A la vista del Derecho positivo actual esto no es técnicamente correcto, ya que la incapacitación propiamente dicha es una institución para la guarda y protección de las personas físicas. Tutela que, por lo demás, concibe con arreglo a un sistema de autoridad (la delación o llamamiento del tutor debe originarse exclusivamente por ley) y al principio de tutela orgánica (*Consejo tutelar*, que ejerce funciones paralelas al Consejo de familia, *tutor social* y *protutor social*) propio del sistema anterior a la reforma del Código civil de 24-10-1983.

[153] Posibles ejemplos: la enajenación o gravamen de los bienes que constituyen el patrimonio social, transacción de asuntos en los que la asociación esté implicada.

estas asociaciones juveniles, relegando a estos órganos a funciones "de exteriorización de la voluntad" y cumplimiento formal de los requisitos de capacidad de obrar, y no a funciones decisorias (a diferencia de lo visto en la Ley vasca). Sin embargo, la cuestión no es en absoluto nítida, y como antes apuntaba, la función de "suplencia de la falta de capacidad" se acerca más a la idea de representación legal; y en este tipo de representación, el representante no depende de la voluntad del representado. Este caso se acerca también, más, a la aludida idea de "asistencia" y no a la de representación, y por tanto, el representante, aunque "supla", está vinculado por la voluntad de sus representados.

Es decir, el Legislador permite la existencia de este tipo de asociaciones, pero no ignora que la misma no altera el sistema general de capacidad de obrar del Ordenamiento jurídico, que exige cuanto menos la emancipación. De algún modo, tanto el Reglamento estatal como las Leyes autonómicas tienen en cuenta que las asociaciones, como toda persona física están representadas por sus órganos, que están integrados por personas físicas, algunas de las cuales sí que deben ser capaces.

Lo que las Leyes reconocen al menor en definitiva, es la posibilidad de constituir unas asociaciones "especiales", sometidas a un régimen específico con protecciones adicionales (participación, de un modo u otro, de personas mayores de edad), lo cual denota una actitud contraria al reconocimiento genérico de esta capacidad.

V.B. EL MENOR COMO MIEMBRO DE LA ASOCIACION YA CONSTITUIDA

En segundo lugar, es bastante frecuente encontrar asociaciones, que sin ser específicamente juveniles (especialmente deportivas, culturales) admiten como miembros a los menores de edad, los cuales pueden además realizar el acto de ingreso por sí mismos, formando incluso, en ocasiones, una "sección juvenil" o "sección infantil".

Aunque la capacidad requerida para el ingreso en la asociación, ante el silencio legal, se considera que es también la necesaria para contratar[154], aparte de reunir los requisitos exigidos por los Estatutos[155]. Es este, sin embargo, uno de los casos en que se manifiestan las diferencias entre el acto de fundación y la adhesión o ingreso en una asociación ya constituida, pues muchas asociaciones prevén en sus Estatutos el ingreso de menores en concepto de socios. En teoría, esto no debería ser posible, pero lo que se hace en ocasiones es considerar que hay una subsanación tácita del vicio cuando el menor llega a la mayoría de edad o bien que sería un caso admisible de representación legal, pues como afirma LLUIS i NAVAS "cuestión distinta de la fundación -en la que dicha representación legal no se permite- es la de un posterior ingreso en la entidad"[156].

No me parece correcta la utilización que, de la afirmación de DE CASTRO sobre la posibilidad de que el menor pueda perfeccionar cualquier tipo de negocio gratuito puro[157], hace PADIAL ALBAS, para justificar la incorporación del menor a la asociación ya constituida[158], pues en la casi totalidad de los casos, el fundar o integrarse en una asociación comporta obligaciones económicas, asumidas por sí mismos o por sus padres.

Como anteriormente apuntaba, aquí si existe un comportamiento social aceptado por el uso: la integración de socios menores de edad que conforman categorías especiales: "socio

[154] BENITO y ENDARA, *op. cit.*, pág. 5 y CLARET MARTI, *op. cit.*, pág. 52. Por su parte LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, sin aludir en concreto a la capacidad para contratar, sí que afirman que la capacidad para ingresar es la misma que la prevista en el art. 3 de la Ley de Asociaciones, que es aplicable, por tanto, a estos casos.

[155] En conexión con este punto se halla la cuestión sobre un pretendido derecho subjetivo a ingresar en una asociación. El principio que domina estas cuestiones, recordemos es el de *libertad asociativa*, en el sentido de que puede haber diversas asociaciones con un mismo fin y si no se ingresa en una se puede hacerlo en la otra. Otra cosa son las que ostentan una situación de monopolio.

[156] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 146.

[157] DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit.*, pág. 183.

[158] PADIAL ALBAS, "El menor en la asociación", *cit.*, pág. 363.

infantil" o "socio juvenil". Son los Estatutos en cada caso, los que prevén cuáles son los derechos y deberes de los socios.

V.C. LOS INCAPACITADOS COMO POSIBLES ASOCIADOS

Todos los problemas que he ido apuntando se referían al menor de edad. Más brevemente, habría que decir, respecto a los incapacitados, que deberá atenderse a la graduación de la capacidad hecha en la sentencia de incapacitación, tanto para apreciar si pueden constituir una asociación o si pueden integrarse en ella[159]. Y generalmente no se ocupan los jueces de detallar este extremo en la sentencia de incapacitación.

Centrándonos ahora simplemente en el incapacitado como posible asociado, esta posibilidad, teóricamente puede darse en cualquier asociación cuyos Estatutos lo prevean. El caso paradigmático, es el de ciertas asociaciones de ayuda a disminuidos psíquicos que consideran "socios usuarios" a los propios deficientes. Junto a estos hay otros dos tipos de socios:

a) Socios colaboradores o cooperantes: los que trabajan en la atención de estas personas, de modo voluntario -con arreglo a las respectivas Leyes del voluntariado- o de modo remunerado.

b) Socios benefactores: los que aportan solamente capital, a modo de benefactores

No obstante, para obtener la declaración de utilidad pública, según el art. 4 de la Ley de Asociaciones (tras la reforma de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre 1994) es necesario *"b) Que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines"*[160].

---

[159] Cfr. *de lege ferenda*, la previsión de representación legal del ALODA de 1997.

[160] Aparte que desde el punto de vista fiscal, no se puede establecer diferencias entre los asociados y los no asociados, en el precio de los servicios. La restricción mencionada en el texto es objeto de crítica por parte de PIÑAR MAÑAS, que lo considera como "un requisito que, de hecho, desnaturaliza la esencia de las asociaciones, que deben caracterizarse por poder perseguir cualquier fin, siempre que no sea de los prohibidos por la Constitución"; *vid.* PIÑAR MAÑAS, *Comentario a la D.A.13ª, en Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, de De Lorenzo García, Cabra de Luna, et al., vol. 1º, Marcial Pons-Escuela libre Editorial-

Evidentemente, los "socios usuarios" podrán prestar su concurso a las actividades de la asociación, que en definitiva, son en beneficio suyo y podrán intervenir en la toma de decisiones según su grado de incapacitación.

Una de las cuestiones más interesantes que sugieren estas asociaciones, es que generalmente son ellas, las designadas como tutoras, -cuando se dan las condiciones que abocan al nombramiento de una persona jurídica como tutora conforme al art. 242 del Código civil- precisamente por la cercanía que la asociación ha tenido con el incapacitado. Se han concedido tutelas, v.gr. a la Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña, a varias asociaciones de afectados de Alzheimer de Cataluña, etc.. Sobre esta cuestión volveremos en el capítulo 6.

Fundación ONCE, Colección Solidaridad 7, Madrid, 1995, pág. 649. Sin embargo, dando por sentada la existencia de asociaciones de interés particular, es totalmente comprensible que el otorgamiento de todos los beneficios que conlleva la declaración de utilidad pública sean condicionados a que el desarrollo de la actividad, sea, valga la redundancia, de utilidad pública: esto es, en beneficio o mejor dicho, *al alcance* de toda la comunidad.

CAPITULO 3

EL FIN Y LOS MEDIOS EN LA ASOCIACION: EL ELEMENTO TELEOLOGICO-OBJETIVO

CUESTIONES PRELIMINARES: LA DIFERENCIA ENTRE FIN Y OBJETO DE LA ASOCIACION. ELECCION DE LAS CUESTIONES A TRATAR SOBRE EL ELEMENTO TELEOLOGICO-OBJETIVO

La unión de personas, la vinculación que entre ellas se produce y la organización creada al constituir una asociación, se realiza en atención a un fin lícito común a las partes[1]. Es decir, en el concepto "asociación" se puede apreciar claramente un *elemento teleológico*. No es tan importante la constitución de la asociación en sí misma como aquello para lo que se constituye. Ha de haber un fin común, o dicho de con expresión de GIRON TENA, una "comunidad de fin"[2].

[1] Como observa LLUIS i NAVAS, el propósito de aunar esfuerzos en orden a suplir la insuficiencia del hombre aisladamente considerado para el logro de sus fines, se da en todo fenómeno asociativo; cita al mercantilista ESPEJO DE HINOJOSA, que halla este móvil en la raíz de las sociedades mercantiles, aunque a veces se hayan orientado a la limitación de responsabilidades. *Vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 10. Cfr. además los conceptos de asociación en sentido lato citados al inicio del capítulo 1.

[2] Comunidad de fin, que en la teoría de GIRON TENA (seguida con matizaciones, por PAZ-ARES y PANTALEON PRIETO, entre otros), es el elemento vertebrador del fenómeno societario; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I, GT, Madrid, 1976, pág. 40. De este modo "la causa del contrato de sociedad, que ya no puede residenciarse en el criterio material del ánimo de lucro, debe residenciarse en el criterio formal del fin común. ...La *causa societatis* es, como la de ciertos negocios instrumentales, ... una causa plural y fungible, apta para encuadrar los más diversos fines (lucrativos, consorciales, mutualistas, ideales, etc.) con

Para la consecución de sus fines, la asociación desarrolla una serie de actividades. Por esta razón es posible deslindar el objeto o *fin inmediato* de la asociación (actividades que se realizan, que forman por así decir, su "objeto social") del *fin mediato* que se persigue con la creación y mantenimiento de la asociación.

El "objeto de la asociación", el *elemento objetivo*, es el conjunto de actividades que los miembros de la misma realizan para la consecución del fin de la asociación[3]. Eludo aquí otro posible sentido de esta expresión, a saber, *el objeto de la obligaciones de los asociados*. Obligaciones o "deberes" que son de diverso género (prestar su concurso a las actividades de la asociación; aportación de cuotas para contribuir al sostenimiento de los gastos de estas; cumplir los acuerdos asociativos, etc.) y que a su vez, -se ve claramente en el caso de la aportación-, tienen un objeto propio.

El objeto o actividad típica de la asociación tiene un carácter instrumental respecto a éste. De este modo, el *fin mediato* de una asociación cultural podría ser el fomento, desarrollo y defensa de la cultura de un determinado sector de la población y el *objeto social*, las actividades que para la consecución de ese fin se van a realizar: conferencias, cursos, visitas culturales, etc.. Es evidente que para un mismo fin, dos asociaciones pueden haber previsto actividades totalmente distintas.

Esto se manifiesta claramente en una figura afín a la asociación, como es el contrato de sociedad regulado en el Código civil, al que puede ser útil acudir, a falta de criterios claros sobre aquélla. En efecto, en el articulado del Código, las diversas actividades de la

independencia de que se persigan por motivos egoístas o altruistas"; PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit.* pág. 1313. Se intuye en estos breves trazos de dicha construcción doctrinal, que el centro del sistema se desplaza del ánimo de lucro como elemento diferenciador de la sociedad y la asociación, a la búsqueda de otros criterios, como veremos, estructurales. MENENDEZ MENENDEZ muestra una visión global de esta corriente, que se orienta a no hacer del ánimo de lucro la esencia de las sociedades sino sólo de un tipo de ellas, en "Sociedad anónima y fin lucrativo", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, nº 24, págs. 159-179.

[3] Tomo la idea de la doctrina francesa, que entiende el objeto de asociación, como *actividad efectivamente ejercida por la asociación*. La doctrina francesa suele resaltar que el objeto de la asociación se diferencia de la concepción de objeto de la obligación de las partes propia del Derecho civil; *vid.* por todos SOUSI, *Les associations*, *cit.*, nº 79, pág. 28 y BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, nº 56, pág. 34, y jurisprudencia allí citadas. Por otra parte, hemos de recordar el objeto de la obligación es la prestación, que a su vez tiene su propio objeto. Elípticamente se suele hablar de objeto de la obligación para designar lo que es en realidad, objeto de la prestación; *vid.* RIPERT, citado por LACRUZ BERDEJO-DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos*...II-vol. 1, *cit.*, pág. 437.

sociedad, se presentan bien diversificadas del "*ánimo de partir entre sí las ganancias*" al que se refiere el art. 1665 del Código civil[4].

La diferencia entre el fin y el objeto, sin embargo, en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, rara vez se ha marcado de forma nítida en las leyes. Por una parte la redacción del art. 1º de la Ley de Asociaciones de 1887 ("*quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otro lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia*") puede interpretarse o bien en el sentido de que son los fines los que tienen un objeto, o bien en el sentido de hacer equivalentes ambas categorías[5].

Por otra parte, la "*determinación*" que para los fines asociativos requería el art. 1.1º de la Ley de Asociaciones de 1964, era en realidad, la determinación de las actividades a realizar, como se confirma en el párrafo 2º de este mismo artículo "*Se entienden determinados los fines de la asociación cuando no exista duda respecto a las actividades que efectivamente se propone desarrollar, según se deduzca del acta fundacional y de los Estatutos*". Esta Ley exige que en los Estatutos se plasmen "*los fines determinados que se propone*", sin alusión alguna a las actividades, manifestando así también, una actitud de identificación de ambas por parte del Legislador[6].

[4] En este sentido se pronuncian autores que mantienen posturas tan diversas en ciertos puntos, como CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, vol 1º, Edersa, Madrid, 1986, pág. 15, y PAZ-ARES, "Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2.2 LAIE)", en el vol. col. *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*: *Estudios en homenaje a Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 741. Me parece también ilustrativa la RDGRN 2-2-1966, que afirma que "considerando que al ser el fin último de la sociedad la obtención de un lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquel...". En una sociedad civil o mercantil, con independencia de que las motivaciones subjetivas del socio o empresario puedan ser tan laudables como la creación de riqueza para la nación, de nuevos puestos de trabajo, etc., la finalidad es en todo caso, la obtención de una ganancia económica repartible entre diversas personas. No obstante, en la actualidad se imponen ciertas matizaciones a esta afirmación que enseguida veremos.

[5] La primera de las interpretaciones propuestas está más clara en el Proyecto de Ley de Asociaciones de 25 de octubre de 1906 -art. 1º .1 "*...el derecho de asociación, en virtud del cual dos o más personas ponen en común, y de una manera permanente, su inteligencia o su actividad con un fin que no tenga por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia*"-; se mantiene, de modo similar, tras la reforma operada por el Decreto de 25 de enero de 1941, regulador del ejercicio de los derechos de asociación y reunión, de cuyo ámbito de aplicación (a los efectos especialmente del requisito de aprobación administrativa) se excluyen, según el art.1.2.1º "*Las asociaciones que tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia*".

[6] El Anteproyecto de Ley de 9-7-1964 contenía una identificación aún más marcada entre ambos términos; decía el art. 1.2º "*En consecuencia, se declara libre el ejercicio del derecho de asociación para fines determinados culturales, científicos, artísticos recreativos y cualesquiera otros lícitos que no tengan por objeto el lucro o la ganancia. Solamente se considerarán determinados los fines de la asociación*

Del mismo modo, la Ley vasca de asociaciones dice escuetamente que los Estatutos deberán contener una mención a "b) *Fines que se propone*" (art. 7.1º). Tampoco la Ley catalana de 1997 efectúa la distinción citada, puesto que prevé que en los Estatutos deben constar "e) *El objeto o finalidades que se propone llevar a cabo*" (art. 5). No obstante, sí que parece latir la distinción entre el fin y el objeto, v.gr. cuando en el art. 2.3º se dice que se puede "desarrollar una *actividad* económica, si el fruto de tal *actividad* se destina exclusivamente al cumplimiento de las *finalidades* de interés general establecidas en sus estatutos"[7].

La jurisprudencia alude en ocasiones a esta diferencia: v.gr., la STS de 20-3-1908 habla de que "los Estatutos de las personas jurídicas fijan sus fines y actividades y solo pueden realizar válidamente los actos dirigidos a realizar las mismas" (Gaceta de 30-3-1909); la STS de 28-3-1919, sobre la asociación de los Gremios de Carnes de Madrid, habla de que "...si sus funciones, objeto y fines lo evidencian, puede tener la asociación, otra naturaleza sustantiva..." (Gaceta de 27-7 y 3-8 de 1919); la STS de 21-4-1926, recoge, aunque sea formalmente, esta distinción cuando afirma que las asociaciones "...tienen que considerarse como lícitas en su objeto, en sus fines y en las mutuas convenciones entre sus miembros" (Gaceta de 27-12-1926); STS de 7-12-1979, (RJ 1979/4353), sobre adaptación de los Estatutos del Club Amigos de la Unesco, constata que en los mismos hay dos apartados, uno de los cuales contiene "los verdaderos fines o propósitos de la asociación" y el otro "los medios para darlos a conocer, como son la organización de conferencias, cursillos, seminarios..."; STS de 2-3-1982, (RJ 1982/1657) que deniega la inscripción de la asociación "Indagatoria popular", basándose

cuando concreten indubitadamente el objeto u objetos que la misma se proponga desarrollar". Con independencia del fondo, la dicción más clara en cuanto a la diferencia fin-actividades se contiene en la enmienda nº 51 de SEVILLA ANDRES y otros procuradores, que proponían el siguiente texto para el art. 1.2 "*Los fines de la asociación estarán determinados en los Estatutos en la forma establecida en el extremo 2º del número 2º del artículo 3º de la Ley. Dichos fines a los efectos de esta ley, se pondrán en relación con las actividades efectivas o proyectadas que fijen los Estatutos y demás circunstancias del caso*". He accedido a los textos de las enmiendas por gentileza de la Biblioteca del Congreso de los Diputados.

[7] Tampoco en la cooperativa según VICENT CHULIA, "La Cooperativa, a diferencia de una sociedad civil o mercantil nace de un contrato entre sujetos que sienten una misma necesidad, para desarrollar una actividad al servicio de sus socios, para la satisfacción directa de sus necesidades. Por ello fin social y objeto o actividad social se confunden (así se observa en las causas de disolución obligatoria, vid. art. 104 LGC); *vid.* VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 349.

justamente en la distinción entre los fines de la asociación (la lucha contra la corrupción detectando las conductas antijurídicas) y los mecanismos -en este caso- procesales al servicio de ese objetivo (el ejercicio de las acciones). El TS reprocha a los Estatutos de esta pretendida asociación que "...articulan bajo la expresión equívoca de fines, aspectos instrumentales (como son el ejercicio de acciones penales o de otro orden...)"[8], etc.

Es en el campo fiscal, donde esta diferencia se acentúa especialmente. La STEAC de 26-9-1991 distingue, entre *objetivos o fines últimos o mediatos*, que son propiamente el fin de la Asociación y determinan, v.gr. la exención fiscal de las actividades directamente relacionadas con ellos y las *actividades o fines inmediatos*.

Parte de la doctrina sí que acoge esta distinción: PELLISE PRATS[9] ALBALADEJO GARCIA[10], DE PABLO CONTRERAS[11], CAPILLA RONCERO[12] y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA[13].

Aunque las consecuencias prácticas no sean excesivamente relevantes, entiendo que, aparte de que según acabamos de ver, teóricamente son distinguibles fin y medios, la exposición de los elementos del concepto asociación, resulta más clara si se advierte dicha distinción. No obstante, tampoco me parece que ésta tenga la entidad suficiente como para dedicar capítulos independientes a estos elementos, máxime cuando gran parte de las cuestiones se hallan íntimamente conectadas: el fin no lucrativo y la posibilidad

[8] Amen de que ni como fin ni como medio, -y ésta es la clave de argumentación de la sentencia- se puede atribuir en exclusiva una asociación el ejercicio de una acción pública.

[9] PELLISE PRATS, *op. cit.*, pág. 71, aunque no lo haga de forma explícita, se refiere al fin de la asociación y al conjunto de actividades necesarias para llevarlo a cabo.

[10] ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil,* tomo I, vol.1º, *cit.*, pág. 386.

[11] DE PABLO CONTRERAS, "Tres competencias de Derecho Privado en el art. 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones, y centros de contratación de mercaderías y valores", *RJN,* nº3, 1987, pág. 33. Con ocasión de la crítica a la expresión del art. 44 del Amejoramiento de "funciones" de la asociación, el autor afirma "las asociaciones no desarrollan -o no tienen porqué desarrollar- funciones, sino que lo que es sustancial a ellas es perseguir fines para cuya consecución se realizan determinadas actividades".

[12] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, pág. 490.

[13] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, págs. 144 y 145.

de realizar actividades económicas, el fin de interés público y el ejercicio de funciones públicas, etc.

Breve mención a la relación de las actividades objeto de la asociación (fin inmediato) con el fin mediato

Una primera cuestión a dilucidar es si el fin mediato condiciona o coarta el objeto de la asociación o actividades previstas para su constitución en los Estatutos (fin inmediato); esto es, si a la hora de redactar o modificar los Estatutos, pueden preverse cualesquiera actividades para la asociación o si necesariamente han de estar condicionadas por la finalidad o directamente dirigidas a su consecución.

La respuesta es relativamente sencilla: si las actividades tienen un carácter *instrumental* respecto al fin, lógicamente han de ser aptas, apropiadas para su constitución, lo que implica que de modo directo o indirecto deben estar relacionadas con él. Sucede sin embargo, que son pensables las conexiones más inverosímiles: v.gr. una asociación para la protección de la flora, puede tener previstas como actividades cursos, reuniones y coloquios de sensibilización, salidas al medio natural, etc., pero difícilmente se hallaría la conexión con la organización habitual de comidas y banquetes o de reuniones de carácter religioso, salvo que se justificase que tales actividades contribuyen de un modo u otro a tal sensibilización por la flora. Actividades que, por otra parte, encuadrarían perfectamente en una sociedad gastronómica o en una asociación religiosa.

Sin embargo, se constata, por una parte, que las vías para establecer la conexión entre actividades y fin pueden ser innumerables, de modo que prácticamente siempre se podría justificar el desempeño de aquéllas. Por otra parte, como vamos a ver, se permite en todo caso la realización de cualesquiera actividades económicas destinadas a la obtención de recursos económicos para destinarlos a su vez, al cumplimiento de los fines de la asociación. Ello da lugar a conexiones peculiares en las que lo de menos es la actividad en sí (v.gr. desde la inversión en bolsa de cantidades obtenidas por la asociación de defensa de la flora a la

celebración de festivales para la obtención de recursos, etc.)[14]. Es decir, son muchos los argumentos por los que podría defenderse una conexión, siquiera fuera remota, entre fin y actividad. Además, si están destinados a la obtención de beneficios económicos, siempre podría probarse esta relación, alegando que tales beneficios se van a invertir en la relación de otras actividades directamente conectadas. En definitiva, será una cuestión a determinar *ad casum*, cuya solución debe ser presidida por criterios de flexibilidad.

Ciertamente *la conexión viene exigida por la relación de instrumentalidad de las actividades respecto al fin*. Pero dado que hay actividades que sólo tienen por objeto conseguir fondos para la asociación, basta con que no sean actividades contrarias al fin, impeditivas del mismo, para que tal relación se produzca.

El problema se puede plantear respecto a las actividades "indiferentes", que no aportan nada al fin. A este respecto, dado que una manifestación de la libertad asociativa se plasma en *la libertad*

[14] En las sociedades mercantiles de capital, el interrogante se plantea sobre la compatibilidad del fin que, con independencia del carácter formal que se les atribuye a las SA y SRL, por principio es lucrativo, con la plasmación en los Estatutos, como actividad típica, de *actos a título gratuito*.

La RDGRN 2-2-1966, aludida anteriormente, sobre la base de que "al ser el fin último de la sociedad la obtención de un lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquel, por lo que no sería procedente al inscripción de los Estatutos de una sociedad mercantil en los que se consagrase como normal y habitual dentro del giro o tráfico de la empresa, y comprendido, por tanto, dentro de las facultades de los administradores, la realización de actos a título gratuito, pues constituiría una contradicción con la misma esencia del contrato societario, ni tampoco sería admisible una modificación estatutaria en el apuntado sentido, ya que entonces se convertiría la sociedad mercantil en una entidad benéfica sometidas a distinta legislación". Según RUANO BORRELLA, no es posible que una sociedad mercantil se dedique sistemáticamente a la realización de actos a título gratuito y mucho menos que lo incluya en su objeto social. Consiguientemente, sí es posible la realización de actos aislados por la sociedad a título gratuito, actos que...requerirán autorización la junta"; *vid*. RUANO BORRELLA, "Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996", *RCDI*, nº 638, ene-feb 1997, pág. 123. En este mismo sentido, ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, en el prólogo a BARCELO RICO-AVELLO, ALVAREZ DE NEYRA *et al., Regímenes fiscales especiales en el impuesto sobre sociedades. Fundaciones asociaciones, entidades parcialmente exentas e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Colex, Madrid, 1996, pág. 17.

No puede considerarse que el acto a título gratuito sea por definición contrario al objeto social -como parecen considerar ARANGUREN URIZA y FERNANDEZ-TRESGUERRES en "La representación de la sociedad anónima", en *Estudios sobre la sociedad anónima*, dir. GARRIDO DE PALMA, Civitas, Madrid, 1991, págs. 232 y ss.- pues actualmente la sociedad anónima se configura como un tipo neutro que puede ser utilizado para los más diversos fines, amen de que en determinados casos, tales actos, formen parte de su política comercial (pensemos en el frecuente caso de reparto gratuito de productos con fines publicitarios y a otro nivel, en toda la actividad de mecenazgo). Cosa distinta sería que un excesivo número o volumen de actos gratuitos pusiera en peligro la propia existencia de la sociedad; en ese caso, sí que se trataría de un auténtico acto (o actos) contrarios al objeto social.

estatutaria, en mi opinión, siempre que se mantegan en coordenadas de licitud, nada impide que al amparo de esa libertad se lleven a cabo tales actividades, siempre, claro está, que tales actividades no conlleven una inactividad total o paralización de las actividades necesarias para la consecución del fin, en cuyo caso, habría que plantearse una modificación de éste.

La cuestión vista se situaba en el momento de redacción o modificación de los Estatutos. Una cuestión conexa, que se ha planteado respecto a la persona jurídica en general y especialmente en relación a las sociedades mercantiles, es *la relación entre el objeto social y las facultades de representación de los administradores de la sociedad y en definitiva, su relación con la capacidad de la persona jurídica*, así como *la validez de las extralimitaciones del objeto social*; con ello pasamos del plano estático y abstracto de la pura previsión estatutaria, al plano dinámico de la vida asociativa. Tal relación entre el binomio fin-objeto de la asociación por una parte y su capacidad por otra, será objeto de estudio en el epígrafe dedicado a la capacidad de la asociación, dentro del capítulo 6.

Las aportaciones de los asociados en relación al objeto de la asociación

Hemos visto que para la consecución del fin se hace necesario el desarrollo de una serie de actividades que constituyen el objeto de la asociación. Para el desempeño de tales actividades se necesita una serie de medios materiales y económicos (sin perjuicio de que la búsqueda de tales medios pueda constituir una *actividad de la asociación*), cuya fuente fundamental son los propios asociados. A su vez, los asociados se comprometen de algún modo al desempeño de las actividades objeto de la asociación.

Es decir, todos los asociados han de realizar una de estas dos actividades o ambas:

-aportar su concurso a las actividades de la asociación

-aportar medios para la realización de las actividades; esto es, una aportación patrimonial consistente en una aportación de dinero (cuota) o de bienes

De algún modo podría distinguirse entre *concurso* en las actividades de la asociación (que en sentido muy amplio, y sin perjuicio de que muchos de los actos humanos pueden ser valorados en dinero, podría entenderse como "aportación extrapatrimonial") y *aportación* patrimonial (de dinero o de bienes).

La Ley francesa de 1901 parece referirse únicamente al concurso en la actividades, y no a las aportaciones patrimoniales[15]:

> *"La convention par laquelle deux ou plusiers personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices" (art. 1º de la Ley de 1 de julio de 1.901)"*

En contraste ni la Ley española de 1887[16] ni la de 1964, se refieren a este particular, aunque presuponen el imprescindible

[15] La falta de referencia en el art. 1º de la Ley francesa a la aportación de bienes se debe al objetivo de su autor, WALDECK-ROUSSEAU, que sostuvo en nombre del Gobierno francés una concepción rigurosamente individualista cuyos elementos principales eran: 1º la asociación era un contrato mediante el cual los asociados ponen en común sus esfuerzos, no sus bienes, y esto a fin de evitar la constitución de un patrimonio que pudiera servir de soporte a la existencia de un ser colectivo; 2º la asociación no posee jamás de pleno derecho la personalidad jurídica, que por otra parte, no le serviría de nada ya que carece de patrimonio; 3º como es de suponer que, a pesar de todo, los asociados acumularán bienes para acrecentar sus medios de acción, habrá de entenderse, que formarán una masa no incorporada a la asociación, y cuyo destino podrán convenir los interesados en virtud de un contrato accesorio que tomará forma de sociedad civil.

Este sistema era el que se recogía en el proyecto de Ley de asociaciones, pero la Ley votada y aprobada el 1 de julio de 1901 es considerablemente diferente del proyecto, pues se decidió que la asociación, sin más condiciones que la de una declaración, tendría una personalidad y un patrimonio incorporados; que en caso de disolución, los asociados carecerían del derecho de retirar sus aportaciones individuales; que tampoco habría atribución al Estado, sino que la asociación misma sería dueña de su patrimonio. Esto es: en el contrato regulador de la asociación se incluyó decididamente un elemento fundacional; *vid.* BARDOUT, *Les libertés d'association: histoire étonnante de la loi 1901*, Editions Juris-Service, Paris 1991, págs. 132 a 137.

Por lo demás, obsérvese cierto paralelismo con el art. 1.832 del *Code*, -reformado en este punto por la Ley de 11 de julio de 1985- regulador de la sociedad civil: "*La société est instituée par deux o plusiers personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'economie qui pourra en résulter*". O el mismo art. 1.665 del Código civil español: "*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*"

[16] El Proyecto de Ley de Asociaciones de 25-10-1906 incluía esta nota en el concepto de asociación del art. 1º.1 ("*El objeto de esta ley es regular el derecho de asociación, en virtud del cual dos o más personas ponen en común, y de una manera permanente, su inteligencia o su actividad con un fin que no tenga por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia*"). Obsérvese se trata de una trasposición de la Ley francesa. Llama la atención, únicamente que en vez de "conocimientos", se habla de "inteligencia". El posterior Proyecto de 1911, en su redacción inicial, no detalla, a diferencia del anterior proyecto, lo que ponen en común, sino que introduce la expresión: *realizan por la mutua cooperación orgánica*, que parece implicar una actividad común canalizada a través de los órganos de la asociación. El Dictamen suprimió dicha expresión y la sustituyó por *"realizan en común"*

concurso de los asociados en las actividades de la asociación: son los Estatutos los que, en la mayoría de las casos, fijan las aportaciones de los socios.

Sin embargo, las Leyes autonómicas, de modo similar a la Ley francesa sí que hacen referencia en sus respectivos conceptos al concurso en las actividades, pero a diferencia de aquélla, se refieren también a la aportación de recursos económicos. El art. 5 de la Ley vasca, y el art. 2 de la Ley catalana hablan de que los socios se comprometen a poner en común "*...sus conocimientos, su actividad o sus recursos económicos*".

Por una parte, hay algunas referencias expresas al concurso. Así, el art. 14. a) de la Ley vasca dice que los socios "*están obligados a prestar un concurso activo para la consecución de los fines de las asociaciones a que pertenezcan*"; y el art. 23.1 de la Ley catalana, les impone el deber de "*Comprometerse con los fines de la asociación y participar activamente para su consecución*".

Por otra parte, las leyes también prevén la aportación patrimonial: el art. 14.b) de la Ley vasca impone al asociado el deber de "*Contribuir al sostenimiento de los gastos de la asociación con el pago de las cuotas que se establezcan con arreglo a sus Estatutos*" y la Ley catalana, se expresa en similares términos en el art. 23.2.

El pago de la cuota que compete en principio a todo socio para sufragar, v.gr. el alquiler del local, comprar material, etc., (que es a lo que se refieren los artículos que acabo de citar), debe diferenciarse además, del caso del *asociado benefactor*, cuyo único modo de contribuir con el fin es la entrega de una cantidad de dinero o bienes para su consecución. En este caso el concurso se reduce a la aportación. Con la cuota que abona cumple conjuntamente ambas obligaciones.

Aun aceptando la existencia de casos en que el concurso se reduce a la aportación económica necesaria para la consecución del

En la época de la II República, en la legislación para el Protectorado de Marruecos, encontramos un antecedente de Derecho positivo de referencia legal a la comunidad de aportación, del que destaca la previsión de la aportación de recursos, ignorada por la Ley francesa: el Reglamento que regula el derecho de asociación (Dahir de 24-12-1931), con ocasión de la declaración de las asociaciones sometidas al Decreto, dice en su art.1º: *"Quedan sometidas a las disposiciones del presente Dahir todas las asociaciones, que integradas por dos o más personas, pongan en común de modo permanente sus conocimientos, recursos o actividades para fines científicos, benéficos, artísticos de recreo o cualesquiera otros lícitos, siempre que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia"* .

fin asociativo, la regla general es que el asociado debe o puede (precisamente para eso se asocia) tomar parte, ser protagonista, de esas actividades encaminadas al logro del fin asociativo.

El ALODA de 1997 acude a una expresión más amplia "...*se comprometen a poner en común, conocimientos, medios y actividades...*" (art. 5.1); sin embargo, "*medios*" puede entenderse aquí como equivalente a "*recursos económicos*".

Una de las diferencias con el contrato de sociedad, -figura a la que, de modo recurrente, vengo comparando con la asociación- estriba en que las aportaciones previstas en la sociedad tienen un común denominador: su carácter eminentemente patrimonial o pecuniario, especialmente en el texto español, (*dinero, bienes o industria,* art. 1.655 del Código civil español; *des biens ou leur industrie,* art. 1.832 del *Code*), mientras que en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro puede haber aportaciones patrimoniales, y de hecho eso será lo normal, y puede haber únicamente aportación de conocimientos o de actividad, que sin perjuicio de que puedan ser valoradas económicamente, constituyen más bien un simple concurso a las actividades de la asociación[17].

Al concurso en las actividades y a la aportación hacía referencia COVIAN JUNCO, al enumerar, inspirándose en la Ley de Asociaciones francesa, los caracteres esenciales de la asociación[18]. En nuestros días, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA incluye este elemento en su definición de asociación, al menos en la modalidad más abstracta de cooperación en la realización de determinadas

[17] Desde este prisma de las aportaciones, y en concreto, de la *communio rerum*, se han intentado establecer distinciones entre sociedad y asociación. Se ha dicho que la asociación "es ante todo una unión de personas, que ponen en común sus conocimientos, su actividad...mientras que la sociedad es un contrato por el cual varias personas se unen para poner una o varias cosas en común y repartir sus beneficios"; *vid.* DALLOZ, *Petit Dictionnaire de Droit*, 3ª ed., Paris, 1910, pág. 68.

[18] La asociación, decía, es "de personas que aportan su inteligencia y su actividad, aunque no sus bienes; si bien no se desnaturaliza porque aporten las cuotas o bienes necesarios para el funcionamiento de la asociación"; *vid.* COVIAN JUNCO, *op. cit.,* pág. 690, Esta limitación ("necesarios para el funcionamiento") es tributaria de la influencia francesa que limitaba la capacidad patrimonial de las asociaciones y que tuvo su reflejo en España en los proyectos de Ley de Asociaciones de 1906 y 1911.

actividades en orden a la consecución de un fin común prefijado por los mismos socios[19].

Del tema del concurso y la aportación suelen tratar casi todos los estudios sobre asociaciones[20], aunque son escasas las opiniones vertidas sobre la esencialidad de los mismos -siquiera sea del simple concurso-, para adquirir o mantener la condición de socio. Hay autores, que a la vista del silencio de la ley, parecen admitir que haya socios que no realicen aportaciones, puesto que los deberes mínimos, derivados implícitamente de la Ley, se reducen a comportamiento correcto con el resto de los consocios y cumplimiento fiel de las prescripciones asociativas[21].

No aludiré aquí a la interesante cuestión de la calificación jurídica del negocio de aportación patrimonial, especialmente el punto de su carácter traslativo de la propiedad[22]. Trataré de ella tangencialmente al ocuparme de la posibilidad de recuperación de alguna de las aportaciones, en los casos de baja voluntaria del asociado y de liquidación del patrimonio de la asociación, en relación al carácter no lucrativo del fin.

Cuestiones a tratar en este capítulo

Respecto a las cuestiones a tratar en el presente capítulo, expondré brevemente algunas como la licitud y determinación del fin y de las actividades, así como la permanencia del fin; cuestiones que no son especialmente problemáticas, y posteriormente, me centraré en dos puntos que son de capital importancia para la caracterización de la asociación en sentido estricto y que suscitan

[19] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, págs. 94 y 95, en la definición transcrita en nota (28) alude que los socios aparecen "...cooperando en la realización de determinadas actividades...".

[20] *Vid.* PELLISE PRATS: "los socios deben aportar a la asociación su ayuda en medios reales y actividades, en la proporción que corresponda, según las necesidades de la entidad", *op. cit.*, pág. 82 y también LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 184.

[21] GARCIA PESARRODONA, *op. cit.*, pág. 115.

[22] Tema del que por otra parte se encuentran interesantes estudios referidos a la aportación en la sociedad civil, que pueden servir para formarse una idea cabal de los problemas que puede plantear la aportación en las asociaciones sin ánimo de lucro; *vid.* por todos, el comentario de PAZ-ARES al art. 1.681 del Código civil, en *Comentarios*...II, *cit*., y el completo estudio que del tema hace CAPILLA RONCERO en *La sociedad civil*, col. *Studia Albornotiana*, 39, Real Colegio de España, Bolonia, 1984.

interesantes y actuales cuestiones, que determinan, según veremos, una evolución en la tradicional concepción de la asociación:

1) el carácter no lucrativo del fin y su relación con la actividad económica de la asociación

2) el fin de "interés público" de la asociación y el posible ejercicio de funciones públicas

Licitud, determinación y permanencia del fin y del objeto de la asociación

Respecto a la primera de las características enunciadas, huelga decir que los fines y las actividades para su consecución han de ser lícitos, tanto con referencia a las normas penales como civiles.

Unos y otras no han de ser constitutivos de ninguno de los delitos o faltas tipificados en el Código penal -L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo art. 515 proclama que

> *"Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*
>
> *1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*
>
> *2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*
>
> *3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución*
>
> *4º Las organizaciones de carácter paramilitar*
>
> *5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, su orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello".*

En el tercer párrafo, se emplea la expresión "objeto" identificándola con el fin asociativo, y la expresión "medios", en el sentido de lo que estoy describiendo como "objeto de la asociación".

La propia Constitución prohibe "*las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito*". La inclusión de este párrafo en la Constitución, ha sido calificada de inútil por COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DIEZ, pues el propio texto constitucional ya establece la vinculación de los ciudadanos y los poderes públicos a

la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), así como el respeto a los derechos de los demás (art. 10 C.E.)[23]

Respecto a las normas civiles, los fines y las actividades de la asociación tienen que respetar las de carácter imperativo: desde las que protegen los derechos de la personalidad de otras personas y de sus propios miembros, hasta las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, para la actividad económica que en su caso, pueda desplegar la asociación. Sobre esto volveré más adelante. Por otra parte, la disolución judicial de la asociación puede obedecer no sólo a la ilicitud penal de la asociación, sino también a la civil, generalmente centrada en la causa ilícita (*vid.* SSTS 21-4-1926 y 31-12-1979). La aplicación al fin de la asociación de las normas sobre la causa del contrato, es una cuestión no muy nítida, como tendremos ocasión de ver.

En segundo lugar, en lo referente a la determinación, con independencia de los móviles políticos de control que, en su momento, justificaban la exigencia de determinación de los fines -*rectius* de las actividades-, la propia naturaleza de la figura asociativa impone tal determinación de fines. Entiendo, con LLUIS i NAVAS que "no se concibe que (los fundadores) no sepan, ni siquiera vagamente, lo que se proponen al crear la entidad". La concreción o "determinación " que exige la Ley, hoy se entiende que obedece a la finalidad -en palabras de aquel autor- de "ilustrar a la autoridad"; es decir, orientar al encargado del Registro, de cara a su clasificación, -la cual puede ser muy decisiva para la obtención de ciertas subvenciones- e "ilustrar a los futuros ingresantes en la misma"; esto es: por evidentes razones de seguridad jurídica de los terceros que en el futuro deseen adherirse a la asociación, los cuales deben conocer con certeza los fines que mediante su integración en la asociación pretenden conseguir[24].

Aparte de las mencionadas motivaciones políticas que estaban en la base de tal exigencia, hoy se sigue planteando esta necesidad de determinación de las actividades. Las razones son de varios tipos:

[23] COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DIEZ, "Artículo 22.2. Límites constitucionales al derecho de asociación", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978* tomo II, Edersa, Madrid,1997, pág. 640. Sobre la articulación del precepto constitucional y el Código penal, *vid*. también los comentarios de estos autores en las págs. 642 a 646.

[24] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones, cit.*, pág. 95.

1º A diferencia de lo que sucede con la SA, en la que los socios se limitan generalmente a aportar un capital, en las asociaciones, los socios, -también por lo general- "*están obligados a prestar un concurso activo para la consecución de los fines de las asociaciones a que pertenezcan*", (cfr. art. 14.a de la Ley vasca). Las personas que piensan integrarse en una asociación, desearán lógicamente conocer esas actividades.

2º En principio, la determinación de las actividades puede servir para detectar una posible ilicitud. Sin embargo, desde el punto de vista del "control" de la licitud de las actividades, raro será el caso en que por escrito se plasme tal ilicitud. Lo normal será la distorsión entre el objeto estatutario lícito y hasta loable y las actividades reales, en ocasiones constitutivas de delitos. Y éste es justamente el concepto de *asociación secreta*: aquella que oculta o disimula sus auténticos fines y actividades (o su existencia misma) y desarrolla actividades con voluntad de interferir en el terreno social y político con posibilidades reales de eficacia[25]. Esas actividades de "cobertura" son las que estarán plasmadas en los Estatutos.

Con todo, es posible que el encargado del Registro aprecie indicios de delito o falta en las actividades propuestas en los Estatutos; a diferencia del sistema anterior a la Constitución, no puede denegar la inscripción, sino tan sólo suspenderla y dar traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos de incoar el correspondiente proceso judicial (STS 4-11-1981) (Cont-adm, Sala 4ª) (RJ 1981/4729).

3º Aun cabe añadir una tercera razón extraída del régimen de las sociedades anónimas. En la SA, la determinación del objeto social es mención estatutaria esencial (art. 9.b TRLSA y su omisión determina la nulidad de la sociedad, según el art. 34.b de dicho cuerpo legal)[26]. En los Estatutos que se inscriben en el RM "*se ha de hacer constar el objeto social por medio de la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integran*" (art. 117 RRM). Esto es, con

[25] FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución, cit.*, pág. 81 y bibliografía y legislación italianas allí citadas.

[26] Ello no sucede, v.gr., en las sociedades colectivas; cfr. arts. 136 y 137 del Código de comercio, que se refieren al caso de las "*sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado*...".

claridad y precisión, evitando cláusulas genéricas, tal y como ha aclarado la DGRN, (v.gr., RDGRN 15-12-1993).

Esto se explica como dice SANCHEZ RUS, por la profunda diferencia estructural entre ambas formas sociales: en el caso de la SA, -estructura corporativa-, "la concreta delimitación de la actividad a la que se van a destinar los recursos económicos obtenidos del público, es una exigencia funcional de un mecanismo jurídico caracterizado por el organismo de terceros, la sujeción al principio mayoritario y la irrevocabilidad de las aportaciones"[27]. Es decir, el accionista, a diferencia del socio colectivo, carece de la facultad de participar directamente en el gestión de la compañía que se le atribuye al socio colectivo (art. 129 del Código de comercio), está sometido a las decisiones de la mayoría (en contraste con el régimen de actuación unánime que prevén los arts. 140 y 143 del Código de comercio).

Unida a esta necesidad de determinación, va la existencia de un régimen especialmente riguroso para la modificación del objeto social y la responsabilidad de los administradores en caso de extralimitación.

Si se piensa que en la asociación se da esta misma estructura corporativa, y en especial en las de gran número de socios, se da ese desligamiento entre el simple asociado y la gestión de la Junta directiva, la concreción de las actividades que componen el objeto social, puede -sin perjuicio de lo que veremos en el capítulo 6 respecto a los actos *ultravires*- facilitar la labor de control por parte de la Asamblea general.

Los fines tienen que ser necesariamente determinados, y por eso no cabe, en mi opinión, entregar los fines a una resolución posterior de los asociados sino que, en los Estatutos que se aprueban en el acto de constitución deben estar ya fijados. Tampoco cabe fijarlos de modo indirecto, es decir, de forma que hayan de deducirse del contexto del resto de las estipulaciones, por las razones de seguridad jurídica aludidas.

[27] SANCHEZ RUS, "El objeto social y poder de representación en la Sociedad Anónima", *RCDI*, nº 628, mayo-junio 1995, pág. 831.

A lo dicho se puede agregar, que no existe en sentido técnico-jurídico, una asociación "universal", paralela a la figura de la sociedad civil universal del Código civil[28]

Por último, la nota de permanencia -cfr. capítulo 7-, es predicable de la asociación en sí misma considerada, como estructura organizativa con duración tendencialmente indefinida, aunque como también veremos, están plenamente admitidas las asociaciones de duración temporal limitada. Pues bien, si la asociación como organización se prolonga en el tiempo -tanto las que tienen vocación indefinida como temporal- es porque el fin que determina la constitución de la asociación es correlativo en ese aspecto. Es obvio que no se constituye toda una estructura asociativa para la consecución de una actividad de ejecución instantánea, salvo que dicha actividad requiriese de todo un proceso de preparación que tuviese entidad suficiente como para requerir de esa estructura (pensemos v.gr. en una imaginaria asociación, que tuviese por fin promover la reforma de una regulación legal concreta que, reformada la ley, habría cumplido su objetivo; o también en una asociación pro-liberación de un secuestrado, con fines de concienciación y movilización social cívica; liberada la persona, perdería su razón de ser, etc.). Se trata, en definitiva, de satisfacer necesidades prolongadas en el tiempo: para eso se crea una estructura, una organización.

Un segundo sentido atribuible a la "permanencia" del fin, es su inmutabilidad o fijeza, o formulado de otra modo, la imposibilidad de modificación. Se plantea que si la modificación del fin asociativo es sustancial, ello constituiría no una mera reforma sino una extinción y consiguiente constitución de otra asociación. Las asociaciones nacen para un fin, y si éste desaparece, esa asociación como tal deja de tener razón de ser, aunque no haya ningún inconveniente en que haya otra asociación y con esas mismas personas con estructura idéntica, etc., si bien con un fin distinto.

Al argumento de necesidad de extinción-constitución puede alegarse que la modificación de los Estatutos en un punto esencial,

[28] Figura cuya vitalidad actual se pone en duda; *vid.* por todos, CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil ...*, tomo XXI, vol 1º, pág. 80.

no elude, antes bien, necesita, prácticamente de los mismos requisitos y del mismo *quorum*, que la constitución[29].

También pueden aducirse razones de -si se me permite usar la expresión- "economía jurídica", porque si se extinguiera, manteniéndose prácticamente el mismo sustrato personal, es posible que se quisiera aprovechar, v.gr., el nombre de la asociación extinguida, si ésta gozaba de prestigio; lo que no se puede, es adoptar la denominación de una asociación "viva", pero nada impide que sea de una asociación ya extinguida.

Nada dice la Ley de Asociaciones de 1964, aunque sí el BGB, que permite esta posibilidad de modificación del fin, si bien exige la unanimidad en el §33.

Ante el silencio de la Ley, cabe pensar, que si los Estatutos no lo prohiben, es posible tal modificación.

Expuestos estos trazos generales de las características citadas, pasemos al análisis del carácter no lucrativo del fin.

[29] En este sentido, CLARET MARTI, sostiene que "no se puede variar en su forma esencial sin el consentimiento unánime de todos los socios. Es verdad que sobre esto nada dice la Ley española y, por consiguiente, puede sostenerse que basta para ello el voto de la mayoría de los socios, como en toda modificación de Estatutos; pero del conjunto de la legislación española que distingue a las asociaciones por sus fines...deducimos la consecuencia de que el variar el fin de la asociación, tanto es como disolver la antigua y crear otra nueva..."; *vid.* CLARET MARTI, *op.cit.*, pág. 61 y 62.

SECCION PRIMERA DEL CAPITULO 3

EL FIN NO LUCRATIVO COMO ELEMENTO DEL CONCEPTO ASOCIACION Y SU RELACION CON LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE ESTA

PUNTO DE PARTIDA

Es en la caracterización de este elemento teleológico donde la mayoría de la doctrina, partiendo del Derecho positivo, ha situado la nota que permite formular un concepto de asociación en sentido estricto: en concreto en la *ausencia de ánimo de lucro en el fin.*

A la vista de los datos que aportan las Leyes de asociaciones y el Código civil, generalmente se parte de la siguiente premisa: el concepto de asociación en sentido estricto es incompatible con la finalidad de obtención de un lucro destinado a su reparto. Este fin es configurativo de otra figura: el contrato de sociedad civil o mercantil.

Existen, sin embargo, algunos factores que denotan cierta transformación o evolución de esta nota como principal elemento caracterizador del concepto de asociación:

1.- Del análisis de la capacidad de las asociaciones que se hace más extensamente en el capítulo 6, puede deducirse que *nunca, a partir de la promulgación de la Ley de Asociaciones de 1887, se ha prohibido la ganancia para la asociación, siempre que se destine o reinvierta en los fines asociativos*. Ni siquiera llegaron a término las reformas que restringían su capacidad patrimonial. Lo que se prohibe es el reparto de ganancias entre los asociados, es decir, el lucro subjetivo[1] como fin de la asociación, pero se permite la *actividad económica*. En

[1] Tomo las expresiones "lucro subjetivo" y "lucro objetivo", aplicadas a las asociaciones sin ánimo de lucro, de Renzo COSTI, *Società in generale. Società di persone. Associazioni in partecipazione*, Torino, UTET, 1991, págs. 17 y 18, donde dice "aun pudiendo...realizar a través de la propia actividad un complejo de ganancias (lucro objetivo), no puede obtener como propio objetivo la distribución a los asociados de las ganancias eventualmente realizadas (lucro subjetivo) sin transformarse automáticamente en una sociedad lucrativa". Esta misma diferenciación entre lucro subjetivo/lucro objetivo es utilizada por MENENDEZ MENENDEZ, aunque dándole a la expresión lucro objetivo un significado distinto; entiende este mercantilista que lucro objetivo es el logro de economías no rediticias, es decir, la simple obtención de ganancias o ventajas económicas; *vid*. MENENDEZ MENENDEZ, "Sociedad anónima y fin lucrativo", *cit*., pág. 176.

definitiva: el lucro individual se excluye en todo caso, también aunque éste no fuera el fin exclusivo de la asociación, sino que junto a él, hubiera otros fines ideales. Y en contraste, el lucro objetivo o lucro para la asociación se permite siempre[2].

2.- Se plantea la posibilidad de que la asociación pueda tener como finalidad la tutela de unos intereses patrimoniales, lo cual podría calificarse con genérica expresión, como *finalidad económica no lucrativa*. La cuestión se plantea al hilo de algunas asociaciones sin ánimo de lucro, como las asociaciones profesionales. Esto se enfrenta con el obstáculo de que *el lucro común partible o subjetivo* -cuya búsqueda caracteriza a la sociedad civil, a diferencia de la de asociación-, ha de entenderse según cierta corriente doctrinal y jurisprudencial en *sentido lato*, incluyendo en tal concepto "*cualquier tipo de ventaja patrimonial*[3]. Si cualquier tipo de ventaja patrimonial es lucro para los asociados, y hace que en consecuencia, nos hallemos ante una sociedad y no ante una asociación, las asociaciones profesionales, *que se constituyen para la tutela de intereses patrimoniales, de modo que siquiera sea indirecta y mediatamente obtienen ventajas económicas para sus miembros*, deberían ser consideradas sociedades. Y sin embargo, encontramos muchas asociaciones calificadas y registradas como tales en el Registro de Asociaciones: las llamadas "asociaciones económicas" y "asociaciones profesionales".

A todo ello se suma el desconcierto que puede crear el carácter no lucrativo de una serie de entidades en el ámbito mercantil con finalidad y actividad económicas (cooperativas, agrupaciones de interés económico, etc.); así las cosas, parece que esta nota de la ausencia de ánimo de lucro no es patrimonio exclusivo o nota más característica de la asociación. Con independencia de que la

[2] Ya mantenían los autores esta conclusión con anterioridad a la Ley de 1964: PEREZ GONZALEZ y ALGUER, entienden que no obsta al carácter de asociación la actividad económica de provecho para la asociación, sino sólo la finalidad exclusiva de lucro o ganancia; *vid.* PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en notas a ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., pág. 470. En el mismo sentido, aclara PELLISE PRATS que "la prohibición de lucro no excluye toda posibilidad de que la asociación pueda obtener para sí ventajas patrimoniales o incluso que a través o por causa de la misma, obtengan los asociados o terceros, un beneficio patrimonial, sino que lo que impide es que la asociación venga constituida por aquel ánimo de lucro a que alude el artículo 1665 del Código civil, o sea, el de repartir entre si las ganancias que de la misma resulten"; *vid.* PELLISE PRATS, *op.cit*., pág. 77.

[3] Ventaja que puede estar representada, simplemente, por el goce de unos servicios comunes", como declaró la STS de 21-11-1969 (Cont-adm, Sala 4ª) (RJ 1969/5059), en la que se contendía acerca del goce de unos servicios urbanos comunes.

autonomía de tratamiento de estas figuras obedezca a razones de especialidad, la presencia de estas figuras ha provocado una búsqueda de nuevos criterios caracterizadores de la figura de la asociación y correlativamente, de la sociedad.

3.- Además, en los últimos años, nos encontramos con una auténtica red de figuras encuadradas en lo que se ha dado en llamar Sector no lucrativo *(Non-Profit Sector)*, Tercer Sector[4], que incluye entidades de diferente configuración jurídica: especialmente, asociaciones y fundaciones que tienen en común el carácter no lucrativo del fin, lo que hace que en cierta manera, se produzca un acercamiento importante entre ambas figuras[5].

El análisis del significado de este elemento en el concepto de asociación, obliga a establecer una conexión con otros puntos tales como la posible inclusión en el campo de aplicación del art. 22 CE de las sociedades con fines lucrativos (civiles o mercantiles); el tratamiento fiscal de las asociaciones sin ánimo de lucro y su consideración de empresario a los efectos de la aplicación del estatuto de los trabajadores.

Hecha esta advertencia sobre la óptica en la que me voy a mover, diré que el objetivo de este capítulo es ver si el requisito de la ausencia de ánimo de lucro, es esencial a la asociación prevista en las leyes, si es exclusivo de ella (en el plano de las agrupaciones de base personal) y cuál es el contenido que haya de darse a concepto "lucro" como base de las expresiones "con ánimo de lucro" y "sin ánimo de lucro".

Si esta misma cuestión se plantea partiendo del contrato de sociedad, se presenta un problema mucho más arduo; es bien conocida la polémica de estos últimos años acerca de la esencialidad de este requisito en el concepto de sociedad. No obstante, el conocimiento de esta controversia es *conveniente* si se desean obtener unas conclusiones completas sobre la anterior cuestión, que como

[4] En esta misma línea, aunque con algunas características propias, ha hecho fortuna el concepto de Organización no gubernamental (ONG), al que también me referiré.

[5] La idea no es nueva: HÖLDER, GIORGI y GALGANO restan importancia a las diferencias entre asociación y fundación (cfr. nota (2) del capítulo 2). Y es que, con carácter general, se está hablando incluso del "carácter indistinto que en la actualidad ofrecen las formas jurídicas en relación a los fines a acometer"; *vid.* MARTINEZ LAFUENTE, *Fundaciones y Mecenazgo...cit*., pág. 18.

dije, pretendo analizar desde el punto de vista del Derecho positivo, y *necesario* si lo que se desean realizar son propuestas *de lege ferenda*.

Seguidamente expondré la postura que han ido adoptando sucesivamente la Ley de Asociaciones de 1887, el Código civil, la Ley de Asociaciones de 1964, las dos Leyes autonómicas y el ALODA de 1997. Sobre esta base normativa, expondré la concepción clásica del concepto "ánimo de lucro" como elemento discriminador de figuras, mantenida por la Doctrina y la Jurisprudencia. Vista esta tesis, pasaré a exponer un elenco de casos que han forzado a la doctrina a plantearse nuevos cauces para la distinción de figuras, a los que me referiré.

I.A. LA RESPUESTA JURÍDICO-POSITIVA Y SU INTERPRETACIÓN CLÁSICA

I.A.1. LA RESPUESTA JURÍDICO-POSITIVA

Ley de Asociaciones de 1887

Comencé diciendo que los datos que aportan las Leyes de asociaciones y los trabajos prelegislativos no suscitan dudas acerca del carácter no lucrativo del fin de estas asociaciones.

En efecto, la Ley de Asociaciones de 1887, sometía a sus disposiciones a

> *"... las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otro lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia" (art. 1º)*

La primera redacción del que fuera Proyecto de Ley de Asociaciones de 8 de mayo de 1911[6], que contenía un concepto de asociación como derecho, decía:

> *art.1º "Tiene por objeto esta ley regular el ejercicio del derecho de asociación, en virtud del cual varias personas realizan por la mutua cooperación orgánica, alguno de los fines de la vida humana sin perseguir exclusivamente el lucro o la ganancia.*

[6] *Diario de las sesiones de Cortes*, Congreso, apéndice 1 al nº 29, sesión de 8 de mayo de 1911.

> *Las asociaciones que tengan por fin o como medio el lucro o la ganancia, se regirán por lo dispuesto en el título VIII del libro IV del Código civil, o por lo preceptuado en los títulos I y II del libro II del Código de Comercio, según el fin sea civil o mercantil, o por lo establecido en las leyes especiales vigentes que regulen Asociaciones de carácter excepcional"*

Sin embargo, el Dictamen sobre el Proyecto eliminó el término "*exclusivamente"*, puesto que el lucro o ganancia, si está destinado al reparto, no puede perseguirse de ningún modo, es decir ni exclusivamente, ni haciéndolo compatible con otros fines[7]. Con tal supresión se aleja toda y cualquier idea de lucro o ganancia, reservando ésta para las sociedades civiles y mercantiles, que, al menos terminológicamente, se consideran "asociaciones especiales" (art.1.2º).

El Dictamen también eliminó de este párrafo 2º, con buen criterio, la expresión *"como medio"* del proyecto inicial, pues ya en esta época se aceptaba que las asociaciones pudieran obtener un lucro a consecuencia de una actividad económica, con tal de que estuviese destinado a la propia asociación y no al reparto entre los asociados[8]. Pero este proyecto de 1911 murió con su impulsor -Canalejas- el 12 de noviembre de 1912, y la redacción del artículo se conserva prácticamente intacta hasta la promulgación de la segunda -y hasta la fecha, última- Ley de Asociaciones estatal en 1964.

El Código civil

El Código civil, aunque no regula las asociaciones, pero sí el contrato de sociedad civil, declara que unas y otras tienen o pueden

[7] Refiriéndose al Proyecto COVIAN JUNCO propugnaba también la eliminación del término "*exclusivamente"*: "Si se hubiera dicho en absoluto sin objeto lucrativo o con objeto ajeno al lucro, se ajustaría más a la doctrina del párrafo segundo del mismo artículo y al tecnicismo jurídico internacional: la asociación es en su esencia desinteresada. ...Y es que la avaricia individual entre nosotros puede encontrar en el texto ("alguno de los fines de la vida humana sin perseguir exclusivamente el lucro o la ganancia") un medio de que muchas sociedades civiles o mercantiles se acojan a una Ley que las permita gran libertad de acción y no las sujete a las contingencias de un concurso o quiebra; claro es que los jueces y Tribunales habrán de determinar en cada caso el verdadero carácter de estas agrupaciones por aquel aforismo de que el nombre no hace a la cosa, pero era más sencillo alejar desde luego del fenómeno asociación toda idea de lucro o ganancia y que éstos fueran peculiares de las sociedades..."; *vid*. COVIAN JUNCO, *op.cit*., pág. 689.

[8] Proyecto, que por otra parte, contribuyó a la desunión y crisis del Partido liberal; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 69.

tener personalidad jurídica. El problema -ya resuelto de forma prácticamente unánime por la doctrina, según veremos- es que, al efectuar la declaración sobre la personalidad jurídica de estas entidades colectivas, el Código las clasifica según un criterio que plantea algunas disfunciones: *el interés público y el interés particular*; este último parece identificarse con el ánimo de lucro (o viceversa). Pero tal cuestión merece ser estudiada separadamente. El problema, por lo demás, no afecta a lo que ahora vamos a ver, pues de los postulados del Código se desprende sin duda alguna, que cuando el fin perseguido es el de lucro, el Código tiene preparada una vía: la de los arts. 1.665 y ss., dado que el contrato de sociedad civil es aquel "*por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*". La virtualidad del art. 35, a estos efectos, es simplemente decir que, en este caso, tal asociación es de "interés particular". Sin perjuicio, como veremos, de que pueda haber *otras asociaciones que persigan un fin calificable de particular, distinto del lucro repartible*. El problema que se planteará es que el Código parece entonces abocar a una aplicación del régimen de la sociedad civil; régimen cuya inteligencia es la del fin lucrativo. Todo ello lo analizaré en la sección segunda de este capítulo 3.

La Ley de Asociaciones de 1964

La mención referida a la ausencia de ánimo de lucro, que se había conservado en el Decreto de 25 de enero de 1941, de modo prácticamente coincidente con la Ley de Asociaciones de 1887, no aparece -aparentemente- como requisito impuesto por la Ley de Asociaciones de 1964: no se encuentra entre las notas que aparecen en el art. 3, dedicado a la constitución de la asociación.

Llama la atención que *la Ley en ningún momento impone expresamente que la asociación haya de carecer de ánimo de lucro partible*[9],

[9] En el Derecho positivo actual, existen otras leyes como la francesa, que sí lo exigen expresamente; la *Loi relative au contrat d'association*, de 1 de julio de 1901, en su primer artículo define la asociación como *"la convention par laquelle deux ou plusiers personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices"*; la Ley belga, que precisamente lleva por título *Loi du 27 juin du 1910 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique;* la luxemburguesa de 21 de abril de 1928, *Loi sur les associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique;* el Código civil griego de 1946 dedica sus arts. 78 a 107 a las asociaciones

y tampoco impone que haya de perseguir necesariamente fines que tiendan a promover el bien común (eso queda reservado a las que obtengan, pretendan, o estén en condiciones de obtener la declaración de utilidad pública prevista en el art. 4º). Simplemente dispone en el art. 1º que sus fines sean *"lícitos y determinados"*.

En el último de los *anteproyectos, propuesto por el Ministerio de la Gobernación, de 9 de julio de 1964*, a fin de hacer una exclusión más clara de las sociedades mercantiles y civiles del ámbito de aplicación de la Ley, se conservaba -a instancias de una observación del Ministerio de Industria- el inciso *"y cualesquiera otros (fines) lícitos que no tengan por objeto el lucro o la ganancia"*[10]. Como ya hiciera el Proyecto de 1911 suprime la matización de *"único y exclusivo"*.

Estos términos ya no aparecían en el Proyecto de Ley tal y como fue presentado por el Ministro de la Gobernación al Consejo de Ministros y remitido a las Cortes, el 24 de julio de 1964[11]. Sin

concebidas como "uniones de personas que persiguen un fin no lucrativo" (art. 78) e incluso la Constitución de este país, de 1975, en su art. 12, reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos griegos a constituir "uniones y asociaciones con fin no lucrativo a condición de sujetarse a las leyes, los cuales en ningún caso pueden exigir para el ejercicio de este derecho autorización previa".

[10] En el Anteproyecto se hacía una enumeración abierta de posibles fines. El art. 1º.2 decía *"En consecuencia, se declara libre el ejercicio del derecho de asociacion para fines determinados culturales, científicos, artísticos, benéficos, recreativos y cualesquiera otros lícitos que no tengan por objeto el lucro o la ganancia"*. Esto casaba con la redacción dada al art. 2º del Anteproyecto referente a las exclusiones de la Ley: *"Art. 2º. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley las asociaciones siguientes: Primero.- Las que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las Leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho civil o Mercantil"*. Al considerar que son una de "las *asociaciones siguientes*", el Anteproyecto parecía optar por un concepto amplio de asociación, comprensivo de las sociedades civiles y mercantiles. En consecuencia, tales "*asociaciones especiales*" debían ser excluidas. A juzgar por la modificación de la redacción introducida por el proyecto, las sociedades civiles y mercantiles no son calificadas ni consideradas como asociaciones, sino como entidades, es decir, como figura diversa: *"Art. 2º. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las Leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho civil o Mercantil..."*.

[11] Es posible acceder a la discusión del Proyecto y conocer sus enmiendas etc., pero no así a la discusión del Anteproyecto. La ausencia de textos que reflejen los debates de la Comisión de Gobernación -las sesiones de la Comisión que discutió el proyecto están recogidas en actas taquigráficas, pero son material reservado de las Cortes españolas- impide un pleno conocimiento de los momentos, circunstancias y corrientes de pensamiento que se dieron hasta su aprobación definitiva, y en concreto, del porqué de la supresión de este inciso. Por las referencias del discurso de CARRO MARTINEZ, sabemos que "las sesiones de la Comisión de Gobernación, presididas por primera vez por la ponderación que caracteriza al señor Bau, fueron de tono intenso en el diálogo, lo que acredita, en definitiva, la importancia y preocupación que el proyecto suscitó entre los señores Procuradores"; *vid*. "Discurso..." *cit*., pág. 18542. Los intervinientes en dichas sesiones -salvo CARRO MARTINEZ- no han dejado constancia escrita en otros lugares de sus opiniones, por lo que no es posible recurrir a esta vía de investigación. De los textos de aquél -fundamentalmente, *La nueva Ley de Asociaciones*, Madrid, 1965- tampoco puede obtenerse una respuesta.

embargo, aunque no aparezca expresamente citada por la Ley, esta exigencia se impone con claridad tras el análisis conjunto del texto legal, y fundamentalmente, a la vista de las exclusiones que realiza el art. 2º, que excluye de su aplicación "*las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad definido en las leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho civil o mercantil*"[12].

De lege lata, las figuras que se incluyen en su ámbito de aplicación, tienen un denominador común: la falta de ánimo de lucro repartible. "No están todos los que son" -porque algunas asociaciones no lucrativas se rigen por leyes especiales, v.gr. los partidos políticos- pero "sí son todos los que están", porque no cabe realizar la afirmación inversa: si se busca el lucro no se puede acudir a los cauces de la Ley de 1964. Y ello, no sólo por la filosofía subyacente a la *mens legislatoris* -consistente según PANTALEON en que "todas las (asociaciones) que persiguieran fines no económicos resultasen sometidas al régimen administrativo-policial de la Ley de Asociaciones"[13]- sino porque el que así lo hiciera, encontraría serios problemas de carencia de regulación: nada acerca del reparto de beneficios porque no los hay, etc. Es decir, basta una sucinta interpretación sistemática e histórica de la Ley de 1964, para afirmar que la figura regulada por ella es la de las "asociaciones sin ánimo de lucro". El propio GIRON TENA, iniciador en España de la tesis que pretende abandonar el criterio de ánimo de lucro como configurador del concepto de sociedad, reconoce que la Ley de Asociaciones de 1964 se basa en el criterio del ánimo de lucro para excluir a las sociedades, pero no tanto por razones de orden teórico, sino de carácter político-policial, pues se considera que las sociedades que están dirigidas a la obtención de beneficios no tienen intenciones

[12] Precisamente porque la figura que persigue lucro repartible -sociedad- no es considerada por la Ley como asociación, sino como "entidad", no hubiera hecho falta excluirla expresamente, puesto que aquello que por principio no entra en el campo de aplicación de la Ley, no necesita ser excluido: así, la Ley no excluye expresamente otras figuras afines como las fundaciones o las mismas Corporaciones públicas, por no hablar de otras figuras como las reuniones públicas o las comunidades de bienes, que carecen de personalidad jurídica. La explicación puede estar en que, mientras las diferencias -estructurales en el caso de las fundaciones y de régimen jurídico en el caso de las corporaciones- con éstas, son claras, *"las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad"*, presentan un parecido formal mucho mayor con las asociaciones, a lo que se suma que en la descripción del ejercicio de la libertad, no se impone -como repetidas veces se ha dicho-, que el fin no haya de ser lucrativo.

[13] PANTALEON PRIETO emplea aquí el término "económicos" incluyendo tanto los fines lucrativos como mutualistas; *vid.*, *op.cit.*, pág. 41.

políticas y no necesitan del control que, a la sazón, el poder político pretendía tener sobre todo fenómeno político[14].

Leyes autonómicas

El Legislador autonómico se ha inclinado recientemente a mantener el criterio de la ausencia del ánimo de lucro como elemento típico propio de las figuras comprendidas en su ámbito.

La Ley vasca de asociaciones de 1988 excluye en el art. 3.1º a) "*...en general, todas aquellas* (asociaciones) *cuyo fin consista en la obtención de beneficios económicos para su distribución entre los socios*".

La Ley catalana de asociaciones de 1997 admite que las asociaciones puedan perseguir "*sin afán de lucro, una finalidad común de interés general o particular*" (art. 2º.1). Además de subsanar la

[14] Lo que, según este autor, no deja de ser una arbitraria utilización del fin lucrativo; *vid*. GIRON TENA en *Sociedades. Parte General,* Madrid, 1979, pág. 10. Respecto a las asociaciones, el control por parte del poder público sobre las ellas -potenciales focos de inestabilidad política-, ha sido, como se dijo en el capítulo 1, una constante hasta hace dos décadas. CAPILLA RONCERO afirma de la Ley de Asociaciones de 1887, que contiene "un régimen altamente intervencionista ... para su válida constitución, ... (con) controles administrativos previos a su válida constitución", que "revela(n) cierta dosis de desconfianza"; *vid*. también del autor, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol 3º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, págs. 840 y 880. La propia regulación del Código civil, según este autor, se caracteriza por una generosidad sólo aparente, ya que "...se traslada el control sobre su comportamiento al control sobre su constitución (art. 35,1), en la cual se establece el estatuto específico de cada ente que determinará toda su vida futura (art. 37 y 38)"; *vid*. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 27. La Ley de Asociaciones de 1964, según CAPILLA RONCERO, "no altera sustancialmente el planteamiento de la legislación precedente en lo que se refiere a los controles sobre el ejercicio de la libertad de asociación, si bien empeora la situación en la medida en que resultan potenciadas las competencias administrativas en detrimento de la reserva al poder judicial del conocimiento de las situaciones dificultosas relativas al ejercicio del derecho"; *vid*. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones... cit*., pág. 114.

La Ley de 1964 prevé en el art. 3 un sistema de reconocimiento, -de tipo normativo (cumplimiento de determinados requisitos legales, atestiguado por un acto de la autoridad)-que LLUIS i NAVAS denomina "previa autorización necesaria", en *Derecho de asociaciones*, *cit*.: la autoridad administrativa ha de hacer una calificación previa sobre los documentos aportados o recabados de la licitud y determinación del fin. En caso de que se estime que los fines son lícitos y determinados y se cumplan otros requisitos establecidos en la ley de orden formal, la autoridad no puede denegar el reconocimiento, y debe visar los Estatutos. Sin entrar ahora en valoraciones, traigo a colación las palabras de DE LA MORENA, que contrastan con la aparente liberalidad del sistema literalmente expuesto, pues considera este autor que la Ley de 1964 prevé "un carácter de control preventivo y, en gran medida, también discrecional,...(en) la inscripción registral...de la que resultaba, como una consecuencia obligada, la atribución de efectos constitutivos a la misma"; *vid*. DE LA MORENA, "El derecho de asociación...", *cit*., pág. 11. A esto hay que añadir la fuerte intervención gubernativa en materia de reuniones (art. 7º), acceso de los representantes de la autoridad (art. 8º), liberalidades en favor de las asociaciones (art. 9º), y suspensión de sus actividades (art. 10º). Por el evidente objetivo de control y el carácter intervencionista de la Ley, LASARTE ALVAREZ la califica de *"Ley de Antiasociaciones"*, en *Principios*...tomo I, *cit*., pág. 356.

deficiencia del Código civil -que parece no admitir la posibilidad de asociaciones sin ánimo de lucro de interés particular-, esta Ley, como dice el Preámbulo "parte de la concepción, tradicional a la cultura latina de la exclusión del afán de lucro"[15] y reflejando la realidad actual, el párrafo 3º del art. 2 -sobre el que enseguida volveremos- aclara que

> *"Se considera que una asociación no tiene afán de lucro aunque desenvuelva una actividad económica si el fruto de esta actividad se destina exclusivamente al cumplimiento de las finalidades de interés general establecidas por los Estatutos. En cualquier caso, no pueden repartirse los bienes de la asociación entre los asociados y asociadas ni ser cedidos gratuitamente a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo. Se exceptúan las aportaciones condicionales que tienen el tratamiento que les imponga la condición"*

ALODA de 1997

Dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto

> *"II. La presente Ley Organica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin ánimo de lucro, lo que permite, dejar fuera de ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el art. 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial".*

Por su parte, dice el art. 1 en sus apartados 3º y 4º:

> *"3. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de propietarios y las entidades que*

[15] Aun en el Proyecto de Ley catalana de régimen jurídico de asociaciones, de 21-6-1994, que como decía el preámbulo, en el capítulo 2 relativo a la constitución de la asociación, desarrolla la concepción estructural o corporativa de la asociación -en el art. 1º se hablaba de una pluralidad de personas *"que se organizan corporativamente"*- no se abandona la nota de animo de lucro pues el artículo completo rezaba: *"En las asociaciones una pluralidad de personas se organizan corporativamente y de forma duradera para perseguir, sin ánimo de lucro, un fin común de interés general o particular"*

se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, sin perjuicio de la capacidad de las asociaciones regidas por esta Ley, para realizar actividades económicas, cuyos beneficios sean destinados, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la presente Ley tiene carácter supletorio respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones, o que incidan en el ámbito del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución".

Los términos son suficientemente claros. Destaca la acogida de la reciente doctrina jurisprudencial del TC sobre la proyección del art. 22 CE a determinados aspectos de las sociedades, así como de la consolidada tendencia actual de la compatibilidad entre actividad económica y ausencia de ánimo de lucro. De todo ello iré dando cuenta en este capítulo.

Como vimos, tampoco en el Anteproyecto se contiene una definición legal de asociación. Al igual que la Ley vigente, hemos de acudir al artículo 5.1. dedicado a la constitución de la asociación (en concreto, al Acta Fundacional) donde se nos dice:

"Las asociaciones se constituyen mediante el acuerdo, reflejado en un Acta fundacional, de tres o mas personas, físicas o jurídicas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades, para el cumplimiento de una finalidad lícita y determinada"

Y al igual que la Ley de 1964 no se alude en esta sede al carácter no lucrativo del fin y sin embargo se mantiene la referencia a la determinación y la licitud de éste.

I.A.2. LA TESIS CLASICA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Con estos datos legales, el "*ánimo de partir entre sí las ganancias*" que aparece en el art. 1665 del Código civil, -concebido como doble propósito de 1) obtención de ganancias para la sociedad y 2) reparto de la misma entre los socios a fin de que puedan obtener una ganancia individual- ha sido considerado tradicionalmente como

elemento caracterizador del contrato de sociedad[16], a la par que elemento de obligada ausencia en la figura de la asociación entendida en sentido estricto.

En este sentido se pronuncia la civilística, conjugando lo aportado por el Código civil, en los arts. 1.665 y ss., con la Ley de Asociaciones de 1887 (SANCHEZ ROMAN[17], MANRESA y NAVARRO[18], CASTAN TOBEÑAS/MUCIUS SCAEVOLA[19]) o con la Ley de 1964 (DE COSSIO[20], LACRUZ BERDEJO[21], ALBALADEJO

[16] La exigencia de este elemento en el concepto de sociedad o compañía, tiene raigambre histórica en nuestro Derecho. Las Partidas (Título X de la Partida V), en la definición que aportaban de sociedad o compañía -"*Compañía es ayuntamiento de dos omes, ó de mas, fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayuntándose los unos con los otros*"- incidían en esta nota. Y andando el tiempo, el Proyecto de Código civil 1851, define la sociedad o compañía en el art. 1.564 en términos muy similares a los del vigente Código civil: *"un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común sus bienes o industria o alguna de estas cosas con ánimo de partir entre sí las ganancias"*.

[17] SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, Madrid, 1899, pág. 523, donde ofrece una definición de sociedad como "contrato preparatorio, consensual, bilateral o plurilateral u oneroso, por el cual dos o más personas reúnen sus capitales, industrias o ambas cosas, para dedicarlas a un objeto o negociación cualesquiera, con el fin de obtener un lucro común y divisible entre ellos, según las reglas estipuladas". En lo relativo a las personas jurídicas en general, no se pronuncia al respecto.

[18] MANRESA y NAVARRO, *Código civil español*, tomo XXI, Madrid, 1931, págs. 236-238, habla de varias personas que se conciertan con "la esperanza de obtener de ello un beneficio y con la intención de repartir entre los mismos las ganancias que la sociedad produzca". Al enunciar con base en el art. 35 la clasificación de las personas jurídicas, -en el tomo I de la obra, Madrid, 1943, pág. 210-, sin ser tan explícito, hace depender también la distinción asociación/sociedad de la nota del ánimo de lucro; todo ello, sin perjuicio de admitir que la ausencia o presencia de la nota de ánimo de lucro, no tiene por que coincidir con la clasificación interés público/interés particular del Código civil.

[19] En sentido similar a los anteriores, CASTAN TOBEÑAS en MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXV, parte 1ª, Madrid, 1933, págs. 375, 400-401 y 735-736 y en CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, Común y Foral*, tomo IV, Reus, Madrid, 1993, (15ª ed. revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA), pags. 597 y ss.

[20] DE COSSIO y CORRAL, A., en *Instituciones de Derecho civil*, I, *cit.*, pág. 217, donde el autor sostiene que esta nota marca una diferencia esencial y funcional: "Es la unión de personas que persiguen un fin común; pluralidad de miembros unidos en torno a un fin y organizados para su consecución y funcionamiento, tras haber sido reconocido por la ley... fin que ha de ser no lucrativo, para diferenciarlo funcional y esencialmente de las sociedades civiles o mercantiles"; teoría que ya había sido apuntada por este autor, bajo la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887 en su trabajo "Hacia un nuevo concepto...", *cit.*, pág. 643.

[21] LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos de Derecho civil* II-vol.2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito,* Bosch, Barcelona, 1995, pág. 275, comentado los caracteres de la definición legal, estima que la esencia de la sociedad es la unión de personas para obtener ganancias. "Es así, el contrato más puramente económico de todos los del Cc.: en él, el lucro , "hacer negocio", constituye el fin esencial". Cuando se ocupa del concepto de asociación en este sentido, también excluye expresamente el ánimo de lucro; *vid.* también, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, utilizan el carácter no lucrativo de la finalidad de esa agrupación como elemento principal para dar un concepto estricto de asociación, que define como "ente con

GARCIA[22], PUIG BRUTAU[23], O'CALLAGHAN MUÑOZ[24] y PUIG i FERRIOL[25], CAPILLA RONCERO[26], entre otros), la mayoría de los mercantilistas[27] (especialmente DE LA CAMARA[28], y también MARTI[29], URIA[30], BROSETA PONT[31], VICENT CHULIA[32]), así como

finalidad no lucrativa fundado por un grupo de socios y -generalmente- abierto a la adhesión de nuevos socios", en *Elementos*...I-vol. 2, *cit*., págs. 280 y 281.

[22] ALBALADEJO GARCIA, *Derecho civil*, tomo II-2º, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 283, afirma que con el contrato de sociedad se verifica un "...ejercicio conjunto de una actividad económica lucrativa, para repartir entre sí las ganancias".

[23] PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 2, Bosch, Barcelona 1982, pág. 489.

[24] O'CALLAGHAN MUÑOZ, dice que es asociación *stricto sensu* la "organización formada por un grupo de personas físicas, encaminada a la consecución de un fin no lucrativo, que es aceptado por el Derecho como miembro de la Comunidad, otorgándole capacidad jurídica"; *vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La persona jurídica no lucrativa...", *cit*., pág. 15.

[25] PUIG i FERRIOL define la asociación como "persona jurídica privada, formada por una pluralidad de personas que se agrupan para crear una organización destinada a la consecución de unos fines de interés público que, además, ha de ser lícito, determinado y de carácter no lucrativo"; *vid.* PUIG i FERRIOL, *Manual de Derecho civil*, I, *cit*., pág. 385.

[26] CAPILLA RONCERO, en el comentario a los artículos del Código civil sobre la sociedad civil, *Comentarios al Código Civil...,* tomo XXI, vol 1º, págs. 21-23. Al abordar la asociación, como vimos, formula un concepto amplio, y utiliza precisamente la nota del ánimo de lucro para perfilar el concepto de asociación en sentido estricto; *vid. Derecho Civil. Parte General*, *...cit*., pág. 501.

[27] Téngase en cuenta que a los efectos de la configuración del contrato de sociedad y de la distinción entre asociación y sociedad, es decisiva también la opinión de los mercantilistas, pues como dice SANCHEZ CALERO, "El concepto de contrato de sociedad dentro de nuestros Códigos es sustancialmente coincidente, por lo que puede decirse, desde esta perspectiva, que es válido para todo el campo del Derecho privado (tanto civil como mercantil)"; *vid.* SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, MacGraw-Hill, Madrid, 1997 (20ª ed), pág. 210. En efecto, la definición de sociedad contenida en el art. 116 del Código de comercio de 1885 es sustancialmente idéntica a la del art. 1.665 del Código civil, con lo que se parte de la misma base.

[28] Sabiendo que este autor cuenta con importantes trabajos en el ámbito del Derecho civil, cito entre los mercantilistas a DE LA CAMARA ALVAREZ, porque su opinión en este punto aparece en *Estudios de Derecho mercantil*, I, Edersa, Madrid, 1977, (2ª ed.), págs. 269 y ss.. También se refleja en "El contrato de sociedad ¿crisis del concepto?" *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, Madrid, 1993, pág. 425 y ss., en concreto, pág. 488, donde, tras diversas matizaciones que iremos viendo, insiste en que la regla general sigue siendo la consideración del ánimo de lucro como elemento caracterizador de la sociedad.

[29] MARTI, "El contrato de sociedad en el derecho codificado español, con especial referencia al Código civil", *RDM*, 1989, pág. 709 y ss.

[30] URIA, *Derecho Mercantil*, Pons, Madrid, 1997, pág. 165 y 166, refiriéndose a la sociedad mercantil, exige un "ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan".

[31] BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil,* Tecnos, Madrid, 1994, pág. 158.

[32] VICENT CHULIA, *Compendio de Derecho mercantil*, I, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 187 y ss..

las obras especializadas sobre asociaciones de GARCIA PESARRODONA[33], CLARET MARTI[34], PELLISE PRATS[35], SANCHEZ DE FRUTOS[36], LLUIS i NAVAS[37]; FERNANDEZ FARRERES[38]; LOPEZ-NIETO[39]. También la Jurisprudencia del TS y del TC se orientan en este sentido[40].

[33] GARCIA PESARRODONA, considera que las asociaciones "...han de proponerse siempre un fin distinto al de la obtención y distribución de beneficios, ... (en las que) el interés público o general que persiguen predomina sobre el particular o privado de cada uno de los asociados"; *vid.* GARCIA PESARRODONA, *op.cit.*, pág. 39.

[34] CLARET MARTI, *op. cit.*, pág. 15.

[35] PELLISE PRATS, *op.cit.*, págs. 69 a 71, 73 y 74.

[36] SANCHEZ DE FRUTOS, *op.cit.*, pág. 888.

[37] LLUIS i NAVAS, dice que tratándose de asociaciones, *en la esfera positiva*, el concepto amplio resulta insuficiente, y a la vista de la Ley de Asociaciones de 1964, la asociación se definía como "agrupación orgánica de naturaleza infrasoberana y privada, de varios hombres, dirigida al logro de algún fin extralucrativo". Los elementos esenciales para este autor, son la pluralidad de miembros, la finalidad y la organización; LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, págs. 12 y 91 a 96.

[38] FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución, cit.*, págs. 163 y ss.

[39] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación....cit.*, págs. 46 y 47.

[40] Son numerosísimas las sentencias que aluden a este requisito como elemento esencial del contrato de sociedad, que marca la diferencia con las asociaciones e incluso con las comunidades de bienes. Citaré por ello sólo algunas de las más recientes:

-STS de 18-11-1986, Civil, (RJ 1986/6442) "...elemento esencial del contrato de sociedad es la persecución de un fin común de ganancias partibles y que no puede ser sustituido por las ventajas que iban a derivarse de los pactos o "relaciones"..., ventajas económicas que no merecen alcanzar la conceptuación de elemento patrimonial común";

-STS de 4-4-1988, Civil, (RJ 1988/2651), refiriéndose a una asociación de socorros mutuos, sujeta a la Ley de asociaciones de 1964, enfatiza los términos y habla de "finalidad totalmente ajena a cualquier propósito lucrativo", finalidad que considera característica de las sociedades civiles y mercantiles;

-en ocasiones, el TS aclara que no cabe la utilización de ciertos instrumentos o instituciones jurídicas que suelen acompañar a las asociaciones lucrativas: la STS 30-11-1990 (RJ 1991/3192) sostiene -en el caso del Club de perros de presa canarios-, que no cabe utilizar como protección de la denominación y símbolos la vía de usurpación de la marca, puesto que "no es concebible el ejercicio de un elemento mercantil propiciatorio del lucro o la granjería -como son estas propiedades especiales susceptibles de ingreso en el Registro de la Propiedad industrial- en Asociaciones que están fuera del marco subjetivo al que un tal organismo ampara como se infiere de los arts. 1º.1, 4º, 10, 121 y 122 del Estatuto";

-STS 15-12-1992, Civil, (RJ 1992/10406) enumera como requisitos la *affectio societatis* y el ánimo de partir entre sí las ganancias;

-STS 24-7-1993, Civil, (RJ 1993/6479), con ocasión de la diferenciación con la comunidad de bienes, dice de la sociedad civil, que "aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y

Esto es, en España, siguiendo la tradición francesa, la distinción entre asociaciones y sociedades se hace, con base en los datos aportados por el Derecho positivo, según un criterio teleológico: el fin lucrativo.

No faltan autores que sustituyen este criterio por otro puramente formal; así, DIEZ-PICAZO y GULLON entienden que para la Ley de Asociaciones, lo importante o decisivo es que la unión de personas nazca de un contrato de sociedad definido en las leyes, y a ellas se remite en cuanto a la finalidad que ha de perseguir aquella unidad. Es decir, es esa nota formal la que señala imperativamente el ámbito de la asociación frente a la sociedad[41]. La autorizada opinión de estos autores -inspirada, según se verá, en su reciente acogida del criterio estructural para la distinción entre asociación y sociedad- arroja una luz sobre el conflicto que se origina en la delimitación respecto a las sociedades mercantiles de capital que, según la opinión dominante, aludida posteriormente, se caracterizan por la forma y no por el fin.

---

directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente lo mismo sucede con las pérdidas";

-STS 9-10-1995, Civil, (RJ 1995/7026), emplea un concepto de sociedad civil basado en los dos elementos tipificadores "aportación de bienes, dinero o industria" y el "ánimo de partir entre sí las ganancias reflejado en el pacto de dividir entre ellos -al 50 por ciento- los beneficios líquidos de la mencionada industria".

Sin embargo, otras sentencias acuden a criterios más generales: la STS 6-3-1992 (RJ 1992/2398), con ocasión de la mención al deber de fidelidad de los socios, aprovecha para dar un concepto general de sociedad: "mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social que debe ser preferido".

La STS 9-2-1994, Civil, (RJ 1994/61) en su FJ 6º, considera esencial a la asociación: "la concurrencia del consentimiento, del objeto (explotación en común, en este caso, de dos farmacias) y causa (mejora de las ventas de uno de los socios, mejor rendimiento de los bienes aportados para el otro), concurriendo además la "affectio societatis", como voluntad de unión paralela y dirigida al mismo fin". Aunque parece presuponerse este requisito, no se exige expresamente en al enumeración de los mismos.

Respecto a la jurisprudencia del TC, las sentencias 23/1987, de 23 de febrero, o la 96/1994, de 21 de marzo, repetidamente citadas en otros lugares, van igualmente en esta línea.

[41] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit*., pág. 614. Hay que hacer notar que la opinión citada es una novedad introducida en esta edición, pues anteriormente se adscribían al criterio tradicional: "La asociación es un género del cual es especie la sociedad. En ésta nos encontramos también con una pluralidad de personas que se unen para alcanzar un fin común, pero ese fin es la consecución de un lucro partible entre los socios, nota que falta en la asociación en sentido estricto", pág. 382 de la 8ª ed.

Hasta aquí la cuestión se presenta casi lineal y exenta de problemas.

La existencia, en algunos casos secular (mutuas[42], cooperativas[43]) o relativamente reciente (Agrupaciones de interés económico[44]) de figuras que cuentan, según veremos, con una declaración legal explícita o implícita de "ausencia de ánimo de lucro para sí mismas" junto con una calificación, también legal de "sociedad"[45], y en las cuales, cada miembro persigue fines de orden económico, ha propiciado un replanteamiento, no tanto de la ausencia del ánimo de lucro en la asociación, sino de la presencia de esta nota en el concepto de sociedad. En concreto, se ha debatido acerca de:

-la interpretación del concepto mismo de lucro para adscribir los casos citados, así como la multitud de supuestos atípicos que puedan surgir, a la categoría de asociación o de sociedad y en su caso (y esto es lo importante) para aplicarles el correspondiente régimen jurídico

-el posible abandono de esta nota como criterio diferenciador de estas categorías

Pero vayamos por partes. Antes de plantearnos un posible abandono o sustitución del criterio teleológico, hay que constatar que el propio concepto de "ánimo de lucro", o simplemente de "lucro" ha sido objeto de una evolución interpretativa e incluso

[42] Sus orígenes se remontan a la Edad Media; así, pueden encontrarse asociaciones de mutua ayuda en el plano asistencial en el Medievo, según ROMEU DE ARMAS, *Historia de la Previsión Social en España*, Edersa, Madrid, 1944, especialmente, págs. 85 y 269.

[43] Está generalmente aceptado que el concepto de actual cooperativa nace en 1844 en la ciudad inglesa de Rochdale, cuando un grupo de trabajadores decide constituir una "tienda" en común para su propio uso y para el de los que posteriormente se asociaran; *vid.* HOLYOAKE, *Historia de los pioneros de Rochdale*, Aecoop-Aragón, Zaragoza, 1973, págs. 15-16.

[44] El preámbulo de la LAIE se reconoce que constituyen "una nueva figura asociativa".

[45] En el caso de las cooperativas, cfr. art. 1 LGC, "las cooperativas son sociedades"); en el caso de las mutuas, la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP) de 8 de noviembre de 1995, no lo declara expresamente, pero la remisión subsidiaria a la LSA, no parece dejar lugar a dudas de esta consideración; lo mismo cabe decir, -sin perjuicio de que la cuestión no es pacífica- respecto a las AIE; el art.1.º LAIE, tras declarar su personalidad jurídica y carácter mercantil, se remite, supletoriamente, a las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza". La cuestión es nítida, por último, en el caso de las Sociedades de Garantía Recíproca, y las Sociedades Agrarias de Transformación.

legislativa, que paso a reflejar, por su lógica incidencia en la distinción asociación/sociedad.

Y para situarnos en el problema, conviene previamente, dar una panorámica general de las figuras que, según el criterio del "ánimo de lucro", estarían en la intersección entre asociación y sociedad; veremos, en primer lugar, asociaciones sin ánimo de lucro, que realizan una "actividad económica"; posteriormente un grupo de asociaciones con "finalidad económica", en el sentido de que, sin perseguir un lucro subjetivo, pretenden obtener ventajas económicas genéricas para un grupo, o la tutela de intereses patrimoniales y por último nos ocuparemos del caso inverso: figuras que legislativamente son consideradas como sociedades y sin embargo, también legislativamente, se dice de ellas que carecen de ánimo de lucro para sí mismas.

I.B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: FIGURAS DE DUDOSO ENCUADRAMIENTO SEGUN EL CRITERIO CLASICO

I.B.1. ASOCIACIONES QUE TIENEN UNA ACTIVIDAD ECONOMICA

Cuestiones terminológicas

Si voy hablar de la actividad económica de la asociación, he de comenzar con unas convenciones terminológicas. Consciente de lo discutible que pueda ser la atribución concreta de contenido a cada una de las siguientes expresiones, puede llamarse

-"actividad económica", en sentido muy amplio, a cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios, o de inversión en otras actividades

-"actividad empresarial", a la actividad realizada por una empresa o en forma de empresa. Y empresa desde el punto de vista económico amplio, es una organización en la que se combinan diversos factores para la producción o distribución de bienes y servicios para el mercado. En este concepto amplio no se hace referencia al afán lucrativo, y por ello se comprende no sólo la empresa "capitalista", sino también la cooperativa y la pública, en las

que ese fin puede faltar[46]. En un sentido también económico pero más estricto, es una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia entre unos precios y otros. Empresario, desde el punto de vista económico, es la persona que organiza la empresa, la dirige ejerciendo una función de autoridad sobre los que trabajan en ella y asume los riesgos que esa actividad implica. Desde el punto de vista jurídico, es la persona física o jurídica que es titular de la empresa, que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes y servicios para el mercado[47].

La actividad económica es una noción más amplia que la de actividad empresarial, aunque a veces es difícil distinguir entre ambas. Y la actividad empresarial a su vez, es más amplia que la "actividad comercial", pues comprende, además de ésta, la industrial, bancaria. etc. De hecho, la restricción del Derecho mercantil al Derecho del comercio está superada, y a la noción de comerciante, como explica SANCHEZ CALERO, le ha sustituido la de empresario[48]. No obstante se siguen empleando los términos indistintamente, en especial en la doctrina francesa. Por eso, advierto ya del empleo indistinto que también aquí haré en ocasiones, de "actividad comercial", "actividad empresarial" y "actividad mercantil".

Por otra parte, parece obligado acudir a las Leyes fiscales en busca del sentido del concepto "actividad económica". Sin menoscabo de la indudable importancia del tratamiento fiscal de todas estas figuras a las que hemos ido aludiendo, -posteriormente

[46] SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., págs. 19 y 20.

[47] SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 55.

[48] "La actividad tradicional de organización de aquel (*el comerciante*) cuya manifestación más expresiva es la llevanza de una contabilidad, es realizada en una economía de mercado por todo empresario, aunque su actividad no fuera el comercio. Además, la función de intermediario del comerciante encontraba su paralelo en la intermediación que realiza todo empresario entre los precios de los llamados factores de producción (capital y trabajo) y los de sus productos, tendiendo en ambos casos, al máximo beneficio. Por ese camino se llegó a la conclusión de que siendo el ámbito del Derecho mercantil más amplio que el del comercio, era más acertado decir que el Derecho mercantil era el Derecho de la empresa... . Por ello, el Derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica"; *vid*. SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., págs. 16 y 18.

me referiré concretamente, al de las asociaciones sin ánimo de lucro-, las definiciones que de "actividad económica" aparecen en las leyes fiscales, han de adoptarse con las cautelas impuestas por la finalidad de dichas normas: la exacción de impuestos y no la discriminación de figuras. En este marco, el concepto más preciso habrá de buscarse en la regulación del Impuesto *de Actividades Económicas,* regulado en los arts. 79 y ss. de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL). Según el art. 79.1, el hecho imponible de este impuesto está constituido por "*el mero ejercicio...de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado...*" y el art. 80.1 especifica que

> *"Se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional, o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en al producción o distribución de bienes y servicios"*

Vista la ostensible amplitud del concepto "actividad económica" desde el punto de vista fiscal, paso a ocuparme de lo que puede entenderse por "actividad económica" de las asociaciones sin ánimo de lucro.

ACTIVIDAD ECONOMICA Y ASOCIACION: PLANTEAMIENTO GENERAL

Cuando nos planteamos hablar de "actividad económica" de la asociación podemos hacer referencia a hechos diversos:

A) Aunque en muchas ocasiones, la asociación produce bienes o servicios que *son prestados gratuitamente o por un precio sin relación a su coste*, obteniendo la diferencia de una financiación externa al mercado: cotizaciones, subvenciones, donaciones..., también puede recibir por los servicios que preste a terceros y que entren dentro de su objeto (v.gr. una asociación cultural cobra la entrada a una conferencia), cantidades superiores al coste estricto sin constituirse por ello en entidad mercantil ni descalificar su condición de ente no lucrativo[49]. Por una parte, con ello compensa otros servicios

[49] Una misma actividad puede ser realizada por la asociación sin percepción de contraprestación alguna, o por precio inferior a su coste o superior al mismo. Sobre el ejemplo de la prestación de

prestados gratuitamente o a precio inferior al coste. Por otra, se trata de que en el conjunto del ejercicio económico no haya ganancias, porque siempre y con presteza, se reinvierten en la consecución del fin asociativo. Es totalmente lícito que la asociación perciba una remuneración por las actividades desarrolladas, y esto no supone una competencia desleal con las empresas, pues de hecho, la competencia con éstas puede provenir más de aplicar unos precios de coste o inferiores al coste, que de aplicar el precio de mercado en una prestación concreta.

B) La asociación puede ser titular de una "explotación económica" entendida en el sentido de organización en la que se combinan diversos factores (capital, trabajo) para la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado[50]: en la actualidad, algunas asociaciones inscritas como tales en el Registro de asociaciones, ejercen al menos parcialmente, actividades que podríamos calificar como mercantiles, v.gr. a través de restaurantes, servicios de agencias de viajes, etc.

C) La asociación puede invertir parte de su capital para obtener mayor rentabilidad, e incluso actualmente, se contempla la posibilidad de que las asociaciones no lucrativas, sin desnaturalizarse como tales, sean titulares de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, *"siempre que la titularidad de las mismas coadyuva (sic) al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) de este apartado 1 y no supone (sic) una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este*

servicios jurídicos (asesoramiento, redacción de informes, etc.) prestados por la asociación, ALFANDARI explica -respecto a la legislación francesa- explica que todos esos modos de proceder son válidos, y la consecuencia de adoptar uno u otro radicará en el cumplimiento de una serie de requisitos en el caso de que los presten a título oneroso: "necesidad de un seguro que cubra la responsabilidad civil profesional en que pueda incurrir la asociación en la emisión de informes o actos similares; una garantía financiera que puede consistir en un contrato de caución hecho por una empresa aseguradora o por un establecimiento de crédito habilitado a este efecto"; *vid.* ALFANDARI, "La fourniture de prestations juridiques por les associations depuis la loi du 31 décembre 1990", *Rev.dr.sanit. et soc*. 1991, págs. 342 y 343.

[50] El art. 5.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades, entiende por ingresos que proceden de una explotación económica "todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de los recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios".

Título" (art. 42.1.c) de la Ley 30/1994 de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general). Pueden asimismo emitir obligaciones conforme a la *Ley sobre emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas, asociaciones u otras personas jurídicas* de 24 de diciembre de 1964[51].

D) Algunas asociaciones benéficas o de carácter social tienen por objeto la creación de microempresas, destinadas a la ocupación de los beneficiarios de la asociación (se contrata como trabajadores a disminuidos físicos, marginados etc.. de forma que las asociaciones son las empleadoras y los beneficiarios los empleados). Los beneficiarios *no asociados*, son los que obtienen lucro, aunque sea mínimo. Y es mínimo, puesto que en muchos casos, resultan deficitarias[52].

E) La actividad principal (e incluso única) de la asociación puede ser la recaudación de fondos para una actividad -generalmente benéfica- que es llevada a cabo por otras personas ajenas a la asociación. Ciertamente esta posibilidad recuerda más a la actividad del Patronato de una fundación, pero evidentemente pueden existir asociaciones de este tipo, diferentes de las llamadas

[51] Aun sin estar expresamente previsto en la Ley de Asociaciones de 1887, la doctrina entendía posible que las asociaciones pudieran emitir obligaciones, aunque no estaban obligadas por ello (ni aunque quisieran, podrían) a inscribir la emisión en el Registro Mercantil; *vid*. NOVOA SEOANE, "Capacidad jurídica de las Asociaciones. Emisión de obligaciones por estas sociedades", *RDP*, 1915, pág. 17. En Francia, *vid. Loi n, 85-698 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations*.

[52] Asi se constató en el Primer Encuentro sobre Entidades sin Animo de Lucro, IESE-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Confederación Española de Fundaciones, Madrid, marzo de 1997. Asociaciones pioneras en este campo como la "Sociedad S. Vicente de Paúl", expusieron las dificultades con el que este tipo de asociaciones, dirigidas a sectores marginales de la población, se encuentran: absentismo laboral, lentitud en el aprendizaje por falta de preparación, etc. que propician que la producción no siempre sea óptima. La realidad demuestra que no llegan ni a cubrir gastos. Las retribuciones económicas que obtienen se destinan al pago de sueldos, y si hubiera *superavit* (dificultoso, porque la producción es, por definición inferior a la de los trabajadores normales), a la creación de nuevas empresas o locales. La finalidad expuesta se articula en la práctica, preferentemente a través de fundaciones: especialmente representativa, según se manifestó en el foro aludido, la Fundación Carvajal, en Colombia, que ha creado una red de miles de microempresas en sectores paupérrimos de la población; en España, la Fundación ONCE.

asociaciones de hecho de carácter temporal contempladas por el Decreto de 20 de mayo de 1965[53].

Todas las posibilidades son compatibles con que la realización de las actividades objeto de la asociación *se lleve a cabo con criterios empresariales*, de modo que se optimicen los esfuerzos, logrando así el máximo de beneficios -no repartible- para el fin asociativo: v.gr. conciertos musicales en los que se cobra la entrada, preparados con auténticas campañas de *marketing* empresarial, etc.. Incluso las técnicas empresariales se emplean para mejorar la gestión de la asociación en general, no sólo en lo relativo a los beneficios económicos que pueda obtener[54].

Pienso que todas las manifestaciones citadas son "actividades económicas" de la asociación, aunque -a la vista del silencio legal y doctrinal al respecto- podemos centrarnos, estableciendo un parangón con las fundaciones (art. 22 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre), en el supuesto B) que plantea, además, el interrogante acerca de la asociación debería estar sujeta al estatuto del comerciante (libros de contabilidad, sujeción a la quiebra, etc.).

Plasmación legislativa de la actividad económica de la asociación en las Leyes de asociaciones

Ni la Ley de Asociaciones de 1887 ni la de 1964 recogen de modo expreso la posibilidad de que las asociaciones desarrollen una actividad económica. Unicamente, la Ley de 1887 contempla un

[53] Sobre éstas últimas y su diferencia con las auténticas asociaciones temporales, *vid.* capítulo 7.

[54] Estimo plenamente aplicable a la asociación la afirmación de PIÑAR MAÑAS respecto a la fundación (anterior a la Ley de 1994) sobre la conveniencia de la utilización de técnicas o medios hasta ahora casi siempre rechazados para conseguir fines altruistas; la fundación con empresas o la que obtiene beneficios para reinvertirlos en la consecución de los fines que la justifican debe ser cada vez más, moneda corriente, según este autor; *vid.* PIÑAR MAÑAS, *Las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro*, Civitas, 1991, pág. 218. Es más, concluye SAENZ DE MIERA, "la naturaleza altruista de la fundación no pugna con su revestimiento de empresa en aquellos casos en que la producción que realiza es desdeñada por la iniciativa privada: el caso de la actividad editorial, la artesanía, la producción de tapices o porcelanas tradicionales y de especial mérito artístico, así como otras hipótesis más; *vid*. SAENZ DE MIERA, "Las bases legales de las fundaciones y su situación en España", *Revista Situación*, nº 4, 1989, págs. 55 y ss.

Esta es, por otra parte, la tendencia de la moderna doctrina italiana; *vid.* por todos, MARASA, "Attivita imprenditoriales e scopi mutualistici nelle associazioni", Gruppo di Studio Società e Istituzioni, *Fondazioni e associazioni; Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, Maggioli Editore, San Marino, 1995, págs. 189 a 197, especialmente, 196 y 197.

ejemplo del supuesto D), a saber, la formalización semestral de cuentas a realizar por las "asociaciones que recauden o distribuyan fondos con destino al socorro o auxilio de los asociados o a fines de Beneficencia" (art. 11).

Puesto que no se ha prohibido expresamente ni en una ni en otra esta posibilidad, cabe deducir que ha estado y está permitida, y de hecho, aunque ha sufrido intentos de recorte, que nunca han prosperado. Así sucedió con el fracasado Proyecto de Ley de Asociaciones de 8 de mayo de 1911, v.gr. cuyo art. 16, preveía,

> *"Ninguna Asociación podrá ejercer la industria o el comercio, exceptuándose únicamente de esta prohibición los actos propios de la mutualidad, cooperación, enseñanza o beneficencia, y la manufactura de los efectos exclusivamente destinados al uso propio de la Asociación o de sus miembros. ..."*

Por otra parte, este mismo proyecto admitía esta posibilidad, aunque sea indirectamente, pues de hecho el dictamen de la Comisión eliminó también, con buen criterio, la expresión "como medio" del art. 1º del proyecto inicial

> *"Las asociaciones que tengan por fin o como medio el lucro o la ganancia, se regirán por lo dispuesto en el título VIII del libro IV del Código civil, o por lo preceptuado en los títulos I y II del libro II del Código de Comercio, según el fin sea civil o mercantil, o por lo establecido en las leyes especiales vigentes que regulen Asociaciones de carácter excepcional"*

Ello significó una aceptación tácita de que las asociaciones pudieran obtener un lucro a consecuencia de una actividad económica, con tal de que estuviese destinado a la propia asociación y no al reparto entre los asociados, lo cual ya había sido afirmado con fuerza por la doctrina[55].

La vigente Ley de Asociaciones estatal, tampoco se define sobre esta posibilidad, a diferencia de la nueva Ley de Fundaciones de 1994, cuyo art. 22 permite a las mismas ejercer actividades mercantiles libremente, así como participar en determinadas

[55] *Vid.* COVIAN JUNCO, *op.cit.*, pág. 689.

sociedades mercantiles, siempre que se reinviertan en la realización de los fines de interés general[56].

Son las Leyes autonómicas las que la han admitido abiertamente.

El art. 16 de la Ley vasca de asociaciones enumera como

> *"Facultades para el cumplimiento de sus fines...-desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines o a allegar recursos con ese objetivo".*

El párrafo 3º del art. 2 de la Ley catalana de asociaciones -si bien la Ley como dice el Preámbulo "parte de la concepción, tradicional a la cultura latina de la exclusión del afán de lucro"[57] y así se plasma en el art. 1.1º visto-, reflejando la realidad actual, el párrafo 3º del art. 2, aclara que

> *"Se considera que una asociación no tiene afán de lucro aunque desenvuelva una actividad económica si el fruto de esta actividad se destina exclusivamente al cumplimiento de las finalidades de interés general establecidas por los Estatutos. En cualquier caso, no pueden repartirse los bienes de la asociación entre los asociados y asociadas ni ser cedidos gratuitamente a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo. Se exceptúan*

[56] Sobre este artículo, *vid*. el reciente estudio de LINARES ANDRES, "La actividad económica de las fundaciones", *RCDI*, nº 642, sept-oct 1997, págs. 1625 a 1665.

[57] El Proyecto de Ley Catalana de régimen jurídico de Asociaciones, de 14 de junio de 1994, en el art. 1º del Proyecto, referido a la naturaleza de las asociaciones, contenía un concepto que combinaba el criterio causal francés de la falta de ánimo de lucro con la concepción estructural o corporativa de las asociaciones: *"En las asociaciones una pluralidad de personas se organizan corporativamente y de forma duradera para perseguir (assolir), sin ánimo de lucro un fin común de interés general o particular"*. Decía el Preámbulo "Así, este art. (el 1º) del Proyecto parte de la concepción estructural, es decir, corporativa de las asociaciones, pero también incluye el caracter causal, tradicional de la cultura latina, de exclusión del ánimo de lucro, a la vez que permite la constitución de asociaciones de interés general o particular. La cuestión, relacionada con el objeto de la asociación, relativa a si puede llevar a cabo una actividad económica, se resuelve admitiendo esta posibilidad, siempre que no *constituya su objeto principal*". Continúa la Exposición de Motivos del Proyecto, diciendo que el Capítulo 2, relativo a la constitución de la asociación, desarrolla esta concepción estructural o corporativa de la asociación, haciendo del principio de libertad estatutaria auténtico eje vertebrador de lo que ha de ser el derecho de asociación en una sociedad abierta. Es decir: los Estatutos son un elemento fundamental de toda organización corporativa.

El contenido de este capítulo se ocupa de la constitución de la asociación en relación con la personalidad jurídica y el Registro de asociaciones, las asociaciones no inscritas y la nulidad de asociación y los Estatutos. Cuestiones todas ellas muy interesantes, pero respecto a las cuales, el Proyecto, a pesar de lo que anuncia la Exposición de Motivos no aporta criterios claros que permitan reconocer la mencionada estructura corporativa: no se ve en qué se diferencia, por la simple aplicación de dichos artículos, de otras figuras.

las aportaciones condicionales que tienen el tratamiento que les imponga la condición"

El fin de la asociación no puede ser el reparto de las ganancias económicas entre los asociados, pero sí que puede tener por objeto -con carácter instrumental respecto a aquel- actividades económicas, que suponen un medio para allegar recursos que se han de destinar "*al cumplimiento de las finalidades de interés general establecidas por los Estatutos*".

La PREAE, en la cual se inspira la Ley catalana, manteniendo la necesidad de fines ajenos al lucro, permite, en el artículo 1º el ejercicio de actividad económica

"2. ...El producto de cualquier actividad económica ejercida por la Asociación Europea se destinará únicamente a la consecución de su objeto, quedando excluido el reparto de beneficios entre los socios"

El ALODA de 1997 se adhiere plenamente a esta tendencia y el art. 1º.3 declara que

"3. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, sin perjuicio de la capacidad de las asociaciones regidas por esta Ley, para realizar actividades económicas, cuyos beneficios sean destinados, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines"

No detalla sin embargo, que tipo de actividades puede realizar, aunque sí define un sistema de responsabilidad económica, dependiente del hecho de la inscripción, que es objeto de análisis en el lugar correspondiente.

Así las cosas, son varios los problemas que se plantean, cuyas soluciones dependerán en buena parte de la postura que se adopte respecto al significado del elemento teleológico en la asociación: el partido que se tome en el debate sobre la accesoriedad de la actividad económica, lo relativo a la protección de los terceros que se relacionan con la asociación que ejerce esa actividad, la adquisición de la cualidad de comerciante de la misma y la aplicación de las reglas de Defensa de la Competencia y contra la Competencia desleal.

Antes de ver cuál es la postura que se toma respecto a estas cuestiones, continuaré con la exposición de lo que he llamado "figuras de dudoso encuadramiento según el criterio clásico".

I.B.2. ENTIDADES CALIFICADAS COMO "ASOCIACIONES *STRICTO SENSU*" QUE PERSIGUEN UNA FINALIDAD DE TIPO ECONÓMICO

Pasemos ahora a ocuparnos del caso inverso al visto en el epígrafe anterior: asociaciones sin ánimo de lucro, inscribibles en el Registro de asociaciones que persiguen una *finalidad* -que con toda la imprecisión que comporta el término- podemos calificar de *económica*[58], en el sentido de que son asociaciones *constituidas para la tutela de intereses patrimoniales*, de modo que siquiera sea indirectamente, obtienen ventajas económicas genéricas para sus miembros, y sin embargo, son calificadas y registradas como asociaciones en el Registro Nacional de Asociaciones. Son las llamadas, según la clasificación interna actual del Registro Nacional de asociaciones, "asociaciones económicas" y "asociaciones profesionales"[59].

I.B.2.a. Asociaciones "económicas"

La denominación "asociaciones económicas" no es nueva: ya COVIAN JUNCO habla de ellas en 1910, deslindando claramente aquellas que tienden a la realización de ciertas economías entre sus miembros y las que se constituyen para la defensa de un interés de orden general y social. Pone como ejemplo de éstas, la llamada "Fomento de trabajo nacional", cuyo fin es la promoción y defensa de la producción nacional, procurando la protección arancelaria contra la competencia extranjera y la llamada "Atracción de forasteros", cuyo fin es "hacer propaganda de sus condiciones

[58] Hablo de imprecisión, puesto que efectivamente, sin necesidad de llevar las cosas al extremo, puede afirmarse que cualquier actividad tiene una dimensión económica.

[59] Soy consciente, de que tal clasificación, como su nombre indica, es interna, sin mayor trascendencia jurídica, pero no deja de ser indicativa, a mi modo de ver, del tipo de asociaciones que han conseguido ser inscritas en el Registro, y por tanto, consideradas por todos como asociaciones.

climatológicas y demás productoras del bienestar de los que en esas zonas concurren"[60]. Ambas son calificadas de asociaciones y están sujetas a la Ley de Asociaciones -a pesar de que la segunda, en sus Estatutos, recibe la denominación de Sociedad- y de hecho, sus respectivos Estatutos previenen que los bienes de las mismas una vez disueltas pasen a otras instituciones de fines similares.

Las asociaciones "económicas y profesionales" sujetas a la Ley de Asociaciones, conforman toda una sección del Registro. En el Registro hay dos secciones: una para las asociaciones "económicas" y otra para las "profesionales". En ocasiones la adscripción a una u otra sección, aunque tampoco tiene relevancia externa, es problemática, pues la mayoría pueden tener el carácter de asociación económica, y de asociación de profesionales, dado que agrupan a profesionales de un ramo.

Entre las calificadas como "Económicas" cabe encontrar actualmente:

-Cámaras *Comerciales*[61]

-Asociaciones de asuntos financieros y de seguros

-Asociaciones de Turismo[62]

-Asociaciones para Ferias y Exposiciones

-Asociaciones en el sector de Agricultura, Ganadería y Pesca

-Asociaciones en el sector Industria

-Asociaciones en el sector del Comercio y otros servicios[63]

---

[60] COVIAN JUNCO, *op.cit.*, pág. 724. Esta última ha de considerarse el antecedente de los Centros de iniciativas turísticas, a las que aludiré enseguida.

[61] Esta adjetivación es deliberada, para diferenciar estas agrupaciones de comerciantes de un determinado ramo o un sector concreto de la ciudad, etc. de las Cámaras de Comercio que gozan del carácter de corporaciones de Derecho público.

[62] Aparte de las asociaciones sometidas a la Ley de Asociaciones de 1964 en este sector e inscritas en el Registro de Asociaciones, existen unas figuras específicas, inscritas en un Registro especial, consideradas como "asociaciones especiales" por LOPEZ-NIETO -en *La ordenación...cit.*, pág. 371-: los *Centros de iniciativas turísticas* establecidos por Decreto 2481/1974 de 9 de agosto y Orden de 8 de febrero de 1975 (contraviniendo la reserva de ley del art. 2º.4 de la Ley de Asociaciones). Constituyen, según LASARTE ALVAREZ, una errónea utilización semántica del término asociación; *vid.* "Notas sobre el derecho de asociación...", *cit.*, pág. 356. No explica el autor el porqué de esta afirmación. Es fácil deducir sin embargo, a la vista de su regulación, que el origen en un acto de la Administración pública que los crea, y el carácter de colaboradoras de la Administración les dota de una fisonomía específica, que supone incluso una quiebra de los principios fundamentales de la asociación.

[63] Muchas llevan denominaciones tales como "Unión Mercantil", "Círculo Agrícola, Industrial y Mercantil". V.gr., el Círculo de la Unión Mercantil de Madrid, al que, aun teniendo unas finalidades recreativas y culturales muy significativas, sus Estatutos le atribuyen "unos fines de

-Otras asociaciones económicas

Respecto a este tipo de asociaciones, ha de decirse que, algunas agrupaciones de empresas que deberían utilizar el cauce de la AIE recurren a la forma asociativa por las ventajas fiscales que ofrece. So capa de finalidades de investigación del sector u otro tipo de acciones realizadas en común para la mejora del sector, encontramos ejemplos de consorcios de agencias de viajes, de consorcios de seguros, algunos de los cuales incluso han conseguido la declaración de utilidad pública[64]. No cabe duda que si bien tales asociaciones no tienen ánimo de lucro para sí mismas, en ocasiones sus miembros sí que lo tienen. Es decir: la "actividad interpuesta", la de la asociación, no es directamente lucrativa, pero sí indirectamente. Se plantea entonces si nos hallamos, ante un supuesto de fraude de Ley. Con independencia de las investigaciones que, en su caso puedan llevar a cabo los correspondientes servicios de Inspección de Hacienda, los encargados del Registro de asociaciones, han de hacer un auténtico esfuerzo de interpretación para, sin entrar en la calificación de fondo de los fines de la pretendida asociación, impropia del sistema instaurado por la Constitución, advertir si la solicitante reúne los requisitos y persigue las finalidades de una AIE en cuyo caso, suspenden la inscripción en tanto no se haga la pertinente modificación estatutaria. La reciente STS 18-6-1997 (Cont-adm, sección 7ª) afirma que el encargado del Registro de asociaciones, puede (y debe) "analizar la naturaleza jurídica del ente cuya inscripción se pretende" (FJ 1º), y del mismo modo que, según el TS se ha de impedir el acceso al Registro de una asociación que en realidad es un "ente parasindical", también ha de impedirse en mi opinión, el acceso de una agrupación que debería adoptar la forma de AIE a todos los efectos.

I.B.2.b. Asociaciones (u organizaciones) profesionales

En este amplísimo concepto cabría comprender multitud de figuras de base asociativa cuya común denominador es la unión por

defensa constante y decidida de los intereses de las clases asociadas, instrucción en general, auxilio a los dependientes de comercio, etc.".

[64] E incluso el Ministerio del Interior y el Ministerio de Economía y Hacienda han acordado la inscripción de estas entidades en el Registro de asociaciones, para facilitar la adaptación a las propuestas de la Carta Verde de la Unión Europea de Seguros.

razón de la común profesión o situación laboral[65]: desde los Sindicatos y Asociaciones empresariales (art. 7 CE), hasta los Colegios profesionales (art. 36 CE), pasando por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados (art. 127.1 CE) y las asociaciones que podríamos considerar "ordinarias" en el sentido de que no gozan de una configuración especial[66]. Quizá por ello sea más correcto, como apunto en el título del epígrafe, hablar de organizaciones profesionales[67].

---

[65] Advirtiendo de que se trata de fenómenos cercanos pero no coincidentes con la idea de asociación en sentido moderno, hemos de constatar la existencia de agrupaciones profesionales desde muy antiguo, pues los intereses profesionales han sido, a lo largo de la Historia, una de los factores que con mayor fuerza han propiciado la asociación entre los hombres. La figura más conocida es la de los gremios, cuya fisonomía sobrepasa con mucho la de una asociación de profesionales actual. El gremio es una corporación que tiene monopolio exclusivo -no se podía ejercer esa profesión en la ciudad si no se pertenecía al mismo- persiguiendo finalidades en interés de dicha corporación. A la vista de sus funciones, no sólo de defensa de intereses profesionales, sino de auténtica estratificación social -con matices políticos y religiosos-, se presentan como instituciones notablemente diferentes de las actuales asociaciones profesionales, aunque se consideren sus antecesoras. Los gremios son ya conocidos en Roma, en los antiguos Derechos germánicos -denominados *Gilden*: *v.gr.*, *Kaufmannsgilden*, *Handwerkerzünfte* (sobre estas figuras, *vid.* PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. de la 3ª ed. alemana de MELON INFANTE, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 76); en Francia, la *compagnonnage* (*vid.* BARDOUT, *op. cit.*, pág. 39). Tras la Revolución Francesa, el conocido como *Décret d'Allarde* de 17 de marzo de 1791, supuso la supresión definitiva del sistema de los gremios y corporaciones: "*il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier quélle trouverait bon*...". Se entiende, como aclara COLLIARD, que este Decreto no prohibía el derecho de asociación entre gentes de un mismo oficio, ni pretendía que no hubiera más asociaciones de obreros, pero, privadas de sus privilegios, era difícil que las corporaciones subsistieran; COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, 1975, pág. 661.

En España también existían estas figuras desde antiguo. Las Partidas, aparte de regular el contrato de compañía, aludían a los gremios de artesanos, o de las corporaciones de amonedación; LLUIS i NAVAS, *Las cuestiones legales de la amonedación española bajo los Reyes Católicos*, tomo II, Madrid, 1969, págs. 37 y ss. Andando el tiempo, pueden encontrarse otras manifestaciones del asociacionismo profesional, más cercanas a la idea actual: v.gr., las *Sociedades económicas de amigos del país*, reguladas por una resolución del Consejo de Carlos III, en 1785, -recogida en la Novísima Recopilación, en el Libro VIII, título 21, cuyo " *instituto es conferir y producir las memorias para mejorar la industria popular y los oficios, los secretos de las artes, las máquinas para facilitar las maniobras y auxiliar la enseñanz*a". Contando con un objeto social tan "moderno", su estructura responde bastante a la actual: estatutos, diferencia entre Junta directiva y asamblea, así como distintas clases de socios.

La Ley de Asociaciones de 1887, incluía en el ámbito de su aplicación a los gremios, pero entendidos ya en sentido moderno de asociaciones profesionales. Bajo su vigencia estas asociaciones fueron objeto de diversas normas, todo ello, claro está, teniendo presente que a partir de la Revolución industrial, el asociacionismo profesional adopta un matiz especial con la aparición del movimiento sindical.

[66] Una visión actual del tema es la aportada en el trabajo de GALLEGO MORALES, *Los intereses profesionales y las fórmulas organizativas*, Universidad de Granada y Diputación provincial de Granada, Granada, 1997.

[67] Tomo el término de GALLEGO MORALES, que explica que "el enfoque más fecundo para un análisis riguroso de las instancias de actuación e intermediación de intereses profesionales ha

En cuanto a los Sindicatos y Asociaciones empresariales contemplados en los arts. 7 y 28 CE han sido considerados por el TC, en las SSTC 3/1981, de 2 de febrero, y 67/1985, de 24 de mayo, como uno de los ejemplos de "asociaciones de relevancia constitucional":

> "el derecho de asociación que regula este precepto *(el art. 22 CE*) se refiere a un género -la asociación-, dentro del cual caben modalidades específicas, como resulta de los artículos 6 y 7 de la CE, que contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional, como partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales"

Como dice el propio art. 7 CE estas asociaciones "*contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*". Aun cuando la Constitución se pronuncie en estos términos, la doctrina entiende que sus fines no son estrictamente profesionales, puesto que su actividad va más allá de las relaciones trabajador-empresa, para entrar en la acción política cuando se trata de materias que les conciernen[68]. Su papel fundamental es el de interlocutores del diálogo social. Se ha dicho que para identificar que nos hallamos ante un Sindicato o una asociación empresarial (art. 7 CE) ha de atenderse a los objetivos e instrumentos de la acción colectiva, a saber: la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales del colectivo correspondiente y que usen para ello los medios más arquetípicos, señaladamente la negociación colectiva y otros medios de acción sindical, especialmente, la huelga, para los trabajadores[69]. Según GALLEGO MORALES, el contenido de la noción "intereses profesionales" ha sido desbordado por otros contenidos que no son estrictamente asimilables al caduco rasgo de

de partir de la idea de que un mismo interés admite múltiples definiciones y fórmulas organizativas"; *vid. op.cit.*, pág. 57.

[68] CAZORLA PRIETO, "Art. 7. Sindicatos y Asociaciones empresariales", en *Comentarios a la Constitución*, (coord. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1985, pág. 105.

[69] GARCIA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 207. Referiéndose a los funcionarios, MARTINEZ USEROS y GARCIA OVIEDO, distinguen entre asociación profesional y sindicato. La primera es una unión de elementos con un mismo oficio, con funciones de mera protección a sus miembros, pero sin aspiración profesional. En opinión de estos autores, no puede privarse a los funcionarios de esta facultad, pero sí de la sindicación, que "debe ser condenada sin reserva por estar en pugna abierta con la esencia del Estado"; *vid.* MARTINEZ USEROS y GARCIA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, EISA, Madrid, 1968, pág. 473. Esta afirmación es insostenible tras la entrada en vigor de la Constitución, -que reconoce a los funcionarios el derecho de sindicación, si bien sometido a reglas especiales- pero al menos es indicativa de las diferencias sindicatos/asociaciones profesionales.

la economicidad: de hecho, los problemas derivados de la organización de los intereses del trabajo se han polarizado también en sede política en torno a la fórmula sindical asociativa[70].

Junto a éstos, la Constitución habla de otras figuras de base asociativa, algunas de las cuales están dotadas del carácter de Corporación de Derecho público y que de algún modo, son las asociaciones profesionales por excelencia: los colegios profesionales (art. 36), y las "*organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les son propios*" (art. 52): a saber, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrarias y Cofradías de pescadores[71]. Todo ello se entiende también sin perjuicio de la sociedad civil por así decir, "pura", para el ejercicio de la profesión[72].

---

[70] GALLEGO MORALES, *op.cit.*, pág. 65.

[71] Que estas son las figuras que deben incluirse en este artículo, es la interpretación generalizada; *vid.* por todos, HERRERO DE MIÑON, "Artículo 52. Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978,* tomo IV, Edersa, Madrid, 1997, pág. 416; ARIÑO ORTIZ y SOUVIRON MORENILLA, *Constitución y colegios profesionales. Una reflexión sobre las corporaciones representativas*, Unión Editorial, Madrid, 1984, pág. 97; PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo,* II: *Organización y empleo público*, Pons, Madrid, 1991, pág. 266.

No faltan quienes tachan este art. 52 CE de superfluo; en este sentido, ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución de 1978. Comentario sistemático*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 243, por cuanto tales organizaciones podían haber encontrado acomodo en la amplitud del art. 22 CE como régimen especial; GALVEZ, en *Comentarios a la Constitución*, (coord. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1985, pág. 880, donde dice que las organizaciones profesionales son una especie de la asociación y las asociaciones empresariales (art. 7 CE), una subespecie de las organizaciones profesionales caracterizada por la condición de empresarios de sus componentes; también lo considera innecesario, SAINZ MORENO, "Artículo 36. Colegios profesionales", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978,* tomo III, Edersa, Madrid, 1997, pág. 634.

Para defender su utilidad se ha dicho que incluye las organizaciones profesionales no reconducibles a la fórmula sindical en sentido estricto pero con identidad respecto a sus cometidos, pues aquéllas tienen "un espíritu defensivo o reivindicativo que comparten con los sindicatos y por supuesto con los colegios, y que se traduce en la defensa de las condiciones de trabajo de los afiliados"; *vid.* OJEDA AVILES, "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical", en el vol. col., *Comentarios a la Ley de Libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 47. Lo que sucede es que según esta interpretación, en estas organizaciones debería también darse la libertad de afiliación. Recientemente, GALLEGO MORALES ha dicho que este artículo no prefigura la naturaleza jurídica de las figuras en él incluíbles, de modo que es pensable la configuración de Cámaras como entidades profesionales de naturaleza jurídico-privada, al modo anlosajón; *vid.* GALLEGO MORALES, *op.cit.*, pág. 224. Esto serviría de base para el mantenimiento de las llamadas "Cámaras comerciales", sujetas a la Ley de Asociaciones de 1964, e inscritas en el Registro de asociaciones.

[72] *Vid*. ALBIEZ DOHRMANN, "Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales", en el vol. col. *Estudios de Derecho Civil en homenaje al prof. Dr. Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1992, donde se explica que, en el caso de ejercicio en grupo de las profesiones

Las asociaciones profesionales *stricto sensu* y las asociaciones de empresarios

La Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical (LAS), que la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), deja vigente en los artículos referidos a las asociaciones profesionales y empresariales, dice en su art. 1.1º

> *"Los trabajadores y los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos"*[73]

La LAS se aplica por tanto,

-a las asociaciones profesionales, esto es: a las que agrupan a personas pertenecientes a una rama profesional concreta para la defensa de los intereses de ese concreto sector, de un modo similar -aunque no identificable- con el sindical, y que pueden calificarse de asociaciones "ordinarias", en el sentido de que no son ni de "relevancia constitucional" ni Corporaciones de Derecho público

-a un tipo concreto de asociación profesional: las asociaciones de empresarios (a las que se refiere el art. 7 CE) o de *titulares de empresas*, pues según LOPEZ-NIETO, "los miembros de estas asociaciones pueden ser personas físicas que unas veces son los

---

liberales, si la razón de ser de la agrupación es únicamente la función organizativa, y al final del ejercicio no hay un reparto de beneficios, "...en este caso, habrá más bien una asociación (organización funcional) o, quizá, una sociedad de medios, la cual reviste todos los caracteres de la comunidad de bienes"; *vid.* págs. 26 y 27. Más adelante añade: "En la sociedad de medios, hay una aportación conjunta de bienes materiales, consistente en la mayoría de las ocasiones en una mera aportación "*quoad usum*" y sólo excepcionalmente en una aportación real. No existe, sin embargo, ninguna voluntad de participar en las ganancias y/o en las pérdidas, asumiendo los "socios" solamente los gastos que se derivan de su mantenimiento. La sociedad de medios comparte algunas características con la sociedad de uso, admitida expresamente en el art. 1.678 del Código civil, si bien en ésta se tienen que repartir las ganancias, al menos hipotéticamente, aunque de hecho, es difícil que se produzcan ganancias, cuando sólo se "usan" los bienes aportados a la sociedad"; *vid.* pág. 36.

Una condensada pero completa visión del tema, con mención de las diferencias entre "sociedad profesional", "sociedad de profesionales" y "sociedad de medios", puede encontrarse en RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, "Formas asociativas de los profesionales", *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

[73] Respecto al concepto de "trabajador", que es el empleado por la Ley, hay que decir que es la misma Ley la que aclara que la referencia a los "trabajadores" comprende también a los "técnicos" (art. 1.2º). Este es el cauce asociativo apto para los trabajadores en paro, o que han cesado en su actividad laboral como consecuencia de incapacidad o jubilación, a los que les está vetado fundar sindicatos para la representación de sus intereses concretos (*vid.* art. 3º.1).

propios titulares de la empresa y otras representantes de una sociedad, si bien en este caso, esto podría suponer un reconocimiento del derecho de asociación a sociedades mercantiles, lo cual puede ser dudoso"[74].

La pertenencia a estas asociaciones profesionales y empresariales es plenamente compatible con la pertenencia a un Sindicato o Colegio profesional, como en repetidas ocasiones ha dicho el TC[75].

Estas asociaciones de profesionales con objetivos similares a los sindicales y las asociaciones de empresarios, en la actualidad, deben depositar sus Estatutos en la oficina pública correspondiente del Ministerio de Trabajo o en su caso, de los respectivos Departamentos de las Comunidades Autónomas. Es decir, este tipo de asociaciones profesionales y empresariales, están sometidas a un *régimen especial*: se rigen por una Ley especial y están inscritas en un Registro propio. Sin embargo, en el Registro de Asociaciones pueden encontrarse algunas asociaciones profesionales:

a) bien porque fueron constituidas con anterioridad a la Ley de 1977

b) bien porque son asociaciones de profesionales para otros fines tales como la investigación en las áreas relacionadas con ese sector profesional, organización de conferencias, etc., sujetas por tanto, a la Ley de Asociaciones[76].

---

[74] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit*., pág. 298. Estas asociaciones de empresarios se configuran según criterios territoriales y sectoriales (de actividad), para obtener la mayor eficacia posible en la defensa de los intereses que representan. Se gobiernan con plena autonomía respecto a la Administración pública, para lo cual gozan de la correspondiente protección legal (en concreto art. 1º.3 RD 83/1977, de 22 de abril, que desarrolla la Ley anterior, y del que puede predicarse, igualmente, su vigencia a estos efectos). Puede consultarse el interesante estudio sobre la evolución histórica en España de las organizaciones empresariales, realizado por CABRERA y DEL REY y titulado "Los intereses económicos organizados en España. Un siglo en la historia del asociacionismo empresarial", en el vol. col. *La empresa en la Historia de España*, Civitas, Madrid, 1996, en especial, las págs. 441 a 456.

[75] Paralela y complementariamente a la colegiación obligatoria que se produce en algunos campos, los profesionales pueden ejercer el derecho de asociación del art. 22 y constituir asociaciones propias. Como dice la STC 8-2-1993, "no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los artículos 22, 28 y 36 de la Constitución".

[76] En el apartado de Asociaciones Profesionales de la clasificación interna del Registro de Asociaciones, se hallan las de profesionales de prensa, radio y televisión; profesionales del arte y literatura; profesionales de la enseñanza; profesionales de sanidad; profesionales titulados; otros profesionales.

De la lectura de los Estatutos de algunas de las asociaciones profesionales, tanto las sujetas a la LAS -que han depositado sus Estatutos en el Departamento de la Administración pública correspondiente-, como las inscritas en el Registro de Asociaciones, sujetas a la legislación ordinaria, *se desprende una finalidad que aun cuando facilita las condiciones para la obtención de lucro, en el sentido de que tiende a mejorar la profesión, no tiene resultado económico directo para cada socio* y por eso no se plantean problemas con su calificación como asociación, cosa que sí sucedería en el caso, v.gr. de una cooperativa. Incluso de los Sindicatos, que como antes apunté, tienen una función de carácter político[77], algunos autores han apuntado que uno de sus rasgos cualitativos diferenciales es, además de su polivalencia funcional, la persecución de una *finalidad lucrativa indirecta*[78].

Los ejemplos de asociaciones sin ánimo de lucro a los que me acabo de referir[79] tienen una finalidad que podría ser calificada de "económica" en el sentido de que está directamente relacionada con intereses de los socios de tipo patrimonial. *Pero las posibles ventajas conseguidas no son individualizables sino genéricas, para un colectivo determinado*.

La idea de que la defensa de los intereses profesionales es cercana a la figura de la asociación sometida a las respectivas Leyes de Asociaciones, se manifiesta en el art. 1º de la PREAE: "1. *La AE será una agrupación de carácter permanente de personas físicas o jurídicas cuyos socios pondrán en común sus conocimientos o actividades para un fin de interés general o para el fomento de intereses sectoriales o profesionales, en los ámbitos más variados*".

[77] Dice VIDA SORIA que "...ningún sindicato del que se tenga noticia es, o ha sido, estrictamente profesional. ...Un Sindicato tiene y tendrá siempre una vertiente política inevitable y por ello, mejor que sea expresa"; *vid.* VIDA SORIA, "El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución", Separata de la *VI Conferencia de las Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar de la Constitución*, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989, págs. 22 y 23; *vid.* también VIDA SORIA-GALLEGO MORALES, "Art. 28. Derechos sindicales y de huelga", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1997, pág. 279.

[78] Afirmación realizada en vistas a negar la inclusión de los sindicatos en el ámbito del art. 22 CE, por OJEDA AVILES, *op. cit.*, págs. 39 y 40. Hay que reconocer, no obstante, que se trata de una postura aislada.

[79] Que por otra parte son las que plantean una mayor litigiosidad judicial; es significativo que buena parte de las sentencias sobre asociaciones sin ánimo de lucro que se han dictado hasta ahora, están protagonizadas por este tipo de asociaciones profesionales. La relación sería muy extensa: SSTS 25-2-1984, sobre corredores de seguros; 21-1-1984; 12 y 18-2-1984; 20-12-1984; 27-3-1985; 5-7-1985, sobre auto-taxi; STS de 30-4-1985 sobre industriales del azúcar, etc., dejando aparte todas las que declaran la compatibilidad entre colegiación y asociación o sindicación.

I.B.3. OTRAS ASOCIACIONES QUE PERSIGUEN UNA FINALIDAD DE TIPO ECONOMICO

Además de las asociaciones citadas encontramos otros ejemplos de asociaciones sin ánimo de lucro con finalidad "económica" entendida en sentido de tutela de intereses de carácter patrimonial. Voy a referirme a una serie de figuras ciertamente dispares, que pueden ser consideradas asociaciones, por lo menos a efectos de su subsunción en el art. 22 CE; así, brevemente aludiré a las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual, y más por extenso, a un supuesto no del todo claro: las asociaciones sin ánimo de lucro de propietarios de inmuebles. Terminaré con una mención de una "asociación" con clara finalidad económica: la asociación de obligacionistas, que sin embargo, carece de personalidad jurídica, por lo que se aleja de las figuras que estamos viendo. No se trata en ningún caso, de una relación exhaustiva: podría añadirse además, las asociaciones de arrendatarios de gran importancia en Francia[80], etc.. Sirvan los ejemplos que he escogido, como muestra de la compatibilidad de la ausencia de ánimo de lucro partible con la finalidad económica de tipo genérico.

I.B.3.a. Las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de propiedad intelectual

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, dentro del marco jurídico de la gestión colectiva de los derechos en ella establecidos, regula en sus arts. 142 a 154, las entidades de gestión de los derechos de explotación u otros de carácter patrimonial creadas por la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual[81]. Aunque no son denominadas asociaciones por el TRLPI, puesto que simplemente se trata de un

[80] Un estudio sobre las funciones de estas asociaciones puede encontrarse en VOULET, "Rapports collectifs de location", *Baux d'habitation et professionnels*, de la colección, *Ce qu'il vous faut savoir*, 1985.

[81] Art. 142 "*Las Entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado. Estas Entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen*".

modo de gestión colectiva de los derechos -la anodina expresión legal de "*entidad*" manifiesta las dudas del Legislador acerca de su naturaleza-, han sido consideradas por algunos como asociaciones atípicas[82]; carecen de ánimo de lucro para sí mismas (art. 142.2 TRLPI) y tienen por función el ejercicio de los derechos de propiedad confiados a su gestión. Deben además promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, bien por sí, bien a través de otras entidades de lucro constituidas o que se puedan constituir al efecto.

Aunque es claro que no persiguen ánimo de lucro para sí mismas, su actividad -la administración de derechos de la propiedad intelectual y la intervención y participación como intermediarios en el mercado de los derechos de autor y derechos afines- es claramente económica; como recientemente advierte MARIN LOPEZ, que las califica de "agentes económicos de primer orden", constituyen empresas a los efectos del art. 38 CE. Según este autor, son grupos privados constituidos al amparo de la libertad de asociación reconocida en el art. 22.1 CE, lo que significa que se benefician de todas las derivaciones propias de ese reconocimiento constitucional (libertad de organización, autodeterminación estatutaria...). Pero no pueden asimilarse ni a los sindicatos (art. 7º y 28.1 CE), ni a los colegios profesionales (art. 38 CE) ni siquiera a las "organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios" (art. 52 CE), dado que, arguye el autor, "en rigor las entidades ni persiguen “fines económicos” ni agrupan a “profesionales”, al menos tal como este término se entiende habitualmente"[83]. En mi opinión, partiendo de que la actividad que desarrollan es económica, la finalidad que persiguen también lo es, en el sentido de que además de otras finalidades que la entidad de gestión pueda perseguir (v.gr. actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios), dicha entidad persigue *la tutela -precisamente mediante la gestión- de intereses de*

[82] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, págs. 352, 381 a 385 y 498, que las considera un ejemplo de asociación de configuración legal.

[83] MARIN LOPEZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), 2ª ed., Tecnos, 1997, págs. 1898 y 1899.

contenido económico, aunque como digo, no sea ésta su exclusiva finalidad.

Por lo demás, CAPILLA RONCERO considera aplicables por analogía, a las entidades de gestión de los derechos de autor, los arts. 7, 36, y 52 de la Constitución, a los efectos de exigir el requisito de la democracia interna[84].

I.B.3.b. Asociaciones de propietarios de inmuebles

La unión de varias personas cuyo común denominador es la condición de propietarios de inmuebles de un mismo edificio adopta en la práctica totalidad de los casos, la forma jurídica de comunidad de propietarios sometida a la LPH, o en su caso, al régimen ordinario de la comunidad de bienes del Código civil (arts. 392 y ss.)[85]. Si se trata de inmuebles pertenecientes a un polígono o zona determinada, que conforman lo que se suele denominar urbanizaciones privadas[86], dicho conjunto de inmuebles, puede adoptar diversas formas jurídicas, que podemos agrupar en formas comunitarias o asociativas. Entre estas últimas, cabe pensar en la adopción de la forma de asociación sin ánimo de lucro.

La configuración jurídica de las urbanizaciones particulares, en lo que respecta a los elementos comunes, es teóricamente

[84] CAPILLA RONCERO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Civitas, 1989, págs. 1810 y 1811.

[85] De la relación de estas figuras con las asociaciones sin ánimo de lucro, da una muestra el ALODA de 1997, que se ocupa expresamente de excluir las comunidades de propietarios de su ámbito de aplicación (art. 1.3º), lo cual es reiterado en la Exposición de Motivos, II que excluye "las comunidades de bienes o de propietarios". El hecho de que varias de las recientes sentencias sobre asociaciones sin ánimo de lucro -a las que aludiré- versen sobre asociaciones de propietarios, ha hecho que haya dedicado más atención a este punto, y por ello este epígrafe sea más extenso que los anteriores.

[86] Por urbanización privada, hemos de entender, según RAGEL SANCHEZ, "un sector enclavado en suelo urbano, con organización propia de carácter arquitectónico y jurídico, compuesto por ciertos inmuebles adquiridos por una pluralidad de personas, que tienen la finalidad de utilizar establemente una zona exterior y subordinada, perteneciente también a la urbanización, en concurrencia con los demás propietarios y con exclusión de aquellos que no tienen esa cualidad"; *vid.* RAGEL SANCHEZ, *Las urbanizaciones de uso privado*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 88. La doctrina más reciente, la define como todo "conjunto inmobiliario privado resultante de un proceso de urbanización de iniciativa particular cuando, una vez culminado el proceso urbanizador, subsisten elementos o servicios de titularidad común a todas las fincas especiales surgidas del mismo, aunque estén afectos al uso público, o se establecen vinculaciones de carácter privado entre las fincas resultantes del proceso urbanizador derivadas de la existencia de cargas o limitaciones reales -obligaciones *propter rem*- entre las fincas"; *vid.* CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Dilex, 1997, pág. 418.

reconducible al supuesto de una sociedad civil particular de uso y disfrute, así como al de asociación sin ánimo de lucro. En efecto, la finalidad es el disfrute en común de los elementos comunes. De algún modo, ese uso reporta una ventaja cuantificable en dinero, pero que no consiste en un lucro partible.

La solución no está clara, pues el régimen jurídico-privado de las urbanizaciones privadas carece de regulación legal específica. En el I Simposio sobre propiedad horizontal, en 1972, se constató la falta de criterios claros en esta materia y se concluyó que las asociaciones administrativas de propietarios y las entidades urbanísticas colaboradoras, como entes de carácter público que son[87], encajan difícilmente en el planteamiento actual del régimen y el gobierno exclusivamente particular de las urbanizaciones[88]. Efectivamente, mientras la fórmula de la asociación puede ser viable para canalizar las finalidades públicas encaminadas a la conservación de la entidad urbanística o de las obras de urbanización, la urbanización de uso privado, como constata RAGEL SANCHEZ, se caracteriza por la restricción de la utilización de los elementos comunes en favor de los habitantes de la misma[89]. Además, la existencia de una entidad de conservación una vez terminada la urbanización, no da respuesta a gran parte de los posibles problemas jurídicos que se plantean. Tal entidad no tiene más facultades que las de mera conservación o administración de los *elementos comunes afectos al uso público* (conservación de viales, accesos y zonas verdes, alcantarillado, etc.) de las urbanizaciones en condiciones adecuadas, así como las dispositivas, limitadas a la transmisión al Ayuntamiento de los terrenos de cesión obligatoria o voluntaria. Pero no tiene facultades para realizar segregaciones,

[87] Cfr. sección segunda de este capítulo, donde se aborda el tema de las funciones públicas que pueden ser atribuidas a estas figuras.

[88] *Actas de las sesiones de trabajo celebradas por las comisiones de estudio del I Simposio sobre propiedad horizontal*, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante, Valencia, 1972, pág. 113.

[89] RAGEL SANCHEZ, *op. cit.*, pág. 141. En todo caso, aclara el TS en la STS 31-3-1989 (RJ 1989/2446), que la titularidad privada de los elementos comunes de la urbanización (en concreto, la calificación como vías privadas de las calles) no excluye la intervención municipal en materia de circulación y policía de la vía en general (FJ 3º). Esta sentencia resuelve el conflicto suscitado entre una urbanización y el Ayuntamiento correspondiente sobre la instalación por parte de la entidad de conservación de la urbanización de unos badenes en las calles.

transmisión o adjudicación de locales resultantes de la desafectación de los mismos, etc.

En suma, la entidad de conservación, puede y debe coexistir con la organización específica de que la comunidad de propietarios se hubiera dotado (normalmente régimen de Propiedad Horizontal), siendo ambas estructuras colectivas compatibles e independientes entre sí[90]. Son diversas las formas jurídicas que se ofrecen: comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal u ordinario[91], sociedades civiles, entramados de servidumbres recíprocas[92], y también, asociaciones de propietarios sujetas a la Ley de Asociaciones de 1964, a lo que me voy a referir seguidamente.

Los casos en que se adopta la forma de asociación sujeta a la Ley de Asociaciones de 1964

Una alternativa a la aplicación de la LPH es la constitución de una asociación de personas sometidas a la Ley de Asociaciones, a la que se atribuyen las funciones que de otro modo corresponderían a la comunidad de propietarios. LOPEZ-NIETO aclara que las asociaciones de propietarios sometidas al amparo de la legislación general sobre asociaciones, gozaron de gran importancia como instrumento para la defensa de los intereses de los propietarios, cuando las entidades urbanísticas colaboradoras no gozaban de la regulación legal de que hoy disponen, a la que, en atención a las funciones públicas que pueden ejercitar, me refiero en la sección segunda de este capítulo[93].

---

[90] *Vid.* CARRASCO PERERA *et al., Derecho de la construcción...cit.,* pág. 424 y jurisprudencia allí citada.

[91] Sobre la posible aplicación de la LPH a las urbanizaciones, *vid.* entre otros, SAPENA "Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas", *AAMN*, tomo XVI, Madrid, 1968; CARRASCO PERERA *et al., Derecho de la construcción...cit.*; MARTIN-GRANIZO FERNANDEZ, *Código de Propiedad Horizontal, (Comentarios y Formularios)*, tomo I, Edersa, Madrid, 1997 y RAGEL SANCHEZ, *op. cit.,* pág. 136.

[92] *Vid.* la RDGRN 21-10-1980, (RJ 1980/3790), que desarrolla una posible solución a este problema, calificada de prehorizontalidad, y consistente en una conexión registral entre las diversas fincas, a través de servidumbres recíprocas, constituidas por el propietario único de las fincas que posteriormente constituirán una urbanización.

[93] LOPEZ-NIETO, *Las entidades asociativas en el ámbito municipal*, Bayer Hnos., Barcelona, 1988, pág. 22.

Precisamente, uno de los primeros obstáculos que encuentra la utilización del cauce asociativo, es que las asociaciones de propietarios persiguen de algún modo *ventajas patrimoniales*, en relación con los intereses vinculados a su propiedad. Por esta razón, y desaparecidas las Cámaras oficiales de la Propiedad[94], la defensa de los intereses de los propietarios, si se quiere escoger la fórmula asociativa, debe hacerse, según cierta corriente jurisprudencial, mediante el cauce de la sociedad civil, porque en definitiva se busca el lucro en sentido amplio (ventajas patrimoniales) y para ello han de realizarse aportaciones dinerarias. Esto es lo que sostuvo la ya citada STS de 21-11-1969 (RJ 1969/5059), para el caso de una asociación constituida para el goce de unos servicios urbanos comunes (agua, alumbrado, alcantarillado, caminos...), pues consideró que había lucro en sentido amplio y la calificó como "sociedad civil de propietarios de Portinyol". También la STS 6-3-1992 (RJ 1992/2398) se refiere a la agrupación de viviendas arnedanas, considerada por los contratantes como comunidad de bienes, a la que el TS, sin embargo, califica como sociedad civil.

En este caso de asociaciones de propietarios, se manifiesta el debate acerca de la extensión del ánimo de lucro, a los efectos de su calificación como asociación o como sociedad civil.

Respecto a la ausencia del ánimo de lucro y de la posibilidad de partir las ganancias entre los socios, CAMY constata que los integrantes de la asociación (o de la pretendida sociedad) no aportan, ni existe ánimo ni posibilidad de partir ganancias, sino sólo un aprovechamiento mejor de cosas individuales[95].

Sin embargo, SAPENA estima que hay ganancia siempre que del cumplimiento del objeto social se derive un beneficio para los socios, lo que le conduce a considerar más adecuada la forma de sociedad civil, para el supuesto en que opte por el cauce asociativo (en sentido amplio) y no comunitario[96]. En el I Simposio sobre propiedad horizontal, en 1972, se propugnó también la forma de sociedad civil como cauce para las asociaciones de propietarios

[94] Suprimidas por Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto.

[95] CAMY SANCHEZ-CAÑETE, "Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal", *RDP*, 1971, pág. 595.

[96] SAPENA, "Problemática...", pág. 500.

considerando que el ánimo de partir entre sí las ganancias del art. 1665 del Código civil se consigue aquí por los beneficios que comporta la administración directa de la urbanización[97].

No obstante lo dicho, son varias las sentencias que se refieren a asociaciones de propietarios o entidades de este tipo y con estas funciones, sin negar e incluso, sin cuestionar, su carácter de asociación. En este sentido, la STS de 3-6-1980 (RJ 1980/3038) nos muestra un caso de asociación que finalmente es declarada e inscrita como tal, a pesar de que en el Registro de asociaciones se denegaba la inscripción sobre la base de su consideración como sociedad. Se trataba de la Asociación de Propietarios Particulares Conservadores de Doñana; el TS parece volver a un *concepto estricto de lucro* y dice que basta un examen de los Estatutos de dicha entidad, para deducir que los promotores y futuros asociados no se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí unas ganancias. Ganancias, que por otra parte, dado los fines de aquélla, nunca podrían producirse, sin que para ello sea un obstáculo la forma de determinar el número de votos que para los acuerdos se confiere a cada asociado: "...en consecuencia -dice la sentencia- la asociación de autos no es incluible en su art. 2 (de la Ley de Asociaciones) como sociedad de exclusivos fines patrimoniales...".

Asimismo, la STS de 7-11-1989 (RJ 1989/7856), se refiere a la Asociación de propietarios en urbanización Eurovillas, sujeta a la Ley de Asociaciones de 1964, y constituida para la prestación a sus asociados de determinados servicios, entre ellos el suministro de agua con medios propios (como dicen los Estatutos de la entidad, de modo "ajeno totalmente al servicio municipal"), mediante el pago de cuotas de consumo[98].

---

[97] *Actas...cit*. pág. 112. Aunque aceptan que la figura de los conjuntos inmobiliarios encaja mejor en el cauce de la sociedad civil que en la de la asociación, tanto SAPENA, como las conclusiones del I Primer simposio, se pronuncian en favor de la asimilación del régimen de las urbanizaciones al de la propiedad horizontal. La tesis de SAPENA ha sido acogida por otros autores: FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, DIEZ-PICAZO, FONT BOIX, BLANQUER, RUIZ-RICO y CAMY SANCHEZ-CAÑETE que incluso habla, no ya de analogía, sino de identidad entre ambas figuras; todos ellos citados por RAGEL SANCHEZ, *op. cit.,* pág. 134.

[98] Esta misma asociación intervino en otro litigio que llegó al TS, resuelto por la STS 10-11-1994 (RJ 1994/8466); se debatía sobre la posibilidad de adquisición por parte de la asociación -precisamente por hallarse sujeta, como reconoce, la sentencia, a la Ley de Asociaciones de 1964- del inmueble Hotel Parada de Castilla; se impugnó tal compra por uno de los asociados, arguyendo que se trataba de una adquisición especulativa, que excedía de los fines fijados en los Estatutos. El TS entiende que la asociación puede adoptar un acuerdo así, -de hecho, el art.

Tampoco lo cuestiona en el caso de la STS de 18-5-1993 (RJ 1993/469), sobre Asociación de propietarios y vecinos "Lago Esperanza", integrada por personas que sean propietarios de solares o edificaciones, habiten o tengan intereses inmobiliarios, comerciales o turísticos en Lago Esperanza, término municipal de Alcudia, Mallorca"[99]. Si bien en este caso, se constituye con la finalidad de defender los intereses de sus asociados en cuanto propietarios de solares de urbanización, su finalidad decisiva, es controlar y exigir el cumplimiento y efectividad de los compromisos y obligaciones suscritos por la Sociedad Anónima promotora[100]. También son ventajas patrimoniales, en definitiva, lo que se persigue.

18 de los Estatutos atribuye a la Asamblea general aprobar, a propuesta de la Junta Directiva, las adquisiciones, incorporaciones y enajenaciones de bienes inmuebles- pero no obligar a los discrepantes que lo impugnen. No entra más en el fondo, pues estima que ha habido caducidad de la acción.

[99] Aunque la asociación de la sentencia emplee esta denominación, las asociaciones de vecinos tienen una naturaleza y funciones propias. Las asociaciones de vecinos, en primer lugar, se diferencian de las urbanizaciones privadas, (tomen la forma que éstas tomen) en que, como expone BERRIATUA, el eje sobre el que gira una asociación de vecinos es la vecindad, figura ésta que no necesita para su existencia del derecho de propiedad, BERRIATUA SANSEBASTIAN, *Las asociaciones de vecinos*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1977, pág. 139. En segundo lugar, las asociaciones de vecinos se diferencian de las entidades urbanísticas de colaboración, en que, sin perjuicio de que aquéllas participen en la vida de determinados organismos públicos, -y tengan en su caso, la consideración de "entidad de participación ciudadana"- no ejercen en ningún caso, potestades vicarias. Mientras las entidades de colaboración son jurídico-públicas, las asociaciones de vecinos son jurídico-privadas: tanto su origen como la incorporación a las mismas son voluntarios. A estas entidades urbanísticas de colaboración, me referiré con mayor extensión en la sección siguiente de este capítulo.

[100] El problema principal que se debate en esta sentencia, es la legitimación activa *ad causam* de esta asociación. La entidad mercantil recurrente (promotora inmobiliaria) aducía la falta de legitimación de la asociación, pues sólo tenían legitimación los compradores y sus causahabientes, pero no una persona jurídica que ninguna relación contractual había tenido con ella. El TS, sin embargo, parece aceptar la "acción colectiva" "cuando de un contrato afectante a intereses particulares y concretos se trate, clama, (el principio del art. 1257 del Código civil), por una ampliación de la referida legitimación activa cuando, por la multiplicidad o masificación de los contratos celebrados, entran en juego los intereses difusos o colectivos, en cuyo caso, los que en los referidos contratos fueron parte compradora (de parcelas o solares en el caso que nos ocupa), más débil, por lo general, que la vendedora, pueden asociarse para la defensa de tales intereses colectivos, a cuya unión o asociación ha de reconocérsele verdadera legitimación para la defensa de los intereses de sus asociados, como medio adecuado e idóneo, por no decir único, para que pueda tener plena realización el principio constitucional que, por un lado, proclama el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y, por otro, proscribe o anatematiza la indefensión (art. 24.1 de nuestra Carta Magna), cuyo principio constitucional, en sus dos referidos aspectos, podría quedar inane o vacuo si para la defensa de los expresados intereses colectivos e indiferenciados hubieran de accionar, individualmente, todos y cada uno de los múltiples compradores de las parcelas o solares de la urbanización, por lo que ha de reconocerse legitimación para actuar en ese sentido a la persona jurídica que surge como consecuencia de la asociación, con dicha finalidad, de los diversos (o de gran parte de ellos) propietarios de tales solares o parcelas, afectados por el incumplimiento contractual de la sociedad vendedora y, a la vez, urbanizadora, siendo éste el caso que aquí nos ocupa, en que la Asociación que aparece como codemandante..." (FJ2º).

En suma, para aceptar la figura de las asociaciones de propietarios de inmuebles sujetas a la Ley de Asociaciones es necesario mantener como hace el TS, un *concepto estricto de lucro*: es claro que sus miembros persiguen ventajas patrimoniales, o mejor dicho, una mejora en la gestión y aprovechamiento de sus respectivos patrimonios, pero en ningún caso, ésta consiste en una cuota de las posibles ganancias obtenidas.

Aparte del debate sobre la posible concurrencia de ánimo de lucro en estas asociaciones, otro obstáculo que encuentra la utilización de la figura asociativa, es la posible obligatoriedad de constitución y pertenencia a tales asociaciones por parte de quien sea propietario de un inmueble, lo cual choca con el elemento de voluntariedad ínsito a las asociaciones que analizamos, las cuales son manifestación del derecho fundamental del art. 22 CE. A lo que se suma que el carácter *propter rem* de la condición de socio parece llevar anejo la transmisibilidad de dicha condición junto con la de la finca, lo cual contrasta con la aceptada premisa de que en las asociaciones sin ánimo de lucro, la condición de asociado es, en principio, intransmisible.

Con todo, los diversos obstáculos a los que he aludido, hacen que LOPEZ-NIETO estime que sólo es correcto acudir al cauce asociativo cuando la unión de propietarios se haga para servir "unos fines objetivos no ligados exclusivamente a su condición de propietarios. Es el caso, v.gr. de una asociación de propietarios para mantener las condiciones de seguridad, salubridad u ornato de los terrenos, así como el cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente, etc. que el art. 21.1. del TRLS impone a los propietarios"[101]. El autor constata que esta distinción no ha sido tan clara en la práctica y muchas veces se han constituido asociaciones al amparo de la Ley de Asociaciones de 1964 que tienen por finalidad exclusiva la defensa de intereses dominicales, o la conservación, mantenimiento y uso de los elementos comunes de una urbanización, todo lo cual es propio o de una sociedad civil o de una comunidad de propietarios.

Es por eso que el TC, -cfr. STC 3-11-1989- sin pronunciarse sobre la corrección de esta técnica, ha reconocido la existencia de

[101] LOPEZ-NIETO, *Las entidades...cit.,* pág. 78 y *La ordenación...cit.,* pág. 350.

obligaciones para personas que no son socios, lo que en principio parece incompatible con la esencia misma de una asociación privada. Pero el hecho es que se trata de obligaciones *propter rem*, más propias del régimen de la comunidad de bienes[102].

I.B.3.c. Asociación de obligacionistas

Por último, me referiré a un tipo de asociación constituido nítidamente para la tutela de intereses patrimoniales en este caso *pecuniarios*: las asociaciones de obligacionistas.

Es aquella asociación de constitución necesaria[103] o facultativa[104], integrada por los titulares de una misma emisión de obligaciones que, con autonomía funcional, tiene por objeto la representación y defensa organizada de los derechos propios de los obligacionistas.

Es asociación, según ALONSO ESPINOSA, porque tiene sus notas caracterizadoras: origen negocial, en los términos que veremos en su momento, objeto típico e invariable, organización corporativa, autonomía funcional, duración condicionada al cumplimiento de las obligaciones del deudor, pero carece de personalidad jurídica[105].

En lo referente al objeto (procurar la defensa de los derechos propios de los obligacionistas que la forman), no tiene finalidad lucrativa en sentido estricto, esto es, no persigue la obtención de un lucro repartible entre los socios. Sin embargo, sí tiene una finalidad económica, pues, al procurar a los obligacionistas la defensa organizada de los derechos de que son titulares, éstos obtendrán indudables ventajas económicas que se manifestarán en el ámbito de la relación de crédito que liga a cada obligacionista con el emisor.

Desde la óptica de la concurrencia del ánimo de lucro, las diversas figuras analizadas (entidades de gestión de los derechos de autor, asociaciones de propietarios de inmuebles, asociación de

[102] Esta cuestión se trata más por extenso en el capítulo 4.

[103] Para los casos previstos en el art. 295 TRLSA.

[104] Para el caso previsto por el art. 6 de la Ley 211/1964, de 24-12-1964 *sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada, por asociaciones u otras personas jurídicas*.

[105] ALONSO ESPINOSA, *Asociación y derechos de los obligacionistas*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 88 y 89.

obligacionistas) tienen como denominador común *la persecución de un fin económico consistente en la tutela de los intereses patrimoniales de sus miembros*, pero dado que esta tutela no se traduce directamente en un aumento patrimonial individualizable conseguido como consecuencia directa de actividad de la asociación, puede mantenerse sin problemas que nos hallamos ante asociaciones sin ánimo de lucro.

I.B.4. ENTIDADES CALIFICADAS COMO "SOCIEDADES" SIN FIN DE LUCRO PARA ELLAS MISMAS: LAS ENTIDADES DE CARACTER MUTUALISTA

Como vamos viendo, aunque en la clásica tipología de entidades jurídico-privadas de base asociativa, el rasgo del ánimo de lucro se intenta remarcar de intento para que los tipos resultantes (asociación o sociedad) se excluyan mutuamente, tal propósito, que se basa en un laudable ánimo de simplificar la cuestión, se topa con la complejidad de la realidad.

En el panorama jurídico actual existe toda una serie de figuras de base asociativa jurídico-privadas calificadas como "sociedades", que no persiguen un lucro para sí mismas, en las que los beneficios de su acción -beneficios que pertenecen al ámbito económico-, quedan limitados en principio al ámbito de sus componentes. Además de la aparente contradicción sociedad/ausencia de ánimo de lucro, tampoco está claro que el lucro esté ausente, sino que hay indicios de que, en cierta medida está presente, lo que hace obligado indagar sobre la modalidad de ánimo de lucro -si es que lo hay- en estas figuras.

Me estoy refiriendo a la amplia categoría que podemos denominar sociedades de carácter mutualista: sociedades cooperativas[106], sociedades mutuas de seguros, sociedades de

[106] La vigente LGC -como ya hiciera en su momento el art. 58 del Tratado de Roma, constitutivo de la CEE, y la Ley General de Cooperación de 19-12-1974- y la generalidad de las autonómicas, las califican como *sociedades*. A lo que se añade además su consideración como sociedades *mercantiles.* Un resumen de las posturas actuales sobre la mercantilidad o no de las cooperativas, puede verse en SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., págs. 217 y 218, quien, por su parte, opina que las cooperativas entran en el ámbito del Derecho Mercantil, en cuando que pueden ejercitar una actividad empresarial y por ello transformarse en empresarios sociales, si bien sometidos a un régimen especial. En este sentido se pronuncia la STS 24-1-1990. La STC 29-7-1983 consideró que en algunos supuestos podía calificarse como mercantil. Sin embargo, la STS 25-3-1991 niega la naturaleza mercantil de la sociedad cooperativa: "La naturaleza de las sociedades cooperativas, no puede reputarse de mercantil, dada la diferente

garantía recíproca, sociedades agrarias de transformación, etc. E incluso, puede hablarse de que un "carácter mutualista" entendido en sentido amplio, es el que inspira los contratos asociativos y de colaboración entre empresarios individuales y colectivos, algunos de los cuales dan lugar una organización personificada; en este epígrafe, voy a referirme a las sociedades de carácter mutualista en sentido estricto y en el siguiente, a esas diversas organizaciones colectivas al servicio de las empresas, entre las que destaca la Agrupación de Interés Económico (de las que por otra parte, se ha predicado también su carácter mutualista).

Estas entidades son agrupadas generalmente bajo la denominación de sociedades de base mutualista, precisamente porque tienen una "causa mutualista"[107], responden a un llamado "principio mutualista o de ayuda recíproca" a cuya virtud, según las concepciones clásicas, únicamente pueden realizar actividades y prestaciones de servicios en favor de sus socios y no de terceros, de modo que tiene vedado el acceso al mercado. Por esta circunstancia, estas entidades ni persiguen ni obtienen lucro para sí mismas: no tienen la función intermediaria o especulativa que pueda concurrir en una sociedad capitalista o en una sociedad civil[108].

finalidad perseguida por aquellas, en la que lo fundamental no es el ánimo de lucro, contemplado en el art. 116 del C. de comercio sino... la realización de cualquier actividad económico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y el servicio de éstos y de la comunidad".

[107] *Vid*. por todos, PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit*. pág. 732, nota (6); MENENDEZ MENENDEZ, "Sociedad anónima y fin lucrativo", *cit*., pág. 174; también sobre el contenido de la "causa mutualista", *vid.* SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 494. Este último destaca sin embargo, la amplitud del concepto "causa mutualista", que hace equivalente al dato de "ayuda recíproca" que estima, "también está presente en todo tipo de sociedad de sociedades y en los consorcios de empresarios". MARIN LOPEZ define la "causa mutualista" como la propia de aquellas figuras en que se da "la puesta en común de capital con la finalidad de satisfacer intereses y necesidades socio-económicas comunes"; *vid.* MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca de asociaciones...", *cit*., pág. 143. Precisamente porque cooperativas, mutuas, etc., tienen "causa mutualista", ha sido criticada la introducción del término "fines mutuos", en la definición de asociación de la Ley vasca, pues, como dice MARIN LOPEZ, "puede plantear serios problemas para diferenciar con claridad el ámbito propio de las asociaciones -y de su ley reguladora- del de las cooperativas, cuyo rasgo más típico radica en su "causa mutualista", ..."; *vid.* MARIN LOPEZ, *op. y loc. cit*.

[108] Estas figuras de tipo mutualista, tienen en común según URIA, entre otros rasgos, "...que el ejercicio y desarrollo de la empresa social tiene por finalidad satisfacer determinadas necesidades económicas comunes a todos los socios (aseguramiento, prestación de servicios, financiación, garantía, etc.) y no la obtención de ganancias repartibles en metálico"; *vid.* URIA, *op.cit*., pág. 575.

A continuación, vamos a ver como algunas de estas entidades -señaladamente la cooperativa- tradicionalmente "mutualistas" han abandonado algunos de aquellos caracteres.

La ausencia de ánimo de lucro podría, en un principio, animarnos a pensar en un acercamiento entre estas entidades y las asociaciones sin ánimo de lucro. Y de hecho como vimos, el art. 1.3º de la Ley de Asociaciones de 1887, las incluía en su ámbito de aplicación ("*Se regirán también por esta ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción de crédito y de consumo*"). Con posterioridad a 1887, las cooperativas, y el resto de supuestos incluidos en dicho párrafo, son objeto de Ley especial[109]. Cooperativas, mutualidades, sociedades agrarias de transformación, etc., no se incluyen en la Ley de Asociaciones de 1964 -a diferencia de la Ley de Asociaciones de 1887-, puesto que ya contaban con un régimen especial, pero tampoco se excluyen expresamente[110]. Aunque no se plantea duda

[109] Respecto a las cooperativas, cabe mencionar como Leyes especiales, la Ley de 9-9-1931, la Ley de 2-1-1942 de Cooperativas, y la Ley General de Cooperación de 19-12-1974; con posterioridad, la LGC citada de 1987, así como las diversas Leyes autonómicas de cooperativas, algunas anteriores a ésta. Y respecto a las mutuas, el reflejo normativo es más antiguo: aparte de la Real Orden Circular de 28-2-1839, -que establece las condiciones para la constitución de corporaciones para el auxilio mutuo de sus miembros en caso de accidentes, enfermedades, etc.-, la primera Ley como tal es la Ley de 6-12-1941 de Mutualidades y Montepíos; posteriores a la Ley de 1964, fueron objeto de regulación por la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2-8-1984 (LOSP); actualmente su estatuto jurídico se contiene en la LOSSP de 1995, citada anteriormente.

Por sus características peculiares es lógico que estas figuras tengan una *sedes materiae* independiente de la asociación y la sociedad; de hecho, el *Codice civile*, que atribuye "*scopo mutualistico*" a cooperativas y mutuas (art. 2.511), las regula en un título especial (el 6º del Libro 5º) distinto del contrato de sociedad (el 5º del Libro 5º) y del de las asociaciones, (el 2º del Libro 1º). Por lo demás, mutualidades y cooperativas, aparecen mencionadas en el Código de comercio, en el art. 124, al solo efecto de su consideración mercantil.

[110] Se prefirió utilizar la genérica exclusión en el art. 2º.4 de "*Cualesquiera otras Asociaciones reguladas por las leyes especiales*", en vez de la enumeración que aparecía en el proyecto con el número 2º.3 "*Asociaciones Generales de Cabezas de Familia, Colegios profesionales, Cooperativas, Mutualidades y cualesquiera otras que sean creadas o reguladas por leyes especiales*". Tampoco las excluye expresamente la Ley catalana.

El ALODA de 1997, las excluye expresamente en la Exposición de Motivos, en el epígrafe II, que contiene una sustanciosa declaración, sobre la que volveré más adelante: "*La presente Ley Organica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin ánimo de lucro, lo que permite, dejar fuera de ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer en el art:. 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan caracter patrimonial*"; no así en el cuerpo de la Ley donde únicamente dice en el art. 1.3º. que "*Quedan*

alguna acerca de exclusión, creo que es interesante, -sin pretensión alguna de hacer un estudio de cada figura-, detenerse en la nota que, aparentemente, tienen en común con las asociaciones: la ausencia de ánimo de lucro[111].

I.B.4.a En especial, las cooperativas

Mencionadas en el art. 129.2 CE[112], las Cooperativas asumen una función colaboradora o auxiliar de la economía o empresa de sus asociados, facilitándoles una estructura exterior que potencia su apertura a mercados y les ahorra o disminuye gastos[113].

Tradicionalmente se ha considerado que una de las características de la cooperativa es la ausencia de ánimo de lucro: en la definición legal de la Ley de cooperativas de 9 de septiembre de 1931, se aludía a la *tendencia a eliminar el lucro*[114] y en el concepto

excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad..."

[111] No en vano algún autor, -si bien ajeno a la doctrina mercantilista y civilista- ha llegado a decir que cooperativas y mutualidades aseguradoras son "tipos de personas jurídicas de naturaleza híbrida que están a mitad de camino entre la asociación y la sociedad"; *vid.* GARCIA TREVIJANO, *Principios jurídicos de la Organización administrativa*, Madrid, 1957, pág. 153.

[112] El fomento de la cooperación es un principio rector de la política social y económica. No obstante, PANIAGUA ZURERA entiende que la cooperativa, se encuentra también amparada por el art. 38 CE, dado que "es una forma de organización empresarial que ostenta la calificación jurídica de empresario social, por lo que se encuentra reconocida, tutelada y funcionalizada por la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE"; *vid.* PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 283.

[113] Existe una vasta bibliografía sobre cooperativas; cabe citar como obras destacadas y recientes, PAZ CANALEJO y VICENT CHULIA, "Ley General de Cooperativas", *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial,* tomo XX, vol.1º (1989); vol.2º (1990); vol. 3º (1994), Edersa, Madrid; ALONSO SOTO, *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas*, UNED, Madrid, 1990; SANZ JARQUE, *Cooperación: Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas*, Comares, Granada, 1994; VV.AA., *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, 3 vol., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, entre otras. A ello habría que sumar importantes trabajos sobre cada tipo de cooperativas (v.gr. GOMEZ-CALCERRADA GASCON, *La cooperativa de trabajo*, 1983; CASTAÑO COLOMER, *La cooperativa de consumo*, 1987; MORON BECQUER, *Las cooperativas de viviendas: análisis desde la economía pública*, 1991; SANCHEZ ALVAREZ, *Las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra*, 1995) o sobre aspectos concretos del régimen cooperativo tales como los artículos que aparecen recogidos en "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, y en especial, por lo que atañe a la cuestión que estoy analizando, PANIAGUA ZURERA, *op.cit.*.

[114] Decía el art. 1.1. de esta Ley: "*Para todos (sic) efectos legales se entenderá por Sociedad cooperativa la asociación de personas naturales o jurídicas que sujetándose en su organización y en su funcionamiento a las prescripciones del presente Decreto y tendiendo a eliminar el lucro, tenga por objeto satisfacer una necesidad común, procurando el mejoramiento social y económico de los asociados mediante la acción conjunta de éstos en una obra colectiva*".

dado por la Ley de Cooperativas de 2 de enero de 1942, en el art.1 se decía que la cooperativa es la *"reunión de personas que se obligan a aunar sus esfuerzos con capital variable y sin ánimo de lucro, al objeto de lograr fines comunes de orden económico"*.

La Ley actual LGC, sin embargo, parece prescindir de este requisito e incluso establece que estas sociedades "*desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan*" (art. 1º).

Puede interpretarse que con todo, la cooperativa no tiene ánimo de lucro para sí misma, porque las ventajas económicas que el socio pueda conseguir de la actividad de la sociedad (obteniendo de ella, v.gr. bienes y servicios a un precio más ventajoso que el del mercado), se le imputan a él directamente; no se da el doble paso que se opera en la sociedad civil o en las sociedades mercantiles capitalistas, a saber: es la sociedad la que obtiene el lucro y posteriormente lo divide entre los socios[115].

La LGC, -tras un proceso de "erosión del requisito de exclusividad"- introduce la posibilidad (anticipada principalmente por la Ley de Cooperativas Andaluzas, de 2 de mayo de 1985) de que la Cooperativa realice operaciones con terceros. El art. 5º de la LGC permite tales operaciones en un régimen ciertamente restringido pues esta posibilidad se concede para tipos concretos de cooperativas[116]; con carácter general, solamente se concede cuando hay "*disminución de la actividad que ponga en peligro su viabilidad económic*a", siempre que se haya llegado a esa situación por "*causas excepcionales no imputables*" a la cooperativa, amen de que se necesite autorización administrativa previa para operar con no socios (art. 5.2 LGC).

Los resultados de las operaciones con terceros se imputan a un fondo de reserva obligatorio (art. 5.3), que no puede repartirse entre

[115] La diferencia según este criterio entre sociedad civil y cooperativa, ha sido importada desde la doctrina italiana (ASCARELLI) fundamentalmente por VICENT CHULIA, desde sus primeras obras; entre otras, en *Compendio crítico de Derecho Mercantil, cit.*, tomo I, vol. 1º, págs. 296 y 297 y vol 2º, págs. 1013, 1014 , 1020 y 1021, (3ª ed.). También ha sido defendida por LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1991, especialmente en las págs. 177 a 180.

[116] Así, v.gr. en las cooperativas de trabajo asociado (art. 118.7 LGC); cooperativas de consumidores y usuarios (art. 128 LGC); cooperativas agrarias (art. 134 LGC), etc.

los socios. Correlativamente, los socios, salvo disposición en contrario de los Estatutos, no responden personalmente de las deudas sociales (art. 71). Pero una vez que se ha cubierto ese Fondo de reserva obligatorio (y en su caso, el Fondo de Educación y Promoción), los excedentes disponibles, se aplicarán, en virtud del art. 84.b) a "retorno cooperativo", lo cual supone en definitiva, un reparto de beneficios entre los cooperativistas[117]. Esto es, el socio cooperativista persigue y puede obtener beneficios económicos para sí por dos vías: la principal, mediante la actividad cooperativizada en sí misma considerada, cuyos resultados se le imputan directamente, y en segundo lugar, mediante el retorno cooperativo.

Tras un profundo estudio de la actual normativa de las cooperativas y de los condicionantes políticos e ideológicos que condicionaron históricamente tan empobrecida concepción del mutualismo, al que me remito[118], PANIAGUA ZURERA explica y demuestra que la mutualidad no equivale ni a imposibilidad de operaciones con terceros (exclusividad intraoperaria) y que no hay incompatibilidad entre mutualidad y lucro. "Mutualidad" es un concepto que implica toda una filosofía en el modo de actuar y explotar el objeto social, que pone en acción a un grupo de personas que quieren ayudarse mutuamente en y con la explotación de una actividad empresarial, lo que implica una dimensión solidaria. El carácter mutualista extiende su relevancia tanto al objeto social -que es un intercambio recíproco de prestaciones entre la sociedad cooperativa y el socio- como a la organización o estructura del tipo societario -en especial, en lo relativo al principio de "puerta abierta" y el régimen de distribución de excedentes-, pero no al "lucro" que es simplemente un concepto técnico-jurídico contable[119].

Este autor reinterpreta la distinción entre lucro objetivo y lucro subjetivo, sobre la base de que nunca la apelación al lucro objetivo

[117] Y de hecho, el art. 79 que dice que los acreedores personales de los socios no tendrán ningún derecho sobre los bienes de la cooperativa, sí que reconoce que pueden tenerlo sobre los reembolsos y retornos satisfechos al socio.

[118] Estas restricciones a la actividad de las cooperativas, no son según el autor, sino una estrategia de dominación del mercado por parte del capitalismo jurídico dominante durante este siglo, animado por el afán de controlar política y económicamente, la fuerza que representaba el cooperativismo; *vid. op.cit.*, en especial, págs. 212 a 221.

[119] PANIAGUA ZURERA, *op.cit.*, págs. 498 a 502.

puede significar que el ente personificado tenga un fin o propósito autónomo de obtener y en su caso, acumular, ganancias. Tanto en la sociedad como en la cooperativa, la organización tiene un carácter instrumental y en consecuencia, carece de un objetivo o fin distinto del perseguido por los miembros. En ambas existe lucro objetivo, en el sentido de que, mediante una actividad desarrollada por el ente personificado se persigue una beneficio o ganancia. Y en ambas, existe un lucro subjetivo, en el sentido de que esas ganancias van a percibirse o distribuirse entre los socios, bien sea por percepción o aprovechamiento directo de los socios, bien por estricta distribución[120].

Aun aceptando estas modernas corrientes doctrinales que realzan la compatibilidad entre el lucro y el carácter mutualista, en mi opinión, en el lucro subjetivo que ciertamente persigue el cooperativista, se encuentra un factor que aleja y diferencia las cooperativas de las asociaciones sin ánimo de lucro. La cooperativa, a diferencia de las asociaciones y las fundaciones, se define básicamente como una institución empresarial que es constituida por sus socios, bien sean productores o consumidores, *para solventar problemas económicos personales, actuar en el mercado, crear riqueza y rentabilizar su actividad*. De hecho, no existen cooperativas que tengan un fin social general, que quieran regular actuaciones

[120] PANIAGUA ZURERA, *op.cit*., pág. 376. Teóricamente, y apartándose de la concreta solución adoptada por el Derecho positivo, en las relaciones sociedad-socio relativas a la actividad cooperativizada, la cooperativa puede distribuir la práctica totalidad de los resultados del ejercicio económico, bien mediante *precios* superiores o inferiores a los del mercado, según sea el socio o la sociedad quien realice la correspondiente prestación; o bien al final del ejercicio, aplicando, v.gr. el criterio de precios de mercado en las relaciones con su base social cooperativizada. En función del modelo de gestión económica adoptado por el empresario cooperativo, la ventaja económica que va a percibir el socio puede ser percibida directamente por el patrimonio del socio, merced a la actividad económica desarrollada por la actividad cooperativa o por el contrario, puede ingresar en el patrimonio de la cooperativa y de aquí pasar a los socios; *vid.* PANIAGUA ZURERA, *op.cit*., pág. 322 y 323.

La ausencia de lucro objetivo en la cooperativa, debería tener las correspondientes consecuencias fiscales y contables, pero la realidad del sistema jurídico actual no lo demuestra así. Aparte de que las cooperativas siguen tributando por el Impuesto de sociedades, (en la práctica lo hacen a través de lo que se ha denominado *excedente cero*; *vid*. por lo demás, la Ley 20/1990 de 19 de diciembre sobre Régimen Fiscal de Cooperativas), si se aceptara en sentido estricto la premisa de que la Cooperativa no obtiene beneficios para sí, no debería tributar ella misma, sino cada uno de los cooperativistas por los beneficios recibidos. Pero como advierte GOTA LOSADA, las ventajas económicas (renta indirecta) a favor de los socios, no se gravan normalmente en el IRPF a su cargo, ni tampoco se determina fiscalmente un beneficio a la cooperativa que refleje tales ventajas; *vid.* GOTA LOSADA, *Tratado del Impuesto de sociedades*, III, Ed. Banco Exterior de España, Madrid, 1989, pág. 291.

caritativas o solidarias, ni a las que mueva exclusivamente una finalidad ideológica de beneficiar a terceros necesitados. El lucro se modaliza porque no va unido a la simple aportación de capital, es decir, no es el afán de lucro propio del sistema capitalista, sino que depende del factor trabajo o consumo, pero no por ello se renuncia a los beneficios económicos para los asociados, al igual que acontece, como veremos, en otras formas empresariales similares, como son las mutuas o fondos de pensiones.

Como certeramente advierte PANIAGUA ZURERA, el fin social de la cooperativa, en el sentido de causa o fin económico-social de las partes del contrato constitutivo de la misma no se concreta en un pretendido fin mutualista sino en un fin lucrativo en sentido amplio[121].

I.B.4.b Otras entidades de tipo mutualista

Hemos visto que son varias las figuras que se agrupan en la categoría de *entidades de carácter mutualista.* La expresión "mutualidad" o "mutua" también presenta una acepción en sentido estricto, que comprende, tanto las sociedades mutuas destinadas a la gestión de seguros, de carácter civil o mercantil, como las llamadas mutuas de previsión social, e incluso, verdaderas asociaciones sin ánimo de lucro sujetas a la Ley de Asociaciones de 1964, asociaciones mixtas en este último caso, cuyos fines son, de una parte, defensa de intereses profesionales, y de otra, constituyen auténticas mutualidades. Dejando aparte este supuesto, que, visto desde el Derecho positivo actual, no deja de ser irregular -pues el mecanismo mutualístico debía en todo caso, estar sometido a la Legislación específica[122]- veamos ahora los tipos de mutualidades, entendidas éstas en su sentido técnico.

---

[121] PANIAGUA ZURERA, *op.cit.*, pág. 503.

[122] Así, v.gr. la antigua Asociación de viajantes de comercio e industria, cuyo objeto es según el art. 2º de sus Estatutos:

"1º estudiar y proteger los intereses de carácter general de los asociados y todo cuanto se relacione con el comercio y la industria

2º llevar un registro especial de las colocaciones vacantes que pueden interesar a los viajantes que soliciten colocación

3º auxiliar a los asociados en caso de enfermedad, accidentes de viaje y muerte, cuando concurran en los socios las condiciones y requisitos señalados en el Montepío agregado a estos Estatutos".

Según la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados (LOSSP), ha de distinguirse entre mutualidades de previsión y mutuas de seguros en sentido estricto, ambas de obligada inscripción en el Registro Mercantil (art. 16.1.3º del Código de comercio y arts. 254 a 258 del Reglamento del Registro Mercantil)

Las mutuas como tales, no tienen ánimo de lucro para sí mismas[123]. La propia Ley reconoce este carácter de entidades sin ánimo de lucro al definir las mutuas de seguros (art. 9.1) como:

> *"Entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que tienen por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima pagadera al comienzo del periodo de riesgo"*

Idéntico carácter reconoce a las de prima variable en el art. 10 LOSSP y a las llamadas mutuas de previsión social, que, actualmente reguladas en los arts. 64 y 65 LOSSP[124]. En algunos casos la afiliación a ellas puede ser de carácter obligatorio, cuando así lo imponga alguna disposición legal (cfr. RDGRN 30-1-1996). En ambos casos, se observa que el fin mutualista -entendido aquí como fin de cada uno de los mutualistas- es de claro contenido económico: para cada socio representa una disminución de gastos en la indemnización de los posibles siniestros o contingencias que se pudieran producir y de los que tuvieren obligación de responder.

Existen además otros factores que las alejan de las asociaciones sin ánimo de lucro: v.gr., en caso de disolución de la entidad, los mutualistas que la integren en el momento en que se acuerda la disolución, participan de la distribución del patrimonio; o en caso de

---

[123] El art. 1º de la Ley de 6-12-1941 ya decía expresamente que *"se consideran Mutualidades o Montepíos, a los efectos de la presente ley, las asociaciones que con aquella denominación o con cualquier otra, y sin ánimo de lucro, ejercen una modalidad de previsión de caracter social o benéfico, encaminada a proteger a sus asociados o a sus bienes contra circunstancias o acontecimientos de caracter fortuito y previsible a los que están expuestos, mediante aportaciones directas de los asociados o procedentes de otras entidades o personas protectoras"*. La propia LOSP de 1984 en el art. 13.1 expresamente disponía que las operaciones desarrolladas no son "*objeto de industria o lucro para estas entidades*". Comentando este artículo BERCOVITZ y BROSETA, mantienen, amparándose en una concepción amplia del concepto "lucro", la calificación societaria de estas entidades, en su artículo "Mutuas de seguro, prima fija y carácter no mercantil", *RDM*, 1986, págs. 36 a 38, 51 y 52.

[124] "*Entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, de otras entidades o de personas protectoras*" (art 64.1). El art. 64.3. a) es el que impone concretamente la carencia de ánimo de lucro.

baja de un mutualista, tienen derecho a la devolución de las cantidades aportadas al fondo mutual, salvo que hubieran sido consumidas en el cumplimiento de la función específica del mismo, etc.. Más adelante veremos que el régimen que en este punto siguen las asociaciones sin ánimo de lucro, es distinto.

Otras entidades de carácter mutualista -en el sentido de carácter limitado de sus actuaciones-, son las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR), integradas por pequeñas y medianas empresas. El art. 4º de su Ley reguladora -Ley de 11 de marzo de 1994 (LSGR)- les dota de carácter mercantil de carácter mercantil. Dado que el propio preámbulo de la Ley apunta el "carácter mutualista" de estas sociedades, la doctrina ha pensado que nos hallamos ante una modalidad de mutua o cooperativa[125]. Pero con independencia de ello, estas figuras se apartan en mayor medida de lo que venimos viendo -ausencia de lucro- desde el momento en que se prevén participaciones sociales como parte del capital (art. 20 LSGR) que dan derecho a participar en su caso en los beneficios sociales (art. 21. Tercero LSGR)[126].

I.B.5. ORGANIZACIONES DE UTILIZACION COLECTIVA AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS

[125] Así lo constata SANCHEZ CALERO, aunque en su opinión se trata de una modalidad muy especial de SA; *vid.* , *Instituciones*...I, *cit*., pág. 494.

[126] Omito también el tratamiento de otras figuras de base mutualista como los planes y fondos de pensiones, -regulados por la Ley 8/1987, de 8 de junio, modificada ampliamente por la LOSSP- que apartándose de las mutualidades llegan a unos resultados parecidos a éstas, pero los planes, no son sino contratos colectivos de previsión, y los fondos creados con las aportaciones de quienes los forman, son patrimonios sin personalidad jurídica, cuya titularidad corresponde a los partícipes y beneficiarios. Entre los partícipes se crea una asociación que puede considerarse una sociedad de tipo mutualista, *sin personalidad jurídica*, en la que la gestión se encomienda a una entidad gestora especializada que actúa en interés de los partícipes, los cuales soportan el riesgo de los resultados de esa gestión; *vid.* SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 510.

La actual regulación solucionaría la duda en torno a algunos ejemplos que he encontrado de cláusulas estatutarias que, en mi opinión, plantean problemas de corrección jurídica; es el caso de una asociación llamada "Caja de Retiro de la Compañía textil de Tarrasa", de principios de siglo, cuyos Estatutos disponían que, si faltaban los familiares herederos, el beneficio del fondo de retiro pasaría a formar un fondo especial de ayuda a la Caja. Tal previsión estatutaria significa o bien, una discutible alteración del orden de la sucesión intestada, o bien, si se entiende que los socios al adherirse a esa asociación, se han adherido a esa cláusula, podría considerarse como una disposición testamentaria, aunque no sea expresa. Como digo, este ejemplo de asociación, se encauzaría actualmente mediante los actuales planes y fondos de pensiones, cuya regulación excluye esta posibilidad.

En el ámbito mercantil-empresarial hay un elenco de variadas figuras asociativas que no buscan lucro para sí mismas y que se pueden agrupar bajo la denominación genérica -que tomo de MAYORAL PALAU[127]- de organizaciones de utilización colectiva al servicio de las empresas.

Su común denominador es que por medio de la cooperación, estas figuras pretenden alcanzar determinados logros de desarrollo industrial para las empresas, (especialmente, las pequeñas y medianas, PYME), a los que difícilmente podría llegar cada una de ellas aisladamente. Como decía, son variadas en cuanto a la forma jurídica que adoptan pues encontramos desde auténticas asociaciones sin ánimo de lucro -sujetas a la Ley de Asociaciones-, con finalidades de investigación cooperativa, que suelen adoptar la denominación de "Instituto"[128], hasta lo que se ha dado en llamara Consorcios de PYME que son estructuras organizativas flexibles y dinámicas que agrupan a empresas de similares estructuras y objetivos, dispuestas a establecer un plan de actuación común para abordar mercados exteriores. Los fundamentales son los consorcios de exportación, que pueden ser tanto de venta como de promoción. Como actividad colectiva pueden adoptar diversas formas, llegando incluso a la creación de una organización común con personalidad jurídica propia[129].

La figura del consorcio de Derecho privado no es contemplada como tal en España, a diferencia de lo que sucede en Italia[130].

[127] MAYORAL PALAU, "Las Organizaciones de utilización colectiva al servicio de las PYMES", en el vol. col. *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre Editorial, Colección solidaridad, Fundación ONCE, Madrid, 1993, pág. 626.

[128] El Instituto Español del Calzado, la Asociación de investigación textil, Asociación de investigación de industrias del Juguete, Asociación Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras, etc. agrupadas junto con otras entidades similares en la FEDIN (Federación Española de Asociaciones de Investigación). A nivel europeo la Federación Europea de Organizaciones de Investigación Industrial Cooperativa, FEICRO, creada en 1974, agrupa a más de 300 centros de investigación cooperativa de la Comunidad Europea y de la EFTA. En España cuentan con una normativa especial: el Decreto de 23 de septiembre de 1961, modificado por los Reales Decretos de 9 de abril de 1970 y 17 de octubre de 1980.

[129] MAYORAL PALAU, *op.cit.*, págs. 644 y 645. Sin embargo, no aclara que posible forma jurídica puede adoptar.

[130] La doctrina italiana distingue dos sentidos -amplio y estricto- del concepto "consorcio". En un sentido amplio, se trata de una asociación de personas físicas o jurídicas libremente creada u obligatoriamente impuesta para la satisfacción en común de una necesidad propia de los consorciados. Tal amplitud de concepto incluye asociaciones en sentido estricto, corporaciones, etc.; *vid.* FERRI, voz "Consorzio (teoría generale e consorzi industriali)", en *Enciclopedia del*

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ estima que es inadmisible un concepto de consorcio unitario con un contenido verdaderamente sustantivo y peculiar[131].

A esta opinión, cabe añadir que para las necesidades a las que pretende subvenir el consorcio, parece más apropiado el cauce de las AIE, de las que me ocupo a continuación.

Un caso especial: las Agrupaciones de Interés Económico

Las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) incluidas entre los llamados negocios jurídicos de tipo asociativo[132] de

Diritto Giuffrè, tomo IX, Milano, 1961, pág. 371. En un sentido más concreto, se trata de un módulo organizativo de segundo grado al servicio de las empresas consorciadas, encuadrable dentro de la categoría general de las estructuras de tipo asociativo, cercano a la figura de la sociedad (FERRI, voz "Società (in generale)", *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, UTET, Torino, 1970, pág. 534), un organismo que los empresarios pueden constituir mediante un acuerdo asociativo para ponerlo al servicio de la actividad de sus empresas, a través del cual los empresarios coordinan su propia actividad, al efecto de regular y limitar la recíproca concurrencia al tiempo que establecen formas de colaboración e integración operativa entre las respectivas empresas, sin eliminar la individualidad y autonomía de cada una de ellas (SIDERI, *Consorzi, Associazioni temporane di imprese, G.E.I.E.*, UTET, Torino, 1994, pág. 4). A este sentido estricto responde la regulación del título X del libro V del *Codice civile* (art. 2.602 a 2611); el art. 2.602, reformado en este punto por la Ley 377/1976, de 10 de mayo, dice "*con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un organizzazione comune per la disciplina e per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*".

Los arts. 2602 a 2611 se ocupan del *consorcio industrial sin actividad externa.* Como explica GALGANO, el vínculo asociativo en este caso, aunque existe, no tiene relevancia externa, de modo que los terceros quedan vinculados únicamente con aquellos miembros con quienes contratan. Son los llamados *cartelli* o consorcios internos o no centralizados. En ellos inexisten vínculos asociativos; *vid.* GALGANO, "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", en *Comentario al Codice civile de Scialoja y Branca*, Bolonia, Roma, 1976, pág. 191.

[131] Dada la "necesidad de respetar -aunque sea mínimamente- la terminología que haya ya recibido carta de naturaleza en un determinado ordenamiento, lo que hace desaconsejable el empleo del término "consorcio" para denominar una hipotética categoría consorcial no construida en función de actuales consorcios, y de otro lado, de la falta de auténtica especificidad o peculiaridad y radical inutilidad subsiguiente que presentan hasta ahora las propuestas que se han hecho"; *vid.* MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1974, pág. 261. Otros autores como PEREZ PEREZ, mantienen la viabilidad de esta figura en el Derecho español, si bien restringida a situaciones de naturaleza real: *vid. El consorcio real en el Derecho Positivo español,* Madrid, 1986, pág. 153 y ss.

[132] Las AIE, tienen especiales conexiones con la figura de las asociaciones, ya que cuentan entre sus antecedentes legislativos, según BLANCO RUIZ, además del principal de las Agrupaciones y Uniones temporales de Empresas (reguladas por la Ley 18/1982 de 26 de mayo), las Federaciones de Asociaciones reguladas por la Ley de Asociaciones de 1964; *vid.* BLANCO RUIZ, "Las Agrupaciones de Interés Económico y el Sector no Lucrativo", en el vol. col. *El Sector no Lucrativo en España, op.cit.*, pág. 692. El preámbulo de la LAIE dice, como vimos, que constituyen "una nueva figura asociativa", una de las "variantes asociativas" o "fórmulas asociativas" de nuestro sistema. Sigue la misma línea que el Libro Blanco sobre Mercado interior, -elaborado por la Comisión en 1985, y dirigido al Consejo-, que referiéndose entre sus propuestas a las Agrupaciones Europeas de interés económico, las denominaba "como nuevo tipo de Asociación". Lo que ocurre es que, como sigue diciendo el preámbulo de la Ley

colaboración[133] u organizativos[134], considerada también como entidad de carácter mutualista[135], tienen por finalidad según la Ley de 29 de abril de 1991 (LAIE)[136]:

> *"Artículo 2.º. 1. "... facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios.*
>
> *2. La Agrupación de Interés Económico no tiene ánimo de lucro para sí misma.*
>
> *Artículo 3.º Objeto. 1. El objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios"*

La ausencia de ánimo de lucro, ha hecho que autores como GOMEZ CALERO -partiendo de que se trata de un ente colectivo de naturaleza mercantil, pues así lo declara el art.1º "*Las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil y se*

española, a diferencia de su precedente francés *-(Groupement d'interet economique)*, figura autónoma que ha servido de principal inspiración para la creación de la Agrupación Europea de Interés Económico- la Agrupación de Interés Económico española, ha tratado de entroncarse con la sociedad colectiva, en la misma línea que el Derecho Alemán. Y por eso en otros momentos se las califica como sociedades: *vid.* art. 6º de la Ley. Sin definirse en un sentido ni en otro, el Legislador ha optado por calificarlas genéricamente como *Agrupaciones.* Sobre esta figura existe ya abundante material doctrinal: *vid.* PAU PEDRON, (coordinador) *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, 1992; MONGE GIL, *Las Agrupaciones de Interés Económico*, Tecnos, Madrid, 1995; GOMEZ CALERO, *Las Agrupaciones de Interés Económico*, Bosch, Barcelona, 1993.

[133] VICENT CHULIA incluye los Grupos de Interés Económico -otra forma de denominar a las AIE-, junto con las cuentas en participación, entre los "contratos de colaboración"; *vid. Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, pág. 132 y ss.

[134] PAU PEDRON, en "La Agrupación Europea de Interés Económico: naturaleza, función y régimen", *RCDI,* 1988, pág. 1215, explica que el negocio (*contrato*, dice, con referencia a la doctrina italiana) organizativo no constituye un fin en si mismo, sino que se celebra al servicio de otras relaciones con el fin de potenciarlas, destacando su carácter instrumental o accesorio. El preámbulo de la Ley de 1991 dice que tienen un "contenido auxiliar" que impide sustituir la actividad de sus miembros, tratándose de un "instrumento de los socios agrupados con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros".

[135] En este sentido, PANIAGUA ZURERA, *op.cit.*, pág. 29. Lo cual no significa que con ello se equiparen al tipo más caracterizado de entidad mutualista: la cooperativa. Este autor critica la corriente doctrinal -recibida en España de la doctrina italiana- que equipara carácter mutualista a carácter cooperativo.

[136] La función que está llamada a desempeñar la AIE en el mercado interior la desenvuelve en el ámbito comunitario la Agrupación Europea de Interés Económico, regulada por Reglamento de la CEE 2137/1985 del Consejo de 25 de julio, que en diversos puntos remite a las legislaciones de los Estados miembros el desarrollo o concreción de sus previsiones. La ejecución de estas previsiones del texto comunitario se lleva a cabo en la misma LAIE, que aspira a regular conjunta y homogéneamente ambas figuras, estableciendo, en los límites permitidos por el Reglamento Comunitario, el caracter supletorio de la figura española respecto de la europea; *vid.* art. 22 LAIE.

regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza..."-, consideren que no responde al concepto legal de compañía mercantil, sino que es una nueva figura asociativa dotada *ope legis* de carácter mercantil[137].

Sin embargo, observamos que, con la misma rotundidad que se afirma la ausencia de ánimo de lucro, se sostiene su carácter mercantil, y se les aplica como régimen supletorio normas propias de sociedades mercantiles, como v.gr. el régimen de la quiebra (art. 18.3º)

El significado de la *ausencia de lucro para sí mismas* es, nuevamente, que la Agrupación no se dirige al mercado sino a sus miembros. Su actividad es meramente auxiliar, y los beneficios y pérdidas serán considerados directamente como beneficios y pérdidas de los socios (art. 21), con aplicación rigurosa de la transparencia fiscal. *Hay ánimo de lucro, pero éste es para los socios, no para agrupación*. Esto es lo que explica, según AGUILAR GARCIA su carácter mercantil, pues como toda sociedad mercantil, tiende a obtener beneficios, sólo que contable y fiscalmente no los imputa a sí misma, sino directamente a sus socios[138]. Es decir, según este autor, el hecho de que se persiga, aunque sea mediatamente, el lucro, determina que sea sociedad, y sociedad mercantil.

Se diferencia de las cooperativas, -con las que comparte rasgos comunes como la ausencia de ánimo de lucro para sí mimas y la función auxiliar respecto a sus miembros-, en que la Agrupación aunque jurídicamente sea autónoma y principal, económicamente es accesoria: *los beneficios y pérdidas se producen directamente en el patrimonio de los asociados*. De hecho, el art. 5º de la LAIE dice que los

[137] "..."las agrupaciones de interés económico" no son sino "asociaciones de interés privado o particular". ... se inscriben en el "*genus*" de las "asociaciones" (concretamente en las de "interés particular", pero no pertenecen a la "species" de las "sociedades""; *vid.* GOMEZ CALERO, *Las Agrupaciones...cit.*, pág. 143. La AEIE sin embargo, según MONGE GIL, tiene naturaleza societaria, a la vista del art. 58 del Tratado de Roma: "Se está ante una figura de nacida de Derecho societario (primer elemento imprescindible para la existencia de una "sociedad comunitaria") que...participa de la actividad económica de la Comunidad"; *vid.* MONGE GIL, *Las Agrupaciones...cit.*, pág. 103.

[138] AGUILAR GARCIA, "Las Agrupaciones de Interés Económico" en el vol. col. *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, 3 vol., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 207.

socios de la AIE responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquella.

La Cooperativa posee una estructura principal e independiente, con beneficios propios plasmados en su Balance social y no en el de sus miembros. Además, en ésta es esencial el principio de puerta abierta y puede realizar operaciones con tercero; en la AIE no se da ninguna de estas dos características.

Conclusiones de lo visto en los apartados I.B.4 y I.B.5

Soy consciente de la heterogeneidad de las figuras citadas en estos apartados, pero de lo que llevamos visto, podemos extraer un común denominador que posteriormente nos servirá para la construcción de las conclusiones finales.

Aun con el planteamiento clásico, las entidades de carácter mutualista, y las AIE así como los pensables consorcios[139], se alejan de las asociaciones sin ánimo de lucro, pues partiendo de una base asociativa, presentan un rasgo, en relación a su función económica, que las acerca a la sociedad (civil y mercantil), a saber: el lucro subjetivo perseguido por cada uno de sus integrantes[140].

En efecto, desde el punto de vista del lucro, *las entidades vistas comparten con la sociedad el lucro subjetivo, aunque no el lucro objetivo*[141], justo al contrario de lo que sucede con las asociaciones sin ánimo de lucro, que pueden tener (y en algunos casos deben tenerlo) ánimo de lucro para sí mismas (lucro objetivo), aunque no para sus integrantes (lucro subjetivo).

Ciertamente esta conclusión se construye sobre una base no por todos aceptada: la distinción entre lucro subjetivo y lucro objetivo. Comparto la crítica a esta clasificación en el sentido de que,

[139] No incluyo las asociaciones de investigación industrial antes citadas, aunque hasta la promulgación de la LAIE, accedieron al Registro Nacional de Asociaciones algunas entidades que bajo aquella forma, encubrían las finalidades lucrativas propias de la AIE, e incluso actualmente, se siguen planteando peticiones de este tipo, entre otras razones por las ventajas que comporta el régimen fiscal de las asociaciones sin ánimo de lucro.

[140] Adelanto ya que algunas de ellas (v.gr. Cooperativas, SGR) tienen al igual que la asociación, estructura corporativa; otras se diferencian también en la estructura, pues responden a un esquema de sociedad contractual (AIE).

[141] Si bien con todas las matizaciones vistas respecto a la formación de los fondos de reserva en las cooperativas, etc.

efectivamente, todas estas figuras -mutuas, cooperativas, etc.- no dejan de ser un instrumento para la obtención de lucro subjetivo, de modo que el lucro objetivo no tiene sentido tomado aisladamente; efectivamente, es impensable que se cree una figura de este tipo para obtener un lucro objetivo que luego no sea objeto de reparto, pues precisamente *este tipo de figuras persiguen un enriquecimiento individualizado de sus miembros*. Sin embargo, en algunos casos, indudablemente, el lucro objetivo no aparece (AIE) y en otros, sólo se vislumbra (cooperativas y en mi opinión, en la formación de los Fondos de Reserva obligatorios). Es decir, puede no haber lucro objetivo y sí lucro subjetivo.

En contraste, en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro sucede lo contrario: *puede haber lucro objetivo y nunca lucro subjetivo*. Las cantidades que se obtengan como consecuencia de la actividad de la asociación, o bien nunca serán objeto de reparto puesto que se destinan a la realización de una actividad, el mantenimiento o mejora de las instalaciones donde se desarrolla, etc., o bien pueden ser objeto de reparto entre personas ajenas a la asociación en el caso de las asociaciones benéficas.

A todo lo visto hasta ahora, hay que añadir determinados supuestos aparentemente societarios, "atipicos" que, precisamente por serlo, sí que necesitan ser calificados para aplicarles el régimen de asociación o sociedad. Es muy ilustrativo el elenco de ejemplos citados por PAZ-ARES, que, sin prejuzgar su calificación, clasifica en tres grupos:

a) "sociedades" externas: dos fundaciones culturales se asocian a fin de organizar la exposición mundial de Velázquez de 1992; media docena de empresas del país se unen para construir y poner en marcha una escuela de negocios sin ánimo lucrativo

b) "sociedades" internas con patrimonio común: varios agricultores se reúnen al objeto de construir en común un pozo y sus accesorios (máquina de bombeo, conducciones, etc.) que se proponen utilizar en común con fines de regadío en sus respectivas explotaciones agrícolas; tres amigos aficionados a la vela acuerdan adquirir un velero en común para participar en la regata anual de la vuelta al mundo

c) "sociedades" internas sin patrimonio propio: varios hermanos se comprometen a sufragar en proporción a las rentas declaradas

anualmente a Hacienda la educación universitaria de sus sobrinos huérfanos; varios profesores que se comprometen a escribir juntos un tratado de Bioquímica[142].

Para la solución de los problemas planteados -las dudas que suscitan las figuras típicas estudiadas a lo largo de este epígrafe y la necesidad de adscribir a un régimen jurídico los supuestos atípicos- se han tomado dos caminos: la adaptación y "replanteamiento" del concepto lucro, o una vía más drástica: la del abandono del concepto "lucro", como caracterizador de la figura de la sociedad y por ende, como elemento de distinción con la asociación. Comenzaré abordando la primera vía.

I.C. LAS SOLUCIONES AL PROBLEMA

I.C.1 PRIMERA SOLUCION AL PROBLEMA, DENTRO DEL MANTENIMIENTO DEL CRITERIO CLASICO: LA CUESTION DE LA EXTENSION DEL CONCEPTO DE LUCRO

Antes de analizar esta cuestión en nuestro sistema, resulta muy útil el conocimiento del proceso experimentado por el Derecho francés, pues como acabo de apuntar, nuestro sistema, en este punto, ha seguido el modelo francés, aunque -como también veremos más adelante-, *no de forma exclusiva*, sino combinándolo, en sede de sociedades mercantiles, con el criterio germánico. Adelanto ya, que en España, se ha producido la recepción de dos criterios en principio contrapuestos:

1) el criterio francés del ánimo de lucro para las sociedades civiles (art. 1.665 del Código civil ya visto) y para las sociedades mercantiles tal y como las contempló el Código de Comercio de 1885 (art. 116 del Código de comercio, que exige, en términos prácticamente idénticos a los del Código civil, la finalidad de "*obtener ganancias*"). Según este criterio que informa el concepto tradicional de sociedad, es de esencia a la misma su finalidad lucrativa.

[142] PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit.*, pág. 743.

2) el criterio germánico estructural-organizativo (que distingue entre figuras de estructura corporativa y figuras de estructura personalista) para las sociedades mercantiles, según las leyes especiales posteriores al Código de Comercio. La LSA de 1951 permitía en su artículo 3.2 que el objeto de tales Sociedades no fuera lucrativo-económico. En la misma línea el art. 3º del TRLSA de 1989, afirma no sólo el carácter mercantil, sino el sometimiento de la sociedad anónima a dicha Ley, *cualquiera que sea su objeto.*

Los esfuerzos doctrinales en la coordinación entre ambos criterios han dado lugar a diversas posturas de las que iré dando cuenta.

I.C.1.a Referencia a la interpretación del concepto en Derecho francés. Evolución legislativa: la reforma de 1978

Durante mucho tiempo, la distinción entre asociación (regulada en la Ley de 1 de julio de 1901, y definida como "*la convention par laquelle deux ou plusiers personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices*") y sociedad (regulada en el *Code* en los arts. 1.832 y ss., descrita en el primero de esos artículos como "*La société est instituée par deux o plusiers personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager des bénéfices*") descansaba sobre unas bases simples y relativamente precisas. Hasta la reforma efectuada por la Ley nº 78-8 de 4 de enero de 1978 de los arts. 1.832 y ss. del *Code*, a la vista del tenor literal de ambos textos, doctrina y Jurisprudencia, distinguían estas figuras según un criterio teleológico calificable de estricto: la sociedad tenía por vocación exclusiva la obtención de *bénéfices* (beneficios) para su reparto, y la asociación, además de perseguir fines desinteresados, podía procurar a sus miembros *économies* (que traduzco como "ahorro" o ventaja patrimonial *in genere*) e incluso podía obtener beneficios, pero siempre bajo la prohibición de reparto a los asociados. La expresión *bénéfices*, era entendida como una ganancia pecuniaria o una ganancia material que se añadía a la fortuna de sus miembros, mientras que la expresión *économies* era considerada como una ventaja puramente negativa consistente generalmente en la reducción de un gasto. En aplicación de este

criterio estricto, el grupo que tiende a procurar una *économie* a sus miembros no podía ser más que ser una asociación[143].

La distinción basada en el criterio de reparto de beneficios -aunque no exenta de matizaciones[144]- era aceptada pacíficamente y de hecho, la Jurisprudencia "descalificaba" y "recalificaba"[145] las figuras según este criterio. Un elocuente ejemplo lo encontramos en dos sentencias cercanas en el tiempo y coincidentes en la materia, que aplican la versión del *Code civil* anterior a la reforma: una asociación de médicos que se unen con el fin de repartirse los beneficios que puedan obtener a consecuencia de su actividad debe ser "recalificada" como sociedad (*Cass. civ. 1re*, 2-5-1978), y a la inversa, el contrato que simplemente consiste en una puesta en común de medios para la explotación de un gabinete (con la consiguiente *économie*), pero sin ejercicio en común de la profesión ni reparto de los honorarios, es calificado como asociación (*Cass. civ. 1re*, 10-5-1978)[146]. Es tan normal este fenómeno de alteración judicial

[143] La *Cour de cassation* en una conocida sentencia interpreta la expresión "*bénéfices*" como *"un gain pécunaire ou un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés", Cass. ch. réunies*, 11-3-1914, *D.P.* 1914, I, pág. 257. En este caso, se trataba de una Caja municipal que prestaba a bajo interés sumas de dinero a sus miembros. La ventaja puramente negativa que ello suponía no implicaba ningún *bénéfice* y por ello la *Cour de cassation* lo califica como asociación. Sobre el tema, *vid.* también, HAYEM, *Domaine respectif de l'association et de la société*, Thèse, Paris, 1914, y TERRE, "La distinction de la société et de l'association en droit français", *Mélanges Secrétan*, 1964, pág. 325, de donde he extraído dicha sentencia; *vid.* también la Jurisprudencia allí citada.

[144] Así, LAPLACE, ya antes de la reforma, sostenía que sociedad y asociación son contratos de la misma naturaleza, que se diferencian por el fin perseguido; *vid*. LAPLACE, *La capacité des associations contractuelles*, Ed. Arthur Rousseau, París, 1903, págs. 3 a 6. Constata que la opinión común es que la sociedad tiene por finalidad el reparto de beneficios, pero, a la vista de la existencia de sociedades particulares que tienen por objeto el goce de una cosa determinada, estima que aquélla afirmación es "*un peu étroite*"; esto es, el fin puede ser una ganancia partible, o el provecho material que deriva del goce de una cosa común, aunque no proporcione una ganancia concreta. Para este autor "*...le but de la société, essentiellement égoïste, est d'obtenir un avantage pécuniaire*", pero reconoce que en la asociación también se obtiene una ventaja, incluso habla de que aquellas asociaciones que tienen un fin totalmente desinteresado proporcionan la satisfacción de haber cumplido el deber de socorrer a los semejantes. Por ello concluye que "*C'est dans la nature du profit auquel elles tendent qu'on doit chercher, à notre avis, le critérium de la distinction entre la société et l'association*", aunque es consciente de que "*La distinction que nous établissons entre la société et l'association, est, bien entendu, plutôt du domaine de lex ferenda que de la lex lata*". Y de hecho se adelanta, como veremos, a la reforma de 1978.

[145] Pensemos que, aparte de las medidas de policía administrativa que, como en la generalidad de las Leyes de asociaciones de la época, acompañan a la inscripción de la asociación, la capacidad de ésta en Francia, según la Ley de 1901 es reducida y limitada. Por esta razón, tiene más trascendencia práctica, si cabe, la calificación como sociedad o asociación.

[146] Ambas aparecen en *Rev.trim.dr.com.* 1979, 769, nº 14, comentadas por ALFANDARI y JEANTIN.

de la calificación que se han promulgado leyes que facilitan tales operaciones:

-la Ley nº 69-717 de 8-7-1969[147]

-la Ley nº 77-574 de 7-6-1977, que, en su art. 43, recoge el procedimiento judicial de recalificación judicial de sociedad en asociación[148]

No obstante, la distinción iba difuminándose; en el campo del Derecho positivo se habían contemplado algunos supuestos especiales a los que se otorgaba la calificación de sociedad, y sin embargo no había reparto de beneficios en el sentido antes citado: la Ley 60-808, de 5-8-1960, art. 15, sobre *sociétés d'aménagement et d'établissement rural*, (sociedades de ordenación rural); la Ley 66-879, de 22-11-1966, que regula las llamadas *sociétés civiles de moyens*, que permiten a los profesionales liberales poner en común los medios útiles para el ejercicio de su profesión[149]; la Ordenanza de 23-9-1967, creadora de la GIE, (*groupement d'intérêt économique*).

La reforma obrada por la Ley nº 78-8 de 4 de enero de 1978- añade al art. 1832 del *Code: "...en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'economie qui pourra en résulter"*. Con esta dicción se amplió el concepto de lucro caracterizador de la sociedad[150]. Tal ampliación fue acogida con reservas por algunos autores por estimar que la misma introduce una perturbación en el criterio de distinción asociación/sociedad. Así las cosas,

---

[147] *Vid.* comentarios de esta Ley en COZIAN, "La transformation en association des sociétés affectant leurs immeubles à une oeuvre désinteréressée" (Loi nº 69-717 du 8 julliet 1969), *JCP* 1970 I. 2298 y RICHARD, "La transformation en association ou la disssolution de certaines sociétés affectant leurs immeubles à des fins désintéressées", *JCP*, éd C.1., 1970, 8302 y *JCP*, éd C.1., 1970, 8302.

[148] Algunas sentencias que han aplicado este procedimiento son: *Cass. com.* 1-3-1982, (que aparece en *Rev.trim.dr.com.* 1984, 649, nº 14, comentada por ALFANDARI y JEANTIN); 15-11-1983, (en *Rev. soc.* 1984, 547, comentada por SOUSI); 15-3-1988, (en *Rev.trim.dr.com.* 1988, 460, comentada por ALFANDARI y JEANTIN), entre otras.

[149] *Vid*. CHEMINADE, "La société civile de moyens", *JCP* 1971, I, 2405; en nuestra doctrina, ALBIEZ DOHRMANN, sostiene que esta figura se acerca más a la comunidad de bienes que a la sociedad; *vid.* "Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales"*cit*., pág. 36.

[150] RIPERT, *Traité de droit commercial*, I, 13ª ed. (Revisado por ROBLOT), LGDJ, Paris, 1989, págs. 515 y ss.; MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1992, págs. 41 a 46.

-la calificación de sociedad permanece clara para los supuestos en que el grupo tenga por finalidad el reparto de beneficios,

-la de asociación, para cuando el fin sea totalmente desinteresado sin buscar el beneficio ni el ahorro (*des économies*),

-en los casos en que el fin es conseguir ese ahorro o ventaja patrimonial, o beneficios no repartibles, dado que se trata de un elemento común a la sociedad y asociación, la calificación queda a elección de los interesados, si bien parece más atractiva la figura de la sociedad, por gozar de una capacidad menos limitada que la de las asociaciones[151]. En la sentencia de 10-6-1980, los Tribunales optaron también por la calificación de sociedad para aplicar las normas sobre responsabilidad económica de los dirigentes en caso de quiebra[152]. Lo cual es criticado por ALFANDARI y JEANTIN[153], pues tras la reforma operada por la Ley 67-563 de 13-7-1967, los procedimientos de reglamentación del pasivo y liquidación judicial se aplican idénticamente a las "*personnes morales de droit privé...non commerçantes*"[154]. Las reformas sucesivas en esta materia y las decisiones judiciales al respecto, no han hecho sino reafirmar esta dirección[155].

[151] En este sentido, GUYON, "De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978", *Mélanges Kayser,* 1979, tomo I, pág. 483; PELLERIN, "La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé", *Rev. trim. dr. com.* 1981, pág. 471; ALFANDARI y JEANTIN en el comentario a la sentencia *Cass. soc.* 27-6-1990, *Rev. trim. dr. com.* 1990, 602.

[152] Comentada por ALFANDARI y JEANTIN en *Rev. trim. dr. com.* 1982, 450, nº 8.1

[153] En ALFANDARI y JEANTIN en *Rev. trim. dr. com.* 1982, 450, nº 8, *cit.* Estos autores consideran inútil tal calificación, dado que tales reglas sobre la quiebra se podían aplicar igualmente al tener la asociación por objeto una actividad económica.

[154] El Legislador trata de evitar que el acreedor quede desprotegido en estos supuestos. Sobre este punto resulta de gran utilidad el trabajo de STRASSER, *Les personnes morales de Droit Prive non commerçantes et les procedures de reglement collectif du passif*, Service de reproduction des theses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 1976. Junto a las sociedades civiles, las cooperativas, etc., también las asociaciones sometidas a la Ley de 1901, quedan sujetas a estos procedimientos, máxime cuando se les permite realizar actos de comercio, *op. cit.*, pág. 70. STRASSER afirma gráficamente que el sometimiento a unas mismas reglas en esta materia, ha contribuido a desdramatizar la distinción entre asociación y sociedad, *ibídem.*

[155] La Ley de 1967 fue derogada por la Ley 85-98 de 25-1-1985 sobre reglamentación del pasivo y liquidación judicial de empresas, que reconoce que toda asociación declarada o reconocida de utilidad pública, puede ser sometida al procedimiento previsto en la Ley tenga o no actividad económica. Ley que a su vez ha sido modificada por la Ley 94-475 de 10-6-1994, sobre prevención y tratamiento de las dificultades económicas, financieras y jurídicas de las empresas. Sobre este tema, puede verse el trabajo anterior a la reforma de 1994 de DERRIDA, GODE, SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3ª éd. 1991. Si se trata de una asociación no declarada, en caso de insolvencia, responden personalmente los miembros

Visto este referente del país vecino, pasemos a ver el estado de la cuestión en nuestro sistema jurídico, no sin antes consignar otro ejemplo de ampliación del concepto lucro, esta vez en el ámbito del Derecho comunitario: la interpretación del art. 58.2 del Tratado de Roma, que excluye a las "*entidades que no persigan un fin lucrativo*"[156]. Como advierte la doctrina[157], se ha llegado a una interpretación flexible, según la cual, la simple participación en el proceso productivo con criterios de economicidad determina la calificación societaria a estos efectos.

I.C.1.b. LA CUESTION DE LA EXTENSION DEL CONCEPTO DE LUCRO EN ESPAÑA

En términos muy similares a los del *Code* -en la versión anterior a la reforma de 1978-, se pronuncia el art. 1.665 del Código civil español:

> *"La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias"*

Los términos literales del Código civil son claros y precisos, y no parece que dejen hueco para eludir *en la órbita de la sociedad civil*, este requisito. Si el problema se plantease solamente en la dinámica asociación/sociedad civil, se despejarían dudas: el art. 1665 es rotundo. Los problemas sólo surgirían en torno a la extensión del concepto lucro, a la vista del art. 1.678, que permite la sociedad particular que tenga por objeto sólo el uso de una cosa.

Con estas coordenadas, comenzaré con la cuestión de la extensión que haya de darse al ánimo de lucro en el ámbito civil.

Concepto estricto de lucro

---

por las obligaciones que cada uno haya asumido en nombre de la asociación; en este sentido, SOUSI, *Les associations*, *cit.*, nº 1117.

[156] El texto completo dice: "2. *Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persiguen un fin lucrativo*". Sobre la cuestión de la competencia del Derecho Comunitario en materia de asociaciones; *vid.* mi trabajo, "Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea", *cit*..

[157] GAVALDA y PARLEANI, *Droit Communautaire des affaires*, Litec, Paris, 1988, págs. 168 a 169; MONGE GIL, *Las Agrupaciones...cit.*, págs. 98 a103.

A la vista del tenor del Código civil, el lucro ha de entenderse como ganancia, o *rectius*, como una ganancia *pecuniaria*, que precisamente por ello, es fácilmente repartible, lo cual viene a coincidir con el concepto de *bénéfices* de la doctrina francesa.

Esta es la opinión de MANRESA para quien el Código exige "un provecho pecuniario que enriquezca a los socios", y por ello excluye expresamente otro tipo de beneficios, como los que puedan otorgar las cooperativas[158]. Por su parte, CASTAN TOBEÑAS entiende que hay asociación y no sociedad cuando lo que los socios pretenden es una economía o una disminución de gastos[159]. En la misma línea, PUIG PEÑA afirma que los socios no sólo han de tener el ánimo de obtener unas ganancias, unos aumentos patrimoniales a costa de terceros, sino que el fin directo del contrato ha de ser la intención de los socios de repartirse las ganancias obtenidas merced a las operaciones hechas en común. Por falta de esta nota no son sociedades, según este autor -entre otras- las asociaciones de carácter económico, pero no lucrativo, como aquéllas que tienden a fomentar el desenvolvimiento de la agricultura, industria o comercio, o las sociedades mutuas, que no se destinan a procurar ganancias sino a evitar o restringir una pérdida repartiéndose entre sus miembros los daños que cada uno puede sufrir[160].

DIEZ-PICAZO y GULLON entienden que el lucro *al que se refiere el Código civil* ha de ser un incremento positivo en relación con los bienes o patrimonio social. Otra cosa es lo que se opere en las leyes especiales[161].

Desde la óptica de la asociación también se sostuvo esta concepción restringida de lucro al mantener que la idea de asociación es plenamente compatible con la "finalidad de índole económica" equivalente al concepto francés de *economies* (que podríamos traducir como "ahorro", o realización de una "ventaja patrimonial", traducida en un menor gasto o una gestión más eficaz), son propias de la asociación y no de la sociedad. Así,

[158] MANRESA y NAVARRO, *Código civil español*, tomo XI, Madrid, 1972, pág. 372.

[159] CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, tomo IV, *cit.*, pág. 598.

[160] PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho español*, Edersa, Madrid, 1946, tomo IV, vol. 2, pág. 369.

[161] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema del Derecho civil*, vol.II, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 516 y 517.

PELLISE PRATS afirma que el alcance de esta prohibición de lucro no excluye que a través o por causa de la asociación, obtengan los asociados o terceros, un beneficio patrimonial. No conviene confundir, según este autor, la finalidad de índole económica con la finalidad lucrativa, pues esta última no puede darse en la asociación, pero a aquélla no sólo le está permitida su presencia, sino que incluso puede darse el caso de que llegue a ser, dicha finalidad económica, esencial a la misma existencia de la entidad y determinante de su constitución, como sucede con las llamadas asociaciones cooperativas[162]. Tal opinión se formula bajo la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887, cuyo art. 1.3º, como sabemos, incluye en el ámbito de aplicación de la Ley determinadas figuras que persiguen la obtención de ventajas económicas (v.gr. las que se derivan de la puesta en común de medios de producción, como sucede en las cooperativas). En la formulación de este autor, se halla una posible explicación de la inicial inclusión de las cooperativas y mutualidades en el ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones. Sin embargo, quizá no haya que esforzarse por buscar los principios dogmáticos que propiciaron tal toma de postura. Jugaron, como en su momento dijo SANTAMARÍA DE PAREDES, razones de índole práctica: evitar su preterición en el Derecho civil y en el mercantil[163].

La STS 28-3-1919 (Gaceta de 27-7 y 3-8 de 1919), en referencia al pleito con la Asociación de los Gremios de Carnes de Madrid, admite que las asociaciones pueden perseguir ventajas económicas en sentido amplio, lo que implica un concepto estricto del lucro societario; la sentencia afirma respecto a este punto

> "...también las asociaciones gozan de la necesaria capacidad para adquirir y administrar bienes sin perseguir necesariamente un lucro especial, sino alguna ventaja para el fin perseguido y en definitiva para los mismos asociados"

La STS 10-11-1986 (RJ 1986/6442), afirma que la "mera reducción de costos, captación de clientes otras cualesquiera ventajas económicas" (FJ3º), no conforman el concepto de lucro

[162] PELLISE PRATS, *op. cit.*, pág. 71.

[163] SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político. Según la Filosofía Política Moderna, la Historia General de España y La Legislación vigente*, Madrid, 1903, pág. 713.

exigido para el fin propio de la sociedad. Y la STS 4-4-1988 (RJ 1988/2651) ya citada, excluye de la consideración de sociedad a una sociedad de socorros mutuos por esa misma razón.

Algunos autores españoles[164] -recogiendo incorrectamente, en mi opinión, una tesis de RUBINO- han añadido que, para considerar que nos hallamos ante una sociedad y no una asociación, es necesario que el lucro sea repartible en base a unas cuotas preestablecidas en el momento del contrato. El autor italiano en quien se inspiran dice que para que haya asociación, es necesario que las ganancias "no sean conseguidas por los miembros sobre la base de cuotas predeterminadas, sea que por la naturaleza del fin de la asociación resulte imposible predeterminar cuotas, sea que no se quiere recurrir a este sistema y se deje que las ventajas sean percibidas por los miembros singulares en medida contingente, esto es, según la intensidad con que cada uno quiera servirse de la asociación"[165]. No se ha interpretado bien, como decía, puesto que en ningún caso los asociados pueden repartirse ninguna ganancia, ni premeditada ni espontáneamente. La opinión de RUBINO según se desprende del contexto, se refiere *al supuesto de utilización de los bienes de la asociación por los asociados*, la cual comporta ventajas; uso de bienes que, efectivamente, puede realizarse tanto en el seno de una sociedad civil como de una asociación. Es el modo de disfrute y utilización de dicho bien, uno de los criterios, que en su caso, marcará la diferencia entre ambas. Criterio al que se une, como veremos, el de la finalidad del uso.

Concepto amplio de lucro

Otro sector de la doctrina, avalado por varias sentencias del TS, estima que puede defenderse un concepto amplio de lucro, con la consiguiente ampliación del campo de aplicación de la sociedad.

En uno de los primeros comentarios al Código civil, LOUZAO, refiriéndose a la sociedad, habla de "fin económico o utilitario",

[164] PELLISE PRATS, *op.cit.*, pág. 74; SANCHEZ DE FRUTOS, *op.cit.*, pág. 888, que matiza la nota del lucro o ganancia advirtiendo que tal ganancia o beneficio no debe repartirse entre los socios sobre la base de recíprocas proporciones preestablecidas, o sea, fijadas antes de que la ganancia haya tenido lugar.

[165] RUBINO, *op.cit.*, pág. 26.

frente a las personas jurídicas o sociales que se proponen un "fin religioso, científico o meramente de recreo"; mantiene un concepto amplio de lucro, pues habla de las primeras como aquellas que "tienden al fomento o desarrollo de una industria o comercio, que ponen como mira principalmente el acrecentamiento de intereses materiales, las que de un modo directo o indirecto persiguen la utilidad y usan o abusan del crédito..."[166].

Con base en los datos que aporta la Ley de Asociaciones de 1887, también algunos autores conciben esta nota en sentido amplio, con la consiguiente ampliación del concepto "sociedad civil", de modo que proscriben a la asociación el fin de obtención de ganancias. COVIAN JUNCO atribuía a la asociación "cualquier objeto que no sea el de obtener ventajas pecuniarias". Cualquier tipo de ventaja patrimonial, en consecuencia, nos coloca ante una sociedad. Lo que se confirma más adelante cuando califica de sociedad "las agrupaciones con exclusivo fin de lucro y de asociación las notoriamente ajenas a él"[167].

La asociación busca un "fin más noble y es imposible negarle un carácter público. ...Puede buscar ventajas de orden extrapecuniario o no valorables en dinero"[168]. Para explicar, entonces, la inclusión de cooperativas y mutuas en la Ley de Asociaciones de 1887- cuyo art. 1.3º decía "*Se regirán también por esta ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de*

[166] LOUZAO, "Las personas jurídicas", *cit.*, págs. 242 y 243. La distinción la realiza a los efectos de exigir unas mayores garantías a las sociedades que a las asociaciones, que impidan o limiten los daños que aquéllas pudiesen inferir a la sociedad. Obsérvese que el planteamiento es el inverso al generalizado en esta época, que, de cara al orden social, consideraba peligrosas las asociaciones sin ánimo de lucro e inocuas las sociedades. Siendo como está comentando los arts. 1.665 y ss. sorprenden estos términos, que parecen más predicables de las sociedades comerciales. A pesar de que no se utilicen en sentido estrictamente técnico, destaca al amplitud que se da a esa -un tanto imprecisa- idea de "interés particular", trasunto de la idea de lucro en sentido amplio.

[167] Ambas citas, en COVIAN JUNCO, *op. cit.*, págs. 691. Desde la óptica actual habría que matizar que la sociedad puede tener otros fines, además del de lucro.

[168] COVIAN JUNCO, *op.cit.*, pág. 691 y 692. Se supone que el "carácter público" de que habla el autor, ha de entenderse referido al fin y no a la asociación en sí, y que ha de interpretarse simplemente como "no particular" en el sentido de "no de lucro", y no -parece claro- como fin propio de una entidad pública.

producción de crédito y de consumo"[169]-, el autor las denomina "entidades colectivas de carácter mixto"[170].

Entre los civilistas se cuentan entre esta postura, entre otros, DE BUEN, que se apoya en el dato aportado por el art. 1.678 del Código civil sobre la sociedad particular, que tiene por objeto el uso de una cosa sin exigencia de que produzca frutos[171]. Efectivamente, el conflictivo supuesto de la sociedad que tiene por objeto el mero uso de una o varias cosas determinadas (art. 1.678 del Código civil, que dice que la sociedad puede tener por objeto "*el uso de cosas determinadas, una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte*"), ha obligado a la doctrina no sólo a realizar un esfuerzo en orden a la distinción de este supuesto respecto a la comunidad de bienes[172],

[169] Este párrafo 3º del art. 1º, fue introducido por el dictamen de la Comisión mixta encargada de conciliar las opiniones de los dos Cuerpos Colegisladores, publicado en el apéndice primero al nº 94, del *Diario de las sesiones de Cortes*, Congreso, sesión de 14 de mayo de 1887.

[170] En estas colectividades, explica este autor, "muchas de ellas antiguos gremios, no se prescinde de la idea de lucro; al contrario, puede decirse que es el motivo determinante, siendo el recreo, la ilustración, etc., de sus miembros, meros accesorios con los que se intenta muchas veces disfrazarlas; *vid*. COVIAN JUNCO, *op. cit.*, pág. 692.

[171] DE BUEN, *Derecho Civil Común*, tomo II, Madrid, 1940, pág. 123.

[172] La distinción entre sociedad -especialmente la sociedad particular que tiene por objeto la explotación de un bien determinado- y comunidad de bienes ha suscitado desde antiguo la atención de la doctrina: sin ánimo de exhaustividad, puede citarse a MUCIUS SCAEVOLA/CASTAN TOBEÑAS, *Código civil XXVI-1º*, págs. 512 a 522; LOIS ESTEVEZ, "La distinción de condominio y sociedad", *RGLJ*, 1947, t. 181, págs. 761 y ss; BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, especialmente, cap. II; MIQUEL GONZALEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol 2º, Edersa, Madrid, 1985, pág. 36 y ss.; CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil...*, tomo XXI, vol 1º, págs. 132 y ss; PAZ-ARES, *Comentarios...*II, *cit.*, págs. 1369 y ss.; ALBALADEJO GARCIA, "La distinción entre sociedad y comunidad", *AC* 1995-3, págs. 669 y ss.; TENA PIAZUELO en *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LOIS ESTEVEZ alude a unos ejemplos -recogidos por muchos autores posteriores- de situaciones que podrían ser calificadas como sociedad particular o como comunidad de bienes: varios agricultores se asocian para construir un molino para moler el grano de sus fincas; varios vecinos de una pequeña aldea se asocian para sufragar un generador de energía eléctrica, etc. LOIS ESTEVEZ, "La distinción...", *cit.* págs. 680 a 684. Aunque discutida, la solución para estos casos dudosos, pasa por entender que la comunidad se caracteriza por la utilización y el aprovechamiento estático de un bien, mientras que la sociedad trata de realizar una explotación dinámica del bien *con la finalidad de conseguir unas ganancias y partirlas*. Esta es la postura de BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad...op. cit.*, pág. 53; LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos...*II-vol.2, *cit.*, pág. 280, que añade además, la nota de la personalidad jurídica que acompaña a la sociedad, y de la que carece la comunidad; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales, El Registro de la Propiedad, La posesión*, Civitas, Madrid, 1995 (4ª ed.), pág. 908, donde propugna el criterio citado, para los casos en que el estado de unión de intereses obedezca a la voluntad de las partes, pues cuando la concurrencia de una pluralidad de derechos en una masa patrimonial es incidental, de modo que se ha producido sin mediar voluntad de las partes, es claro, para el autor, que se

sino a considerar la posibilidad de que, del mismo Código civil, pueda desprenderse un concepto de lucro más amplio, que admita los supuestos de lucro no consistente en rentas partibles sino en la ventaja que se deriva del uso de una cosa. Enseguida volveremos sobre la cuestión conexa: la diferenciación de una sociedad de este tipo, respecto de una asociación que permite el uso de los bienes pertenecientes al patrimonio asociativo.

En cierta manera, parece sostener un amplia noción de lucro, LACRUZ BERDEJO, cuando pone el ejemplo de una cooperativa que se limita a facilitar a sus socios un producto a precio de coste; estima que se trata de una sociedad y no una asociación, porque facilita el lucro, recurriendo a la ficción de que "es como si se lucrara ella y repartiera la ganancia inmediatamente"[173]. También con referencia al Código civil, se pronuncia por una noción amplia de lucro societario, MARTI SANCHEZ[174]. Por su parte, DE LA CAMARA ALVAREZ, estima debe conservarse la idea de ánimo de lucro como caracterizadora del contrato de sociedad, pero entendida como cualquier tipo de *ventaja patrimonial*, aunque no consista en un beneficio o excedente patrimonial susceptible de ser repartido[175].

Entre los mercantilistas, URIA dice abiertamente que la ventaja económica puede consistir en evitar pérdidas o gastos[176].

trata de una comunidad; también CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil...*, tomo XXI, vol 1º, págs. 135 y 136. Una acertada reflexión sobre el problema, es la realizada por TENA PIAZUELO en *La caracterización de la sociedad civil...cit*. El autor, tras el estudio de una completa recopilación doctrinal y jurisprudencial, llega a la conclusión de los criterios de distinción entre un fenómeno jurídico y otro, tienen en sí mismos una eficacia muy limitada, siendo lo realmente importante la búsqueda del régimen jurídico aplicable a situaciones de dudosa calificación; régimen que por otra parte, no necesariamente ha de resultar de la aplicación íntegra del régimen de la sociedad o de la comunidad, sino que puede tener un contenido no uniforme, que integre preceptos de uno y otro regímenes; *vid. op. cit.*, págs. 195 a 197.

[173] LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos*...II-vol.2, *cit.*, pág. 276. En mi opinión, quizá no sea necesario acudir a esta ficción, ni a la idea de un lucro "oblicuo o indirecto", para hablar de sociedad, sino admitir sencillamente, que junto al lucro en sentido positivo, puede hablarse de un lucro obtenido por "gasto no realizado" o "gasto cesante", lucro que va directamente a los asociados "sin pasar por el ente", si se me permite la expresión. En otro lugar de la obra, y al hilo de la interpretación del art. 35, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO trasladan del "ánimo de lucro" a la nota del "interés particular" la clave de la distinción; *vid.* LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 1, *cit.*, págs. 267 y 268.

[174] MARTI SANCHEZ, "El contrato de sociedad en Derecho codificado español, con especial referencia al Código civil (Reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional)", *RDM*, nº 193-194, julio-diciembre 1989, págs. 716 y 717.

[175] DE LA CAMARA ALVAREZ, "El contrato de sociedad ¿crisis del concepto?", *cit.* pág. 482.

[176] URIA, *op.cit.*, pág. 166, refiriéndose a la sociedad mercantil, exige un "ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan".

MENENDEZ MENENDEZ habla de una "tercera vía" que evita acudir a una ampliación del concepto de sociedad en el que desaparece el ánimo de lucro como elemento causal del contrato, vía que en su lugar, amplía la noción de lucro para estimar que hay sociedad siempre que la entidad colectiva se constituya para proporcionar a los socios una ventaja económica aunque no consista en un beneficio repartible[177]. GARRIDO DE PALMA sostiene que la configuración del tipo sociedad civil tiene un ámbito de aplicación que abarca supuestos que incluyen la puesta en común por los socios para obtener ventajas económicas, aunque no consistan en un lucro obtenido por las relaciones de la sociedad con terceras personas (producción o cambio de bienes o de servicios)[178].

En la doctrina sobre asociaciones sin ánimo de lucro mantienen esta postura LOPEZ-NIETO[179] y FUERTES LOPEZ[180].

Al hablar de la sociedad civil, la Jurisprudencia suele insistir en la intención de obtener una ganancia común, y que esta ganancia o las pérdidas, han de ser repartidas entre los socios, pero es poco frecuente que se pronuncie acerca de si otras posibles ventajas económicas son o no lucro societario. Con todo, sí que encontramos ejemplos de un concepto de lucro en sentido lato, que incluye en el mismo cualquier tipo de ventaja patrimonial.

La STS 23-3-1954 (RJ 1954/1000) calificó de sociedad, -"sociedad mutualista"- una agrupación de propietarios de coches para participar en las pérdidas que a cada uno pudiera originar la incautación de los mismos; la STS de 21-11-1969 (RJ 1969/5059), dice que la ventaja patrimonial puede estar representada, simplemente, por el goce de unos servicios comunes, (se trataba del goce de unos servicios urbanos comunes (agua, alumbrado, alcantarillado, caminos...), de modo que se califica como sociedad civil de propietarios de Portinyol). Respecto a esta sentencia, ya vimos que

[177] MENENDEZ MENENDEZ, "Sociedad anónima y fin lucrativo", *cit.*, pág. 175.

[178] GARRIDO DE PALMA, "Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil", *RDP*, 1972, págs. 759 y ss. Posteriormente en las diversas ediciones de *Las sociedades de capital*, -la última que he manejado es la 3ª, Trivium, Madrid, 1992- puntualiza y distingue entre la finalidad de ánimo de lucro y finalidad de obtención de ventajas económicas.

[179] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, pág. 46.

[180] FUERTES LOPEZ, *Las sociedades deportivas*, Pons-Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Leon, 1992, págs. 50 y 51.

en estos casos de asociaciones de propietarios, se manifiesta, a los efectos de su calificación como asociación o como sociedad civil, el debate acerca de la extensión del ánimo de lucro. En este mismo sentido, la STS 18-11-1986 (RJ 1986/6442).

Es decir, existe ánimo de lucro en cuanto los socios o partícipes de la entidad colectiva obtienen un efectivo ingreso o logran un menor gasto (o coste) como consecuencia de las operaciones que la entidad realiza. Se trata de una economía no rediticia, es decir, que no se obtiene por vía de rentas y que tiene su origen en la actividad de la propia entidad.

Esta idea nos permite enlazar con una cuestión conexa: si hay asociaciones que permiten a sus asociados el uso de bienes asociativos, e incluso, tienen por finalidad el goce de unos bienes o servicios comunes (cfr. STS 21-11-1969), han de diferenciarse del supuesto del art. 1.678 del Código civil.

Aplicación a un supuesto concreto: el ánimo de lucro en las asociaciones que permiten el uso de los bienes del patrimonio asociativo y su distinción respecto a las sociedades del art. 1.678 del Código civil

La cuestión subsiguiente es pues, establecer el criterio diferenciador entre las sociedades civiles cuyo objeto es el uso de una cosa determinada (art. 1.678 del Código civil) y las asociaciones sin ánimo de lucro que permiten a los asociados el uso y disfrute de bienes pertenecientes al patrimonio asociativo (v.gr. unas instalaciones deportivas).

Y aquí es donde vuelve a entrar en escena el ánimo de lucro, pues es el ánimo de partir las ganancias que con dicho uso, empresa o ejercicio se consigan, lo que diferencia, según la opinión dominante, este tipo de sociedad civil tanto de la comunidad de bienes, como de las asociaciones sin ánimo de lucro. Por tanto, *la finalidad del uso* es el factor que permite deslindar una y otras figuras, pues en el caso de la sociedad, el uso de la cosa se hace con finalidad económica: obtener a consecuencia de ese uso, unas ganancias económicas que son objeto de reparto; en la asociación el uso se hace con un fin diferente que podríamos calificar de extralucrativo, (v.gr.

practicar el deporte que es justamente el fin para el que se constituye la asociación)[181].

PELLISE PRATS incide más en la fijación de cuotas para ese disfrute: en la sociedad las ventajas o provechos patrimoniales -aunque no sean estrictamente "ganancias", aludiendo al ejemplo de LOIS ESTEVEZ del molino construido en común para servicio de una pluralidad de personas- se obtienen en proporción a cuotas previamente establecidas; en la asociación la utilidad se obtiene del uso discrecional que cada asociado hace del instrumento común[182].

Me parece más convincente el primero de los criterios -el de la finalidad del uso-, pues, si bien es cierto que por motivos prácticos, en la asociación no se deberían fijar cuotas para el disfrute, -dado que si aquélla es esencialmente abierta, esas cuotas tendrían que estar frecuentemente en revisión-, nada impide, sin embargo, que dichas cuotas para el uso se fijen y adapten a las diversos cambios.

I.C.2 SEGUNDA SOLUCION: TEORIA QUE PRESCINDE DEL ANIMO DE LUCRO Y SITUA LA DIFERENCIA ASOCIACION/SOCIEDAD EN CRITERIOS ESTRUCTURALES U OBJETIVOS

La situación descrita los epígrafes anteriores ha propiciado la búsqueda de nuevos criterios de distinción entre las figuras de base personal. Y es que, la reflexión sobre nuestro propio Derecho positivo ha hecho ver a algunos autores que parte del mismo, responde a criterios propios de un sistema (el germánico) distinto del francés en el que parecía inspirado por completo el régimen de la sociedad (no el de la asociación).

En la distinción entre asociación y sociedad, el Derecho alemán y el suizo utilizan, frente al criterio teleológico, otros factores de

[181] Sobre la diferencia de la sociedad del art. 1.678 con la comunidad de bienes, hallamos una vastísima doctrina, como vimos; no así respecto de la asociación; con todo, puede citarse como apoyo de lo dicho, CARPIO MATEOS, *op. cit.,* pág. 770; LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, que lo enfocan de modo más objetivo: "para que haya sociedad civil será preciso que el uso produzca ya un lucro; y entonces lo fundamental es que este lucro represente una ganancia para la sociedad y -a través de ella- para los socios"; *vid*. LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos*...II-vol.2, *cit.,* pág. 276.

[182] PELLISE PRATS, *op. cit.,* pág. 74 y LOIS ESTEVEZ, *op. cit.,* pág. 681. Cfr. nota (201) de este capítulo.

distinción de corte objetivo: la estructura corporativa de la asociación frente a la estructura personalista del contrato de sociedad, que se manifiesta, v.gr., en la sustituibilidad de los miembros y la apertura del ente que existe en la asociación, frente el carácter *intuitu personae* de la sociedad; mientras la asociación es abierta y admite el cambio de miembros -de hecho, está pensada para un objeto que tiende a transpersonalizarse y permanecer-, la sociedad es cerrada, dado que se trata de una relación de *fiducia inter certas personas*, ligada a la vida de las personas y basada en un contrato inamovible[183].

Es cierto que la búsqueda de lucro o la búsqueda de otros fines origina diferentes modos de desenvolverse la vida de la agrupación. Sin embargo, según esta línea legislativa y doctrinal, el fin no tiene tanta entidad como para llegar al punto de determinar la estructura, que al fin y al cabo es lo que sirve para caracterizar la figura. Veamos unos trazos generales del estado de la cuestión en el Derecho alemán[184], para posteriormente exponer la acogida y utilización que de estos criterios se ha hecho en Derecho español.

I.C.2.a. Derecho alemán

[183] En este sentido, FERRARA, que acoge con entusiasmo estos criterios; *vid.* FERRARA, *op. cit.*, págs. 455 y 456.

[184] Del Derecho suizo, diré unicamente, que el Código civil contiene un concepto de sociedad civil, simple con el mínimo de elementos (art. 530), sin hacer referencia al ánimo de lucro y con función de servir de cauce para la subsunción de formas atípicas, según GIRON TENA, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pág. 28.

La doctrina suiza reconoce que las sociedades sea cual sea su forma, *-société simple, société en nom collectif, sociétés anonymes ou société coopératives-* se pueden constituir con un fin económico o mercantil o "but idéal", es decir, no económico o mercantil; *vid.* PERRIN, *Droit de l'association (art. 60-97 CC)*, Ed. Universitaires, Fribourg, 1992, págs. 12 y ss.; *vid.* también RIEMER, "Einleitung und Personenrecht Systematischer Teil und Kommentar zu art. 52-59 ZBG", *Berner Kommentar zumschweizerischen Privatrecht*, T.3/1, Staempfli, Berne, 1993. En el caso de las "*sociétés organisées corporativament*", el art. 52 prevé su inscripción en el *Registre du commerce* para obtener la personalidad jurídica.

Por otra parte, el art. 60, dentro del Título segundo a las Personas Jurídicas, el art. 60 del Código civil suizo, relativo a la constitución de las asociaciones sin fin económico, dispone "*Les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique acquiérent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement*". De lo que se infiere que hay una combinación de los dos criterios. Este artículo abre el capítulo dedicado a las asociaciones, y se refiere únicamente a éstas.

En Derecho alemán, sociedad y asociación se contraponen no por el fin, sino por la estructura organizativa jurídico-formal que una y otra revisten. El §705 del BGB no considera que la sociedad necesariamente deba tener un fin lucrativo:

> *"Por el contrato de sociedad se obligan los socios recíprocamente a procurar la consecución de un fin común en la forma determinada en el contrato, en especial a realizar las aportaciones pactadas"*[185]

Los §§ 21 y 22 distinguen, por su parte, dos categorías de asociaciones en función del carácter económico o no del objeto, o más correctamente, según su objeto sea o no la explotación (negocial) de una actividad económica (*"dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist"*)[186]. Es decir, la asociación regulada por los §§ 21 y ss. BGB, puede perseguir fines ideales, (*Idealvereine*) y fines económicos, (*Wirtschaftliche Vereine)*.

Junto a esto hay "asociaciones" sujetas a leyes especiales[187], tales como las SA sujetas a la *Aktiengesetz* AktG, SRL, reguladas por la *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* GmBHG, y las cooperativas, sujetas a la *Genossenschaftsgesetz* GenG.

De ello se infiere que la diferencia entre sociedad y asociación se encuentra en otros factores, que describe GIRON TENA[188]

1º las sociedades se basan en un contrato; las asociaciones en un estatuto

2º las sociedades suponen socios permanentes; las asociaciones cambiantes

---

[185] Transcribo la traducción del BGB de MELON INFANTE, en el apéndice de la trad. esp. del *Derecho civil* de ENNECERUS, Bosch, Barcelona, 1944. Otras traducciones hablan de "promover" en vez de "procurar".

[186] He empleado la expresión literal. MELON INFANTE, en *op.cit.*, traduce *Geschäftsbetrieb* por "finalidad", de modo que habla de asociaciones cuyo objeto no está dirigido a una finalidad económica".

[187] Dice VON TUHR "No obstante sus caracteres propios y las disposiciones a veces muy especializadas que las rigen, las sociedades que acabamos de mencionar (sociedades anónimas y en comandita por acciones -que se rigen por el Código de comercio- la sociedad de responsabilidad limitada,..., las cooperativas, etc.) entran en el concepto más amplio de asociación, como lo entiende el Código civil, lo cual ya se desprende de la letra del art. 22. Por tanto, las normas pertinentes del Código hallan aplicación complementaria en esta materia...", y en este sentido cita a KIPP, OERTMANN, LEHMANN y otros; *vid.* VON TUHR, *op.cit.*, pág. 127. Más recientemente, *vid.* WIEDEMANN, *Gesellschaftrecht*, I, Munich 1980, págs. 89 y ss.

[188] GIRON TENA realiza una prospectiva sobre el concepto de sociedad en Derecho comparado, en *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, págs. 26 a 29.

3º las sociedades se rigen por criterios de unanimidad; las asociaciones por criterios de mayoría, incluso para la modificación y adaptación de los Estatutos

4º las sociedades agrupan sus miembros con la fórmula de la mano común; las asociaciones, con la personalidad jurídica

5º los fines de las asociaciones son más importantes y permanentes que los de las sociedades

Son, según el autor dos modelos en torno a los cuales se agrupan los tipos específicos[189].

LEHMANN añade otra diferencia: en la sociedad, los socios están obligados entre sí al cumplimiento del compromiso de aportación, etc., mientras que en la asociación sólo existe una obligación frente a los órgano[190].

Decía que la asociación puede perseguir fines ideales (*Idealvereine*) y fines económicos (*Wirtschaftliche Vereine)*. La significación del concepto *"Wirtschaftlichen"*, como veremos, ha sido objeto de litigio desde la entrada en vigor del BGB[191].

La doctrina más reciente entiende que la *Wirtschaftlicherverein*, ha de cumplir las condiciones propias del Derecho particular de las sociedades anónimas (*Aktiengesetz*, AktG), de las sociedades de responsabilidad limitada (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit*

[189] Cuál sea luego, la categoría general que agrupe a ambas, es variable según los autores. Para GIRON, la interpretación del §705 ha dado lugar a un concepto jurídico-positivo genérico de sociedad, -en apoyo del concepto de sociedad como concepto genérico para todas las figuras de base asociativa cita a PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kommentare*, 1955, 14ª ed., 1955, pág. 681- que recoge cualquier tipo de sociedad, mientras no sea encuadrable en la definición de otro tipo legal, y cuyos elementos son, según GIRON TENA: carácter común del fin y colaboración o comunidad, también en promover su obtención. Para este autor "primeramente está el concepto general y rudimentario de sociedad para significar cualquier figura que corresponda al Derecho de sociedades. Este concepto es doctrinal, pero es, además, jurídico-positivo, en cuanto recognoscible en la sociedad del Derecho civil en la forma expuesta. Luego están las figuras -y organizaciones consiguientes- de sociedad y asociación o corporación, adaptadas a las peculiaridades de los fines a los que típicamente sirven, más modestos los de las sociedades y más importantes y permanentes los de las asociaciones". Es decir, no es el concepto general el de asociación, sino el de sociedad, y la adopción de una estructura u otra se hace en función de la importancia de los fines, no del carácter lucrativo o no de estos.

Para otros autores, es la figura de la asociación la que constituye el modelo de todos los grupos organizados en colectividad: son comunes las definiciones amplias de asociación como grupo duradero y organizado de personas que se unen para alcanzar un fin común. En este sentido, REUTER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, Algemeiner Teil, München, (2ª ed.) 1984, §54, nº 1 y referencias allí citadas.

[190] LEHMANN, *op.cit.*, pág. 640.

[191] Cfr. apartado I.F.1 de la sección primera de este capítulo.

beschränkter Haftung, GmBHG), o de las cooperativas (*Genossenschaftsgesetz*, GenG), según los casos, para la protección de los acreedores (garantía del capital), de los miembros (protección de las minorías) y de la colectividad (por medio de la publicidad)[192]. Esta, que parece ser la opinión dominante, ha dado lugar a varias categorías típicas de *Wirtschaftlicherverein*[193]:

1º Una asociación que ejerce una actividad como proveedora de bienes y servicios al mercado, con carácter permanente, planificada y a título oneroso, ejerce ciertamente las actividades correspondientes a la vocación típica de una SA o una SRL. Opera esta asociación en un campo en que la colectividad espera una responsabilidad equiparable a la que el Legislador exige a aquellas sociedades mercantiles; responsabilidad frente a los acreedores, que en estas se consigue, entre otros medios, por la aportación obligatoria de los socios al capital. Se espera en estas asociaciones que el simple derecho de retirada de los socios previsto en el §39 BGB como medio de protección de las minorías, sea reemplazado por medios que no les supongan el abandono de elementos del activo que, según los casos, pueden ser considerables.

2º Asociaciones que ejercen actividades económicas dentro de un "mercado interno", que se asemejan a unas cooperativas de consumo (v.gr. clubes del libro), previstas en el art. 1.5 *GenG* .

3º Asociaciones que desempeñan las mismas funciones que las cooperativas de trabajo asociado (art. 1.6 *GenG*): la central de taxis organizada en asociación, en la que sus miembros explotan sus taxis independientemente, coordinando la búsqueda de clientela y reduciendo costes. La Jurisprudencia alemana testimonia múltiples incertidumbres respecto a este tipo de asociaciones[194] y de hecho, como se constata en la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea que recoge una encuesta realizada recientemente (junio de

[192] Tanto es así, que en la práctica se adopta directamente una de estas formas especiales, siendo cada vez más infrecuentes las *Wirtschaftlichervereine* "puras". Hasta tal punto que la doctrina ha llegado a afirmar que el §22 carece de objeto actualmente; *vid*. SCHDMIT, "Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit", *AcP* , pág. 3.

[193] Dicha clasificación así como un resumen de las opiniones actuales en este punto puede verse en SCHDMIT, *Gesellschaftrecht*, 1991, pág. 557 y ss.

[194] Así lo testimonia SOERGEL-HADDING, *BGB*, *cit*., en la introducción a los §§21 y 22, nº 30 a 40.

1997) a los países miembros sobre diversos aspectos relativos al fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa, estas asociaciones no tienen, en cualquier caso, mas que un significado marginal y precisan de la autorización de la Administración pública correspondiente. De hecho, la noción de asociación está prácticamente circunscrita en Alemania a la *Idealverein*, tanto si posee personalidad jurídica como si no[195].

En Alemania se ha planteado si la "asociación *holding*", es decir, la que explota una empresa organizada, por medio de una participación exclusiva o mayoritaria en la misma, es una asociación con o sin fin lucrativo o económico. El *Bundesgeritshof* ha visto en ellas una asociación sin fin económico[196], mientras la doctrina mayoritaria defiende la tesis inversa[197], con distintos argumentos, en su mayoría centrados en la aplicabilidad de la legislación sobre concentración de empresas, en concreto en lo relativo a la influencia dominante que la asociación pueda ejercer sobre una sociedad de capitales, lo cual conlleva, en virtud de esta legislación, la aplicación de todas las medidas de protección de los acreedores previstas por la *AktG* y la *GmBHG*.

Todo lo dicho se entiende sin perjuicio de que si las actividades económicas representan sólo el objeto secundario de la asociación, para procurarse los fondos necesarios para la realización de sus objetivos, no pierde por ello el carácter de *Idealverein*. Esto es lo que se ha llamado "privilegio del objeto secundario". Ello implica según SOERGEL-HADDING, que la *Idealverein* puede disponer de un patrimonio de empresa, que supone una fuente de recursos, pero en todo caso, la "dirección de la empresa" es una actividad de "poca importancia" en relación a la importancia de la asociación[198]. No obstante, la práctica actual se muestra muy laxa en este sentido, pues los clubes de fútbol de la *Bundesliga*, se consideran, v.gr.

[195] COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "El fomento del papel de las Asociaciones y Fundaciones en Europa", Bruselas, 6-6-1997, COM (97) 241 final.

[196] *BGHZ*, Colección de las decisiones del Tribunal superior de Justicia de los años 1984 a 1988, citadas por SOERGEL-HADDING, *BGB, cit.*, en los nº 41 y ss.

[197] SOERGEL-HADDING, *BGB, cit.*, en la introducción a los §§21 y 22, nº 30 a 40; REUTER, *Münchener Kommentar...cit.*, §§21 y 22, nº 10 y 30 y ss.

[198] SOERGEL-HADDING, *BGB, cit.*, en la introducción a los §§21 y 22, nº 33 y ss., especialmente el nº 37.

asociaciones sin fin lucrativo, aunque a todas luces se constata que son actividades económicas *hechas a título principal*, ejercidas de modo estable, planificadas y remuneradas.

I.C.2.b. Derecho italiano

El criterio inspirador del BGB tuvo un especial eco en la doctrina italiana, a través de FERRARA, que sostuvo que la cualidad del fin (lucrativo o no lucrativo) no influye en la esencia de la relación. "En cuanto al Derecho italiano -dice FERRARA- es de observar que si debe considerarse vinculante la definición que da nuestro Código (1697[199]), restringiendo el concepto de sociedad a las sociedades lucrativas, nada impide reconocer como contrato innominado afín a la sociedad, toda coligación de personas para la consecución de un fin desinteresado, sin que por esto estemos obligados a confundir esta forma con la asociación que es otro tipo de coligación, que tiene solo de común con aquella el no haber sido regulada por el legislador". Es decir, en Derecho italiano siguiendo en parte el criterio alemán, cabe diferenciar, según este autor, entre las sociedades en sentido estricto (con ánimo de lucro), las sociedades sin fin de lucro (contrato innominado afín a la sociedad) y en contraposición a estas dos, las asociaciones en sentido estricto. Nótese, no obstante, que alude al tipo de "fin desinteresado".

En la sociedad, según FERRARA, hay una coligación de elementos fijos, una coligación inmóvil de personas entre las que se da una relación fiduciaria *inter certas* personas. En la asociación, hay una coligación de elementos variables: la puerta está abierta y ahí radica su fuerza, en que el número de socios es ilimitado. Esto es, mientras en la sociedad la cooperación está ligada a la individualidad de sus miembros, en la asociación se cuenta con la contribución de capital y trabajo que suministran sus miembros, sin consideración a su personalidad y por consiguiente, prescindiendo de su variación[200] . Esta tesis es objeto de crítica por parte de

[199] FERRARA, *op. cit.,* pág. 456. La referencia es respecto al Código de 1865.

[200] FERRARA, *op. cit.,* pág. 455.

RUBINO, puesto que considera que tal afirmación se basa en las características normales, que pueden faltar[201].

Tras la aprobación del *Codice* de 1942, la corriente que fija en el fin lucrativo la frontera asociación/sociedad, vuelve a cobrar fuerza, y así, el art. 2247 define el contrato de sociedad como

> *"Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili"*

Recientes estudios sobre el tema, han calificado de personas Jurídicas de "fisonomía no lucrativa"[202], las contenidas en el título I del Libro I del Código civil italiano de 1942 (distinguiendo, eso sí, entre personas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado; entre estas últimas se incluyen las asociaciones y las fundaciones).

Aunque es común entre la doctrina italiana dar un concepto amplio de asociación, sin aludir al requisito de ánimo de lucro (su presencia o ausencia)[203], la autorizada opinión de GALGANO dice

---

[201] RUBINO, *op.cit.*, págs. 22 y 23. De hecho, puede haber asociaciones cerradas y sociedades abiertas: baste ver la auténtica fungibilidad de los socios en las sociedades anónimas, frente a las limitaciones estatutarias impuestas al ingreso en determinadas asociaciones, de modo que las convierten en cerradas. En efecto, nada impide, en mi opinión, que en el momento de la constitución, se fije el número de socios o las condiciones de ingreso en la asociación que en sí mismas consideradas, hagan limitado el número: v.gr. exalumnos de una determinada promoción. Por otra parte, en una SA habrá un aumento del número de socios, sin que por ello la sociedad se transforme, si se decide una ampliación del capital.

[202] Expresión utilizada por el Gruppo di Studio Società e Istituzioni, *Fondazioni e associazioni; Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, Maggioli Editore, San Marino, 1995, pág. 244. Las propuestas de reforma van en la línea de conservar el fin de lucro como elemento diferenciador.

[203] Así, RUBINO, define en sentido amplio la asociación como "un fenómeno por el cual dos o más personas vienen a encontrarse jurídica y establemente vinculadas por la persecución de un fin común". Gira este concepto en torno a cuatro elementos:

-participación de al menos dos sujetos en la fase constitutiva; el número posteriormente puede variar

-fin común: "Es preciso,..., que la presencia del fin único sea el resultado de una determinación consciente concluida mediante acto voluntario de todos los copartícipes o de la autoridad"

-vínculo jurídico que liga a los miembros entre sí con la mira de la persecución del fin común. Esto diferencia a la asociación de otros fenómenos asociativos en sentido amplio, pero que escapan de la esfera jurídica para entrar en las simples relaciones consuetudinarias

-estabilidad del fin y del vínculo. De este modo, la asociación entra en la categoría de los contratos de tracto sucesivo o duración, distinguiéndola de aquellos otros actos, que aún teniendo todos los requisitos asociativos, se extinguen con un único acto de ejecución; RUBINO, *op.cit.*, págs. 14 a 21.

También da un concepto lato de asociación, entre otros, AURICCHIO: "la asociación es la organización estable de varios sujetos para la gestión de un interés común"; *vid.* AURICCHIO,

que, con los datos que aporta el *Codice*, cabe perfectamente dar una noción de asociación en sentido estricto, caracterizada por

a) la naturaleza ideal del fin, que ha de entenderse no lucrativo, ya que, si bien ello no está explícitamente mencionado, puede desprenderse con facilidad de su articulado[204];

b) la estructura personal abierta, de modo que no se precisa ninguna modificación de los estatutos en caso de ingreso o baja de un socio[205];

c) la organización interna de tipo colectivo o corporativo, caracterizada, según este autor, por la presencia de órganos deliberantes y ejecutivos[206]. Añade que la sociedad capitalista es el prototipo de organización corporativa, pero ello no significa que este sistema de organización sea prototipo de este tipo de sociedades[207].

Es decir, junto a una indudable acogida del criterio corporativo, no se elimina el ánimo de lucro como nota diferencial.

Las últimas tendencias siguen estableciendo el elemento de distinción en la prohibición de reparto directo o indirecto de beneficios (concepto amplio de lucro). La doctrina italiana moderna considera que el criterio causal de distinción entre los diversos tipos societarios (*società lucrativa*, *cooperativa*, *consorzio*) y entre estos y las *associazioni in senso stretto*, no puede entenderse superado y sustituido por un criterio estructural, aun a la vista de la nueva definición del consorcio (nuevo art. 2.602, cit.) y la posibilidad de utilizar el tipo societario para fines mutualísticos (art. 2615*ter*). *De jure condendo*, según MARASA, puede afirmarse que el tipo societario, sea ordinario o no

a) puede ser utilizado para fines económico-mutualísticos de los socios, distintos de lucro en sentido estricto

---

voz "associazione riconosciute", *Enciclopedia del Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 873. Dado que el *Codice* no define a las asociaciones, AURICCHIO estima que sólo cabe un concepto estricto, delimitándolo en sentido negativo: una categoría que comprenda todo fenómeno asociativo distinto de la sociedad y el consorcio.

[204] En especial del art. 24.4º, que prevé que en caso de baja de uno de los miembros de la asociación, éste no goza de ningún derecho sobre los bienes de aquella; *vid.* GALGANO, *Diritto civile e Commerciale,* vol. I, *cit.*, págs. 199 y 200. En este mismo sentido, FERRI, *La società*, UTET, Torino, 1985, págs. 10 y 11.

[205] GALGANO, *Diritto civile e Commerciale,* vol. I, *cit.*, págs. 206 a 208.

[206] GALGANO, *Diritto civile e Commerciale,* vol. I, *cit.*, págs. 208 y 209.

[207] GALGANO, "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", *cit*., pág. 37.

b) no puede utilizarse sino para desarrollar en común una actividad económica, la cual va a ser considerada en cualquier caso el mínimo común denominador[208].

Paralelamente a esto, la Jurisprudencia italiana, que exige a las organizaciones con fin lucrativo que adopten una de las seis formas societarias previstas en el libro V del *Codice*, ha aceptado abiertamente la compatibilidad de la prohibición de distribución de beneficios con el desarrollo de actividades en forma de empresa[209].

I.C.2.c. Acogida de estas teorias en Derecho español: análisis de la estructura corporativa de la asociación y sus características

Sin desconocer que algunos civilistas como DE DIEGO, ya acudieron a otros criterios en la distinción, apartándose del criterio finalista como único y exclusivo[210], es entre los mercantilistas donde empezó a darse un viraje en la concepción general del Derecho de sociedades y de la figura de la sociedad, hacia criterios de distinción diferentes del lucro.

Antes apuntaba que en el sistema español conviven dos criterios de origen y esencia contrapuestos. El profesor GIRON TENA en los años cuarenta, inicia esta recepción de los criterios germánicos, al constatar que el Derecho positivo español, presenta unas diferencias respecto al francés, que no justifican la fiel adscripción al mismo de nuestro Ordenamiento.

En primer lugar, porque el art. 36 del Código civil, que no tiene parangón en el Código francés, explicita la función genérica del régimen propio de la sociedad en sentido amplio, al que se sujetan

[208] MARASA, *Le "società" senza scopo di lucro*, Giuffrè Editore, Milán, 1984 , págs. 643 y 645

[209] MARASA, "Attivita imprenditoriale e scopi mutualistici...", *cit.*, págs. 189 a 197, especialmente, 196 y 197 y jurisprudencia allí citada.

[210] La recepción de tales criterios la realiza a través de FERRARA. Así, CLEMENTE DE DIEGO constata que entre otras diferencias, la sociedad consta de elementos fijos, y apenas falta uno de ellos, se extingue, mientras que la asociación consta de elementos movibles; *vid.*, *Curso elemental...*, II, *cit.*, pág. 234. Por su parte, TRAVIESAS, se ha cuestionado desde un principio la nota del ánimo de lucro en la sociedad civil, al preguntarse -sin dar respuesta alguna- en *op.cit.*, pág. 206, qué sucedería si los socios ponen en común bienes, dinero o industria con ánimo de repartir las ganancias con terceros o sin ánimo de repartir las ganancias. La respuesta a la primera cuestión sería, en mi opinión, que o bien se trata de una estipulación en favor de tercero o si la razón de otorgar tales beneficios a terceros es que éstos habían colaborado en algo con la actividad de la asociación, quizá hubiera otro contrato de sociedad entre una sociedad civil y otra persona. En la segunda cuestión late, bien la existencia de una sociedad para el uso de una cosa, bien la de una simple comunidad de bienes.

las llamadas "asociaciones de interés particular" previstas en el art. 35.2 del Código civil que se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

En segundo lugar, el Legislador, separándose del criterio francés, -donde el ánimo de lucro es consustancial a toda sociedad, sea civil o mercantil-, adoptó para las sociedades mercantiles el criterio germánico de la forma de organización. A partir de la LSA de 1951, las SA eran declaradas mercantiles, cualquiera que fuera su objeto, incluso aunque no fuera lucrativo-económico. El art. 3 TRLSA DE 1989, se inscribe plenamente en el criterio organizativo estructural al decir que "*la sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta ley*".

En tercer lugar, el ánimo de lucro fue utilizado para discriminar figuras por los motivos de control político-policial a los que aludí anteriormente[211].

Estos factores le llevan a prescindir del ánimo de lucro para formular un concepto de sociedad general y basar la distinción entre las figuras en criterios estructurales; mientras las asociaciones son "organizaciones que piensan en unos fines permanentes e impersonales, (las sociedades piensan) en objetivos adscritos a las personas de los socios y temporales"[212].

Los elementos del concepto sociedad son, según FERNANDEZ DE LA GANDARA, que recoge la teoría de GIRON, el origen negocial y la comunidad de actividad y de fin entre los miembros asociados. Lo decisivo, a su vez, para distinguir dentro de las figuras de tipo societario, es que el objeto principal sea económico y suponga la producción o el intercambio de bienes o servicios valorables en dinero, aun sin ánimo de lucro o de reparto de ganancias[213].

---

[211] Estos tres criterios los he tomado de GIRON TENA, *Sociedades. Parte General. cit*., págs. 8 a 10, aunque las primeras obras en que expuso este criterio son anteriores: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en el Derecho español", *RDM*, 1947 y de modo más completo, "Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho", *RDP*, 1954, págs. 369 y ss.

[212] GIRON TENA, *Sociedades. Parte General, cit*., pág. 6.

[213] GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I, *cit*., pág. 30 y FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad...cit*., págs. 331 y 332. También recogieron prontamente la doctrina iniciada en

Con base en la doctrina de GIRON, PAZ-ARES realiza un esfuerzo para "corregir el Derecho defectuoso" y "eliminar de la definición legal de sociedad civil el elemento del ánimo de lucro", pues no es criterio idóneo para seleccionar la disciplina aplicable. Acude a las "diferencias estructurales que existen entre la realidad social "sociedad" (grupo cerrado de estructura contractual) y la realidad social "asociación" (grupo abierto de estructura corporativa)" y habla de ésta como "tipo corporativo que se construye en función de la institucionalización y despersonalización del fin y, consiguientemente, se estructura como persona jurídica plena, independiente de las vicisitudes personales de los socios, dotada de autonomía patrimonial total (limitación de responsabilidad), régimen colegial (mayorías, convocatorias, etc.) y neta diferenciación de órganos deliberante (asamblea general) y de administración (junta directiva) (v. arts. 3.2 y 6 L. Asoc.)"[214].

Los dos grandes grupos según este autor son entonces, las sociedades de estructura personalista (sociedades contractuales), de las que el tipo básico es la sociedad civil[215], y las sociedades de estructura corporativa (sociedades estatutarias), de las cuales, correlativamente, el tipo básico es la asociación[216].

La aprobación de la LAIE en 1991 es, según PAZ-ARES, fruto legislativo de la tesis de GIRON TENA, pues el art. 2.2º de dicha Ley, ya citado, le parece indicativo del desplazamiento del centro de gravedad del sistema societario, que tal vez, nunca estuvo correctamente emplazado[217].

España por GIRON, GONZALEZ ORDOÑEZ, en "Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedad civil y sociedad mercantil y sus consecuencias prácticas", *RDM*, 1956, págs. 69-70 y GONDRA ROMERO, "Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española", *RDM*, 1976, pág. 351, así como SANCHEZ CALERO, desde 1961, (en *Curso de Derecho del seguro privado*, I, Bilbao, 1961, págs. 64 y ss.) hasta la actualidad, como iremos comprobando.

[214] PAZ-ARES, *Comentario*...II, *cit*., págs.1307 a 1313.

[215] En otro lugar calificadas de "grupo cerrado de estructura contractual", *Comentarios*...*op. cit.*, pág. 1.313. Se incluyen en este grupo desde las sociedades personalistas de estructura más perfecta (sociedad colectiva, sociedad comanditaria, agrupaciones de interés económico) hasta las más imperfectas (cuentas en participación, agrupaciones temporales de empresa, etc.)

[216] Correlativamente, calificadas de "grupo abierto de estructura corporativa", Comentarios...*op. cit.*, pág. 1.313. Según este criterio, se incluyen también en este grupo la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad cooperativa, la sociedad de responsabilidad limitada, etc.

[217] PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit*. pág. 732.

SANCHEZ CALERO también ha adoptado para el concepto amplio de sociedad mercantil un criterio más amplio, que prescinde del ánimo de lucro como causa de la sociedad, atendiendo más bien a la finalidad estructural del contrato. La causa ha de buscarse, según este autor, en el propósito de crear una organización que ha de servir para que los socios puedan alcanzar otros fines comunes[218]. En apoyo de esta afirmación: los citados artículos de las LSA, y de LSRL, así como la calificación societaria tanto de las Cooperativas, las Mutualidades, como de las AIE, compatibilizándola con la exigencia legal expresa o tácita de la falta de ánimo de lucro. Se llega así a un concepto de sociedad tan amplio como "una asociación de personas que quiere conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la Ley"[219].

Esta línea doctrinal ha sido recogida y adaptada a nuestro sistema por un sector de la doctrina civilista. PANTALEON sostiene que la estructura corporativa, organizada estatutariamente, caracteriza a las asociaciones frente a las sociedades agrupadas contractualmente, según esquemas personalistas. La estructura corporativa se caracteriza por estar desligada de las personas de los singulares asociados, basada en una constitución -los estatutos-, e independizada de los fundadores. Como vimos en el capítulo 1, PANTALEON propone para designar el conjunto de asociaciones (o sociedades) de estructura, precisamente, *corporativa*, la denominación de "corporaciones jurídico-privadas", frente a las que están estructuradas por esquemas personalistas a las que denomina "sociedades contractuales" (Sociedad civil, Sociedad Colectiva, Sociedad Comanditaria, AIE, Cuentas en participación, etc.).

En el ámbito de las "corporaciones jurídico-privadas" utiliza un criterio objetivo, para distinguir las *asociaciones en sentido estricto*, cuyo objeto principal no puede ser una actividad económica (Asociaciones de la Ley de 1964, Sindicatos, Partidos políticos, Asociaciones religiosas, etc.), de las *sociedades* que él denomina *estatutarias*, que ejercitan actividades económicas, con o sin ánimo de

[218] Este autor estima que este criterio sigue siendo válido para la configuración de las sociedades civiles, pág. 239.

[219] SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 211.

lucro, como objeto principal (SA, SRL, Sociedad Comanditaria por acciones, Sociedad cooperativa, etc.)[220].

Hasta la edición de su *Sistema de Derecho civil* de 1997- DIEZ-PICAZO y GULLON se adscribían a la línea tradicional[221]; sin embargo en la edición de 1997 acogen -o al menos, reflejan- las modernas tesis de diferenciación en torno al criterio de la estructura corporativa.

En el mismo sentido, MARIN LOPEZ se hace eco de esta tendencia, aunque no prescinde del criterio causal[222]. Añade este autor la sugerente idea de que "al amparo de la autonomía de la voluntad en materia societaria (arts. 22.1 CE, 1.255 CC y 117 CCom), cabe que las sociedades civiles y las colectivas adopten una estructura corporativa, aunque sin alterar las reglas de responsabilidad frente a los terceros establecidas por la ley"[223].

Sobre esta relación estructura-régimen de responsabilidad volveré enseguida, y las manifestaciones concretas en la asociación de tal organización corporativa las veremos en el capítulo 5.

En mi opinión, desde un punto de vista teórico-doctrinal no hay graves inconvenientes en acoger la tendencia citada que propugna los criterios estructurales para la distinción de figuras, tendencia que se ha defendido con ardor al calificarla de "evolución ya imparable hacia la degradación del ánimo de lucro a un mero rasgo tipológico sin valor conceptual"[224], y el mismo DE LA CAMARA ALVAREZ, afirma que los fenómenos descritos evidencian una erosión del criterio del ánimo de lucro, que hacen que el centro de gravedad del sistema societario se haya ido desplazando desde el polo de los criterios causales al ámbito de los criterios estructurales[225].

---

[220] PANTALEON PRIETO, *op. cit*., págs. 40 y ss.

[221] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema...,* vol. II, *cit*., págs. 514 y 516.

[222] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit*., págs. 210 y 211.

[223] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit*., pág. 211.

[224] PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit*. pág. 742.

[225] En este sentido, "el reconocimiento paulatino de figuras societarias no lucrativas representa también un factor determinante para la reconstrucción del concepto de Sociedad al margen del fin lucrativo"; *vid.* DE LA CAMARA ALVAREZ, "El contrato de sociedad ¿crisis del concepto?", *cit*. pág. 480; en la misma línea, PAZ-ARES, *Comentario*...II, *cit*., pág. 1.309.

Pero como el mismo PAZ-ARES reconoce, mientras el Legislador no se decida a poner orden en esta materia, es decir, mientras estén vigentes los arts. 1.665 del Código civil y 116 del Código de comercio, cuya rotundidad impide una interpretación como la propuesta, se tratará tan sólo de una visión de *lege ferenda*.

Si se quiere mantener la postura tradicional que fija la clave de distinción de la asociación respecto a otras figuras afines, en el elemento teleológico, como por otra parte, parece ser la tendencia del Legislador actual, estatal y autonómico, la respuesta se halla, a mi entender, en la prohibición de reparto directo o indirecto de beneficios: es decir, *desde el momento en que se obtiene una ventaja patrimonial individualizada*, -ya sea un aumento patrimonial, ya consista en un ahorro por el acceso a unas condiciones más ventajosas en la producción o por la evitación de una disminución patrimonial-, *que repercute en el patrimonio de cada socio, de modo que puede apreciarse que hay una relación de causalidad entre la actividad de la agrupación y su ganancia efectiva o su gasto no realizado, ha de negarse el carácter de asociación porque hay enriquecimiento individual contabilizable.*

Si tal individualización o "reparto" no se produce, sino que lo que se consigue mediante la actividad asociativa son ventajas genéricas para un colectivo o dicho de otro modo, la *tutela de los intereses patrimoniales de sus miembros* que no se traduce directamente en un aumento patrimonial individualizable conseguido como consecuencia directa de actividad de la asociación, puede mantenerse sin problemas que nos hallamos ante asociaciones sin ánimo de lucro.

Ni la llamada causa mutualista en sentido amplio ni la de uso y disfrute, son de ningún modo incluíbles en el ámbito de la Ley, y tampoco en el de la pensable figura de la asociación en sentido estricto, y de hecho esta es la postura del ALODA de 1997.

El panorama descrito quedaría incompleto si olvidáramos que nos hallamos ante una figura que es fruto del ejercicio de un derecho fundamental; por ello, paso a ocuparme de la incidencia que el elemento teleológico (el ánimo de lucro o su ausencia) pueda tener de cara a la subsunción de una figura en el art. 22 CE.

I.D. EL ANIMO DE LUCRO EN RELACION A LA INCLUSION DE LAS SOCIEDADES CON FINES LUCRATIVOS (CIVILES O MERCANTILES) EN EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Como ha quedado dicho en repetidas ocasiones a lo largo del presente trabajo, tras la promulgación de la Constitución de 1978, el estudio de las asociaciones sin ánimo de lucro ha de hacerse a la luz del art. 22 de la Carta Magna. Desde el punto de vista de la influencia que la presencia de la nota del ánimo de lucro puede tener en la inclusión de una figura asociativa en el ámbito del art. 22, hay que recordar que este artículo dice en su párrafo 1º, simplemente que "*Se reconoce el derecho de asociación*" y lo único que prohibe son "*las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar*" en el párrafo 5º[226].

Sobre la base del Fuero de los españoles, PELLISE PRATS apuntaba que el derecho de asociación comprende la libertad de adoptar cualquier forma del fenómeno asociativo, aun cuando sea con la asociación *strictu sensu*, donde este derecho alcance su mayor significación. Así se entenderá también, que hace uso de su derecho de asociarse el que forma con otro una sociedad mercantil[227].

A la vista del texto constitucional actual, las opiniones se dividen. Gran parte de los constitucionalistas rechaza la inclusión de las sociedades mercantiles en este derecho de asociación: DE ESTEBAN y GONZALEZ-TREVIJANO, indirectamente, al incluir en el derecho de asociación solamente las "no lucrativas"[228] o explícitamente, GARCIA MORILLO, que distingue las asociaciones de las sociedades (mercantiles) "cuya etiología es bien distinta y cuyo reconocimiento constitucional se realiza más bien que sobre la

[226] En Derecho comparado europeo sólo hay un texto constitucional que restringe expresamente el derecho de asociación a las asociaciones sin ánimo de lucro: el art. 12 de la Constitución griega de 1975. El resto, al igual que el español, reconocen el derecho de asociación *in genere* para fines lícitos; *vid.* art. 46 de la Constitución portuguesa, reformada en este punto por Ley de 8-7-1989. El art. 9.1 de la *Grundgesetz* reconoce expresamente a todos los alemanes el derecho a formar asociaciones y sociedades.

[227] PELLISE PRATS, *op.cit.*, pág. 62.

[228] DE ESTEBAN y GONZALEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Español* II, *cit.*, pág. 194.

base del derecho de asociación, a través de la consagración constitucional de la libertad de empresa (artículo 38 CE)"[229].

Entre los civilistas, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO entienden que el art. 22 contempla exclusivamente las asociaciones sin finalidad lucrativa, como resulta de la génesis del precepto; él es el contrapunto de la Ley de 1964. De él se excluyen, así, tanto las sociedades mercantiles y civiles como las personas de Derecho público[230]. Disiente CAPILLA RONCERO, para quien no hay motivos de peso para excluir a las sociedades de la tutela del art. 22, independientemente de que los intereses económicos que resulten afectados puedan o no encontrar tutela constitucional por otro cauce como los arts. 33 o 38 de la Constitución[231]. En el mismo sentido, MARIN LOPEZ entiende que la garantía del art. 22.1 cubre todos los grupos privados con independencia de su fin lucrativo o no[232].

Por otra vía diferente de la subsunción en el art. 22 CE, REVERTE NAVARRO defiende una protección constitucional reforzada de la libertad en materia contractual -lo cual sería aplicable al contrato de sociedad-, ya que "con base en los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 33, 38 y 51.1 de la CE, se podría mantener un reconocimiento constitucional de la "libertad privada en materia contractual", aunque subordinada (o si se prefiere, vinculada o unida) al valor "igualdad""[233].

El TC, *en general, sostiene un concepto muy amplio de asociación, a los efectos de indagar si ha habido violación del derecho de asociación*. Parte -haciendo referencia al concepto amplio de asociación que utiliza el

[229] GARCIA MORILLO, en LOPEZ GUERRA, ESPIN *et al*., *Derecho Constitucional*, vol. I, *cit*., pág. 249.

[230] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos...* I-vol. 2, *cit.*, pág. 283.

[231] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General, ...cit*., pág. 511; ya mantuvo esta opinión dicho autor en *La persona jurídica: funciones...cit*., págs. 118 y 119.

[232] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit*., pág. 202. En Derecho suizo, la doctrina entiende que tanto las asociaciones sin ánimo de lucro como las sociedades, -sean *société simple, société en nom collectif, sociétés anonymes ou société coopératives*- si se constituyen con un "*but ideal*", es decir, no económico o mercantil, -posibilidad esta permitida por tal sistema jurídico- pueden entenderse comprendidas en el art. 56 de la Constitución Federal de 1874, que reconoce el derecho de asociación; *vid.* AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, vol. II, Neuchâtel, 1967/1982, §56.

[233] REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol 1-A, Edersa, Madrid, 1993, pág. 123.

Código civil- de la premisa de que siempre que hay una unión de personas y fin colectivo, puede hablarse de asociación (STC 23/1987, de 23 de febrero), y más recientemente -STC 5/1996, de 16 de enero- afirma que

> "El artículo 22.1 CE reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades" (FJ6º)[234]

Es decir: pueden encontrarse "reflejos" del derecho de asociación en figuras como las sociedades, e incluso las sociedades mercantiles basadas en la unión de capitales.

El Tribunal considera que debe adentrarse en el examen del caso concreto y ahí, hacer una decisiva distinción, a los efectos de considerar si en el caso concreto se ha lesionado o no de un derecho fundamental: tratándose de relaciones patrimoniales, caen fuera del derecho de asociación y su respectivo recurso de amparo, para, en su caso, quedar amparadas en el art. 33. 3 de la Constitución. Exponente claro de esta doctrina es la citada STC 23/1987 de 23 de febrero, que dice

> "Si bien podría parecer a primera vista que nada se opone a que el término asociación usado en el artículo 22 de la CE, en un sentido amplio presente en nuestro Código Civil -arts. 35 y 36.2- comprendiera tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, en realidad aunque se admitiera esa apertura de fines de ese derecho fundamental, éste sólo podría invocarse en aquellos casos en que apareciese vulnerado su contenido. Y en las sociedades mercantiles, y en particular en las sociedades de capitales cuya forma más característica es la sociedad anónima, predomina, frente a las relaciones derivadas de las uniones de personas, las nacidas de la unión de capitales, por lo que, sin excluir la posibilidad de que en determinados casos pueda producirse una lesión del derecho de asociación respecto a este tipo de sociedades, es necesario plantear en cada supuesto *si el derecho lesionado es de naturaleza asociativa o*

[234] Doctrina mantenida en otras sentencias como las SSTC 67/1985 y 56/1995

> *tiene un carácter preferentemente económico*, quedando en este segundo caso fuera del artículo 22 de la CE" (STC 23/1987 de 23 de febrero, FJ 6º)

En este mismo sentido, la STC 96/1994 que conocía de la expulsión de un socio de una Cooperativa de viviendas, con la consiguiente exclusión de éste del derecho a acceder a una de las viviendas que la Cooperativa construyera. El TC parte de que se trata de una "sociedad mercantil", y que en el caso concreto se lesionaba no un derecho de naturaleza asociativa, sino de carácter económico, denegándole, en consecuencia, el derecho de amparo.

Todo lo expuesto no quiere decir, evidentemente, que no existan diferencias sustanciales entre asociación (que tiene la esencial consideración de derecho fundamental) y sociedad (que carece de ella),

> "...si bien es cierto que la sociedad civil o las asociaciones de interés particular a que se refieren los artículos 35.2 y 36 del Código Civil son una modalidad asociativa, no lo es menos que el derecho de asociación, en tanto que derecho fundamental de libertad, tiene una dimensión y un alcance mucho más amplio, que sobrepasa su mera consideración iusprivatista.
>
> En este sentido, no es necesario insistir acerca de las notorias diferencias existentes entre las sociedades civiles o mercantiles, sometidas, según su particular forma jurídica, a regímenes jurídicos diversos, de aquellas otras asociaciones -como la ahora actora- que persiguen fines *extra commercium* y cuya naturaleza es completamente distinta" (STC 5/1996, FJ 9º)

Los fines *extra commercium*, como reiteradamente se ha dicho, son compatibles con una actividad económica de entidad, siempre que la misma no suponga un reparto de los beneficios entre los asociados.

El ALODA de 1997 ha adoptado la doctrina del TC sobre este punto y las propuestas de la doctrina[235], y como dice en su

[235] Antes de que se redactara este anteproyecto, ya MARIN LOPEZ proponía *de lege ferenda* que la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, se ciñera a las asociaciones no lucrativas y al mismo tiempo, fuera una Ley general, aplicable a todos los tipos asociativos (de asociación en sentido

Exposición de Motivos (parte I), al tratarse del ejercicio de un derecho fundamental (art. 81), la proyectada Ley orgánica se refiere al derecho de asociación de una forma general, compatible con las modalidades específicas reguladas en legislación especial, como los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, las entidades religiosas, las asociaciones deportivas, y las asociaciones de Jueces, Magistrados y Fiscales, y por este motivo, la Ley orgánica *establece un régimen mínimo y común, que es, a la vez, el régimen al que se ajustaran las asociaciones no contempladas en la legislación especial*.

Y en concreto, respecto al punto que nos ocupa, dice la Exposición de Motivos que

> II. "*La presente Ley Organica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin ánimo de lucro, lo que permite, dejar fuera de ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer en el art. 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial*"

Esto se concreta en el texto (art. 1, relativo al objeto y ámbito de aplicación) de la siguiente forma:

> *"3. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, sin perjuicio de la capacidad de las asociaciones regidas por esta Ley, para realizar actividades económicas, cuyos beneficios sean destinados, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines.*
>
> *4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la presente Ley tiene carácter supletorio respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones, o que incidan en el ámbito del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución"*

estricto), incluidos los regidos por una normativa especial (partidos políticos, sindicatos...), por más que respecto de éstos sólo rija con carácter supletorio; *vid.* MARÍN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones, cit*., pág. 43.

La Exposición de motivos dota de un amplio alcance a la doctrina citada pues, el párrafo 2º de la parte II dice

> *"Tampoco pueden incluirse las Corporaciones llamadas a ejercer, por mandato legal, determinadas funciones públicas, ni las Entidades creadas por los poderes públicos para el cumplimiento de finalidades constitucionalmente relevantes, aunque el derecho de asociación también puede proyectar su ámbito en este tipo de entidades, cuya creación como límite externo, ha de ser compatible con la libre creación y actuación de asociaciones con distintas finalidades pero en los mismos sectores de la vida social"*

Sin embargo, en este caso la coordinación con el articulado es menos clara porque el art. 2, dedicado al contenido del derecho, sin incluir un inciso similar al del art. 1.4, dice

> *5. "El derecho de asociación no comprende el derecho a constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas, ni resulta aplicable a las Entidades creadas por los poderes públicos para el cumplimiento de finalidades jurídicamente relevantes"*

A la vista de los pronunciamientos del TC y de la propuesta del Legislador, se impone la distinción de dos planos:

1) el ámbito al que irradia su papel protector el art. 22 CE, que es todo fenómeno asociativo privado, y por tanto, todas aquellas manifestaciones que de éste puedan concurrir en una figura, con independencia de su fin lucrativo o no, e incluso de su carácter público o privado

2) el ámbito de aplicación de la Ley orgánica, en el que sí juega un papel fundamental el elemento teleológico del ánimo de lucro.

La determinación de las manifestaciones del derecho de asociación en figuras de carácter lucrativo y de carácter público, a los efectos de la correspondiente protección, habrá de hacerse *ad casum* por los Tribunales, así como, en mi opinión, la determinación de los correspondientes preceptos de la futura Ley orgánica, que hayan de ser aplicados en aras a esa protección. Puede adelantarse no obstante, que estos preceptos probablemente se circunscriban, dentro del Capítulo I, titulado *Régimen del derecho de asociación*, al art. 2º, en concreto a los números 1 -"*Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines licitos*"- y 3 -"*Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a permanecer en su seno, ni a*

declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida"-, puesto que ni siquiera el nº 2 -"*El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa*"- sería plenamente aplicable, al menos a las Corporaciones, ni a las Entidades creadas por los poderes públicos. No serían aplicables tampoco: el capítulo II, relativo a la constitución de las Asociaciones, ni el III, sobre su funcionamiento; ni siquiera el IV, sobre los asociados (derecho a asociarse; derechos de los asociados; separación voluntaria), pues se trata de unas disposiciones difícilmente referibles, v.gr., a una sociedad civil. Tampoco el V, sobre Registro de Asociaciones, ni el VI, sobre Asociaciones de utilidad pública. En los supuestos en los que se estime que hay derecho a esa protección entiendo que serán aplicables las garantías jurisdiccionales previstas en el Capítulo VII.

Sentada la pervivencia del elemento teleológico del ánimo de lucro como elemento diferenciador entre la asociación y la sociedad, hemos de referirnos, por último, a una de las cuestiones con mayor relevancia práctica *de lege lata*, a la vista de la pobreza de la regulación sobre asociaciones sin ánimo de lucro: la posible aplicación de las normas del contrato de sociedad civil para cubrir las lagunas del régimen sobre asociaciones sin ánimo de lucro, de lo que me ocupo en el siguiente epígrafe.

I.E. La distinción en relación con la posible aplicación de las normas del contrato de sociedad para cubrir las lagunas del régimen sobre asociaciones sin ánimo de lucro[236]

Cifraba COVIAN JUNCO la acertada calificación de una figura como asociación o sociedad en que la evitación del fraude consistente en que ciertas asociaciones se cubran con el manto de sociedad para constituirse sin noticia de la autoridad pública, y al contrario, sociedades que, huyendo de la declaración de quiebra, ostenten el título de asociación"[237].

[236] En el capítulo 4 me ocupo más por extenso de la aplicación de las normas relativas a los contratos *in genere*.

[237] COVIAN JUNCO, *op.cit.*, pág. 691.

Actualmente la constitución de la asociación no está condicionada a la autorización pública, por lo que esto no es elemento diferenciador esencial, aunque sí existe un Registro previsto para las asociaciones y no así para las sociedades.

En segundo lugar, la no sujeción a las reglas de la quiebra tampoco es un incentivo para escapar de la aplicación de las normas sobre sociedad civil, toda vez que las asociaciones están sujetas a las normas sobre concurso de acreedores. En efecto, aunque respecto a la aplicación de reglas para el caso de insolvencia, nada dicen ni la Ley de Asociaciones de 1964 ni la Ley vasca, parece lógico pensar que se aplican las normas del concurso de acreedores y no las de la quiebra, puesto que aquéllas no tienen la consideración de comerciante. La Ley catalana es la que ha dado una respuesta expresa: el concurso de acreedores, además de ser su declaración dato de obligada inscripción en el Registro (art. 10.5.b), ha de ser obligatoriamente solicitado, en el supuesto previsto en el artículo 29.

Aparte de la posible descalificación o recalificación judicial que de una figura se pudiera hacer a los efectos de aplicarle el régimen pertinente[238], interesa ahora ver las posibilidades de aplicación subsidiaria de las normas del contrato de sociedad civil a las asociaciones sin ánimo de lucro.

La doctrina no es reacia a ello: SANCHEZ ROMAN aboga por la aplicación de los artículos de la sociedad civil a la asociación respecto a su régimen interno, su patrimonio y su capacidad civil, como Derecho supletorio o complementario de lo que los Estatutos establezcan. Incluso, según la interpretación del art. 18 de dicha Ley de Asociaciones (de 1887) considera aplicables los arts. 392 a 406 del Código civil, que tratan de la comunidad de bienes. Sin embargo, "en lo que se refiere a su establecimiento y régimen en sus relaciones con el orden social general, se regirán por la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887"[239]. CARPIO MATEOS entiende que se aplican

[238] No obstante, y a diferencia de la jurisprudencia francesa, no es frecuente encontrar en la Jurisprudencia española ejemplos explícitos de descalificación o recalificación de la figura, al menos desde la pura óptica civil. Así, STS 10-12-1986 (Cont-adm, sala 4ª) (RJ 1986/1030), resolviendo un conflicto sobre una asociación, denominada "El juego de la cultura", cuya verdadera actividad era la encubierta -realización, con ostensible ánimo de lucro, de juegos de azar sin autorización- recibe la correspondiente sanción por falta de autorización, pero nada se dice en cuanto a su posible transformación consideración como sociedad.

[239] SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit.*, pág. 156.

los preceptos dedicados a la sociedad civil, excluidos aquellos en que la presencia o el elemento de lucro haga incompatible semejante integración. En su opinión, la asociación sujeta a la Ley de Asociaciones de 1964, vendría a ser caracterizable por vía negativa o residual, conservando las paredes maestras del edificio asociativo, pero excluyendo de su contorno las personas jurídicas en que se da el fin de lucro o una regulación legal específica. Este autor defiende que sociedad y asociación tienen un tronco común, de suerte que las normas del contrato de sociedad se pueden aplicar como fuente subsidiaria, para llenar las lagunas que el Derecho de asociaciones puede ofrecer[240].

No son muchos los casos en los que se ha operado esta aplicación, y además tienen características especiales.

La STS de 28-3-1919 (Gaceta de 27-7 y 3-8 de 1919)[241], sobre la Asociación de los Gremios de Carnes de Madrid, dice de ella

> "...aunque se trate en la forma de una Asociación regida por la ley especial de 30 de junio de 1887, la entidad que se encuentre en aquel caso constituye, en verdad una Sociedad de naturaleza civil comprendida en los art. 1680 y concordantes del Código, y regida por sus preceptos y por los Estatutos de la Fundación[242], toda vez que como corporación de aspiraciones comunes a todos los socios, a todos por igual corresponden los recíprocos derechos y obligaciones, siéndoles aplicable en conjunto el principio de la sumisión del voto a la mayoría..."

Es decir, el TS considera aplicables los arts. 1.700 y ss. del Código civil en orden a la posible "baja" de los socios, porque, declara que se trata de una sociedad[243]. Este es uno de los casos de "recalificación" expresa efectuada por la Jurisprudencia.

---

[240] CARPIO MATEOS, *op.cit.*, págs. 770 y 772.

[241] Uno de los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes para el deslinde asociación/sociedad, y que aparece analizada en otros lugares.

[242] Obsérvese la -por entonces generalizada- fungibilidad de los términos asociación/sociedad/corporación/ e incluso, fundación, en este caso.

[243] Los recurrentes sostenían que se trataba de una asociación y en los resultandos (casi de mayor interés que el fallo de la sentencia) aluden a características de la misma, diferenciadoras de la sociedad, tales como la falta de obligatoriedad de pertenencia a la misma, y que la baja de uno de los asociados nunca puede identificarse ni dar lugar a la aplicación de los arts. 1.705 y

Junto a estos supuestos de "recalificación", existen otros casos en que, a la vista de las numerosas lagunas que presenta la regulación civil de las asociaciones, los Tribunales se han visto obligados al recurso analógico a las normas de la sociedad civil. Así sucede en la STS de 12-6-1990 (RJ 1990/4758), en la que se planteaban los problemas -fundamentalmente patrimoniales- de segregación de parte de un Colegio profesional[244]. Como afirma MARIN LOPEZ, comentando esta sentencia, aunque la semejanza fáctica -presupuesto indispensable para la aplicación analógica (art. 4.1 del Código civil)- existe en mayor medida con la asociación *strictu sensu* que con la sociedad civil, dada la parquedad de regulación civil que contiene la Ley de 1964, el problema, lejos de solventarse, permanece, pues la vigente Ley de Asociaciones ignora tanto las vicisitudes vivenciales de la asociación no lucrativa (fusión, absorción, escisión, segregación) como lógicamente, sus consecuencias patrimoniales. La sentencia afirma:

> "A la vista de esta dualidad de funciones (asociación privada a la que se le asignan potestades públicas), resulta obligado coincidir con la parte recurrente, en que la faceta asociativa privada de los Colegios Profesionales debe estar sometida al Derecho Civil, pues todo lo relativo a la adquisición, conservación, recuperación, pérdida o administración de sus bienes privativos, en nada afecta al orden administrativo; ... en el aspecto asociativo privado, que es el que en esta litis se está discutiendo, deben aplicarse las normas propias de cualquier asociación de interés particular, habrá de acudirse a los arts. 35.2 y 36 del C. Civil, y por expresa remisión a los arts. 1700, 1705 y 1707 del mismo cuerpo legal; preceptos que analógicamente deben tenerse en cuenta, para determinar los efectos

1.707 del Código civil en relación con el 1.700. En apoyo de esta tesis, afirman que las asociaciones: "no se forman en consideración individual a dos más personas ligadas mediante una convención cerrada, sino que son agrupaciones abiertas, de número indefinido de personas, cuyo ingreso o separación son libres o ligeramente condicionados en relación a su profesión o aspiración general común. El ingreso y separación en estas asociaciones, a diferencia de las sociedades civiles o mercantiles no afecta a la personalidad jurídica de la colectividad. Es por lo expuesto indudable que los demandantes desde que manifestaron su decisión de dejar de pertenecer a la asociación, no vienen obligados a actuar y cotizar en ella como asociados" (Resultando 1ºA)

[244] En esta sentencia se examina la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y su normativa aplicable.

> liquidatorios que ha de producir la autoexclusión, renuncia o receso de uno de los socios a continuar en la sociedad; liquidación y partición asociativa que habrá de efectuarse conforme determina el siguiente art. 1708 (FJ2º)"

La crítica de MARIN LOPEZ a la aplicación en el caso de la sentencia, de los arts. 1700, 1705 y 1707, es valedera también para la posible aplicación a una asociación ordinaria. En efecto, "(E)l abandono del socio civil con continuación de la sociedad no se acomoda a la concepción que del contrato de sociedad tiene el Código civil[245], y por ello no es posible encontrarla prevista en los arts. 1700.4º 1705 y 1707 y 1708. ... Ciertamente opera en la práctica, pero es sobre la base de un pacto societario admitido por doctrina y jurisprudencia... . Por eso pienso que la invocación para su aplicación analógica de los arts. 1700.4º 1705 y 1707 y 1708 del Código no es muy fundada"[246].

También respecto a esta misma sentencia critica la aplicación de estos artículos, PANTALEON PRIETO, pero con argumentos diferentes de MARIN LOPEZ: con base en un criterio estructural, sería más correcto extraer el principio sobre el que fundamentar el fallo, de las normas sobre cooperativas, mutuas, SGR, que tienen una semejanza estructural mayor a las asociaciones que las normas de las sociedades[247].

Por su parte, LLUIS i NAVAS propone la aplicación analógica y con carácter subsidiario, de las normas de sociedad referentes a la liquidación del patrimonio[248]

Es decir, *el recurso a la aplicación analógica a las asociaciones privadas de diversos preceptos de la sociedad, resulta inevitable dadas las lagunas legales que hay en muchos puntos*, pero *es a costa de serias disfunciones*. Disfunciones producidas por la distinta naturaleza (como se pone de manifiesto, una vez más), contractual y

[245] "El caracter *intuitu personae* con que el Código configura la sociedad civil ocasiona que la renuncia de uno de ellos a su posición contractual dé paso a la disolución de la sociedad y consiguientemente a su liquidación total. Justamente lo contrario a lo que sucede con la segregación, que lo único que origina es la liquidación parcial del ente que la sufre sin disolución del mismo", explica *supra.*

[246] MARIN LOPEZ, Comentario a la STS de 12 de junio de 1990, *CCJC*, nº23, 1990, pág. 758.

[247] PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 26, nota (39).

[248] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 339.

personalista de la sociedad, frente a una estructura orgánica e impersonalizada de la asociación.

Todo lo dicho es compatible con la razonable afirmación de CAPILLA RONCERO, que sostiene además, que si una asociación privada persigue fines de naturaleza fundamentalmente económica, alcanzables mediante el ejercicio de actividades también económicas, "es adecuado aplicarles en tales casos las normas reguladoras del contrato de sociedad o de la comunidad de bienes, más no por causa de la consideración de la política legislativa que merezcan y la consideración de su fin como "público" o "particular", sino porque el régimen de las sociedades y el de la comunidad es el adecuado para las situaciones consorciales de carácter económico; régimen que habría de aplicarse por analogía"[249] .

I.F. CUESTIONES QUE PLANTEA LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA ASOCIACION

Hemos ido viendo que las modernas leyes permiten el ejercicio de actividades económicas por parte de la asociación. Situadas las posiciones doctrinales en torno a la consideración del lucro como elemento discriminador de figuras, nos hallamos ahora en condiciones de abordar algunas cuestiones que plantea el ejercicio de la actividad económica, a saber: el alcance de la accesoriedad de la actividad económica respecto al fin de la asociación y la adquisición de la cualidad de comerciante.

I.F.1 DEBATE SOBRE LA ACCESORIEDAD DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA

Se plantea la cuestión de la entidad o relevancia que pueden llegar a tener estas actividades económicas. Parece obligado admitir que si el fin es no lucrativo, la actividad económica (entiéndase como destinada a la obtención de ganancias) ha de tener carácter accesorio.

Nuevamente nos enfrentamos a un problema de interpretación, pues la "accesoriedad" puede entenderse:

[249] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, pág. 473.

a) en términos de importancia o relevancia, de modo que una actividad accesoria, sería una actividad de poca entidad o importancia y de tipo ocasional

b) en términos de instrumentalidad: actividad que no es importante en si misma, sino en tanto que facilita el desempeño de otra actividad.

Esto viene a ser un reflejo del rico debate suscitado en la doctrina alemana en torno a la interpretación del concepto "*Wirtschaftlichen*" de los §§ 21 y 22 del BGB. Como sabemos, estos artículos distinguen entre las asociaciones según su objeto sea o no la explotación (negocial) de una actividad económica ("*dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist*"). La significación del concepto "*Wirtschaftlichen*" ha sido objeto de litigio desde la entrada en vigor del BGB, y gira en torno a dos posturas:

-la llamada teoría subjetiva, que se funda exclusivamente en la finalidad (el fin mediato) de la asociación de modo que las asociaciones que explotan una empresa pueden ser *Idealverein* con tal que su finalidad sea desinteresada. De este modo la actividad se acepta siempre que tenga este carácter instrumental.

-la llamada teoría objetiva, que considera que la simple explotación de una empresa justifica por sí sola que nos hallemos ante una *Wirtschaftlicherverein*[250]. El criterio aquí es de tipo cuantitativo: actividades aisladas se admiten, pero la actividad organizada en forma de empresa, aunque los beneficios no vayan destinados al reparto, no se admite.

Formulada de otro modo, la clasificación de las posturas es la siguiente:

a) La opinión que estima que sólo puede haber una actividad económica "poco significativa", porque la regulación actual de la asociación no garantiza ni protege los intereses económicos de los terceros. Por estas razones de seguridad del tráfico, si se desea llevar a cabo esta actividad como principal -o según su teoría- si esta actividad es de importancia, se ha de adoptar alguna de las formas que asegura una disciplina rigurosa del capital

[250] La jurisprudencia ha oscilado entre una y otra teoría, habiendo incluso decisiones contradictorias sobre un mismo caso. Sobre el estado actual de la cuestión; *vid.* REUTER, *Münchener Kommentar...cit.,* §§ 21 y 22, nº 5 y ss.

b) La corriente que estima que cabe una actividad económica incluso con carácter principal, compatible con el fin no lucrativo de la asociación con tal que los beneficios obtenidos no se destinen al reparto de beneficios

Veamos cuáles son las posturas al respecto:

a) En el primero de los sentidos (admisión únicamente de actividades ocasionales o no importantes), cabe citar en España, a PANTALEON PRIETO, que se adscribe en cierta manera a la teoría objetiva alemana; fundamentalmente por motivos de seguridad de tráfico jurídico, entiende que las asociaciones de la Ley de 1964 no pueden tener por objeto principal actividades no sólo mercantiles, sino, en general, económicas: organizadas para la producción o para el intercambio de bienes o servicios valorables en dinero. No es posible el ejercicio de una actividad económica, aun sin ánimo de lucro, como la actividad principal de una agrupación, pues el privilegio de la responsabilidad limitada de sus miembros necesita de una disciplina rigurosa del capital como cifra de retención permanente del patrimonio social, instrumento técnico de garantía de los acreedores que contrapesa tal privilegio. Sin embargo, es admisible que "una asociación regida por la Ley de Asociaciones ejercite con carácter accesorio una actividad mercantil poco significativa para la consecución de su fin principal no económico (el restaurante de un club deportivo; la editorial de una asociación religiosa); lo que no obsta a que, respecto de la actividad en cuestión, esté sujeta al estatuto de comerciante"[251]

Por su parte, GARRIDO DE PALMA sostiene que no cabe, en puridad, la constitución de una asociación para obtener lucro partible entre los asociados y ni siquiera para obtener una ganancia económicamente valorable, aunque se convenga su no distribución entre los miembros[252].

El art. 1.2º del Proyecto de Ley catalana sobre asociaciones de 1994, iba en esta línea al disponer que "*el objeto principal de la asociación no puede consistir en el ejercicio de una actividad económica*", lo cual casaba con la inspiración germanista del Proyecto, manifestada en la estructura corporativa prevista en el art. 1.1º "*En las asociaciones*

[251] PANTALEON PRIETO, *op. cit.,* pág. 42.

[252] GARRIDO DE PALMA, "Hacia un nuevo enfoque...", *cit.*, págs. 759 y ss..

una pluralidad de personas se organizan corporativamente ...". La Ley catalana de 1997 no contiene este tipo de previsiones.

También un importante sector de la doctrina italiana[253] y francesa[254] entienden *de lege ferenda* que la asociación ha de quedar reservada para actividades de tipo no económico, de modo que estas iniciativas de tipo comercial: venta de publicaciones, organización onerosa de bienes, etc., sólo pueden ser de carácter ocasional y no profesional en la asociación.

b) Si se admite que "accesoriedad" equivale a "instrumentalidad", se eliminan los obstáculos que pudieran surgir cuando la actividad económica es de envergadura e incluso, cuando es la principal actividad de la asociación, siempre, claro está, que el fin asociativo no sea el de reparto de las ganancias. Actualmente este criterio es acogido por un sector de la doctrina, representado en España, entre otros, por CAPILLA RONCERO que considera que la Ley de 1964 constituye el régimen general de las asociaciones que no sean sociedades, produciéndose así la equiparación entre asociación de interés general y asociación que no tenga fin de lucro. Las asociaciones en sentido estricto pueden desarrollar actividades económicas de las que obtengan beneficios, siempre que no repartan estos entre los asociados[255]. Esta finalidad de reparto es el criterio de distinción. Este mismo autor añade la excepción ya citada, de las asociaciones privadas con fines de naturaleza fundamentalmente económica, alcanzables mediante el ejercicio de actividades también económicas, a las que es adecuado aplicarles por analogía las normas reguladoras del contrato de sociedad o de la comunidad de bienes, según vimos[256].

---

[253] FERRI, *Le società*, *cit*., págs. 10 y 11; GALGANO, *Diritto privato, cit*., págs. 604 y 605. BIANCA y PATTI, *Lessico di Diritto Civile*, Giuffré, 1991, pág. 64.

[254] RIPERT, *Traité...cit*., 1, pág. 520; GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général de sociétés*, Paris, 1984, págs. 116 y 117.

[255] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit*., págs. 505 y 506.

[256] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, pág. 473. Excepción de difícil justificación según PANTALEON, pues es "irrazonable aplicar la Ley de Asociaciones de 1964 a estructuras de base personalista, sólo por el hecho de que su finalidad no sea económica alcanzable con actividades económicas"; *vid. op.cit*., págs. 28 y 29, nota (40).

En Derecho Francés, se admite que las asociaciones ejerzan de modo habitual actos de comercio[257].

En la Legislación fiscal pienso que puede encontrarse un apoyo para esta tesis, ya que el art. 42.2 de la *Ley 30/1994, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, tras exponer los requisitos que las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública, han de cumplir para disfrutar del régimen fiscal previsto en el Título II, -que los fines sean de "...asistencia social, cívicos, educativos, ...o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga" (art. 42.1.a), y que destinen a ellos al menos el 70% de las rentas netas y otros ingresos que obtengan por cualquier concepto (art. 42.1.b), etc.-, dice que

> *"No se considerarán entidades sin fines lucrativos a los efectos de este Título aquellas cuya actividad principal consista en la realización de actividades mercantiles"*

No es por tanto que esta posibilidad esté prohibida[258] sino que impide la obtención del régimen fiscal privilegiado, aunque estuviera hecha con ánimo de aplicar los beneficios en los fines de interés general citados (art. 42.1. a y b)

Me parece que es claro que la solución depende de dos factores

1º -la protección de los intereses económicos de los terceros que se relacionan con la asociación que ejerce actividad económica

2º- la reinversión del fruto de esas actividades como medio de eliminar el lucro

[257] *Vid*. SIMON, "La commercialité de l'association du 1er juillet" 1901, *D*. 1977, chron. XIX, pág. 153. La línea jurisprudencial afirmativa se halla descrita por BRICHET, en *Associations et syndicats...cit.*, nº 310 y ss.; la *Cass. civ.* III, 24-11-1958, afirma que "*C'est à bon droit qu'une décision déclare qu'une association peut faire des actes de commerce, à condition que ces actes ne soient pas habituels et que les bénéfices qui en proviennent ne soient pas distribués aux sociétaires*" *Bull. civ. III*, nº 400, pág. 339. Los Tribunales franceses han evolucionado sobre el primero de los requisitos, (no así sobre el segundo) hasta el punto de admitir que puedan ejercer incluso con carácter habitual actos de comercio.

[258] Es más, el art. 22 de la Ley, que lleva por título *Actividades mercantiles e industriales*, lo permite expresamente para las fundaciones, con el único límite de que no puede participar la fundación en aquellas sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales (art. 22.1).

Protección de los intereses económicos de los terceros que se relacionan con la asociación que ejerce actividad económica

Verdaderamente tales medidas de protección no existen en la Ley de Asociaciones y nada impide que una asociación destine todos los recursos económicos de que disponga en un momento determinado, en favor, v.gr., de una determinada obra social o, que en virtud de la libertad negativa de asociación, una parte significativa de los asociados se den de baja y dejen de contribuir al sostenimiento económico de la asociación o infinidad de posibilidades más.

Lo que sucede es que, si el motivo de inadmisión de actividades económicas como objeto de la asociación es, según parece desprenderse de las palabras de PANTALEON, la protección de los intereses económicos de los terceros, sorprende que este autor admita esta actividad con carácter accesorio "siempre que sea poco significativa para el fin social": es decir, que el fin de los asociados no es obtener dinero en sí, sino, en los ejemplos que pone, el deporte, los fines religiosos, etc.. Sorprende, digo, pues se podría dar exactamente el mismo perjuicio. Máxime cuando la realidad demuestra que en ocasiones la actividad que empieza siendo accesoria, acaba teniendo una gran entidad económica: la publicación de revistas destinadas a consumidores por parte de determinadas asociaciones de consumidores, los restaurantes de algunas casas regionales, etc.. Tal finalidad de protección del tráfico, debería conseguirse mediante la introducción en el régimen jurídico de las asociaciones sin ánimo de lucro que desempeñan actividades económicas, de las normas adecuadas, y con independencia de su "significación para el fin", no mediante una prohibición de tales actividades.

De lege lata, al menos en el ámbito legislativo estatal, no existen tales normas protectoras de los intereses de terceros y por ello la doctrina considera más oportuno, en tanto no se reforme la legislación, que se adopten otras formas jurídicas en las que sí está asegurada esa disciplina de la actividad económica[259], lo cual, por otra parte, ha tenido un reflejo legal en el caso de las sociedades

[259] Y es posible que esta sea la auténtica intención de las palabras de PANTALEON que acabo de citar.

anónimas deportivas: la Ley 10/1990, de 15 de octubre del Deporte, representa una apoyo para esta postura citada.

Las asociaciones deportivas eran un ejemplo claro de asociaciones sin ánimo de lucro. Sin embargo, es notorio que algunas de ellas, especialmente en las últimas décadas, registran un movimiento económico de gran entidad[260].

En el caso de la Ley catalana, la protección de los intereses económicos de terceros se realiza:

a) si la asociación está inscrita por medio de la inscripción que es "garantía para terceras personas que se relacionen con la asociación..." (art. 9.2º), y en concreto, mediante la publicación de los Estatutos en los que, entre otros extremos, deberá constar "el régimen económico". Esta lacónica expresión parece incluir tanto el patrimonio, como el presupuesto anual, el sistema de cuotas, etc.

A ello se añade la obligación del órgano de gobierno, o en su caso, de los liquidadores, de solicitar, en caso de insolvencia, el concurso de acreedores ante el Juez competente. Para asegurar esta obligación, la Ley establece que

> "*Si el órgano de gobierno o los liquidadores demoraran injustificadamente la solicitud a la que se refiere el apartado 1, deben responder solidariamente ante los acreedores de la asociación por los daños que se deriven*"

b) si la asociación no está inscrita, por medio de la responsabilidad personal y solidaria de "quienes actúan en nombre de una asociación no inscrita", por las "obligaciones contraídas con terceras personas por parte de cualquiera de los asociados o

[260] Por eso, la Ley de 1990, como dice el preámbulo, "propone un nuevo modelo de asociacionismo deportivo, una de cuyas bases es el establecimiento de un marco eficaz para conseguir la plena responsabilidad jurídica y la autosuficiencia económica de los clubes deportivos que desarrollan actividades de carácter profesional. Ello se pretende lograr mediante la imperativa adopción por tales clubes de la forma de Sociedades Anónimas Deportivas, nueva forma jurídica que, sujeta al régimen general de las Sociedades Anónimas, incorpora determinadas particularidades para adaptarse al mundo del deporte"; *v.gr.,* el reparto de dividendos está supeditado a la constitución de una reserva legal, igual, al menos, a la mitad de la media de los gastos realizados en los tres últimos ejercicios (art. 27.1). La adopción de dicha forma jurídica podrán realizarla los clubes deportivos, bien mediante su transformación en Sociedades Anónimas Deportivas, bien mediante la creación, por los clubes, de tales Sociedades, para la gestión de equipos profesionales en las distintas modalidades deportivas. A pesar de tener esta forma mercantil las Sociedades Anónimas Deportivas también deben inscribirse en el Registro de Asociaciones Deportivas (art.15) y en la Federación respectiva; inscripción que ha de acreditarse mediante certificación, cuando se solicite la inscripción en el Registro Mercantil.

asociadas que haya manifestado actuar en nombre de la colectividad". Responsabilidad solidaria que se extiende a "*los promotores y fundadores de la asociación y a aquellos que hayan establecido cualquier relación jurídica con terceras personas atribuyéndose la representación de la asociación*" (art. 11.1). El común denominador de las asociaciones que se pueden acoger a la Ley catalana (ya sean de interés general o particular) es la falta de ánimo de lucro. Dado que este punto está íntimamente conectado con la inscripción registral, y que a su vez, ésta se halla relacionada con la adquisición de la personalidad jurídica (en los términos que veremos y según la postura que se adopte), abordaré nuevamente esta cuestión en el capítulo 6.

La reinversión del fruto de esas actividades como medio de eliminar el lucro

La clave de la aceptación de la posibilidad de realización de actividades económicas, se halla, sobre todo, en la reinversión del fruto de las actividades económicas en el fin asociativo. Esta es una medida coherente con el carácter no lucrativo del fin, que como vengo reiteradamente señalando, está impuesta por su condición instrumental. Por lo demás es una cuestión clara.

La única duda surge a la vista del tenor del art. 2.1 de la Ley catalana según el cual la reinversión ha de hacerse en las "*finalidades de interés general establecidas por los Estatutos*".

De una primera interpretación se seguiría que sólo las asociaciones que persiguen finalidades de interés general pueden ejercer actividades económicas, cuyos resultados se destinen al cumplimiento de los fines asociativos; sin embargo, no se alcanza a comprender porque no puede predicarse esto mismo de las que persiguen fines de interés particular, con tal de que no se dé el reparto de beneficios entre los asociados.

Está poco justificado que si se acepta que las asociaciones puedan perseguir un fin de interés particular, se les prive de la posibilidad de realizar una actividad económica.

La restricción tiene plena justificación en el caso de las fundaciones, puesto que estas deben, por definición (art. 34 CE), perseguir actividades de interés general.

En suma, *una asociación puede tener, en mi opinión, como actividad principal la económica, pero lo que nunca podrá tener es como fin principal la obtención de beneficios, si no es con la intención de destinarlos a la realización de los fines de la asociación. Veíamos que el lucro objetivo no tiene sentido aisladamente considerado, sino en tanto que es objeto de reparto; en nuestro caso, tampoco tendría sentido, si no se destina a un fin (v.gr. benéfico, aunque las actividades materiales de atención a los beneficiarios las realicen personas o instituciones ajenas a la asociación), de modo que el fin principal sea éste.*

I.F.2 ADQUISICION DE LA CUALIDAD DE COMERCIANTE O EMPRESARIO

El ejercicio de la actividad económica plantea también la duda acerca de si el mismo conlleva la adquisición de la cualidad de comerciante de la asociación, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

En la doctrina francesa se han delimitado dos posturas al respecto:

a) Los que admiten la adquisición por parte de la asociación de la cualidad de comerciante, aunque esto no impone las reglas de Derecho mercantil a las relaciones entre asociados ni a la constitución, funcionamiento y disolución de la asociación, que continúan sometidas al Derecho civil[261].

b) La que parece ser doctrina dominante (incluso el propio *Conseil national de la vie associative*) rechaza esta posibilidad: lo que se acepta es que la asociación como tal ejerza tales actividades, pero para obtener inscripción en tal registro éste tendría que ser objeto de reforma y en vez de denominarse *Registre du commerce et des sociétés*, pasar a denominarse *Registre du commerce et des activités économiques*.

[261] Mantiene esta posibilidad PLAISANT, en el comentario a *Cass. com.* 17-3-1981, D. 1983, 23. La sentencia trataba sobre el "*Institut musulman de la Mosquée de Paris*". Este instituto, asociación sometida a la Ley de 1901, regentaba una tienda que vendía carne procedente de animales sacrificados conforme a las reglas previstas en el Corán. Es decir, ejercía con habitualidad actos de comercio y dado que el art. 1 del *Code de commerce* dice que "*son comerciantes aquellos que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual*", debe ser considerada la asociación como comerciante. La sentencia comentada no se pronuncia sobre este punto. Por otra parte, en alguna ocasión los Tribunales han declarado que las asociaciones que ejercen actos de comercio deben estar sometidas prácticamente a las mismas reglas que las sociedades y han declarado la competencia de la Jurisdicción comercial y no de la civil (*Cour d'Appel de Dijon,* 4-11-1987).

Sostiene esta postura negativa un importante sector doctrinal[262] y la propia Jurisprudencia[263].

En España, a la vista del art. 1.1. del Código de comercio ("*son comerciantes los que teniendo capacidad para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente*") y el art. 4 ("*tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes*")[264] no parece imposible, en principio, que una asociación pueda ser considerada comerciante, y de hecho, VALERO AGUNDEZ da una respuesta afirmativa en el caso de las fundaciones[265].

No existen pronunciamientos concretos respecto a las asociaciones[266] y por ello puede ser útil, como en otras ocasiones, acudir a los efectos prácticos de tal consideración.

Consecuencias de la consideración de un sujeto como empresario. Evitación de la "paracommercialité"

La virtualidad de la calificación como empresario o comerciante, estriba en la aplicación del estatuto jurídico de empresario: obligación (o facultad, en algunos casos) de inscripción

---

[262] BRICHET en "Une association peut-elle être une personne morale commerçante?", *JCP* 1989. I. 3385; *vid.* también, THERY, "L'association est-elle une entreprise comme les autres?", en *Associations et activités économiques, approche juridique,* UNIOPSS, 1987; LAMARCHE, "Inmatriculation des associations au registre du commerce et des societés et bail commercial", *JCP* Ed. E, nº17-18, *Etudes et chroniqu*es 142.

[263] La Jurisprudencia opta claramente por la solución negativa, en sentencias como las *Cas. comm.* de 17-3-1981, *Rev.trim.dr.com.*, 1981, nº 558; y de 12-2-1985, *Rev.trim.dr.com*., 1985, nº 775.

[264] Siguen siendo de gran utilidad respecto a este artículo los *Comentarios del Código de comercio español,* tomo I, de MARIN LAZARO, Reus, Madrid, 1932, págs. 162 a 168; asimismo, las opiniones de RUBIO GARCIA-MINA, en *Introducción al Derecho Mercantil*, Nauta, Barcelona, 1969, págs. 541 a 560 y en especial, los de GARRIGUES, en *Curso de Derecho Mercantil*, I, Aguirre, Madrid, 1976. Destaca este último la insuficiencia del art. 1º para la atribución del carácter de comerciante, pues se han de tener en cuenta otros requisitos: capacidad legal, ejercicio del comercio en nombre propio y habitualidad; *vid. op.cit.*, pág. 267. Sobre la noción de comerciante y la noción de empresario; *vid.* ILLESCAS ORTIZ, en JIMENEZ SANCHEZ *et al*., *Derecho Mercantil*, I, Ariel, Barcelona, 1995, págs. 89 y 90, así como las opiniones de SANCHEZ CALERO citadas al inicio de este capitulo.

[265] VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pág. 180.

[266] PANTALEON dice que para los actos concretos se les puede aplicar el estatuto de comerciante; *vid. op.cit.*, pág. 42. Pero dado que para este autor sólo con carácter accesorio pueden las asociaciones ejercer actividades económicas, en ningún caso adquirirían la condición de comerciante.

en el Registro Mercantil y de llevanza de una contabilidad ordenada, que es una manifestación de la organización del negocio; sometimiento a unos procedimientos concursales específicos (suspensión de pagos o quiebra), etc.[267].

Respecto a lo primero, del Reglamento del Registro Mercantil no se desprende la obligación de inscripción en el mismo. Sin embargo, a la asociación que ejerce tales actividades se le somete a la obligación de llevar una contabilidad y depositar las cuentas en el Registro Mercantil; así se deduce de la Instrucción de 26-6-1996, de la DGRN, sobre legalización y depósito de cuentas de las entidades jurídicas en el Registro Mercantil:

> *"Norma Primera: Serán objeto de legalización siguiendo el procedimiento establecido en el capítulo primero del título III del Reglamento del Registro Mercantil, los libros de aquellas entidades que sin tener la condición de empresarios están obligadas a ello en virtud de alguna norma expresa"*

y la Instrucción alude a la

> *"heterogeneidad de las nuevas entidades obligadas a la legalización de libros y depósito de cuentas en el Registro Mercantil (fundaciones, asociaciones, cooperativas, etc.)"*

En cuanto a lo segundo, la única Ley de Asociaciones que contiene un pronunciamiento al respecto -pues nada dicen sobre este punto ni la Ley de Asociaciones de 1964 ni la Ley vasca-, la reciente Ley catalana, da una respuesta al tema del procedimiento concursal que no parece casar con la posibilidad apuntada del ejercicio de actos de comercio: el procedimiento aplicable, según esta Ley, es el concurso de acreedores, el cual, además de ser su declaración dato de obligada inscripción en el Registro (art. 10.5.b, ha de ser obligatoriamente solicitado, en el supuesto previsto en el art. 29. Teniendo en cuenta que esta Ley no prohibe el ejercicio de actividades económicas, parece subyacer la idea de que no adquiere la condición de comerciante.

La legislación en proyecto -ALODA de 1997- no se define sobre esta cuestión, aunque abre una posible puerta a la aplicación de todas las normas relativas al estatuto del empresario (o comerciante)

[267] SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 56.

cuando en su art. 12 (Régimen de actividades), sin establecer ningún límite cuantitativo, dice

> *"1. Las asociaciones podrán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades".*

En caso de no adoptarse estas medidas, la situación de la persona que ejerce una actividad empresarial *sin estar sujeta a las obligaciones* que de ella se derivan ha sido denominada en Francia como "paracomercialidad". Una circular del Ministerio de Finanzas francés de 12-8-1987, relativa a la lucha contra las practicas "paracomerciales", presume esta "paracomercialidad", si la asociación, sin estar sujeta al conjunto de las obligaciones de los comerciantes, se dirige de manera habitual a terceros: a personas no miembros de la asociación, con el fin de realizar un provecho o rentabilizar la prestación ofrecida a los miembros de la propia asociaclón[268].

No se trata de impedir que desarrollen prácticas económicas sino de impedir que el marco asociativo se convierta en un coto de exención de las obligaciones exigidas a las otras empresas. De ahí la necesidad de que en los Estatutos se refleje la actividad económica que ejercen para facilitar su control[269]; idea plenamente aplicable al caso español.

Aplicación de las reglas de Defensa de la Competencia y contra la Competencia desleal

[268] Sobre el tema *vid*. LE ROY, "La para-commercialité", *JCP*, éd. C.I., 1981, II, nº 13587.

[269] Resaltan están necesidad CAS y BOUT, *Lamy economique*, nº 1752 y ss. Así, v.gr., el sometimiento a las obligaciones contables, destinadas a prevenir las situaciones de insolvencia (en Francia la Ley 1-3-1984, sujeta a las asociaciones a estas obligaciones dependiendo del volumen de trabajadores a su cargo, volumen de negocio, etc.). En otra dirección, ENJORLAS, advierte que la intervención en el mercado de las asociaciones sin ánimo de lucro debe ser vista bajo el prisma de su carácter no lucrativo, que hace que dichas asociaciones representen para el mercado un mecanismo capaz de suavizar las tensiones entre la lógica del mercado, la lógica doméstica, la lógica solidaria y la lógica cívica. Dice este autor que esta función que realiza la asociación, le confiere en ciertos casos una ventaja respecto a otras organizaciones lucrativas o públicas que concurren en el mercado, pero no detalla qué tipo de ventajas puedan ser éstas; *vid.* ENJOLRAS, "¿Comment expliquer la présence d'organisations à but non lucratif dans une economie du marché? Une théorie socio-économique des organisations non lucratives", *Annals of Public and Cooperative Economics*, 1995, nº 4, vol. 66, pág. 134.

Otro modo de proteger los intereses del tráfico jurídico en general, es la aplicación del Derecho de la competencia: la Legislación sobre competencia desleal de 10 de enero de 1991 (LCD) y sobre Defensa de la competencia (Ley de 17 de julio de 1989, LDC). Esta normativa se está aplicando no sólo a aquellos sujetos que tienen la consideración de "empresarios" en sentido estricto, sino a los "operadores económicos del mercado", como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así la Resolución de este Tribunal de 13-4-1988, entiende aplicable la Ley 110/1963, antecedente de la LDC actual, a una asociación de padres de alumnos; la Resolución de 10-17-1990, entiende que a los efectos de aplicación de esta legislación, los sanatorios denunciados regentados por Ordenes religiosas, son "operadores económicos en el campo de la actividad económica hospitalaria[270]. Es decir, cualquier actividad económica autónoma de producción o intercambio de bienes y servicios en el mercado determina la aplicación de esta Legislación.

Se puede dar el problema inverso: incurrir en una competencia desleal. La LCD confirma su aplicación -art. 3.1- a "*todas las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*", y a cualquiera que desee vender su productos o servicios. Como explica OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT no se encuentra razón para excluir del ámbito de la Ley a ninguna persona, independientemente de su cualidad, profesión o forma jurídica, siempre que actúe en el mercado, con finalidad concurrencial[271].

I.F.3 *CONCLUSIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA*

Es esta una vía no solo conveniente, sino, en mi opinión, en muchas ocasiones necesaria. Si se prohibiera tal posibilidad, es claro que muchas asociaciones estarían llamadas a desaparecer pues no podrían subsistir ni cumplir sus objetivos con las solas aportaciones de los asociados. La solución no está en prohibir esa actividad sino

[270] Se les aplica las reglas del art. 85 del tratado de Roma sobre prohibición de ententes, según la Decisión nº 85/615 de la Commision JOCE nº L 376, 31 diciembre.

[271] OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 149. Hasta lo que sé, no hay resoluciones que hayan aplicado la LCD a las asociaciones sin ánimo de lucro.

en arbitrar los medios convenientes para evitar que estos fondos se desvíen del fin asociativo o sean objeto de reparto. En definitiva, conseguir la transparencia de sus actividades y evitar que con la asociación se pretenda encubrir un propósito lucrativo. En mi opinión, y como vengo diciendo, las ganancias en si mismas son siempre instrumentales, de modo que no tiene sentido obtener una ganancia si no es en orden a destinarla al fin asociativo con actividades realizadas por la misma asociación. Esto me inclina más a aceptar la tesis de la accesoriedad-instrumentalidad, e incluso, a aceptar asociaciones cuyo fin principal e incluso, único, sea recaudar fondos, para que otras instituciones sean las que realicen las actividades, (aunque en la mayoría de los casos ellas mismas prestan las actividades asistenciales). Sin por ello convertirse en "asociaciones de hecho de carácter temporal", sin personalidad jurídica[272]. Y de hecho esta es la línea del ALODA de 1997, cuando en su art. 12 (Régimen de actividades), sin establecer ningún límite cuantitativo, dice "1. *Las asociaciones podrán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines*..." y "2. *Los beneficios de las actividades económicas realizadas por las asociaciones deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los socios*".

II. OTRAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL CARACTER NO LUCRATIVO DEL FIN

Con las consideraciones hechas no se agotan todas las perspectivas que presenta el carácter no lucrativo del elemento teleológico de la asociación. A continuación voy a referirme a algunas de ellas.

II.A. LA REMUNERACION DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y EL CONTRATO DE TRABAJO HECHO A LOS ASOCIADOS POR LA ASOCIACION: LA ASOCIACION

[272] Cfr. capítulo 7.

COMO FORMA DE AUTOEMPLEO. SU COMPATIBILIDAD CON EL CARACTER NO LUCRATIVO DEL FIN ASOCIATIVO

Una posible objeción al carácter no lucrativo de la asociación, es la posibilidad de que se remunere a los directivos de la asociación por su trabajo como tales, y la posibilidad de que los asociados sean contratados por la asociación misma para el desempeño de las actividades del objeto social. Cauce de creciente utilización hoy en día, que hace pensar en la asociación como una forma de *autoempleo*. Es obvio que no todas las asociaciones sin ánimo de lucro actuales cuentan con voluntarios, aun a pesar del impulso que este tipo de actuaciones está conociendo en estos últimos años, y que ha recibido reciente consagración legislativa estatal y autonómica (cfr. Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado y las diversas leyes autonómicas, como v.gr. la Ley aragonesa 9/1992, de 7 de octubre, pionera en esta materia).

Es en el campo de la asistencia social (atención al menor y al discapacitado, etc.) donde proliferan este tipo de asociaciones en las que trabajadores y asistentes sociales miembros de la asociación, están contratados por ésta para el desempeño de sus funciones, ocupando en algunos casos puestos de la Junta directiva. También son muy conocidas y habituales las asociaciones que prestan servicios humanitarios en países del Tercer Mundo: las conocidas como Organizaciones no gubernamentales (ONG) humanitarias, que contratan a los "socios cooperantes" (médicos, etc.)

Nuevamente hemos de constatar que ninguna de las dos Leyes de asociaciones se pronuncia al respecto. Unicamente, el art. 4 de la Ley de Asociaciones de 1964, tras la reforma operada por la Ley 30/1994, establece como requisito para la obtención de la declaración de utilidad pública

> *"1.d) Que los miembros de la Junta directiva desempeñen gratuitamente sus cargos, sin perjuicio de poder ser reembolsados por los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione"*[273]

De donde puede deducirse que en el resto de los casos (asociaciones no declaradas de utilidad pública) está permitida, y

[273] Integramente transcrito en el ALODA de 1997, art. 27.1.d); por lo demás tampoco contiene ninguna prohibición expresa.

que incluso en el supuesto de una asociación declarada de utilidad pública, los miembros que no formen parte de la Junta directiva pueden percibir una remuneración por su trabajo al servicio de la asociación.

No impone este requisito la Ley vasca para la obtención de la declaración de utilidad pública prevista en el art. 22 de la misma y en general, guarda silencio al respecto, por lo que parece admitir la retribución de los miembros de la asociación ocupen el puesto que ocupen.

La Ley catalana de 1997, dispone que en todo caso los miembros del órgano de gobierno han de ejercer su cargo gratuitamente, aunque tienen derecho al anticipo y reembolso de los gastos, debidamente justificados, así como a la indemnización de los daños que se deriven (art. 21.2). Sí que admite la posibilidad en el resto de los casos cuando dice en el art. 21.6

> *"No pueden formar parte del órgano de gobierno los asociados y asociadas que desarrollan una actividad retribuida para la asociación, a excepción del Secretario o Secretaria, quien sin embargo, en tal caso no tiene derecho de voto en lo que se refiere a los acuerdos del órgano de gobierno"*

No ha dedicado la doctrina española suficiente atención a estas materias y como en otras ocasiones, hemos de acudir a la doctrina y Jurisprudencia francesas, que se ha centrado especialmente en la cuestión de la remuneración de los miembros de los órganos directivos.

Conviene distinguir la remuneración que estas personas puedan recibir en contrapartida a un contrato de trabajo (es bastante frecuente la figura del director "técnico" de la asociación, contratado por esta para la elaboración de programas, gestión de subvenciones, etc.) de aquella que puedan recibir en contraprestación a su gestión como presidente, administrador, etc,.

Respecto a lo primero, la Jurisprudencia francesa ha admitido abiertamente la acumulación de un contrato de trabajo y de función de dirección, sin considerar como obstáculo el vínculo de

subordinación que todo contrato de trabajo supone[274], incluso en las asociaciones reconocidas de utilidad pública[275].

En cuanto a la remuneración de los cargos directivos propiamente dicha, constata BRICHET que ningún texto lo prohibe, y tampoco hay decisiones judiciales en contra[276].

Sin embargo, contra la licitud de esta remuneración se han opuesto fundamentalmente dos objeciones: que el pago de una remuneración iría en contra del carácter desinteresado de la asociación y el riesgo de abuso por parte de los dirigentes, que podían atribuirse remuneraciones exageradas o injustificadas.

La primera de las objeciones es la que ahora nos interesa especialmente. El *Conseil d'Etat* en una decisión de 22-10-1970[277], sienta una doctrina sobre la siguiente distinción: una cosa es integrarse en una asociación con un fin distinto del de repartir los beneficios y otra que el ejercicio de las funciones sea gratuito o no. La remuneración no es una contrapartida a la adhesión al contrato de asociación, a la aportación de los conocimientos o la actividad (que es la obligación que pesa sobre los miembros, al tiempo que elemento constitutivo del contrato asociación), sino la contrapartida a las labores de administración y dirección del grupo. Hay que distinguir entre *désintéressement obligatoire*, que es elemento constitutivo del contrato de sociedad, y *bénévol facultatif*, ligado a las funciones de dirección; igualmente hay que distinguir entre *bénéfice*, que es el resultado final de la actividad respecto del que está prohibido el reparto, y *rémunération*, deducible del resultado de la

[274] *TGI* Strasbourg, 22-3-1982, citada por BRICHET, "La rémuneration des administrateurs d'une association", *JCP*, 1988, I, nº 3322, I, B; *Cass. soc.* 17-12-1987, nº 86-12.033, citada en *Rev. trim. dr. com.* , 1988, 467, comentada por ALFANDARI y JEANTIN.

[275] En este sentido, BRICHET, en "La rémuneration...", *cit*., I,B,b, que cita una sentencia de la *Cour d'appel de Colmar* de 20-5-1987 (*op.cit.*, III,C,a), y algunos ejemplos de asociaciones -*Association des Petits Frères des Pauvres, Association des Paralysés de France*- respecto a las cuales el *Conseil d'État* ha aprobado la redacción o modificación de los Estatutos en el sentido de permitir a los miembros asalariados de la asociación reconocida de utilidad pública, ocupar puestos en el Consejo de administración, si bien con una limitación cuantitativa (un tercio y un cuarto respectivamente) y cualitativa (están excluidos de ciertas funciones), puesto que no pueden ocupar una posición dominante (*part prépondérant*) en aquel.

[276] BRICHET, *Associations et syndicats...cit.,* nº 264, pág. 114.

[277] Decisión del *Conseil d'Etat*, de 22-10-1970, nº 304-662, Rapp. de Baecque.

actividad, cuyo pago es lícito[278]. La *Cour d'appel* de Reims, en una sentencia de 19-2-1980, distingue igualmente entre beneficio y salario, haciendo notar que el salario no se paga en función del beneficio realizado y el derecho al mismo persiste incluso en ausencia de todo beneficio real, ya que no constituye más que la retribución del servicio prestado[279].

En cuanto al riesgo de abuso, hay que responder que este es un peligro común a cualesquiera grupos cuyos dirigentes puedan ser remunerados, v.gr. en las sociedades de capital. Este abuso puede y debe ser sancionado sin que por ello se cuestione sobre la licitud de la remuneración, si ésta es justa y corresponde a una gestión seria y real. Las sanciones pueden ser de tipo disciplinario interno (suspensión de su cargo), e incluso se le puede condenar por la vía civil a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas y a la indemnización de daños y perjuicios.

En suma, así como no cabe la remuneración por la simple aportación de conocimientos o actividades (similar a lo que serían los dividendos de las acciones), sí que cabe y es lícita cuando existe un contrato de trabajo con el simple asociado o con el miembro del órgano directivo, o si se acuerda remunerar a éste por el desempeño de su misión. Todo ello sin perjuicio de que la Legislación especial sobre un tipo concreto de asociaciones pueda establecer una prohibición expresa, como sucede en algunos casos (asociaciones reconocidas de utilidad pública, federaciones deportivas) o en ciertos casos, la concesión de subvenciones está condicionada a la gratuidad de los cargos. Esta prohibición está en relación con los beneficios o ventajas que se conceden a este tipo de asociaciones pero en ningún caso es manifestación de una regla de derecho general[280].

Una última observación sobre el caso concreto en que haya un contrato de trabajo, a cuya virtud la asociación aparece como empleadora de sus asociados. Aunque pueda haber una suerte de

[278] Dice el *Conseil d'État* "*Même si le terme de bénéfices doit être...entendu au sens large, il n'inclut pas le salaire qui n'est pas que la contrepartie financière d'un travail ou d'un service*".

[279] Bien es verdad que esta sentencia se refería a los socios jugadores de un club de fútbol, pero la doctrina puede generalizarse al caso de los dirigentes de la asociación; *vid.* JCP *éd. G*, 1981, II, nº 19496, comentada por GUYON.

[280] SOUSI, *Les associations*, *cit*., nº 971, pág. 316 y nº 983, pág. 321.

autocontrato[281], en el amplio sentido de que el asociado de algún modo está presente en los dos polos del contrato, (se vería especialmente claro en el supuesto de contrato a uno de sus dirigentes, si la misma persona apareciera por una parte, como representante de la asociación empleadora y por otra, como individuo que es empleado), no se excluye por este solo hecho la posibilidad de contratar si no media conflicto de intereses entre el representante (la persona física que actúa por la asociación y que al mismo tiempo es contratada) y el representado (la asociación como tal)[282].

La posibilidad vista en este epígrafe no es intrínsecamente rechazable, pues con ello se consiguen dos objetivos: el desarrollo de las actividades propias de la asociación de modo profesionalizado y la dotación de un puesto de trabajo a estas personas, remunerado fundamentalmente con las subvenciones que se reciben de los poderes públicos y las cantidades (generalmente simbólicas) que puedan pagar los usuarios. Es esta una situación aceptada y asumida por los sujetos que concurren: la Administración pública competente, en muchas ocasiones firma convenios de colaboración con estas entidades y les confía funciones que de otro modo tendrían que desarrollarse por y en organismos públicos. Las asociaciones están igualmente satisfechas con esta situación que les permite la consecución de sus fines y soluciona el problema laboral de algunas personas.

Queda claro que especialmente en el caso de que se contrate a los propios asociados, se altera la configuración tradicional de la asociación sin ánimo de lucro, en el sentido de que los asociados

[281] La figura del autocontrato, aunque sea "una divergencia más entre la lógica de la realidad y la lógica del formalismo jurídico", se admite por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, que tienen siempre en cuenta razones de utilidad, dada la frecuencia de esta figura en el tráfico; *vid.* LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos de Derecho civil* II-vol.1, *Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del contrato,* Bosch, Barcelona, (3ª ed.) 1994, págs. 373 y 374.

[282] Nótese que aquí estoy utilizando la teoría de la representación y no la del órgano. En el caso de seguir esta última, formalmente serían dos polos bien diferenciados: la asociación que actúa a través de su órgano y una persona, (prescindiendo en este caso de que ésta reúne ambas condiciones: órgano contratante y persona cocontrante). Con todo, la solución a aplicar sería la misma que la propuesta en el texto.

perciben una cantidad de dinero en concepto del desempeño de sus funciones.

Esta situación que, como digo, es generalmente aceptada, tampoco constituye en mi opinión un caso de fraude de ley o de abuso de Derecho, dado que las cantidades percibidas son *retributivas* de sus actividades. Por otra parte es un modo que se ha revelado eficaz, de gestionar ese servicio a la sociedad[283]. En todo caso, siempre podría utilizarse la vía del abuso de derecho (art. 7 del Código civil) si se pretendiera un enriquecimiento o lucro encubierto.

II.B EL DERECHO A UNA PARTE PROPORCIONAL DEL PATRIMONIO DE LA ASOCIACION EN EL CASO DE SEPARACION VOLUNTARIA Y EN EL CASO DE DISOLUCION DE LA ASOCIACION, EN RELACION AL CARACTER NO LUCRATIVO DEL FIN ASOCIATIVO

Acabamos de sortear una aparente contradicción con el carácter no lucrativo del fin. Pero no es la única.

[283] Un tipo de figura cercano a la situación descrita es el caso de las "*entreprises intermédiaires*", de la Legislación francesa, reguladas por Decreto de 7-6-1985, constituidas con el objeto exclusivo de permitir a jóvenes sin empleo la inserción profesional, y el ejercicio de una actividad asalariada en el marco de un contrato de trabajo (art. 1º del Decreto). Estas empresas, están reservadas para jóvenes de 17 a 25 años, sin empleo, a los que se hace un contrato de trabajo de duración determinada (máximo 18 meses) y reciben las correspondientes ayudas públicas, aunque deben tender a la autofinanciación. El Decreto no se pronuncia sobre la forma que han de adoptar esas empresas y ALFANDARI no ve *a priori* como desaconsejable, la fórmula de la asociación, pero constata que tendría algunas dificultades como la "insuficiencia crónica de fondos propios, que puede hacer dudar de la viabilidad de la empresa exigida por el Decreto de 1985...o la imposibilidad de inscribirse en el Registro de Comercio en el estado actual de la Legislación". El calificativo de "*intermédiaires*", lo reciben según ALFANDARI, porque son "intemediarias" entre lo económico y lo social, entre la economía de mercado y la economía fuera de mercado, entre una estructura pedagógica de inserción o formación profesional y una verdadera empresa económica con personal cualificado; *vid.* ALFANDARI, "Associations et entreprises intermédiaires", *Rev.dr.sanit. et soc.*1986, págs. 121 y 122.

Las "*entreprises intermédiaires*" son diferentes de las "*associations intermédiaires*" creadas por el art. 19 de la Ley nº87-39, de 27-1-1987, que tienen por objeto poner a personas sin empleo a disposición de otras personas físicas o jurídicas para la realización de actividades puntuales que no estén cubiertas por los correspondientes seguros públicos o privados: v.gr. se puede tratar de trabajos prestados en casa de los particulares, de ayuda a discapacitados o personas ancianas, de trabajos ocasionales en talleres de artesanos, agricultores o incluso en empresas cuya viabilidad económica esté siendo comprobada. Estas asociaciones para ejercer esta actividad, y poder pagar a los desempleados el desempeño de sus actividades, ha de ser objeto de *agrément*, es decir, de declaración de interés público, que les somete a un régimen jurídico favorable, en las condiciones previstas en el Decreto nº 87-303, de 30-4-1987, de desarrollo de la Ley.

En efecto, dado que la asociación cuenta con un patrimonio que se ha formado en buena parte gracias a las aportaciones de los asociados, es lógico preguntarse si éstos tienen derecho a una parte proporcional del mismo en caso de baja voluntaria y si estatutariamente puede fijarse como destino del patrimonio asociativo tras la disolución, el reparto entre los socios. Se adivina que una objeción inmediata sería, justamente, la prohibición de reparto del lucro entre los asociados, pues la utilización de tales mecanismos podría suponer un lucro para ellos.

Son dos las situaciones a las que me he referido, que pienso deben tratarse separadamente.

Derecho a exigir una parte proporcional del patrimonio de la asociación en caso de baja voluntaria del asociado

Así como la cuestión tratada en el epígrafe anterior no había despertado el interés de la doctrina española, el problema del que ahora nos ocupamos, ha sido objeto de atención por parte de la misma y de hecho tiene alguna -aunque no clara- respuesta legal.

Con ocasión del comentario a la STS 12-6-1990, -que se centra sobre las consecuencias patrimoniales de la segregación de un Colegio profesional, para las que el TS aplica por analogía los arts. 1.700.4º, 1.705, 1.707 Y 1.708 del Código civil-, MARIN LOPEZ afirma que, teniendo en cuenta que en tema de asociaciones ninguna disposición aclara los derechos que los asociados ostentan, o mejor dicho, pueden ostentar sobre el patrimonio asociativo y la doctrina tampoco ha estudiado detenidamente el tema, resulta más defendible, en su opinión, la postura que entiende que el asociado que voluntariamente abandona el grupo no tiene derecho a que se le restituya una parte proporcional del fondo social. "Mientras los socios civiles o mercantiles ostentan un derecho patrimonial sobre el fondo social, derecho *pro parte* inherente a su condición de socio (los socios tienen una *participación* en el patrimonio social), los miembros de una asociación carecen de semejante titularidad"[284].

[284] MARIN LOPEZ, *CCJC*, nº 23 (1990), *cit.*, pág. 757; *vid.* allí una relación de autores españoles favorables y contrarios a esta posibilidad, tanto a la luz de la Ley de Asociaciones de 1887, como a la de 1964. En el sector contrario a esta posibilidad, cita además doctrina francesa, belga y alemana, completada esta última por PANTALEON, *op. cit.*, pág. 26, nota (39).

PANTALEON PRIETO, además, aclara que el socio saliente no tiene, *salvo disposición en contrario de los Estatutos*, derecho a exigir de la asociación una parte proporcional del patrimonio, ni derecho a que se le devuelva la contribución que haya podido hacer al patrimonio social. En esto, entre otras cosas, se diferencian las asociaciones regidas por la Ley de Asociaciones, de otras entidades sin ánimo de lucro pero con fin económico en las que sí se prevé legalmente esa posibilidad: como las cooperativas (art. 80 de la LGC que preve el reembolso de las aportaciones) o las sociedades de garantía recíproca (actualmente, art. 29 LSGR)[285]. Las cautelas que muestra la doctrina respecto a esta previsión están fundadas justamente en la prohibición de reparto directo o indirecto del lucro entre los asociados.

Sin embargo, la dirección que apuntan tanto la Ley vasca de asociaciones como el ALODA de 1997 parece ser la de su admisión, si bien, sujeta a limitaciones.

La Ley vasca de asociaciones, contempla, en su art. 20, para el supuesto de separación voluntaria de un socio, la posibilidad de que los estatutos prevean la percepción de una participación patrimonial, en razón a aportaciones distintas de las cuotas ordinarias y siempre que la reducción patrimonial no cause perjuicios a terceros.

Idéntica postura adopta el art. 21 del ALODA de 1997

> 2. *"Los Estatutos podrán establecer que en el caso de separación voluntaria de un asociado perciba éste una participación patrimonial, no superior a sus propias aportaciones, distintas de las cuotas ordinarias de pertenencia a la misma, siempre que la reducción patrimonial no implique perjuicios a terceros"*

Entiendo que las limitaciones que se ponen a la participación evitan que ésta suponga un lucro, en el sentido de enriquecimiento positivo para el asociado; simplemente evitan su empobrecimiento. Se trata, en definitiva, de una restitución. Además tal posibilidad

[285] PANTALEON PRIETO, *op. cit.*, pág. 26

está subordinada a la protección de los terceros que se relacionan económicamente con la asociación, y tienden a evitar el fraude[286].

Reparto del patrimonio de la asociación disuelta

Una vez se han efectuado las operaciones de liquidación del patrimonio asociativo puede haber un remanente de bienes cuyo destino está generalmente fijado en los Estatutos. La duda se plantea en torno a si es lícita la previsión estatutaria de reparto del mismo entre los asociados. Veamos las soluciones que se han propuesto[287].

El proyecto de Ley de Asociaciones de 1886 y la Ley de Asociaciones de 1887

El proyecto de Ley de Asociaciones, presentado el 12 de julio de 1886[288] contenía una disposición, el art. 12, que no pasó a la Ley definitiva[289]:

> *"En los casos de disolución no podrán distribuirse entre los asociados fondos o haberes colectivos, mientras no estén pagadas o afianzadas todas las deudas y obligaciones pendientes de la asociación, quedando en otro caso personal y solidariamente responsables de aquellas obligaciones los que, ejerciendo cargos administrativos o de gobierno en la asociación acuerden el reparto o lo lleven a cabo"*

[286] El art. 24, párrafo 4º del *Codice*, dispone que los asociados que hayan dejado de pertenecer a la asociación, no pueden reclamar las contribuciones pagadas, ni tienen ningún derecho sobre el patrimonio de la asociación. En el mismo sentido, el art. 181 del Código civil portugués de 25-11-1966, (reformado en lo relativo a las personas jurídicas por DL de 25-11-1977), sin embargo, rechaza abiertamente la posibilidad de reembolso de las cotizaciones del socio que causa baja en la asociación, sea por la causa que sea.

[287] Como antecedente curioso y sorprendente en su contenido, encontramos en el Digesto lo siguiente: *Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.* (Si hay asociaciones ilícitas, deben disolverse como ordenan los mandatos, constituciones imperiales y senadoconsultos, pero, al disolverse, se les permite dividir el dinero común y repartirlo entre los socios); *vid*. D., XLVII, 22, 3, 1.

[288] *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso*, 1886, nº 51 y apéndice tercero a ese número. Como se reconoce en el preámbulo es, en gran parte reproducción del presentado por el mismo ministro -Venancio González- en la sesión de 17-11-1881, inspirado a su vez en el Decreto-Ley de 20-11-1868.

[289] Fue suprimida por el dictamen de la Comisión, publicado el 24 de febrero de 1887.

Llama la atención la abierta posibilidad de reparto, una vez satisfechas las deudas, de "los fondos o haberes colectivos". Esta expresión parece reducir el patrimonio de la asociación, a estos efectos de reparto, a remanentes líquidos y no tanto a otro tipo de bienes, como inmuebles o muebles de gran valor. Bienes éstos, que por otra parte, a la luz de la legislación sobre propiedad corporativa, no podían tener las asociaciones. Esta posibilidad, aparentemente, chocaba con el carácter no lucrativo de las asociaciones. El ámbito de aplicación previsto en el proyecto inicial era más amplio que el estricto de las asociaciones sin ánimo de lucro[290]. Quizá por esta amplitud de los fines no pareciera al Gobierno que la previsión citada fuera contraria al espíritu de la Ley. Sin embargo, la Ley definitiva no recogió tal previsión. El art. 18 de la Ley de Asociaciones de 1887, decía

> *"Las asociaciones quedan sujetas, en cuanto a la adquisición, posesión y disposición de los bienes para el caso de disolución, a lo que dispongan las leyes civiles respecto a la propiedad colectiva"*[291]

Se plantea la duda sobre si la remisión a las normas sobre propiedad colectiva debe hacerse a las leyes desamortizadoras vigentes a la sazón, o a los artículos reguladores de la comunidad de

[290] El proyecto de Ley de 12 de julio de 1886, sin hacer referencia alguna a las asociaciones que quedaban sometidas, sólo excluía en el art. 18 "*las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, conforme a las disposiciones del...Código de Comercio*". Era en el preámbulo donde se aludía a un elenco de fines muy amplio que incluía algunos típicos como "*...la beneficencia particular, la propaganda de las ideas...*", y a otros no tan típicos de las asociaciones sin ánimo de lucro como "*...el fomento de la agricultura y de la industria...*".

[291] En el proyecto de Ley, este artículo decía "*Las asociaciones quedan sujetas, en cuanto a la adquisición y posesión de bienes inmuebles a lo que dispongan las leyes respecto a la propiedad corporativa"*. Dicho artículo del proyecto, fue aprobado en el Congreso sin discusión en la sesión de 10 de marzo de 1887; *vid. Diario de las sesiones de Cortes, Congreso*, sesión de 10 de marzo de 1887, nº42. Aunque después sí hubo alguna voz en contra, como la de FERNANDEZ VILLAVERDE "Yo creía que una ley de asociaciones debía tratar estos puntos, estableciendo una doctrina sobre la personalidad civil de las asociaciones y desarrollando preceptos justos en materia de propiedad corporativa que no se hace sino mencionar en una referencia vacía de toda determinación positiva en el proyecto de ley", *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso,* sesión de 16 de marzo de 1887, nº 47. A su paso por el Senado, esta previsión fue ampliada a los bienes en general, sin distingos entre muebles e inmuebles, añadiéndose una mención sobre disposición de los bienes para el caso de disolución, y el calificativo de civiles de las leyes que regulan la propiedad corporativa: "*Las asociaciones quedan sujetas, en cuanto a la adquisición, posesión y disposición de los bienes para el caso de disolución, a lo que dispongan las leyes civiles respecto a la propiedad corporativa*"; *vid.* Diario de las sesiones de Cortes, Senado, sesión de 25 de abril 1887, apéndice tercero al nº 76. Así se mantiene en el texto definitivo. El dictamen de la Comisión mixta únicamente cambió la referencia a la propiedad corporativa por *"propiedad colectiva"*.

bienes -la cual realmente da lugar a una propiedad colectiva- del Código civil, que en aquella fase ya estaban redactados, y previsiblemente iban a ser aprobados[292].

Evidentemente las remisiones que, sin ulteriores concreciones, hace una ley, siempre lo son al Derecho positivo vigente en ese momento. Y en aquel momento lo eran las citadas leyes desamortizadoras. Pero también es verdad que quizá, en esta fecha -14 de mayo de 1887- se veía cercana la supresión de tales normas desamortizadoras por el Código civil, pues la doctrina mayoritaria[293] y la Jurisprudencia consideran que los arts. 37 y 38 del Código civil, tuvieron tal eficacia derogatoria, que otorgaron a las manos muertas, como a toda persona jurídica en general, capacidad para adquirir y retener.

Pese a lo que acabo de decir, cuesta entender en este caso, que la dicción "propiedad colectiva", esté pensando en las normas de la comunidad de bienes, puesto que la propiedad de los bienes que se atribuyen a una asociación no es una propiedad colectiva de los

[292] El título 3º del Libro II del Código civil sobre la comunidad de bienes, que carecía de antecedentes, aparece ya en el proyecto de libro II de 24 de abril de 1882.

[293] MUCIUS SCAEVOLA opina que las Leyes desamortizadoras siguen vigentes tras el Código civil porque "el art. 1976 del Código civil deroga únicamente a "los cuerpos legales ... que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código", entre los cuales no pueden estar comprendidas unas leyes que ni forman un cuerpo legal, como las Partidas o la Novísima, que es lo que se refiere el Código ni atañen directamente al Derecho civil, porque tienen más bien un fin político"; *vid.* MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo I, cit., pág. 496; SANCHEZ ROMAN también las considera vigentes respecto a las personas jurídicas de interés público, como complemento y referencia de los arts. 37 y 38 del Código civil; *vid*. SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, cit., pág. 156.

Sin embargo, otro representativo sector doctrinal y la propia Jurisprudencia estiman derogada tal regulación, tras la entrada en vigor del Código civil. MANRESA, en apoyo de esta tesis, hace referencia a la exposición que elevó la Comisión de Codificación al señor Ministro de Gracia y Justicia el 30 de junio de 1889, "donde se consigna, sin hacer observación alguna, una doctrina, a que la Sección dice que ha prestado atento oído y que ha sido atendida, la que se apoya en la tesis de que "restituida la facultad de adquirir y *poseer* a las comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el Derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares". Además en el art. 1976 se declara que "*quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y sin vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio*" y que "*esta disposición no es aplicable a las leyes que en el Código se declaren subsistentes*". Ahora bien, (como) las leyes desamortizadoras constituían parte del derecho civil común, las condiciones todas del derecho de propiedad son una materia objeto del Código, y en éste no se declaran subsistentes aquellas leyes...".

asociados, sino precisamente, *del nuevo ente creado: de la persona jurídica*[294].

De aplicar las normas sobre la comunidad de bienes, cabría la división del patrimonio entre los asociados, conforme al art. 401 del Código civil. No obstante, esta posibilidad quedaba, según la doctrina, muy reducida ya que, aunque PEREZ GONZALEZ y ALGUER, creían que este art. 18 se aplica a todos los supuestos de disolución (voluntaria, judicial), si sus estatutos no prevén expresamente el destino de sus bienes[295], otros autores como COVIAN JUNCO consideraban más correcto limitarlo al supuesto de disolución judicial y sólo para el caso de que nada dijese la sentencia[296]; TRAVIESAS reduce su aplicación a los casos de asociación que carece de reconocimiento estatal y de personalidad jurídica[297]. En el mismo sentido PELLISE PRATS[298].

La Ley de Asociaciones de 1964

Como en otras ocasiones, la Ley de Asociaciones de 1964 no se pronuncia *in genere* ni a favor ni en contra de esta posibilidad: sólo se prohibe en el caso de las asociaciones que pretendan obtener la declaración de utilidad pública. Por ello hemos de acudir a la doctrina y a las previsiones de las Leyes autonómicas (en este caso, de la Ley catalana, pues la Ley vasca tampoco se pronuncia), y al ALODA de 1997.

Respecto a la legislación estatal, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO constatan que nada impide el reparto del patrimonio de la asociación disuelta entre los asociados si está previsto en los Estatutos[299]. Es más, PANTALEON PRIETO, en el caso de las

---

[294] Caso distinto es el del régimen jurídico de *la asociación en formación, aún no válidamente constituía, y por ende, carente de personalidad y capacidad jurídica*, a la cual, si tiene bienes, se le aplicarán tales normas sobre la comunidad de bienes.

[295] PEREZ GONZALEZ y ALGUER, *op. y vol. cit*., pág. 510

[296] COVIAN JUNCO, *op.cit*., pág. 87. Esta solución queda patente, según este autor, si se repasa el contenido de la Ley de 1887 y se tiene en cuenta que el art. 18 forma parte del grupo de los que se ocupan de la suspensión y disolución judicial de las asociaciones.

[297] TRAVIESAS, *op. cit*., págs. 209 y 210.

[298] PELLISE PRATS, *op. cit*., pág. 87.

[299] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit*., pág. 299.

asociaciones sin ánimo de lucro *de interés particular*, tras razonar lo forzada que en este caso resultaría la aplicación del art. 39 del Código civil[300], opina que el destino lógico del haber existente tras la disolución y liquidación del patrimonio de dichas asociaciones, es salvo disposición contraria de los Estatutos, su reparto entre los últimos miembros de la asociación por partes iguales[301].

La Ley catalana dice en el párrafo 3º del art. 2, afirma

> *"...En cualquier caso, no pueden repartirse los bienes de la asociación entre los asociados y asociadas ni ser cedidos gratuitamente a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo. Se exceptúan las aportaciones condicionales que tienen el tratamiento que les imponga la condición"*

Entiendo que como la Ley no distingue, la prohibición de reparto se extiende a la vida de la asociación (y por tanto al caso visto en el epígrafe anterior de baja de alguno o algunos de los asociados) y a la disolución de ésta. Reincide la Ley respecto esto último, al regular las operaciones de liquidación, en el art. 28 e), donde se dice que las personas liquidadoras deberán

> *"e) Aplicar los bienes sobrantes de la asociación a los fines establecidos en los Estatutos, que nunca pueden consistir en el reparto de los bienes entre las personas asociadas o cualquier otra*

[300] Efectivamente, puede ser un poco violento para una asociación de interés particular, v.gr. de recreo, que ha ido forjando un patrimonio con las aportaciones de sus socios, que, *"si nada se hubiera establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas"* (art. 39). Por otra parte, es difícil -aunque posible- *que nada se haya previsto* en los Estatutos de las asociaciones. La Ley de 1964 prescribe que una de las menciones que necesariamente han de aparecer en los estatutos, es la "*Aplicación que hay de darse al patrimonio social en caso de disolución*" (art. 3. 2, 9º). Aunque el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, por el que se dictan normas complementarias de la Ley de Asociaciones, en su art. 7.5 b) señala como extremos que ha de aparecer en la inscripción de la disolución de estas asociaciones: "*Aplicación estatutaria o legal del patrimonio social*", si no se hiciera esta mención, ni en un sentido ni en otro, es muy probable que el encargado del registro, suspendiera la inscripción de los estatutos por motivos de legalidad.

[301] PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 26. Postura ésta que parece claramente inspirada en el §45.3 BGB que prevé en el caso de silencio de los Estatutos de aquellas *asociaciones que sirven exclusivamente los intereses de sus miembros*, el reparto del patrimonio entre los miembros subsistentes al tiempo de la disolución o privación de la capacidad jurídica, una vez pagadas las deudas a los acreedores según los trámites previstos en los §§47 a 51.

persona física o jurídica con ánimo de lucro, a excepción de las aportaciones condicionales"[302]

Además de la rotundidad de la dicción del art. 2.3º, destaca la previsión efectuada en orden a impedir que ese reparto se produzca por medios indirectos como pueda ser la cesión gratuita a "personas físicas o jurídicas con interés lucrativo". La cesión gratuita de los bienes de la asociación a una persona física sería un fácil medio de burlar la prohibición de lucro. Si bien tal cesión gratuita podría entenderse como un modo de beneficencia, el legislador catalán parece imponer que la canalización de los recursos económicos conseguidos por la asociación se haga a través de actividades previstas en los Estatutos o acuerdos asociativos. Actividades, que en su caso, beneficiarán desinteresadamente a un colectivo de personas físicas.

Tales actividades, ciertamente, pueden consistir materialmente en un cesión gratuita de bienes a personas físicas ajenas a la asociación (pensemos en las asociaciones del tipo "Banco de Alimentos"), pero los bienes no tienen la condición de "bienes de la asociación", aunque interinamente la asociación asuma su propiedad: en estos casos la asociación actúa como mediadora-gestora de una donación, entre los donantes y los donatarios[303].

El ALODA de 1997 se pronuncia en términos poco claros; entre las previsiones de obligada mención en los Estatutos a las que alude el art. 6.1 debe figurar las "j) *Causas de disolución, y destino del*

[302] El párrafo continúa "...*Si los Estatutos no lo disponen de otro modo, tales bienes deben ser destinados a la realización de finalidades análogas en interés de otras entidades sin ánimo de lucro, cuyos fines sean similares a los de la asociación en liquidación*".

[303] El Proyecto de Ley catalana de asociaciones de 14-6-1994, contenía una discutible previsión en su art. 5.4º: "*No podrán ser declaradas de utilidad pública las asociaciones cuyos estatutos disponen para el caso de disolución, la aplicación del patrimonio social a los asociados o a otras personas jurídicas de interés particular*". Esta restricción era llamativa: parece ser que las asociaciones sin ánimo de lucro que no deseen optar a esta declaración, sí que pueden hacer una previsión estatutaria de estas características. Pero es que además, no se ve razón suficiente para prohibir que se destine a otras asociaciones no lucrativas que persiguen un interés particular, puesto que sus finalidades, son, en definitiva, dignas de ser promocionadas, y ellas no van a "heredar" el trato privilegiado propio de una asociación declarada de utilidad pública, sino solamente un conjunto patrimonial, que también podrían adquirir a título lucrativo de otras personas. En contra, puede considerarse que dicho patrimonio ha sido adquirido precisamente gracias a la situación ventajosa en la que se encontraba la asociación de utilidad pública disuelta, y que, en consecuencia, debe ser destinado a otras personas jurídicas acreedoras de ese mismo trato privilegiado. Además puede darse el temor de que las asociaciones (no declaradas de utilidad pública) que reciben estos bienes, si son de utilidad particular aunque no tengan fin lucrativo, sí que contengan una previsión estatutaria de división del patrimonio entre sus asociados en caso de disolución, lo cual conllevaría cierto fraude.

patrimonio en tal supuesto, que no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo de la entidad".

Al no prohibir expresamente el reparto, pienso que tan imprecisa mención debe interpretarse en el sentido de admitir un reparto entre los socios hasta la cuantía equivalente a sus aportaciones, con lo que no se produciría un enriquecimiento en sentido positivo, sino únicamente una suerte de reembolso.

El ánimo de lucro que excluyen las asociaciones, es el de lucro repartible. Generalmente se entiende que el lucro se produce durante la vida de la entidad. Ciertamente puede producirse una vez disuelta ésta, si la cantidad correspondiente en el reparto del haber de la asociación, una vez satisfechas sus deudas, supera a las aportaciones realizadas. Incluso cabe pensar en un posible móvil defraudatorio en la constitución de la asociación. Pero tampoco es esencialmente opuesto a la esencia de la asociación que, habiendo sido disuelta y dejado de funcionar, aquellos que de modo desinteresado han contribuido con sus bienes al funcionamiento de la asociación participen del remanente en equivalencia a las aportaciones distintas de las cuotas ordinarias[304]. Los límites serían, como es obvio, el perjuicio a terceros y en mi opinión, el límite cuantitativo citado, pues su superación supondría efectivamente, un lucro particular aunque sea diferido, lo cual sí que es incompatible

[304] Ya CLARET MARTI a la vista de la Ley de 1887 admitía el posible el reparto del remanente, al no estar prohibido expresamente por dicha Ley; *vid.* CLARET MARTI, *op.cit.*, pág.117. LLUIS i NAVAS sostiene esta misma opinión, ante el silencio legal que también se produce en la Ley de 1964. Acertadamente, critica las posturas que niegan la posibilidad de reparto del remanente sobre la base de la finalidad no lucrativa de la asociación, aduciendo que dichas posturas incurren en una "confusión entre la finalidad de una asociación, que efectivamente, no puede ser lucrativa, y un reparto por disolución, que podrá dar lugar a un lucro, pero no es el fin de la asociación (el fin de las entidades es existir y actuar, no extinguirse), y, por tanto, al no ser un lucro surgido del fin, sino de una consecuencia indirecta de la preexistencia, no puede considerarse comprendido en la prohibición general de finalidades lucrativas". Y aún llega más lejos LLUIS i NAVAS al considerar que incluso el socio honorario podría participar del reparto "en atención a los méritos que a un socio hayan podido valer la condición de honorario y a los servicios que pueda haber prestado a la asociación"; *vid.* LLUIS i NAVAS, *op.cit.*, pág. 339.

CARPIO MATEOS, también suscribe la opinión favorable a la posibilidad de inclusión en los Estatutos de una norma que conceda a los socios un derecho a "...una cuota en el haber líquido resultante cuando se disuelva la asociación", así como un posible "...pacto estatutario de adjudicar el remanente de liquidación a los componentes". Afirma que las opiniones que niegan la posibilidad de reparto del remanente que considera se apoya en un concepto hipertrofiado o erróneo de lo que debe entenderse por "beneficio", ya que "una cosa es el auténtico beneficio, igual a lucro emergente o ganancia excedente, y otra, la mera restitución, atribución de lo aportado y sus incrementos normales patrimonializados con ello"; *vid.* CARPIO MATEOS, *op.cit.*, pág. 783.

con la esencia asociativa. El excedente, en todo caso, sí que tendría que destinarse a otro fin, y en defecto de previsión, al destino previsto por las leyes. Con todo, no es difícil adivinar las dificultades que tal posibilidad encontraría en la práctica e incluso la tentación de pedir la disolución que para los asociados podría suponer esta posibilidad, con independencia de los intereses de la asociación[305].

Como en otras ocasiones, me parece interesante reseñar la postura de la doctrina y jurisprudencia francesas al respecto.

Respecto a los bienes que han sido aportados a la asociación durante la vida de esta, pueden ser eventualmente objeto de la restitución ("*reprise des apports*"), según el art. 15 del Decreto de 16-8-1901 de desarrollo de la Ley de 1901. Y tal restitución no plantea en ningún caso un atentado contra el carácter no lucrativo de la asociación.

Sobre la naturaleza jurídica de la restitución de las aportaciones existe una animada discusión jurídica.

Una corriente doctrinal, entiende la restitución es una simple facultad y no un derecho: los Estatutos pueden prever perfectamente la no restitución de todas o algunas de las aportaciones. El carácter traslativo de la propiedad que comporta la noción de aportación priva de todo "derecho fundamental de retorno"[306]. La *Cour de cassation* ha admitido claramente que la Asamblea general pueda excluir a un asociado de la restitución de su aportación[307].

Frente a aquella tendencia, un numeroso grupo de autores opinan que la noción misma de aportación comporta un derecho de retorno en favor del aportante, de modo que la restitución es un derecho del que no se le puede privar sin su acuerdo expreso[308].

---

[305] El art. 106 del Código civil griego de 1946 se opone a esta posibilidad: "*Los bienes de la asociación en ningún caso serán repartidos entre los miembros*".

[306] CORNU, "Dissolution judiciaire d'une association inactive et reprise des apports", *Rev. trim. dr. civ*., 1970, nº 2, pág. 372; SOUSI, *Les associations*, *cit.*, nº 1315, pág. 463.

[307] *Vid*. *Cass. civ.* I, 4-11-1982, *Rev. soc*. 1983, pág. 826, comentada por SOUSI.

[308] CHASSAGNADE-BELMIN, "Les apports aux associations", *Journ.not*., 1958, art. 456-46; DELSOL, "Les apports aux associations", *Juris-assoc*., 1986, nº 24, pág. 24; BRICHET, *Associations et syndicats...cit*., nº 383, pág. 164.

Una vez que se han restituido las aportaciones los bienes de la asociación subsistentes tras la liquidación ("*boni de liquidation*"), han de ser tener un destino, que habrá de fijarse en los Estatutos y que, según el art. 15 del Decreto de 16-8-1901, en ningún caso puede ser el de reparto directo o indirecto entre los socios[309].

III. MAS PERSPECTIVAS DEL MISMO TEMA: NECESIDAD EN EL SISTEMA JURIDICO ACTUAL DE UN ENFOQUE COMPLETO DEL ELEMENTO TELEOLOGICO-OBJETIVO DE LA ASOCIACION

III. A. EL FIN NO LUCRATIVO COMO COMUN DENOMINADOR DEL *NON PROFIT-SECTOR* O TERCER SECTOR

Vista la importancia del fin no lucrativo como elemento del concepto asociación, no puedo dejar de consignar un dato que manifiesta el valor que todavía conserva el elemento teleológico del concepto asociación, desde ciertos enfoques del Derecho, y más concretamente del Derecho europeo. Mi propósito es demostrar que sin menoscabo de la importancia, a ciertos efectos, del criterio estructural (aplicación de un régimen u otro a supuestos atípicos), el elemento finalista o teleológico sigue conservando un relevante significado a otros efectos.

Me refiero a la ya generalmente aceptada expresión "Sector no lucrativo" (traducción de la conocida locución anglosajona *Non-profit Sector*), también conocido como "Tercer sector".

Así llamado, según CABRA DE LUNA y DE LORENZO GARCIA, por estar encuadrado entre el Sector Público y el Sector Privado, el Tercer Sector, cuyos elementos comunes son la inexistencia de ánimo de lucro y la ubicación fuera del Sector Público, es el formado por "entidades de carácter voluntario, que surgidas de la libre iniciativa ciudadana y regidas de forma

[309] Respecto a la prohibición de reparto indirecto o por medio de persona interpuesta, pueden verse *Cass. civ.*, I, 17-10-1978, *Bull. civ.* I, nº 301, pág. 232 y *Cass. civ.* I, 4-11-1982, *cit.*, pág. 826. Este último caso, se trataba de una asociación que había decidido destinar sus bienes a otra asociación que en realidad era miembro de la asociación disuelta.

autónoma, buscan a través de la intervención en la política social, conseguir un incremento de los niveles de calidad de vida mediante un progreso social solidario"[310].

Las entidades que componen este tercer sector, vienen a coincidir, en parte con el concepto de "Organización no gubernamental (ONG)", cuyas características son el carácter privado de su constitución y el carácter no lucrativo; no obstante éstas suelen caracterizarse además, por su carácter benéfico o de "acción social", amen de otras características peculiares como su estatuto consultivo[311].

---

[310] CABRA DE LUNA y DE LORENZO GARCIA, en "La constelación de entidades no lucrativas", en el vol. col. *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre Editorial, Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Madrid, 1993, pág. 32. Los autores además muestran una panorámica del Tercer Sector a nivel mundial. No lo dicen explícitamente, pero es claro que identifican el Sector Privado con las empresas -personas físicas o jurídicas- que realizan un actividad económica con la finalidad de obtener un provecho para sí mismas.

La bibliografía sobre el Tercer Sector es abundantísima, acorde con el auge real del mismo. Una completa recopilación bibliográfica -hasta 1993-, es la elaborada por PERDOMO CEJUDO, recogida en las páginas 759 a 786 de la obra colectiva *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre Editorial, Colección solidaridad, Fundación ONCE, Madrid, 1993. Destacan, en España, dos obras colectivas, junto con la ya citada: VV.AA., *Organizaciones voluntarias e intervención social*, ACEBO, Madrid, 1989 y VV.AA., *Las entidades no lucrativas de caracter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991. Pueden añadirse las siguientes obras aparecidas a partir de 1993: *The Nonprofit sector in the mixed economy*. Ed. Avner Ben-Ner & Benedetto Gui. 1993; SALAMON y ANHEIER, *The emerging sector: The Nonprofit sector in Comparative perspective, an Overview*, The Johns Hopkings University, Baltimore, 1994 y de los mismos autores, *The emerging sector: a Statistical Supplement*, The Johns Hopkings University, Baltimore, 1995; CASADO, *Organizaciones voluntarias en España*, 2a. ed. actualizada, 1995; ARCHAMBAULT, "Le secteur sans but lucratif: une perspective internationale", *Revue des Etudes Coopératives, Mutualistes et Associatives*, nº 261, 1996; CABRA DE LUNA, "El papel de las asociaciones y fundaciones como respuesta a las necesidades sociales", *Documentación Social*, 1996, nº 103, págs. 189 a 202.

[311] No es sencillo exponer el concepto al que responde esta denominación acuñada por Naciones Unidas (ONU). El Consejo económico y social de la ONU considera como ONG "toda organización cuya constitución no resulta de un acuerdo intergubernamental" (Res. 288 (X), 27-2-1950). De hecho se habla de organizaciones no gubernamentales por oposición a las organizaciones intergubernamentales tales como la propia ONU, UNESCO, o el Consejo de Europa.

Aparte de esta caracterización por vía de exclusión, sí que pueden encontrarse rasgos positivos que la definen: se trata, en principio, de entidades que despliegan de actividades de caracter humanitario en favor de los grupos sociales más desfavorecidos, y en especial, de los países en vías de desarrollo, asi como otros fines más concretos, como la salvaguarda de la naturaleza, la lucha contra el racismo, la xenofobia, etc.. En este sentido, JOLY, *Organisations non gouvernementales françaises et développement*, Centre d'études et de recherche internationales et communautaires, Univerité Aix-Marseille III, Económica, 1985, págs. 7 y ss.

Sin embargo, el concepto de ONG ha ido sobrepasando el límite del objetivo "social" para, aceptando cualquier tipo de fin no lucrativo, caracterizarse más bien, por su estatuto de órgano consultivo ante organizaciones intergubernamentales. El art. 71 de la Carta de las Naciones Unidas, establece: "*El Consejo Económico y Social podrá aprobar los arreglos adecuados para consultar a las organizaciones no gubernamentales que se ocupen de cuestiones de su competencia*". En virtud de

Como se desprende de la expresión anglosajona (*Non-Profit Sector*) caben todas aquellas figuras asociativas que buscan un fin común no lucrativo. Este carácter no lucrativo -que por supuesto, es compatible con el ejercicio de actividades económicas encaminadas a la autofinanciación[312]- es el que dota de una fisonomía común a estas figuras.

Aunque en su mayoría despliegan los esfuerzos de su actuación el campo de la acción social y de la ayuda al Tercer Mundo o a los sectores desfavorecidos de la población[313], ni la llamada "acción social" es patrimonio exclusivo de estas entidades no lucrativas, pues precisamente las últimas leyes fiscales tratan de favorecer el

---

este precepto, se aprobó la Resolución núm. 1.296 del Consejo Económico y Social (XLIV) que contiene las normas para la celebración de consultas con las ONG. de caracter internacional. El departamento de información de la ONU con fecha de 10-4-1985 se hace eco de la citada amplitud de fines, pues entiende por ONG: "las asociaciones, fundaciones, asociaciones profesionales, sindicatos, asociaciones industriales y comerciales, organizaciones religiosas, cooperativas, grupos ecologistas, centros de investigación sobre problemas internacionales, organizaciones para la paz y el desarme, asociaciones de mujeres, asociaciones juveniles, organizaciones para el desarrollo y la defensa de los derechos del hombre"; definición recogida en "Les organisations non gouvernamentales (ONG)", *Pratique de l'association,* nº 24, enero, 1988, pág. 5. Sobre el papel de las ONG como órganos consultivos -que va tomando una creciente relevancia, como se constató en la Conferencia sobre medio ambiente, Rio de Janeiro, 1992 o la Conferencia Mundial sobre la Mujer, Pekin 1995-, *vid.* BETTATI y DUPUY, *Les ONG et le droit international*, Economica, 1986, pág. 13. El papel de órgano consultivo se muestra en la *Resolución (72) 35 sobre las relaciones entre el Consejo de Europa y las Organizaciones internacionales no gubernamentales*, adoptado por el Consejo de Ministros de la CEE el 16-10-1972.

Por ello, a las dos características citadas, se suele añadir el caracter internacional de su composición y sus objetivos, precisamente en orden a la obtención de la representatividad indispensable para su papel de órgano consultivo. Las ONG que deseen obtener este *status* han de ser de caracter internacional, en el sentido de estar implantadas en cuanto a su acción, en varios países y contar con miembros de diferentes nacionalidades. Sin embargo, no existe en la actualidad ningún estatuto jurídico "trasnacional" de las ONG que les confiera una verdadera capacidad jurídica internacional: lo que existen son organismos nacionales con delegaciones o secciones implantadas en países diferentes. Cada sección o establecimiento nacional está regido por la ley aplicable en el país de la sede social; tal es el caso de Cruz Roja internacional, que está compuesta por una parte del Comité internacional de Cruz Roja, asociación de nacionalidad y sede suizas, y por otra parte de sociedades nacionales en diferentes países, constituidas con la autorización del Comité internacional, y con la forma de asociaciones de Derecho privado sometidas a las Leyes de las diversas sedes.

[312] Las encuestas demuestran que alrededor de las 3/4 partes de los recursos de las ONG son de origen privado: donaciones y legados, y ganancias obtenidas con sus actividades; en 1988 se estimaba que la proporción de esta procedencia privada era de una media del 72 %; *vid.* COMMISSION COOPÉRATION-DÉVELOPPEMENT, "Argent, Associations, Tiers Monde", *La Documentation française*, 1988, págs. 12 y ss.

[313] Campos en los que se buscan fórmulas de cobertura de servicios que permitan lograr una asistencia con un menor coste y mayores niveles de efectividad que los de la Administración. En este terreno, nuestro país evoluciona siguiendo las pautas de otros Estados de nuestro entorno cultural como Italia, Inglaterra, Holanda, Alemania, donde la acción voluntaria es un elemento integrado en las políticas públicas.

fenómeno del mecenazgo empresarial[314], ni todo el Tercer Sector tiene este carácter benéfico o social.

Respecto a esto último, es cita obligada el programa "Johns Hopkings" promovido por los profesores SALAMON y ANHEIER en los años 90, de *comparación internacional del Sector no lucrativo*, citado por la mayoría de los estudios recientes sobre el Sector no lucrativo. En la definición de este programa dicen los citados profesores que el Sector no lucrativo, es el conjunto de organizaciones que, entre otras características comunes (formalización o institucionalización; privacidad; independencia; no reparto de beneficios[315]), tienen la de cierto nivel de participación voluntaria de benefactores (bénévoles) y de donantes (o de una de estas categorías), aunque se limite la benevolencia a los miembros del consejo de administración. Fuera de esta participación voluntaria no retribuida, no consideran esencial a este sector, la finalidad social o asistencial. Esta es sólo una de los subsectores del mismo[316].

Con todo, hay que reconocer que los criterios no terminan de ser muy claros: v.gr. es relativamente costosa la incardinación en la clasificación tripartita (si queremos hablar de Tercer Sector) o en general, en el Sector no lucrativo, de las actividades "accesorias" de mecenazgo empresarial: proceden del Sector privado, pero en este caso, actúan como si fueran una entidad sin ánimo de lucro de las que integran el Sector no lucrativo. Por otra parte, es pensable la inclusión en el Tercer sector de las citadas figuras que aunque no

[314] Una completa exposición del fenómeno a nivel europeo es la realizada por BESANCON, en *Les nouveaux enjeux du mécénat en Europe*, Editions Juris-Service, Paris 1994 .

[315] Explican los autores que no deben repartir beneficios a sus miembros o administradores. Pueden realizar un beneficio, explican, pero este debe ser reinvertido en la realización del fin social, y no distribuido ni objeto de retorno a los miembros. Esto elimina según los autores, gran parte de las cooperativas y las mutualidades, así como ciertas asociaciones que son empresas lucrativas disfrazadas. Sólo incluyen ciertas cooperativas de educación y de vivienda; *vid.* SALAMON y ANHEIER, "In search of the Nonprofit Sector: the quest for definitions", *Voluntas*, vol. 3, nº2, 1992, págs. 267 a 311. Los resultados de estos estudios han sido publicados en diversos lugares; *vid.* por todos SALAMON y ANHEIER, *The emerging sector: The Nonprofit sector in Comparative perspective,...cit.* y ARCHAMBAULT, "Le secteur sans but lucratif..." *cit*.

[316] En la *International Classification of Nonprofit*, se identifican doce categorías calificadas como sectores de actividad: 1. cultura, deportes, ocio; 2. educación e investigación; 3. sanidad; 4. servicios sociales; 5. medio ambiente; 6. desarrollo local; 7. servicios jurídicos, defensa de derechos; 8. intermediación filantrópica y promoción de la beneficencia; 9. actividades internacionales; 10. sindicatos y asociaciones profesionales. Sólo dos, vemos, son encuadrables en el campo asistencial. Las otras se refieren a cultura, deportes, educación e investigación, etc.; *vid.* SALAMON y ANHEIER, "In Search of the Nonprofit Sector II: the Problem of Classification", *Voluntas*, vol.3, nº3, 1992, págs. 125-153.

persiguen lucro, tienen fines económicos y proporcionan a sus socios beneficios de este tipo (cooperativas, mutuas, etc.), si bien tienen simultáneamente cierto carácter social. Su adscripción a uno u otro sector no es unánime[317].

Me parece más correcto el encuadramiento de estas figuras en otro concepto acuñado en estos últimos años en la doctrina europea, en el que también cabe incluir a las asociaciones: las Empresas de Economía social, de las que paso a ocuparme.

III.2. EL FIN NO LUCRATIVO COMO UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL (ASOCIACIONES, COOPERATIVAS Y MUTUALIDADES)

La figura de la "Empresa de economía social" cobra pleno sentido en el marco de las llamadas "Estructuras jurídicas para la Economía Social", sector activo y diversificado, bastante desconocido aún bajo esta denominación, en nuestro sistema[318].

El concepto "Economía Social" surge a principios de siglo, en Francia, con la publicación en 1905 de la obra del economista Charles Gide *"Economie sociale"*. De este concepto deriva el de Empresa de Economía Social, las cuales se diferencian tanto de las empresas de capital, como de las empresas públicas. Para Bernard SAINTOURENS, el carácter propio de las Estructuras jurídicas para la Economía Social, que justifica que fórmulas como las de la Agrupación Europea de Interés Económico o la Sociedad Anónima

[317] Vimos en la nota anterior que el Programa Hopkings no las considera incluidas en el Sector no lucrativo. En España, REYNA FERNANDEZ incluye un estudio de las cooperativas -"Las cooperativas y las sociedades anónimas laborales"- en el vol. col. *El sector no lucrativo en España, cit.*, lo cual es por sí solo significativo. Reconoce, sin embargo, que la consideración de las cooperativas como entidades sin ánimo de lucro "no ha sido legal ni doctrinalmente ratificada en todos los momentos históricos y ámbitos geopolíticos". Tras el análisis del dato lucrativo, concluye que es desde una perspectiva más "sociológica que jurídica", desde donde se puede reconocer que las cooperativas no funcionan con ánimo de lucro; *vid. op.cit.*, pág. 387.

[318] En España comienzan a encontrarse, especialmente en el marco de las cooperativas, trabajos en este sentido; *vid.* PEREZ GINER, "La Economía Social: concepto y entidades que comprende", *Cuadernos de Trabajo CIRIEC*, nº17.

Europea, no satisfagan las necesidades de este sector, radica en asegurar la primacía de la persona humana[319].

Denis RICHARD señala las siguientes características: el principio de libre adhesión, el de solidaridad y participación de los miembros, que se traduce en la regla "un hombre, un voto", la ausencia de fin lucrativo, y la voluntad de búsqueda del completo desarrollo de la persona humana[320].

Si bien, como digo, no ha tomado todavía carta de naturaleza esta categoría en nuestra legislación nacional, el Legislador comunitario sí que le ha prestado una considerable atención. Así, el 18 de diciembre de 1989, la Comisión de la CEE dirigió al Consejo de Ministros una Comunicación sobre las empresas de economía social y la realización del mercado único sin fronteras[321]. Según la Comisión se trata de "empresas" en las que el primer objetivo no es la consecución de beneficios, y si los hay, no son objeto de reparto entre sus miembros o asociados. Se caracterizan además por un procedimiento muy democrático de toma de decisiones.

A estas características responden las *asociaciones, las fundaciones, las cooperativas y las mutualidades*. Tienen no sólo poder financiero, sino humano. Esta dimensión humana, es lo que según RICHARD[322] se echaba de menos en la idea europea, a la que se reprochaba su carácter únicamente económico[323] .

Las tres han de tener acceso, en pie de igualdad con las demás empresas, a un mercado sin fronteras. De hecho, el contenido de las propuestas de la Comisión, según la Exposición de Motivos de la PREAE, es

> "establecer estatutos jurídicos europeos que permitan a las cooperativas, mutualidades, y asociaciones y

[319] SAINTOURENS, "Des structures juridiques européennes pour l'économie sociale", en *Europe*, ago-sept 1992, Ed. Techniques, pág.1.

[320] RICHARD, "L'avenir européen des entreprises de l'économie sociales" en *Juris-Associations* nº 107, 1 nov de 1994, pág. 37.

[321] *Las Empresas de la economía social y la realización del mercado europeo sin fronteras*. SEC (89) 2187 final. Comisión de las Comunidades europeas. Servicio de documentación, págs. 4 y ss.

[322] RICHARD, *op,cit*, pág. 38.

[323] Manifestación de esta evolución de la idea europea es la creación en el seno de la DG XXIII de un nuevo servicio: la unidad de Economía social.

> fundaciones beneficiarse de la libertad de prestación de servicios y del derecho de establecimiento en toda la CEE, sin perder sus características específicas de sociedades de personas, ni quedar discriminadas con respecto a las sociedades de capital"[324]

Característica común de estos estatutos es la de haber heredado la estructura general del proyecto de Sociedad Anónima Europea (SAE). Se abordan primero las reglas de constitución, seguidamente las de los órganos -asamblea general y órgano de gestión-, medios de financiación y cuentas, y finalmente las disposiciones sobre disolución y liquidación, así como aquellas sobre insolvencia y cesación de pagos.

Es más, se observa un marcado acercamiento al Derecho Mercantil imponiéndose obligaciones en materia de inmatriculación, contabilidad, publicidad, distribución de poderes de los órganos sociales, etc. propias, hasta ahora, de las sociedades mercantiles; esto es, una inserción de las entidades de economía social en los marcos tradicionales de la Empresa.

En los tres casos la inmatriculación de la entidad se halla condicionada -al igual que sucede con la SAE- a la elección y adopción de medidas sobre la participación de los trabajadores en los órganos de vigilancia o administración de la empresa. Esta obligación está recogida en las tres directivas que acompañan y complementan, respectivamente a los tres proyectos, sobre el cometido de los trabajadores. Al menos es necesario que se haya elegido un modelo de participación, o en su defecto, un sistema de información y consulta[325]. Novedad de especial importancia, ya que la adquisición de la personalidad jurídica depende de la inscripción.

Hemos visto que la Comisión también habla del carácter no lucrativo de los fines, pero el mismo concepto de "Empresa de economía social", se acerca más a la realidad cooperativa o

[324] En el capítulo 2 analizo lo paradójico de la inclusión de las fundaciones en el término "asociación europea". Obsérvese en este párrafo la incorrección en que incluye al calificar, también a las fundaciones, como "sociedad de personas".

[325] Hasta la fecha, la propuesta de Estatuto de Asociación Europea sigue paralizada en tanto no se apruebe el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, igualmente bloqueado por el problema de la participación de los trabajadores (cada proposición de reglamento va acompañada de una "proposición de directiva por la que se complementa el Estatuto en lo que respecta al cometido de los trabajadores").

mutualista, con todo lo que ello supone, según vimos en los epígrafes anteriores.

III. 3. BREVE REFERENCIA AL ANIMO DE LUCRO (O SU AUSENCIA) EN EL TRATAMIENTO FISCAL DE LA ASOCIACION

Hemos analizado "el ánimo de lucro" en su función discriminadora de diferentes tipos de agrupaciones personales[326].

En el ámbito fiscal, buen número de las normas jurídicas actuales emplean la expresión "sin fin, sin propósito o sin ánimo de lucro" -lo mismo que acontece con la declaración de "utilidad pública" o "interés general"- en orden a la aplicación de un tratamiento excepcional en la exacción de los respectivos impuestos, para determinadas actividades o entidades colectivas, así como para la concesión de determinados privilegios o beneficios extrafiscales[327].

Las Leyes tributarias españolas de esta última época -según ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA- dejan a salvo la "falta de ánimo de lucro" por parte de las entidades jurídicas, y sin embargo, autorizan la realización de determinadas actividades lucrativas sin detrimento de aquélla calificación. Así las cosas, este autor se plantea si tal expresión ha perdido todo su significado vinculante respecto de un determinado régimen financiero o tributario. Y es que, como explica este autor, "la Hacienda Pública, siempre mediante Ley, se reserva la calificación de una actividad u operación en lucrativa o no-lucrativa sea cual fuere la (calificación) que le haya sido asignada por organismos a ella ajenos". El ánimo de lucro, desde el punto de vista fiscal, debe identificarse con las actividades económicas y empresariales en general. La ordenación de medios o factores productivos y de recursos humanos es lo que califica de

[326] Dejo aparte, por exceder del tema, otras funciones del ánimo de lucro en sede de sociedad civil: el "ánimo de lucro particular", como indicio o manifestación de mala fe en la petición de disolución de la sociedad.

[327] Son variadísimos los campos en los que se puede privilegiar la falta de ánimo de lucro. La STS 24-3-1997 (Cont-adm, sala 3ª, sección 3ª) (RJ 1997/723), v.gr., resuelve el recurso contra el RD 726/1993, de 14 de mayo, por el que se regula la financiación de actuaciones protegibles en materia de rehabilitación de inmuebles; no se considera atentatorio contra el principio de igualdad, ni contra la libertad de empresa, el hecho de que se favorezca a los promotores para uso propio con exclusión de los empresariales; el TS se apoya justamente en la ausencia de ánimo de lucro de aquéllos, y en el hecho de que no intervienen en el mercado.

lucrativas a las actividades u operaciones económicas, con independencia, en principio de quién sea el que realiza tal actividad. El lucro, por tanto, se asienta en las explotaciones económicas (capital más trabajo). Desde el punto de vista fiscal, los rendimientos de los factores de producción aisladamente concebidos, pueden considerarse obtenidos sin ánimo de lucro. El lucro anida en las actividades sujetas a una organización para comparecer en el mercado de bienes y servicios[328].

El caso de las asociaciones sin ánimo de lucro son un claro ejemplo de esta afirmación, pues están sujetas a diversos impuestos, si bien

1.- en el supuesto de que hayan obtenido la declaración de utilidad pública, se hallan exentas de gran parte de ellos

2.- si no la han obtenido pueden disfrutar de algunas exenciones parciales, todo ello en atención al destino de los beneficios, que no es el de reparto[329]

Con base en la legislación anterior sobre el Impuesto de Sociedades, la Jurisprudencia consideraba que desde el punto de vista fiscal -y ello es plenamente sostenible a la vista de la Legislación actual[330]-, no importa tanto el destino de reparto o no,

[328] ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, en el prólogo a BARCELO RICO-AVELLO, *cit.*, pág. 18.

[329] Lo mismo sucede, en lineas generales, en la mayoría de los países del entorno europeo, como se pone de relieve en la encuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas, "El fomento del papel de las Asociaciones...", *cit.*, en los puntos 12 a 19, que tratan de la imposición directa e indirecta de las asociaciones sin ánimo de lucro; así en Francia, las actividades eventualmente lucrativas de una asociación (entiéndase en el sentido de que producen beneficios: lucro objetivo) están sometidas a un tratamiento muy similar al de los beneficios obtenidos por sociedades civiles y mercantiles: están sujetas en cuanto a dicha actividad al TVA, y al impuesto sobre sociedades. El simple hecho de una asociación que detenta una participación mayoritaria en una sociedad civil inmobiliaria no significa que aquélla ejerza una actividad lucrativa y por ello debe beneficiarse de las exoneraciones fiscales; *vid.* los comentarios a la TGI Paris, de 19-10-1990, de ALFANDARI y JEANTIN en *Rev. trim. dr. com.* 1992, 407.

[330] La legislación actual en este punto es la Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades, así como diversos preceptos de la Ley 30/1994 de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, que contienen el siguiente régimen:

A) si las asociaciones sin ánimo de lucro han obtenido la declaración de utilidad pública, el art. 48 de la Ley 30/1994, establece la exención por "*los resultados obtenidos en el ejercicio de actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, así como por los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a título lucrativo*".

Cuando los resultados económicos procedan del ejercicio de una explotación económica -cfr. art. 5.2 de la Ley 43/1995, *cit.*-, en principio estarían gravados, pero podrá solicitarse la exención del Ministerio de Economía y Hacienda, con la condición de que las explotaciones económicas en que se hayan obtenido coincidan con el objeto o finalidad específica de la entidad, teniendo

sino la actividad empresarial en sí misma considerada, como productora de unos beneficios que han de tributar. Así, la STS 26-2-1993, (Cont-adm, Sala 3ª, sección 2ª) (RJ 1993/622), considera sujeto pasivo del Impuesto sobre sociedades a una Congregación religiosa que desarrolla en forma empresarial una actividad accesoria a la de apostolado (una editorial). Acepta el TS una modalidad de la tesis objetiva a cuya virtud el simple desarrollo de actividad económica estructurada en forma empresarial implica un ánimo de lucro. Dice el TS (FJ 3º) que si bien es una actividad accesoria "está estructurada en forma empresarial, encaminada por tanto a la obtención de lucro, hecho concreto que determina la obligada aplicación de la norma tributaria, pues esa actividad de lucro, que accesoriamente al fin del apostolado ejerce la Congregación, implica su tipificación en el citado apartado B) del art. 9º como sujeto pasivo, ya que en caso contrario, el beneficio obtenido no tributaría, consecuencia que no puede admitirse al existir claramente un hecho imponible sujeto al tributo". La STS 1-10-1993, (Cont-adm, sala 3ª, sección 2ª) (RJ 1993/7390), se pronuncia en idéntico sentido[331].

III. 4. OTRAS CUESTIONES: AUSENCIA DE ANIMO DE LUCRO Y CONSIDERACION DE LA ASOCIACION COMO EMPRESARIO-EMPLEADOR A LOS EFECTOS DE LA APLICACION DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La ausencia de ánimo de lucro no influye en la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, pues, con independencia de otras

en cuenta que el art. 48 dice que se entenderá que hay tal coincidencia "*cuando en las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el art 42.1.a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios son colectividades genéricas de persona*s".

B) Respecto a las que no han obtenido tal declaración, el art. 5.2.a) de la Ley 43/1995 declara también exentas a las asociaciones sin ánimo de lucro inscritas en el Registro público. Pero en el párrafo siguiente aclara que la exención no alcanzará a los rendimientos que estas entidades pudieran obtener por el ejercicio de una explotación económica, ni a los derivados de su patrimonio, ni tampoco a los incrementos de patrimonio. No obstante, están exentos los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a título lucrativo.

[331] Otros ejemplos de impuestos que pueden gravar la actividad de la asociación son el IVA, ITPAJD, IBI e IAE. Para las normas de aplicación me remito a los trabajos de ARIAS VELASCO, *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro*, Coordinadora Catalana de Fundaciones y Ed. Pons, Madrid, 1995; GARCIA LUIS, *Fiscalidad de Asociaciones y Fundaciones*, Lex Nova, Valladolid, 1995; MORA ALARCON, *Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones (aspectos civiles y fiscales)*, Edisofer, Madrid, 1996.

posibles consideraciones que pudieran derivarse de la consideración de empresario (la inscripción en un teórico Registro de comerciantes), el TS viene aceptando un concepto amplio de empresario, como equivalente a receptor de la prestación de trabajo[332].

Sí que influye, por contra, en la aplicación y sometimiento a los Convenios colectivos del sector. Así lo declaró la STS 19-12-1995, (Sala de lo social) (RJ 1995/9315), que se plantea el ámbito de aplicación de un Convenio colectivo de hostelería a las residencias de ancianos y asilos, regentados por asociaciones religiosas. El TS incide en el concepto de "beneficencia":

> "así como en la hostelería se desarrolla una actividad mercantil para el mercado y con ánimo de lucro, ...en los asilos y residencias de ancianos se realiza una actividad asistencial económicamente desinteresada, como expresión de la beneficencia. ...De esta condición -prosigue el Tribunal- se derivan consecuencias relevantes en el orden económico, como son las que afectan a los ingresos, la estructura de costes y precios y las propias relaciones con los destinatarios del servicio prestado. Es cierto que el Estatuto de los trabajadores establece un concepto reflejo de empresario a partir de la recepción de la prestación de trabajo, pero se trata de la definición del ámbito de aplicación de las normas generales estatales, que no puede, en principio, trasladarse a la delimitación del ámbito de aplicación de las normas profesionales procedentes de la autonomía colectiva, pues en la definición del sector, las características del empresario pueden ser relevantes...".

Con todo, y en este ámbito, la Ley catalana establece una previsión adaptada a la realidad social: el art. 32, dedicado a subvenciones y concursos prevé en el párrafo 7º que

[332] Un ejemplo reciente lo encontramos en la STS 27-9-1996, Sala de lo social (RJ 1996/6910), de nuevo se plantea la aplicación de la condición de empresario a una asociación sin ánimo de lucro (ASAD, Asociación ayuda domiciliaria con quien el Ayuntamiento de Irrueta, que contrató administrativamente la prestación de servicios de ayuda a domicilio). El TS dice que el término empresario que contiene el art. 42 ET, ha de entenderse como sinónimo de empleador y no limitado a quien sea titular de una explotación económica específica que manifieste la existencia de una empresa. En este caso se consideró que la asociación tenía la condición de empleadora a estos efectos, y le condenó al pago de unas diferencias salariales de una empleada.

"*En los casos en que las asociaciones desarrollen planes de trabajo de interés social y ofrecen servicios de forma estable, sin ánimo de lucro, pueden establecerse formas de convenio de acuerdo con la normativa vigente*"

SECCION SEGUNDA DEL CAPITULO 3

EL INTERES PUBLICO (ART. 35.1º C.C.) EN RELACION AL FIN DE LA ASOCIACION. ASOCIACIONES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS

Analizado el carácter no lucrativo del fin de la asociación, procede ahora abordar la otra característica relativa al fin de la asociación, a saber: si ese fin no lucrativo necesariamente ha de ser de "interés público", o en contra de lo que parece desprenderse de una interpretación literal de los arts. 35 y 36 del Código civil, puede ser también de "interés particular", sin por ello alterar el carácter no lucrativo.

He de aclarar, como cuestión preliminar, que la noción de "interés público" o "interés particular" que el Código civil predica de la asociación en sí misma considerada, puede ponerse en relación tanto con el fin de la asociación, como con las actividades que ésta pueda realizar. Creo que aquí se puede hacer también la distinción sobre la que vertebro este capítulo: el fin y el objeto de la asociación (o actividades para su consecución). En efecto, si bien es lógico que las actividades llevadas a cabo por una asociación con fines de interés público sean a su vez del mismo carácter, nada impide, que alguna de ellas carezca del mismo (v.gr. una cena para los socios de una asociación benéfica); y a la inversa, una asociación de "interés particular" -en el sentido que veremos en el presente capítulo- puede aislada o esporádicamente realizar actividades de interés general (v.gr. una sociedad gastronómica puede hacer una Campaña de Navidad de reparto de alimentos a personas necesitadas de la ciudad).

Sentada esta premisa, conviene también advertir que nos enfrentamos nuevamente, a la cuestión de la terminología y su

significado, pues todos los términos enunciados -"interés público", "interés general", "interés particular", etc.- son conceptos jurídicos indeterminados y como tales, "la norma no determina con precisión absoluta el alcance del concepto que utiliza"[1]. De hecho, la noción de "interés público", v.gr., es uno de los clásicos ejemplos de concepto jurídico indeterminado[2], del que la doctrina ha tratado de desentrañar su significado.

De entre las explicaciones que se han ofrecido sobre estos términos, se ha hecho clásica la tricotomía -empleada por CARNELUTTI[3], CESARINI SFORZA[4] y CHEVALLIER[5]- interés individual/interés general/interés colectivo. Las tesis de estos autores pueden resumirse así: frente al "interés individual" (el vinculado a cada persona), se sitúa el "interés general", (del conjunto de los miembros de una sociedad) o "interés público" (de la sociedad como tal), y en entre ambas, la categoría intermedia del "interés colectivo", también llamado "interés especial" o "interés particular" o "interés colectivo secundario", pues es el de los grupos, y en

[1] COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 316 y 317, que añade que "la situación a la que se refiere el concepto jurídico indeterminado existe o no de modo objetivo, con arreglo a estándares socialmente aceptados. Parece evidente, sin embargo, que en los casos concretos en que la Administración debe decidir sobre la existencia o no de esas situaciones definidas por los conceptos jurídicos indeterminados, la solución no es enteramente automática y unívoca, y no es siempre fácil determinar cuándo la Administración la ha aplicado incorrectamente; supuesto que en vía de recurso debería determinar la anulación de la decisión administrativa".

Advierte GALLEGO MORALES que "el primer problema que aguarda a quien se aproxima a los fenómenos colectivos es la red de conceptos, ideas y prácticas que les subyace, urdimbre en que se entrecruzan aportaciones diversas que dificultan la aprehensión global de tales fenómenos, contribuyendo por ende a su complejidad. El acercamiento se torna más dramático cuando el mismo se produce desde las disciplinas jurídicas, puesto que, ante la carencia de referentes técnico-jurídicos, el discurso normativo se ve compelido a tomar préstamo en otros campos el valor indicativo de los términos, importación teórica que ...produce cierto malestar conceptual, cierta incomodidad con el herramental de trabajo".

[2] Así lo afirma SAINZ MORENO, "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", *REDA*, nº8, ene-mar, 1976, pág. 93. El tema del interés público ha sido ampliamente estudiado por los administrativistas: de hecho el planteamiento de la noción de interés público como problema jurídico, se debe, en gran parte, a GARCIA DE ENTERRIA en su estudio sobre "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo", *RAP* , nº 38, 1962, págs. 159 y ss.

[3] CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho,* trad. cast. Buenos Aires, 1944, pág. 50

[4] CESARINI SFORZA, *El Derecho de los particulares*, tras. cast. Civitas, Madrid, 1986, págs. 153 y ss.

[5] CHEVALLIER, "L'association entre public et privé", *Revue du Droit Public*, nº4, 1981, págs. 901 y 902.

concreto, según CHEVALLIER el de las asociaciones, que "son agrupaciones *parciales* que persiguen objetivos *limitados"*[6].

La interpretación de estos términos y su aplicación a las asociaciones, como es de suponer, ha sido diversa: mientras algunos autores recogen a los efectos de caracterizar la asociación, la categoría del "interés colectivo"[7], otros, utilizan la expresión "interés público" -que consideran esencial a la misma-, bien vinculándola con el desarrollo de la actividad estatal[8], bien entendiéndola según criterios numéricos: el interés público en sentido más estricto, existirá cuando los fines y servicios de la entidad rebasen el ámbito de intereses de sus componentes y el privado, cuando esté limitado al círculo de los componentes[9].

Con todo, la aludida indeterminación hace que los autores se ocupen no tanto de lo que objetivamente es el interés público o el interés privado (tarea difícil y posiblemente infructuosa), sino de interpretar la *mens legislatoris* en la utilización de este término u otros similares en los textos legales, y en concreto, en el Código civil. Centrándonos en las asociaciones sin ánimo de lucro, efectivamente, el Código civil plantea problemas de interpretación, puesto que

---

[6] CHEVALLIER, "L'association entre public...", *cit.*, pág. 901.

[7] SANCHEZ DE FRUTOS, que entiende que las asociaciones han de perseguir "finalidades colectivas supraindividuales"; *vid.* SANCHEZ DE FRUTOS, *op.cit.*, pág. 886.

[8] Así, en su célebre *Teoría de las personas jurídicas*, FERRARA precisa que "personas jurídicas de interés o utilidad pública son las que desarrollan una actividad en el interés social, que coincide o es auxiliar de la acción estatal"; *vid.* FERRARA, *op.cit.*, pág. 702. Identificación criticable, según LASARTE ALVAREZ, pues "interés público" no equivale a satisfacción de fines públicos o atención a servicios públicos, ya que estos están a cargo de las diversas Administraciones Públicas; *vid.* LASARTE ALVAREZ, *Principios*...tomo I, *cit.*, pág. 344.

[9] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 136. En el mismo sentido GARCIA TREVIJANO dice que la expresión "interés público", referida a las personas jurídicas, significa aquellas que pueden *interesar a muchos*, en un sentido numérico, que pueden interesar a un núcleo de personas que se encuentran *al margen del primitivo convenio o acuerdo asociativo"*; *vid.* GARCIA-TREVIJANO, *Principios jurídicos de la Organización administrativa*, *cit.*, pág. 149. Por su parte, LOPEZ-NIETO cree que "quizá pueda perfilarse más la interpretación de las palabras "interés público", entendiéndolas como interés o utilidad *de todos*, o al menos de un grupo, en contraposición a intereses privados o personales, siendo en cambio indiferente la relación que puedan guardar los miembros con los que suscribieron el convenio asociativo"; *vid.* LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación ...cit.*, pág. 41. PUIG i FERRIOL, en ediciones anteriores de su obra decía que "cuando el fin -que no debe ser de carácter económico- interesa únicamente a los miembros que integran como socios o asociados la persona jurídica, la misma habrá de calificarse de interés privado, ... En otro caso se estará ante una persona jurídica de interés público a lo cual no obsta, según se indicara antes, que revista la forma de una sociedad civil, mercantil o industrial"; *vid.* PUIG i FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...* I-vol. 1, *cit.*, pág. 660.

como vamos a ver, una lectura literal de los arts. 35 y 36, parece imponer que toda asociación sin ánimo de lucro haya de perseguir necesariamente un interés público. Pasemos pues a analizar, si efectivamente, una característica del fin de la asociación es que sea de interés publico.

Los datos normativos con los que contamos son los siquientes:

-el art. 35 del Código civil -que declara que determinadas figuras son personas jurídicas-, utiliza el término "asociaciones" y admite que pueden ser de dos tipos: *"de interés público"* (art. 35.1º) y *"de interés particular"* (art. 35.2º). Las de interés particular, según el art. 36, "*se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste*", que para el caso de la Sociedad civil, son los arts. 1.665 y ss.

-la Ley de Asociaciones de 1964, que no exige que el fin sea de interés público, sino que basta con que sea "*lícito y determinado*"; todo ello sin perjuicio de que algunas asociaciones puedan obtener la declaración administrativa de "*utilidad pública*"[10]

-la Constitución de 1978 tampoco lo exige: el art. 22 reconoce el derecho de asociación *in genere*, pero no hace ninguna calificación del fin[11], ni tampoco una clasificación de las mismas

-la Ley de Asociaciones vasca de 1988 exige *"la consecución de fines mutuos o generales"* (art. 5.1º)

-la Ley de Asociaciones catalana de 1997, que definitivamente prescinde del criterio del interés general para caracterizar dicha figura, pues permite abiertamente que el fin sea particular: el común denominador es la falta de ánimo de lucro (art. 2.1º). No acoge tampoco la confusa mención a los fines mutuos.

En el análisis de esta cuestión me parece adecuado tratar los siguientes puntos

[10] Por el procedimiento y con los requisitos previstos en el art. 4º de la Ley, al que me referiré más adelante.

[11] A diferencia de las fundaciones a las que el art. 34 CE, impone que sus fines sean de "*interés general*". Las personas jurídicas de tipo institucional o fundacional buscan por definición el interés ajeno (la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994, además de imponer en el art. 1.1 que los fines sean de interés general, proclama en su art. 2: "2º *La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de persona*s. ...3º *En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive*").

1º abordar la cuestión del "interés público" desde la óptica del Código civil en relación con la Ley de Asociaciones estatal de 1964

2º la confusa mención de la Ley vasca y el posible significado de la expresión "mutuos"

3º la solución aportada por la Ley catalana

I. LA CUESTION DEL "INTERES PUBLICO" DESDE LA OPTICA DEL CODIGO CIVIL EN RELACION CON LA LEY DE ASOCIACIONES DE 1964

I.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De una primera interpretación literal, podría colegirse que para el Código civil, el interés de la asociación puede ser tanto público como privado, pues el art. 35.1º habla de asociaciones de "interés público" y en el 35.2º de asociaciones de "interés particular"[12].

Pero a la vista de la remisión que, para las asociaciones del art. 35.2º, hace el art. 36 a las normas del contrato de sociedad, parece que el *"interés particular"*, se identifica con el "*ánimo de partir entre sí las ganancias*" o ánimo de lucro, caracterizador de aquél. Es decir, el Código civil parece hacer equivaler "*asociación de interés particular*" a "*sociedad civil*". Y si el "*ánimo de partir entre sí las ganancias*" es lo propio de la sociedad civil, la deducción lógica es que el "*interés particular*" equivale al "*ánimo del lucro*", de lo que se sigue, que éste sería un elemento incompatible con la asociación en sentido estricto, la cual tendría por elemento esencial el *"interés público"*.

Pocos son los autores que realizan una interpretación literal de los términos del Código. Entre ellos, GAMAZO, -a quien se debe en gran medida, como seguidamente vamos a ver, la redacción de los artículos del Código civil dedicados al contrato de sociedad y

[12] Dice el art. 35 "*Son personas jurídicas:*

1º *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.*

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados"

Y el art. 36 "*Las asociaciones a que se refiere el número 2º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste*".

posiblemente, estos artículos de las personas jurídicas-, estima que los fines de la sociedad civil son de "interés particular" mientras los de la asociación -entre los que enumera: "religiosos o benéficos, científicos o artísticos"- son de interés público; en el interés público frente al interés particular cifra la distinción entre asociación y sociedad[13]. O actualmente, MALUQUER DE MOTES interpreta literalmente los términos del artículo 35, y considera esencial a la asociación el "*interés público*" o "interés general", e identifica totalmente el "*interés particular*" con el contrato de sociedad[14].

Por contra, prácticamente desde principios de siglo se constata el problema de la existencia de asociaciones cuyo fin no puede ser calificado de interés público, pero tampoco de lucro; v.gr., resulta evidente que una asociación de aficionados al cine o una sociedad gastronómica, no persiguen un beneficio en interés de toda la comunidad, sino esencial y fundamentalmente de sus miembros (en este sentido, pues limitado) pero tampoco la obtención de un lucro común repartible.

A la realidad que se impone, según estos ejemplos, se suma el hecho de que tal es la interpretación obligada a la que conduce la *génesis de estos artículos*, por lo que ha de hacerse aquí un breve apunte histórico.

I.2 LA CAUSA DEL PROBLEMA: LA AZAROSA PUBLICACION DE LOS CAPITULOS DEL CODIGO CIVIL DEDICADOS A LAS PERSONAS JURIDICAS Y A LA SOCIEDAD CIVIL

Para hacer una exposición clara del proceso, conviene distinguir las siguientes fases:

[13] Discurso inaugural de GAMAZO, siendo presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1885, *Sobre las fuentes del Derecho, los sujetos y la personalidad*, *cit.*, págs. 24 y 25. Y tan de interés particular son, que afirma que las personas jurídicas de interés particular o privado "por su limitación en el tiempo y lo circunscrito de sus fines, no suelen sobrevivir a sus fundadores"; *vid.* GAMAZO, *ibídem*. pág. 34.

[14] MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la persona y negocio jurídico, cit.*, pág. 160.

1ª FASE; *redacción inicial de los artículos referentes a la personalidad jurídica y al contrato de sociedad civil cuando se retoman los trabajos de redacción del Código civil en 1888*

Por las referencias que obran en el archivo de la Comisión General de Codificación -recogidas por BARO PAZOS[15]-, la Sección de Derecho civil estuvo reunida durante los meses de abril, mayo y junio de 1888, realizando las correspondientes correcciones de los libros I y II, cuya redacción había sido finalizada en 1882, y que, respecto a la regulación de las personas jurídicas, contenía solamente un artículo: el 26. Por otra parte, en este momento de los trabajos codificadores, la regulación del contrato de sociedad civil se hallaba en el Libro IV, separada en dos Títulos independientes.

El Título 1º coincidía sustancialmente con el actual Título VIII del Libro IV del Código civil, pero hay importantes diferencias: el art. 5 del primer título, inspirado en el artículo 1.879 del Anteproyecto de revisión del Código civil belga de LAURENT[16], disponía que

> *"La sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados"*

El título 2º contenía un capítulo único, cuya autoría se atribuye a GAMAZO[17], titulado "*De las sociedades con personalidad jurídica*", inspirado igualmente en el Anteproyecto de LAURENT.

Por el interés de tal regulación, reproduzco aquí su contenido, llamando la atención en el empleo indistinto de los términos "asociación" y "sociedad" y en el sistema de adquisición de

[15] BARO PAZOS, *op.cit*., pág. 267.

[16] LAURENT, ilustre catedrático de Derecho civil de la Universidad de Gante, recibió el encargo de confeccionar un Anteproyecto de Código civil para su país, donde se hallaba vigente el *Code civil* de 1804 (en su version de 1807) desde el periodo de la dominación francesa, y aún después de su independencia política. Su trabajo, titulado *Avant Projet de révision du Code civil redigé par F. Laurent*, se publicó en Bruselas (6 tomos), no alcanzó más valor que el puramente doctrinal, pues no se llegó a publicar como ley. Buena parte de su influjo en el Código es fruto de la aportación de Germán GAMAZO a las tareas de la Comisión, como señala DE LA CUESTA, en "Notas para la semblanza de un teórico del Derecho", Asociación de Derecho civil, *Centenario del Código civil*, tomo I, pág. 635 a 655.

[17] Así se desprende de la intervención de DANVILA COLLADO en el Congreso en la sesión de 21 de marzo de 1889, que puede verse en *Código civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*... vol. II, *cit*., pág. 2004.

personalidad jurídica, que queda en manos del poder público, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad[18]:

> *Art. 47. Las asociaciones de personas, formen o no sociedad civil, sólo constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que las componen, cuando tiene dicho concepto por ley o se forman con aprobación de la autoridad pública*
>
> *Art. 48. Las sociedades con personalidad jurídica pueden contratar, adquirir a título oneroso o gratuito, disponer de sus bienes, y comparecer en juicio.*
>
> *Art. 49. Las asociaciones a las que se refiere este capítulo, sólo pueden contratar poseer y comparecer en juicio por medio de sus administradores o gerentes establecidos en el título de concesión de la personalidad, o con arreglo a sus estatutos. Los asociados carecen de personalidad para gestionar en nombre de la asociación, y sólo tienen derecho a la parte que les corresponda en los beneficios[19] y en el fondo social.*
>
> *Art. 50. El derecho a modificar los estatutos, cuando proceda, corresponde a la junta general de socios.*
>
> *Los acuerdos se toman por mayoría, formada con arreglo a los estatutos, y a falta de disposición de éstos, por la mayoría absoluta de votantes.*
>
> *Art. 51. Los acreedores de la sociedad carecen de acción contra los socios en particular, y sólo pueden reclamar contra la misma y cobrarse del fondo social.*
>
> *Art. 52. Las sociedades con personalidad jurídica no se extinguen por la muerte ni por la renuncia de uno o varios de los asociados.*
>
> *Art. 53. La concesión de personalidad puede revocarse por la ley o la autoridad que la ha otorgado.*

[18] No en vano, para LAURENT, "a la voz del legislador brota un ser de la nada, y figura, bajo cierto pie de igualdad, al lado de los seres creados por Dios..."; cita extraída del Tema 9º del *Congreso Jurídico español, tema noveno,* Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 30 de noviembre de 1886, pág. 429.

[19] En relación a este art. del Proyecto, hace notar PANTALEON "que la referencia a los beneficios parece no cuadrar con lo indicado en la nota precedente (43); pero puede estar pensada para las sociedades civiles con forma de sociedad anónima...(siendo) las sociedades mineras por acciones...ejemplo paradigmático de sociedad civil con forma mercantil", en nota (44) de *op. cit.*, pág. 28.

Cuando la asociación es de exclusivo interés privado, puede acabar por la voluntad unánime de los socios, a no impedirlo alguna de las cláusulas de la concesión.

Art. 54. En caso de disolución de la sociedad, el activo social se dividirá entre los socios, a no tener la sociedad un objeto de interés público, en cuyo caso, si no se ha señalado en el acta de la constitución el destino que deba dársele, se adjudicará a la beneficencia o a la instrucción pública, según el fin de la asociación.

Art. 55. Las asociaciones que no constituyen una sociedad civil en conformidad con el artículo 1[20]*, y las que no adquieran el concepto de persona jurídica según el artículo 47, se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.*

En este caso serán considerados los socios en los contratos con relación a terceros como personas particulares.

Como puede verse, esta regulación, poco o nada tiene que ver con el contrato de sociedad civil, sino más bien el régimen general de las asociaciones, que probablemente vendría a sustituir a la vieja Ley de 11-19 de octubre de 1869[21].

2ª FASE; *redacción y publicación en la Gaceta de Madrid de los actuales artículos 35 a 39 del Código civil*

Con ocasión de la revisión del libro I, que como dije, se hizo entre abril y junio de 1888, se redacta -sin que desgraciadamente, nos conste el autor- lo que hoy es el articulado del capítulo II del Título II titulado "Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil", dentro del libro primero dedicado a "Las personas", que comprende los arts. 35 a 39 del Código civil.

En virtud de un Real Decreto de 6 de octubre de 1888 a partir del 9 del mismo mes se empezó a publicar en la Gaceta de Madrid el *"Código civil adjunto"* a dicho Decreto.

Pero los acontecimientos habían hecho que en junio no se hubieran acabado las tareas de corrección, y que la publicación se

[20] Art. 1 del Título dedicado a la sociedad civil que coincide con el actual art. 1665 del Código civil.

[21] CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil...*, tomo XXI, vol 1º, pág. 42.

fuera haciendo por partes, a la vez que la Sección de lo civil se seguía reuniendo y continuaba introduciendo correcciones, hasta el último momento del proceso de codificación[22].

Los arts. 35 a 39 se publican tempranamente, el 10 de octubre de 1888, tal y como los conocemos hoy.

3ª FASE; *redacción y publicación de los artículos relativos a la sociedad civil. Supresión del Título 2º "De las sociedades con personalidad jurídica" (arts. 47 a 55) e introducción en el único Título restante, de los artículos 1.669 y 1.670*

No es hasta el 5 de diciembre de ese mismo año, cuando se publica lo correspondiente a la sociedad civil; en ese intervalo de tiempo, se introducen apresuradas -y por tanto, no discutidas en Pleno, como se debía- correcciones "en las mismas galeradas de la imprenta"[23]: en la sesión de 18 de noviembre de 1888, se suprime todo el Título 2º dedicado a las sociedades con personalidad jurídica, es decir, los citados arts. 47 a 57[24]. En su lugar, se introdujeron en el Título 1º (que queda como único) los vigentes arts. 1669 (por el que se dotaba de personalidad jurídica a la sociedad civil) y el 1670 (que situaba en el Código de Comercio el régimen de las sociedades civiles con forma mercantil -por acciones-).

Estos avatares del proceso final de elaboración del Código civil, que hemos visto en sus tres fases, provocaron ciertas disfunciones en el Código civil, puestas de manifiesto brillantemente por

[22] Vienen a colación las palabras de LASSO GAITE sobre la impaciencia en la gestación final del Código: "primero, cuando se aprobaron las bases, Ley de 11 de mayo, ya estaba hecho el proyecto de Código; segundo, cuando se firmó el Decreto de 6 de octubre y se ordenó la publicación del "Código civil adjunto", la Sección civil siguió reuniéndose e introdujo reformas y novedades en él, provocando graves censuras. Parece que se trataba más de cubrir las apariencias formales de la técnica legislativa, más que el perfeccionamiento de la obra", en *op. cit.*, pág. 579

[23] Conocida expresión utilizada por COMAS, criticando esta forma de proceder, en *Diario de las sesiones de Cortes, Senado*, nº 34 de 1889.

[24] Según consta en la conocida intervención de DANVILA en la sesión del Congreso del 21 de marzo de 1889; *vid. Código civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)...* vol. II, *cit.*, pág. 1540: "no pareció bien a la Comisión la solución de Laurent, y en las dos sesiones inmediatas el Sr. Gamazo presentó dos artículos que han venido a formar el 1669 y 1670, y los colocó la Comisión de Códigos en el libro 4º, que es el que trata de los contratos. La adición se votó en 18 de noviembre de 1888, y claro es que en esa fecha ya no se oyó a la Comisión de Códigos".

PANTALEON PRIETO, que habla de una "errata sobrevenida" en el art. 36 del Código civil[25].

Y es que, cuando el art. 35 se publicó, se tenía a la vista el Título 2º suprimido, de modo que cuando se hablaba en el número 2º de "asociaciones de interés particular", se incluían, en principio, no las sociedades civiles, que entonces no tenían personalidad jurídica, sino las asociaciones no lucrativas de interés particular, y la remisión se hacía a su régimen propio, que se hallaba en el capítulo que desapareció.

Concluída la publicación del Código, de una parte, la expresión *"asociaciones de interés particular...civiles"* se utiliza para designar algo que inicialmente no estaba previsto: la entidad derivada del contrato de sociedad civil. Por otra parte, las asociaciones no lucrativas de interés particular, al no encontrar el régimen "que prometía" el art. 36, se encuentran errantes y sin acomodo, ni en el número 1º del art. 35, -porque ciertamente no son de interés público-, ni en el número 2º, por lo que acabo de decir: llegadas al lugar donde las remitía el art. 36, no hallaban régimen al que acogerse.

I.3 RESPUESTA DE LA DOCTRINA RESPECTO A LA INTERPRETACION DEL ART. 35.1 DEL CODIGO CIVIL

Aunque algunos de los primeros comentarios doctrinales que, tras la publicación del Código civil se hicieron sobre el tema de las personas jurídicas -LOUZAO[26], OTERO[27]-, no parecen identificar el

[25] La desaparición del segundo Título -arts. 47 a 55- que en el Anteproyecto se dedicaban a la sociedad, se debió en opinión de este autor a dos razones; una razón política: su disciplina -en especial el art. 47 y sobre todo el 53.1- era mucho menos liberal que la de la reciente Ley de Asociaciones de 1887, y otra, que tras la incorporación de los vigentes arts. 1669 (por el que se dotaba de personalidad jurídica a la sociedad civil) y el 1670 (que situaba en el Código de Comercio el régimen de las sociedades civiles con forma mercantil -por acciones-) ningún motivo justificaba ya la permanencia en sede de sociedad de los arts. 49 a 52 de dicho Título que convendría conservar. Su ubicación razonable era precisamente el Capítulo II del Título II del Libro Primero, que como vimos ya habían sido publicados en octubre; *vid.* PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 35. CAPILLA RONCERO ofrece la siguiente explicación: "Acaso por razones de urgencia y otras cualquiera, o por la necesidad de adaptar el régimen de las asociaciones a la nueva Constitución (la de 1876), se dictó independientemente y antes de que estuviera listo el Código civil una nueva Ley de Asociaciones: la de 30 de junio de 1887. ... Por estos motivos, según parece se acabó desechando lo que constituía el segundo título de sociedades, siendo sustituido todo él por los actuales artículos 1.669 y 1.670, que fueron propuestos por Gamazo", *vid.*, *Comentarios al Código Civil...*, tomo XXI, vol 1º, pág. 42

[26] LOUZAO, "Las personas jurídicas", *cit.*.

concreto problema, éste es prontamente detectado por la doctrina. COVIAN JUNCO califica como asociaciones las que persiguen un fin de interés general que predomina sobre el particular de cada asociado, y "...las que sin proponerse un objeto de interés general, sino el personal y egoísta de sus adherentes, procuran a éstos ventajas de orden extrapecuniario o no valuables en dinero como las de recreo, casinos, círculos, etc."[28].

SANCHEZ ROMAN, efectúa una admisión implícita de las asociaciones sin ánimo de lucro de interés particular: incluye sin más, entre las personas jurídicas de interés particular, tras las sociedades civiles y mercantiles, "las asociaciones de fines científicos, artísticos, literarios, políticos, de recreo, etc., conocidas bajo los nombres de Academias, Ateneos, Casinos, Círculos y otros, que pueden, en orden a sus derechos patrimoniales, considerarse como de índole civil"[29].

CLEMENTE DE DIEGO, también con ocasión de la admisión de asociaciones sin ánimo de lucro de interés particular, afirma que en el ámbito del art. 35.2º del Código civil han de incluirse, aunque el Código no las distinga, "las sociedades para fines de lucro personal de sus miembros y las asociaciones para fines lícitos extraños a ese lucro personal"[30]. CASTAN TOBEÑAS, en su obra de 1941 considera que aunque el Código no cita entre las asociaciones de carácter particular más que las sociedades civiles, y por ello pudiera inferirse que todas las restantes asociaciones han de reputarse de interés público, en realidad, muchas de ellas, son más bien de interés particular[31].

---

[27] OTERO VALENTIN, *La persona social*, *cit.*

[28] COVIAN JUNCO, *op. cit.*, pág. 692.

[29] SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit.*, pág. 156.

[30] DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit.*, pág. 213.

[31] CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, tomo I, vol. 2º, de la edición de 1941, pág. 213. En la misma línea MANRESA añade que "...hay otras personas jurídicas también de interés particular que se rigen por el Código civil, aunque de la concordancia de los artículos 35, 36 y 1665 del mismo parece desprenderse que no puede haber otras sociedades civiles que las que se propugnan el reparto de ganancias que se obtengan de la comunidad de bienes o industria". El autor estima como prueba de que tal nota va desacompasada respecto a la clasificación interés público/interés particular, además de lo dicho, el hecho de que las grandes Compañías que buscan el lucro, son de "interés general para el país"; *vid.* MANRESA y NAVARRO, *Código civil español*, tomo I, *cit.*, pág. 210.

En el mismo sentido, entre otros, MUCIUS SCAEVOLA[32], PUIG PEÑA[33], PUIG i FERRIOL[34], ALBALADEJO GARCIA[35], LACRUZ BERDEJO[36], MARIN LOPEZ[37], CAFFARENA LAPORTA[38], CAPILLA RONCERO[39] y DIEZ-PICAZO y GULLON[40], e incluso,

[32] MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo I, Reus, Madrid, 1949, pág. 511.

[33] PUIG PEÑA, *Tratado* ...I, *cit.*, pág. 245

[34] PUIG i FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos*...I-vol. 1, *cit.*, pág. 660: "... el ordenamiento civil español, pese a la declaración incidental del artículo 35.1º, admite tanto las asociaciones de interés público como las asociaciones de interés privado o particular".

[35] ALBALADEJO afirma que "...son muchos los fines que sin ser el de ganar para repartir entre sus miembros, no pueden considerarse sino de puro interés privado" y pone ejemplos muy dispares, acreedores por su naturaleza de regímenes muy diversos: habla desde de una asociación de recreo, a un grupo de familiares que se unen para disminuir gastos, pasando por el caso de que una persona transfiera sus bienes a otras para que constituyan una sociedad cuyas ganancias percibirá aquélla mientras viva, etc.; *vid.* ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, tomo I, vol.1º, *cit.*, pág. 387.

[36] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos...* I-vol. 2, *cit.*, pág. 267, que propugnan una interpretación amplia del Código civil: "...la noción de interés público del artículo 35.1º ha de entenderse en el sentido muy amplio, pues el legislador pensaba en cualquier finalidad no lucrativa...".

[37] MARIN LOPEZ, en el comentario a la STS de 12 de junio de 1990, *CCJC*, nº23, 1990, *cit.*, pág. 756, dice "por asociación de "interés público" se entiende aquí (en el artículo 35.1º) la asociación *stricto sensu* de la Ley de 1964, aunque no toda asociación no lucrativa persigue un fin de interés público".

[38] CAFFARENA LAPORTA entiende que hay una laguna legal en el Código civil, aunque no en el Ordenamiento en su conjunto: "estas asociaciones no se encuentran entre los entes a los que el Código Civil reconoce personalidad jurídica..., hay que tener en cuenta que a dichas asociaciones al igual que a las asociaciones de interés público es aplicable la ley de Asociaciones..."; *vid.* CAFFARENA LAPORTA, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, pág. 236. El problema radica en que la Ley de 1964, aunque las incluya en su ámbito, no se pronuncia expresamente sobre el punto de la personalidad jurídica.

[39] CAPILLA RONCERO alude al "...problema real de la existencia de agrupaciones que persiguen ventajas exclusivas para sus miembros (por lo que puede resultar difícil caracterizarlas como asociaciones de interés publico), no consistentes en generar una ganancia a repartir, o que persiguen fines difícilmente caracterizables como de interés público en sentido propio (fomentar la afición al mus, por ejemplo)"; *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil* ..., tomo I, vol 3º, *cit.*, pág. 852.

[40] El Código civil, cuando habla de interés público se refiere según estos autores, a "intereses que promueven de alguna manera el *bien general*", lo cual se ve claro en el supuesto de las corporaciones y fundaciones. Sin embargo, cuando se trata de asociaciones la cuestión se torna más oscura, y de hecho la Legislación posterior (Ley de Asociaciones de 1964) prescinde de esta expresión. Existen multitud de asociaciones que persiguen fines lícitos pero completamente privados". En nota (4) advierten que las asociaciones pueden perfectamente perseguir un fin que no sea estrictamente atinente al bien general, como v.gr. las asociaciones de recreo; *vid.* DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit.*, págs. 605 y 606.

desde el punto de vista de la Constitución española, cabe llegar a esta conclusión[41].

Tras constatar la existencia de asociaciones que persiguen un fin de interés particular no lucrativo, la solución que proponen la mayoría de los autores pasa por una interpretación amplia de la expresión "*interés público*" del Código civil, que ha de realizarse por vía de exclusión: para el Código civil, "*interés público*" es todo lo que no sea "*ánimo de lucro*", que es el contenido de la expresión "*interés particular*" empleada en los arts. 35 y 36 del Código civil. A esta conclusión se llega tras constatar la existencia de asociaciones que persiguen un *interés particular no lucrativo*, lo que obliga a realizar una interpretación del art. 35.1º del Código civil, que permita la inclusión en el mismo de estas asociaciones de fin no lucrativo *pero de interés particular o limitado*[42].

La doctrina interpreta que el Código civil alude a "interés público", en el sentido de *cualquier fin lícito*; es decir, las asociaciones no tipificadas como sociedades civiles o mercantiles han de perseguir cualquier fin lícito, entendido como "algún bien", o como "cualquier actividad que contribuya al bienestar de la gente sin proporcionar un beneficio o lucro a un "empresario" civil o mercantil"[43], ya que en otro caso, según BADENES GASSET, "el acto colectivo carecería de causa, o al menos de causa lícita"[44].

PUIG i FERRIOL, llega a la misma conclusión, pero partiendo del "interés particular" del art. 35.2º. Considera que a la vista de la redacción del art. 35 en relación con el art. 1665, el ánimo de lucro "atribuye indiscutiblemente a las entidades que enumera el artículo

[41] Entiéndase en el sentido de que la asociación contemplada en el art. 22 CE no necesariamente ha de ser de "interés general", a diferencia de lo que se les pide a las fundaciones. Comentando el art. 22, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA afirma rotundamente que no es consustancial a la asociación el altruismo; *vid.* LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 133. Lo esencial es que sea lícito.

[42] CLEMENTE DE DIEGO, manifiesta esta opinión al decir que "La asociación, menos intervenida por ley, y más por la voluntad de los individuos que la forman, tiende a la consecución de fines lícitos extraños al lucro particular de ésos; en este lugar el Código las (sic) asigna carácter público"; *vid.* CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit.*, pág. 212.

[43] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos...* I-vol. 2, *cit.*, pág. 267.

[44] BADENES GASSET, "Las Asociaciones de utilidad pública. Alcance de su régimen específico" *Libro-homenaje a Roca-Sastre II*, 1977, Junta de Decanos de Colegios Notariales, pág. 16.

35.2º, la condición de personas jurídicas de interés privado"[45]. Aun más claramente, MARIN LOPEZ explica que la "locución interés público está utilizada en el artículo 35.1º CC en un sentido meramente negativo: es asociación de interés público cualquier agrupación que persiga una *finalidad distinta a la de obtener ganancias y repartirlas entre sus miembros*"[46].

Tras todas las opiniones vistas, puede concluirse que la interpretación no encuentra otro camino que el de esta vía de exclusión, pero no respecto al interés particular, pues ello, evidentemente nada solucionaría, sino respecto al ánimo de lucro entendido en el sentido de *lucro repartible*. De lo que se deduce que, para captar el sentido que el Código quiere dar a la expresión "*interés público*", es necesario determinar, a su vez, el sentido de la expresión "*ánimo de lucro*", a lo cual he dedicado la primera sección de este capítulo.

A pesar de que la expuesta es la interpretación mayoritaria, con todo, hay autores, en posición aislada, que siguen citando como elemento esencial a las asociaciones el fin de interés general: LASARTE ALVAREZ, v.gr., define la asociación como el "conjunto de personas voluntariamente organizado con vistas a la consecución de un fin de interés general y no lucrativo"[47].

Si se desea buscar un lugar para estas asociaciones en el art. 35 del Código civil, me parece más correcta la solución de PUIG BRUTAU, que afirma que las asociaciones de interés particular a las que se refiere el art. 35.2º no sólo comprenden las civiles mercantiles e industriales, de que habla el mismo precepto, sino también las asociaciones en sentido estricto, regidas por la Ley de Asociaciones

[45] "...Puede pensarse que en el artículo 35.2º, la expresión "asociaciones de interés particular", si se relaciona con el siguiente artículo 36, se utiliza para referirse a las sociedades civiles, mercantiles o industriales, es decir, a las entidades con ánimo de lucro según el artículo 1665 del Código civil. Si ello es así, las asociaciones que actúan sin ánimo de lucro, sólo pueden ser personas jurídicas de interés público"; *vid.* PUIG i FERRIOL , *Manual*...I, *cit*., pág. 372 y 386.

[46] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, pág. 199.

[47] LASARTE ALVAREZ, *Principios*...tomo I, *cit*., pág. 355. Entiendo como sinónimo "interés general" e "interés público". Incluso, PUIG i FERRIOL, considera que la expresión *"fines generales"* de la Ley vasca, encaja sin duda, con la configuración de las asociaciones como personas jurídicas de interés público, PUIG i FERRIOL, *Manual* ...I, *cit.*, pág. 372. Sin embargo, podría objetarse que no es exactamente equivalente "fin de interés general" (que connotaría, efectivamente, un interés público), que "fin general", expresión mucho más amplia, que utiliza la ley.

de 1964, con excepción de las que excluye en su art. 2º que han de regirse por leyes especiales, como las cooperativas y mutualidades[48]. Y es que, como explica PANTALEON, el art. 36 quedó incompleto, tras la problemática desaparición del segundo Título -art. 47 a 55- que el Anteproyecto dedicaba a la sociedad, anteriormente citados. Tal supresión hubiera requerido un cambio en la redacción del art. 36, de este tenor:

> "*Las asociaciones a que se refiere el número 2º del artículo anterior, y no sujetas a la legislación especial sobre ejercicio del derecho de asociación se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste*"

No se operó tal cambio y ello generó lo que PANTALEON denomina una "errata sobrevenida en el art. 36 del Código civil"; del tenor literal de este articulo, pudo desde entonces deducirse con total nitidez que en el número 2º del art. 35 sólo se contemplaban las sociedades, con todos los problemas que de ello se derivan[49].

Los autores que mantienen el criterio estructural interpretan este artículo sobre la base de la demostración de la falsedad de una de las premisas citadas, a saber: que la sociedad se caracteriza por el ánimo de lucro[50]. PAZ-ARES, afirma que "cuando el Código civil utiliza el concepto de "interés público" no se refiere tanto a la índole del fin (aunque excluye el lucrativo) cuanto a su institucionalización y despersonalización: el fin es de interés publico, cuando se institucionaliza y despersonaliza mediante la erección de una estructura corporativa, cuya subsistencia se desvincula de las vicisitudes de los socios"[51]. Tal interpretación es perfectamente coherente, como digo, con su teoría, pero estudiados los antecedentes legislativos, no creo que esa fuera la *mens* de los redactores del Código. Como explica el propio PANTALEON -que se adscribe a la misma línea doctrinal que PAZ-ARES; lo que sigue es sólo un muy secundario punto de discrepancia-, el redactor del Código civil tenía a la vista la Ley de Asociaciones de 1887 y ésta no

[48] PUIG BRUTAU, *Compendio*...vol. I, *cit.*, pág. 277.

[49] PANTALEON PRIETO, *op. cit.*, pág. 35

[50] PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit.*, pág. 738.

[51] PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit.*, págs. 1301 y ss.

contenía estructura corporativa alguna. Es más: no contenía estructura de ningún tipo para las asociaciones por ella reguladas. Ni siquiera había ningún precepto similar al art. 6º de la Ley de 1964.

Todo ello, teniendo en cuenta que la base del criterio estructural en ningún caso ha de apoyarse en los arts. 35 y 36 del Código civil, a los que se les ha asignado "una tarea que en forma alguna difícilmente pueden desempeñar: la de seleccionar la disciplina aplicable a las distintas asociaciones en sentido amplio"[52].

I.4 REGIMEN JURIDICO APLICABLE a las ASOCIACIONES DE INTERES PARTICULAR NO LUCRATIVO

Como es obvio, la cuestión más importante que plantean las citadas asociaciones sin ánimo de lucro de interés particular es la del régimen jurídico que les es aplicable; no en vano, y con carácter general, apunta CAPILLA RONCERO, que la óptica más adecuada para enfocar la bipartición interés público *versus* interés particular, es la fijación del régimen jurídico a que deben someterse las diferentes figuras[53].

Las soluciones propuestas pueden resumirse en la opción por la aplicación de alguno o algunos de los preceptos previstos en la Ley de Asociaciones o en el Código civil (para las personas jurídicas en general, para la sociedad civil, e incluso para la comunidad de bienes) o de los principios que inspiran las entidades de base mutualista o la aplicación conjunta de varias de estas soluciones.

MUCIUS SCAEVOLA entiende que estas asociaciones de "carácter e interés particular" tales como casinos, círculos de recreo, etc., están sujetas en cuanto a su constitución y régimen a la Ley de Asociaciones de 1887, y de cara a la clasificación del art. 35 han de entenderse, según este autor "dentro del artículo 36, por tratarse de sociedades de carácter civil, y del artículo 38, que habla de las personas jurídicas en general, y en todo caso, con relación al uso y

[52] PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 26.

[53] CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil...*, tomo I, vol 3º, *cit.*, pág. 852.

disfrute de los bienes, a lo que ordenan los arts. 392 a 406 sobre la comunidad de bienes"[54].

CAFFARENA LAPORTA, años más tarde y a la vista de la Ley de Asociaciones, llega a una solución similar. Sin afirmar, claro está, que se trate de una sociedad. propugna la aplicación analógica de los preceptos de la sociedad civil o de la comunidad de bienes según los casos[55]. ALBALADEJO ciñe la solución a las normas reguladoras de la sociedad civil, aunque persigan un fin distinto a la asociación, pues, a pesar de que una interpretación literal de los arts. 35.2º, 36 y 1665, parezca abonar que estos supuestos son de personas jurídicas de interés público, esta conclusión es inaceptable[56].

PAZ-ARES critica esta solución, y de acuerdo con su teoría estructural, estima que es totalmente improcedente aplicar las normas de la sociedad civil que contemplan una estructura personalista, al caso de una asociación profesional, so pretexto de considerarla de "interés particular"[57].

Otros autores, como CAPILLA propugnan la simple inclusión en la Ley de Asociaciones[58].

En la sección primera de este capítulo, al hilo de lo relativo al destino del patrimonio de la asociación tras su disolución -que en realidad es el punto de mayor trascendencia práctica-, vimos algunos de los problemas que planteaba la aplicación del art. 39 del Código civil a estas asociaciones de interés particular, así como las diferentes soluciones que se ofrecían (v.gr. la propuesta de

[54] MUCIUS SCAEVOLA, *op. y loc. cit.*. Hay que tener en cuenta que este autor está pensando en el art. 18 de la Ley de Asociaciones de 1887, al que enseguida me referiré.

[55] CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios del Código Civil*,...tomo I, *cit.*, pág. 236.

[56] Aclara ALBALADEJO: "Creo que de esos artículos (35.2º y 36) sólo se sigue que hay unas asociaciones de interés privado -las sociedades- que persiguen el fin de ganar para repartir, y que las asociaciones que sean de interés particular, aunque persigan un fin distinto de ese, se regirán también por las normas legales aplicables a aquéllas"; *vid.* ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil,* tomo I, vol.1º, *cit.*, pág. 398, nota (17).

[57] PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit.*, pág. 739, nota (26).

[58] "...las agrupaciones que no persiguen los fines antes expuestos (*entiéndase los de lucro en sentido individual*), que, por contraste, son calificables como "asociaciones de interés no particular", a lo cual el Código civil llama interés público, ...se someterán al régimen propio de las asociaciones compuesto por la Ley general reguladora de las mismas (actualmente, la L.A. de 1964) y las normas singulares de algunos tipos específicos"; *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil...*, tomo I, vol 3º, *cit.*, pág. 852.

PANTALEON que obliga a extraer principios de varias leyes que regulan entidades de base mutualista). También vimos allí la posible aplicación de las normas sobre el contrato de sociedad civil, por lo que a ello me remito, así como a las opiniones doctrinales expuestas en torno a la STS de 12-6-1990.

Por su parte, en lo relativo a la posible aplicación de las normas de la comunidad de bienes, y en ausencia de una previsión tal como el art. 18 de la Ley de Asociaciones de 1887[59], cuesta pensar en la aplicación de estas normas, pues como dice MIQUEL GONZALEZ, "es claro que para nuestro Código tal régimen (el de la comunidad) no supone personalidad jurídica, por mucho que en el artículo 405 se hable de derechos personales contra la comunidad"[60].

La solución correcta en mi opinión, ha de prescindir de la clasificación del Código civil -partiendo, con ALBALADEJO, de que la virtualidad del art. 35 es proclamar simplemente que las figuras por él citadas tienen personalidad jurídica y desde cuándo la tienen- y entender que se hallan comprendidas en el ámbito de la Ley de Asociaciones, de modo "que para bien o para mal" (pues esta Ley obliga a la interpretación de muchos puntos sin resolver, por ejemplo éste), se han de aplicar las soluciones en ella previstas, en cuanto a estructura, funcionamiento, etc..

El ALODA de 1997, al igual que la Ley vigente, no se define en ningún sentido, sino que, simplemente, dice en su art. 2.1 que "*Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos*" y en el art. 5.1, al hablar de la constitución de las asociaciones y del Acta fundacional, habla de "...*una finalidad lícita y determinada*". En ningún momento impone que la finalidad haya de ser de interés general, por lo que habrá de tenerse en cuenta, nuevamente, la interpretación actual del art. 35 del Código civil e incluir en su ámbito estas asociaciones sin ánimo de lucro de interés particular.

[59] "*Las asociaciones quedan sujetas, en cuanto a la adquisición, posesión y disposición de los bienes para el caso de disolución, a lo que dispongan las leyes civiles respecto a la propiedad colectiva*".

[60] MIQUEL GONZALEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol 2º, Edersa, Madrid, 1985, pág. 12.

Seguidamente me referiré, más brevemente a la postura que sobre las asociaciones sin ánimo de lucro han tomado las dos leyes autonómicas.

I.5 LA CONFUSA MENCION DEL ART. 5º LA LEY VASCA DE ASOCIACIONES A LOS "FINES MUTUOS" Y EL POSIBLE SIGNIFICADO DE TAL EXPRESION

Recae el art. 5º de la Ley vasca en el error del Código civil -ignorar la existencia de asociaciones no lucrativas de interés particular-, con una criticable mención a los "fines generales"[61].

En segundo lugar, sorprende encontrar en una Ley de Asociaciones, la mención a los fines "mutuos", salvo que se pretendiera incluir a las Mutualidades y Cooperativas -que dicho sea de paso, no se excluyen expresamente en el art. 3.1[62]- salvo, que en este caso, se derogara la Ley de Cooperativas vasca de 12 de febrero de 1982, cosa que no parece estar en el ánimo del Legislador vasco.

Ciertamente, en el preámbulo, se dice que se excluyen aquellos tipos asociativos que por su especialidad o motivos de diversa índole, deben ser regulados por leyes específicas, lo cual puede entenderse referido a las Cooperativas y Mutualidades, que serían un claro ejemplo de "Ley especial". No obstante, hubiera sido más útil prescindir de esa confusa mención[63].

---

[61] Aparte, como pone de relieve MARIN LOPEZ, de la práctica imposibilidad de aportar un criterio mínimamente seguro para determinar cuándo un fin es o no "general"; *vid.* MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca de asociaciones...", *cit.*, pág. 143.

[62] Que realiza una delimitación positiva y negativa del ámbito de la Ley, "*...quedando, en todo caso, exceptuadas las siguientes:*

a*) Las Asociaciones constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles o civiles y, en general, todas aquéllas cuyo fin consista en la obtención de beneficios económicos para su distribución entre los socios.*

b) Las Asociaciones políticas y sindicales.

c) Las Asociaciones religiosas.

d) Los Colegios Profesionales.

e) Los clubes y agrupaciones deportivas y las federaciones deportivas"

[63] La referencia a los fines mutuos, "puede plantear serios problemas para diferenciar con claridad el ámbito propio de las asociaciones -y de su Ley reguladora- del de las cooperativas, cuyo rasgo más típico radica en su "causa mutualista", ..."; *vid.* MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca de asociaciones...", *cit.*, pág. 143. En sentido parecido, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO: "La Ley vasca parece difuminar la diferenciación entre asociación y sociedad

Para alejarnos del campo propiamente mutualista en sentido estricto e intentar buscar una razón de ser a tal expresión, han de hacerse otras interpretaciones del término que le doten de un sentido propio.

Así, según PUIG i FERRIOL son fines mutuos "los que ofrecen unas mayores posibilidades para el desarrollo de la personalidad (cfr. art. 10.1 CE)"[64]. Lo cual con ser cierto, tampoco aporta un criterio muy claro. Una posible interpretación de su significado, en mi opinión, si se opera por exclusión, es que la distinción que la Ley hace de "fines mutuos"/"fines generales", implica que los "mutuos" no son "generales", sino "particulares". Como obviamente, no recaen en la exclusión del art. 3º, -porque si así fuera, habría una contradicción en la Ley-, se entiende que no son lucrativos, luego por exclusión, si los fines mutuos son fines no generales y no lucrativos, cabría entender que son fines particulares no lucrativos: la expresión misma -"mutuo" es algo que es más extenso que la pura individualidad y más limitado que la generalidad, implicando cierta idea de reciprocidad-, ya es reflejo de un término medio entre los fines generales e individuales[65]. No es ciertamente ésta una solución

cooperativa, pues acoge dentro de su ámbito de aplicación a las asociaciones cuyo fin no consista en la obtención de beneficios económicos para su distribución entre los socios (art. 3.1 a), consiente que las asociaciones puedan desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines (art. 16), y sobre todo, indica entre los fines posibles de la asociación no sólo los de carácter general sino también los de carácter mutuo (art.5.1º)"; *vid.* LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2 *,cit.,* pág. 283.

[64] PUIG i FERRIOL, *Manual* ...I, *cit.,* pág. 372.

[65] Este es el significado que v.gr. adopta el *Revised Model non profit Corporation Act adopted by the Subcommitee on the Model non profit Corporation Law of the Business Law Section, American Bar Association, Summer 1987, Official Text with Official Comments and Statutory Cross-References, Clifton, N.J. Prentice Hall Law and Business*, 1988, del que se da noticia en TUNC, "Un modèle américain de loi sur les associations", *Rev. int. dr. comp.*, 3-1989. La citada propuesta distingue tres categorías de asociaciones sin ánimo de lucro: 1) las *public benefit corporations*, que persiguen un interés público; 2) las *mutual benefit corporations*, que actúan en provecho de sus miembros o de un grupo de personas a las que aquellos representan; 3) las *religions corporations*, constituidas entera o principalmente para fines religiosos.

El *Projet de loi sur les sociétés canadiennes à but non lucratif*, adoptado por el Senado el 20 de marzo de 1978, distingue dos tipos de "*sociétés à but non lucratif*", que llama respectivamente "*société de bienfaisance*" et "*société mutuelle*". La primera "ejerce sus actividades principalmente en interés público", mientras la segunda "ejerce sus actividades en interés de sus asociados" (art. 2 del Proyecto); *vid. Exposé détaillé sur le Projet de loi concernant les sociétés canadiennes à but non lucratif*, Quebec, 1978, que contiene una comparación con la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* de 15 de diciembre de 1975. Este proyecto se inspiró en el informe que el prof. CUMMING sometió al Ministerio con el nombre de *Propositions pour un nouveau Droit ...cit.* . Sobre este proyecto, puede verse, además de los dos textos citados, el trabajo de DANDONNEAU, "La Francisation a l'aveuglette du Droit des Corporations", *Revue juridique*

segura; por una parte, tal categoría intermedia recibe otras denominaciones, v.gr. en la doctrina francesa, según CHEVALLIER, "interés colectivo"; por otra parte, la Ley catalana, exponente de lo que podríamos denominar últimas tendencias en materia de asociación, prescinde de la inclusión del "interés mutuo" y adopta la de interés particular no lucrativo.

I.6 LA SOLUCION APORTADA POR LA LEY CATALANA

La Ley catalana de asociaciones de 1997 admite que las asociaciones puedan perseguir *"una finalidad común de interés...particular"* (art. 2º.1), sin por ello tener necesariamente que ser consideradas como sociedades con ánimo de lucro. Con ello se subsana la deficiencia del Código civil repetidamente citada.

La Ley aprobada mantiene en este punto la redacción en los mismos términos que el decaído Proyecto de Ley Catalana de régimen jurídico de Asociaciones, de 14 de junio de 1994[66], que decía en su art. 1.1º:

> *"En las asociaciones una pluralidad de personas se organizan corporativamente y de forma duradera para perseguir, sin ánimo de lucro un fin común de interés general o particular".*

En el proyecto de 1996[67], se utilizaban idénticos términos a la Ley vasca *"..un fin que puede ser de interés mutuo o general"*, que finalmente no se conservaron.

Como antes dije, los dos proyectos de Ley reconocen expresamente como modelo la PREAE, que a este respecto, manteniendo la necesidad de fines ajenos al lucro, permite que los fines perseguidos sean no sólo de interés general, sino particular. El art. 1º al hablar de la naturaleza de la Asociación Europea, dispone -según la enmienda nº2-:

> *"1. La AE será una agrupación de carácter permanente de personas físicas o jurídicas cuyos socios pondrán en común sus conocimientos o actividades para un fin de interés general o para*

Themis, (1978), 13, nº 1, que, aunque, centrado sobre cuestiones terminológicas incluye importantes observaciones sobre el contenido del proyecto.

[66] BOPC nº 242, de 21-6-1994; admisión a trámite: Mesa del Parlamento, 14-6-1994.

[67] BOPC nº 49, de 13-5-1996; admisión a trámite: Mesa del Parlamento, 7-5-1996.

el fomento de intereses sectoriales o profesionales, en los ámbitos más variados"

Entiendo que la expresión "intereses sectoriales", puede interpretarse como referida a sector o rama profesional (cfr. lo dicho al hablar de asociaciones profesionales, en la sección primera de este capítulo), pero entonces no tiene mucho sentido que luego se añada la mención "profesionales" y por tal razón, debe interpretarse en mi opinión, como no generales, esto es: particulares.

La distinción interés público/interés particular ya no es determinante del régimen aplicable, sino que lo determinante del régimen jurídico, y en especial, de la aplicación de la Ley de 1997 es el ánimo de lucro repartible. Esto es lo que se concluye también en el ámbito del Código civil, pero es a base de ciertas interpretaciones correctoras del art. 35.

Para establecer la diferencia entre interés particular e interés público en la Ley catalana, quizá haya que acudir como hacen algunos autores -si bien, refiriéndose al Derecho estatal-, a criterios cuantitativos y así concebir el interés público como el de "aquellas personas jurídicas que pueden *interesar a muchos*, en un sentido numérico, que pueden interesar a un núcleo de personas que se encuentran *al margen del primitivo convenio o acuerdo asociativo*[68], o mejor, "interés o utilidad *de todos*, o al menos de un grupo, en contraposición a intereses privados o personales, siendo en cambio indiferente la relación que puedan guardar los miembros con los que suscribieron el convenio asociativo"[69], mientras que interés particular "no significa en este caso "estrictamente individual", sino "limitado al círculo de los componentes"[70].

[68] GARCIA-TREVIJANO, *Principios jurídicos de la Organización administrativa*, *cit.*, pág. 149. Sin embargo, esto también puede predicarse de una Sociedad Anónima, que cabe que interese a "personas que se encuentran al margen del primitivo convenio asociativo": el ingreso de nuevos socios mediante la compra de acciones, es un hecho corriente en la vida de estas sociedades.

[69] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, pág. 41.

[70] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 136. BADENES GASSET, retomando esta idea y citando a LLUIS, afirma que el interés público en sentido más estricto, "existirá cuando los fines y servicios de la entidad rebasen el ámbito de intereses de sus componentes", quien por otra parte, aclara que "las asociaciones no tipificadas como sociedades civiles o mercantiles han de perseguir cualquier fin lícito, entendido como "algún bien", ya que en otro caso, el acto colectivo carecería de causa, o al menos de causa lícita"; *vid.* BADENES GASSET, "Las Asociaciones de utilidad pública...", *cit.*, pág. 16.

En suma: si de la actividad de la asociación sólo se benefician los asociados, es de interés particular, aunque este interés no sea lucrativo, en el sentido de conseguir unas ganancias individuales; a su vez, una asociación es de interés público, cuando no teniendo ánimo de lucro, beneficia real y directamente a un colectivo genérico de personas que no pertenecen a la asociación.

Este criterio me parece más aconsejable que el recurso a conceptos nuevamente indeterminados que algunos autores hacen al interpretar los términos del Código civil, tales como "interes(es) que promueve(n) de alguna manera el *bien general*"[71] o simplemente como "*interés general*", en el sentido de que no se trata de satisfacción de fines públicos o atención a servicios públicos, ya que estos están a cargo de las diversas Administraciones Públicas[72].

Con la sujeción de las asociaciones de interés particular a la Ley de Asociaciones catalana, se pone fin a las disquisiciones doctrinales, que a la vista del silencio de la Ley estatal, se producían sobre el régimen jurídico aplicable a estas asociaciones de interés particular: quedan, sin más, sujetas a aquélla Ley. Y la Ley por cierto, no permite en ningún caso el reparto del patrimonio asociativo.

Una última referencia aclaratoria a algunos conceptos afines

I.7 "INTERES PUBLICO" Y "UTILIDAD PUBLICA"

Hemos visto el "interés público" del fin asociativo. Paralelamente a ello, la asociación puede, en atención a su fin y a las actividades realizadas para su consecución, obtener la declaración administrativa de "utilidad pública"[73], prevista en el art. 4º de la Ley

[71] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema...*vol. I, *cit.,* pág. 606, aunque más adelante, dicen que "al parecer, el "interés público" era una expresión residual aquí (en el Código civil), obtenida de la contraposición a las asociaciones de "interés particular", caracterizadas porque persiguen la obtención de un lucro partible entre los asociados. Por tanto, una asociación de "interés público" es aquella que no tiene por objeto la consecución de esta finalidad. Es evidente que todo esto es impropio, pues en rigor es más que discutible que una asociación formada por payasos circenses españoles...sea una asociación de "interés público", o un casino. Por ello es acertado el criterio de la Ley de 1964, que en este punto deroga al Código civil, de personificar a las asociaciones que traten de alcanzar fines que no sean los propios de una sociedad civil o mercantil, sin especificación sobre fines de "interés público" o "interés privado""; *vid.* DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema...*vol. I, *cit.,* pág. 622.

[72] LASARTE ALVAREZ, *Principios*...tomo I, *cit.,* pág. 344.

[73] Expresión ya utilizada por el Decreto de 19-6-1935, sobre declaración de utilidad pública, si bien concebida de modo bastante limitado y distinto al actual art. 2º "*Las Asociaciones privadas*

de Asociaciones - que ha sido objeto de reforma por la Ley 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general (en adelante, Ley de Fundaciones)[74]-, así como en el art. 22 de la Ley vasca y en el art. 30 de la Ley catalana.

Si bien esta Ley podría ser encuadrada plenamente en el marco fiscal y tributario, en una de sus disposiciones adicionales -DA 13ª-, aprovecha para modificar la Ley de Asociaciones de 1964 en lo referente a las asociaciones declaradas de utilidad pública. No sólo se trata de ellas como sujeto pasivo de imposición, sino que se realiza una regulación mas técnica del procedimiento de declaración. Nuevo tratamiento, que responde a las exigencias de la

que realicen un servicio público de índole económica que por su carácter caiga dentro de la competencia del Ministerio de Industria y Comercio, podrán obtener en virtud de Orden Ministerial el título de asociación de utilidad pública". Esto es compatible con que a las Asociaciones o Corporaciones creadas por Ley o Decreto, y a las derivadas de la organización corporativa de la Economía nacional, se les dé el caracter y título de "oficial" (art. 1º). Esta categoría viene a identificarse con lo que entendemos actualmente como "Corporación pública", inserta en la estructura Administración Pública. En líneas generales, queda entonces reservado el caracter de *Asociación oficial* para las personas jurídicas de Derecho público, y el de *Asociación declarada de utilidad pública*, en su caso, para las de Derecho privado. El contenido del régimen jurídico aplicable es bastante similar.

Por otra parte, se dudaba si la Instrucción de 1899 sólo iba dirigida a las Fundaciones, pues BADENES GASSET incluía también a las asociaciones, a los efectos de la clasificación por ella prevista; *vid.* BADENES GASSET, "Las Asociaciones de utilidad pública...", *cit.*, pág. 79. Con la Ley 30/1994 la clasificación ha desaparecido y lo que sí pueden pedir es la declaración de utilidad pública. Ahora, además, los Tribunales tienen muchos criterios para controlar el fondo de la declaración.

[74] Art. 4º "1. *Podrán ser declaradas de utilidad pública aquellas asociaciones en las que concurran los siguientes requisitos:*

a) Que sus fines estatutarios sean asistenciales, cívicos, educativos, científicos, culturales, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros que tiendan a promover el interés general.

b) Que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines.

c) Carecer de ánimo de lucro, y no distribuir entre sus asociados las ganancias eventualmente obtenidas.

En caso de disolución, su patrimonio deberá aplicarse a la realización de actividades sujetas al cumplimiento de los requisitos anteriores.

d) Que los miembros de la junta directiva desempeñen gratuitamente sus cargos, sin perjuicio de poder ser reembolsados por los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione.

e) Que cuenten con los medios personales y materiales adecuados y con la organización idónea para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios.

f) Que se encuentren constituidas, en funcionamiento y dando cumplimiento efectivo a sus fines estatutarios, ininterrumpidamente y concurriendo todos los precedentes requisitos al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud"

Transcrito en su totalidad en los arts. 27 a 30 ALODA de 1997.

doctrina y de todos los sectores interesados, de una mayor rigurosidad y concreción de la concesión. La declaración supone para la asociación el otorgamiento de un *status* privilegiado, fundamentalmente desde el punto de vista fiscal y el goce del prestigio que tal declaración supone.

II. POSIBILIDAD DE QUE LAS ACTIVIDADES DE LA ASOCIACION (O PARTE DE LAS MISMAS), SEAN DE "INTERES PUBLICO" Y ESTEN REVESTIDAS DEL CARACTER DE "FUNCION PUBLICA": LAS ASOCIACIONES DE CONFIGURACION LEGAL

Introducción

Las asociaciones sin ánimo de lucro pueden, sin identificarse por ello con las finalidades propias los Poderes públicos, tener finalidades "de interés público" y en consecuencia, sus actividades se impregnan de algún modo de este carácter. De hecho, algunas asociaciones han sido investidas legalmente de "funciones públicas"[75].

A pesar de que algunos autores crean que el ejercicio de funciones públicas es nota privativa y característica de las Corporaciones de Derecho público[76], hoy en día se constata que las

[75] Es la ley la que les tiene que dotar de tales funciones. Encontramos casos de asociaciones que espontáneamente se quieren atribuir estas funciones y les son denegadas. La STS 23-10-1973, (Cont-adm, sala 4ª), (RJ 1973/4132) se ocupa de una interesante figura: la Junta vecinal agropecuaria de Tuiza, constituida con arreglo a la Ley de Asociaciones de 1964, con fines de Guardería rural, fomento y mejora de pastizales en los montes del común de los vecinos de la parroquia de Tuiza. Una vez constituida, la Junta se atribuye a si misma facultades para regular el aprovechamiento de los montes de Utilidad pública y del común de los vecinos comprendidos en la parroquia; el TS considera que tales actividades de administración de los montes públicos y comunales son completamente extrañas a ese tipo de figuras y no corresponden a sus caracteres de asociación de Derecho privado. Los auténticos fines de una Junta, según el TS "deben entenderse limitados a subordinación y colaboración con las autoridades y sólo operativos entre los asociados como corresponde a la constitución privada de la entidad: de donde se sigue, que no cabe en modo alguno que la asociación se atribuya o asuma competencia y funciones de derecho público, ya que tampoco integra una entidad menor constituida con arreglo al art. 23 y ss. de la calendada Ley de Régimen Local...".

[76] Así, muchos de los autores europeos de principios de siglo, inciden, de un modo u otro, en la participación en funciones estatales de las llamadas asociaciones de interés público; *vid.* DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit*., pág. 210, nota (1) y la doctrina allí citada. Mas recientemente, AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ mantienen que el criterio diferenciador es la atribución y ejercicio de funciones públicas, ya que si a una corporación se le despojara de sus funciones públicas, perdería su naturaleza jurídico-pública, y no se distinguiría en nada, ni siquiera en el

asociaciones concurren con las Administraciones públicas en la satisfacción de intereses públicos -salvo en aquellos ámbitos, v.gr. la seguridad del Estado, que están reservados a los poderes públicos-, lo cual dota a éstas de un título legitimador para intervenir, incluso fuertemente, en su régimen jurídico.

Por esta razón, el TC ha acuñado la categoría de "asociaciones privadas de configuración legal", las cuales, sin llegar a ser Corporaciones de Derecho Público[77], asumen funciones públicas, lo que justifica modulaciones del régimen del derecho de asociación, límites específicos a dicho derecho como v.gr., que la adscripción a la misma pueda ser forzosa y la imposición a sus miembros de obligaciones que no serían posibles en las asociaciones comunes. Manifiestan el hecho de que Administración Pública se mueve en nuevas coordenadas contando con la colaboración de los particulares[78].

---

aspecto formal, de una asociación:; *vid.* AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ, "La configuración jurídica de las entidades...", *cit.*, pág. 171.

[77] En este sentido, FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, *cit.*, pág. 162.

[78] Un fenómeno propio de nuestro sistema jurídico actual es lo que se ha dado en llamar "autoadministración": la delegación, dentro de ciertos límites, de funciones públicas en los propios interesados, cuyas organizaciones se erigen así en auténticos agentes descentralizados de la Administración. Estas organizaciones, según Tomás Ramón FERNANDEZ RODRIGUEZ, "pueden aparecer bajo formas públicas de personificación, (...*sic* los Colegios Profesionales), bien bajo formas privadas (por ejemplo: las Asociaciones administradoras de concentraciones de fincas forestales previstas en la Ley y Reglamento de Montes)"; *vid.* FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico,* Abella, Madrid, 1997, pág. 181.

También es un dato revelador que la participación ciudadana se canaliza en ocasiones a través de entidades privadas, que adquieren el carácter de "órganos de participación" establecidos por las Corporaciones Municipales, (de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 130 y 131 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, RD 2.568/1986, de 28 de noviembre).

La figura no es nueva; el Estatuto Municipal de la dictadura de Primo de Rivera, (RD Ley de 8-3-1924) regulaba extensamente la representación corporativa en el Municipio donde existan asociaciones o corporaciones con derecho a ella, las cuales habían de figurar en un censo creado al efecto. Curiosamente, el art. 72 excluye de esta posibilidad *"los Círculos políticos, Casinos, o Centros recreativos, Asociaciones exclusivamente para fines religiosos y las sociedades mercantiles o entidades dedicadas privativamente al lucro"*. Las asociaciones profesionales, a su vez, también tenían muy restringida esa posibilidad. Los requisitos se detallaban en el Reglamento de organización y funcionamiento de los Ayuntamientos de 10-7-1924 (arts. 22 a 44).

Dejando aparte la interesante evolución de la participación ciudadana en la vida municipal, diré que actualmente hay que acudir al Reglamento orgánico de cada Ayuntamiento. Sobre las mismas, *vid.* EGEA FERNANDEZ, "Persones jurídiques privades amb règim d'actuació, parcialment, de Dret públic: les entitats de participació ciutadana", *VII Jornades Juridiques* sobre *Entitats associatives en el Dret civil català,* celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993.

II.1 FEDERACIONES DEPORTIVAS

El ejemplo clásico de "asociación de configuración legal" es el de las Federaciones Deportivas, a las que la Ley de 31-3-1980 atribuyó funciones públicas de carácter administrativo y sobre cuya constitucionalidad se pronunció el TC en la ya conocida STC 67/1985 de 24 de mayo[79]. BERMEJO VERA afirma que son uno de los ejemplos de "entes instrumentales para la gestión de la función pública del deporte"[80].

Esta STC dice que

> "... el Estado social y democrático de Derecho puede organizar su intervención en los diversos sectores de la vida social a través de la regulación de *asociaciones privadas de configuración legal*, a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a todo un sector" (FJ 3º.B).

Plenamente compatibles con el "respeto a la libertad positiva de crear otras asociaciones con fines privados" (FJ 3º.B.b). Se trata de

> "...*una asociación distinta de las previstas en el artículo 22 de la Constitución*, que no comprende el derecho de constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a todo un sector (FJ 3º.B, c).

Aclara FERNANDEZ FARRERES, que esta afirmación del TC no debe inducir a equívocos, en el sentido de que las "asociaciones de configuración legal" queden excluidas del derecho de asociación (y puede añadirse, del recurso de amparo). Esto es: estas asociaciones presentan singularidades en su régimen específico,

[79] La STC 67/1985, de 24 de mayo, -que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad en relación a los arts. 12.1, 14.3 y 15, de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de Cultura Física y Deporte, referentes a asociaciones deportivas- estima la constitucionalidad de dichos artículos estableciendo la doctrina de que "La reserva de la Ley Orgánica en el artículo 81.1...se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica". ESTEVE PARDO realiza un interesante comentario de esta sentencia en "Las Asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas", *REDA*, nº 45, 1985, pág. 113 y ss. En sentido parecido, STC 244/1991, de 16 de diciembre.

[80] BERMEJO VERA, "Entes instrumentales para la gestión de la Función pública del deporte: las Federaciones deportivas", en el vol. col. *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid, 1994, pág. 299.

pero tales singularidades están dentro de los límites derivados del necesario respeto por el Legislador al contenido esencial del derecho de asociación, quedando como mucho, referidas al mecanismo propio de constitución y reconocimiento legal de tales asociaciones[81]. El Legislador en consecuencia, puede "modular" el régimen jurídico propio y específico de determinadas asociaciones, atendiendo precisamente a las funciones públicas que el ordenamiento reconoce y atribuye a tales entes asociativos, si bien esas "modulaciones" no podrán entrar en colisión con el *núcleo o contenido esencial del derecho de asociación,* que alcanza y protege también a esas asociaciones especialmente cualificadas o de configuración legal, en cuanto que no dejan de ser auténticos y efectivos entes asociativos que entran en el ámbito de aplicación del art. 22 CE[82].

---

[81] En apoyo de su afirmación cita la STC 3/1981, de 2 de febrero, *op.cit.,* pág. 206, nota (56). Sin embargo esta sentencia, dictada en recurso de amparo planteado por el Partido Comunista de España (Marxista-leninista), no habla de las "asociaciones de configuración legal", sino de las "asociaciones de relevancia constitucional", categoría similar, pero que el propio TC ha ido luego diferenciando, especialmente a partir de la STC 67/1985. De hecho, en su FJ 1º la STC 3/1981 dice "Un partido es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión", lo cual es distinto a lo dicho en la STC 67/1985, que comento en el texto. La STC admite la existencia de normas específicas para esas asociaciones de relevancia constitucional, que en todo caso deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella. En su FJ 2º. admite que "los partidos políticos..., por razón de esa cierta función pública que tienen en las modernas democracias, gozan legalmente de determinados "privilegios" que han de tener como lógica contrapartida determinadas "limitaciones" no aplicables a las asociaciones en general. Nada de eso se opone a que el derecho a crearlos se ampare en el artículo 22. Otra cosa es que para obtener dichos beneficios se les impongan condiciones especiales. Así, en nuestra legislación, los partidos políticos tienen derecho a obtener ayuda financiera del Estado con motivo de su participación tanto en las elecciones generales como en las que afectan a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales".

Hecha la observación, no veo incorrecto aplicar el contenido de esta doctrina del TC sobre estas "asociaciones de relevancia constitucional", -claramente incluidas en el art. 22-, a las "asociaciones de configuración legal" por las siguientes razones: 1º unas y otras tienen una "configuración legal" peculiar en sus respectivas leyes de desarrollo: ambas se hallan sometidas a unos límites específicos *añadidos al régimen general*: especificidades para su constitución, imposición de que su funcionamiento interno sea democrático, etc.; 2º si lo que caracterizaba a las de configuración legal, según la STC 67/1985, es que, siendo asociaciones privadas, se les confiere "el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a todo un sector", las de relevancia constitucional -al menos los partidos políticos- también desempeñan, como vimos, *ciertas* funciones públicas.

[82] FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución, cit.,* pág. 204. Distingos un tanto problemáticos, pues el núcleo o contenido esencial del derecho de asociación, no deja de ser un concepto jurídico indeterminado. Lo que está claro es que se identifican más con las asociaciones que con otras figuras, y que el problema, en todo caso, será el de la proporcionalidad entre las modulaciones impuestas y las funciones públicas que desempeñan, dentro del respeto al contenido esencial del derecho; *vid.* FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución, cit.,* pág. 207, nota (58)

La citada STC 67/1985 dice también que

> "...Del conjunto de la Ley se deduce que la misma no configura a las Federaciones Españolas como Corporaciones de carácter público integradas en la Administración ni tampoco como asociaciones obligatorias[83], ya que las regula aparte de la organización administrativa y no obliga a los clubes a pertenecer a ellas.... Las Federaciones aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo. (FJ 4º.B)

En efecto, el art. 30 de la Ley del Deporte, de 15-10-1990 reafirma tal naturaleza:

> *"1. Las Federaciones deportivas españolas son Entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica propia...*
>
> *2. ...además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso, como agentes colaboradores de la Administración Pública"*[84]

Una muestra de la configuración realizada por la Ley es la necesidad -según el art. 34.2- de autorización previa de un órgano administrativo (la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes), para su inscripción en el Registro público, inscripción que por otra parte es obligatoria. Por ello, como más claramente se desprende de los términos del art. 8 del RD 1835/1991, de 20 de diciembre, que contiene el desarrollo reglamentario de los capítulos III y IV del título III de la Ley del Deporte de 1990 (Federaciones y

[83] Continúa diciendo el FJ 4ºB"... no se obliga a los clubes a pertenecer a ellas... si bien se estimula...en cuanto constituye un requisito para que los clubes deportivos puedan participar en competiciones oficiales y en cuanto canalizan la asignación de subvenciones. Por otra parte, la Ley no impide en absoluto la constitución de otras asociaciones formadas por deportistas y asociaciones dedicadas a la misma modalidad deportiva, con fines privados". Podría hablarse de una obligatoriedad *indirecta*.

[84] Y en el mismo sentido, el art. 1.º 1 del RD 1835/1991, añade además que cuentan con *"patrimonio propio e independiente del de sus asociados"*. Ejemplos de estas funciones, según el art. 33 de la Ley de 1990: ejercicio de la potestad disciplinaria en los términos de la Ley y reglamentos de desarrollo, control de las subvenciones a las asociaciones y entidades deportivas adscritas a ellos, control y represión del uso de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos, etc.

Ligas profesionales respectivamente)[85], lo que está sometido a preceptiva autorización es la constitución. Esto se separa en gran medida del régimen general de las asociaciones tras la Constitución de 1978.

La STS de 5-12-1996 (Cont-adm, sala 3ª, sección 3ª) (RJ 1996/9256) resuelve el recurso interpuesto por varias federaciones deportivas contra el citado RD 1835/1991. El TS recogiendo la doctrina del TC, expone las principales características y naturaleza de las federaciones incidiendo en la atribución de funciones públicas de carácter administrativo, que ejercen por delegación, actuando así como agentes colaboradores de la Administración Pública.

II.2 ENTIDADES URBANISTICAS DE COLABORACION

Existen unas entidades asociativas intervinientes en el proceso urbanizador o en el de conservación que, en atención a su finalidad, -la defensa de los intereses urbanísticos de los propietarios, coincidente en parte con los intereses públicos-, gozan de un tratamiento legal propio y de la consideración de personas jurídico-públicas. Se trata de las entidades urbanísticas de colaboración. Simplificando la cuestión, puede hablarse de tres modalidades de entidades: dos de ellas son cauces para que los interesados participen en la ejecución del planeamiento -las Juntas de compensación (supletoriamente reguladas en los arts. 126 y ss. TRLS de 1976 y 157 a 185 RGU) y las asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación (*idem* arts. 131 y ss. TRLS de 1976 y 186 a 193 RGU)-, y la tercera es cauce de participación en la conservación de lo ya urbanizado -las entidades de conservación (arts. 25 a 30 RGU)-[86].

El RGU atribuye a estas entidades de colaboración carácter administrativo y dependencia de la Administración urbanística

[85] Dicho precepto habla de *"aprobación de los Estatutos"* y *"autorización de la constitución"*, términos que son reveladores de ese mayor intervencionismo de la Administración.

[86] Fueron éstas, según LOPEZ-NIETO, una novedad, e importante, del RGU. Antes de la promulgación de éste, el reparto de los gastos en un polígono o unidad de actuación planteaba serios problemas, al no existir fórmula jurídica cómoda que obligara a los propietarios al cumplimiento de sus obligaciones. Para obviar tales dificultades se constituían, aunque no con el éxito deseable para la consecución de sus fines, asociaciones de propietarios al amparo de la legislación general; *vid*. *Las entidades asociativas...cit*., págs. 18 y 19.

actuante (art. 26.1)[87]. Su naturaleza administrativa se manifiesta, v.gr., en el uso de la vía de apremio en la recaudación. No obstante, sostiene la doctrina que la naturaleza administrativa de estas entidades sólo va referida a una parcela de su actividad, más nunca a su estructura y organización, sometidas a régimen jurídico distinto, y sin que, de ninguna forma, puedan considerarse integrantes de la Administración pública, la cual ejerce sobre ellas un determinado control, que recae no tanto sobre el sujeto tutelado, sino precisamente sobre la actividad que realiza[88].

Son asociaciones *propter rem*, puesto que la condición de miembro aparece vinculada a la de propietario, de modo que junto con la transmisión de la finca, se transmite la condición de asociado. La pertenencia a las mismas es, en ocasiones, obligatoria por lo que, desde el punto de vista de este estudio, quiebra uno de los principios fundamentales de la asociación, a saber, el de la voluntariedad[89]. Así, el art. 25.3 RGU establece que

> *"será obligatoria la constitución de una Entidad de conservación, siempre que el deber de conservación de las obras recaiga sobre los propietarios comprendidos en un polígono o unidad de actuación en virtud de las determinaciones del Plan de ordenación o bases del programa de actuación urbanística o resulte expresamente de disposiciones legales. En tales supuestos, la pertenencia a la Entidad de conservación será obligatoria para todos los propietarios comprendidos en su ámbito territorial"*

La STS de 12-4-1985, se pronunció acerca del conflicto entre la adscripción obligatoria a tales Entidades y la libertad de asociación reconocida en el art. 22 CE, en los siguientes términos

> "...la sustantividad de esta obligatoriedad de adscripción a esta Entidad Urbanística sólo tiene una

[87] Con base en la LS de 1956, LLISET ya destacaba su carácter de personas jurídico-públicas no territoriales de base asociativa, duración limitada y carácter instrumental, integradas fundamentalmente por sujetos privados, que, en consideración a unas fincas de que son propietarios, se agrupan, por lo general, voluntariamente, aunque con sujeción obligatoria para todos los afectados a los acuerdos de los órganos de la entidad, para la ejecución de todo o parte de un Plan parcial -o especial-, la conservación de las obras o los servicios comunes o, incluso la edificación y, en definitiva, la defensa de los intereses de los propietarios; *vid.* LLISET, *Las entidades urbanísticas colaboradoras*, Valencia, 1977, pág. 28.

[88] LOPEZ-NIETO, *Las entidades asociativas...cit.*, págs. 18 y 19.

[89] LOPEZ-NIETO, *Las entidades asociativas...cit.*, pág. 20.

> traducción económica, en cuanto conlleva unos deberes de este signo, para hacer frente a los objetivos asignados a la misma; no afecta, pues, al sentido de libertad en que está pensando nuestra Constitución, cuando le atribuye el primer valor, entre los valores salvaguardados por ella, y que es lo que le lleva a colocarlo en su primer artículo, y a reiterarlo profusamente, en sus manifestaciones concretas, a lo largo del inventario de libertades recogido en el capítulo 2º del título I".

Es decir, el TS interpreta que no hay una auténtica conculcación de la libertad de asociación en la medida que la condición de asociado se traduce únicamente en consecuencias económicas, pero no en actuaciones personales en concreto.

Respecto a una figura similar por su finalidad y su carácter imperativo en Derecho francés -el sindicato de propietarios para los inmuebles edificados homogéneos (de carácter facultativo para los conjuntos inmobiliarios y parcelaciones)-, la doctrina francesa estima que precisamente por ese carácter forzoso no pueden ser consideradas como asociaciones, sino, en todo caso, como agrupaciones forzosas organizadas por la Ley, similares a la masa de acreedores en supuestos de involvencia judicial, liquidación de bienes o de obligacionistas de una sociedad[90].

Sólo cabe hablar de cierta voluntariedad en el caso de las asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación, pues una interpretación correcta del art. 191 del RGU, según LOPEZ-NIETO, conduce a entender que a la Administración corresponde sólo la iniciativa pero no puede imponer su constitución. Por esta razón, este autor estima que son las únicas que pueden ser consideradas como asociaciones en sentido estricto, aunque sean un poco desnaturalizadas[91].

Sin embargo, no es el carácter *propter rem*, lo que en mi opinión, singulariza estas entidades; hay otras asociaciones que de algún modo también son *propter rem* (las mismas asociaciones de vecinos e incluso las de propietarios de otros objetos distintos de los

[90] MARTY-RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, Paris, 1980, pág. 318.

[91] El art. 191 dice que estas asociaciones se formarán "por iniciativa de los propietarios o de la Administración actuante" . Por lo demás, *vid.* LOPEZ-NIETO, *La ordenación...cit.* págs. 359 y 360.

inmuebles) y sin embargo, desde el punto de vista de las funciones que ejercitan, divergen considerablemente. Lo que caracteriza a estas entidades urbanísticas colaboradoras es el ejercicio de lo que LLISET llama funciones administrativas vicarias[92]. La vicariedad es una de las técnicas, junto con la participación, de incorporación de los particulares a la Administración pública: en la vicariedad, los particulares "penetran" en la Administración convirtiéndose en agentes descentralizados; la actividad que realizan es propia de interesados personales y directos[93]; y su finalidad es conseguir una mayor eficacia en la gestión, mientras que en la participación (función que corresponde, v.gr., a las asociaciones de vecinos), los particulares no tienen ese carácter de agentes de la Administración. En opinión de MOLA DE ESTEBAN, los propietarios de terrenos y edificaciones en las urbanizaciones particulares, pueden constituir asociaciones administrativas para la prestación de servicios, fórmula que se manifiesta como la más idónea, especialmente en los núcleos inmobiliarios situados fuera del casco o línea perimetral de las poblaciones[94].

Con todo lo dicho, no es de extrañar que el TS -STS 25-5-1993, (Cont-adm, sala 3ª, sección 7ª) (RJ 1993/3987), FJ4º de la sentencia apelada- las considere -en concreto a las Entidades de conservación- como uno de los supuestos de "asociaciones privadas de configuración legal", a las que se les confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a todo un sector, cual es la gestión urbanística. Una manifestación de esta configuración legal, según esta sentencia, es que su disolución por parte de la Administración no viola el derecho de asociación, pues aquellas asociaciones, dice esta sentencia, recogiendo la doctrina de la STC 67/1985, no son resultado del puro ejercicio del derecho fundamental proclamado en el art. 22 CE. Sin embargo, la propia

[92] Que el autor estudia especialmente en "La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa", *RAP*, nº 80, mayo-agosto, 1976, págs. 203 y ss.. Opinión posteriormente recogida en su *Manual de Derecho Local*, Madrid, 1985, pág. 159.

[93] LLISET, "La vicariedad...", *cit*. pág. 205. Entiendo que esto coincide con lo que GARCIA DE ENTERRIA llama "actividad administrativa de los particulares" diferente de la concesión; *vid.* GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, pág. 40.

[94] MOLA DE ESTEBAN, "Valoración de los intereses públicos y particulares", *RDU*, nº 20, págs. 51 y 53.

sentencia aclara que si la misma, como sucede en el caso de la *litis*, fuera consecuencia de la transformación de una asociación de propietarios sujeta a la Ley de Asociaciones de 1964, esta última asociación puede no transformarse por entero y seguir existiendo para otros fines lícitos, sin que le afecte la disolución administrativa (FJ único).

II.3 ASOCIACIONES ADMINISTRATIVAS DE CONTRIBUYENTES

Estas asociaciones (que se hallan reguladas exclusivamente en la legislación local, concretamente en los arts. 36 y 37 de la LRHL ya citada-, persiguen la finalidad de la justa distribución entre sus miembros de los beneficios y las cargas derivados de la exacción correspondiente[95].

Su constitución es voluntaria[96], como venía propugnando la doctrina[97]. Los propietarios o titulares afectados por las obras podrán constituirse en asociación administrativa de contribuyentes y promover la realización de obras o el establecimiento o ampliación de servicios por la Entidad Local, comprometiéndose a sufragar la

[95] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, pág. 366

[96] Antes de la promulgación de la LRHL, LOPEZ-NIETO decía que eran tipo híbrido, mezcla de entidad urbanística y asociación. Tienen en común con la primera, su carácter *propter rem*, con todas las consecuencias que de ello se derivan, a las que ya he aludido, y con las asociaciones, el hecho de que su constitución, actualmente es libre y su existencia depende exclusivamente de la voluntad de sus miembros, sin que sus acuerdos puedan ser objeto de recurso ante la Administración; *vid.* LOPEZ-NIETO y MALLO, *Las entidades asociativas...cit.*, pág. 96.

En contraste, y tal como estaban configuradas en la anterior legislación sobre Haciendas municipales (el Reglamento de Haciendas Locales, aprobado por Decreto de 4-8-1952), JANER DURAN, sostenía que había supuestos en que estas entidades difícilmente podían ser calificadas como asociaciones, tanto desde el punto de vista del Derecho Natural como por el de las directrices aceptadas por nuestra legislación positiva para el reconocimiento de personas jurídicas. Tal afirmación la realiza a la vista de los casos en que el nacimiento de la asociación no era fruto del libre consenso entre los asociados, su organización y funcionamiento debía acomodarse a unas normas restrictivas de la voluntad de los socios y los Estatutos eran de fines limitados, sin atender a los que realmente interesan a los socios; *vid.* JANER DURAN, *Asociaciones de propietarios para obras municipales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, pág. 306.

[97] JANER DURAN, concluía en su estudio que en general, el asociacionismo en materia de colaboración para obras locales, tal y como estaba concebido en la legislación del momento, pugnaba con las esencias filosóficas y jurídicas del concepto asociación, por lo que propugnaba la revisión del régimen vigente sobre este punto (tanto en su vertiente urbanística como "hacendística", sic); revisión que ha de estar presidida por criterios de voluntariedad por parte de los administrados, si bien la Administración debe alentar tal colaboración mostrando claramente las ventajas que se derivan de la misma; *vid. op. cit.*, págs. 316 y 317.

parte que corresponda aportar a ésta cuando su situación financiera no lo permitiera, además de las que les corresponda según la naturaleza de la obra o servicio (art. 36 LRHL). Para dicha constitución, dispone el art. 37 LRHL que

> *"...el acuerdo deberá ser tomado por la mayoría absoluta de los afectados, siempre que representen, al menos, los dos tercios de las cuotas que deben satisfacerse"*

Quizá la mayor peculiaridad resida en que una vez constituida la asociación, cuando los acuerdos se adoptan con el *quorum* previsto en la Ley, serán obligatorios para todos los interesados sean o no socios.

Este efecto frente a tercero deriva evidentemente no de la asociación en sí, sino que se trata de una obligación *propter rem.*

II.4. FONDOS DE PROMOCION DE EMPLEO

Otro ejemplo de asociaciones investidas de funciones públicas son los Fondos de Promoción de Empleo. El art. 22 de la Ley 27/1984, de 26 de julio de reconversión industrial, con la finalidad de mejorar la intensidad de la protección por desempleo, complementando las prestaciones básicas y complementarias y ampliando su duración, así como con la finalidad de colaborar en la recolocación de los nuevos empleos de los trabajadores afectados por la reconversión, prevé la constitución de los Fondos de Promoción de Empleo, concebidos en la propia Ley como asociaciones sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y con el carácter de entidad colaboradora del Instituto Nacional de Empleo, bajo cuya inspección actúan. Pasan a formar parte del FPE los propios trabajadores afectados por la reconversión, y en su seno perciben las citadas retribuciones[98].

[98] *Vid*. STS 7-5-1996, (Cont-adm, sala 3ª, sección 1ª) (RJ 1996/5272).

CAPITULO 4

ELEMENTO DE VOLUNTARIEDAD

Preliminares: voluntariedad y libertad en la asociación

Los elementos vistos hasta ahora permiten hablar de una pluralidad de personas que se unen con una finalidad para cuya consecución realizan actividades. El siguiente elemento objeto de análisis supone un paso más en la acotación del concepto: tal unión ha de ser voluntaria.

En efecto, la asociación tiene su fundamento en la libre voluntad de los socios de unirse y permanecer unidos para cumplir determinados fines comunes a todos ellos, los cuales conforman, precisamente, el fin de la asociación. En toda asociación hay un elemento de voluntariedad, que se manifiesta tanto en la decisión de su creación, como en el ingreso y salida de los asociados, y que tiene su reflejo en la autonomía de los integrantes de la misma para determinar sus fines, actividades, estructura y funcionamiento, sin perjuicio de que normativamente se pueden establecer unas reglas mínimas en cuanto a los dos últimos extremos.

Este elemento de voluntariedad aparece expresamente exigido tanto por el art. 1º de la Ley de Asociaciones de 1887 y el art. 3º de la Ley de 1964 (...*acuerden voluntariamente servir*...), como por el art. 2º de la Ley vasca de 1988 (*1. La constitución de las asociaciones es libre y voluntaria*...) y el art. 2º de la Ley catalana de 1997 (...*se unen de manera voluntaria, libre y solidaria*...). Las asociaciones surgen pues, por iniciativa de los particulares al amparo de la libertad que el Ordenamiento reconoce y su reglamentación es fijada por los mismos particulares, dentro de los límites impuestos por el Ordenamiento.

Sin embargo, tal elemento, que tradicionalmente ha sido considerado esencial a la asociación[1], no siempre ha sido equivalente o sinónimo de libertad asociativa, entendida ésta como ausencia de trabas o controles administrativos; incluso se han considerado como elementos esenciales, compatibles entre sí, el origen voluntario y la autorización administrativa.

En efecto, durante los siglos XVI y XVII, el tratamiento que en Derecho civil se hace de las asociaciones existentes a la sazón (*universitates personarum*) no es en absoluto completo, sino que se centra precisamente en la necesidad de autorización o licencia previa para su nacimiento y subsistencia, pues se presume que tales asociaciones, como explica Alfonso de ACEVEDO "se crean más para un mal fin que para uno bueno"[2]. En el s. XIX, antes de la promulgación de la Ley de Asociaciones de 1887, DOMINGO DE MORATO tan sólo hace una brevísima referencia a las personas morales -que realmente es aplicable a las asociaciones- para definirlas como "la reunión de individuos, que se proponen un fin lícito con la competente autorización"[3].

Y es que las escasas normas que, hasta el s. XIX incidían sobre las asociaciones, la mayoría de las veces lo hacían para prohibirlas o someterlas a autorización. Las dos Leyes de asociaciones, con independencia de que formalmente reconociesen el derecho de asociación, -previamente proclamado por el art. 13 de la

[1] Ya ESCRICHE situaba las asociaciones entre las personas jurídicas *convencionales o voluntarias*, a diferencia de otras que bien por ser *naturales*, bien por ser *legales*, no encontraban en su origen tal pacto libre; *vid*. voz "persona jurídica ", ESCRICHE, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IV, ed. 1876, págs. 577 y 578. En similar sentido, SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit*., pág. 132 y TRAVIESAS, *op.cit*., pág. 197. En los manuales actuales no aparecen clasificaciones de este tipo.

[2] Cfr. cita en nota (12) del capítulo 1. Precisamente esta necesidad de autorización, además de fundamentarse en la desconfianza con la que el poder miraba esos grupos como posible amenaza política, estaba muy conectada con las concepciones de la teoría de la ficción: la existencia de las *universitates personarum* dependía del reconocimiento del monarca, del poder supremo del Estado.

[3] DOMINGO DE MORATO, *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones del Digesto Romano hispano de D. Juan Sala*, tomo I, Valladolid, 1868, págs. 59 y 60. Sigue en su obra la sistemática de Gayo y dentro del Libro segundo, *Objetos del Derecho civil*, incluye una parte 1ª dedicada a las *Personas*, en la que realiza seis clasificaciones de las mismas. La primera es la que distingue entre personas propiamente dichas y *personas morales*. También se refiere al otorgamiento a las personas morales del beneficio de la *restitutio in integrum,* del que se exceptúan las sociedades civiles y mercantiles.

Constitución de 1876 ("*Todo español tiene derecho: ...de asociarse para los fines de la vida humana*"), y el art. 16 del Fuero de los Españoles de 1945, ("*Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos de acuerdo con lo establecido en las leyes*"[4]), respectivamente-, no por ello establecían un sistema de libertad asociativa real.

La Ley de Asociaciones de 1887, apenas contenía regulación sustantiva sobre la asociación, sino predominantemente, normas de tipo político-administrativo, en especial, en lo relativo a la constitución, que exigía el sistema de preaviso, que sin ser una autorización previa, suponía un alto grado de intervencionismo[5]. El sistema, resumidamente, establece la intervención del Gobernador civil en su constitución, al cual debían presentarse los documentos constitutivos *"los Estatutos, reglamentos, contratos o acuerdos por los cuales haya de regirse"*(art. 4º). Si el Gobernador la estimaba ilícita, debía remitir la documentación a la autoridad judicial. Transcurridos ocho días sin que se formulen objeciones, la asociación quedaba constituida, procediéndose a la toma de razón de la misma en un Registro llevado en el Gobierno civil, cuyas certificaciones constituyen el medio de prueba normal de la existencia de la asociación[6].

[4] OLIAS DE LIMA señala el carácter programático del Fuero, pues muchos de sus preceptos no se desarrollaron y la Jurisprudencia no permitía su invocación; *vid.* OLIAS DE LIMA, *op.cit.*, pág. 210.

[5] Aunque dicha Ley estaba inspirada a su vez en el Decreto-Ley de 20-11-1868, en el que se resaltaba que "*las asociaciones pueden crearse libremente sin necesidad de permiso ni autorización previa; como los individuos, están sujetas a un registro o empadronamiento, sin más deber que el de poner su existencia y su modo de funcionar en conocimiento de la autoridad gubernativa*", sin embargo las previsiones de la Ley de 1887, según CAPILLA RONCERO, preveían "un régimen altamente intervencionista ... para su válida constitución, ... (con) controles administrativos previos a su válida constitución", que "revela(n) cierta dosis de desconfianza"; *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil...*, tomo I, vol 3º, *cit.*, págs. 840 y 880.

[6] Esto es: "la constitución válida de la asociación, de acuerdo con el régimen de la citada Ley, requería, de una parte, un acto de autonomía privada de los promotores o fundadores (podría decirse: el contrato o acuerdo constitutivo); de otra parte, un control administrativo (tanto previo como posterior a la constitución en sentido propio de la asociación) de la libertad asociativa, que daba lugar, una vez aprobada la iniciativa de los individuos de asociarse, al registro de la asociación, constituido en oficinas públicas provinciales dependientes de los Gobiernos civiles"; *vid.* CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 113.

El Decreto de 25 de enero de 1941 regulador del ejercicio de los derechos de asociación y reunión, instaura un sistema de autorización previa "pura"[7].

La Ley de Asociaciones de 1964 prevé en el art. 3º un sistema de reconocimiento, -de tipo normativo (cumplimiento de determinados requisitos legales, atestiguado por un acto de la autoridad)- que LLUIS i NAVAS denomina "previa autorización necesaria"[8]: la autoridad administrativa ha de hacer una calificación previa sobre los documentos aportados o recabados de la licitud y determinación del fin. En caso de que se estime que los fines son lícitos y determinados y se cumplan otros requisitos establecidos en la ley de orden formal, la autoridad no puede denegar el reconocimiento, y debe visar los Estatutos[9]. En este punto, la Ley, según CAPILLA RONCERO, potencia las competencias administrativas en detrimento de la reserva al poder judicial del conocimiento de las situaciones dificultosas relativas al ejercicio del derecho[10]. Efectivamente, la Ley de 1964 prevé todo un proceso de control administrativo del acto de autonomía privada que culmina con la inscripción en el registro, promovida de oficio por la autoridad administrativa. Aunque pudiera parecer que dicha inscripción es algo posterior y añadido al ejercicio del derecho y su control administrativo, dicho trámite es una parte más del reconocimiento

[7] Quedan excluidas de este requisitos de autorización, según el art.1º.2:

1º Las asociaciones que tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia

2º Las asociaciones católicas que tengan un fin exclusivamente religioso

3º Los institutos o corporaciones que existan en virtud de leyes especiales

4º Las asociaciones cooperativas, registradas en el Ministerio de Trabajo

5º Las asociaciones sujetas a la legislación sindical y a la disciplina de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS.

Destaca el empleo en sentido amplio del término "asociación" para referirse, en el primer número, a las sociedades, o en el 4º, a las cooperativas.

[8] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones, cit.*, pág. 140.

[9] Traigo aquí a colación las palabras de DE LA MORENA, que contrastan con la aparente liberalidad del sistema literalmente expuesto, pues consideran que la Ley de 1964 prevé "un carácter de control preventivo y, en gran medida, también discrecional,...(en) la inscripción registral...de la que resultaba, como una consecuencia obligada, la atribución de efectos constitutivos a la misma"; *vid.* DE LA MORENA, "El derecho de asociación...", *cit.*, pág. 11. A esto hay que añadir la fuerte intervención gubernativa en materia de reuniones (art. 7º), acceso de los representantes de la autoridad (art. 8º), liberalidades en favor de las asociaciones (art. 9º), y suspensión de sus actividades (art. 10º).

[10] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones... cit.*, pág. 114.

administrativo del limitado derecho de asociación. Al igual que sucedía con la Ley de Asociaciones de 1887, lo que se restringe es el válido ejercicio del derecho de asociación. Ciertamente, si se cumplen los requisitos, y se superan los controles administrativos, así, "válidamente constituidas", tienen personalidad jurídica *ipso iure* en aplicación del art. 35.1º del Código civil. De este modo, sólo y todas las asociaciones válidamente constituidas gozan de personalidad jurídica. Las demás, ni se consideran válidamente constituidas, ni son consideradas por el poder público como existentes.

El sistema de libertad instaurado tras la Constitución de 1978 impone la ausencia de trabas y controles administrativos injustificados en la formación y vida de la asociación. En la actualidad es claro que la unión de personas ha de ser voluntaria y libre[11]. Esto es, ha de provenir de un pacto asociativo realizado en el ejercicio del derecho fundamental de asociación reconocido por el art. 22 CE, sin perjuicio de que la asociación, al igual que los ciudadanos y los poderes públicos esté sujeta al Ordenamiento jurídico (art. 9 CE).

Esta afirmación es compatible, según los autores que mantienen la tesis constitutiva en lo referente a la adquisición de la

[11] Es el aspecto de la libertad positiva de asociación. Es clásico referirse a la libertad positiva y negativa de asociación, que puede sintetizarse en las siguientes facetas: la *libertad positiva* se manifiesta en el derecho a constituir asociaciones (libertad individual, pero que forzosamente ha de ser ejercitada en modo colectivo), derecho a ingresar y participar en asociaciones ya constituidas (libertad individual), derecho de los socios a autoorganizarse y desarrollar la actividad asociativa (libertad que necesariamente ha de ejercitarse en grupo; sobre esta dimensión de la libertad de autotoorganización plasmada en los Estatutos, cfr. capítulo 5); la *libertad negativa* se manifiesta en el derecho a no asociarse y a abandonar la asociación. El TC desde su inicial sentencia de 13-2-1981, declaró que el "derecho de asociación reconocido por nuestra Constitución en el art. 22.1 comprende no sólo en su forma positiva sino también en su faceta negativa del derecho a no asociarse" (FJ 19º). Desde entonces son numerosas las sentencias que han diferenciado estos aspectos; pueden verse las recogidas y comentadas por FERNANDEZ FARRERES, en *Asociaciones y Constitución*, *cit*., págs. 43 y ss, y más recientemente LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit*., pág. 150 y ss. Junto al triple contenido citado, la STC 56/1995 alude a una cuarta dimensión, *inter privatos*, que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen, o en su caso, a los particulares respecto a las asociaciones a las que pretenden incorporarse.

En varias ocasiones el TC ha afirmado que la asociación del art. 22 CE, supone una agrupación libre para la obtención de fines también determinados libremente por sus miembros: SSTC 20/1988 de 18 de febrero; 89/1989 de 11 de mayo; 132/1989 de 18 de julio, 139/1989 de 20 de julio y 244/1991 de 16 de diciembre.

personalidad jurídica[12], con la intervención de la Administración a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Ordenamiento para acceder a la personalidad jurídica.

I. EL ELEMENTO DE VOLUNTARIEDAD COMO FACTOR DIFERENCIADOR DE LAS ASOCIACIONES RESPECTO DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO

Como ya adelanté en el capítulo 1 al hablar de la terminología, el origen voluntario de esta figura es la nota esencial que marca la diferencia de la asociación de la Corporación pública prevista en el art. 35. 1º: la creación de las Corporaciones se realiza directamente por Ley, caso por caso, o por resolución administrativa que opera en el cuadro de una Ley reguladora de géneros corporativos concretos, siendo ésta la diferencia fundamental. Sus fines, estructura y organización vienen prefiguradas en la Ley de creación[13]. Los fines de las Corporaciones -mejor dicho, las actividades que realizan- no son autónomamente elegidos o libremente determinados, ya que el objeto de estas agrupaciones vendría definido por los intereses públicos para cuya defensa fueron creadas, y son también fijados por el poder público. En este sentido, el propio Código civil dice que *"la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido"* (art. 37). La ausencia de pacto asociativo en el surgimiento y constitución del ente, que a su vez determina todo el desenvolvimiento posterior de mismo, es la nota decisiva a la hora de deslindar estas figuras de las asociaciones. La adscripción a las mismas es frecuentemente obligatoria para los individuos que deseen desarrollar las actividades que constituyen su objeto propio[14]. Su personificación es también, frecuentemente, jurídico-pública[15].

[12] Cfr. capítulo 6.

[13] GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, págs. 382.

[14] Sobre las Corporaciones ha habido una abundante Jurisprudencia que ha incidido especialmente en el punto de la constitucionalidad de la adscripción obligatoria y su compatibilidad con la libertad negativa de asociación, la naturaleza jurídica de los mismas, etc.

Con la expresión "Administración Corporativa" (también se habla de "Corporaciones no territoriales", "Entes públicos asociativos", "Corporaciones sectoriales de base privada"[16]), se comprende un elenco de figuras: Colegios Profesionales (art. 36 CE)[17]; *"Organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los*

La reciente Jurisprudencia arranca de la ya citada STC 67/1985, seguida de las SSTC 89, 132, y 139/1989 y 113, 179, 223, 224, 225 y 226/1994, 152/1995 y 107/1996.

[15] GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ explican el sentido de esta expresión: "Que el fin de una Corporación lo constituya la atención de los intereses de sus miembros es precisamente lo propio de este tipo de personas jurídicas..., sin perjuicio de que con frecuencia incidan sobre regulaciones públicas (las regulaciones de las profesiones -*en el caso de los Colegios Profesionales de los que se está ocupando*-). ... Sobre esta base privada se produce con frecuencia un fenómeno adicional:... la atribución a los mismos por el ordenamiento, o por delegaciones expresas de la Administración, de funciones que normalmente son propias de ésta. ...no obstante, ...esta atribución de facultades públicas a las Corporaciones sectoriales de base privada constituye un fenómeno adicional porque la existencia de tales Corporaciones no postula tal atribución; ...el hecho de que sean de "Derecho Público" alude a otro tema, el de su origen y configuración"; *vid.* GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, pág. 384. El TC sigue esta orientación en diversas sentencias: STC 76/1983, de 5 de agosto; 23/1984, de 20 de febrero; 20/1988, de 18 de febrero. En la STC 123/1987, de 15 de julio referida a los Colegios Profesionales dice "Puede considerarse, como algún relevante sector doctrinal dice que son corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que, en gran parte, es privada, aunque tengan atribuida por la Ley o delegadas algunas funciones públicas". En la STC 107/1996, de 12 de junio, aclara el TC que aunque las Corporaciones defienden intereses privados de sus miembros, no lo hacen en el sentido de "intereses individuales de cada uno de ellos, sino como intereses objetivos del conjunto del colectivo o profesión que todos ellos forman, en cuya representación frente al Estado hay también una no despreciable cuota de interés público".

Un análisis interesante y clarificador de la situación jurídica actual en el Derecho Español de las Corporaciones de Derecho Público, y en especial, de la evolución de las Cámaras Agrarias y de las de la Propiedad Urbana, puede encontrarse en COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las Corporaciones de Derecho Público en el Derecho español", en el vol. col. *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid, 1994, págs. 349 a 361.

[16] Véase el sentido de esta expresión en la nota precedente.

[17] Son las diversas leyes de creación de cada Colegio Profesional las que atribuyen este carácter: v.gr. Ley 5/1997, de 3 de julio de creación del Colegio Profesional de Fisioterapeutas de Aragón, cuyo art. 1º les dota expresamente de tal carácter de Corporación de Derecho público. La Ley 7/1997, de 14 de abril de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, sujeta el ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de la libre competencia, al tiempo que establece que la colegiación obligatoria deberá realizarse únicamente en el Colegio territorial correspondiente al domicilio del profesional. Pero de forma sorprendente, según BAENA DEL ALCAZAR, no por ello se trata de que "dejen de ser entes públicos ni de ejercer potestades públicas, sino de que se evite que el carácter de poder público y el ejercicio de potestades públicas tengan una incidencia en los mercados y los precios"; *vid.* un estudio del significado de esta nueva regulación en BAENA DEL ALCAZAR, "La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia", *RDPC*, nº 11, 1997, pág. 19.

intereses económicos que les sean propios" (art. 52 CE)[18]: Cámaras Agrarias, Cámaras de Industria, Comercio y Navegación[19], Cofradías de pescadores, las "extinguidas" Cámaras de la propiedad urbana[20] y otras figuras previstas en la legislación ordinaria: las Juntas de Compensación de la Legislación Urbanística[21], Comunidades de usuarios de aguas[22], etc.

Visto desde el prisma constitucional, efectivamente, estas agrupaciones, aun siendo entes de base asociativa, -en el sentido de que sus integrantes no están sometidos a un régimen estatutario ni integrados en relaciones de jerarquía y subordinación, sino en posición de paridad-, sin embargo, no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones del art. 22 CE, porque falta el elemento de voluntariedad en su creación.

Así ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia constitucional; partiendo de que la intervención de los poderes públicos para el cumplimiento de fines que se consideren de interés público, ha tenido históricamente lugar a través de diversas figuras asociativas o agrupaciones, reguladas con mayor o menor intensidad, el TC, en la sentencia 179/1994, de 16 de junio, (FJ 7º),

[18] El TC ha sostenido, sin embargo, que en el art. 52, no hay dato alguno (STC 179/1994, FJ 5º) que reconduzca necesariamente estas organizaciones profesionales a configuraciones incardinables en la Administración Corporativa. "Ciertamente el legislador puede dotarles del carácter de "Corporaciones de Derecho Público" ... puede asignarles algunas funciones jurídico-publicas más o menos relevantes, pero siguen siendo formaciones o agrupaciones humanas. Igualmente, el legislador puede determinar la adscripción forzosa, directa o indirectamente, si tiene la justificación suficiente".

[19] El art.1º de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (LCCIN), es el que les atribuye carácter de Corporación de Derecho público.

[20] Suprimidas por Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto.

[21] Las llamadas *Juntas de Compensación* son según Tomás Ramón FERNANDEZ RODRIGUEZ, una "figura típica de autoadministración, es decir de gestión autónoma por los propios interesados de funciones inicialmente administrativas", en *Manual de Derecho Urbanístico*, Abella, Madrid, 1997, pág. 181. En la línea anteriormente expuesta de GARCIA DE ENTERRIA, Tomás Ramón FERNANDEZ, distingue los casos en que verdaderamente actúan como agente descentralizado de la Administración, ejercitando funciones públicas en lugar de aquella, y el resto de sus actuaciones, en las que la Junta actúa como entidad privada que se limita a gestionar los intereses privados de sus miembros; *vid. Manual de Derecho Urbanístico, cit.*, pág. 182. Sobre estas figuras, *vid*. lo dicho en el capítulo 3.

[22] El art. 74 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que atribuye carácter de Corporación de Derecho Público a las Comunidades de Usuarios.

recordando lo que decían SSTC anteriores como la 67/1985, 132 y 139/1989. sostiene que

> "En tales casos (los de las Corporaciones) nos hallamos ante entidades que no han sido fruto de la libre decisión y opción de los afectados, para la obtención de fines autónomamente elegidos, sino fundamentalmente (y sin excluir forzosamente este último aspecto), una decisión de los poderes públicos, sin que exista, por tanto un libre *pactum associationis* original, que se ve sustituido por un acto de creación estatal. La consecuencia de todo ello es que estas agrupaciones de tipo corporativo y de creación legal no pueden incardinarse (pese a contar con una "base asociativa" en el sentido señalado) sin profundas modulaciones en el ámbito del art. 22 CE"

Pero algunas de las citadas notas características de la Corporación -adscripción obligatoria, personificación jurídico-pública- no son determinantes de la distinción; de hecho, como vamos a ver ahora, las diferencias entre Corporación y asociación se han hecho menos nítidas en los últimos años. Ni siquiera está tan claro que esta nota de voluntariedad sea siempre y en todo caso el criterio de distinción entre aquéllas.

I.A. Matizaciones respecto a la voluntariedad o "privacidad" de la creación de las asociaciones sin ánimo de lucro como nota diferenciadora de las Corporaciones

Las matizaciones van en la línea de que ni obligatoriedad en la constitución equivale siempre y en todo caso a corporación, y a la inversa: en la creación de las Corporaciones, de algún modo interviene la libre voluntad de los interesados, aunque sea por cauces indirectos.

En efecto, es posible encontrar entes asociativos de constitución obligatoria que no por ello son necesariamente Corporaciones Públicas, *v.gr.,* las Ligas deportivas profesionales, de las que se ocupa el art. 41.1 de la Ley del Deporte de 1990

> *"En las Federaciones deportivas españolas donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal se constituirán Ligas, integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los Clubes que participen en dicha competición.*

El Decreto 1835/1991 en su preámbulo dice que son *"figuras institucionalizadas de naturaleza privada"*[23].

En sentido inverso, en la creación de algunas Corporaciones, como v.gr. las Comunidades de usuarios que prevé la Ley de Aguas, se requiere una iniciativa de sus miembros, aunque ésta, como aclara GARCIA DE ENTERRIA no es propiamente un pacto asociativo privado, puesto que no alcanza a configurar el fin específico y las funciones a desarrollar por la Corporación. A lo que se suma que en algunos casos -art. 73.4 Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985- su creación puede ser impuesta *"cuando el interés general lo exija"*[24].

Además, la práctica ha determinado que la aparición de nuevos Colegios Profesionales, venga precedida de la formación por parte de los particulares de una asociación profesional, que son quienes demandan la creación del Colegio. Precisamente la Ley de Colegios

---

[23] BASSOLS COMA explica como con la constitución obligatoria, el Legislador pretende alcanzar algún objetivo de interés público que excede del ámbito de la autonomía de la voluntad: "...es perfectamente admisible en el marco del Derecho Público actual que un ente asociativo mantenga su estructura privada, pese a desarrollar -junto a sus funciones privadas determinadas convencionalmente- funciones o contenidos heterónomos o de interés público, predeterminados por normas legales o reglamentarias para cuyo cumplimiento o satisfacción se impone o se juzga necesario imponer la estructura asociativa obligatoria. ...conservan su naturaleza de entes privados, si bien respecto al régimen jurídico de sus actos habrá que distinguir entre los sometidos al Derecho privado y los regidos por el Derecho administrativo. ...La traducción jurídica de este modelo no es fácil, especialmente cuando debe deslizarse por los intrincados caminos de las zonas comunes del Derecho Publico y el Derecho privado"; *vid.* BASSOLS COMA, "Las ligas deportivas profesionales. Sus relaciones jurídicas con los clubes y Federaciones Deportivas", en la obra colectiva *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid, 1994, págs. 292 y 298. Y efectivamente, la obligatoriedad de su formación, así como el ejercicio de funciones públicas que realiza, le podría hacer acreedora de la calificación de "Corporación sectorial de base privada".

En un plano distinto, y consciente de que se trata de una figura que no es exactamente una asociación sin ánimo de lucro, me parece indicativo señalar que, en algunos casos la afiliación a las mutualidades de previsión social puede ser de carácter obligatorio, cuando así lo imponga alguna disposición legal: RDGRN 30-1-1996 (BOE 1-3-1996).

[24] GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, págs. 382.

Profesionales recoge un inusual sistema de creación de Corporaciones Públicas mediante Ley "a petición de los interesados"[25] (art. 4º.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre). En el Registro de Asociaciones pueden encontrarse asociaciones de profesionales sujetas a la Ley de Asociaciones de 1964, que posteriormente ha sido objeto de atención por parte del Departamento Ministerial que ha instado la creación del correspondiente Colegio profesional[26].

I. B Matizaciones en cuanto a la adscripción obligatoria como nota que aleja a las Corporaciones respecto a las asociaciones sin ánimo de lucro

En cuanto a la polémica cuestión de la adscripción (en su caso colegiación) obligatoria y su compatibilidad con la vertiente negativa de la libertad de asociación, ha habido variados y decisivos pronunciamientos jurisprudenciales que sintéticamente expongo.

En relación con la colegiación obligatoria, el TC ha señalado que dado que la Constitución ni la prohibe ni la impone, es al Legislador ordinario a quien corresponde definirla, y que

> "...al cumplirse por los Colegios Profesionales otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina, recursos

[25] Uno de los muchos ejemplos recientes, lo encontramos en el ejemplo citado de la Ley 5/1997, de 3 de julio de creación del Colegio Profesional de Fisioterapeutas de Aragón, en cuyo preámbulo, se relatan los precedentes de su creación a instancias de la Asociación Nacional Profesional de Fisioterapeutas.

[26] Sobre las asociaciones profesionales y su diferencia con los Colegios Profesionales, *vid.* FANLO LORAS, *El debate sobre los Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales*, Civitas, Madrid, 1992; GARRIDO GONZALEZ, CARDENAS BRITO y GARCIA JIMENEZ, "Asociaciones profesionales: su languidez actual y su apuesta al futuro", I Congreso estatal de Asociaciones, organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona, celebrado en dicha ciudad, febrero de 1995; DEL SAZ, *Los Colegios profesionales*, Pons, Madrid, 1996.

Cuestión distinta son las diversas formas asociativas que los profesionales pueden adoptar para el ejercicio colectivo de su profesión, que pueden ir desde la sociedad civil o mercantil, a la AIE, pasando por la cooperativa de trabajo asociado. Sobre este punto, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, "Las agrupaciones societarias y no societarias...", *cit.*, págs. 11 a 37; RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, "Formas asociativas de los profesionales", *cit.*, págs. 1471 a 1524; sobre cooperativismo profesional, *vid.* la experiencia narrada por CISCART BEA, "L'associacionisme professional a Catalunya: Les cooperatives de treball social", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993.

> procesales, etc.), ello justifica innegablemente la opción diferida al legislador para regular aquellos colegios y para configurarlos como hace la Ley 2/974...que en nada vulneran el contenido de la norma constitucional (art. 36) habilitante, ni tampoco el art. 22... . Entre aquellas reglas configurativas, ciertamente peculiar, está la de la adscripción forzosa al colegio profesional. La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión no constituye, pues una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva,.... Pudo por tanto, dicho Legislador establecerla lícitamente, en razón de los intereses públicos, vinculados al ejercicio de determinadas profesiones..." (STC 88/1989, de 11 de mayo)[27]

En cuanto a la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, la STC 179/1994 estimó derogado el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, previsto en la Ley de 29 de junio de 1911 y el Decreto-Ley de 1929, por ir en contra -en este caso, sí- de la libertad negativa de asociación.

La adscripción obligatoria, en cuanto

> "...tratamiento excepcional respecto del principio de libertad debe encontrar suficiente justificación, ya sea en las características de los fines de interés público, ...de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo" (FJ 8º)

En el caso concreto del que se ocupa la sentencia,

> "A la vista de sus funciones y del fin para cuyo cumplimiento se les atribuyen, hay que concluir que no resulta que su ejercicio exija la adscripción obligatoria de todos los comerciantes, industriales y nautas a estas Cámaras. Se trata de intereses sectoriales que, en principio no justifican la obligatoriedad a de este tipo de corporaciones. Cualquiera de las funciones enumeradas

[27] Representativa sentencia que es objeto de detallado análisis por parte de FANLO LORAS, *op.cit.*, págs. 10 y ss.

> puede encomendarse a asociaciones de tipo privado o incluso, realizarse directamente por la propia Administración sin necesidad de obligar a los comerciantes, industriales y nautas a pertenecer obligatoriamente a una Corporación de Derecho Público y a sostenerla con sus aportaciones"(FJ 10º)

A esta sentencia, y a sus efectos en el tiempo se remiten otras posteriores, como las SSTC 284/1994, de 24 de octubre, 152/1995, de 24 de octubre, 22/1996, de 12 de febrero, 124 y 125/1996, de 8 de julio.

La LCCIN de 1993 opta sin lugar a dudas por el carácter de Corporación de Derecho Público de las Cámaras y prevé la adscripción forzosa a las mismas, aunque en la debilitada forma que implica la condición de elector. La STC 107/1996, de 12 de junio, resolviendo la cuestión de constitucionalidad elevada contra esta Ley, aplica el mismo criterio que las sentencias anteriores, pero llega, sin embargo, a la conclusión contraria: en este caso, es constitucional la adscripción obligatoria, ya que, además de que la definición de sus funciones se realiza por vía legal y no reglamentaria, dichas funciones, que operan como "servicios mínimos obligatorios", son de interés público, y su consecución no podría llevarse a cabo sin dicha adscripción forzosa. (FJ 6º).

Matizaciones en lo relativo a la personificación jurídico pública de las Corporaciones, en contraste con la personificación jurídico-privada de las asociaciones sin ánimo de lucro

GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ afirman que las Corporaciones sólo son Administraciones Públicas *secundum quid*, es decir, que no lo son por esencia y en su totalidad. Son Administraciones Públicas "en la medida en que son titulares de funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por actos concretos de la Administración, pero ya sabemos que estas funciones no agotan su naturaleza, más bien orientada

sustancialmente hacia la atención de intereses propiamente privados"[28]

Lo que me parece más destacable a los efectos de las notas caracterizadoras de la asociación según la Jurisprudencia Constitucional, es que la adscripción forzosa no es una nota que siempre y en todo caso aparezca en el caso de las Corporaciones de Derecho Público, y que, por contra, puede haber asociaciones -las que el TC llama de "configuración legal"- a las que sí que puede imponerse la adscripción forzosa a la vista de las funciones públicas que desempeñan[29].

I.C Conservación de la importancia de este elemento puesta de manifiesto en la Jurisprudencia relativa a las Asociaciones de propietarios de inmuebles

Con todo, la voluntariedad en la creación de la asociación, sigue siendo un elemento esencial de ésta. De hecho, vimos que un obstáculo que encontraba la utilización del cauce asociativo por las Asociaciones de propietarios, era la posible obligatoriedad de constitución y pertenencia a tales asociaciones por parte de quien sea propietario de un inmueble.

El TS y el TC se han visto obligados a reconocer que tal adscripción obligatoria, aun siendo lógica consecuencia de la finalidad y funciones de la asociación, ha de ceder en favor del derecho a no pertenecer a la misma. Pero esto es compatible con la obligación de todos los propietarios, pertenezcan o no a la asociación, de cumplimiento de las obligaciones contractuales que en su condición de titulares de inmuebles sitos en la urbanización, hayan asumido en beneficio de aquella asociación. En el Auto 1068/1988 el TC afirma que

[28] GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, pág. 385. Cfr. también nota (15) de este capítulo donde se muestra cómo se cohonestan las funciones públicas con la defensa de los intereses privados de los miembros.

[29] Aunque, paradójicamente, el ejemplo clásico de "asociación de configuración legal" -las federaciones deportivas- no impone directamente la adscripción obligatoria, como veremos.

> "si bien es cierto que el derecho de asociación incluye el derecho a no asociarse, ello no significa que quienes hayan optado por no pertenecer a la asociación puedan incumplir las obligaciones derivadas de la relación de comunidad en que están insertos por el hecho de haber adquirido un chalé en la urbanización" (FJ único)

Y con mayor claridad, distingue en la STC 183/1989, sobre una supuesta obligatoriedad de pertenencia a la Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes, que

> "una cosa es darse de alta y permanecer en la asociación y otra muy distinta la de asumir ciertas cargas económicas en favor de la asociación constituida, se pertenezca o no a ella...

En consecuencia, el derecho de los vecinos a no integrarse en la asociación

> ...no les exime del cumplimiento de las obligaciones contractuales...que en su condición de titulares de un inmueble sito en la urbanización, hayan asumido" (FJ 3º)

La afección a personas ajenas a la asociación se deriva no del vínculo asociativo, sino del *vínculo real que produce la comunidad de bienes*, pues en este caso, se trata justamente una asociación ligada a una comunidad de bienes: la asociación asume la función de canalización de los ingresos comunes para hacer frente a los gastos también comunes derivados de los elementos que se tienen en régimen de comunidad, en una urbanización. No obstante, no es la asociación encargada de la prestación de los servicios la que fija unilateralmente las cuotas de participación en los gastos, sino que esta contribución ha de ser fijada en el título constitutivo de la urbanización como obligación *propter rem* a cargo de los futuros propietarios de las distintas fincas sin que pueda obligar a los propietarios no asociados a lo que son cuotas estrictamente asociativas[30].

La STS 7-11-1989 citada, referida a la Asociación de propietarios en urbanización Eurovillas, se trata de una asociación *ab initio* de

[30] En este sentido, SAP Granada, 11-10-1995, *AC* 2004. Sólo cabría esta fijación unilateral, según CARRASCO PERERA *et al.*, *Derecho de la construcción...cit.*, pág. 427, en el supuesto de que en la asociación estuvieran integrados todos y cada uno de los propietarios.

pertenencia voluntaria. Por ello, según el TS reconoce el derecho de la Asociación de privar de los suministros a quienes no ostentan la condición de asociados sin que por ello se incurra en abuso de derecho.

En el mismo sentido, la STS de 5-7-1996 (RJ 1996/5576)[31], que se refiere a la "Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial de Txagorritxu", constituida conforme a la Ley de Asociaciones de 1964, para administrar todo lo referente a los elementos comunes de dicha Unidad Residencial, entre ellos los garajes. A diferencia del caso visto anteriormente (Asociación de propietarios de Eurovillas),

[31] En 1975, catorce cooperativas de viviendas habían otorgado por escritura pública de declaración de obra nueva, constitución en régimen de Propiedad Horizontal y Estatutos de las comunidades de propietarios, en las cuales, si bien se atribuye a cada comunidad su planta de garaje correspondiente, se incluye un apartado final referido a que se hace necesario constituir una "Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial de Txagorritxu", que está en trámite, para administrar todo lo referente a los elementos comunes de dicha Unidad Residencial, entre ellos los garajes, estableciendo que "los titulares de viviendas de las indicadas casas, por el mero hecho de tal titularidad, quedan obligados a pertenecer a la mencionada Asociación", respetar sus Estatutos, contribuir a los gastos y cargas, etc., añadiéndose que «la repetida Asociación, en su patrimonio, podrá integrar bienes de naturaleza inmueble, como son las parcelas en que se ubican la central de calor, la guardería infantil, el centro social y las plantas de garaje». En 1977 el Ministerio del Interior aprueba la "Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial Miguel de Unamuno de Txagorritxu", aprobándose también sus Estatutos y Reglamento, considerándose como elementos privativos para los asociados los aparcamientos.

Por su interés, reproduzco el razonamiento del TS: "Todos los motivos se amparan procesalmente en el núm. 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero entiende atacada la libertad de asociación en todas sus facetas (constitucional, leyes de asociaciones, Declaración de Derechos Humanos) en relación con el suplico de la demanda de que se declarase la obligatoriedad de los demandados de pertenecer a la Asociación, extremo que fue concedido en ambas sentencias de instancia. Ciertamente y sin necesidad de examinar nuevamente la prueba, como indebidamente se hace en el motivo, basta el contenido de la STC 183/1989, de 3 noviembre (RTC 1989/183), para reconocer, con el art. 22 de la Constitución, los aspectos positivos (asociarse) y negativos de tal derecho (no asociarse o darse de baja), según tienen reconocido esta Sala (doctrina legal) y la doctrina científica, pero el recurrente, aunque lo cita, hace caso omiso del párrafo de esa sentencia que establece que una cosa es la obligación contractual de darse de alta y de permanecer en una Asociación, y otra muy distinta la de asumir ciertas cargas económicas en favor de una Asociación constituida, se pertenezca o no a ella. *En consecuencia el derecho de la demandante y su esposo a no pertenecer a la Asociación de Propietarios..., no les exime del cumplimiento de las obligaciones contractuales que en su condición de titulares de inmuebles sitos en la urbanización, hayan asumido en beneficio de aquella Asociación, siempre que tal cumplimiento no implique la pertenencia o integración en la misma como socios*. Es llano pues que los recurrentes pueden darse de baja, y así se reconoce en sus Estatutos y Reglamento, que, en caso contrario, posiblemente no se hubieran aprobado, pero otra cosa es que no cumplan sus obligaciones contraídas y, en consecuencia, han de reintegrar las plazas de garaje, los sótanos, a la Asociación y pagar las cuotas generales, las de uso de las plazas de garaje, las de calefacción y explotación de cuanto constituye el fin de dicha Asociación, lo que implica que, en definitiva, ninguna ventaja van a obtener, pero en ese simple aspecto formal se puede acoger el recurso, es decir, sin que les libere de ninguna obligación de pago, ni que éste se concrete, como se pretende, a la parte correspondiente a la central térmica, pues ello implicaría el incumplimiento de obligaciones contraídas para la obtención de un fin que la Asociación no podría cumplir" (FJ 4º).

en este caso, "los titulares de viviendas de las indicadas casas, por el mero hecho de tal titularidad, quedan obligados a pertenecer a la mencionada Asociación". Esta sentencia, matiza esta obligatoriedad de pertenencia, pues reconoce que

> "es llano pues que los recurrentes pueden darse de baja,...pero otra cosa es que no cumplan sus obligaciones contraídas..., lo que implica que, en definitiva, ninguna ventaja van a obtener" (FJ 4º).

Y es que, en definitiva, en muchas ocasiones la pertenencia es, si no directa, sí indirectamente obligatoria, especialmente en aquellos casos en que la asociación actúa como árbitro y concesionaria de ciertos servicios. Lo cual convierte a la asociación en un cauce improcedente, cuya utilización ya venía siendo criticado por la doctrina, pues

> "puede utilizarse, y de hecho a veces se ha utilizado, como un arma en manos de los fundadores para coaccionar a los demás propietarios, invitándoles a que se asocien y acaten los acuerdos de los órganos de gobierno"[32]

En segundo lugar, el caracter *propter rem* de la condición de socio parece llevar aneja la transmisibilidad de dicha condición junto con la de la finca, lo cual contrasta con la aceptada premisa de que en las asociaciones sin ánimo de lucro, la condición de asociado es, en principio, intransmisible. Creo que merece la pena detenerse sobre este punto.

II.D ***Breve digresión acerca de la cuestión general de la transmisibilidad de la condición de asociado***

Aunque la Ley de Asociaciones de 1964 y la Ley vasca, (al igual que la Ley francesa), nada dicen al respecto, la postura generalmente aceptada es la que entiende que la condición de asociado es intransmisible, aunque los Estatutos pueden autorizar la transmisión[33]. El § 38 del BGB, sí que se pronuncia expresamente y

[32] LOPEZ-NIETO y MALLO, *Las entidades asociativas...cit.*, pág. 77.

[33] *Vid.* por todos, PELLISE PRATS, *op. cit.*, pág. 82 y LLUIS i NAVAS, *op.cit.*, pág. 190.

dispone que la cualidad de miembro no es transmisible ni hereditaria. No obstante, como aclara ENNECERUS, los Estatutos pueden disponer la transmisibilidad[34] .

Más explícito, el art. 24 del *Codice* permite que pueda preverse la transmisión en el acto constitutivo o en los Estatutos[35]. Y en el mismo sentido se pronuncian el art. 91 del Código civil griego de 1946[36], y el Código civil holandés modificado en 1976, en su art. 34.1 del Libro 2, título 1[37].

Recientemente, en nuestro país, la Ley catalana en el art. 22. octavo, mantiene esta misma postura[38], y el ALODA de 1997 dice expresamente en el art. 19 que

> *"Con carácter general la cualidad de asociado es intransmisible, salvo que los Estatutos dispusieren lo contrario"*

Por todo ello, si aplicamos esta solución al Derecho estatal[39], no sería obstáculo esta cuestión de la intransmisibilidad, pues siempre cabría pactar la "transmisibilidad *propter rem"* en los Estatutos de la asociación de propietarios, sin perjuicio de que en todo caso, el nuevo propietario se pudiera dar de baja de la asociación en cualquier momento.

---

[34] ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., pág. 494.

[35] Parte de la doctrina ha negado esta posibilidad en el caso de que sea una asociación en que la adhesión exija la profesión de cierta ideología política o credo religioso, es decir: sea *intuitus personae*. En todo caso, GALGANO piensa que son aplicables las reglas comunes sobre cesión de contratos. En concreto la eficacia de la cesión *intervivos* depende de que se respeten los términos del art. 1406 del *Codice* y está subordinada a la aceptación de la asociación; *vid*. GALGANO, "Delle persone giuridiche", en *Comentario al Codice civile de Scialoja y Branca*, Bolonia, Roma, 1972, pág. 315 y más recientemente, SANTARONI, voz "Associazione", en *Digesto, Discipline Privatistiche*, Sezione Civil I, UTET, 1987, pág. 495.

La transmisión según la Jurisprudencia (Cass. 20-11-91, nº 12426) puede darse por acto *intervivos* a título oneroso. La contraprestación no es en ningún caso, por una posible parte del patrimonio asociativo, sino por las posibles utilidades económicas conectadas a la cualidad transferida.

[36] "*La cualidad de miembro, si los Estatutos no disponen otra cosa, no es susceptible de representación, ni puede ser cedida ni transmitida por vía de sucesión*".

[37] "*La cualidad de miembro es personal, salvo disposición en contra de los Estatutos*".

[38] Este artículo reconoce como derecho mínimo de los asociados "*Transmitir la condición de asociados o asociadas si los Estatutos lo permiten*"

[39] PEREZ GONZALEZ Y ALGUER consideran trasladable al Derecho español, la citada afirmación de ENNECERUS; *vid*. anotaciones a ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., pág. 500.

Una vez vistas las cuestiones que suscita el elemento de voluntariedad como factor diferenciador de la asociación y la Corporación de Derecho público, podemos pasar a ocuparnos de la naturaleza de ese acto voluntario de constitución, y por extensión, al acto de integración de un asociado en la asociación, e intentar sacar consecuencias prácticas.

II. NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURIDICAS CREADORAS E INTEGRANTES DE LA ASOCIACION. EN ESPECIAL, LA POSIBLE APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS

Desde la perspectiva civilística, puede ser interesante analizar la naturaleza jurídica de ese *pactum associationis* creador de la asociación, así como la naturaleza del ingreso de los nuevos asociados en la asociación ya constituida y la relación que con ello se crea. Se trata como se ve, de dos cuestiones diferentes, pues los sujetos que en ellas aparecen son distintos

-en el acto de constitución, son varias personas ajenas, lógicamente, a la asociación, puesto que esta aún no existe

-en el caso de la integración en la asociación, los polos personales son una persona ajena a la asociación y la asociación ya existente

Es decir, aplicando *mutatis mutandis*, la clásica terminología referida al matrimonio, ha de diferenciarse entre la asociación *in fieri* y los vínculos internos que integran la asociación *in facto esse*.

Sin perjuicio de la exposición de las teorías que se han ido formando al respecto (fundamentalmente en lo relativo al acto de constitución), el enfoque de mayor utilidad es, como suele ser frecuente, el de la práctica, es decir el del régimen jurídico aplicable a tales actos. Adelanto ya que la Jurisprudencia no es demasiado abundante y en la mayor parte de los casos, versa sobre la segunda cuestión: la integración (y en su caso la expulsión) en (o de) la asociación ya constituida.

Antes de adentrarnos en el análisis de la naturaleza jurídica de tales actos, conviene hacer referencia al concepto y contenido del acto constitutivo de la asociación, y del acto de ingreso de una persona en la asociación.

II.A. Cuestiones generales: descripción de estas relaciones jurídicas

II.A. 1. Concepto y contenido del acto de constitución de la asociación

El *pactum associationis* o acto de constitución de la asociación es el acto, o más certeramente, el negocio jurídico[40] por el que se crea la base o sustrato de la asociación, la asociación como tal, e intrínsecamente a ella, el vínculo asociativo. Surge la duda acerca de si tal acto supone y conlleva la adquisición de la personalidad jurídica o si necesita además, de la inscripción en el Registro para conseguir tal efecto. Pues bien, en este capítulo intentaré prescindir de esta cuestión -tratada en el capítulo 6- para centrarme en el acto constitutivo considerado en abstracto, con independencia de la necesidad o no de un acto externo para obtener la personalidad jurídica.

De las definiciones aportadas en el capítulo 1, podemos partir de que el sustrato de las asociaciones es una pluralidad de personas coligadas para conseguir la realización de un fin común no lucrativo.

Antes de abordar la naturaleza de este acto quizá sea conveniente detenernos en dos cuestiones:

-el contenido del acto de constitución, o mejor dicho, el contenido del documento formal en que dicho acto se refleja

-la posibilidad de que este acto pueda hacerse en forma simultánea y sucesiva

[40] La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática de Derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica: HUGO, HEISE, THIBAUT y SAVIGNY, todos ellos citados por DE CASTRO y BRAVO en *El negocio jurídico*; *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 20; BETTI cita a su vez a BEKKER, HOELDER, WINDSCHEID, REGELSBERGER, DERNBURG, en *Teoría del negocio jurídico*, trad. de MARTIN PEREZ, Edersa, 1943, pág. 3.

El contenido del *acta* de constitución. Conexión con la redacción y aprobación de los Estatutos

La Ley de Asociaciones de 1964 no alude expresamente a cuál haya de ser el contenido del *acta* de constitución del art. 3º, que es la plasmación formal del *acto* constitutivo.

Las Leyes autonómicas (art. 5º.3 de la Ley vasca y 4º.3 de la Ley catalana) y el art. 5.2 del ALODA de 1997 son más explícitos en este punto, especialmente la Ley catalana, permitiendo expresamente que se trate de un documento público o privado, lo cual era aceptado unánimemente en el ámbito estatal; al no pronunciarse el ALODA al respecto, puede inferirse esto mismo.

De la comparación de los datos exigidos en ambas Leyes autonómicas y lo previsto en la generalidad de los formularios[41], puede hablarse del siguiente contenido, que -para no alejarse demasiado de la realidad- conviene no perder de vista, a la hora de debatir acerca de la naturaleza del *acto*, que se documenta en este *acta*:

1) **Datos** de la reunión (lugar, fecha y hora) e **identificación** de las personas que concurren (nombre y apellidos o denominación -si es persona jurídica-, domicilio, DNI, NIF o documento acreditativo correspondiente, si son personas físicas o jurídicas extranjeras).

2) Los diversos **acuerdos**, que se suelen hacer constar por puntos separados, con reflejo de las deliberaciones y manifestaciones de los asistentes.

2.a) El acuerdo más importante es el de la constitución: la manifestación de voluntad de los socios fundadores de constituir la asociación en la que ha de hacerse referencia, como mínimo a la denominación de la asociación y de los fines que persigue, sin perjuicio de que ambos extremos se detallen en los Estatutos. La denominación es el mínimo elemento identificativo y a los fines

[41] He consultado además de actas de constitución de diversas asociaciones a las que he tenido acceso, los formularios incluidos por LOPEZ-NIETO y MALLO en *La ordenación...cit.*, 1995.

aluden tanto el art. 3º de la Ley estatal, como los arts. 5º.1 de la Ley vasca y 2º.1 de la Ley catalana.

2.b) Suele figurar como un punto más del acta la **aprobación del texto de los Estatutos**[42].

2.c) La Ley catalana prevé incluso que se incluya la designación de los primeros miembros del órgano de gobierno. (art. 4º.3.g), aunque tal extremo se concreta por lo común en la primera reunión, distinta de aquel acto de constitución, que se suele denominar "Asamblea constitutiva"[43].

2.d) Es muy frecuente que uno de los acuerdos consista en facultar a una persona, para que en nombre y representación de los asistentes, realice los trámites precisos para la inscripción en los Registros correspondientes y en general los trámites jurídicos que se consideren convenientes (de tipo fiscal, etc.)

3) Para terminar con el contenido del acta, una vez reflejados los diversos acuerdos, se incluye una **conclusión del acta**, con la declaración formal de que se levanta la sesión, y la hora de terminación y firmas de los socios fundadores que

-si se trata de personas físicas será verificada por ellos mismos o en su caso, por representante

-si son personas jurídicas, exigirá copia del acuerdo válidamente adoptado en el seno de la misma, por el órgano

[42] Este punto requiere una breve reflexión acerca de la unidad formal y material del acto de constitución y de aprobación de los Estatutos, que realizo en el capítulo siguiente al hilo del análisis de estos últimos. La sistemática hubiera permitido insertar esta cuestión también en el capítulo presente. Sin embargo, he preferido incluirla en el capítulo 5, porque así se ilumina la referencia a la naturaleza jurídica de los Estatutos, objeto de aquel capítulo.

[43] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 159, quien considera que es en esta asamblea donde nace realmente la asociación, pues en su opinión el acto de constitución es "un acuerdo de futura creación y la autorización administrativa una condición de creación. Por tanto es la Asamblea constitutiva la que supone el acto de creación en ejecución del preexistente acuerdo de futura creación, debidamente autorizado". Aparte de que actualmente no es necesaria la autorización administrativa para su existencia, esta opinión sólo puede ser suscrita en parte, ya que la separación acto de constitución/asamblea constituyente, es bastante frecuente en la práctica, pero nada impide, que se unifiquen en un sólo acto. Es más: la Ley catalana parece imponer tal unificación en el citado art. 4º.3.g.

CLARET MARTI hablaba de "Junta de Constitución", en la que se procedía a la elección de los cargos de gobierno, y a todos aquellos "acuerdos que crean conducentes a la vida de la entidad"; *vid.* CLARET MARTI, *op. cit.*, pág. 55. Sin embargo, dado que se refiere al sistema del art. 5º de la Ley de Asociaciones de 1887, se trata verdaderamente del mismo acto de constitución.

competente para ello, en el que se manifieste la voluntad de constituir la asociación, así como la designación de la o las personas físicas que por ellos actúen, que serán quienes firmen el acta

Posible formación sucesiva de la asociación

Ante el silencio legal -el art. 3º de la Ley de Asociaciones de 1964 sólo contempla la fundación simultánea- muchos autores admiten esta posibilidad[44]. Con independencia de los tratos o contactos preliminares que suelen preceder a la constitución de toda asociación, en el supuesto de formación sucesiva de la asociación, se pone de manifiesto un peculiar juego de "oferta-aceptación".

En la formación sucesiva existe un proceso de preparación que se inicia con la propuesta de los miembros promotores y se continúa con la sucesiva adhesión de los que serán miembros fundadores, adhesión en la que algunos autores ven posibles contratos preparatorios[45]. Esta "suscripción pública", similar a la de las sociedades anónimas[46], se cierra cuando se ha recogido el número de adhesiones necesario (o simplemente querido) para celebrar la constitución, con lo que se cierra este "periodo de adhesiones

---

[44] PELLISE PRATS, *op. cit.*, pág. 72 y ss.; PUIG PEÑA, *Tratado*...I, *cit*., pág. 250, nota (4); SANCHEZ DE FRUTOS, *op.cit.* y LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 148.

[45] FERRARA, *op. cit.*, pág. 722. En la fase preliminar, según este autor, pueden tener lugar contratos preparatorios entre promotores y adherentes, que tienen por fin la formación de la constitución de la asociación futura, de los que derivan obligaciones y responsabilidad de los promotores frente a los adherentes y frente a la futura asociación, cuando se constituya, ya que actúan como gestores representativos de ésta. Los suscriptores, aceptan frente al promotor ser miembros de la futura asociación y contraer las obligaciones de contribución derivadas de la misma. Posteriormente se han de reunir en asamblea para estipular el acta, con lo cual, para FERRARA la obligación se traduce en asistir a la asamblea constitutiva.

En España, LLUIS i NAVAS, hace una importante matización al distinguir dos supuestos: a) cuando el consentimiento de un fundador, a petición de un promotor, da lugar a un contrato preliminar en que se obliga a participar en el acto constitutivo (y el promotor, a su vez, se obliga a organizar dicho acto); b) cuando se trata de una auténtica fundación sucesiva, consistente un "acuerdo que se va formando progresivamente y por el cual cada adherido quedará ligado asociativamente, no sólo con los que en aquel momento sean miembros, sino también con los futuros participantes en el acto de asociación"; *vid. op. cit.*, pág. 148.

A efectos prácticos, se da el mismo mecanismo. Quizá lo más relevante sea que el consentimiento "anticipado" exime de asistencia a la reunión constitutiva e incluso, exime de la celebración de ésta, considerándose acta constitutiva la que en distintos momentos se ha ido suscribiéndose. Parecen aceptar esta posibilidad, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 291.

[46] Cfr. art. 19 TRLSA.

iniciales", colocándose en el punto inicial en el que se encuentra la constitución simultánea. En el caso de la fundación sucesiva, cuando hay número bastante, se procede ya a la asamblea general constitutiva.

El número mínimo de socios fundadores en nuestro sistema es muy pequeño (cfr. capítulo 2) de modo que en pocas ocasiones será forzoso acudir a esta vía para recabar las adhesiones necesarias. Las más de las veces se recurrirá a ella por el deseo de que el inicio de la andadura de la asociación vaya apoyado por un grupo representativo de personas. La fundación sucesiva, huelga decirlo, se diferencia netamente de las nuevas adhesiones a la sociedad formada, las cuales suponen un fenómeno normal de integración, pero no de constitución.

Descrito el acto de constitución, conviene centrarnos en la relación asociado-asociación. Esta relación puede tener como génesis la misma participación en el acto constitutivo o el posterior ingreso en la asociación. Ha diferenciarse, pues, el acto de ingreso en la asociación, que supone un negocio jurídico entre la asociación ya creada y un sujeto ajeno a ella, y la relación jurídica que entre ambos se crea a consecuencia del mismo.

Antes de describir esta última, es bueno advertir que la peculiar característica del vínculo creado por el acto constitutivo, sea cual fuere su naturaleza, agota su virtualidad una vez cumplida su misión: una vez se ha constituido la asociación[47]; es decir, a partir de ese momento, con independencia de que los socios "fundadores" puedan tener un *status* especial a determinados efectos, es irrelevante el vínculo que entre ellos pudiera haber. Vínculo que pasa a ser algo pretérito: un detonante que puso en marcha una nueva relación jurídica de características sustancialmente diversas. Como su propio nombre indica se trata de un *acto constitutivo*, de un *acto fundacional*, cuya vida se limita a ese momento.

Una vez constituida se habla de la asociación en sí, y de la relación asociación-socio, que está imbuida de otras características peculiares, que pasamos a ver.

[47] Especialmente, -si se adopta la tesis constitutiva- en el caso que se desee tener personalidad jurídica, una vez se han concluído los trámites de inscripción.

I.A.2. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ACTO DE INGRESO EN LA ASOCIACIÓN. PECULIARIDAD DE LA RELACIÓN ASOCIACIÓN-SOCIO

Acto de ingreso en la asociación

El acto de ingreso en la asociación es un negocio jurídico en el cual concurren los consentimientos de una persona que solicita integrarse la asociación, previo conocimiento y aceptación de sus Estatutos y la asociación que le concede dicho ingreso e integración.

El contenido de las obligaciones que se asumen con el acto de ingreso, puede ser variado. Como en repetidas ocasiones se ha dicho, lo normal será que haya obligaciones de tipo no patrimonial (obligaciones de hacer) y de tipo patrimonial (pago de cuota)[48]. Del mismo modo que a consecuencia del acto de constitución se crea toda una estructura susceptible de ser sujeto de derechos[49], a consecuencia de ese acto de ingreso, el socio adquiere una posición jurídica compleja: el *status* de socio.

No existen en la Ley de Asociaciones reglas que se ocupen con detalle del procedimiento de ingreso de los asociados. Lo que sí figura en todas ellas es la necesidad de que se halle previsto un procedimiento[50]. Con independencia de las formalidades que deban cumplirse, lo más destacable es que el socio debe cumplir los requisitos materiales fijados en los Estatutos para adquirir la condición de socio. Aun cumpliéndolos, puede estar la admisión condicionada al acuerdo del órgano de gobierno de la asociación (lo cual, en definitiva, sería otro requisito), lo cual configuraría un tipo de asociación "cerrada". Ello no atenta en principio, contra la

[48] E incluso como ya se ha dicho, hay quien acepta una posición de socio puramente pasivo. Lo normal, no obstante, será la exigencia de una actitud activa.

[49] Como siempre, planea la duda sobre el momento y el modo en que se adquiere la personalidad jurídica.

[50] LOPEZ-NIETO y MALLO aporta una detallada descripción del contenido que generalmente se encuentra en los expedientes de ingreso; *vid.* LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, págs. 465 a 468.

libertad positiva de asociación, porque siempre resta al interesado la posibilidad de constituir una asociación con idénticos fines[51].

Relación asociado-asociación

La red de relaciones que se crea una vez constituida la asociación, no es tanto asociado-asociado, sino más bien asociado-asociación. Por encima de los componentes de ese grupo se alza una entidad diferente, respecto a la cual están unidos los asociados con relaciones recíprocas. La posible relación jurídico-personal que entre los socios fundadores hubiese podido haber, queda diluída desde el momento de la constitución de la asociación, en el que se erige una estructura unitaria, en la que quedan integrados los asociados. Si los asociados tienen vínculos entre ellos -que efectivamente pueden tenerlos- han de concretarse a través de la entidad que los comprende y une orgánicamente a todos. Pero los socios no están ligados entre sí directa y recíprocamente, sino que lo están a través de la asociación.

De algún modo esto también pasa en la sociedad civil[52] -figura a la que constantemente estoy haciendo referencia por su relativa afinidad con la asociación-, pero en el caso de la asociación, la idea cobra más fuerza que en la sociedad. En la asociación, por su estructura corporativa, prevalece y destaca la entidad creada, que se desgaja de los sujetos concretos que la crearon, y de algún modo de los mismos sujetos que la componen[53].

Esto se manifiesta especialmente, en la admisión o no de la *actio pro socio*. En efecto, en la sociedad contractual se entiende que los socios pueden reclamar directamente de sus consocios el

[51] Sobre este aspecto de la libertad positiva de asociación y las matizaciones que han de hacerse cuando se trata del ingreso en "asociaciones de relevancia institucional" y de aquellas asociaciones que, en terminología de la STC 218/1988, "ostentan una posición dominante en el campo económico, social, etc."; *vid.* LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, págs. 225 y 226 y bibliografía italiana allí citada.

[52] "Lo que cada socio obtiene para sí, lo recibe directamente de los rendimientos de la actuación y patrimonio comunes, no de cada uno de los consocios", dicen DIEZ-PICAZO y GULLON, en *Sistema* ...vol.II, *cit.*, pág. 515.

[53] Es la idea de despersonalización de la que habla PAZ-ARES, que, recordemos, entiende la asociación como "tipo corporativo que se construye en función de la institucionalización y despersonalización del fin y, consiguientemente, se estructura como persona jurídica plena, independiente de las vicisitudes personales de los socios..."; *vid.* PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit.*, págs. 1307 a 1313.

cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad, si bien con una función subsidiaria[54], que se justifica en que aunque

> "normalmente no existen relaciones directas entre los socios, entre ellos se mantiene permanentemente el vínculo obligatorio derivado del contrato social. El deber de diligencia de los administradores, por ejemplo, no se dirige sólo frente a la sociedad, sino también frente a los socios. Lo mismo cabe decir de otros deberes de los socios y específicamente, de los deberes de lealtad. La infracción de tales deberes determina la obligación de indemnizar a la sociedad (acción social). Pero asimismo genera la obligación de indemnizar los daños ocasionados a los socios en su esfera personal. La acción individual no es pues una acción extracontractual sino exquisitamente contractual, derivada del contrato de sociedad"[55]

No se da la *actio pro socio* entre los asociados entre los miembros de la asociación, sino que todas las reclamaciones se sustancian a través del órgano de administración. Esto puede afirmarse con base en la constatación del funcionamiento de las asociaciones y en la imposibilidad de fundamentarlo en la razón citada para la sociedad, pues en la asociación pueden estar integrados asociados que no concurrieron en el contrato originario, sino que ingresaron en ella con posterioridad: lo que destaca es la estructura corporativa creada.

Esta relación asociación-asociado, cesa en caso de baja voluntaria del asociado, de expulsión y con mayor motivo, en caso de disolución de la asociación.

Vistas estas cuestiones generales, pasemos al estudio de la naturaleza de estas relaciones jurídicas.

En primer lugar, voy a ocuparme del acto constitutivo y mostrar las diferentes posturas de la doctrina sobre su naturaleza. Las claves de la argumentación giran en torno a la presencia en este

[54] Se admite, según explica PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit.*, págs. 1.328 y 1.329, para los supuestos de administración mancomunada (que virtualmente equivale a una falta de organización) o para los supuestos de paralización funcional por conflictos, poderes de la mayoría, etc.

[55] PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit.*, pág. 1.329.

acto de las categorías conceptuales propias del contrato, especialmente la patrimonialidad, y la discutida oposición de intereses. Seguidamente, expondré la postura de la Jurisprudencia al respecto y en concreto, las (escasas) ocasiones en que se ha planteado la aplicación a este acto, de las normas generales sobre los contratos.

En segundo lugar, seguiré este esquema para lo relativo a las relaciones asociado-asociación.

He de advertir ahora que la doctrina apenas se ha ocupado de la naturaleza de este segundo acto y sin embargo, la Jurisprudencia es mucho más abundante que en el caso del acto constitutivo. Quede así, pues, justificada la desproporción del tratamiento que voy a dar a una y otra cuestión.

I.B. NATURALEZA DEL ACTO CONSTITUTIVO

I.B.1. POSICION DE LA DOCTRINA

I.B.1.a. PARTIDARIOS DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE ESTAS RELACIONES

La doctrina, tanto la española como la de los países de nuestro entorno jurídico, se halla dividida respecto a la calificación jurídica del acto de constitución aunque la naturaleza contractual del mismo tiene valiosos defensores.

En Francia es la misma Ley reguladora de las asociaciones la que se pronuncia sobre la naturaleza del acto constitutivo, no sólo en el título de la Ley (*Loi relative au contrat d'association, 1er julliet 1901*[56]), sino también al decir:

> "*Elle est régie quant à sa validité par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations*" (art. 1º)[57]

[56] Sobre la naturaleza contractual insiste en la exposición de la ley, su autor, WALDECK-ROUSSEAU, en su *Discours à la Chambre des députés, 31 janvier 1901*; cit. por BARDOUT, *op.cit.*, pág. 216.

[57] Tales reglas se encuentran principalmente en el Título III del *Code* titulado, "*Des contrats ou des obligations conventionelles en général*".

Al respecto, GARRIGOU-LAGRANGE, no niega la inadecuación del carácter contractual para expresar la realidad del funcionamiento de la asociación, pero "la referencia explícita que hace a él legislador de 1901 es reveladora del liberalismo con que desea tratar el derecho de asociación"[58]. Jean RIVERO añade que "es un error jurídico, ciertamente, pero afortunado error, ya que ha suministrado apoyo a la libertad..."[59]. La opinión dominante desde la promulgación de la Ley de 1901[60] hasta la actualidad[61], considera que el acto de constitución de la asociación y las relaciones por el creadas son de naturaleza contractual. Incluso, la reciente Jurisprudencia ha admitido la aplicación eventual a las asociaciones del Derecho de sociedades, afirmando que el mismo puede servir de Derecho común en materia asociativa, con una doble condición: que los Estatutos sean insuficientes para resolver la dificultad, y que las disposiciones importadas del Derecho de sociedades sean compatibles con la estructura y el objeto desinteresado de las asociaciones[62].

En Bélgica, aunque la Ley de 27-6-1921 no emplee tal expresión, la doctrina, sí que habla de contrato de asociación, exigiendo los requisitos que los artículos 1108 y ss. del Código civil belga, prevén para los contratos (capacidad, consentimiento, objeto y causa válidos)[63].

---

[58] GARRIGOU-LAGRANGE, *Asociaciones y poderes públicos*, trad. esp., Madrid, I.E.P. 1974, pág. 40.

[59] RIVERO, "Plaidoyer pour un octogenaire", *AJDA*, nº3, 1980, pág. 122.

[60] TROUILLOT et CHAPSAL, *Du contrat d'association*, 1902; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. XI, nº 1073, Ed. LGDJ, Paris, 1954. Llama poderosamente la atención que es, precisamente, el tomo dedicado a contratos.

[61] SOUSI, *Les associations*, *cit.*, nº 46 y ss., pág. 16; BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, nº 1 y ss, pág. 4.

[62] *Cass. civ. I, 29 novembre 1994*, nº 92-18.018; *Dr. soc.*, marzo 1995, nº 48. Es la primera sentencia en este sentido. Su *ratio iuris* ya imperaba en el entorno jurídico desde hace unos años; no en vano la PREAE, está inspirada en muchos de sus preceptos, en las normas propias del Derecho de Sociedades. Obsérvese que se trata de una aplicación genérica de tales principios con independencia de la posibilidad desde hace tiempo admitida en Derecho Francés, de que las asociaciones ejerzan de modo habitual actos de comercio. Cfr. capítulo 3.

[63] *Vid.* por todos DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, *Les personnes*, Vol. 1º, 1990, nº 418, pág. 440.

Un importante sector doctrinal de la doctrina italiana que cuenta con el apoyo de la Jurisprudencia, califica abiertamente de contrato la asociación reconocida[64], y para ello no es óbice, según GALGANO, que el fin que se proponen las partes sea ideal o de naturaleza no económica[65]. Además de la disciplina propia para las asociaciones que se encuentra en el *Codice*, es claramente aplicable, según GALGANO, el art. 1.323, que impone a su vez, la aplicación de las normas reguladoras de los contratos (1.325 y ss.), aun habiendo una regulación particular para un tipo de contrato específico.

La Jurisprudencia italiana se ha pronunciado en favor de la naturaleza contractual del acto de constitución y la aplicabilidad de las normas generales sobre contrato[66].

ENNECERUS-NIPPERDEY, en Alemania, afirman que este acto es un contrato o unión contractual, de varias personas dirigido a conseguir un fin determinado, mediante una organización independiente del cambio de los miembros y con patrimonio

[64] *Vid.* especialmente, GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* vol. I, *cit.*, págs. 198 y 199. También FERRO-LUZZI, *I contratti asociativi*, rist., Milano, 1952, págs. 182 y ss. y 242 y ss.; AURICCHIO, voz "*associazione riconosciute*", E*nciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 898, donde defiende, incluso, que se trata de un contrato oneroso con prestaciones correspectivas. Más recientemente, partidarios de la naturaleza contractual son DE GIORGI, voz "*associazione riconosciute*", *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, apart. 3.1), pág. 3; EROLI, *Le associazioni non reconosciute*, *cit.*, pág. 117 y DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina, attivitá,* Pubblicazioni del Centro interdipartimentale per gli studi aziendali eonomici e sociali, Napoli, 1996, pág. 120 y bibliografía allí citada en nota (222).

[65] "Si es cierto, en verdad, que el contrato es el acuerdo dirigido a constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial (art. 1.321), es cierto también que la patrimonialidad de la relación no depende, según el criterio deducible del art. 1.174, de la naturaleza el interés perseguido por las partes, que puede ser incluso no patrimonial, sino que se determina por el hecho de que las prestaciones a las que las partes están obligadas, son susceptibles de valoración económica. El acto constitutivo de la asociación es un contrato -fuente de situaciones jurídicas que habrán de ser reguladas por el libro cuarto del Código civil- porque las partes se obligan a hacer aportaciones económicamente evaluables: la naturaleza no económica del interés, que tales aportaciones tienden a satisfacer, no inluye sobre la naturaleza contractual del vínculo"; GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* vol. I, *cit.*, pág. 226. En este sentido, cita la sentencia del *Trib. Savona, 18 -1-1982,* en *Foro it.*, 1982, I, c. 832.

[66] *Cass.* 13-1-1976, nº 89, en *Mass. Foro it.*, 1976, refiriéndose a una asociación reconocida, dice que "el acto constitutivo y los Estatutos de una persona jurídica tienen naturaleza contractual y están sometidos a las normas generales sobre los contratos, salvo lo que se derive de las peculiares características del contrato de asociación"; en el mismo sentido, *Cass,* 7-12-1982, nº 6683, en *Mass. Foro it.*, 1982.

autónomo. Contrato de constitución en el cual cada uno declara a los demás unirse con ellos en una asociación, exactamente igual que en un contrato de sociedad[67]. También LEHMANN lo considera contrato[68].

En España son varios los autores que explican el acto de constitución en clave contractualista, si bien introducen matizaciones.

Bajo la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887[69], la doctrina se pronunció en favor de la naturaleza contractual de este acto de constitución. Así, BENITO y ENDARA en una de las primeras monografías sobre el derecho de asociación (fechada en 1903), considera que el acto de constitución es un contrato a los efectos de exigir la capacidad general para contratar y obligarse[70].

Más desarrollada aparece la idea en los escritos de COVIAN JUNCO, quien, en 1910, y muy influido por la recién publicada entonces, Ley francesa de 1901, trata del tema en un epígrafe titulado precisamente, "contrato de asociación" que define como "una convención por la cual dos o mas personas ponen en común, con cierto carácter de permanencia, sus conocimientos y su actividad con cualquier objeto que no sea el de obtener ventajas pecuniarias". Tras observar que el Legislador "no se ha atrevido a incluirle (*sic*) en los Códigos civiles" reconoce que se trata de una institución *sui generis* con variadísimos fines é (*sic*) imposibles de encerrar dentro de los estrechos límites de un contrato cualquiera"[71]. Pero de hecho,

[67] ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, *Parte General*, vol. I, *cit.*, § 99,I, pág. 457.

[68] LEHMANN, *op.cit.*, pág. 646.

[69] No es un argumento para este punto, pero no deja de ser indicativo, que el art. 4º de la Ley de Asociaciones de 1887 hablara de *"los Estatutos, reglamentos, contratos o acuerdos por los cuales haya de regirse"*(art. 4º), que habían de presentarse a la autoridad competente por el procedimiento indicado al inicio del capítulo. Llama la atención la utilización del término *"contratos"*, como sinónimo de norma reguladora interna. No parece caber duda que se trata de un uso del término en sentido lato. En el Proyecto de Ley de Asociaciones de 1945 -Boletín Oficial de las Cortes Españolas, nº 121, de 24 de noviembre de 1945-, cuya misión era refundir y armonizar los preceptos de la Ley de Asociaciones de 1887, se mantendrá esta alusión a *"los Estatutos, reglamentos, contratos o acuerdos por los cuales haya de regirse"* (art. 4º), mención que no se conservará en la Ley de Asociaciones de 1964.

[70] BENITO y ENDARA, *op.cit.*, pág. 5

[71] COVIAN JUNCO, *op. cit.*, págs. 685 y 690

la definición que da es una traducción de la Ley francesa, que no sólo califica de contrato el acto de constitución, sino que la formula de modo totalmente paralelo a la definición del contrato de sociedad. Más adelante afirma que es una convención, e incluso un *contrato sinalagmático*, no a título oneroso, porque el interés no es material. Contrato en el que las personas aportan su inteligencia y su actividad, aunque no sus bienes; si bien no se desnaturaliza porque aporten las cuotas o los bienes "necesarios para el funcionamiento"[72].

CLARET MARTI, lo considera un contrato al que son de aplicación las reglas de los artículos 1.254 a 1.314 del Código civil[73].

La Ley de Asociaciones de 1964, tampoco contiene un pronunciamiento acerca de su naturaleza: simplemente se habla en el art. 3º de *Constitución de Asociaciones* y *acta*. El art. 3º del Proyecto de Ley[74] hablaba de "*Fundación de Asociaciones*" y "*convenio fundacional*"[75], lo cual se conserva hasta el final del *iter* legislativo. Es en el Dictamen de la Comisión (que lleva por fecha el 16-12-1964) donde se sustituye por la rúbrica *Constitución de Asociaciones* y *acta*. Quizá se acogió en parte una enmienda de CABELLO DE ALBA (nº 35[76]) y de CHOZAS (nº 38[77]).

---

[72] Esta limitación es tributaria de la influencia francesa que limitaba la capacidad de las asociaciones, especialmente la patrimonial, y que se manifestó en los proyectos de Ley de Asociaciones de 1906 y 1911.

[73] CLARET MARTI, *op.cit*., pág. 15.

[74] *Boletín Oficial de las Cortes* del 16 de octubre de 1964.

[75] El art. 4º del Proyecto de Ley de Asociaciones de 8 de mayo de 1911 (*Diario de las sesiones de Cortes*, Congreso, apéndice 1 al nº 29, sesión de 8 de mayo de 1911) también utilizaba la expresión "*convenio* de asociación", cuya regulación y efectos remite al Derecho civil, centrándose primordialmente en aspectos políticos.

[76] Proponía cambiar el título del art. 3º "Fundación de las Asociaciones" por "Creación y Reconocimiento de las Asociaciones", para evitar confusiones con la figura de la Fundación y para "resaltar la validez del acuerdo colectivo de voluntades, como esencial a la personalidad asociativa". Acuerdo al que debía sumarse el reconocimiento para obtener personalidad jurídica.

[77] En el mismo sentido que la anterior, aclara que "el mero y estricto acto fundacional...corresponde al momento inicial del proceso constitutivo". No se habla de fundadores sino de iniciadores.

Tras su publicación, y a la vista de su peculiar régimen administrativo de autorización previa, LLUIS i NAVAS distinguía también entre

1.- actos constitutivos privados (entre los fundadores de la asociación):

-acuerdo constitutivo, *que se acerca a la idea de contrato*

-redacción de estatutos, que denomina *acto de normación*

-asamblea constitutiva, el primer *acto de rectoría social*

2.- actos constitutivos de naturaleza administrativa (tramitación del expediente de autorización previa)[78].

El acuerdo sobre constitución es un "contrato de naturaleza civil o si se prefiere negocio jurídico de la subespecie contractual", según este autor, por cuanto *en él se dan todos los requisitos de los contratos*: sujeto, objeto y causa[79]. LOPEZ-NIETO sostiene que "no cabe duda que la Ley vigente da pie para suponer que el acto constitutivo de una asociación es un auténtico contrato"[80].

Entre los civilistas este postura es mantenida por buen número de autores, la mayoría de ellos, a los efectos prácticos de aplicación de la normativa del Código civil. Así, GARCIA AMIGO, habla de "contrato asociativo" y como dicho contrato que es, analiza sus requisitos de sujeto, objeto, causa y forma[81]. GARCIA-VALDECASAS, no ve inconveniente en considerarlo negocio jurídico plurilateral que puede ser calificado de *contrato en sentido amplio*, al que serán aplicables las disposiciones legales sobre

[78] En el sistema de libertad implantado por la Constitución de 1978, la intervención administrativa, se adopte la tesis que se adopte, no es un requisito de autorización constitutiva sino, en todo caso y a lo sumo, un requisito para la obtención de personalidad jurídica.

[79] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 144. Las cursivas son mías. Así, v.gr., LLUIS i NAVAS apoya en el art. 1.255 los límites a la fijación de los fines asociativos: "Ciertamente el Código se refiere a los contratos y no a las personas jurídicas. Pero, amen del principio general implícito en estas reglas, no cabe pasar por alto que al asociación es efecto de un contrato y si su fin no fuere honesto o posible, de rechazo viciaría el propio objeto del contrato de constitución y por tanto, la validez de este"; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit*., pág. 94.

[80] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit*., 1995, págs. 87 y 88. Las aplicaciones que hace de esta rotunda afirmación -v.gr. fundamentación en el contrato del poder disciplinario de la asociación y de la competencia judicial para intervenir en los litigios relativos a la vida interna de la asociación- son discutibles. Sobre estas cuestiones volveré más adelante.

[81] GARCIA AMIGO, *Instituciones*...I, *cit*., págs. 528 y 529.

capacidad de los contratantes y ausencia de vicios en el consentimiento (arts. 1.263 a 1.270 del Código civil)[82].

PUIG i FERRIOL -si bien refiriéndose al *acta fundacional* y no al acto fundacional[83]- dice que es un contrato plurilateral. Esta configuración permite aplicar al negocio fundacional la teoría de los vicios de la voluntad en los contratos[84].

Concurrencia de las notas caracterizadoras del contrato en el acto de constitución

Si nos planteamos la calificación contractual de este acto, puede ser clarificador ver si concurren las notas que caracterizan el concepto generalmente aceptado de contrato.

Según GARCIA CANTERO, puede hablarse en nuestra doctrina más reciente de una convergencia de opiniones en el sentido de considerar el contrato como negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral. Es decir, la mayoría de la doctrina patria coincide en predicar dos notas caracterizadoras de la noción de contrato: la bilateralidad y la patrimonialidad de la relación jurídica objeto del negocio jurídico[85].

Vamos entonces a comprobar la presencia de estas dos notas en el acto constitutivo de la asociación, a los efectos de su calificación como contrato[86].

---

[82] GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil*, *cit*., pág. 265.

[83] Lo cual no afecta al caso, ya que entiendo que el *acta* no es más que el soporte documental, el reflejo formal, del *acto*.

[84] PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit*., pág. 392.

[85] GARCIA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 3, cit. pág. 519. *Vid*. también DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pág. 123; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II-vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 368 y 369; ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, III, Edersa, Madrid, 1983, pág. 359; DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, I, *cit*., pág. 251.

[86] Prescindo del análisis de la composición de intereses contrapuestos como función del contrato, principalmente, porque no es una nota comúnmente aceptada. Por otra parte, con criterio ciertamente discutible, hay quien ve en la asociación una oposición de intereses; así, LLUIS i NAVAS partiendo de que en todo contrato hay una concurrencia de intereses, (la que lleva a concluirlo) aun cuando esta coincidencia sea relativa (cada parte tiene interés en que el acuerdo le resulte lo más favorable posible), admite que las organizaciones asociativas existen por la consideración de un interés convergente, (que lleva a asociarse), pero que "sufren crisis por divergencia de intereses y criterios. Prueba de estas divergencias es la falta de unanimidad

La nota de la bilateralidad del contrato no impide la calificación contractual del acto constitutivo

La nota de bilateralidad genética (que no funcional) del contrato[87], no constituye un obstáculo para la calificación del acto de constitución de la asociación como contrato, pues como explican LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, en España se acepta, aunque no esté regulada expresamente en el Código civil, la categoría -acuñada por la doctrina italiana[88] y recogida en el *Codice*

en su seno, por ejemplo si se trata de votar y en general de imponer criterios"; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 144. Hay que convenir con LLUIS i NAVAS en que estas divergencias se producen. Sin embargo, este autor, en mi opinión, confunde dos planos: el momento de la constitución, y el desarrollo de las actividades de la asociación ya constituida y en marcha, que toma sus decisiones (acuerdos o *Beschlüsse* en terminología alemana, por el principio de la mayoría. Acuerdos, en cuya génesis ha podido haber una oposición de intereses, pero que resultan ser declaraciones de voluntad con contenido unitario decisivo para el conjunto de los integrantes, y que no requieren la declaración de todos los participantes, sino simplemente de la mayoría.

[87] La terminología *unilateral/bilateral/plurilateral* es aplicable a los negocios jurídicos en general, según el número de partes que intervengan en su celebración.

Si nos referimos al contrato, hemos de diferenciar entre

-bilateralidad *genética* esencial; el contrato, por definición, no puede ser unilateral ya que existe desde que "*dos o mas personas...*" (art. 1254 del Código civil). Explica CARIOTA FERRARA, que "se trata de partes y no personas, ya que cada manifestación puede en efecto provenir de la voluntad de una o más personas físicas y constituir por consiguiente, un *acto subjetivamente simple* o unipersonal o un *acto subjetivamente complejo* o pluripersonal"; *vid.* CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp. por ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, pág. 134.

-una posible unilateralidad/bilateralidad *funcional*, entendida no tanto como número de partes, sino de obligaciones que el contrato en cuestión crea y de la relación entre éstas. Los contratos son unilaterales cuando crean obligaciones a cargo de una de las partes exclusivamente, y se llaman bilaterales cuando crean obligaciones recíprocas, es decir, a cargo de ambas partes, aunque la denominación que mejor les conviene -según DIEZ-PICAZO- en este caso es la de sinalagmáticos; *vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.* pág. 140.

LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ aclaran que en los contratos sinalagmáticos, "Es la presencia o ausencia de contraprestación la nota que distingue definitivamente unos contratos de otros, y no la mera existencia de obligaciones a cargo de sólo una o de ambas partes, pues en este segundo caso puede ocurrir que no hay sinalagma, al no hallarse incluidas las obligaciones de una de las partes en lo que el art. 1274 llama causa del mismo (por ejemplo, la obligación de devolver la cosa en depósito), no obedece a la "causa" o finalidad típica de este contrato, que es la custodia, sino a que terminada la obligación de custodia, debe retornar la cosa al depositante. La importancia de esta distinción consiste en que discierne la aplicabilidad o no del art. 1124 y concordantes (resolución por incumplimiento)"; *vid.* LACRUZ BERDEJO, *Elementos*...II-vol. 1, *cit.*, pág. 509.

[88] MESSINEO, "Il negozio giuridico plurilaterale", *Annuario dell'Università Cattolica di Milano*, 1926-1927, págs. 53 y ss., posteriormente recogido en *Il negozio plurilaterale*, Ist. Dir. Priv. Padova, 1940, pág. 114 y ss. y voz "*Contratto plurilaterale*", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1962; ASCARELLI, "Contratto plurilaterale y negozio plurilaterale", *Foro Lomb.*, 1932, págs. 439 y ss., y

civile[89]- del contrato plurilateral, que es aquel que está abierto al consentimiento de más de dos partes, y produce para cada una consecuencias homogéneas. La pluralidad se refiere a la capacidad del tipo contractual genérico para recibir una multiplicidad de partes. A su vez, requieren estos contratos, en el orden funcional, un fin común a todas (o buscado por todas) las partes. Este elemento es el que caracteriza el contrato plurilateral y le permite seguir subsistiendo aunque disminuya el número de partes[90].

Un ejemplo claro de contrato plurilateral es el de sociedad[91]. Y en principio, también podría serlo la asociación. Consciente de que

Consorzi volontari tra imprenditori, Milán, 1937; FERRI, voz "Contratto plurilaterale", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1968.

La figura del contrato plurilateral supera la teoría que consideraba que en las relaciones asociativas internas, cada miembro se halla situado frente a todos los demás, de suerte que se produce una pluralidad de contratos conexos. Para explicar esta situación no es necesario recurrir a esa hipótesis: basta un contrato unitario pero con consideración de su naturaleza peculiar de contrato plurilateral; *vid.* REDENTI, *Il giudicio civile con pluralità di parti*, Milán, 1911, pág. 277 y ss., citado por RUBINO, *op.cit*., pág. 68, nota (50).

[89] La norma principal es el art. 1420, sobre nulidad del contrato plurilateral. Esta norma es integrada por otras paralelas de los arts. 1446, 1459 y 1466. En todas estas normas explica BETTI, la defección de una de las varias partes no implica necesariamente, como en el negocio con intereses contrapuestos (v.gr. 1453 del *Codice*; cfr. 1124 Código civil español), la inasequibilidad del fin común; *vid.* BETTI, *op. cit*., pág. 228. También recogen esta categoría los otros Códigos influidos en gran medida por el italiano, como el portugués de 1966 y el peruano de 1984.

CARIOTA FERRARA no encuentra diferencias entre negocio plurilateral y contrato plurilateral: el *Codice* ignora el primero y sólo reconoce el segundo. "Sólo en el ámbito del contrato plurilateral distingue la subcategoría de aquellos que tienen un fin común (arts. 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466 C.C.; véase también 2.247); pero no hace de tal comunidad de fin una característica de todos los contratos plurilaterales (cfr. art. 1.321 con arts. 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466 C.C. cit.; véase también art. 2.247 citado". Y añade en nota: "Equivocadamente en nuestra opinión, MESSINEO: Ist. II, 1, § 133, pág. 176 y CASERTA, *Accordo e contratto*, pág. 4 y nota 1 de la separata, pretenden reducir la categoría de los contratos plurilaterales, tal como se halla fijada en la ley, a aquellos que tienen un fin común. Para convencerse de lo contrario, basta leer la disposición general sobre la definición de contrato con dos o más partes (art. 1.321 C.C.) y las normas particulares sobre los contratos plurilaterales en que las partes persiguen un fin común (arts. 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466 C.C.). ...Equivocadamente otros, (AULETTA: *Contratto di società*, pág. 36) pretenden reducir el contrato plurilateral a los límites de los contratos societarios o de organización)"; *vid.* CARIOTA FERRARA, *op. cit*., pág. 136

[90] LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos*...II-vol.1, *cit*., pág. 511.

[91] Por todos, PAZ-ARES, *Comentarios*...II, Madrid, *cit*., pág. 1.317. Aunque hay ejemplos de contratos plurilaterales en el ámbito no asociativo -CARIOTA FERRARA pone como ejemplo la constitución de dote por parte de un tercero-, la genuina categoría de los llamados contratos plurilaterales, explica DIEZ-PICAZO, "contempla los contratos de contenido asociativo (v.gr. la constitución de una sociedad mercantil, de un consorcio industrial, de un sindicato de obligacionistas)"; *vid.* DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit*., pág. 141.

se trata de figuras intrínseca y estructuralmente diferentes, advertiré desde ahora que a causa de su innegable afinidad y de la escasez de doctrina sobre asociaciones sin ánimo de lucro en este punto concreto, recurriré en varias ocasiones a la comparación con la sociedad civil.

La plurilateralidad determina dos importantes consecuencias, técnicamente aplicables, a mi entender, al acto de constitución de la asociación, con independencia de la postura que se adopte, en lo relativo al régimen de cumplimiento y al régimen de la nulidad o ineficacia sobrevenida:

A) Régimen de cumplimiento. En los contratos sinalagmáticos, lo prometido por ambas partes se ha de cumplir, en principio, simultáneamente, de modo que una parte no puede exigir a la otra su cumplimiento si por su parte no ha cumplido. En caso de que lo haya hecho, o esté dispuesto a hacerlo, puede exigir a la otra el cumplimiento u optar por la resolución del contrato, según el mecanismo recogido en el art. 1124 del Código civil. En el contrato plurilateral, el incumplimiento de uno de los contratantes no autoriza a resolver por la vía del art. 1124 del Código civil, ni a oponer la *exceptio inadimpleti contractus*, ni la compensación de la mora[92], sino que determina otras consecuencias.

En el caso de la sociedad civil, la negativa de un socio, una vez constituida la sociedad, a cumplir con sus obligaciones, dado que se trata de un contrato de colaboración, autoriza a cualquier socio a pedir la disolución de la sociedad con base en el art. 1707 del Código civil, si es por tiempo determinado, y sin necesidad de norma específica, si es por tiempo indeterminado[93].

Una exposición de las diferencias entre contrato plurilateral y contrato asociativo en el Derecho italiano, puede encontrarse en FERRI, voz "*Contratto plurilaterale*", *cit.*, págs. 680 y 681. Asimismo *vid.* el recorrido que "Del negocio plurilateral al contrato asociativo" realizaba LACRUZ BERDEJO en la edición de 1977 de los *Elementos*...II-vol. 2, págs. 214 a 216, que ha sido objeto de la reelaboración aludida por RIVERO HERNANDEZ, en 1994. En aquel, LACRUZ ubicaba el contrato asociativo ordinario dentro de la categoría más amplia de los negocios plurilaterales, entre los que citaba también los contratos liquidativos, como la división de la herencia o de la cosa común.

[92] Afirmaciones hechas respecto al contrato de sociedad civil por PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit*., pág. 1.317, que son aplicables a todos los posibles supuestos de contratos plurilaterales.

[93] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol.II, *cit.*, págs. 515 y 516.

En el caso de la asociación, posiblemente podría ser causa de sanción e incluso de expulsión.

B) Régimen de la nulidad o ineficacia sobrevenida. En el contrato sinalagmático, viciado el consentimiento de una de las partes[94], el acto entero sería anulable y la anulación pronunciada conforme al art. 1.300 del Código civil, desligaría a ambas partes, porque se presupone que los consentimientos respectivos han sido determinados recíprocamente. En el contrato plurilateral, si la causa de nulidad, afecta a un sujeto o sujetos cuya participación no es esencial para la consecución del fin propuesto, la nulidad o resolución pueden limitarse al vínculo de los demandados, sin extenderse al resto de los participantes en el contrato[95]; esto tiene una particular relevancia, v.gr. en lo relativo a los vicios del consentimiento en la declaración de voluntad.

Esta es la solución que adopta el *Codice* en el art. 1.420, sobre nulidad del contrato plurilateral

> *"En el contrato con más de dos partes, en que las prestaciones de cada una están dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecta al vínculo de una de las partes no implica la nulidad del contrato, salvo que su participación se deba, según las circunstancias, considerar esencial"*

El Código civil, en los artículos dedicados al contrato de sociedad, no contiene una respuesta concreta para la cuestión de la causa de nulidad que afecta a uno solo de los contratantes[96], ni tampoco la Ley de Asociaciones lo contiene para la asociación. Por ello ha de plantearse si es aceptable en el Derecho español la solución propuesta por el *Codice*.

---

[94] Suponiendo que cada parte tuviera sólo un sujeto. Enseguida veremos el caso de varios sujetos en cada parte.

[95] DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, pág. 141. Si se considera contrato plurilateral a la sociedad, con esto se encuentra una posible solución al problema no resuelto por el Código civil de los vicios en la declaración de voluntad de alguno o algunos de los sujetos del contrato de sociedad.

[96] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO dicen que la deficiencia de la declaración de un socio autoriza a los restantes a retirar la suya; *vid. Elementos*...I-vol. 2, *cit*., pág. 291, nota (7). Sin embargo, la respuesta no es clara y de hecho, en el capítulo dedicado al contrato de sociedad civil, de los *Elementos de Derecho civil* II-vol.2, no aborda específicamente de este punto.

Cuando tratan las acciones de invalidez LACRUZ BERDEJO-DELGADO ECHEVERRIA explican que "siendo varias las partes en el contrato -de tipo societario- o varios los sujetos en cada una de las partes (v.gr. cinco amigos compran juntos un camión), cada uno de ellos puede hacer valer las causas de anulación que le afecten"[97]. En cuanto a los efectos de la alegación de la causa de invalidez, que es lo que ahora nos interesa, quedarán o no vinculados los demás sujetos, de acuerdo con los criterios generales de ineficacia parcial. Como es sabido, no existen en nuestro Código criterios acerca de la nulidad parcial, y no hay un criterio general unívoco, aunque muchos de sus preceptos parecen responder a la máxima de Derecho común *utile per inutile non vitiatur*, al establecer que la nulidad de una cláusula no afecta al resto del contrato. Se trata en definitiva, de salvar en lo posible la intención práctica de las partes[98]. Este criterio, se refiere más a la nulidad de una de las cláusulas del contrato, que a la nulidad de la declaración de uno de los sujetos en un contrato. Sin embargo, la filosofía es la misma y por ello, LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO mantienen que la nulidad de la declaración de un cofundador no afecta a la validez del contrato de fundación como tal, salvo que la individualidad del cofundador sea esencial para los restantes[99]. Es decir, llega exactamente al mismo resultado del mecanismo del contrato plurilateral (cfr. 1420 Código civil italiano).

El asociado cuyo consentimiento se halla viciado, tiene la posibilidad de retirarse de la asociación, pero no tiene nunca acción para anular el conjunto del pacto estatutario, que no es sino el producto de muchas declaraciones de voluntad, que no se han determinado las unas por las otras.

Esta es la opinión de la moderna doctrina alemana. De acuerdo con su peculiar sistema, SOERGEL-HADDING afirma que los vicios en la declaración de voluntad de los fundadores de una asociación

[97] LACRUZ BERDEJO-DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos*...II-vol.1, *cit.*, pág. 577.

[98] LACRUZ BERDEJO-DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos*...II-vol. 1, *cit.*, pág. 587. Sobre este tema, *vid.* MARIN PADILLA, *Principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1990.

[99] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 2, *cit.*, pág. 291, nota (7).

no afectan al acto de constitución si existen otras declaraciones de voluntad no viciadas, en un número no inferior al legal y si no es aplicable el régimen del § 139 BGB sobre nulidad parcial ("*Si una parte del acto jurídico es nula, el acto entero es nulo si no puede sostenerse que se habría hecho igualmente sin la parte que es nula*")[100].

Según lo que acabamos de ver, la concurrencia de más de dos partes al acto de constitución no impide la teórica calificación contractual del acto de constitución, sino que sólo introduce ciertas especialidades.

La patrimonialidad de la relación jurídica objeto del contrato: su (discutible) calidad de elemento esencial al contrato y su concurrencia en el acto de constitución

La concepción generalizada del contrato, como antes veíamos, es la de "negocio jurídico patrimonial de caracter bilateral"[101], y un negocio jurídico será patrimonial "cuando verse acerca de bienes o de intereses de naturaleza económica"[102]. Tan es así, que LASARTE

[100] SOERGEL-HADDING, *BGB*, *cit*., §25, nº 29. La antigua doctrina establecía ciertas distinciones, inspiradas en los criterios que para estas cuestiones, se aplicaban a las sociedades civiles y mercantiles. ENNECERUS-NIPPERDEY, admiten la alegación de la incapacidad de obrar o la impugnación de la declaración de algunos fundadores, en las *Idealvereine* y tal impugnación no afecta a la asociación, en tanto quede el número mínimo de fundadores; sin embargo, no la admiten en las *Wirtschaftlicherverein*, con base en el principio que la Jurisprudencia había asentado para las sociedades civiles inspirado en la protección del tráfico jurídico, y especialmente de los acreedores; *vid*. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., pág. 457, nota (2). Explica VON TUHR que, en pro de la seguridad del tráfico "en la asociación ideal el conflicto no debería resolverse en favor de los acreedores, ya que ella no se funda en una empresa de carácter económico. La norma especial que estableció la jurisprudencia debe hallar su límite en la *ratio* que la determinó, esto es, en la protección de los acreedores, y ese argumento no tiene igual fuerza en las asociaciones ideales que en las económicas. Por tanto, a la par que en los demás contratos, se deberá permitir a los que constituyeron una asociación de esta clase impugnar su declaración por error, violencia y dolo"; *vid.* VON TUHR, *op. cit.*, pág. 142.

[101] Tal como decía DIEZ-PICAZO, hay un concepto de amplitud media, que comprende todos los negocios de Derecho Privado: tanto los de Derecho Patrimonial (compraventa, arrendamiento), como los que tienen su sede en el Derecho de Familia, (contrato de matrimonio, contrato de adopción), o a los que tienen su asiento en el Derecho de sucesiones (contratos sucesorios). La perspectiva utilizada en su obra, no obstante, es la más restringida a la que aludimos en el texto; *vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, págs. 122 y 123.

[102] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, pág. 74. A este respecto, *vid.* la conclusión a la que llega GETE-ALONSO en su concepción amplia de contrato. Sostiene esta autora que si bien la figura del contrato se revela en el Código civil como el eje sobre el que gira el Derecho patrimonial, alcanza un nivel más general, extendiéndose fuera del propio

ALVAREZ afirma que un contrato es una *veste* jurídica de una operación económica consistente en un intercambio de bienes o de servicios[103].

Si seguimos esta concepción, el acto constitutivo de la asociación, en principio, no podría ser considerado un contrato, ya que, si bien en las asociaciones existe un aspecto patrimonial (el patrimonio, las aportaciones) no es éste el objeto fundamental ni único del negocio. Hay autores que niegan el carácter de contrato por ausencia de patrimonialidad. MANRESA, v.gr., niega por esta razón la naturaleza contractual a la asociación, y a aquellas "sociedades de orden distinto (*a la civil*) creadas para determinados fines morales"[104]. Y precisamente por este motivo (la extrapatrimonialidad), LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, niegan también el carácter contractual del acto constitutivo por su "caracter extrapatrimonial y el hecho de que habitualmente concurren al acto todos los socios en un plano de igualdad cuantitativa y cualitativa"[105].

Otros autores, sin embargo, entienden que las relaciones jurídicas de la asociación tienen carácter patrimonial y por ello defienden su consideración contractual. PAZ ARES considera erróneo negar la calificación contractual a las "sociedades no

ámbito obligatorio a otras áreas; extensión que resulta no sólo de la regulación originaria del Código civil sino de las sucesivas reformas parciales que éste ha ido experimentando, lo que a su juicio, conduce a afirmar la existencia de un "principio contractualista"; *vid.* GETE-ALONSO CALERA, "La influencia del concepto de contrato en el Código civil", *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1990, pág. 887. Sin embargo, esta misma autora acepta que los negocios que afectan a la esfera personal han quedado siempre fuera del estricto marco contractual y de la influencia del mismo. Técnicamente, no puede predicarse o utilizarse para aquellos negocios que no tienen por objeto la regulación de intereses patrimoniales, razón por la cual el Código civil no acepta ni califica como contrato ni el matrimonio ni la adopción, aunque sí, el convenio regulador del art. 90 del Código civil; *vid. op.cit.*, págs. 900 y 901.

No obstante, la patrimonialidad de la prestación objeto del contrato ha de matizarse, pues puede haber prestaciones no necesariamente patrimoniales, como v.gr., las de no hacer; en cambio, su incumplimiento, en última instancia es lo que ha de ser susceptible de valoración pecuniaria; *vid.* LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos*...II-vol. 1, *cit.*, págs. 63y 64. Esto puede hacernos pensar en un contrato cuyas prestaciones no tengan contenido patrimonial: si v.gr., ambas son de no hacer. Sobre estas cuestiones *vid.* también HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 94 y ss.

[103] LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho civil, tomo Tercero, Contratos*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 6.

[104] MANRESA, *Código civil español*, tomo XI, *cit.*, pág. 370.

[105] LACRUZ BERDEJO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 201.

lucrativas", por una pretendida carencia de *naturaleza económica* del conflicto. En su opinión, "con ello se confunde la naturaleza del fin (que puede ser no económico) con la naturaleza de la obligación de aportar, que necesariamente es económica"[106]. La afirmación sería cierta si con "sociedades no lucrativas", se estuviera refiriendo únicamente a aquellas sociedades como las cooperativas que -con todas las matizaciones vistas en el capítulo 3-, no tienen ánimo de lucro para sí mismas, pero en las que se prevén, como elemento esencial a las mismas, aportaciones económicas. Pero el problema se plantea porque la afirmación se refiere, también, a las asociaciones[107]. Si bien todos los socios fundadores (y los asociados a lo largo de la vida de la asociación) generalmente, se obligan a aportar algo y si bien cualquier asociación necesita un mínimo de medios materiales para desplegar su actividad, es discutible que necesariamente hayan de ser aportaciones económicas. Como dije en su momento, pueden limitarse a prestar su concurso a las actividades (sus conocimientos, su actividad; cfr. art. 1 de la Ley francesa de 1901; art. 5 de la Ley vasca y art. 2 de la Ley catalana), su aportación personal, y esto en principio no tiene carácter patrimonial, salvo que se considere que cualquier actividad humana que se aporte pueda ser económicamente valuable.

En la asociación predomina el elemento personal, pero no sólo por el momento constitutivo, sino también durante su desarrollo.

Es posible pensar que no es tan importante el dinero que cada socio aporte en concepto de cuota (que en realidad lo es, pues sin ese elemento pecuniario, idealismos aparte, no podría desarrollar la asociación su actividad), como las actividades que realiza al servicio de la asociación, y que ésta realiza al servicio suyo. La realidad muestra, no obstante, que existen asociaciones que por distintos motivos, cuentan con socios cuya única aportación es pecuniaria: desde asociaciones de ayuda al Tercer Mundo, que junto a socios "activos" que desarrollan actuaciones en este campo, cuentan con socios "protectores" que tan sólo aportan una cantidad mensual, a

[106] PAZ-ARES, *Comentarios* ...II, *cit.*, pág. 1.317.

[107] Del conjunto de su teoría, que analizo en otro lugar, y del contexto de la afirmación, que sigue a una de MANRESA hablando de las asociaciones, así se entiende.

asociaciones (pienso en determinadas organizaciones de consumidores) que prácticamente vienen a ser empresas editoriales, pues gran parte de los asociados se limitan a pagar la cuota a cambio de la cual reciben una revista.

Esto es, no se puede negar que las aportaciones en algunos casos son predominantemente pecuniarias. La diferencia estriba, en que cabe perfectamente el caso contrario: aportaciones preferente o totalmente no pecuniarias, si así se prevé en los Estatutos[108]. El único límite es que los socios no se pueden reducir a ser totalmente pasivos, sino que como dice PELLISE PRATS "los socios deberán aportar a la asociación su ayuda en medios reales y actividades, en la proporción que les corresponda, según las necesidades de la entidad"[109]. Es decir, si consideramos que la patrimonialidad de la relación jurídica que se crea con el contrato es nota esencial a éste, en principio no podría predicarse el caracter contractual ni del acto constitutivo, puesto que es pensable (aunque es un caso de laboratorio) una asociación sin patrimonio, ni aportaciones pecuniarias; tampoco sería predicable el carácter contractual de la relación que liga al asociado con la asociación, ya que, como ha quedado dicho, puede haber socios que sólo aporten su concurso a las actividades y a su vez, la asociación no les proporciona ninguna ventaja patrimonial.

Una posible clave puede hallarse, no en una calificación en bloque del acuerdo asociativo, sino en la discriminación de los diferentes efectos jurídicos que se crean a consecuencia de esos negocios jurídicos, de modo similar a lo que sucede con el matrimonio[110]. De este modo, *las normas generales sobre los contratos se aplicarán a aquellos aspectos de estas relaciones de contenido patrimonial*. En ambos casos, -acto de constitución y relación del socio con la asociación a la que pertenece, acto de ingreso o baja la misma- aunque pueda haber relaciones de contenido patrimonial

[108] Las asociaciones generan unos gastos mínimos a los que hay que hacer frente. El art. 71 del Código civil suizo de 1907 -que dedica su título segundo a las Personas Jurídicas, y en concreto se ocupa de las "*associations qui n'ont pas un but économique*", prevé que en defecto de pacto estatutario los socios contribuirán a hacer frente a los gastos de la asociación por igual.

[109] PELLISE PRATS, *op. cit.*, pág. 82

[110] *Vid*. la diferencia citada por GETE-ALONSO, en nota (102) de este capítulo.

(especialmente, en la relación asociación-socio, lo relativo a la cuota y otras aportaciones) la dimensión de estos negocios jurídicos y de las relaciones por ellos contraídas son de *contenido personal, impregnadas además por el decisivo carácter de derecho fundamental*. Respecto a esto último no hay que olvidar, que el acto de constitución no es, simplemente un acto jurídico hecho en aplicación del principio de autonomía de la voluntad[111]. Tiene una dimensión de mayor alcance: cada acto constitutivo de una asociación es una explícita puesta en práctica de uno de los derechos fundamentales reconocidos por nuestro sistema constitucional. Lo mismo puede decirse, de la relación del socio con la asociación a la que pertenece, del acto de ingreso o baja de la misma.

Esta superposición de libertades -autonomía de la voluntad y libertad de asociación- dota de una fisonomía particular a aquéllos actos. De lo dicho puede deducirse que estoy empleando *a sensu contrario*, el argumento utilizado para excluir las sociedades civiles y mercantiles del ámbito de aplicación del art. 22 CE en todos aquellos aspectos relativos al contenido patrimonial de aquellos (cfr. capítulo 3): en suma, las normas relativas a los contratos serían de aplicación a las asociaciones sin ánimo de lucro, sólo en los aspectos de contenido patrimonial.

Sin embargo, tampoco este razonamiento termina de ser convincente. No se ve suficiente razón para afirmar, v.gr., la aplicación del art. 1.255 o el 1.256 a las obligaciones del asociado de contenido patrimonial (v.gr. aportación de la cuota) y no a las de

[111] Principio que tiene un alcance general aplicable a todo negocio jurídico de Derecho privado; DE CASTRO y BRAVO en su obra *El negocio jurídico,* define "la autonomía privada en sentido amplio (libertad)" como "el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas", *op. cit.,* pág. 13. El acto constitutivo de la asociación es indudablemente una manifestación de este principio. En este sentido, *vid.* CARPIO MATEO, *op.cit*., pág. 771, y más recientemente, FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH "las relaciones entre una asociación y sus miembros son negociales y no ordinamentales: primero, porque la una y los otros son particulares que no disponen de otro medio de autorregulación de sus intereses que el negocio jurídico, y segundo, porque como afirma Dieter Reuter, la autonomía privada no tiene porqué identificarse con la coordinación contractual de intereses individuales -es decir, no se reduce a los contratos-, sino que puede servir para otras finalidades y, marcadamente para establecer comunidades, integrarse en ellas y someterse voluntariamente a las exigencias que el son propias, incluido el ejercicio del poder sancionador"; *vid.* SALVADOR CODERCH, von MÜNCH, FERRER i RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales...cit.*, págs. 124 y 125. También MARIN LOPEZ afirma que "la constitución de una asociación es, además de ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 22.1 CE, un acto de autonomía privada (art. 1.255 CC) y por ende, de libertad contractual"; *vid.* MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit*., pág. 202.

contenido personal (concurso en las actividades de la asociación, v.gr. asistencia a las reuniones organizadas por la asociación). Quizá la respuesta hayamos de buscarla en la dudosa necesidad de concurrencia de esta nota para hablar de contrato (pensemos en un contrato de intercambio de prestaciones de no hacer, en el que éstas sólo adquirirían contenido patrimonial en caso de incumplimiento, al transformarse en indemnización), y en el hecho, como veremos más adelante de que las normas que el Código civil prevé para los contratos pueden tener un ámbito de aplicación que supera el del contrato entendido en sentido estricto.

Hemos visto que algunos autores se oponen a la calificación contractual del acto de constitución, por la ausencia de patrimonialidad. Otros autores, basándose en la peculiaridad que reside en la formación del consentimiento y la posición de los intereses en juego presentes en el acto de constitución, rechazan también aquella calificación[112]. Veamos cuáles son las alternativas que se ofrecen.

I.B.1.b. EXPLICACIONES NO CONTRACTUALISTAS
EL ACTO CONSTITUTIVO como ACTO COLECTIVO o como ACUERDO

Excursus sobre las categorías de actos plurilaterales

Para un sector importante de la doctrina alemana, el contrato no absorbe todos los actos jurídicos plurilaterales, pues al lado de él existen otras hipótesis de acuerdo de voluntades. Distinguen cuatro categorías de actos plurilaterales[113]:

[112] Añádase a todo lo dicho, la consideración que con carácter general hace OSSORIO y MORALES: "si los sujetos persiguen un interés común y mediante el acuerdo de voluntades colaboran unos junto a otros a su realización nos encontramos con una figura que en puridad no puede denominarse contrato, ni puede aplicársele la mayor parte de las normas específicas dictadas para regular la contratación"; *vid.* OSSORIO y MORALES, "Notas para una teoría general del contrato", *RDP*, tomo XLIX, 1965, pág. 1974.

[113] Los cuatro apartados corresponden a la explicación, basada en LEHMANN, de DIEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, pág. 77. Sobre dos de dichos apartados doy una explicación más extensa por el interés que tienen para el punto que estamos viendo.

1.- El contrato (*Vertrag*)

En el contrato, dos o más personas emiten declaraciones de voluntad, que son intrínsecamente diferentes, pero que se corresponden entre sí y coinciden en el alcance de un mismo efecto jurídico, v.gr. las declaraciones del vendedor y el comprador en la compraventa. Esta orientación doctrinal, como vemos, restringe el concepto de contrato considerando el acuerdo de intereses opuestos como nota caracterizadora del mismo.

2.- El acto conjunto o colectivo (*Gesamtakt*)

En el acto conjunto (también denominado colectivo o complejo[114]), varias personas que no se enfrentan como partes, sino que forman en conjunto una sola parte, cooperan para alcanzar un mismo resultado jurídico, emitiendo declaraciones de voluntad paralelas, v.gr. la declaración de voluntad de varios copropietarios constituyendo una servidumbre sobre una finca en común[115]. ENNECERUS explica el *Gesamtakt* como el conjunto de voluntades declaradas de manera concordante y que da lugar a un resultado jurídico sin que se trate de un acuerdo pactado. Pone como ejemplo la denuncia por parte de dos arrendatarios que han arrendado en común, el negocio fundacional de varios fundadores, etc. En estos casos, dice que "no hay un intercambio de declaraciones recíprocas correspondientes de partes diferentes, sino que se emiten declaraciones paralelas, o bien emite una declaración común la misma parte que se compone de varias personas"[116].

---

[114] Vease la aplicación indistinta que de estos términos hacen PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en nota (3) a ENNECERUS, *Derecho civil,* tomo 1, *Parte General*, vol. II, revisión de NIPPERDEY, trad. de la 39ª ed. alemana y notas de PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1944, pág. 73. Sin embargo, hay autores que tratan de establecer diferencias; así, dentro de los actos jurídicos subjetivamente pluripersonales, CARIOTA FERRARA, distingue entre acto *colectivo o colegial*, en el que la voluntad de los sujetos y las relativas manifestaciones de voluntad se unen, y acto *subjetivamente complejo* en el que se funden; *vid.* CARIOTA FERRARA, *op.cit.*, págs. 143 y 144.

[115] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, pág. 77.

[116] ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. II, *cit.* §137, 3. pág. 71. Respecto a la última afirmación aclara en nota que "Es claro que también puede constituir un acto conjunto de varias personas cada una de las dos declaraciones de voluntad que forman un contrato, por ejemplo, la declaración de varios copropietarios por la cual conceden una servidumbre a la finca común".

El acto de creación de una persona jurídica, a la vista de estas categorías, tiene un carácter colectivo, pues implica varias voluntades unidas hacia un mismo fin, sin aquella oposición de intereses que es característica de todo contrato, acto que, además de crear derechos y obligaciones entre las partes, da vida a un nuevo sujeto de derechos[117]. En este sentido, no es un contrato de eficacia personal, desde el momento que sus efectos no estriban, o, al menos, no principalmente, en la creación de relaciones crediticias, sino en la creación de un sujeto de derechos y de las pertinentes relaciones de participación de los miembros.

Una breve mención a la teoría de GIERKE, a quien se reconoce la paternidad del acto colectivo y que considera la creación de la persona jurídica como un "acto unilateral social"[118]. Atribuye a las personas jurídicas una existencia anticipada semejante a la vida intrauterina del hombre, con lo que se trataría de un acto unilateral social, emanado de la misma corporación (léase asociación) en formación, la cual se colocaría a sí misma como sujeto jurídico. El acto social emana, no de los individuos que originariamente componen la asociación, sino de ésta misma cuando todavía no es persona, por hallarse en vías de formación. No es un negocio jurídico porque no crea relaciones jurídicas sino un sujeto de derechos.

3.- La convención, convenio o unión (*Vereinbarung*)

El convenio o *Vereinbarung*, figura ideada por la doctrina germánica, -concretamente por BINDING- para explicar el proceso formativo de la Confederación del norte de Alemania, y extendida por JELLINEK a todo el campo del Derecho[119], es un "acuerdo

[117] Mantienen posturas similares, GIERKE, REGELSBERGER, KARLOWA, KUNTZE, DERNBURG, OERTMANN, BEKKER, HAFF y RUTH, todos ellos citados por ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, 1961, LGDJ, Paris, págs. 169 y *ss*.. La doctrina del acto complejo sigue siendo objeto de atención desde diversos campos del Derecho: *vid.* la aplicación que al proceso de fusión de sociedades anónimas hace PEREZ MILLA en *La Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el espacio jurídico europeo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 50 a 61.

[118] La explicación de su teoría la he extraído de ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, pág. 170, donde reproduce fragmentos de la obra de GIERKE *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprecuhung*, Berlin, 1887, cap. I.

[119] MANCA, voz "*Accordi* " en el tomo I del *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1937, pág. 84; la referencia es válida puesto que el *accordo* italiano viene a equivaler a la figura de la *Vereinbarung*

normativo" o "concierto que establece derecho"[120], en el sentido de que tiene por fin crear no una situación jurídica subjetiva, una relación particular individual y no permanente (entendiendo que toda obligación está llamada a cumplirse o extinguirse en un plazo determinado o determinable) entre acreedor y deudor, sino una norma permanente o una situación jurídica objetiva, un *status*.

Para las personas que suscriben la convención, y para las que en el futuro se adhieran al acto, se crean unas obligaciones de tipo permanente, que responden como decimos más a un *status* complejo, que a la posición "simple" de acreedor y deudor. La *Vereinbarung* o contrato normativo jurídicamente vinculante se diferencia pues del contrato, en que no establece una relación obligacional subjetiva entre las partes, sino una situación objetiva. Esta teoría no distingue a los efectos de calificación, entre acto constitutivo de la asociación y negocio regulador o creador de los Estatutos.

ENNECERUS considera, sin embargo, que esta categoría del "concierto" o *Vereinbarung* es poco fecunda para el Derecho privado, pues no permite apenas descubrir reglas a tenor de las cuales haya de tener un tratamiento jurídico distinto del contrato[121]. Además, este autor -consciente de que es una opinión discutida- considera que "las corporaciones y especialmente también las asociaciones, pueden ordenar su régimen interior mediante estatutos, pero con ello no establecen derecho objetivo, sino sólo relaciones jurídicas, cuyo efecto inmediato se ciñe a la corporación y a sus miembros"[122].

4.- Las decisiones (*Beschlüsse*)

alemana, en la que está inspirado aquel. La terminología es en cierta medida peligrosa, puesto que si *Vereinbarung*, se hace equivaler al *accordo* italiano, en las categorías españolas, el acuerdo, se refiere, según la clasificación que estamos siguiendo, a la categoría siguiente: decisiones o *Beschlüsse*.

[120] BINDING, TRIEPEL, LEHMANN, citados por ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., §40, III, pág. 168.

[121] ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., §40, III, pág. 168.

[122] ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil,* tomo 1, vol. I, *cit*., §40, IV, pág. 168. Lo mismo sucede en el Derecho español, según PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, en las anotaciones a dicho texto, en pág. 169.

Las decisiones (o acuerdos) son declaraciones de voluntad de asociaciones, sociedades o comunidades. Los declarantes emiten declaraciones de voluntad de idéntica dirección que desembocan en la creación de un contenido unitario de voluntad decisivo para la comunidad o para el conjunto. A diferencia de lo que ocurre con los actos conjuntos, el acuerdo no requiere la declaración de todos los participantes, sino simplemente de la mayoría, v.gr. acuerdos de los socios de una asociación.

Acogida de estas teorías para calificar el acto de constitución de la asociación

Italia

En Italia un representativo sector de la doctrina[123] acoge la noción de *acto colectivo* aplicándola a la creación de la asociación. En cierto sentido, BETTI está encuadrado en esta corriente doctrinal, al calificarlo como *accordo*, categoría distinta del contrato. A la vista del Derecho positivo italiano, BETTI distingue entre *contrato* concebido como negocio bilateral o plurilateral en el cual existen unos intereses contrapuestos que encuentran en el negocio el medio para arreglar su conflicto, y *acuerdo* como negocio plurilateral o bilateral en el cual se concitan intereses paralelos, que convergen hacia un propósito común. En este caso, los intereses son coincidentes y su común dirección encuentra en el negocio jurídico un medio de actuación práctica[124]. La compraventa es un ejemplo de contrato y la sociedad (y el negocio de fundación de personas jurídico privadas *in genere*, entre las que entiendo se encuentra la asociación[125]), de acuerdo[126].

[123] RANNELETTI, CARNELUTTI, MESSINEO y FERRARA, citados en ROUJOU DE BOUBEE, *op. y loc. cit.*. Así, FERRARA, ve en el acto de creación de la persona jurídica, un *acto colectivo*, un acuerdo de varias declaraciones de voluntad paralelas orientadas al mismo fin, sin aquel entrecruzamiento de voluntades que, a su juicio, caracteriza el contrato; *vid. Teoría de las personas jurídicas*, *cit.* pág. 726. Esta obra es anterior al *Codice* de 1.942, pero mantiene la misma opinión en *Tratatto Vassalli*, Torino, 1956, voz "*persone giuridiche*", pág. 156.

[124] BETTI, *op.cit.*, págs. 225 a 228.

[125] CARIOTA FERRARA restringe esta amplitud y acepta la calificación de acuerdo, como mucho, para las asociaciones y las sociedades, pero nunca para las fundaciones, en *op.cit.*, pág. 130, nota (115). Muy distinta es la aplicación que en España hace de estas categorías DIEZ-PICAZO, para quien el criterio de distinción entre *contrato* y *acuerdo*, está basado no en la posición de los intereses en juego, sino en la diversa situación jurídica que las partes ocupan. En el *acuerdo* las partes ocupan ya una misma situación jurídica y el mismo es, por ello, la expresión

Entre contrato y acuerdo deberán existir diferencias de trato, de modo que no podrán aplicarse a éste las normas de aquél que se deriven justamente de la contraposición de intereses propia del contrato. Sin embargo, sí que podrán aplicarse, las normas que toman en consideración los acuerdos (que el *Codice*, explica BETTI, denomina "contratos") en figura de negocios plurilaterales; en especial, la norma del art. 1420.

Francia

A pesar de la dicción de la Ley francesa de asociaciones, un importante sector doctrinal galo trató de dar una explicación no contractual al acto de constitución de la asociación, considerándola en ocasiones como un ejemplo de "acto unión" o de "acto colectivo"[127]. HAURIOU le asigna la calificación de *Vereinbarung* y DUGUIT de *Gesamtakt*[128]. Su doctrina es sistematizada por

---

de la voluntad de esa posición o situación. El *acuerdo* es la declaración de voluntad de una cotitularidad, con independencia de que los titulares persigan unos mismos o distintos intereses. En el contrato las partes ocupan siempre inicialmente posiciones jurídicas diversas, aunque éstas estén llamadas a integrarse en un superior precepto de autonomía privada obligatorio para los declarantes. Constituyen un *contrato* las declaraciones de voluntad dirigidas a la formación de una sociedad, mientras que en cambio constituyen un *acuerdo* las declaraciones de la voluntad de los socios para el gobierno y desarrollo de una sociedad formada; *vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, págs. 77 y 78.

[126] Como decía en nota (119), la figura del *accordo* italiano equivale a la unión o *Vereinbarung* germánica; *vid*. MANCA, *op. y loc. cit.*

[127] Así lo refleja RIVERO en *Les libertés publiques*, tomo 2, Presses Universitaires de France, Paris, 1980, pág. 366. Por su parte, este autor se inclina por la aplicación de la figura del "concierto que establece derecho" o *Vereinbarung*, *ibídem.*

[128] DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, *Ancienne Librairie Fontemoirag & Cie. Editeurs, E. de Boccard sucesseur*, Paris, 1921, pág. 292. Para que exista contrato es preciso, según este autor, que medie pluralidad de declaraciones de voluntad, en las que puede decirse que hay un doble objeto y un doble fin:

-un primer objeto, igual para todos, consistente en hacer nacer la situación jurídica subjetiva -que se materializa en un vínculo obligatorio entre las partes- destinada a extinguirse por el cumplimiento de una cierta prestación concreta, y por ello tendencialmente temporal, que se corresponde con un fin general, por el cual se contrata: procurarse y procurar a otros ciertas ventajas

-un segundo objeto, diferente para cada parte: desempeñar un papel diverso en esa situación jurídica: el de acreedor o el de deudor. A este objeto corresponde también un fin distinto para cada parte: el que desempeña el papel de acreedor lo hace a la vista del papel que juega la otra parte, y viceversa.

En la asociación, hace ver DUGUIT, no hay doble objeto ni doble fin porque no hay acreedores ni deudores. Las partes desean jugar todas el mismo papel: el de asociado, lo cual es un *status* que comporta ventajas y obligaciones. Todas las partes desean un mismo objeto y juegan un papel idéntico en la situación jurídica creada (con independencia, claro está que haya status especiales con un mayor o menor número de ventajas que el normal, en atención a

REGLADE que afirma que "es un acto colectivo resultante de la yuxtaposición en número indeterminado de declaraciones unilaterales de voluntad que, concurriendo todas a un mismo fin, se condicionan sin determinarse, que juegan todas el mismo papel sin haber tomado contacto"[129].

Por su parte, HAURIOU afirma que la fundación de un "cuerpo social" supone tres elementos: 1º operación jurídica de fundación simple o compleja, 2º los Estatutos, los recursos que se afectan, la organización de hecho, 3º el reconocimiento de la personalidad jurídica[130].

Respecto al primero de ellos, hay una operación jurídica a base de múltiples declaraciones de voluntad, hechas con intención de fundar: "fundación por voluntad común", o "en comunidad de acción", lo que los alemanes denominan *Vereinbarung*. No se trata de una reciprocidad de consentimientos, como en los contratos, sino de consentimientos que forman haz en una acción común[131]. Según RUBINO, la teoría de HAURIOU, se mueve en el mismo plano que la de GIERKE. Ambos concilian, según el autor italiano, la consideración del acto social-acto fuente de Derecho social (acto

determinadas circunstancias). Pero están todos, dicho vulgarmente, "del mismo lado". Siempre hay un fin común, que persiguen colectivamente los que crean la asociación y a cuya consecución desean contribuir los que sucesivamente se adhieren. No es un *status* ligado imperiosamente a unas personas determinadas, sino que el mismo es adaptable a cuantos se adhieran en el futuro

[129] REGLADE, *De la nature juridique de l'acte d'association*, Thèse Bourdeaux, 1920, pág. 130.

[130] HAURIOU, *Principios de Derecho Publico y Constitucional,* trad. esp. de Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927, pág. 521 y 522. "Cuantas veces resulta de un contrato, de un pacto o de una convención, de un tratado, la creación de un cuerpo constituido -explica HAURIOU-, debe admitirse que se ha mezclado una operación fundacional a la operación contractual. La sociedad ordinaria del Código Civil (entiéndase que del francés) no es más que un puro contrato que no da nacimiento a ningún cuerpo constituido; si la sociedad mercantil por acciones da nacimiento a un cuerpo constituido es porque se ha deslizado en el contrato una operación fundacional, ya que el contrato mismo -concebido como reciprocidad de consentimientos- no podría engendrar otra cosa que obligaciones pero no un ser moral"; *vid.* HAURIOU, *Principios...cit.*, pág. 520.

[131] En su opinión, el haz de los consentimientos se forma y se mantiene bajo la acción de tres factores: "1º un factor de intención de unión para realizar una obra; 2º un factor de poder, ... el ascendiente de la idea de la obra que ha de realizarse, el poder de persuasión o coacción de los directores o jefes de la empresa, cualesquiera que sean, y el poder económico del patrimonio afecto o de los recursos puestos en común, 3º un factor procedimiento que proporcionará el lazo jurídico de los consentimientos simultáneos o sucesivos de los que se adhieran". Según este autor, la existencia jurídica de la asociación "no es sino una fundación continuada"; *vid*. HAURIOU, *Principios ...cit*. pág. 522; el autor realiza una remisión a otra de sus obras: *L'institution et le droit statutaire*, 1906.

normativo)[132]. ROUJOU DE BOUBEE también cuestiona el carácter contractual del acto de constitución de la asociación y lo considera un posible supuesto de acto colectivo[133].

En nuestros días, DEBBASCH y BOURDON, consideran que esta calificación como contrato que la Ley realiza, a los efectos fundamentalmente de aplicar las reglas sobre libertad del consentimiento y responsabilidad contractual, es muy parcial, puesto que pone el acento en el origen de la asociación, sin atender al resultado del contrato, es decir, a la institución, a la cual da nacimiento[134]. Obras recientes se limitan a hablar -tomando la expresión del art. 1º de la Ley- de convención, y aplicar -eso sí, por imperativo de dicha Ley- las normas sobre la capacidad para contratar, etc[135].

España

En España, CLEMENTE DE DIEGO, siguiendo a GIERKE, explica que el contenido del acto constitutivo es la formación de una constitución, estatuto o regla fundamental de la asociación y por ello este acto no es un contrato, sino un acto colectivo unilateral, "que se parece al nacimiento de los seres físicos; los actos preparatorios anteriores se parecen a la gestación de estos"[136].

PELLISE PRATS, afirma que se trata de un negocio jurídico plurilateral no contractual, y en concreto un *acuerdo*, puesto que no hay contraposición de intereses entre los participantes, sobre la base de que, contrariamente a lo que sucede en los contratos, correspondiendo a la natural mutabilidad del elemento personal, el vínculo asociativo, permanece inalterable aun realizándose cambios

[132] RUBINO, *op. cit.*, pág. 66.

[133] ROUJOU DE BOUBEE, *op.cit*., págs. 53 a 58, especialmente esta última.

[134] DEBBASCH y BOURDON, *Les associations*,, *cit*., págs. 34 y 35.

[135] LANNEREE, *Les associations de la Loi de 1901*, *cit*., págs. 22 y 23.

[136] CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit*., pág. 214. Apunta de CLEMENTE DE DIEGO, además, un criterio de distinción muy interesante, pues repara en el caracter eminentemente contractual y personalista de la sociedad civil, en la que "no se dan en toda su pureza y fuerza" los caracteres que hacen que un grupo sea un todo unitario e independiente: "la subsistencia de la personalidad es menos fuerte en cuanto no resiste, como en las asociaciones o corporaciones, la renovación sucesiva de sus miembros", *ibídem.*

en el número y calidad de las personas a las que une[137]. A todo ello se añade la decisiva faceta del acuerdo como fuente de normas objetivas, llamadas a regir las relaciones entre los que lo alcanzan, "de tal suerte que puede calificarse como acto de derecho social emanado de la misma colectividad a la que va destinado"[138]. Reconoce PELLISE que tal calificación tampoco soluciona la cuestión por la falta de preceptos aplicables a esta teoría[139].

La teoría del *acto colectivo* encuentra acogida en CASTAN TOBEÑAS, quien, a diferencia del contrato, ve en el acto constitutivo de la asociación una única parte, aunque la representen varias personas, que actúan conjuntamente[140]. Igualmente ESPIN CANOVAS, aplica esta teoría al acto que nos ocupa, pues se trata de varias declaraciones de voluntad paralelas dirigidas a un mismo fin, y no de dos declaraciones contrarias que tienden a encontrarse, como ocurre en el contrato[141].

ALBALADEJO le otorga la consideración de *acto conjunto*, por ser la suma de unas voluntades paralelas encaminadas a un mismo fin y tendentes a satisfacer un interés común -en el caso de la asociación-, sin ánimo de lucro. A diferencia de la sociedad, en la que, según este autor, los sujetos intervinientes actúen como *partes*, es decir, no paralelamente, sino *unos frente a otros*, tendiendo principalmente a proteger cada uno sus particulares intereses en el

[137] PELLISE PRATS, *op. cit.*, págs. 70 y 72.

[138] PELLISE PRATS, *op. cit.*, pág. 72.

[139] Una aplicación actual de este concepto, si bien fuera del campo asociativo, es la realizada por TRUJILLO para explicar la naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía, en *LOAPA y Constitución*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1983.

[140] CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, tomo I, vol.2º, ed. de 1987, pág. 449, y en el tomo III de esta misma obra (16ª ed., en 1992, revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO), pág. 516, donde recoge la distinción germánica entre *Gesamtakt* y *Vereinbarung*. Esta opinión aparece ya en las ediciones anteriores. "Si el acto que contiene varias declaraciones de voluntad, es el resultado de la yuxtaposición de las mismas, y no de su entrelazamiento, de modo que no se condicionan recíprocamente, sino que concurren al mismo fin como suma de declaraciones de voluntad concordantes, se denomina "acto colectivo" o *Gesamtakt*; ...El *Gesamtakt* o acto colectivo, no es convención ni contrato, sino una suma de declaraciones de voluntad concordantes (como ocurre en la sociedad por acciones o la *asociación*) y el *Vereinbarung* o unión, es un acto jurídico que es convención, pero no contrato, y tiene por fin crear no una situación jurídica subjetiva, una relación particular individual y momentánea del acreedor y deudor, sino una norma permanente o una situación jurídica objetiva, un *status* (ejemplos de los cuales son el matrimonio y las convenciones colectivas de trabajo)".

[141] ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, Edersa, Madrid, 1982, pág. 448.

futuro desenvolvimiento del ente que se constituye, y por ello se trata de un contrato. ALBALADEJO dice que en este caso cada uno tiene la mira puesta en obtener la mayor participación posible en las ganancias que se prevén[142].

Por su parte, LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ no parecen pensar que haya un contrato, en primer lugar, por el interés no patrimonial, y en segundo lugar, por una peculiaridad en la formación del consentimiento. En efecto, según estos autores, en el caso de la asociación no son esenciales las declaraciones individuales para su constitución: "esta no es el producto del *encuentro* de todas ellas sino de una pluralidad en la que -a partir de tres- no cuenta cada una individualmente para la existencia de una nueva persona y sí sólo para conferir al declarante la condición de socio. Asimismo, desde su creación la nueva persona es independiente de los individuos que la componen en un momento determinado"[143]. Lo cual, puesto en conexión con su concepción del acto colectivo[144], revela una sustancial coincidencia con aquella teoría.

Una observación a la afirmación de que "no es el producto del *encuentro* de las declaraciones de voluntad", lo cual parece ser una implícita aceptación de la teoría del acto colectivo. A mi entender, tal

---

[142] ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil,* tomo I, vol.1º, *cit.*, pág. 398.

[143] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos...*, I-vol. 2, *cit*., pág. 291.

[144] Describen el acto colectivo como aquel en que "...las declaraciones de voluntad se disponen paralelamente una al lado de la otra, y no están destinadas a combinarse entre sí, como acaece en el contrato; ni son recepticias, en cuanto que no están dirigidas a los otros sujetos partícipes del acto, es decir, no se enfrentan la una con la otra. En el acto colectivo las declaraciones de voluntad son de contenido idéntico -a diferencia del contrato de cambio- y se suman, pero no se funden, hallándose unidas por un vínculo de mutua implicación"; *vid.* LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNANDEZ, *Elementos*...II-vol.1, *cit.*, pág. 511. En la primera edición (de 1977) de ese volumen, titulada *Derecho de Obligaciones, contrato y negocio jurídico intervivos*, en el cap. I, titulado *Panorama y Evolución del Contrato*, obra exclusiva de LACRUZ, había un interesante epígrafe titulado "Acto colectivo, acuerdo y acto complejo" (págs. 25 y 26), donde se desarrollaban las diferencias entre ambos. Ya en la edición de 1987, aparece considerablemente mermado y en la edición actual, que en este capítulo ha sido revisada por RIVERO HERNANDEZ, queda reducida a los términos citados. En esta edición, se conserva la división en actos colectivos homogéneos y heterogéneos; "los unos, resultado de la coincidencia de voluntades paralelas, dirigidas todas a un mismo fin; los heterogéneos, en cuya gestación puede haber lucha de voluntades divergentes, decidida por el principio de la mayoría...se llaman "deliberaciones" o "acuerdos", y tienen por función el adoptar decisiones comunes en asuntos de interés colectivo. ... La votación, no consiste, como en el contrato en un intercambio de declaraciones, sino en una suma de sufragios de que se hace cargo la presidencia. La diferencia más importante es que el acuerdo no requiere, de ordinario, unanimidad, como el contrato, sino que basta la mayoría de los votos, y la voluntad de la mayoría es norma para la minoría y para los abstenidos y los ausentes".

encuentro sí que se produce: otra cosa es que las declaraciones de voluntad no procedan de intereses enfrentados, pero lo cierto es que sí se unen en un haz común. Las líneas *paralelas* nunca se llegan a juntar y aquí sí que lo hacen, pues la declaración de voluntad que cada uno de los fundadores realiza, no sólo *tiene en cuenta la existencia de las otras*, sino que, aunque no pueda decirse que haya una oferta y una aceptación en el sentido que el art. 1262 del Código civil emplea para los contratos, sí que gravita sobre fenómenos de consentimiento; si asistimos a un proceso constitutivo, siempre hay un acuerdo, y de algún modo una oferta (por parte de quien tiene las iniciativas y las ideas, hacia los otros) y una aceptación, y no sólo en los tratos preliminares que suelen preceder a tales actos de constitución, sino en el acto mismo[145].

Críticas a la teoría del acto colectivo

En la propia doctrina alemana, de la que surgió la teoría del acto colectivo, voces autorizadas defienden la contractualidad del acto constitutivo, criticando aquella teoría.

Las objeciones de VON TUHR[146] a dos de los principales argumentos de la teoría del acto colectivo son muy convincentes. Respecto al argumento de que los efectos del contrato, al dar nacimiento a una persona jurídica, afectan a las relaciones jurídicas de los contratantes, mientras que el acto constituvo produce un efecto que excede los límites de la esfera jurídica de aquellos, opone la existencia de contratos en favor de tercero y el hecho de que el acto constitutivo no crea tan sólo la persona jurídica, sino las relaciones entre ella y sus miembros[147].

[145] En algunos casos, hay auténticas ofertas/aceptaciones que crean obligaciones concretas de algunos de los asociados frente a los otros: v.gr., cuando un o unos asociados se ofrecen o se les pide, v.gr., que desempeñen los actos necesarios para la inscripción de la asociación: esas personas aceptan y quedan comprometidas con los otros asociados en tanto no se haya inscrito.

[146] VON TUHR, *op. cit.*, pág. 140.

[147] En este sentido en España, PAZ-ARES, afirma que la dimensión de la sociedad civil -a la que se refiere su comentario- como contrato organizativo, no constituye una caracterización contrapuesta a la del contrato obligatorio: "...el contrato no surte sólo efectos obligatorios, sino que también despliega su eficacia unificando al grupo, tanto en el aspecto patrimonial (patrimonio separado) como en el aspecto de la actividad (capacidad de obrar). La dimensión organizativa del contrato de sociedad se compendia en la atribución de personalidad jurídica al conjunto de los socios". Lo que sucede, continúa el autor, es que si la sociedad se personifica, (lo cual no es necesario...) algunos aspectos de la relación obligatoria se reestructuran en el marco

En respuesta al argumento de que no se trata de un intercambio de declaraciones de voluntad, sino que estas son paralelas, resalta VON TUHR la dificultad de encontrar destinatario de tal declaración de voluntad conjunta[148], salvo que se considere que se trata de una declaración no recepticia. Por otra parte, se pregunta qué sucedería en el caso de que alguien que está de acuerdo con la constitución, pero no declara su voluntad a los constituyentes, sino a terceros o quizá a la autoridad del Registro: ¿debería considerarse constituyente? ¿no será acaso necesario el consentimiento de los otros constituyentes interesados?; de algún modo estos interrogantes resaltan que el paralelismo no es tan evidente. Por último, lo compara con la sociedad, de la que se afirma claramente su carácter contractual y no ve razones para afirmarlo en ésta y negarlo en aquélla.

Y en nuestro sistema, es fácil advertir la relativa utilidad de esta calificación, pues el acto colectivo no goza de un régimen jurídico propio. El interés de esta teoría se limita a una descripción técnica más precisa de la formación del consentimiento en el acto de constitución.

Por ello, la calificación del acto de constitución (y, como veremos del acto de ingreso) como *negocio jurídico especial* -a lo que me refiero a continuación-, parece imponerse como solución de compromiso.

ACTO CONSTITUTIVO COMO NEGOCIO JURIDICO *SUI GENERIS*

En Italia, RUBINO tras exponer las diversas teorías sobre la naturaleza del acto constitutivo[149], y aceptando la importancia del

unificado del grupo. En este sentido, puede afirmarse que la vertiente organizativa constriñe en cierto modo la vertiente obligatoria. Dicha constricción se advierte, sobre todo en la *actio pro socio*, a la que la existencia de la organización impone una función *subsidiaria*"; *vid. Comentarios...cit*. pág. 1.318.

[148] No puede ser el encargado del Registro porque entonces quedarían excluidas las asociaciones que no pretenden inscribirse.

[149] V.gr., el término *accordo*, adoptado por el art. 36 del *Codice* (se refiere al de 1865, que es concordante con los arts. 1326, 1327 y 1328 del *Codice* de 1942), dada la ausencia de tecnicismo

aspecto corporativo, critica a GIERKE por proscribir la utilización de la categoría negocial para calificar el acto constitutivo. En su opinión, se trataría simplemente de intensificar en el amplio esquema de negocio jurídico, la categoría de negocios de base asociativa, al lado de los negocios de base individualista[150].

BIANCA, a diferencia de GALGANO, estima que la falta del caracter patrimonial de la relación asociativa, excluye el carácter contractual, y lo considera una convención negocial[151]. También hablan de negocio VOLPE PUTZOLU[152] y URCIUOLI[153].

En España, como hemos ido comprobando tanto en la teoría como en la práctica, la (discutida) ausencia de patrimonialidad ha empujado a muchos autores, a tener que aceptar una calificación más difusa: se trata de un negocio jurídico *sui generis*, al que se le pueden aplicar algunas normas generales sobre los contratos, porque como dice CASTAN, "es indudable que las normas del mismo serán aplicables, en cuanto la analogía lo permita a relaciones familiares, sucesorias, etc., basadas en el acuerdo de voluntades"[154]. Es decir, aunque no sea un contrato en sentido técnico, como afirma MARIN LOPEZ, la constitución de las asociaciones es un "acto de naturaleza contractual, o por lo menos negocial", y por ello se encuentra sometida a las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1254 y ss. del Código civil, así como a los

en el empleo del vocablo por las leyes italianas, no suministra indicio alguno, según RUBINO, *op. cit.*, pág. 68.

[150] RUBINO, *op. cit.*, págs. 15 a 20 y 67 a 68.

[151] BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1978, pág. 328.

[152] Concretamente, de negocio donde conviven elementos contractuales y organizativos; *vid.* VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 194 y ss.

[153] URCIUOLI, *La tutela del singolo nei partiti politici*, Napoli, 1990, pág. 37 y ss..

[154] CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, tomo III, *cit.*, pág. 521. En el mismo sentido, PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en anotaciones a ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil*, tomo 1, vol. I, *cit.*, pág. 461; ALBALADEJO GARCIA, *Derecho civil*, tomo II- vol. 1º, *cit.*, pág. 370; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol.2, *cit.*, pág. 291; CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, págs. 514 y 515;

requisitos esenciales de validez del articulo 1261 y ss.[155] (a los que debe añadirse la forma; escrita, pero no necesariamente pública: cfr. art. 5.3 de la Ley vasca), con las especialidades que se derivan de la pluralidad de partes intervinientes en el acto de constitución de una asociación, especialidades que como es sabido, el Código desconoce"[156]. La constitución de una asociación, es un negocio jurídico plurilateral, que, además de ejercicio de derecho fundamental consagrado en el art. 22.1 CE, supone un acto de autonomía privada, y por ende, de libertad contractual[157]. Respecto a esto último, ciertos autores franceses que explican la asociación en clave contractual, consideran la libertad de autoorganización como un ejemplo de la llamada "libertad contractual"[158].

Aparte de otras dificultades menores tales como la adscripción a alguna de las clases de negocio jurídico, -¿a qué clase pertenecería el negocio de constitución: a los negocios patrimoniales, a los de familia, a los de derechos de la personalidad?[159]-, estas opiniones -y razón de más, las que hemos ido viendo del acto colectivo o complejo-, con ser correctos sus postulados teóricos, chocan con la ausencia de normas específicas para tal categoría de actos. Por ello,

[155] "*Al igual que para el resto de los contratos*, el negocio constitutivo de una asociación es válido y eficaz cuando concurren en él los elementos propios de todo contrato (art. 1261 CC), sin intermediación administrativa de ningún género"; *vid.* MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones, cit.*, pág. 34. Las cursivas son mías.

[156] MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca de asociaciones...", *cit.*, pág. 147.

[157] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, págs. 202 y 205.

[158] Una explícita toma de postura sobre este punto es la de ALFANDARI, en "Les associations: la dérive d'une liberté", *JCP,* éd. E. 1986, nº 39, *supplément*, pág. 35, que considera que como todo contrato, el acto de constitución está sometido al principio de autonomía de la voluntad en el sentido de que la libertad de contratar equivale a la de *crear o no una asociación* y la de contratación, a la de determinar el contenido de los Estatutos. Esta distinción está inspirada en la clásica distinción entre libertad de contratar y libertad de contratación a la que se refiere CARBONNIER, al decir que en "la voluntad humana es en sí misma, su propia ley, crea su propia obligación y a su virtud, los individuos tienen una doble libertad: contratar o no contratar, y determinar libremente el contenido de los contratos. Esta segunda es la llamada libertad contractual"; *vid.* CARBONNIER, *Droit civil,* tomo 4, *Les obligations*, Thémis, PUF, 1985, págs. 45 y 46.

[159] Recordemos, con palabras de DIEZ-PICAZO, que atendiendo a su contenido, los negocios de Derecho privado se clasifican en negocios jurídicos de Derecho Patrimonial, negocios jurídicos de Derecho de Familia y negocios jurídicos atinentes a los derechos de la personalidad; *vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit.*, pág. 74.

ha de optarse por la solución práctica de ver la aplicabilidad *ad casum*, y por analogía de los contratos.

I.B.2 CONSECUENCIAS PRACTICAS: APLICACION JURISPRUDENCIAL DE NORMAS GENERALES SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La mayoría de los autores se plantean la calificación de este acto, a los efectos de la aplicación de las normas generales sobre contratos del Código civil, y por ello quizá sea útil detenerse en aquellos casos en que la Jurisprudencia ha aplicado estos articulos a las asociaciones sin ánimo de lucro. Como ya adelanté, gran parte de los pronunciamientos se refieren a la relación asociación-asociado y no al acto de constitución. El interés de este enfoque práctico, queda ensombrecido por la escasez de Jurisprudencia sobre este punto: hasta fechas recientes, apenas si existen pronunciamientos sobre esta cuestión, y los habidos, versan en su mayor parte sobre el acto de ingreso o baja del asociado respecto a la asociación ya constituida, y no tanto sobre el acto de constitución en sí. Por ello es difícil obtener unos fundamentos teóricos consolidados.

Cierto es que, en ocasiones se habla de *contrato de asociación*, pero ello no es indicativo, pues se usa para referir realidades bien distintas: v.gr. contrato de aparcería (STS de 3-11-1870, Gaceta de 1-1-1871)[160], o el pacto que hacen dos personas para jugar en compañía dos billetes en las sucesivas extracciones de lotería pública (STS de 12-12-1873, Gaceta de 12-12-1873). En una sentencia más reciente (STS 9-10-1995, RJ 1995/7026), se habla de *contrato atípico de aportación* de inmuebles en forma de venta *y asociación* o sociedad para la construcción, figura a todas luces diferente de la asociación sin ánimo de lucro. En otras ocasiones, habla de "contrato entre particulares", -para referirse a la Asociación de agentes mayoristas de lubricantes-, pero es, justamente, para resaltar la carencia de

[160] Los demandantes habían formado "una asociación para adquirir en subasta una dehesa, obligándose a cederla a los asociados si se remataba a su favor". No es tan ajeno este ejemplo a la asociación: recordemos que LACRUZ BERDEJO trata de los contratos parciarios junto al contrato asociativo ordinario.

personalidad jurídica (STS 26-10-1977, RJ 1977/4936). Más cercana al tema, la STS de 20-6-1986 (Cont-adm, sala 4ª) habla de "*contrato de asociación* para cubrir el riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales"[161]. No obstante, se refiere a una modalidad asociativa muy concreta (el mutualismo laboral), realmente cercana al contrato de seguro y por ello no generalizable a todas las asociaciones sin ánimo de lucro.

En la conocida STS de 3-7-1979 (Cont-adm, sala 4ª) (RJ 1977/3183), -reiteradamente mencionada por su doctrina acerca del momento de adquisición de la personalidad jurídica- se dice que la misma se produce antes de la inscripción y "viene determinada por la *concurrencia de las voluntades de los promotores*", acto que denomina "*acto fundacional*", pero sobre cuya naturaleza jurídica no se pronuncia en absoluto. Doctrina reiterada en otras sentencias, como STS de 6-10-1984 (Cont-adm, sala 4ª) (RJ 1984/4738); STS de 14-1-1986 (Cont-adm, sala 3ª) (RJ 1986/34); STS de 2-11-1987 (Cont-adm, sala 3ª) (RJ 1987/7757), sin tampoco entrar en la cuestión de la calificación de tal concurrencia de voluntades o acto fundacional.

Por su parte, el TS en alguna ocasión aislada, ha aludido a la categoría del acto colectivo, pero no precisamente para designar el *pactum associationis*, sino, al contrario, la creación por ley de una Cámara oficial. La STS 5-11-1975 (RJ 1975/187) niega al Real Automóvil Club de España el carácter de Cámara oficial, acogiendo uno de los argumentos de la parte recurrente, que sostenía que el RACE era una simple asociación. Se basaba en las diferencias entre las asociaciones y las Cámaras, la más trascendental de las cuales es que las Cámaras

> "tienen su origen en un *acto colectivo* y se constituyen por una ley, y como emana de la Administración realiza un servicio público, y en definitiva es una Corporación de Derecho público y que ninguna de esas características aparecen en el Real Automóvil Club"

En la STS 6-3-1992 (RJ 1992/2398), relativa a la "Agrupación de viviendas arnedana", se utiliza esta categoría, si bien el TS, incurre

[161] Dicha sentencia plantea el supuesto de asociación obligatoria en el INSS (Mutua Laboral), que justifica en el caso de entidades o empresarios concesionarios o contratistas de obras o servicios públicos.

una *contradictio in terminis*, pues habla de "contrato conjunto ("*Gesamtakt*")". La incorrección terminológica parte del recurrente, pero el TS no parece reparar en ello[162].

La STS 6-2-1997 (RJ 1997/850) acoge abiertamente el concepto de negocio jurídico colectivo pero aplicado a los acuerdos tomados en el seno de la asociación ya constituida, por lo que se aleja del punto concreto que estamos analizando. Sin embargo, resulta interesante la descripción que de los mismos hace:

> "El acuerdo así alcanzado y que no fue impugnado corresponde a unos actos colegiados que se plasmaron en un negocio jurídico colectivo, integrado por la serie de declaraciones individuales, paralelas y coincidentes, en régimen de mayoría, que obliga a todos los asociados, en tanto no muestren su disconformidad y sea debidamente aceptada o estimada, para producir de esta manera la creación de un contenido unitario, vinculante de voluntades plurales, decisivo para la Asociación de que se trata y en cuanto actúa como regulador de sus relaciones internas"

En especial, la aplicación de los arts. 1274 y 1275 del Código civil

La STS de 2-12-1992 (RJ 1992/9992), hizo una aplicación de los preceptos del Código civil sobre la causa ilícita, calificando

[162] Por otra parte, basándose en el fondo (prevalencia del interés del conjunto sobre el individual), considera el TS que la conducta del socio fue en contra de tales intereses generales, y considera lícita la expulsión El FJ 4º se dice "...insiste este motivo (6.º) en partir de una apreciación de los hechos contradictoria con la que efectuó el Tribunal de apelación, y basada en criterio contrario a la naturaleza jurídica de la sociedad como contrato conjunto ("*Gesamtakt*") de varias personas que persigue un fin común, que fue conculcado por el recurrente a través de una conducta acreditada contraria a aquella finalidad común al preterir los intereses sociales, lo que trata de prevenir y sancionar el artículo invocado de los Estatutos, integrados en un contrato que, aunque societario, está dotado de los efectos obligatorios que establece el Código Civil (arts. 1254, 1255, 1256, 1258 y 1278, entre otros) como derivados de la autonomía de la voluntad contractual. Además, el invocado art. 1686 del Código Civil es inaplicable al supuesto litigioso, por no haberse ejercitado en este proceso acción de resarcimiento de daños y perjuicios. El motivo examinado, por lo tanto, ha de decaer también". De cualquier forma, al aplicarse a una figura societaria, no es tan decisivo para nuestro tema. Aunque se refiere a la relación asociado-asociación, cito en este apartado esta sentencia por el pronunciamiento que hace también del acto constitutivo.

abiertamente de contrato la constitución de una federación de asociaciones[163].

El TS, tras reconocer que, en teoría, la existencia de un Colegio profesional no impide la de una asociación profesional -pues las funciones son diversas y no tienen porqué tener forzosamente el mismo contenido estatutario-, sostuvo en aquella ocasión que

> "...siendo claros los términos del *contrato* por el que se constituye la Federación de Asociaciones Profesionales de Asesores de Inversión y Financiación de España, sin dejar duda alguna sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas, ... En efecto, la sentencia recurrida se atiene a los términos en que están redactados los Estatutos de la Federación, y de ellos llega a la conclusión de que la intención de sus constituyentes fue la de regular un Consejo de Colegios Profesionales, una vez que los compara en las atribuciones que por ley poseen éstos. Por tanto, ha tenido en cuenta la verdadera intención de los contratantes, considerándola como opuesta a las leyes (Constitución y Ley de Colegios Profesionales), que origina una causa ilícita de acuerdo con el art. 1275 del Código Civil. Así las cosas, es evidente que la Sala de apelación se atuvo al precepto invocado como infringido, y ha buscado la intención común de los constituyentes de la Federación, sin que en su labor hermenéutica se haya demostrado que ha obrado ilógicamente (FJ 3º)

La STC 5/1996, de 16 de enero, que resuelve el recurso de amparo contra la sentencia que declaró la nulidad de la inscripción y del contrato fundacional constitutivo de una Asociación Profesional, basándose dicha sentencia en una ilicitud civil de la causa que derivaría, a juicio de los órganos judiciales, de la pretensión de los

[163] La sentencia resuelve un recurso del Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en el que solicitaba la declaración de nulidad e inexistencia de contrato y nulidad de inscripción en el Registro administrativo correspondiente, de la Federación de Asociaciones Profesionales de Asesores de Inversión y Financiación de España. Aunque una federación sea distinta de una asociación ordinaria, considero que el razonamiento, en su caso, es igualmente aplicable.

asociados de constituir un "Colegio Profesional encubierto"[164], ha abordado específicamente la calificación -aunque no contenga un rotundo pronunciamiento- de la naturaleza del acto constitutivo, diferenciándolo expresamente además, de la naturaleza del acto de integración.

Respecto al fondo del asunto, el TC imputa a las sentencias recurridas que, al objeto de salvaguardar, equivocadamente, las competencias jurídico públicas de los Colegios Profesionales, cercenan el libre ejercicio del derecho de asociación profesional. Se aprecia, efectivamente, una vulneración del derecho fundamental de asociación: y en consecuencia, se otorga el amparo la Asociación profesional recurrente. Reafirma la que ya es repetida doctrina acerca de la compatibilidad entre colegios profesionales y asociaciones profesionales[165], pero lo importante, a los efectos que

[164] El citado recurso de amparo se interpuso contra la Sentencia de 9-11-1993 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, confirmatoria en apelación de la Sentencia de 2 marzo 1990 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Málaga, por la Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones.

[165] Paralelamente al tema de la aplicabilidad de las normas del Código civil, el TC entra en el fondo del asunto: averiguar si el hecho en sí constituye un ilícito civil o no. Al respecto sienta la siguiente doctrina: "Es, desde luego, innegable que la asociación para la defensa de intereses profesionales puede dar lugar a formas asociativas distintas, reguladas por el ordenamiento jurídico de modo específico. Es más, nada impide que el legislador, manteniendo esa base asociativa y a partir de la misma, atribuya ocasionalmente a ciertos colectivos profesionales el ejercicio de determinadas potestades públicas, para garantizar, en palabras de la STC 89/1989 (fundamento jurídico 5º) "no sólo la consecución de fines estrictamente privados sino esencialmente (...) que el ejercicio de la profesión -que constituye un servicio al común- se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio". Tal es el caso de los Colegios Profesionales, cuyo régimen jurídico queda reservado a la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 CE.

Por esta razón, este Tribunal ya declaró en su STC 67/1985, (FJ 3º) que el art. 22 CE "no comprende el derecho de constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social", y, en lógica coherencia, en las SSTC 89/1989 y 131/1989 se afirmó que los Colegios Profesionales constituyen una realidad jurídica de base asociativa y régimen particular distinta del de las asociaciones de naturaleza privada. Por su parte, en la STC 12/1987, se declaró que los estatutos de los Colegios Profesionales constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación de que trata el art. 22 CE y que la colegiación obligatoria "no impone límite o restricción al derecho de asociarse o sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliarse a las existentes" (fundamento jurídico 5º); mientras que en la STC 166/1992, se declaró que "la colegiación, máxime siendo obligatoria no excluye ni puede imposibilitar el ejercicio de los derechos de asociación (art. 22.1 CE)" (FJ 1º).

A la vista de cuanto antecede, debe concluirse que el reconocimiento constitucional de los Colegios Profesionales *ex* art. 36 CE no puede ser concebido como un límite, en positivo, al derecho fundamental de asociación, aunque pueda configurar la legitimidad de un deber de colegiación. Por más, pues, que pretendan asemejarse los estatutos de la Asociación Profesional recurrente a los de un Colegio Profesional, en este caso el de Agentes de la Propiedad

ahora nos interesan es que el Alto Tribunal se detiene a considerar si es constitucionalmente lícito, a tenor de lo dispuesto en el art. 22 CE, declarar judicialmente la nulidad y extinción de una asociación válidamente constituida, con arreglo a la Ley que regula ese tipo asociativo, e inscrita en los correspondientes Registros públicos, mediante la traslación de las previsiones legales contenidas en el Código Civil sobre la nulidad de los contratos con causa ilícita, y fundamentando esa ilicitud causal en el hecho de ser la asociación demandada un Colegio Profesional encubierto que incumple las exigencias de forma y contenido que para esa clase de corporaciones establece el art. 36 CE. La asociación actora era, efectivamente, una Asociación Profesional válidamente constituida con arreglo a lo dispuesto en la ley reguladora de esta particular modalidad asociativa (LAS y Decreto 873/1977, de 22 de abril), y de hecho, sus Estatutos habían sido aprobados por la autoridad administrativa competente, que ordenó las oportunas inscripciones en los registros públicos existentes al efecto. Las sentencias recurridas declaraban la nulidad del pacto fundacional mediante la aplicación de la teoría civil de ilicitud de la causa contractual a una asociación constituida[166], partiendo de la previa consideración de que el reconocimiento constitucional de los Colegios Profesionales *ex* art. 36 CE opera como un límite al derecho de asociación consagrado en el art. 22 del propio texto constitucional. El TC afirma que

> "Aunque el derecho de asociación requiere, ciertamente, de una libre concurrencia de voluntades que se encauza al logro de un objetivo común, no es constitucionalmente correcto identificar, en todo caso y sin matización alguna, ese pacto asociativo con un contrato civil, trasladando analógicamente la teoría general del

Inmobiliaria, es claro, que aquella Asociación privada no es, ni nunca podría ser, aunque lo pretendiese, un Colegio Profesional, por lo que la sola idea de calificarla como "Colegio Profesional encubierto", con el objeto de deducir de sus fundadores una voluntad fraudulenta que vicia de nulidad radical su pacto asociativo, decae en definitiva por sí misma, al presumir en los asociados una imposible capacidad jurídica para investir a su Asociación Profesional de unos atributos y potestades publicas que la ley reserva exclusivamente a los Colegios Profesionales" (FJ 10º).

[166] Hay que hacer notar que cuando en su momento se inscribió la asociación, ni los órganos administrativos, ni por ende, tampoco los órganos judiciales, habían apreciado que sus estatutos fuesen contrarios a lo dispuesto en su ley reguladora específica, o que existiese incumplimiento alguno de los requisitos esenciales para su válida constitución.

> contrato al derecho de asociación, pues, si bien es cierto que la sociedad civil o las asociaciones de interés particular a que se refieren los artículos 35.2 y 36 del Código Civil son una modalidad asociativa, no lo es menos que el derecho de asociación, en tanto que derecho fundamental de libertad, tiene una dimensión y un alcance mucho más amplio, que sobrepasa su mera consideración iusprivatista" (FJ 9º)

y acude a

> "las notorias diferencias existentes entre las sociedades civiles o mercantiles, sometidas, según su particular forma jurídica, a regímenes jurídicos diversos, de aquellas otras asociaciones -como la ahora actora- que persiguen fines *extra commercium* y cuya naturaleza es completamente distinta. Ni el pacto fundacional de estas últimas asociaciones se identifica plenamente con el concepto de contrato civil de sociedad, ni -como se dijo en la STC 218/1989 (RTC 1989/218)- el acto de integración en una asociación es un "contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el artículo 1256 del Código Civil, sino que consiste (...) en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no sólo jurídica sino también moral que constituye la asociación" (FJ 9º)

A la vista de estas sentencias puede hacerse un doble orden de consideraciones, relativas a la aplicación de los arts. 1.274 y 1.275 a las asociaciones sin ánimo de lucro y a la postura que el TC adopta *in genere*, respecto a la naturaleza jurídica de las relaciones de las que nos estamos ocupando en este capítulo.

En cuanto a lo primero, efectivamente, la aplicación a las asociaciones sin ánimo de lucro de las normas relativas a la causa de la obligación creada por el contrato, es una cuestión poco clara, por no decir que espinosa, que se encuentra con diversos obstáculos. A la propia dificultad que comporta la teoría misma de la causa, se añade en el caso de la asociación, la duda sobre si la ilicitud se entendería referida, efectivamente, a la causa (que no se sabe si

debería identificarse con el fin de la asociación, o con el fin perseguido por cada uno de los asociados), o *más bien, al objeto de la asociación*[167].

Como en otras ocasiones, la doctrina española no ha atendido aún a este particular y debemos acudir a la doctrina francesa. Y en ella se constata, que, incluso en un sistema como aquél, que califica abiertamente como contrato a la asociación, existen notables dificultades teóricas para la aplicación de la causa contractual; así SOUSI advierte que las nociones de objeto y causa en materia asociativa -empleadas en el art. 3 de la Ley -"*Toda asociación fundada sobre una causa o con un objeto ilícito, contrario a las leyes, la moral (bonnes moeurs), o que tengan por fin atentar contra la integridad del territorio nacional o la forma republicana de Gobierno, son nulas sus efectos son nulos*"-, tienen un contenido sensiblemente diferente al que les otorga el Derecho civil[168].

La causa aplicada a la asociación, según SOUSI, es el fin perseguido por las partes en el contrato o los motivos que les animan a contratar: el fin buscado por los asociados es la ventaja que esperan obtener del contrato de asociación. Como puede verse, se trata de una interpretación subjetiva de la causa y el propio SOUSI constata que "los motivos" son difíciles de aprehender, pues pueden variar según las personas, según el tipo de asociación o la época del contrato. Lo importante en cualquier caso, es que sean lícitos. El objeto de la asociación, al que se refiere también el art. 3 de la Ley

[167] El tema de la causa es complejo. Sólo por lo dicho en el texto, ya podría derivarse la discusión hacia la concepción subjetiva u objetiva de la causa, la diferencia entre causa ilegal y causa ilícita, la ilicitud de la causa o la ilicitud del objeto, etc.. Cuestiones todas ellas que superan el objetivo de este estudio y que por otra parte han sido objeto de numerosos estudios. Véase la indicación bibliográfica sobre la causa, incluida por LACRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, en *Elementos*...II-vol. 1, *cit*., págs. 448, 463 y 473; respecto a la diferencia entre *objeto* del contrato -entendido como interés o intereses que las partes regulan a través del contrato, la materia sobre la que el contrato incide- y *causa* del contrato -función económico-social del contrato que constituye el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial dimanante del negocio- puede verse la reciente monografía de SAN JULIAN PUIG, *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 45 a 52.

Respecto a la tradicional diferencia entre ilicitud de la causa e ilicitud del objeto, LACRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA muestran que en la práctica, "es innecesario determinar como se llama el objeto del contrato: lo importante es saber si la ilicitud tiene entidad suficiente o no para invalidarlo. La ilicitud afecta al conjunto de la *estructura contractual*..."; *vid. Elementos*...II-vol. 1, *cit*., pág. 471.

[168] SOUSI, *Les associations*, *cit*., nº 17, pág. 27.

francesa, ha de asimilarse, como dije en el capítulo anterior, no a la actividad estatutaria, sino a la actividad real.

Dicen LACRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA que la invocación de la causa, innecesaria en la mayor parte de los casos contemplados por los Tribunales y la doctrina, viene a ser un expediente cómodo para confirmar decisiones de equidad y equilibrio de intereses que, a falta de tal concepto, se hubieran fundado en las reglas generales de la contratación, la naturaleza del contrato en cada caso, o la voluntad implícita de los contratantes[169].

Pues bien, en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, la invocación de la causa, en mi opinión, es innecesaria, pues puede acudirse -e incluso es más correcto- a la ilicitud del fin (art. 3º de la Ley de Asociaciones) o de las actividades objeto de la asociación; en este sentido, el propio art. 22 CE habla de "*las asociaciones que persiguen fines o utilizan medios tipificados como delito*". A este respecto es muy interesante constatar que la Jurisprudencia francesa ha declarado en muchas ocasiones la nulidad de la asociación refiriéndose en la misma sentencia indistintamente a la ilicitud del objeto, y a la del fin, pero no suele mencionar el concepto "causa ilícita"[170].

I.C. NATURALEZA DE LAS RELACIONES ASOCIADO-ASOCIACION

I.C.1. POSICION DE LA DOCTRINA

[169] LACRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *Elementos*...II-vol. 1, *cit.*, pág. 499.

[170] Se han declarado nulas, por ilicitud del objeto, v.gr. una asociación de objetores de conciencia "que organizaba la resistencia contra las obligaciones militares" (*T.C. Seine*, 17-10-1934, *D.H.* 1934, J, pág. 596) o más recientemente, una asociación de madres y parejas que organiza la búsqueda de "úteros de alquiler" (*C.A. Paris*, 11-10-1988, *D*. 1988, I.R., pág. 275) y por ilicitud del fin, una asociación que promovía la caza con arco, por considerar que tal medio de caza era un instrumento prohibido por un Decreto de 1-8-1986 que desarrolla el art. 373 del *Code rural,* (*C.A. Paris, 1re. ch.* 27-2-1989, *Rev. trim. dr. com.,* 1989, 689 y ss,, comentada por ALFANDARI y JEANTIN); una asociación de personas que pretendían dedicarse a la acupuntura sin ser médicos, pues que ello constituye un ejercicio ilegal de la medicina (*C.A. Paris, 1re. ch*. 19-12-1989, *Rev. trim. dr. com*., 1990, 603, comentada por ALFANDARI y JEANTIN).

Como antes decía, la doctrina ha prestado relativamente escasa atención a esta relación asociado-asociación.

Respecto la posible calificación contractual de esta relación, valga lo dicho sobre la concurrencia de las notas configuradoras del contrato, a excepción de lo referido a la plurilateralidad, pues la relación que ahora analizamos es bilateral (asociación-sociedad). En la línea "contractualista", LLUIS i NAVAS califica el acto de ingreso en la asociación como "contrato de adhesión"[171], en el sentido de que la persona que desea ingresar, debe aceptar las reglas preestablecidas por la asociación en sus Estatutos, si bien la adhesión no suele estar impuesta por necesidades apremiantes (lo que sí sucede en otros casos de contratos de adhesión), por lo que no parece necesaria la aplicación de aquellas normas de protección a la parte más débil (normas de policía) que suelen regir en aquellos contratos.

GALGANO opina que además de las normas específicas que para las asociaciones se contienen en el *Codice*, la norma del art. 1.332, que regula la adhesión de una nueva parte al contrato, es aplicable a la adhesión de un nuevo miembro a la asociación y el art. 1.459 sobre resolución del contrato plurilateral, a la exclusión del asociado con la consiguiente resolución de su vínculo contractual singular[172].

En Alemania, FLUME considera aplicables las normas sobre contratos a los conflictos internos de la asociación: en concreto, los § 339 y ss. BGB sobre *Vertragsstrafen* (penas contractuales) y en concreto, sobre moderación de las penas contractuales (§343)[173].

También existen autores que califican esta relación con términos más amplios. Así CABALLERO LOZANO habla de un "negocio jurídico de afiliación" que tiene por objeto la constitución de un

[171] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 188, siguiendo a ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil*, tomo 1, vol. I, *cit.*, pág. 494. Es de los pocos autores que se ocupan de calificar este acto.

[172] GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, *cit.*, pág. 198.

[173] FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht*, I-2, *cit.*, págs. 334 a 339, en especial, 337. Sobre el punto concreto de las sanciones asociativas como penas contractuales, *vid.* VAN LOOK, *Vereinsstrafe als Vertragsstrafe*, *(Ein Beitrag zum inneren Vereinsrecht)*, Duncker&Humblot, Berlin, 1990.

vínculo entre socio y asociación o "si se quiere, la extensión del pacto que liga a los socios a un nuevo miembro"[174]. BERMEJO VERA niega rotundamente que el acto de "integración social" se trate de un puro contrato entre la asociación preexistente y el aspirante a socio, sino que se trata de la manifestación más pura y genuina del derecho fundamental de asociación, tanto se considere desde la perspectiva del aspirante a socio, como si se hace desde la asociación, es decir, de su "masa social", tanto desde la vertiente positiva como negativa de la libertad de asociación[175].

I.C.2. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

La Jurisprudencia se ha ocupado de esta relación, quizá con mayor detenimiento que del acto constitutivo, en concreto respecto a la aplicación de dos artículos del Código civil: el art. 1124 y el art. 1256.

El artículo 1124 del Código civil en relación con la expulsión de los asociados

Ya vimos que la configuración del acto de constitución como contrato (o cuanto menos, negocio jurídico) plurilateral descarta la aplicación del art. 1124, mecanismo resolutorio previsto para las obligaciones recíprocas y por ende, para los contratos sinalagmáticos.

Pero durante la vida de la asociación pueden plantearse, nuevamente, posibles supuestos de aplicación, ya que la relación ahora tiene solamente dos polos: la asociación y el asociados.

La expulsión de un asociado, efectivamente, podría plantearse, en teoría, como una resolución por parte de la asociación, fundada en un incumplimiento contractual previo del expulsado, con base en el art. 1124. El "incumplimiento contractual" consistiría bien en un incumplimiento de las obligaciones impuestas en los Estatutos o en

[174] CABALLERO LOZANO, "Consideraciones acerca de la relación jurídica entre socio y asociación", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993, pág. 227. No se plantea este autor la posible aplicación de las normas de los contratos.

[175] BERMEJO VERA, "La dimensión constitucional del derecho de asociación", *RAP*, nº 136, enero-abril 1995, págs. 127 y 128.

una conducta contraria a los mismos que sea acreedora de tal respuesta por parte de la asociación[176].

Así lo sostenía la parte recurrente en el proceso resuelto por la STS 8-7-1992 (RJ 1992/6266). Dicha sentencia estima el recurso interpuesto por una asociada del "Cuerpo facultativo del Instituto Dexeus" (asociación) e "Instituto Dexeus SA", y declara la nulidad del acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Instituto Dexeus que decretaba su expulsión. La decisión es de nuestro interés por cuanto el "Cuerpo facultativo del Instituto Dexeus" es una asociación, como se comprueba precisamente en los Fundamentos de la Sentencia. Según las sentencias recurridas, la expulsión era correcta pues se trataba de una resolución contractual basada en un previo incumplimiento por parte de la actora (asociada expulsada). La aplicación del mecanismo del 1124 eximía de todo otro procedimiento (en concreto de la audiencia a la expulsada en cuestión), máxime cuando tal acuerdo se tomó por unanimidad. Decía la instancia:

> "...la relación obligacional de Derecho Privado que liga a las partes, consistente en la integración en un Cuerpo prestigioso dentro de la medicina, con posibilidad de utilización de todos los medios que el Instituto pone a disposición de los facultativos, es evidente que la facultad resolutoria de los contratos que se ha aplicado en el caso de autos, está perfectamente admitida en nuestro Derecho, por cuanto que se dan los requisitos preceptivos, de la existencia de un vínculo contractual, la reciprocidad de las prestaciones, un incumplimiento grave por parte de quien se opone a la resolución, y que, todo ello, en relación con el litigio, demuestra la corrección de dicha resolución, ...circunstancias todas ellas que constituyen base suficiente

[176] Resolución *ex* art. 1124, que como explica MONTES PENADES es más una medida preventiva que represiva. Este autor refiere esta medida a los contratos sinalagmáticos "se trata de prevenir un injusto temible, consistente en que se haga prácticamente inalcanzable la contraprestación de la parte incumplidora, de modo que la prestación de quien ha cumplido quede en el patrimonio del incumplidor sin correspectivo"; *vid.* MONTES PENADES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol 1º, Edersa, Madrid, 1989, pág. 1188. Sin ser adecuada esta explicación para lo que sucede en las relaciones asociativas, sí que cabe predicar ese mismo caracter preventivo, en aras al bien común de la asociación. Pero esto tiene más conexión con el poder disciplinario propio de todo grupo organizado.

> para estimar que por la parte apelante se incumplieron gravemente las obligaciones que como miembro del "Cuerpo Facultativo del Instituto Dexeus" había asumido, incumplimiento que ha de considerarse de entidad suficiente para legitimar la resolución contractual decretada extrajudicialmente por dicho Cuerpo,..., en el caso del litigio, es procedente la decisión de una parte de resolver el vínculo obligacional cuando han acontecido las causas indicadas al amparo del art. 1124 CC..."

Sin embargo, el TS en el FJ 2º le da un tratamiento distinto de la mera resolución contractual: lo considera un auténtico expediente sancionador que requiere la imprescindible garantía de audiencia a la asociada cuya expulsión se pretende. En consecuencia, declara la nulidad de tal acuerdo de expulsión.

> "...es evidente que la decisión de dar de baja a la actora de su condición de médico como Miembro Activo, y luego como Miembro Asociado de las entidades codemandadas se produjo sin una tramitación del expediente oportuno, ... ni se tramitó el reglamentariamente prevenido expediente, ni se dio audiencia a la interesada, ni el cese fue acordado por el competente Consejo de Administración, ... todo lo cual supone la vulneración de unas elementales garantías a la hora de tomar las decisiones correspondientes de dar de baja como miembro de las entidades codemandadas, tratándose, como en el caso presente, de una sanción, la más grave, que pueda acontecer respecto a los derechos de los miembros de la Agrupación, como es el acuerdo sobre su expulsión, no cabe compartir que este supuesto no sea justamente uno de los que se considere necesario para tramitar el correspondiente expediente; necesidad esta que, asimismo, se cohonesta con la general información del principio de tutela efectiva y la necesaria audiencia que, a raíz del dictado del art. 24-1 de la CE, debe prevalecer en cualquier ordenamiento jurídico por el dogma, de elemental ajuste a ese mandato constitucional..."

Una diferencia manifiesta con el contrato ordinario -v.gr. compraventa-, es que la resolución por incumplimiento en este caso, no necesita de todo el procedimiento, garantías, etc. que se requieren en el caso de expulsión de un asociado. La razón es sencilla: en este último caso, lo que se ventila, lo que resulta directamente afectado, en su caso, es un derecho fundamental del expulsado, a diferencia de lo que sucedería con el comprador (o vendedor) incumplidor[177]. Esto es, aunque la exclusión de un asociado efectuada por parte de la asociación, podría explicarse en clave contractual, tiene una motivación más profunda: la exclusión que responde a un principio diferente: el poder disciplinario que es atributo inherente a toda asociación, poder que no es absoluto y está controlado por el poder judicial.

Aporta MARIN LOPEZ, una idea muy esclarecedora a este respecto:

> "la caracterización de la expulsión desde el punto de vista contractual ha de ser completada con la consideración del fenómeno asociativo desde el punto de vista institucional u organizativo: la asociación cuyo origen es contractual, constituye también una institución organizada sobre el modelo de lo público, con similares relaciones de poder entre los miembros y sus dirigentes, con sus leyes internas y sus órganos parajudiciales"[178]

En la STS de 7-10-1993 (RJ 1993/934), en la que se resolvía sobre la validez del acuerdo de una asociación (un Club Náutico) por el

[177] La bibliografía sobre la justificación de tales garantías, sobre la protección del asociado frente a los intereses de la asociación y -aplicada a este punto- sobre la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales o *Drittwirkung* empieza a ser muy abundante: desde los diversos trabajos de MARIN LOPEZ -"La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de expulsión de asociados, (Comentario a la STC 218/1988, de 22 de noviembre)", *Poder Judicial*, nº 14, junio de 1989; "El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados", en "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, entre otros- a BILBAO UBILLOS -"Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones", *RDPC*, nº9, Madrid, mayo-agosto, 1996 y de este mismo autor, *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997- y en especial para el punto de la *Drittwirkung*, con interesantes comentarios sobre las sentencias citadas, SALVADOR CODERCH, von MÜNCH, FERRER i RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales ...cit.*. No entraré en el estudio de todos estos puntos ni en la cuestión conexa acerca del alcance de la intervención judicial en los conflictos asociación-asociado.

[178] MARIN LOPEZ, Comentario a la STS de 24 de marzo de 1992, *CCJC*, nº 28, 1992, pág. 295.

que se daba de baja a un socio por impago de cuotas, el TS utiliza argumentos claramente contractuales: se apoya, -tal y como hacía el socio recurrente, al que da la razón- en preceptos del Código civil sobre contratos: el art. 1124 y el art. 1100. En efecto, la Junta Directiva había decretado dicha expulsión sin cumplir los trámites previstos en los Estatutos[179], por lo que estima el TS que

> "(hay infracción por parte de la asociación) del art. 1.124, porque el Club no disponía de la potestad de originar la baja del socio, sin haber cumplido previamente con lo que le incumbía; del artículo 1.100, porque la inoperancia del requerimiento notarial privó al socio de la condición de moroso"(FJ 4º)

Aplicación del art. 1256 del Código civil, también en relación con la expulsión de los asociados

El art. 1256 -"*La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*"-, es expresión de lo que se ha dado en llamar *necessitas*, uno de los principios básicos no sólo de los contratos, sino del Derecho de obligaciones: de la relación jurídica que liga al acreedor y deudor no pueden desligarse ni uno ni otro voluntariamente. El cumplimiento de las obligaciones queda sometido por su propio concepto a la *necessitas*[180].

Si consideramos que la relación asociación-socio es contractual, cuando aquélla expulsa a éste, también puede pensarse en una posible infracción del art. 1256 por parte de la asociación, debido a la ruptura por parte de la asociación del vínculo asociativo.

Sobre ello se pronunció la ya conocida STC 218/1988, referida a la expulsión de un asociado del "Círculo Mercantil". Con independencia del alcance de la intervención judicial en el fondo del conflicto, es fundamental la doctrina sentada por esta sentencia, que se pronuncia en los siguientes términos:

[179] En concreto, el de notificación fehaciente del requerimiento de pago, con plazo de cinco días para hacerlo efectivo, el cual en el caso, no había sido recibido.

[180] O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil, comentado...cit*., pág. 1147.

> "El acto de integración en una Asociación no es un contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el art. 1256 del Código Civil (CC) sino que consiste, como se ha dicho, en un acto por el cual el asociado acepta los Estatutos y se integra en la unidad no sólo jurídica sino también moral que constituye la asociación" (FJ 2º)[181]

Precisamente por esta razón, el TC no acepta el argumento de los asociados expulsados, que consideraban que con la expulsión, la asociación había infringido el art. 1256. Esgrimían que la libertad de asociación (en este caso, referida a la propia asociación) "no puede llevarse al extremo de dejar a la voluntad incondicional y exclusiva de una de las partes, en este caso la sociedad, la subsistencia del contrato respecto a los asociados". El TC considera que la sentencia recurrida que ordenaba la reintegración de los socios,

> "...efectivamente,...vulnera el derecho de asociación de la entidad recurrente *(la asociación que había expulsado a unos asociados)* en amparo en cuanto invade el derecho de autoorganización que comprende el derecho" (FJ 2º)

Al hilo del pronunciamiento sobre el art. 1256 en relación con la expulsión del asociado, el Alto Tribunal considera el ingreso del socio como un negocio jurídico especialísimo por el que el nuevo asociado aceptando previamente los Estatutos cuyo conocimiento es preceptivo y previo, se integra en la unidad no sólo jurídica sino también moral que constituye la asociación, con la que le une un vínculo jurídico específico[182]. No se sabe muy bien que pretende

[181] Los subrayados son míos. Otras sentencias sobre expulsión de asociados -STS 30-10-1989 (Club de Natación Reus Ploms); STS 16-12-1991 (Lliga de Catalunya de Mutilats y Viudes de la Guerra d'Espanya); STS 31-1-1992 (Sociedad Cooperativa de viviendas de Molnedo); STS 6-3-1992 (Agrupación de viviendas arnedana); STS 10-3-1992 (Asociación Club Naútico de Fuengirola); STS 24-3-1992 (Real Sociedad Central de Fomento de las razas caninas)-, no invocan formalmente, y tampoco recogen materialmente la doctrina sentada por dicha STC 218/1988, sino que deciden singularmente en cada caso, e incluso con criterio manifiestamente contrario como la STS 24-3-1992, que permite la "valoración del mérito del acuerdo, esto es si el juicio interno de interpretación y aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado" (FJ 3º).

[182] Todo lo dicho en texto se refería al caso de expulsión del asociado. El caso de baja voluntaria de un asociado -aunque sobre esa posibilidad no hay doctrina ni jurisprudencia- podría ser explicado como un supuesto de desistimiento unilateral; desistimiento unilateral aceptado en ocasiones por la Jurisprudencia para los supuestos de contrato sucesivo -v.gr. la STS 30-3-1992 (RJ 454/1992) "como ha declarado repetidamente esta Sala pueden resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes... Eso sí, la resolución unilateral podrá hacer surgir la

decir el TS con el concepto de "unidad moral", pero lo que se subyace, a mi entender, en esta postura, es la constatación de que junto a ese aspecto más *particular y limitado* de la relación asociación-asociado se encuentra esencial e inescindiblemente unida la *dimensión comunitaria*, orgánica, en la que aquélla relación se integra.

Esto tiene por principal consecuencia que, en las diversas vicisitudes de la relación asociación-asociado, por una parte, influirá decisivamente el criterio de prevalencia del interés general de la asociación sobre el interés particular del socio, y por otra, que en ocasiones se producirán respecto al asociado efectos que el contrato no produciría respecto a los contratantes, como el de someterle, sin su consentimiento y a veces contra él, a decisiones tomadas en la Asamblea general. Toda persona que se incorpora a una asociación está obligada a someterse al órgano representativo de la misma, órgano que tiene un poder de coerción sobre todos los miembros, dentro de los límites fijados por los Estatutos. Si la Asamblea, v.gr. decide elevar la cuota de los socios, y alguno de ellos se opone a dicha elevación, aquélla puede imponerse, de modo que agrava las obligaciones de los otros sin su consentimiento. Siempre le queda al asociado que no esté dispuesto a cumplir con esas condiciones, claro está, la posibilidad de darse de baja de la asociación. Todo ello sin embargo, es bien revelador de la peculiaridad que reviste la relación

---

obligación de indemnizar si se produce en contra de lo pactado o cuando en el propio pacto se prevea indemnización por el cese"; STS 25-3-1993, (RJ 2561/1993)- y discutido en la doctrina (en favor de su admisibilidad, *vid*. MANRESA y NAVARRO, *Código civil español*, tomo VIII, vol. 2º, Madrid, 1950, pág. 305, y más recientemente, DIEZ-PICAZO, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 432; en contra MUCIUS SCAEVOLA, "el contrato es irrevocable, salvo por el mutuo consentimiento o incumplimiento de él por una de las partes", en *Código civil*, tomo XX, Madrid, 1958, pág. 590, e implícitamente, ALBALADEJO, *Derecho civil,* tomo II-vol.1º, *cit.*, págs. 472 y 473. No me consta que nadie haya defendido esta posibilidad para el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, aunque es técnicamente pensable.

Sin embargo -y con ello se simplifica notablemente la cuestión- no es necesario acudir a esta fundamentación sino que el enfoque correcto es la vertiente negativa de la libertad de asociación. La diferencia es que el asociado puede darse de baja y en ese caso las obligaciones derivadas de su condición cesan *ex nunc*, pero no *ex tunc*.

La libertad negativa de asociación se traduce en la posibilidad de que el asociado en cualquier momento, sin necesidad de otra razón distinta de su libre voluntad, decida poner fin al vínculo jurídico que le une con la asociación, sin que ello comporte alteración alguna en la subsistencia del entramado de relaciones jurídicas que conforma la asociación, salvo en el caso extremo en que fuera el único asociado subsistente; su decisión daría lugar, lógicamente, a la extinción de la asociación. Es decir, extinguiría la "relación contractual" entre el asociado y la asociación, pero no el resto de relaciones que pudieran unir la asociación con otros asociados, ni la estructura asociativa en sí.

asociación-asociado en tanto que integrada en una estructura orgánica.

Conclusiones respecto a la aplicación de las normas sobre obligaciones y contratos a estas relaciones jurídicas

Respecto a la aplicación *in genere* de las normas sobre los contratos, como vemos, el pronunciamiento del TC en la STC 5/1996, es rotundo en su intención, aunque no lo es su expresión. Es el propio TC el que establece matizaciones, ya que si "...no es constitucionalmente correcto identificar, *en todo caso y sin matización alguna*, ese pacto asociativo con un contrato civil...", es que en algún caso y con alguna matización sí que puede considerarse o identificarse con el contrato civil. Del mismo modo si "...el pacto fundacional de estas últimas asociaciones (no) se identifica *plenamente* con el concepto de contrato civil de sociedad..." es que, en algún sentido se identifica. Quizá el TC no quiera decir más que lo que quiere decir: que no es un contrato en sentido estricto. Pero a partir de ahí, ya no profundiza más[183].

Semejante incertidumbre puede llevarnos a pensar que nos hallamos en un terreno movedizo. En mi opinión, la calificación de la naturaleza de estos actos es importante si de la misma se hace depender la aplicación de las normas del Código civil en materia de contratos[184]. Sin embargo, si se acoge la consolidada tendencia a considerar que la mayoría de las normas del Código que recogen la teoría general de los contratos son aplicables a todo negocio jurídico[185], tal calificación no es decisiva. Y precisamente en lo que la

[183] Sucede además que en este caso, las cautelas son sólo aparentes, ya que aunque no sean aplicables en sentido técnico las normas sobre ilicitud de la causa contractual, el TC sí que entra al fondo del asunto para declarar que no ha existido en este caso ilicitud.

[184] A modo de ejemplo, el acto constitutivo sería una excepción al principio de libertad de forma de los contratos (consagrado en el art. 1278 del Código civil), pues necesariamente ha de plasmarse por escrito en el "*acta en el que conste el propósito*..." (art. 3º Ley de Asociaciones). Si nos pronunciamos en contra de su naturaleza contractual, no hay nada que exceptuar, simplemente, no se aplica el Código civil, salvo que se haga por analogía.

[185] *Vid*. lo dicho *supra*. Además, según FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH, hacer depender el régimen jurídico aplicable de una institución (ellos se refieren a los Estatutos) de la calificación dogmática "resulta un planteamiento poco convincente, propio de la jurisprudencia de conceptos y que la misma experiencia comparada se encarga de desacreditar"; *vid. Asociaciones, derechos fundamentales...cit.*, pág. 123.

generalidad de la doctrina está de acuerdo es que se trata de un negocio jurídico consistente en una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, y que por tanto, exige capacidad de obrar y consentimiento válido de los declarantes (futuros asociados)[186]: esto es, un negocio jurídico, al que se le aplican las normas generales sobre contratos, excepto las pensadas para las obligaciones sinalagmáticas, que no serán aplicables al acto constitutivo, aunque sí pueden serlo al acto de ingreso y a la relación socio-asociación.

Lo deseable sería que la futura regulación de las asociaciones sin ánimo de lucro, contuviera un régimen completo de modo que no fuera necesario acudir al Código civil.

[186] Me baso en la definición de negocio jurídico de DE CASTRO, como "la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos"; *vid.* DE CASTRO, *El negocio... cit.*, pág. 34. Alude el autor a las relaciones asociativas como un ejemplo de relación negocial, pero que "no consiste sólo en exigencias contrapuestas, sino que origina ciertos deberes de cooperación, conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1.258 CC)", *op. cit.*, pág. 39. No obstante, también encaja en la definición de negocio jurídico de BETTI como "el acto por el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a al función económico-social que caracteriza su tipo"; *op. cit.*, págs. 52 y 53.

CAPITULO 5

ELEMENTO DE ORGANIZACION

La consecución del fin de la asociación comporta que la unión de personas sea organizada[1]. La necesidad de que la pluralidad de los miembros, unidos en torno a un fin, estén organizados para su consecución y funcionamiento, es resaltada por la mayoría de los autores (GARCIA PESARRODONA[2], DE COSSIO[3], LASARTE ALVAREZ[4], LOPEZ NIETO[5], DIEZ-PICAZO y GULLON[6]).

Hay quienes -PUIG BRUTAU[7], O'CALLAGHAN MUÑOZ[8], GARCIA VALDECASAS[9] o BASILE[10]- incluso, parten de que se

[1] Como dice COVIELLO, "...(S)i cuando varios individuos se proponen realizar un fin que no es individual, obrase cada uno por su cuenta, como si se tratase de un interés exclusivamente propio, es fácil comprender que el resultado sería casi nulo"; *vid.* COVIELLO, *Manuale di Diritto civile italiano, Parte Generale,* Milán, 1929, pág. 196.

[2] GARCIA PESARRODONA, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

[3] DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, I, *cit.*, pág. 217.

[4] LASARTE ALVAREZ, *Principios...*, tomo I, *cit.*, pág. 355.

[5] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit.*, pág. 40.

[6] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit.*, pág. 614: "La organización es nota esencial de toda asociación, distinguiéndola de un mero conglomerado de personas, y es el entramado normativo por el que se va a regir la actividad de los asociados en cuanto tales, entramado en que se contienen las prescripciones correspondientes a los órganos que van a dirigir y representar al ente jurídico creado".

[7] PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, vol I, Bosch, Barcelona 1987, pág. 286.

[8] O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La persona jurídica no lucrativa tipo asociación...", *cit.*, pág. 15: y *Compendio de Derecho Civil*, I, *cit.* pág.392 y O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1992, pág. 430.

[9] GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil, cit.*, pág. 255.

[10] BASILE, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas" en PREDIERI, GARCIA DE ENTERRIA *et al. La Constitución de 1978*, Madrid, 1980, pág. 301.

trata de "organizaciones formadas por conjuntos de personas"; otros como ALBALADEJO, hablan de una "unión organizada de una pluralidad de personas"[11]; en esta línea, PUIG i FERRIOL[12], estima que el fin de la agrupación de personas es la creación de una organización como medio para que la pluralidad de personas consigan sus fines.

Ya en el capítulo 3 se aludió a una peculiaridad de la organización de la asociación: su estructura corporativa. En este capítulo, trataré de dar una descripción de esta estructura corporativa y sus principios. Aludiré a una discutible característica de tal estructura corporativa de las asociaciones sin ánimo de lucro: la exigencia del funcionamiento democrático.

Por último, dado que la organización de la asociación se plasma en un elemento esencial, los Estatutos, a ellos haré -de modo paralelo al capítulo anterior-, una referencia en lo relativo a su naturaleza jurídica.

I. UN TIPO DE ORGANIZACION ESENCIAL A LA ASOCIACION: LA ESTRUCTURA CORPORATIVA

La asociación tiene una estructura corporativa -cuya esencia, según PAZ-ARES es la institucionalización y despersonalización del fin- y no personalista o contractual. De ello se derivan múltiples consecuencias o manifestaciones. Voy a referirme a cinco de ellas; cuatro expresamente citadas por PAZ-ARES -despersonalización, autonomía patrimonial total, régimen colegial, y existencia de órganos-, y una quinta, que se relaciona con la primera: la apertura del ente[13].

---

[11] Añade que del acto constitutivo surge dicho organismo social independiente, aunque aún no adquiera personalidad, la cual le advendrá -en un sistema de disposiciones normativas- cuando atestigüe haber cumplido los requisitos legales, siendo mientras tanto un ente de hecho; ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, tomo I, vol.1º, *cit.*, págs. 397 y 398.

[12] PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, pág. 385.

[13] Como material prelegislativo que constituye un ejemplo del intento de acogida legislativa expresa de esta estructura corporativa en materia de asociaciones, hay que citar el Proyecto de Ley Catalana de régimen jurídico de Asociaciones, de 14 de junio de 1994, en el art. 1º del Proyecto, al hablar de la naturaleza de las asociaciones, contiene también un concepto: "*En las asociaciones una pluralidad de personas se organizan corporativamente y de forma duradera para perseguir (assolir), sin ánimo de lucro un fin común de interés general o particular*"

1) Despersonalización del fin y en definitiva, de la estructura asociativa

En clara manifestación de la objetivación de la estructura asociativa frente al personalismo propio de la sociedad contractualista, la adhesión de un nuevo asociado no destruye la relación primitiva para crear otra nueva, pues lo que se hace es dar entrada al nuevo socio en la primitiva relación jurídica. Algo análogo sucede con la salida de un socio (por la razón que sea); respecto a los demás miembros no se disuelve *ipso iure*, ni por este sólo motivo tienen derecho a pedir la disolución[14]. Esta nota -con independencia de la postura que se adopte en torno al criterio de distinción entre asociación y sociedad- es resaltada por otros autores[15]. Tampoco un socio puede obtener por su sola petición la disolución de la asociación, a diferencia de lo que sucede en la sociedad civil, donde cabe la disolución *ad nutum* (arts. 1701.4º; 1705 y 1707 del Código civil).

2) Apertura de la asociación

No sólo es que haya una estructura despersonalizada, sino que es una estructura esencialmente abierta con "actitud receptora de

---

Este proyecto combina la concepción estructural o corporativa de las asociaciones con el criterio causal francés, de la falta de ánimo de lucro. "*Así, este artículo (el 1º) del Proyecto parte de la concepción estructural, es decir, corporativa de las asociaciones, pero también incluye el caracter causal, tradicional de la cultura latina, de exclusión del ánimo de lucro, a la vez que permite la constitución de asociaciones de interés general o particular. La cuestión, relacionada con el objeto de la asociación, relativa a si puede llevar a cabo una actividad económica, se resuelve admitiendo esta posibilidad, siempre que no constituya su objeto principal*".

Dice la Exposición de Motivos que el capítulo 2, relativo a la constitución de la asociación, desarrolla esta concepción estructural o corporativa de la asociación, haciendo del principio de libertad estatutaria auténtico eje vertebrador de lo que ha de ser el derecho de asociación en una sociedad abierta. Es decir: los Estatutos son un elemento fundamental de toda organización corporativa. El contenido de este capítulo se ocupa de la constitución de la asociación en relación con la personalidad jurídica y el Registro de asociaciones, las asociaciones no inscritas y la nulidad de asociación y los Estatutos. Cuestiones todas ellas muy interesantes, pero la Ley, a pesar de lo que anuncia la Exposición de Motivos, no aporta criterios claros que permitan reconocer la mencionada estructura corporativa: no se ve, por la simple aplicación de dichos artículos, en que se diferencia esta estructura de la de otras figuras.

[14] A diferencia de lo que sucede con el contrato de sociedad; *vid.* art. 1700. 3º en la nueva redacción dada al mismo por la LOPJM. La sociedad se extingue "...3º *Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y en el caso previsto por el artículo 1.699*"

[15] Así, aclara GARCIA VALDECASAS, que la existencia (de la asociación) como tal organización, "es independiente del cambio o sustitución de las mismas"; *vid.* GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil*, *cit.*, pág. 255.

nuevos socios"[16]. Es abierta, como explica CARPIO MATEO, no en el sentido de que cualquier persona pueda ser miembro de determinada asociación, pues ésta puede disciplinar, por vía de requisitos positivos o por vía de exclusión, ciertas categorías de personas "no gratas", sino en el sentido de que cualquiera que reúna esos requisitos y no incida en estas prohibiciones, está en condiciones de pedir su admisión como miembro[17].

Esta característica, que enlaza con la anterior, responde al principio de "puerta abierta", que es una nota tradicional, v.gr. en las cooperativas, y en términos generales, de las SA[18]. La Ley vasca acoge este principio expresamente en el art. 5º *("ofreciendo a otras personas su ingreso voluntario en dicha organización asociativa")*[19]. LACRUZ BERDEJO considera que la "apertura" es un elemento, podríamos decir "natural", en el sentido que generalmente concurre, aunque se podría eliminar la apertura a nuevos socios. Define la asociación *strictu sensu* como el "ente con finalidad no lucrativa fundado por un grupo de socios y -generalmente- abierto a la adhesión de nuevos socios"[20].

Con todo, esta apertura, por así decir "institucional", es compatible con que estatutariamente se condicione al cumplimiento de determinados requisitos (edad, sexo, cualificación profesional) el acceso de nuevos asociados, sin que ello pueda tacharse de

[16] HUALDE SANCHEZ, "La ley vasca de asociaciones. Ley 3/1988 de 12 de febrero de asociaciones", Ponencia presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996, pág. 7.

[17] CARPIO MATEOS, *op. cit.*, págs. 779 y 780. Sobre el pretendido "derecho subjetivo" a ingresar en una asociación determinada, *vid.* BILBAO UBILLOS, *Libertad de asociación..., cit.*. La Jurisprudencia alemana -según FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH, recurre como fundamento dogmático para limitar la autonomía estatutaria y decisoria en materia de admisión de socios a la causación extracontractual de un daño injustificado (§§ 826 en relación con el 823 II BGB). La declaración de responsabilidad en estos casos no trae consigo una obligación de reparar, sino una obligación de contratar; *vid. Asociaciones, derechos fundamentales...cit.*, pág. 107.

[18] La misma división del capital en acciones, facilita la movilidad de los socios; *vid.* SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit.*, pág. 217. Todo ello, con independencia de las limitaciones a la libre disponibilidad de las acciones, cfr. art. 63. TRLSA.

[19] La apertura de la asociación también era resaltada en la proposición de Ley del Grupo Parlamentario d'lniciativa per Catalunya – Els Verds (IC–EV) (BOPC n.º 8, de 28 de enero de 1996; admisión a trámite: Mesa del Parlamento, 23-1-1996), en su art. 5º: "1....*oferint a altres persones el seu ingrés voluntari en l'organització associativa que han constituït*". La Ley catalana finalmente no hizo mención expresa de este punto.

[20] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, págs. 280 y 281.

ilegalidad o discriminación. De todas formas, no me parece que la nota de apertura vaya necesariamente unida a la estructura corporativa ni sea una característica esencial en la asociación, sino como antes apunté, "natural". La prueba está en que otras figuras, tales como la SRL, de las que no se discute su estructura corporativa -sobre la base de que su estructura está compuesta por órganos deliberantes y de administración[21]-, *se admite su carácter cerrado*, que se manifiesta en que las participaciones sociales, que otorgan al titular la condición de socio, no pueden transmitirse libremente a personas ajenas a los socios (es decir, distintas a los socios), ciertos familiares o herederos o sociedades pertenecientes al mismo grupo[22]. Nada impide que en los Estatutos asociativos se fijen estas mismas limitaciones.

Intrínsecamente relacionado con este principio de apertura, entra en juego con toda su fuerza el principio de libertad negativa de asociación en el sentido citado por LACRUZ de que los socios fundadores no quedan "vinculados unos a otros en cuanto a su permanencia en la asociación (sólo si hay aportaciones previas el promitente estará obligado a entregarlas). Así en principio no se comprometen al fundar a seguir siendo socios"[23]. Todo esto es compatible también con la defensa del cumplimiento de obligaciones pecuniarias pertinentes (v.gr. pago de cuotas atrasadas) para no dar lugar a un fraude en perjuicio de la asociación.

---

[21] SANCHEZ CALERO, *Instituciones*...I, *cit*., pág. 443.

[22] Un estudio en profundidad de este punto, es el realizado por PERDICES HUETOS, "Las restricciones a la transmisión de participaciones en la Sociedad de responsabilidad limitada", en el vol. col. *Tratando (sic) de la sociedad limitada*, (coord. PAZ-ARES), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 488 a 615.

[23] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit*., pág. 291. Esto marca una diferencia esencial con la sociedad. Diferencia que quedaría diluida, si con QUESADA GONZALEZ admitimos para la sociedad civil, la disolución parcial. Según esta autora, junto a la disolución o denuncia ad nutum, que provoca la disolución total con la consiguiente desaparición de todos los vínculos contractuales y orgánicos que unen a los socios entre sí, por la cual cada uno de ellos pierde tal cualidad, "la disolución parcial (que) conlleva la ruptura del vínculo contractual y orgánico, pero sólo respecto de un socio. Esta puede producirse por la propia voluntad del socio, se habla entonces de separación; o de modo forzoso, si se obliga al socio a dejar de formar parte de la Sociedad como es el caso de la exclusión"; *vid*. QUESADA GONZALEZ, *Disolución de la Sociedad Civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 22 y 23.

3) Estructuración como persona jurídica plena, dotada de autonomía patrimonial total (limitación de responsabilidad)

Como premisa previa, diré que la expresión "personalidad jurídica plena" utilizada por PAZ-ARES, que parece tener reminiscencias francesas (*petite personnalité et gran personnalité*) no debe llevarnos pensar que sólo tienen estructura corporativa aquellas asociaciones que gozan de personalidad jurídica. Con independencia del momento y el modo de adquisición de tal personalidad jurídica, (cfr. capítulo 6), lo que es cierto es que las "asociaciones sin personalidad", no se diferencian de las "personificadas" por su estructura, precisamente, sino por otros datos[24].

Por lo que ahora importa, efectivamente, una las características propias de la estructura corporativa en el orden patrimonial, es que, *mientras los socios de una sociedad personalista tienen responsabilidad personalidad ilimitada, aunque sea subsidiaria*, por las deudas sociales (así sucede en el caso de la sociedad civil y de las sociedades mercantiles colectiva y comanditaria), *en el caso de las de estructura corporativa (tanto asociaciones, como SA, SRL, cooperativas, etc.) existe una incomunicación de patrimonios, con la consiguiente limitación de responsabilidad, por regla general*[25]. El carácter de despersonalización propio de estas estructuras, exige esta limitación de responsabilidad económica al patrimonio de la entidad. En el caso de las asociaciones se presenta como un estímulo para el movimiento asociativo: es claro que si la responsabilidad pudiera traspasarse al patrimonio de los asociados, a buen seguro se paralizaría.

Lo que sucede es que, así como en el régimen jurídico de las SA y SRL, existen normas que contienen una "disciplina rigurosa del capital como cifra de retención permanente del patrimonio social", no así en el de las asociaciones sin ánimo de lucro, fuera de la

[24] En el Derecho alemán, v.gr., las prescripciones respecto a la estructura contenidas en los §§ 26 a 53, son aplicables a todas las asociaciones, tengan "capacidad jurídica" o no.

[25] Así, v.gr., el cooperativista que causa baja puede seguir siendo responsable económicamente de las deudas de la cooperativa durante un periodo de tiempo no superior a cinco años desde la pérdida de su condición de socio, según el art. 71.2 LGC. No existe, evidentemente, ningún precepto legal, ni siquiera, hasta lo que yo sé, una construcción doctrinal que ligue de modo genérico, la estructura corporativa con la limitación de responsabilidad. Sea tal régimen de responsabilidad consecuencia de la estructura o no, es indudable que coinciden las circunstancias.

inscripción que en el Registro pueda haber del patrimonio inicial y del presupuesto anual (cfr. capítulo 6, en lo referente a la relación existente entre limitación de responsabilidad, personalidad jurídica e inscripción en el Registro).

4) Régimen colegial (mayorías, convocatorias)

Es igualmente revelador del alejamiento del esquema contractual-personalista, el hecho de que en ocasiones, se producen, respecto a los asociados, efectos que el contrato no produciría respecto a los contratantes, como el de someter a todos los asociados, sin su consentimiento y a veces contra él, a decisiones tomadas en la Asamblea general, así como el hecho de que la modificación de los Estatutos no requiere la concurrencia de las mismas personas que los redactaron; pueden hacerlo otras diferentes. Basta con que esté la asamblea general y se tenga el *quorum* necesario. Los Estatutos aprobados, al igual que sucede con la asociación en sí, se desvinculan de las personas concretas que los redactaron y aprobaron, al igual que pasa con las leyes.

5) Existencia de órganos

Respecto a la estructura orgánica que se observa en la asociación, con neta diferenciación de los órganos deliberantes (asamblea general) y de administración (junta directiva) (cfr. arts. 3.2 y 6 Ley de 1964)[26], conviene añadir que en la estructura corporativa, cada uno de sus miembros está privado de los poderes de gestión directa de una parte de sus intereses, (a diferencia de la estructura personalista, en la que cada uno de los componentes de la entidad asume o puede asumir todos los poderes del grupo, y cada uno tiene el poder de administrar, incluso con independencia de los demás miembros), poderes que se transfieren a los dos elementos que forman lo que IGLESIAS PRADA denomina "ejes estructurales mínimos que el Ordenamiento ha previsto como esenciales para determinados tipos sociales"[27], que son:

[26] PAZ-ARES, "Animo de lucro...", *cit.*, pág. 745.

[27] IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, pág. 109. Aunque el autor se centra en las sociedades anónimas, la cita es trasladable a todos los casos de estructura corporativa.

-la asamblea deliberante soberana, que adopta las decisiones del grupo sobre las competencias que le son propias, generalmente en virtud del principio de mayoría

-el ejecutivo; ejecuta la voluntad manifestada en la asamblea y representa al grupo en sus relaciones con terceros

Ensamblados ambos órganos en una relación duradera, estable, que asegure la aptitud funcional para la consecución del objeto[28].

Además de lo dicho, es discutible que necesariamente deba haber esa dualidad de órganos.

La Ley de Asociaciones de 1964 no impone de un modo claro o expreso la existencia de ambos órganos: no se pronuncia en términos imperativos del tipo "*deberá tener*" o "*deberá contar con los siguientes órganos*", aunque presupone que en toda asociación hay esta dualidad de órganos. El art. 3.5º exige que en los Estatutos consten "*los órganos directivos y forma de administración*", y en el art. 6.1º se dice que "*El régimen de las asociaciones, además de lo establecido en la presente Ley Orgánica, se determinará por sus propios Estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por su Asamblea General y órganos de dirección y administración dentro de la esfera de sus respectivas competencias*", y en el párrafo 2º "*El órgano supremo de las asociaciones será la Asamblea general...*"[29]. Por otra parte, no hace referencia a cuáles hayan de ser las competencias de cada órgano, sino que lo deja a la autonomía de la voluntad plasmada en los Estatutos, y en su defecto prevé la existencia de un Reglamento donde se detalle un régimen de funcionamiento supletorio.

Mucho más explícita es la Ley vasca, cuyo art. 12 dice que

> *"...sin perjuicio de la capacidad de organización, en todas las asociaciones existirán como mínimo, los siguientes órganos:*
>
> *a) una asamblea general de socios (...)*
>
> *b) un órgano colegiado o Junta Directiva (...)"*

[28] FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad...cit.*, pág. 162 y 163.

[29] El ALODA de 1997 mantiene unos términos prácticamente idénticos en el art. 11º dedicado al "Régimen de las Asociaciones":

"*1. El régimen de las asociaciones, además de lo establecido en la presente Ley Orgánica, se determinará por sus propios Estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por su Asamblea General y órganos de dirección y administración dentro de la esfera de sus respectivas competencias.*

2. Con caracter supletorio, las asociaciones habrán de ajustar su funcionamiento a las disposiciones reglamentarias que se dicten para la aplicación de la presente Ley Orgánica.

3. La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los socios, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna".

De la misma forma, el art. 12 de la Ley catalana que dice que

> *"En las asociaciones deben existir como mínimo, los siguientes órganos:*
>
> *1) Una asamblea general (...)*
>
> *2) Un órgano de gobierno que gobierne, gestione y represente a los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directrices de la asamblea general"*

Organo de gobierno que, como dice el art. 5 puede tener otros nombres tales como "junta de gobierno", "junta directiva" o cualquier otro que lo identifique. Las facultades de este órgano, según la Ley catalana, se extienden con caracter general a todos los actos propios del objeto social, sin perjuicio de que los Estatutos puedan determinar otros para los cuales se requiera la autorización expresa de la asamblea.

En Derecho alemán también se prevé imperativamente la existencia en el seno de la asociación de dos órganos: la asamblea de los miembros y el consejo de dirección[30].

Sin embargo, estimo correcta la opinión de MARIN LOPEZ, según la cual, el derecho fundamental de asociación consagrado en el art. 22 CE, implica que los grupos constituidos a su amparo gozan de absoluta libertad para organizarse del modo que tengan por conveniente, instaurando los órganos que les plazca (STC 218/1988), con el único límite de no adoptar estructura paramilitar (art. 22.5 CE)[31]. Esta libertad, que permite la creación de órganos arbitrales, comisiones, etc., permite también que las asociaciones no ajusten su funcionamiento interno a las pautas previstas por la ley para cada caso concreto, permitiéndose, v.gr., una asociación "asamblearia", carente de un órgano permanente y estable de representación externa, que se vale de apoderamientos singulares para cada

[30] Sin perjuicio de que pueda haber otros órganos adicionales; *vid.* SOERGEL-HADDING, *BGB, cit.*, §26, nº 1, §32, nº2.

[31] No en vano, la libertad de asociación se manifiesta también como libertad de autoorganización; tan importante se revela esta dimensión que ha sido calificada en sí misma de derecho fundamental de autoorganización. Efectivamente, como un derecho fundamental más lo analiza FERRER i RIBA, "Sobre la capacidad de derechos fundamentales...", *cit.*, pág. 155. De ser así, sería un ejemplo de derecho fundamental exclusivo de las personas jurídicas o entes colectivos.

negocio concreto que pretende realizar[32]. Pero siendo correcta esta propuesta, lo cierto es que la práctica impone la necesidad, cuanto menos, de la designación de un representante de la asociación que sea quien actúe en lo referente, v.gr. a la petición de subvenciones, quien firme los contratos que la asociación realice, etc. Es decir, es clara, en mi opinión, la necesidad de un órgano de representación.

I LA EXIGENCIA DE ORGANIZACION INTERNA DEMOCRATICA

La exigencia constitucional común a algunas asociaciones -partidos políticos (art. 6), sindicatos y organizaciones empresariales (art.7), colegios profesionales (art. 36), organizaciones profesionales (art. 52)- de la democracia interna -que comporta la participación activa y permanente, en pie de igualdad, en la adopción de las decisiones y en general, en el funcionamiento de la asociación- es de discutible extensión a la asociación en general.

En la STC 179/1994 con términos un tanto imprecisos, estima como denominador común de las citadas figuras, que justifica tal exigencia compartida el hecho de que

> "la base de estos entes es siempre social, sus órganos son de extracción social, sus intereses, por más que pueden ser también generales, son siempre y en último término, intereses sociales"(FJ 5º)

El TC al ocuparse de los casos en que sí debe darse tal estructuración democrática -en especial de los partidos políticos- se ha pronunciado abiertamente sobre dicha exigencia:

> "...tales exigencias se añaden y no sustituyen a las del art. 22, por situarse en un nivel diferente...; están en función de los cometidos que los partidos políticos están llamados a desempeñar institucionalmente..."(STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 2º)

Recientemente la STC 56/1995, de 6 de marzo ha abordado el tema con una encomiable amplitud[33]:

---

[32] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, pág. 210.

[33] Sentencia que ya ha sido objeto de varios comentarios: SOLER SANCHEZ, "El derecho de participación democrática en los partidos políticos como derecho susceptible de amparo

> "...a diferencia de lo que sucede en otros tipos de asociación, en el caso de los partidos políticos, dada su especial posición constitucional, ese derecho de autoorganización tiene un límite en el derecho de los afiliados a la participación en su organización y funcionamiento" (FJ 3º)

Esta exigencia adicional para algunas modalidades asociativas, según el TC

> "... se añade, por consiguiente, a las tres ya conocidas (derecho de asociarse, derecho de no asociarse y libertad de autoorganización) como límite específico... . Es decir, se trata de una especialidad, que afecta al alcance del tercer elemento del contenido esencial del derecho fundamental hasta el punto de constituir un elemento nuevo o una cuarta dimensión en sentido estricto del mismo"
>
> "...la exigencia constitucional de organización y funcionamiento democrático no sólo encierra una carga impuesta a los partidos sino que al mismo tiempo se traduce en un derecho o conjunto de derechos subjetivos y de facultades atribuidos a los afiliados respecto o frente al propio partido, tendentes a asegurar su participación en la toma de decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos"(FJ 3º.a)

La democracia interna se justifica en estos casos, según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA por la función atribuida a estas entidades de canalizar y facilitar la participación política[34].

Respecto a la pretendida generalización de este requisito a todas las asociaciones sin ánimo de lucro previstas en el art. 22 CE, aunque algunos autores parecen favorables a su exigencia -FERNANDEZ FARRERES[35] y CAPILLA RONCERO[36]- la respuesta

constitucional (acerca de la STC 56/1995, de 6 de marzo)", LI-612, *RGD*, 1995, pág. 9791-9798; GALLARDO MOYA, "Derecho de asociación y exigencia de democracia interna de los partidos políticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo)", *RDPC*, nº 8, 1996, pág. 237 y ss.; FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH, en *Asociaciones, derechos fundamentales...cit.*, págs. 74 a 88, si bien lo abordan desde la perspectiva del control judicial de la escisión de un partido político.

[34] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación, cit.*, págs 209 y 210,

[35] Si bien con una postura bastante matizada: "no me parece -afirma este autor- que pudiera tacharse de rigurosa inconstitucionalidad el que una futura Ley Orgánica de Asociaciones, en desarrollo directo del artículo 22 de la Constitución, introdujera, para todas con carácter

negativa al interrogante, es mantenida recientemente por MARIN LOPEZ[37], LUCAS MURILLO DE LA CUEVA[38] y BILBAO UBILLOS[39],

Según esta corriente, fuera de los casos citados en la Constitución -partidos políticos y sindicatos, organizaciones empresariales, colegios profesionales y organizaciones profesionales- *tal requisito no es esencial a la asociación.* La organización puede no ser democrática, sino jerárquica, con socios sin voto, etc., pero siempre y en todo caso deberá respetar *"la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad"*, fundamentos del orden político y de la paz social, según el art. 10.1 de la Constitución. Y en todo caso, los miembros de la asociación no quedan desprovistos de todo derecho frente a ellas:

> "...como todos los derechos fundamentales, (el derecho de asociación) está sujeto a límites una parte de los cuales viene determinada por las garantías de que gozan los miembros del ente asociativo, lo que no es incompatible con el sustrato voluntario de este último" (ATC 231/1991, de 4 de julio)

Garantías que se manifiestan, v.gr. en el caso de la expulsión del asociado y en el ejercicio del poder sancionador y la posible intervención judicial en los conflictos endoasociativos[40].

---

general, o sólo para determinado tipo o clase de asociaciones no especiales, la exigencia de que "su organización y funcionamiento deberán ser democráticos". Otra cosa es que tal previsión sea o no deseable -más lo último que lo primero, en mi opinión- pero desde el punto de vista de su constitucionalidad no creo que se planteara una problemática excesivamente difícil de solucionar"; *vid.* FERNANDEZ FARRERES, "Las asociaciones profesionales de jueces y magistrados", *REDA*, 35, 1982, pág. 649, nota (18), opinión recogida posteriormente en *Asociaciones y Constitución*, *cit.*, págs. 196 a 198.

[36] CAPILLA RONCERO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...cit.*, págs. 1810 y 1811, que considera aplicables por analogía, a las entidades de gestión de los derechos de autor, los arts. 7, 36, y 52 de la Constitución, de modo que les sería exigible este requisito.

[37] MARIN LOPEZ, en *Comentarios a la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuario*s, comentario al art. 20, Civitas, Madrid, 1992, págs. 540 a 543. Aunque el marco de su comentario esté limitado a este tipo de asociaciones la doctrina que aduce es aplicable a las asociaciones sin ánimo de lucro en general.

[38] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, págs 209 a 211.

[39] BILBAO UBILLOS, *Libertad de asociación...cit.* pág. 13.

[40] Respecto a este punto íntimamente relacionado con la cuestión de la llamada "eficacia horizontal" o *Drittwirkung* del derecho fundamental de asociación, puede verse el análisis que

El Derecho positivo, a primera vista, parece dar la razón a la postura afirmativa ya que, algunas leyes ordinarias postconstitucionales en materia de asociaciones, exigen este requisito en supuestos no previstos por la Constitución, en especial la LGDCU, en su art. 20 y la propia Ley de Asociaciones vasca, que la impuso con alcance general a todas las asociaciones comprendidas en su ámbito de aplicación (art. 2.4º), lo cual fue objeto de crítica por la doctrina[41]. También siguió estal línea la Ley catalana ("*La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo* (art. 2.2)")[42]. Por su parte, el ALODA de 1997, adopta esta misma postura, al decir que

> *"La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación integrado por los socios, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna"*

SALVADOR CODERCH y FERRER i RIBA hacen de tres sentencias del TC: STC 218/1988, de 22 de noviembre, que mantiene el criterio de revisión judicial del acuerdo de expulsión, a los efectos de comprobar si ha existido una "base razonable" para que los órganos de las asociaciones tomasen la correspondiente decisión; STC 96/1994, de 21 de marzo, que admite la revisión judicial plena del acuerdo de expulsión del socio de una cooperativa de viviendas; STC 56/1995, de 6 de marzo, sobre control judicial de la expulsión de miembros de partidos políticos; *vid. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 55 a 89; sobre la primera de las sentencias, *vid.* también MARIN LOPEZ, en "La intervención judicial en los conflictos endoasociativos..."*cit.* Este mismo tema es abordado también por BILBAO UBILLOS, *Libertad de asociación...cit.*

Desde el punto de vista normativo, esta concepción tuvo su reflejo en el citado Proyecto (en concreto en el capítulo 1) de Ley catalana de 1994 -no en vano SALVADOR CODERCH tuvo una decisiva influencia en el mismo- en cuya Exposición de Motivos se alude expresamente al reflejo en dicho proyecto de la "eficacia entre particulares de las normas de la Constitución española sobre derechos fundamentales. Estas normas no sólo vinculan a los poderes públicos sino también a los particulares, pero la intensidad de esta eficacia es diferente en un caso y el otro. La redacción empleada obliga a la interpretación de esta ley, como de cualquier otra, dentro del marco de los valores constitucionales y significa la incorporación explícita de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares". Cabe hacer la misma crítica que en el caso de la anunciada "estructura corporativa": fuera de la mención del art. 3.2 -"*Ninguna asociación puede organizarse o actuar de forma contraria a la dignidad de la persona*"-, no se encuentran en el capítulo 1, otras normas que respondan claramente a ese carácter". La Ley de 1997 no se refiere expresamente a dicha concepción, aunque *de facto* tiene el mismo contenido: ha de imperar la solidaridad en el modo de unirse (art. 2.1); en el funcionamiento interno, además de la democracia ha de imperar el "pleno respeto al pluralismo" (art. 2.2), etc.

[41] En especial MARIN LOPEZ, respecto a la previsión de la LGDCU, en *Comentarios a la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, op. y loc. cit.*, que incluye también una crítica a la Ley Vasca...", *cit.*, pág. 121 a 153.

[42] El Proyecto de Ley catalana de 21-6-1994, sólo exigía el requisito de la democracia interna a las asociaciones que gocen de una posición dominante en su ámbito de actividades: "*Article 3. 1. Les associacions que gaudeixen d'una posició dominant en el seu àmbit d'activitats han d'organitzarse i funcionar democràticament*".

En Francia, la Jurisprudencia, ha añadido al concepto un elemento que no aparecía en la definición del art. 1º de la Ley de 1901: la igualdad entre los miembros[43], que encuentra su fundamento en el caracter democrático esencial a la asociación: la aportación debe ser realizada por todos, la permanencia con la cual ha de hacerse dicha aportación ha de ser constatada por todos, y todos los socios deben tener un fin idéntico que no sea el reparto de beneficios[44].

Por lo demás, una especificación del principio democrático en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, es que impera, como en otras estructuras de Economía social la máxima "una persona, un

[43] La Jurisprudencia afirma, que en principio todos los asociados tienen los mismos derechos y la misma situación en la asociación: sus intereses son convergentes y participan en pie de igualdad en la actividad asociativa y la realización del objeto; *vid. C.A.* Aix-en-Provence, 11-3-1985, recogida y comentada por ALFANDARI y JEANTIN, en *Rev. trim. dr. com*. 1985, nº 20, pág. 779. Aclaran estos autores que los estatutos pueden -contractualmente- reducir, aunque sin hacerlos desaparecer totalmente los derechos de ciertos miembros. En este mismo sentido, *TGI* Paris, 17-11-1987, recogida y comentada por ALFANDARI y JEANTIN, en *Rev. trim. dr. com.* 1988, nº17, pág. 225.

BEHAR-TOUCHAIS, voz "Association", *cit.* llama "independencia" a este elemento y aclara que toda subordinación jurídica entre los asociados excluiría el carácter contractual que como vimos en el capítulo anterior, tiene la asociación. "De este modo, la distinción entre el contrato de asociación y el contrato de trabajo es relativamente fácil de hacer en la medida que la noción de independencia e igualdad de los miembros caracteriza el primero y el vínculo de subordinación jurídica el segundo. Cita varias sentencias en las que la *Cour de Cassation* ha calificado de asociación el contrato entre dos kinesiterapeutas (Soc. 21-11-1979, *Rev. trim. dr. com.* 1980, 357) o incluso el contrato que liga a los médicos del grupo S.O.S., (Soc. 21-1-1987, *Rev. trim. dr. com.* 1988, 86, nº 14) porque las condiciones de ejercicio de la profesión demostraban su independencia respectiva.

[44] Como el fundamento del principio de igualdad es contractual, el mismo contrato puede contener limitaciones y exenciones a ese principio; en este sentido, ALFANDARI y JEANTIN, en *Rev. trim. dr. com.* 1985, nº 20, pág. 779, *cit.*. No hay entonces necesidad de invocar un pretendido carácter democrático de la asociación para justificar el principio de igualdad, como hacen algunos autores -BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, nº 192, pág. 85- y algunas sentencias, como la ya citada de 17-11-1987 -"...la concepción democrática que inspira la Ley de 1 de julio de 1901 demanda, respecto al interior de una asociación regida por sus disposiciones, el principio de igualdad de sus miembros...", dice la sentencia- lo que haría más dificultosa la modificación de este caracter de igualdad.

Sin embargo, REIGNE explica que "en el caso de la asociación, el contrato es una vestidura jurídica con la que un grupo formado por el ejercicio de una libertad pública se ha revestido se ha revestido. El Legislador ha asentado esta libertad pública sobre la libertad contractual"; *vid.* REIGNE, "Les clauses statutaires éliminant ou restreignant le jeu de la démocratie dans les associations", *Rev. soc.*, 1990, pág. 380. El autor analiza seguidamente los abusos a los que puede dar lugar las restricciones -con base en la libertad contractual-, de la democracia y la igualdad en el seno de la vida asociativa, para concluir que "Si los principios generales del Derecho de obligaciones y el Derecho de asociaciones no son garantes de la democracia en las asociaciones, la Jurisprudencia puede encontrar los instrumentos que le permitan limitar, e incluso, eliminar los efectos de las cláusulas estatutarias injustas..."; *vid. op.cit.*, pág. 393.

voto" (cfr. capítulo 3). Por ello no debe admitirse la posibilidad de que cada socio tenga derecho a un voto en relación a la suma que pague como cuota mensual, de modo que los paguen una gran cantidad tengan un número de votos mayor que el resto. Ello supondría que la voluntad de la asociación estaría representada por un número limitado de socios. A diferencia de lo que sucede en las sociedades mercantiles, lo que se persigue es que prime la voluntad de la mayoría de los miembros de ellas (este es una posible explicación de la expresión del TC de que "prima la unión de personas sobre la unión de capitales", a la que me referí en el capítulo 3.

III. LOS ESTATUTOS COMO PLASMACION DE LA ORGANIZACION DE LA ASOCIACION

III.A. CONCEPTO Y NECESIDAD DE LOS ESTATUTOS EN LA ASOCIACION

Introducción

El funcionamiento de todo grupo social, por espontáneo que parezca, reclama una "ley", unas reglas, que lo rijan y organicen, si quiere llegar a la finalidad que se propone. Esta "ley" establece los principios según los cuales debe conducirse el grupo y las sanciones a imponer en el caso de inobservancia de los mismos. En un sentido muy amplio, la "regla o norma que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo" es lo que se denomina Estatuto[45]. En este sentido amplio se puede aplicar a cualquier colectividad organizada de personas: desde una Comunidad Autónoma a una Corporación profesional. La observación del común denominador de las figuras que poseen Estatutos, permite concluir que la necesidad de los mismos viene determinada por el elemento de *organización* de la colectividad para un fin de carácter permanente.

Sin embargo, si se desea obtener un concepto más depurado de Estatutos, hay que añadir otra nota: su origen interno. Los Estatutos son elaborados directamente por los que van a estar sometidos a aquellos. El fundamento de su obligatoriedad -incluidas las posibles

[45] Voz "estatuto" en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

sanciones a su contravención- está en la sumisión de todos los miembros a un organismo creado por su propia voluntad, o al que se adhieren libremente[46]. En la asociaciones sin ánimo de lucro esa norma recibe el nombre, también, de Estatutos. LLUIS i NAVAS define los Estatutos asociativos como "regla superior interna dotada de fuerza de ley para el gobierno de una asociación"[47], a lo que añade LOPEZ-NIETO que "son el esquema formal de la viabilidad jurídica de la asociación"[48]. Constituyen, en definitiva, la organización fundamental de la asociación, una suerte de "Ley fundamental o Constitución" de la asociación[49], pues como decía SANCHEZ ROMAN, "en los estatutos está la entraña de la asociación"[50].

La necesidad de su existencia en la asociación, así como su función reguladora del régimen jurídico de aquélla, se refleja en las respectivas Leyes de asociaciones y ha sido puesta de manifiesto por la Jurisprudencia[51].

[46] Puede ilustrar este punto la opinión de MICHOUD: "Hay en toda persona moral una especie de vida interior que está reglamentada por la persona moral misma en la medida en que la legislación general le deja el derecho de hacerlo. Este poder interior emana directamente de la existencia misma del grupo organizado; no se crea por la ley; es sólo reconocido y delimitado por ella. Es una parte de autonomía, de independencia que es, no dada, sino dejada al grupo. Este poder comprende, en una medida más o menos amplia, el derecho de reglamentar por estatutos las relaciones internas del grupo (nombramiento, revocación y competencia de los órganos, derechos y obligaciones de los miembros en lo que concierne a la vida corporativa); y el derecho de aplicar estos estatutos a los miembros y órganos del grupo"; *vid*. MICHOUD, *La Théorie de la personalité...cit.*, pág. 2. El párrafo transcrito es revelador de la teoría de la institución que el autor mantiene respecto a la naturaleza de la asociación, y en ese sentido, hay que interpretarlo. Sin embargo, estimo que sirve para fundamentar el poder estatutario en sentido estricto.

[47] Autor que mantiene la naturaleza contractual del acto de constitución de la asociación y del vínculo por el creado; precisamente lo que diferencia el vínculo asociativo de otros vínculos jurídicos, como v.gr. el arrendamiento, es que da lugar a una relación orgánica "es difícil concebir que un sujeto colectivo pueda ejercer sus derechos y obligaciones si no es por medio de un órgano que le represente y este órgano requiere organización"; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones, cit.*, págs. 97 y 119.

[48] LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación..cit.*, pág. 391.

[49] GARRIGOU-LAGRANGE, dice que los Estatutos son para la asociación lo que la Constitución es para el sistema político estatal; *vid. op. cit.*, pág. 45.

[50] SANCHEZ ROMAN, *op. cit.*, pág. 147.

[51] Los Estatutos juegan un especialísimo papel en algunos países del entorno europeo, como Suecia, donde, a pesar de que los arts. 2 y 20 del capítulo 20 de su Constitución de 1974, reconocen el derecho de asociación, no hay Ley formal reguladora de las asociaciones. Estas se rigen por sus propios estatutos (ya se trate de una "asociación" que no incluya mas que a dos personas, de una "asociación" en el marco de un fideicomiso, o de una "asociación" como el sindicato sueco L.O. que reúne a cientos de miles de miembros). En caso de litigio con terceros,

Comenzando por las Leyes, vemos que la Ley de Asociaciones de 1964 los considera un elemento esencial de la asociación, pues la constitución de la misma se da cuando *"varias personas naturales...acuerden voluntariamente servir un fin determinado y lícito según sus Estatutos"*. Su misión es determinar su régimen jurídico:

> *"1. El régimen de las Asociaciones reguladas por la presente Ley se determinará por sus propios Estatutos y los acuerdos válidamente adoptados por su Asamblea general y Organos directivos dentro de su respectiva competencia. ..."*

La Ley vasca de 1988 contiene incluso un concepto de Estatutos:

> *"Los Estatutos de cada asociación son el conjunto de reglas establecidas mediante el acuerdo constituyente a que se refiere el artículo anterior, que disciplinan el régimen interno de la organización asociativa y del desenvolvimiento para la consecución de sus fines" (art. 6º)*

La Ley catalana de 1997 prevé, igualmente que

> *"El régimen interno de la Asociación se regulará*
>
> *a) por sus Estatutos y los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de la asociación siempre que no estén en contradicción con las normas preceptivas de esta ley..." (art. 3º. 2)*

Prueba de la importancia que la esta Ley da los Estatutos y a la libertad en su redacción, es que el Preámbulo proclama que

> *"el principio de la libertad estatutaria es el auténtico eje vertebrador del derecho de asociación en una sociedad abierta"* .

Dos son las principales características de los Estatutos de las asociaciones sin ánimo de lucro, resaltadas por la Jurisprudencia anterior a la Ley de Asociaciones de 1964, durante la vigencia de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887[52]: su esencialidad para la

las "asociaciones" gozan de capacidad procesal. Los Tribunales juzgan en función de los estatutos de cada "asociación", a la luz de una amplia Jurisprudencia, aplicable a los distintos tipos de personas morales. Parece claro que en Suecia (como en cualquier otro país occidental) existe un reconocimiento juridico de las personas morales, pero la novedad es que no hay una ley marco que las encuadre; existen asi asociaciones de todo tipo regidas por sus propios estatutos, y los tribunales gozan de un importante margen de apreciación en caso de conflicto. Esta información me ha sido facilitada por la Representación permanente de Suecia en el Consejo de Europa, con fecha de marzo de 1998.

[52] La Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 mencionaba los Estatutos, a los efectos de que su depósito ante la autoridad gubernativa. Del texto del art. 4º se deducía que eran la norma por la que había de regirse la asociación y se prescribía un contenido mínimo de los mismos.

existencia de la asociación e incluso, de su personalidad jurídica, y su consideración como medida de la capacidad jurídica de la asociación. De hecho es la Jurisprudencia, la que, desde la promulgación del art. 37 del Código civil, confirmó siempre en su aplicación interpretativa, que "la capacidad de las asociaciones se rige por sus estatutos" (cfr. capítulo 6).

La STS de 9-2-1905, (Gaceta de 26 y 28-3-1905) relativa a la Sociedad Orfeó catalá, se refiere a los Estatutos como "ley libremente establecida y convenida entre los asociados "cuya principal función es, conforme a lo dispuesto en el art. 37 del Código civil y, en su caso, en el art. 4 de la Ley de 1887 regir "...la capacidad civil de todas las asociaciones y corporaciones lícitamente constituidas, según su naturaleza, lo mismo las de carácter público que las de interés particular...". A lo que añade la STS de 20-3-1908 (Gaceta de 30-3-1909), que "fijan sus fines y actividades y solo pueden realizar válidamente los actos dirigidos a realizar las mismas". La STS de 5-7-1913 (Gaceta de 28 y 29-4-1914) incide en su consideración como elemento esencial de la asociación, cuya ausencia determina la carencia de personalidad jurídica. Esta sentencia, que contiene importante doctrina sobre el contenido y alcance del art. 35 del Código civil y sus concordantes. Estos artículos dice la sentencia

> "no permiten reputar como personas jurídicas con sustantividad propia independiente de la de los individuos, a las agrupaciones o entidades colectivas que carecen de estatutos propios, sin que obste que alguna vez hayan ejercitado por sí los derechos que puedan corresponder a sus miembros, porque la costumbre es susceptible de suplir la ley, pero no de sobreponerse a ella"[53]

La sentencia de 3-2-1931 (RJ 1931/1909), gráficamente afirma en su considerando único que

> "los Estatutos de las asociaciones constituyen el alma, la esencia y las características de su personalidad jurídica...

[53] En concreto, la sentencia considera que un heredamiento de aguas de Canarias no tiene personalidad jurídica. Por más que en esta sentencia no se le reconozca personalidad jurídica, la misma constituye el inicio de una corriente jurisprudencial (SSTS de 21-11-1958 y 15-6-1961, 30-9-1983), que afirma la existencia un tercer género de asociaciones de interés particular, de las que constituyen un ejemplo los heredamientos de aguas (no son meras comunidades sino auténticas personas jurídicas).

> ...el artículo 37 del Código civil,...viene a determinar en principio la forzosa obligatoriedad de los Estatutos para propios y extraños en tanto no sean anuladas sus cláusulas"

La Jurisprudencia más reciente sostiene el carácter esencial de los Estatutos, engarzándolo con el caracter de derecho fundamental de la asociación, que se manifestará como veremos más adelante en la libertad de redacción del contenido de los Estatutos.

Respecto a lo que ahora me interesa resaltar (el carácter esencial de los Estatutos para la existencia de la asociación), el TC ha afirmado que el derecho de asociación comporta el sometimiento a las reglas de la asociación misma (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 4º). De donde se infiere que es requisito esencial a la asociación la existencia no sólo de un soporte organizativo, sino de una norma institucionalizadora de la misma, que es precisamente la norma primaria por la que ha de regirse.

La STC 218/1988, de 22 de noviembre, eleva a elemento esencial en el ingreso en una asociación la aceptación en bloque y sin reservas de los Estatutos:

> "...el acto de integración en una asociación ... consiste en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no sólo jurídica sino también moral que constituye la asociación
>
> ...quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidas (FJ 1º)"

Aparte de insistir en el carácter de los Estatutos como norma fundamental para la asociación[54], el punto en el que más se detiene la Jurisprudencia posterior a la Constitución, es la definición de las facultades de la Administración Pública y de los Tribunales respecto a dichos Estatutos, para evitar inmisiones o restricciones en esa libertad de autoorganización. Dado el realce que la reciente Jurisprudencia da a estas cuestiones, conviene detenernos en este aspecto de los Estatutos asociativos.

---

[54] *V.gr.*, SSTS de 17-12-1990 (RJ 1990/10280) "...en consecuencia, siendo, pues, dichos Estatutos la norma jurídica prevalente, que habrá de aplicarse con preferencia a cualquier otra" (FJ 3º); STS de 4-5-1990 (RJ 1990/3685): "norma fundamental por la que debe regirse el funcionamiento de la Asociación" (FJ 3º); etc..

Libertad de autoorganización y libertad en la redacción del contenido de los Estatutos

Dentro de los límites trazados por la Ley, la asociación tiene libertad para dictar tantas reglas como estime necesarias, con un contenido también libre.

Tal libertad podría encontrar su fundamento en la autonomía de la voluntad, pues se trata de un acto que se gobierna, como los contratos, por el principio de autonomía de la voluntad; de este modo los únicos límites serían, utilizando terminología propia del Código civil para los contratos (art. 1.255), "*las leyes, la moral o el orden público*"[55].

Sin embargo, en la actualidad es más correcto emplazar el fundamento de esta libertad en la libertad de autoorganización que es a su vez, una manifestación de la libertad asociativa

La *libertad de redacción del contenido* de los Estatutos, no es más que la plasmación documental de algo más trascendente: la *libertad de autoorganización*, que a su vez es una manifestación de la libertad de asociación. La ya conocida STC 218/1988, de 22 de noviembre, afirma que

> "...el derecho de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo..."

Tanto autonomía de la voluntad, como libertad de autoorganización de los asociados en el establecimiento de sus propias reglas, son compatibles con la fijación por parte del Legislador de un contenido *formal* estatutario mínimo que garantice la regulación de los elementos fundamentales, con la regulación, a modo de derecho dispositivo, de un contenido típico para aquellas asociaciones que deseen adoptarlo. La función de la Ley no es otra

[55] Se ha dicho de este artículo que el principio de autonomía de la voluntad proclamado, parece referirse más a la libertad contractual (libertad para establecer el contenido del contrato) que a la libertad de contratar; *vid.* REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, pág. 115. Pienso que este dicho tiene también tiene una especial aplicación -prescindiendo de que sea una aplicación analógica o directa, cfr. capítulo anterior- en el caso de los Estatutos asociativos, en lo relativo a la configuración de su contenido (es decir, el contenido de las obligaciones y derechos de los asociados). La diferencia entre libertad de contratar y libertad de contratación, tiene también su correspectivo en la asociación: la libertad de asociación (positiva y negativa) y la libertad de autoorganización.

que fijar los contenidos mínimos que necesariamente deben figurar y en su caso, establecer Estatutos-tipo, algunas de cuyas cláusulas se impondrían a los asociados en ausencia de regulación (y en mi opinión también en el caso de clara ambigüedad de ciertos puntos). El ALODA de 1997, v.gr. prevé un Reglamento con cláusulas tipo, que son supletorias de la voluntad de los asociados, y que pueden incluirse expresamente en los Estatutos.

El enunciado de puntos que deben figurar en los Estatutos varía de una Ley a otra (art. 3 de la Ley de Asociaciones de 1964 y art. 6 del ALODA de 1997; art. 7 de la Ley vasca; art. 5 de la Ley catalana), pero básicamente coincide en los siguientes extremos:

-La denominación
-El domicilio
-Los fines
-Los asociados
    -Condiciones de admisión
    -Categorías
    -Derechos y obligaciones
    -Exclusión voluntaria y forzosa: causas y forma
-Organos de gobierno y administración
-Medios de que dispone: el Patrimonio
-Reforma de los Estatutos
-Disolución voluntaria de la Corporación: causas, procedimiento y destino del patrimonio

Evidentemente, lo previsto en el art. 3 de la Ley de Asociaciones de 1964, es un contenido mínimo, pudiéndose agregar "las condiciones lícitas que se establezcan". Se entiende, por supuesto, que no se trata de "condiciones" en sentido técnico-jurídico, sino de otros puntos reguladores de la asociación, que tienen un límite en la "licitud".

El contenido mínimo en el caso de la Ley vasca es muy extenso. La razón de esta exhaustividad no es el afán fiscalizador que animó la Ley de 1964, sino, según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, la preocupación de salvaguardar los derechos individuales de quienes se integran en las asociaciones, y en todo caso debe entenderse como un listado orientativo de los aspectos a regular por los miembros de

las asociaciones a fin de facilitar su funcionamiento y evitar problemas internos[56].

Desde un punto de vista *material*, la libertad de autoorganización tiene, sin embargo, ciertos límites. El límite común a toda asociación viene dado por la prohibición de la *"estructura interna paramilitar "* (art. 22.4º CE). En algunos casos existe un límite adicional ya aludido: el requisito de la democracia interna.

Relación de la libertad de autoorganización con la intervención de la Administración en el momento de inscripción de los Estatutos en el Registro y con la intervención del juez durante el desarrollo de la vida asociativa

1. Los reseñados anteriormente son los únicos límites materiales al contenido de los Estatutos, y el encargado del Registro sólo puede verificar el cumplimiento formal de los requisitos que en su caso pueda exigir la legislación ordinaria de asociaciones.

El TC ha señalado que los requisitos exigidos por el art. 3.2 de la Ley de Asociaciones de 1964, sólo pueden ser objeto de comprobación formal y externa por la Aministración (STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 5º). La ausencia de algunos de estos requisitos no comporta la denegación de inscripción sino un requerimiento para que sean subsanados. La posible denegación supondría obstaculizar el pleno ejercicio del derecho fundamental que incluye, como ha destacado el TC, la carga de la inscripción registral (STC 291/1993, de 18 de octubre, FJ 2º).

Un ejemplo de esta tendencia es la STS de 27-10-1981 (RJ 1981/4688)

> "en el supuesto de una asociación cuyos lícitos fines no hayan sido puestos en duda, su inscripción resulta obligada, sin perjuicio de que,... la inscripción registral pueda quedar condicionada a que los estatutos de la asociación que pretenda acceder al Registro cumplan formalmente con aquellas normas (Ley de Asociaciones de 24-12-1964 y Reglamento de 20-5-1965), para la cual, y como, se señala en la sentencia apelada, se deberán

[56] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 295

puntualizar exactamente los defectos formales de los estatutos en cuestión"[57].

La STS de 4-11-1981 (RJ 1981/4729), que considera a los Estatutos como "programa orgánico", reafirma la doctrina de que la Administración no cuenta con poderes o facultades de calificación del título de constitución o Estatutos (programa orgánico) más allá de las formalidades extrínsecas del documento -y sin perjuicio de los supuestos de suspensión y traslado a la autoridad judicial en los casos de ilicitud penal, etc.-, como trámite de admisión al registro que según el sistema permisivo que la Constitución instaura, lo es a los simples efectos de publicidad[58].

2. Por otra parte, la libertad de autoorganización también excluye la intervención judicial injustificada durante la vida de la asociación. Me refiero a los límites que ha de tener -empleando la terminología de MARIN LOPEZ- la "intervención judicial en los

---

[57] Y no como, de forma jurídicamente incorrecta se hizo en la resolución administrativa combatida, denegar la inscripción -de la "Asociación Provincial de Chabolistas y Afectados por el problema de la Vivienda de Madrid"- con genéricas alusiones a preceptos de la Ley y Decreto últimamente citado, y sin concretar cuál de los requisitos formales allí mencionados no fueron cumplidos en los estatutos de la asociación de la que es promotor el recurrente, hoy apelado, exigencia del cumplimiento de requisitos formales en los estatutos, que por afectar, insistimos, al libre y completo ejercicio del derecho de asociación, en caso de disconformidad con la resolución administrativa que así lo dispusiere, es indudable que podrá determinar la impugnación de la mencionada resolución en esta vía contencioso-administrativa, a través del procedimiento de la Ley 62/1978".

Sobra decir que la negativa es la clara respuesta al interrogante acerca de si puede la autoridad administrativa que examina los Estatutos introducir modificaciones en los mismos. Evidentemente no tiene potestad para ello, porque ninguna norma le autoriza, amen de que supondría un intervencionismo administrativo contrario a nuestro sistema actual; lo que sí puede hacer es sugerir y exigir adiciones como condición para inscribir en el caso de falta de datos esenciales.

[58] "...si esto es así, -concluye la sentencia- es clara la improcedencia de las objeciones formuladas por el Gobernador Civil respecto de determinados extremos de las modificaciones introducidas en los Estatutos al no plantearse siquiera su ilegalidad (ya se ha dicho que sólo la penal es impediente) por cuanto las observaciones formuladas más bien tienden a corregir presuntas incorrecciones o ambigüedades en la expresión y con la finalidad de perfeccionar el texto y sin duda, lograr mayor claridad en la falta de lucro, voluntariedad, precisión en la redacción de los Presupuestos, pérdida de la condición de socio, destino de bienes en caso de extinción, etc.; extremos que si era posible imponer en un sistema preventivo o mixto como era el español con anterioridad a la Constitución, no lo es hoy por aplicación directa del art. 22 núm. 3 de la Constitución en relación con lo también preceptuado en los arts. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 diciembre 1948 y art. 11 del Convenio Europeo y art. 22 núms. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966 (ratificados por España) tal como prescribe el art. 53, en relación con el art. 10, núm. 2, del texto constitucional y que esta Sala viene aplicando directamente en supuestos análogos (SS. de 23 septiembre 1981 y 1 octubre 1979 etc)".

conflictos endoasociativos". Todo ello ha sido ya objeto de profundos estudios a los que me remito[59].

Me limitaré aquí a reseñar que la STC 218/1988 niega que los Tribunales puedan conocer más allá de la revisión formal de la aplicación de los Estatutos realizada por los órganos directivos de la Asociación y afirma que el derecho de los socios como miembros de la Asociación consiste en el derecho a que se cumplan los Estatutos, siempre que éstos sean conformes a la Constitución y a la leyes (FJ 2º). En el voto particular que en esta sentencia emitieron los Magistrados GARCIA-MON y DE LA VEGA, se abogaba por una intervención judicial no sólo formal sino que también entrara en el fondo del asunto. Consideraban estos Magistrados, que, atendida la naturaleza y misión de la función judicial, los Tribunales, en cumplimiento de su misión de resolver los conflictos intersubjetivos, deben conocer también de la aplicación de la norma social y si bien los socios aceptan los Estatutos al ingresar en la Asociación no tienen que aceptar la interpretación subjetiva de los mismos realizada por la Asociación, porque de otra manera resultaría que los derechos de los asociados estarían sometidos a la voluntad unilateral y a la interpretación subjetiva de los órganos de la Asociación.

Sin embargo la STC resolvió esta controversia en el sentido de circunscribir la revisión judicial a la comprobación de la existencia de "una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomasen la correspondiente decisión"[60].

Este aspecto tiene una dimensión distinta según se trate de asociaciones sin ánimo de lucro u otras figuras como las cooperativas. Si se comparan las SSTC 218/1988, de 22 de noviembre, y la STC 96/1994, de 21 de marzo, en las cuales se

[59] *Vid.* MARIN LOPEZ, en "La intervención judicial en los conflictos endoasociativos...", *cit.* y "Comentario a la STC 96/1994, de 21 de marzo", *CCJC*, nº 35, 1994, donde aparecen comentadas, respectivamente, ambas sentencias.

[60] En la STS de 24-3-1992 (RJ 1992/2283), el TS adopta un criterio más intervencionista, extendiendo la intervención judicial "al mérito del acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado". En el mismo sentido, la sentencia de 25-10-1994 (AC 1994/1730), de la Audiencia Provincial de Pontevedra. La cuestión que se plantea en la litis consiste en saber si el acuerdo de expulsión que formalmente no es contrario a la ley o los Estatutos -en cuanto se han observado los trámites establecidos en ellos-, puede ser impugnado por el socio afectado, por interpretar que el mismo ha sido adoptado aplicando erróneamente la disposición estatutaria correspondiente. La Audiencia, en la línea de amplitud de intervención judicial, acepta la segunda opción.

analiza la legalidad de la expulsión de un socio de una asociación y una cooperativa respectivamente, se observa como en el primer caso hay una lesión de ese derecho fundamental de autoorganización de la asociación privada, a cuyos órganos se permite que valoren libremente si el asociado ha incurrido en una causa estatutaria de expulsión, de modo que la revisión judicial sólo puede recaer sobre las comprobación de que la expulsión tenga una base razonable. En el caso de la Cooperativa, sin embargo, no se aprecia tal lesión. Su derecho de autoorganización está más limitado, ya que su Ley reguladora permite que las facultades revisoras del juez en el caso de impugnación de acuerdos sean ilimitadas[61].

[61] Sobre el tema, *vid*. FERRANDIZ GABRIEL, "Impugnación de acuerdos de cooperativas y asociaciones", en "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

La STC 218/1988 sostiene que "El derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo. Potestad de organización que ....se extiende con toda evidencia a regular en los estatutos las causas y los procedimientos de expulsión de los socios. La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidas y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los Estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia Asociación, cuya voluntad se expresa por los acuerdos de sus órganos rectores, valore como lesiva a los intereses sociales". Y si bien las asociaciones -continúa el FJ 1º- no forman "una zona exenta del control judicial, los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho de autoorganización de aquéllas. De suerte que si se impugna ante los órganos judiciales la expulsión de un socio, por causa prevista en los Estatutos de la Asociación, los Tribunales habrán de aplicar en primer término, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley, dichos Estatutos; y aunque en este caso el control judicial siga existiendo, su alcance no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la Asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las Asociaciones tomasen la correspondiente decisión" (FJ 1º).

La STC de 21-3-1994, núm. 96/1994 denegó el recurso de amparo formulado por la "Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Molnedo" contra Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 31-1-1992, recaída en recurso de casación que dejó sin efecto el acuerdo de expulsión de un socio de la cooperativa por falta grave. La cooperativa alegaba en su defensa la doctrina de la STC 218/1988. El TC establece una clara distinción, pues "en el supuesto de la STC 218/1988 la demandante de amparo era una Asociación (en concreto, un "Círculo Mercantil") que por su fin social estaba plenamente sujeta a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, en lo que no haya resultado derogada por la Constitución. En cambio, la recurrente en el presente caso es una Sociedad Cooperativa de Viviendas, que en cuanto tal no se halla regida por la mencionada Ley de Asociaciones de 1964 (art. 2.º) sino por la legislación específica de cooperativas, constituida en la actualidad básicamente por la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (y) ... esta legislación expresamente prevé la posibilidad de impugnación ante los Tribunales de los Acuerdos sociales, incluidos los de expulsión de los socios cooperativistas, sin limitación alguna en el conocimiento judicial (arts. 38.4 y 52 de la misma Ley 3/1987). Con la particularidad, conviene señalarlo, que el procedimiento para la impugnación de los Acuerdos sociales, según lo dispuesto en el art. 52.4

III.B. NATURALEZA DE LOS ESTATUTOS Y DEL NEGOCIO POR EL QUE SE APRUEBAN

Entiendo que tres son las cuestiones fundamentales, íntimamente relacionadas entre sí, que han de plantearse respecto a la naturaleza del negocio regulador y creador de los Estatutos:

1.- la calificación de este negocio jurídico aisladamente considerado

2.- la consideración acerca de si el negocio creador de los Estatutos, se trata de un negocio autónomo o si por contra, está integrado en el negocio jurídico fundacional, (y por ende participa del carácter que pueda asignarse a éste)

3.- la calificación del producto de este negocio jurídico -los Estatutos creados- y en especial, su (posible) carácter de norma jurídica

Primera cuestión: la calificación de este negocio jurídico creador de los Estatutos aisladamente considerado

Sobre este negocio son varias las teorías que se han formulado; ya apunté algunas de ellas en el capítulo anterior, aplicadas al acto de constitución. Así, se ha entendido este negocio como acto colectivo o acto complejo[62], como concierto que establece derecho o *Vereinbarung*[63] y como contrato.

---

de la Ley General de Cooperativas, es el previsto, con ciertas salvedades, en el art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas (FJ 2º.C)".

[62] HAURIOU sostiene que los Estatutos no se basan en un cambio de consentimientos sino en la "adhesión de muchos a un mismo hecho". Las voluntades no aparecen todas al mismo tiempo, pero no están aisladas las unas de las otras, sino que participan de una misma "operación compleja de procedimiento". No hay fusión de voluntades para llegar al acto constitutivo de la asociación, sino incorporaciones de consentimientos o voluntades nuevas a las viejas por accesión al mismo procedimiento. "El acto complejo, explicado por la unidad de procedimiento exterior, se encuentra por eso mismo solidarizado con la institución social, no solamente porque todo procedimiento organizado es en sí una institución social, sino todavía y sobre todo porque toda institución social de la categoría de los grupos no puede vivir una vida orgánica más que según ciertos procedimientos"; *vid.* HAURIOU, *Principes de Droit Public*, (1ª ed.), Larose et Tenin, Paris, 1910, pág. 158. En nuestro país, ESPIN, que considera acto colectivo al acto constitutivo, no se pronuncia respecto a los Estatutos; *vid.* ESPIN CANOVAS, *Manual...*, vol. I, *cit.*, pág. 448.

A modo de curiosidad, la STS de 5-7-1996, (RJ 1996/5576) califica de "negocio complejo" un caso peculiar: la constitución de una asociación para dar forma jurídica a las relaciones jurídicas en torno a una Urbanización. Pero la complejidad proviene más bien de que. efectivamente,

La concepción contractual del negocio creador de los Estatutos es la predominante en Francia, a los que se aplica expresamente el principio de libertad contractual[64] y Bélgica[65], al igual que sucedía respecto al acto de constitución.

El debate de mayor riqueza doctrinal sobre la naturaleza jurídica del negocio creador de los Estatutos se ha dado en Alemania, donde predomina, no obstante, la consideración contractual de este negocio. La opinión dominante -representada especialmente por SCHMIDT[66]- ve en este acto un contrato entre los fundadores que, contrariamente a los otros contratos, *no crea un sistema de relaciones contractuales sino un sistema de normas*. A esta teoría se opone la de SOERGEL-HADDING, que considera que no sólo la redacción de los Estatutos es un contrato sino que los Estatutos mismos constituyen una relación contractual multilateral[67]. La consecuencia práctica de la opinión dominante es que los vicios de la declaración de voluntad de alguno de los socios fundadores, no invalidan los Estatutos en sí, salvo que sólo conserven su validez declaraciones en un número inferior al legal y la aplicación de las normas de interpretación de las leyes, sirviendo incluso como motivo de casación[68].

Los problemas se han planteado con el alcance del control judicial sobre el contenido, y en concreto, sobre si el caracter

comprendía los siguientes actos: "...la escritura de obra nueva, constitución de los regímenes de Propiedad Horizontal, determinación de la Supracomunidad y constitución de servidumbre...calificado en su conjunto como "acto o negocio complejo", que contaba con un "capítulo normativo...titulado "determinación de Estatutos o Reglas de Comunidad de los edificios o casas objeto de este instrumento" se incluye la norma Final, referida a la Unidad Residencial y a la precisión de constituir, pues de momento no se podía, la "Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial de Txagorritxu"" (FJ 3º).

Como ha quedado dicho el carácter de negocio complejo, le adviene del contenido, no de la peculiar posición de los intereses en juego.

[63] Cfr. capítulo anterior. Recuérdese que esta categoría no distingue entre acto de constitución y acto creador de los Estatutos.

[64] *Vid*. *Lamy Associations, Partie I, Etude* 108, pág. 7.

[65] 'T KINT, sostiene que "los Estatutos constituyen un contrato, sometidos en la medida que la ley no lo impida al Derecho común de obligaciones y a los principios generales del Derecho", *op.cit.*, nº 41, pág. 45

[66] SCHMIDT, *BGHZ* , nº 21, 370, 373 y ss, y nº 96, 245 y ss.

[67] *Vid.* SOERGEL-HADDING, *cit.*, en el comentario al §25 BGB, nº17.

[68] *BGH NJW*, 1991, 1727.

normativo de los Estatutos justifica un control positivo de "adecuación a la legalidad", en lugar del control más simple que se prevé para evitar abusos en los contratos (§134 y 138 BGB). La Jurisprudencia actual sólo somete a un control de contenido de los Estatutos a las asociaciones que ocupan una posición predominante en el campo económico o social[69]. Esta restricción se justifica porque en los otros casos los miembros de la asociación están suficientemente protegidos por el derecho de darse de baja de la asociación previsto en el §39 del BGB[70].

En España son varios los autores, que al igual que sucedía con el acto de constitución, defienden la naturaleza contractual del acto jurídico creador de los Estatutos, aunque todos advierten de la peculiaridad que revisten los efectos, o mejor dicho, "el producto" de este contrato. Explica GARCIA VALDECASAS que los Estatutos tienen su origen en un contrat, pero a diferencia de los contratos obligatorios, que sólo producen efecto entre las partes contratantes (art. 1257 del Código civil), los Estatutos son obligatorios no sólo para los fundadores, sino para los futuros miembros de la asociación y no pueden ser revocados o modificados por el solo acuerdo de los fundadores[71].

Otros autores, no se atreven claramente a calificarlo como contrato, sino que acuden, nuevamente a la categoría más amplia de negocio jurídico. Así, LACRUZ BERDEJO, citando a LANGE, advierte que este acto tiene un caracter negocial, y su producto es una *lex contractus* objetivada, pero no se le aplican las reglas de los contratos, porque "no se toman en consideración las representaciones y esperanzas de los fundadores o de una parte de los asociados, sino los intereses permanentes de éstos según la finalidad del ente y el entendimiento del texto por todos ellos"[72]. DIEZ PICAZO y GULLON consideran la creación de los Estatutos

[69] *BGH Wertpapier-Mitteilungen*, 1989, 184, 187 y ss.

[70] Sobre la relación entre control de contenido de los Estatutos y libertad negativa de asociación; *vid.* REUTER, *Aktiengesellschaft*, 1979, pág. 321 y ss.

[71] GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil, cit.*, pág. 266. En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, *Compendio*...I, *cit.*, pág. 289.

[72] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 291.

como "*negocio regulador o normativo*, es decir, un negocio dirigido a crear la reglamentación de una situación jurídica"[73].

Las opiniones citadas advierten que la peculiaridad de ese acto jurídico reside en el carácter "normativo" de los Estatutos creados. Me detendré en esta cuestión, pero antes, me parece conveniente analizar la autonomía de este "negocio regulador o normativo" y sus relaciones con el acto de constitución.

Segunda cuestión: la relación acto de constitución-Estatutos

La aprobación de los Estatutos suele ir unida al acto constitutivo de la asociación, o mejor dicho, supone el acto constitutivo, pues precisamente reglamentan los elementos suministrados por éste[74]. Esta relación puede contemplarse desde un triple óptica: la unidad formal o documental, la unidad temporal e íntimamente relacionada con ésta, la que podríamos denominar unidad material o de naturaleza

Unidad formal

Desde el punto de vista de las aprobaciones administrativas, o de las relaciones con la Administración pública en lo referente al Registro, puede exigirse unidad documental -que no tiene porqué implicar necesariamente unidad de acto- de acto de constitución y Estatutos

En este sentido, la Ley de Asociaciones de 1887 *imponía la separación de actos de aprobación*, en el sentido de que, según vimos, en primer lugar, se debían depositar ante la autoridad gubernativa para el correspondiente examen, dos ejemplares de los Estatutos (art. 4º); tras ocho días sin respuesta en contrario por parte de la autoridad gubernativa, se permitía la válida constitución de la asociación. Una vez constituida la asociación debía darse traslado del acta de constitución al Gobernador en el plazo de los cinco días siguientes a aquel en que se hubiera verificado (art. 5º). Tanto el momento de

[73] DIEZ PICAZO y GULLON, *Instituciones...*, vol. I, *cit*., pág. 384.

[74] Me refiero únicamente a este acto, pues es claro que en la fase preliminar al acto de constitución, que en todo proceso constitutivo de la asociación suele haber, se realiza la redacción de los mismos, que es la que luego se somete a aprobación.

presentación, como el soporte formal, estaban claramente diferenciados.

La Ley de Asociaciones de 1964 prescribe *la presentación conjunta del acta de constitución y de los Estatutos* (art. 3º.3). Unidad temporal en la presentación, pero no parece imponerse unidad documental. Y, desde luego, la Ley no alude al momento de aprobación por parte de los interesados, de una y otros.

Las Leyes autonómicas optan por la *unidad documental*; incluso la Ley vasca, opta por la unidad de aprobación, ya que por una parte, dispone en el art. 6º que *"Los Estatutos de cada asociación son el conjunto de reglas establecidas mediante el acuerdo constituyente"* y por otra parte, exige que, al acta (documento público o privado) en que se formalice el acuerdo constitutivo, *"se incorporará el texto de los Estatutos de la entidad¨* (art. 5.3º), lo cual no es incompatible con que la redacción y discusión de los Estatutos se haya ido haciendo en actos previos de caracter preparatorio. La Ley catalana exige que el texto de los Estatutos conste en el mismo acta de constitución (art. 4.3º.f): *"La aprobación del texto de los estatutos por los cuales se ha de regir la asociación"*). Idéntica previsión contiene el art. 5.2.c) ALODA de 1997.

Unidad temporal

Constata LUCAS MURILLO DE LA CUEVA que tan unidos están entre sí ambos aspectos, que la constitución de la asociación y la aprobación de los estatutos sociales *suelen* fundirse en un solo acto, mediante el que se establece el vínculo asociativo y se determina simultáneamente su contenido[75]. Dado que en la práctica, efectivamente, el acto constitutivo y la aprobación de los Estatutos, se suelen unificar en un solo acto, se plantea la cuestión de si tales actos pueden realizarse por separado y en este último caso, cual debería ser el contenido mínimo del primero.

En la doctrina italiana, RUBINO estima que basta con un mínimo de especificación del acto constitutivo, un contenido "más o menos bosquejado, que únicamente más tarde ha de ser completamente determinado. ...Tal mínimo se reduce al fin de la asociación; ello basta para que surja sin más el vínculo asociativo

[75] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación, cit.*, pág. 172.

que en ese momento se restringe a una obligación genérica de cooperar para la consecución del fin común y a un vínculo de irrevocabilidad (salvadas siempre las legítimas causas de renuncia)"[76]. En este caso, el acto de constitución sólo da lugar a tal obligación genérica de cooperación para la consecución del fin común hasta tanto no se aprueben los Estatutos.

PELLISE PRATS admite que los Estatutos puedan aprobarse posteriormente al acto de constitución, tras la consiguiente y lógica discusión de los mismos, pero también admite que en este caso, sólo quedarán ligados en asociación aquellos que aprueben los Estatutos, ya que "es con el establecimiento de éstos, como queda perfeccionado el vínculo asociativo"[77]. Se trata, como vemos, de una disección más bien formal, en el sentido de que la constitución de la asociación, sin vínculo asociativo, no pasaría de ser un mero proyecto. Me parece evidente que, desde el punto de vista de la constitución de la asociación, si falta la unidad de acto, la carencia de Estatutos ha de ser una situación necesariamente transitoria, pues estos son elemento esencial, especialmente de cara al ingreso de nuevos miembros: los asociados han de saber a qué se obligan, que derechos tienen, etc.. Otra cosa es que desde el punto de vista del contenido y de la naturaleza jurídica[78], pueda hacerse en la exposición una disección de materias[79].

LLUIS i NAVAS advierte que la elaboración de los Estatutos antes de la constitución de la entidad, obliga a matizar su calificación de norma interna, pues "...los Estatutos originarios no lo son por razón de su primitiva elaboración, pero sí respecto a la vigencia y perfección a que están destinados, y en general, por su

[76] RUBINO, *op.cit.*, págs. 72 y 73.

[77] PELLISE PRATS, *op.cit.*, pág. 80.

[78] En la edición de su obra de 1979, PUIG i FERRIOL detallaba las diferencias entre uno y otros: "El acta fundacional es el documento -público o privado- que da forma a la unánime voluntad de los fundadores de crear una concreta asociación. Mientras los estatutos documentan la voluntad de los fundadores de la asociación en orden al desenvolvimiento de la misma en el mundo de las relaciones jurídicas y sociales"; PUIG i FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos*...I-vol. 1, *cit.*, pág. 710.

[79] *Vid*. por todos, ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil,* tomo I, vol.1º, *cit.*, págs. 397 y 402 y PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, págs. 391 y 392.

destino, pues están destinados a incorporarse al régimen interior de una entidad y a entrar en vigor con tal carácter"[80]

Unidad material o de naturaleza

Acto de constitución y aprobación de Estatutos son netamente diferenciables[81]: mientras el acto constitutivo tiene por misión crear el sustrato de la asociación en el que va ínsito el vínculo asociativo, los Estatutos tienen la de regular la organización y funcionamiento del sustrato: los aspectos concretos de ese vínculo asociativo. Sin embargo, no puede dejar de reseñarse aquí una consolidada corriente en el ámbito de las sociedades mercantiles de tipo corporativo (especialmente SA y SRL), que sostiene la unidad material de ambos actos: contrato de constitución de la sociedad y aprobación de los Estatutos. A pesar de las diferencias existentes entre asociaciones sin ánimo de lucro y sociedades capitalistas, entiendo que precisamente por tener todas ellas esa "estructura corporativa-estatutaria"[82], las opiniones de los mercantilistas pueden ser trasladables al objeto de nuestro estudio.

Sin pronunciarse expresamente sobre la unidad del negocio constitutivo de la sociedad y del negocio creador de los Estatutos, es indicativa la postura de BOLAS ALFONSO, cuando distingue dentro del cuerpo de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada "las menciones contractuales" que miran al nacimiento de la sociedad, despliegan sus efectos desde el momento de celebración del contrato de social y respecto de ellas se exige unanimidad de los socios fundadores para su modificación y "menciones estatutarias" que regulan el funcionamiento de la sociedad, están llamadas a surtir efectos durante la vida de la sociedad y sujetas al régimen de mayorías cualificadas para su modificación[83].

[80] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones, cit.*, pág. 121.

[81] Es por razones de "economía terminológica" por lo que el PREAE, dice "*A los efectos del presente reglamento, por "estatutos" de la AE se entenderá tanto la escritura de constitución como, cuando se recojan en un documento separado, los estatutos propiamente dichos*".

[82] PANTALEON califica la SA, la SRL, etc. como "sociedades estatutarias"; *vid. op.cit.*, pág. 45.

[83] BOLAS ALFONSO, en el vol. col. *La sociedad de responsabilidad limitada (comentarios a la Ley, tras la reforma de 25-VII-89 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29-XII-89)*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 38.

Más claramente parecen optar por la unidad negocial otros autores como DUQUE DOMINGUEZ, que refiriéndose a la Sociedad Anónima entiende que el contrato de sociedad anónima tiene una doble dimensión, estructural y funcional, de modo que "los Estatutos son parte integrante del contrato de sociedad anónima, son resultado de un contrato, emanación de la autonomía de la voluntad de las partes"[84]. En suma, como sostiene SANCHEZ CALERO, refiriéndose al negocio fundacional de la SRL, el contrato de organización, aparte de servir de instrumento necesario para el surgimiento de una persona jurídica y una relación societaria entre ella y los socios, ha de contener normas que han de regir su organización[85].

Trasladando esta idea a la asociación, se puede afirmar también que los Estatutos tienen su razón de ser y obtienen su fuerza obligatoria del mismo negocio de constitución de la asociación, por más que luego asuman una entidad propia, desgajada de las personas concretas que participaron en el acto constitutivo[86].

Tercera cuestión: acerca del carácter normativo de los Estatutos de la asociación

Sobre el alcance del carácter normativo de los Estatutos hay diversas opiniones, que expongo sucintamente.

A.- *Los Estatutos como auténtica fuente de Derecho objetivo*

Para explicar la fuerza vinculante de los Estatutos, -amen de algunas características del funcionamiento de la asociación como el

[84] DUQUE DOMINGUEZ, "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anómimas", en el vol. col. *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, La Fundación, Universidad de Albacete, Civitas, Madrid, 1991, págs. 28 y 39. En el mismo sentido, RODRIGUEZ ADRADOS, "Constitución y nulidad de la Sociedad Anónima", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXX-I, pág. 86.

[85] SANCHEZ CALERO, "Escritura y Estatutos sociales", en el vol. col. *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Comercio, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 136.

[86] De algún modo, es la misma idea de DIEZ-PICAZO cuando habla de contrato como acto y como norma; *vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *cit*., pág. 123. La idea de contrato como norma sólo puede entenderse en el sentido del art. 1091 del Código Civil, "*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*", esto es: el caracter de *lex privata* del contrato, el principio *pacta sunt servanda*, que supone respeto y obediencia a lo acordado.

principio mayoritario-, un sector de la doctrina alemana de principios de siglo, afirma que se trata de auténtico Derecho objetivo, de modo que el acto constitutivo de la asociación y el de aprobación de los Estatutos, no pertenecen a la categoría de los negocios jurídicos, porque no crean derechos subjetivos y obligaciones concretos, *sino que son fuente de normas jurídicas*[87]. Para ello se fundan en el §25 del BGB[88]. Se trataría de una fuente del Derecho secundaria, que estaría en todo caso subordinada a las normas estatales.

Más lejos llega aún la versión italiana de la Teoría de la Institución, que considera que la asociación en sí *es un ordenamiento autónomo*, junto con el ordenamiento estatal. Esta es la conclusión a la que llegan S. ROMANO y W. CESARINI SFORZA[89]. Estos autores defienden la pluralidad de ordenamientos jurídicos y hablan de un "*Diritto dei privati*", concebido como aquel Derecho que los individuos particulares crean para regular determinadas relaciones de interés colectivo y que no dimana directa ni indirectamente del Estado. Por eso no se identifica con lo que tradicionalmente

[87] LUBER, von BÜLOW, y VOGEL, todos ellos, citados por RUBINO, *op. cit.*, pág. 62.

[88] §25 del BGB: "*La constitución de una asociación con capacidad jurídica se determina por los Estatutos de la misma en tanto no se apoye en las disposiciones siguientes*". Constitución, aclara MELON INFANTE que realiza la traducción, es la traducción rigurosa de *Verfassung*, y ha de entenderse no en el sentido de formación, sino de organización.

[89] ROMANO (*L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1945), y CESARINI SFORZA (*Il diritto dei privati*, Milán, 1955). Sostiene ROMANO que "el Derecho antes de ser norma, antes de hacer referencia a una relación o a una serie de relaciones sociales, es organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla y constituye, por ello, como unidad, como ente existente por sí mismo". ... El concepto de institución es "necesario y suficiente" para expresar en términos exactos el de Derecho, ya que aporta el significado de "ordenamiento jurídico considerado compleja y unitariamente", para llegar a concluir que "Todo ordenamiento jurídico es una institución, y al contrario, toda institución es un ordenamiento jurídico: la ecuación entre los dos conceptos es necesaria y absoluta", (tomado de la trad. *El ordenamiento jurídico*, parág. 10, pág. 22 y 23 de la 2ª ed. 1946). Existe una perfecta identidad entre la institución y el ordenamiento jurídico: toda institución es jurídica por el simple hecho de nacer, debido a que en ella se produce una estructuración interna a la que se someten sus miembros integrantes, rigiéndose por un principio de autoridad del que dimanan derechos y obligaciones para los individuos adheridos a la institución. Pero ¿qué es institución realmente para estos autores?: en un principio dice que "todo ente o cuerpo social" (*op.cit.*, págs. 12 y 29), pero luego constata como no todos los grados de convivencia humana suponen una institución -v.gr. la "cola" de personas ante una competición colectiva- (*op.cit.*, nota 29ter) sino que es necesario que la institución sea efectiva, concreta y objetiva en el mundo jurídico, aunque no aclara mucho más. Como dice Guido FASSO, -de cuya *Historia de la Filosofía del Derecho* vol.3, Pirámide, Madrid, 1985, pág. 235 y ss., he extraído estas citas-, cae ROMANO en el círculo vicioso de afirmar que una institución es jurídica cuando es jurídica.

entendemos por *Derecho Privado*[90], ya que el mismo, sí que es obra del Estado, regulando relaciones entre particulares, v.gr. la compraventa. El ámbito del Derecho de los particulares se identifica con el de la colectividad o cuerpos de organizaciones que se forman entre los particulares sin intervención del Estado. Se podría denominar *Derecho de las organizaciones*, entendiendo por tales las uniones de varias personas caracterizadas por el hecho de que éstas cooperan a un fin común; es decir, se da una comunidad de comportamientos, independientemente del fin particular distinto que personalmente persiga o pudiera perseguir cada uno de sus miembros[91].

Esta doctrina fue objeto de diversas críticas, fundamentalmente por parte de aquellos que, como FERRARA y VON TUHR, explican sin dificultad estas características sobre la base de un negocio jurídico[92]. En España, CAPILLA RONCERO considera que el poder estatutario encaja sin problemas en el ámbito de la autonomía de la voluntad[93].

B.- *Los Estatutos como norma jurídica entendida en sentido amplio*

Hablar de normatividad no equivale a hablar de ley en sentido estricto, pues en nuestro sistema, evidentemente sólo el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuido el poder legislativo, y las Administraciones Públicas, la potestad reglamentaria. El propio TS, en sentencia de 7-5-1993, aclara que no se trata de normas jurídicas en sentido de que integren el Ordenamiento jurídico a los efectos de basar el recurso de casación.

> "...(los) preceptos estatutarios... es obvio no son susceptibles de basar un recurso de casación aunque se hubiese alegado su infracción, al tratarse de normas de

[90] Aunque sí en el significado clásico de *lex privata* como "aquella que declara el que dispone de lo suyo, en un negocio privado (*lex rei suae dicta*)", apuntado por D'ORS, en *Derecho Privado Romano*, Eunsa, 1991, §33, pág. 63.

[91] Guido FASSO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol.3, Pirámide, Madrid, 1985, pág. 235 y ss.

[92] FERRARA, *op. cit.*, págs 727 y ss. y VON TUHR, *op. cit.*, pág. 62.

[93] Esto lo afirma en respuesta a quienes creen que la personalidad jurídica conlleva la potestad normativa y jurisdiccional. Este autor defiende que la personalidad jurídica es, como veremos más adelante, un simple expediente unificador mediante el cual se crea un centro de imputación de relaciones jurídicas; *vid*. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 98.

> carácter administrativo, no integrantes del "ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia", a que de forma expresa se refiere el art. 1692, núm. 5.º (anterior redacción, aquí aplicable) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (FJ 3º)

Entiendo que la calificación de "normas de carácter administrativo" no se emplea en sentido técnico, pues tampoco emanan de ninguna Administración Pública: por más que ésta tenga que dar su visado, no convierte los Estatutos en norma de tipo reglamentario. Significa más bien, administración de la propia asociación, en el sentido de que son normas destinadas en importante medida a regir el funcionamiento interno de la asociación: los actos que emanan del órgano ejecutivo de la asociación, que se relaciona tanto con la Asamblea general y con cada uno de sus socios, como con los terceros.

Sin llegar como digo, a los extremos de la teoría de pluralidad de ordenamientos jurídicos, sí que es razonable aceptar su caracter normativo entendido en sentido amplio, como hacen FERRARA[94], o LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, que consideran que "...al imponer su regulación a un número indefinido de personas actuales o futuras, representan los Estatutos una norma de Derecho objetivo", al tiempo que les dota de "un caracter negocial" entendido en el sentido de que "sólo son vinculantes para aquellas personas que se han sometido voluntariamente a ellos"[95] o LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, que dice de los Estatutos que "son expresión *normativa* de la libertad asociativa y *dan cuerpo institucional* a la unión estable de personas que cooperan para la consecución de unos fines comunes en que consiste aquélla", "*norma institucionalizadora* de la asociación...fuente primaria, (que) ocupa(n) el escalón más elevado del ordenamiento interno de la misma. Por debajo de ella se sitúan los acuerdos adoptados por los órganos societarios con arreglo a las determinaciones estatutarias", "medida del ejercicio colectivo de la libertad asociativa, (del mismo modo que), el estatuto jurídico del

[94] Según FERRARA, *op. cit.*, pág. 725, son "la ordenación constitucional de la asociación; el conjunto de normas que regulan de modo abstracto y para el futuro su estructura interna, la forma de funcionamiento y su actividad en el exterior".

[95] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 292. Aunque emplee la expresión "normas de Derecho objetivo" no debe entenderse en el mismo sentido que el de la teoría de CESARINI y SFORZA.

socio lo es del alcance del derecho de asociación en su dimensión individual"[96].

Concurrencia de las notas caracterizadoras de la norma jurídica

En cierto sentido, puede hablarse de que los Estatutos son normas jurídicas porque de ellos pueden predicarse los caracteres que permiten hablar de norma jurídica *in genere*. Según LACRUZ BERDEJO, las únicas notas que caracterizan la norma jurídica son la *abstracción* (desvinculación del supuesto de hecho) y la *generalidad* (se aplica a todas aquellas personas comprendidas en el supuesto de hecho descrito por la misma)[97].

La abstracción significa que en su formulación, las normas contemplan situaciones hipotéticas, y así sucede en los preceptos estatutarios; asimismo los Estatutos no van dirigidos a personas determinadas, sino a todas aquellas personas comprendidas en el supuesto de hecho descrito por la misma (nota de generalidad). Contienen disposiciones de caracter general y abstracto y no es sino excepcionalmente que se encuentran disposiciones particulares, concernientes, bien a ciertas funciones confiadas a algunas personas, bien a ciertas situaciones especiales relativas a algunos miembros (v.gr. *status* especial de los fundadores).

Por el carácter abierto de la asociación, no se concibe que el fin de la asociación no sea precisado en una disposición general, ni que los Estatutos puedan fijar la situación de los asociados, sus derechos y obligaciones de otro modo que por las disposiciones expresadas de un modo general. Los Estatutos configuran el *status*, el estado-tipo del asociado, para que en él se haga una aplicación particular a cada nuevo asociado. Los Estatutos crean de modo general situaciones objetivas, que se despliegan en adelante, como una fuerza que obra hacia la realización del fin estatutario. Prueba de la generalidad (y de la obligatoriedad) es que los acuerdos de los órganos de la asociación que vayan en contra de los Estatutos, son impugnables, -según los arts. 6.6 de la Ley de 1964 y 12 del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, de desarrollo de algunos puntos de aquella- en lo que

[96] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit*., págs. 201, 218 y 224.

[97] LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil* I-vol. 1, revisado por LUNA SERRANO, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 137.

podría considerarse una aplicación en este ámbito del principio administrativo de "inderogabilidad singular de los Reglamentos"[98]. Cierto es que los Estatutos siempre provienen del órgano supremo -la Asamblea general- y en ese sentido, no se cumpliría la *ratio iuris* de aquel principio, puesto que no existe la posibilidad de un órgano superior que excepcione mediante un acto, las normas de carácter general dictadas por un inferior, *pero la Asamblea y por supuesto la Junta directiva, si quieren adoptar una decisión contraria a Estatutos, tendrían primero que obtener una modificación de éstos con arreglo a los cauces previstos. No cabe la derogación implícita o tácita mediante un acto.* En este mismo sentido se ha pronunciado Javier GARCIA DE ENTERRIA respecto a los Estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada[99].

La situación creada por los Estatutos es no sólo general sino permanente: dura en tanto no hay sido modificada por esa misma "ley interior". Habiendo sido creada por los Estatutos, no puede más que ser modificada o suprimida por esos mismos Estatutos. Modificación o supresión que, prevista en el acto constitutivo, debe ser obra de la Asamblea general, que es el órgano con poder normativo de la asociación.

Los vistos (abstracción y generalidad) no son los únicos caracteres que se predican de la norma. CASTAN TOBEÑAS entiende que dichos caracteres son la racionalidad (las normas son traducción del ideal de justicia) y la autoridad u obligatoriedad[100] -ya que según DE CASTRO, "la norma positiva necesita contar con la sanción, esto es, con la fuerza de la organización estatal de la que recibe validez"[101]-, pero no la universalidad o generalidad. Pues bien, también en los Estatutos se encuentra esta nota de

[98] Una disposición de carácter general -un reglamento- no puede ser derogada ni excepcionada por un acto administrativo, ni aunque éste provenga de una autoridad superior a la que dictó dicho Reglamento: para ser modificado necesita de otro Reglamento. Este principio se halla recogido en el art. 53 LRJPAC. Tampoco este artículo ha sido afectado por la Ley 4/1999.

[99] GARCIA DE ENTERRIA, Javier, "Modificación de los Estatutos", en el vol. col. *Tratando (sic) de la Sociedad Limitada*, (coord. PAZ-ARES), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 783 y 784.

[100] CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, Común y Foral, tomo I, vol.1º*, (revisado por DE LOS MOZOS), Reus, Madrid, págs. 395 y 396.

[101] DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I, *cit*., pág. 45.

obligatoriedad, como vamos a ver. La nota de la "racionalidad" habrá de comprobarse *ad casum.* Obligatoriedad en el sentido de que se imponen al que -bien porque fue sujeto del acto constitutivo, bien porque se adhirió a él posteriormente-, desee continuar formando parte del grupo. El TS en la sentencia de 7-10-1993 (RJ 1993/7312) acude al art. 1255 del Código civil

> "porque (este artículo) confiere sentido obligacional a las prescripciones estatutarias, tanto para socios como para el Club" (FJ 4º)[102]

Con la expresión "sentido obligacional", empleada en este contexto, parece deducirse tanto que los Estatutos son un producto de la autonomía de la voluntad, como que son obligatorios para unos y otros (nota de obligatoriedad). La obligatoriedad deriva no tanto de una voluntad superior a la de los miembros del grupo, sino del hecho de que todos los miembros persiguen en común un mismo fin, conforme a un Derecho objetivo: un conjunto de reglas, que, recogiendo ese fin, prevén los medios para llevarlo a término. Es un fin querido por los miembros, y en consecuencia, las reglas que los Estatutos contienen están aceptadas por todos los miembros del grupo. Aunque los asociados no hayan aprobado alguna de sus disposiciones, se presumen consentidas por la voluntad que tienen de perseguir en colectividad el fin común. Es ese fin mediato, querido por los miembros, el que tiene la fuerza suficiente para imponer las reglas correspondientes a aquellos que quieren lograrlo. Aquellos que no han sido autores de los Estatutos (es decir, aquellos que no han tomado parte en el voto de los mismos sea para aprobarlos o para desaprobarlos) han dado posteriormente su aprobación expresa o tácita[103], se han adherido de hecho a ellos cuando han ingresado en la asociación por el procedimiento que en los Estatutos se prevé.

Por estas razones, y ante el silencio de la Ley, estimo que no cabe hacer reservas a los Estatutos, ni que un asociado quede exento por voluntad propia de determinadas prescripciones. Lo que sí

[102] El TS estima que la expulsión de un socio por impago de cuotas con omisión por parte de la Junta directiva del requerimiento de pago, previsto en los Estatutos, supone infracción del art. 1255.

[103] Cfr. STC 218/1988, que dice que "...quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidas (FJ 1º)"

existen son categorías especiales de socios, pero las mismas han de estar previstas en los Estatutos.

La nota de obligatoriedad es en este sentido, limitada, "negocial", como apuntaba LACRUZ, y como en el ámbito mercantil, afirma BROSETA PONT de los Estatutos "que son *normas negociales* que vinculan a los socios por haberlos aceptado por unanimidad en el momento constitutivo o por la mayoría establecida por la ley en un momento posterior"[104]. Sin embargo, también ha de hablarse de obligatoriedad en el sentido de que deben ser respetados no sólo en las relaciones internas sino también en las externas: respecto a los terceros que se relacionen con la asociación: pensemos, v.gr., lo relativo a los órganos de administración y su legitimación o capacidad para obligar a la asociación[105]. Es decir, se trata de una obligatoriedad frente a terceros *matizada*: no es que creen obligaciones para terceros (cfr. lo dicho para las asociaciones de propietarios de inmuebles), sino que crean una situación objetiva que ha de ser respetada por las personas que entablen relaciones con la asociación. Se asemeja a la obligatoriedad frente a terceros de la *lex contractus*[106], pero la supera: la asociación es un sujeto de derechos y obligaciones, y puede por tanto entablar relaciones con terceros; el contrato en sí mismo no goza de esta personalidad jurídica.

---

[104] BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 1987, pág. 217. Aunque generalmente en las definiciones que aportadas por los mercantilistas de los Estatutos de las sociedades mercantiles se dice que son "un conjunto de normas" -v.gr., DUQUE DOMINGUEZ, *op.cit.*, pág. 27, dice que "los Estatutos son un conjunto de normas de la escritura fundacional que, en el marco del Derecho necesario, tienen su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y que regulan constitucionalmente los aspectos básicos de la organización social"-, no se detienen en estas consideraciones acerca del carácter "normativo" de los Estatutos, sino que inciden más en el "carácter organizativo" del negocio fundacional en sí.

[105] Se entiende que esta proyección *ad extra* de la obligatoriedad de los Estatutos, va íntimamente unida a la nota de publicidad. Para que las normas contenidas en los Estatutos sean conocidas por estos terceros, es necesario que se les dé la publicidad correspondiente. Así todos pueden conocer en qué condiciones se puede tratar con la asociación, cuáles son los límites de su capacidad -especialmente si se considera que se halla limitada por el fin-, cuáles son los órganos encargados de representarla, etc. Si no se respetan estas reglas, los terceros pueden invocarlas para hacer anular el acto viciado, del mismo modo que la asociación podría invocarlas respecto a terceros. El problema se plantearía con las asociaciones no inscritas.

[106] La puesta en relación de los arts. 1254, 1089 y 1091 del Código civil, permite concluir que el contrato es fuente de obligaciones a la vez que es norma objetiva reguladora y determinante de la relación contractual y su contenido. Acojo aquí dos de las tres facetas que O'CALLAGHAN distingue en el contrato; *vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil, comentado...cit.*, pág. 1141.

El art. 1091 del Código civil, contiene como ha dicho repetidas veces la Jurisprudencia, "la regla sancionadora del principio de la autonomía de la voluntad y del respeto y obediencia a los pactos"[107]. Aplicándolo a las asociaciones, la STS de 18-11-1927, (Sala 2ª de lo civil) (Gaceta de 18-11-1927) acudió al art. 1091 del Código civil (al igual que al 1254 y 1255) para justificar la obligatoriedad de los Estatutos, como expresión del *pacta sunt servandae,* respeto y obediencia a lo acordado. El que quiera desligarse de su cumplimiento no tiene más salida que desligarse del vínculo asociativo. Esto se manifiesta v.gr. en el pago de la cuota. Si quiere permanecer como asociado, el asociado ha de soportar todas las modificaciones -en general aumentos- de la cuota votadas por la Asamblea. No podría sustraerse más que dándose de baja de la asociación, como el ciudadano de un país no puede sustraerse a las cargas que el Estado le imponga más que expatriándose.

La nota de obligatoriedad conlleva el caracter coercitivo: no sólo es que las normas obliguen a lo que manden (nota imperativa), sino que contienen mecanismos y dotan a la asociación de medios, para que puedan imponerse en defecto de cumplimiento voluntario, previendo además las sanciones para el caso de incumplimiento. La misma razón que dotaba de obligatoriedad a los Estatutos, otorga a los mismos una fuerza de apremio, un *imperium*, a disposición del grupo, para hacer valer esas normas y reprimir todas las violaciones de las reglas que pudieran provenir del interior o del exterior. Igual que el Estado necesita que las leyes tengan fuerza imperativa, la asociación, no podría ser gobernada por leyes que carecieran de tal caracter; un simple compromiso moral no sería suficiente, pues por buena que fuera la voluntad que tuvieran los componentes, siempre hay momentos en la vida de los núcleos sociales, que se exige la imposición de un acatamiento absoluto a la voluntad del grupo, y no se podría conseguir tal acatamiento sin conceder a los Estatutos esa coerción que deriva del caracter de imperatividad.

Doble aspecto del carácter coercitivo:

-positivo: en el sentido de imponer y lograr una determinada actuación a la que obligan los Estatutos (lo que equivaldría al

[107] Entre otras, SSTS 9-7-1986; 9-3-1987 y 10-3-1989.

cumplimiento forzoso en forma específica propio de las obligaciones del art. 1098 del Código Civil)

-negativo: los Estatutos suelen contener lo que podría denominarse *Derecho penal corporativo o asociativo,* aplicable a los miembros de la asociación: multas, exclusiones temporales o definitivas, etc., que están previstas para infracciones determinadas, imponibles por los órganos, que según los Estatutos, estén facultados para ello.

Plantea interesantes cuestiones el fundamento del poder sancionador de la asociación. El principio de legalidad y tipicidad propio del Derecho penal, se puede extender, *mutatis mutandis*, a las sanciones en el interior de la asociación. Se traduciría en el reflejo estatutario de las infracciones y su correspondiente sanción. FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH, en el seno de un completo análisis que realizan de la autonomía social en materia de poder sancionador, afirman que las sanciones no se imponen en virtud de la autonomía asociativa sino en virtud de las disposiciones estatutarias y por ello, nada impide, v.gr., que la asociación no prevea un régimen disciplinario, y por tanto renuncie a sancionar a sus miembros[108]. En consecuencia, no es tan esencial que exista efectivamente esta potestad sancionadora, como la posibilidad de establecerla y ejercitarla por medio de los Estatutos.

Hemos visto la concurrencia de las notas de abstracción, generalidad y obligatoriedad en los contratos. En mi opinión, puede añadirse otro indicio del caracter normativo (a pesar de que "su origen" sea negocial o incluso contractual) de los Estatutos: *el régimen de la modificación de los Estatutos.* Con el transcurso del tiempo, los Estatutos pueden requerir reformas necesarias, o simplemente convenientes, para que la asociación pueda mejorar su funcionamiento y lograr con mayor efectividad su fin.

Obviamente cuando se dice que los Estatutos obligan a todos los miembros de la asociación y a sus órganos, no significa en

[108] FERRER i RIBA y SALVADOR CODERCH, *Asociaciones, derechos fundamentales,... cit.*, pág. 112. En apoyo de esta afirmación citan diversos autores alemanes, y especialmente, a SCHMIDT, en *Gesellschaftrecht, cit.*, §24, V, pág. 599. También profundiza en este problema, y en concreto, en la tutela jurisdiccional de los derechos del socio, a través del control por los Tribunales del ejercicio de la potestad reglamentaria, BILBAO UBILLOS en "Las garantías de los artículos 24 y 25...", *cit.* , y en *Libertad de asociación...cit.*.

absoluto que no puedan ser modificados; por el contrario: el dinamismo propio de la vida asociativa exige cuantas adaptaciones sean necesarias. Como afirma la STS 23-4-1909

> "así como las leyes a pesar de su caracter permanente, se modifican para seguir la evolución progresiva ateniéndose a las diversas circunstancias de tiempo y lugar: al igual ocurre en las Sociedades que modifican algunos de sus preceptos estatutarios según las necesidades de la Sociedad para defender su vida" (Gaceta de 30-11-1909)

Si considerásemos que los Estatutos ya creados siguen siendo sólo un contrato, se plantearían problemas en cuanto a su modificación, ya que el contrato sólo puede ser alterado con el consentimiento unánime de los contratantes. Pero como decían ya los comentadores de la Jurisprudencia francesa del siglo pasado, los Estatutos aun derivando de los contratos, si se puede llamar así a los actos de adhesión, no son tales contratos, sino la ley interior del grupo[109]. La Asamblea general, no siendo la asociación misma, tiene el poder supremo del grupo. Con vocación de permanencia, este órgano, asume y ocupa el lugar de la asamblea constitutiva, es la "encarnación" del grupo y puede modificar los actos de voluntad de ésta, mediante una manifestación de voluntad contraria. Así, ni son las mismas personas que los redactaron y aprobaron quienes necesariamente han de concurrir para obtener la modificación, ni es necesaria la unanimidad de los consentimientos, que, como demuestra la vida real, es prácticamente imposible de lograr. En este punto se produce una quiebra total del principio contractualista, y constituye el argumento de mayor peso en contra del mismo. Bien es cierto que si no es necesaria la unanimidad, sí que es de la esencia del derecho corporativo que los grupos se gobiernen por decisiones del mayor número de las voluntades jerarquizadas en ellos. Esto es, es necesaria una voluntad mayoritaria.

[109] THALLER, en *Dalloz*, 1893, 1, 106 y ss.; si bien este caso concreto se trataba de una sociedad anónima, la doctrina que aporta es plenamente aplicable.

CAPITULO 6

ELEMENTO DE PERSONIFICACION JURIDICA: LA PERSONALIDAD JURIDICA, ¿ELEMENTO ESENCIAL A LA ASOCIACION?

I. Panorámica general:

I.A. La personificación como elemento esencial a la asociación y como criterio de distinción respecto a la sociedad civil: la situación hasta la promulgación del Código civil

El elemento de la personificación forma parte de muchas de las definiciones de asociación dadas por los civilistas y de hecho, como vimos en su momento, es en sede de personalidad jurídica donde se aborda en Derecho civil el tema de la asociación.

Los más importantes tratados de Derecho civil de los s. XVII y XVIII a nivel europeo, en los que se inspiran nuestros tratadistas, en la generalidad de los casos, adscriben el estudio de las *universitates* al Derecho público[1]. Por esta razón, el proyectado tratamiento legislativo[2] era muy pobre y el

[1] DOMAT no trata de las personas jurídicas en sus *Lois civiles*; sin embargo, estudia la regulación de las Universidades y de los hospitales en su *Droit public*, tit. XVII y XVIII (DOMAT, *Oeuvres complètes*, 4 vol., Librairie de Jurisprudence, Paris, 1829); DE CASTRO cita, en este sentido a BIJNKERSHOEK, que incluye el tratamiento de las *universitates*, entre las materias de Derecho Público en *Quaestionum juris publici*, II, 2, 12, II, (2ª ed.1761), págs. 333-335, y DONELLO, que las excluye expresamente en su *Compendium vitae hominis in jure fori et poli, usque ad perfectam actatem*, Valladolid, (1ª1629); *vid.* DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit*., págs. 161 y 162.

[2] Cfr. el art. 33 del Anteproyecto de Código civil de García Goyena y el art. 26 del Proyecto de Libro I del Código civil 1881-1882, citados en el capítulo 1. Como decía Modesto FALCON, catedrático de Derecho civil de la época "... aquellos proyectos -los de 1851 y 1882- no se decidieron a regular por sí la existencia de las personas jurídicas, por considerar que esta materia pertenecía más propiamente al Derecho Administrativo"; *vid.*

panorama doctrinal, al inicio del s. XIX -aunque los autores ya han acogido los términos (y la concepción que en ellos subyace) de "personalidad moral" o "personalidad jurídica"-, no era muy profuso en obras o referencias a las personas jurídicas en general ni a las asociaciones en particular[3].

Sin embargo, con anterioridad a la promulgación de la Ley de Asociaciones de 1887 y del Código civil, resaltan la nota de personificación jurídica -o al menos, de una idea subyacente: la unificación en la imputación de derechos y obligaciones- GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, que diferencia explícitamente entre asociaciones y fundaciones, enumerando entre las primeras:

> "Las gremiales, las que se dirigen a objetos de instrucción, de culto, de beneficencia y otros semejantes, estando autorizadas para adquirir o poseer, no menos que ciertas sociedades mercantiles o industriales en que con arreglo a las leyes está obligado el capital social, son personas jurídicas en este sentido. El caracter esencial de estas unidades es que sus derechos y obligaciones no corresponden a sus miembros ni individual ni colectivamente, sino a un conjunto ideal; y es consecuencia de esto, que el cambio total o parcial de las personas en nada afecta a la esencia ni a la unidad de la corporación"[4]

FALCON, en *Código civil español, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios,* I, Madrid, 1888-1890, pág. 63.

[3] La obra de P. de GOROSABEL, *Redacción del Código civil de España esparcido en diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta Nación*, (Tolosa, 1832), no trata de la persona jurídica ni de la asociación. MARTI y DE EIXALA, señalaba que no corresponde al Derecho civil exponer las cuestiones referentes a la formación y disolución de las personas morales por cuanto cree que "unas pertenecen al código administrativo o al político, otras al militar, otras al derecho mercantil, y las demás a los contratos de los cuales forman parte"; *vid.* MARTI y DE EIXALA, *Tratado elemental de Derecho civil romano y español*, tomo I, Barcelona, 1838, pág. 40. En el FEBRERO o *librería de jueces...*, no hallamos referencia alguna a las personas jurídicas como tales, ni a las asociaciones en general, sino a dos tipos de ellas, sobradamente conocidos en la época: las asociaciones gremiales (de éstas se dice que no gozan de fuero privilegiado) y las asociaciones de ganaderos; *vid.* FEBRERO o *librería de los Jueces, abogados y escribanos. Comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación vigente* por F. GARCIA GOYENA, J. AGUIRRE Y J.M. MONTALBAN, ed. de 1845. Tampoco en otras ediciones posteriores aumentan las referencias.

[4] Tuvieron en cuenta los miembros de la Comisión redactora del Código civil, la obra de GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. Consta de 3 volúmenes. La edición

y Modesto FALCON, que afirma que

> "La persona hoy es el hombre y todas las asociaciones por él formadas. Con esta definición además de restituir a su genuina integridad la idea de persona, comprendemos a las dos clases de personas que comúnmente se reconocen, a saber: personas físicas y personas jurídicas"[5]

No sólo se atribuía esta nota de personificación -entendiendo que la personalidad jurídica en sus líneas generales, estaba ya perfilada prácticamente en los términos actuales que luego veremos- a la asociación, sino que tal elemento marcaba una diferencia no pequeña con la sociedad. Como dato, hoy ya de Derecho histórico, conviene recordar que hasta la promulgación del Código civil, la personificación de las asociaciones era un criterio que sumado al del fin lucrativo, deslindaba la asociación de la sociedad.

La sociedad o compañía, acorde con su relativamente pacífica acogida legislativa, fue objeto de temprana atención por la doctrina, que hasta los últimos momentos del proceso codificador, la consideró solamente como contrato y no como persona jurídica. De esta forma, el término *universitas personarum,* al que se aludía al hablar del concepto, incluía agrupaciones de personas con fines diversos, pero no las agrupaciones provenientes del contrato de sociedad civil, pues hasta el s. XIX se consideraba que, mientras la *universitas* es un sujeto jurídico, la *societas* es tan sólo una relación jurídica[6].

---

que he consultado es de Madrid, 1870, aunque ya aparecían estas referencias en la 4ª edición de 1851, según refiere DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit.*, pág. 191, nota (184). Al igual que el autor anterior, dedica en el Libro I titulado "De las personas", un Título IX a "De las personas jurídicas". Obsérvense los posibles fines asociativos que se enumeran en el texto transcrito, así como la omisión de las sociedades civiles, a las que a la sazón no se reconocía personalidad jurídica; *vid.* GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Elementos*...I, *cit.*, pág. 675 de la ed. de 1870.

[5] Sin embargo, a pesar de esta prometedora afirmación, no se encuentra en su obra ningún capítulo dedicado a ellas. Tan sólo referencias al otorgamiento, siguiendo las Partidas, del beneficio de la *restitutio in integrum* por las mismas causas que los menores; *vid.* FALCON, E*xposición Doctrinal del Derecho civil español, común y foral según las leyes escritas*...tomo I, Salamanca, 1878, pág. 95.

[6] FERRARA expone las diferencias entre corporación y sociedad: "La societas no es otra cosa que un vínculo contractual entre los socios; pero los socios son siempre sujetos, adquieren derechos, se obligan, responden personalmente con su patrimonio: la sociedad

Esta distinción fue elaborada con base en los textos romanos, por los postglosadores y los canonistas de la Edad Media, cuyas teorías, por lo demás, fueron el punto de partida para la construcción de la teoría de la personificación jurídica.

Así, la *societas* supone únicamente una relación obligatoria entre los socios. En sí misma no es sujeto de Derecho y, por esto, tampoco es capaz de obrar. En tanto exista un patrimonio común, dicho patrimonio está en copropiedad de los socios[7], cada uno de los cuales posee una cuota. Por cualquier cambio en la situación de los socios, la sociedad desaparece. Por el contrario, la *universitas* es un auténtico sujeto de Derecho y una tercera persona distinta de los miembros y que existe frente a ellos. Por tanto, la *universitas* tiene capacidad jurídica, capacidad de obrar, capacidad patrimonial y procesal. Puede tener sus propios créditos y sus propias deudas. No responde por los actos de sus miembros. Su existencia y subsistencia es independiente de los cambios de sus miembros. Sin embargo, la personalidad de la *universitas* no es considerada como realmente existente, sino que es sólo fingida[8].

---

no existe al exterior, es decir, con respecto a terceros. En la corporación, por el contrario, los asociados aparecen absorbidos en una unidad ideal que se presenta en comercio como una nueva magnitud: ella es la titular de los derechos y obligaciones, la que hace contratos, la que comparece en juicio, no los miembros, que, respecto de ella, son extraños. En la sociedad el patrimonio es común entre los socios, y ninguno puede enajenar su cuota o pedir la división: en la universitas el patrimonio pertenece al ente, y los miembros no tienen derecho a él. La corporación es independiente de la individualidad de los asociados, y subsiste no obstante renovarse estos: la sociedad, por el contrario, se extingue de ordinario con la muerte o defección de un socio. La corporación se rige por las deliberaciones de la mayoría, por eso tres faciunt collegium; la sociedad, por el contrario, se rige por la voluntad individual de los asociados, y puede formarse sólo con dos personas", *vid.* FERRARA, *op.cit.*, pág. 35.

[7] La doctrina española de los s. XVII y XVIII citada por DE CASTRO (HERMOSILLA, FONTANELLA, SALGADO DE SOMOZA), considera el patrimonio formado con las aportaciones sociales como un patrimonio colectivo, en situación similar a la sociedad de gananciales o la herencia yacente; *vid.* DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit.*, pág. 23, nota (3).

[8] Los comentaristas de la Edad Media (BARTOLO DE SASSOFERRATO, s. XIV) sostenían respecto de la *universitas*, que no es una persona en sentido propio, sino algo ficticio. Realmente es una misma cosa que la suma de sus miembros; pero jurídicamente "*...secundum fictionem juris universitas aliud quam homines universitatis, universitas propie non potest delinquire, quia propie non est persona*". Con la *universitas* nace algo distinto (*aliud*) a la suma de los hombres que puedan ser sus miembros. La *fictio iuris* que se impone es una verdadera diferencia entre el todo y las partes, por ello la "*universitas repraesentant unam personam*". Ello implica reconocerles una voluntad propia, que habría de formarse por el acuerdo de los miembros, que, aún siendo por mayoría, se considerará *actus universitatis*; *vid.* Glosas al D., XLVIII, 19, 16, n.3 y 4, *cit.* por DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit.*, pág. 153.

No obstante, ya antes de la promulgación del Código civil, tanto Benito GUTIERREZ como GARCIA GOYENA consideraban que la sociedad tenía personalidad jurídica. Las *"Concordancias..."* de GARCIA GOYENA no contienen ningún tipo de concepto de las personas jurídicas en general (que en otro lugar denomina "corporaciones lícitas"[9]), ni de las asociaciones, si bien utilizan este término, en sentido amplio, incluyendo también la sociedad, a la que reconoce personalidad moral. En efecto, en el comentario al art. 1594, -"*los acreedores de la sociedad son preferibles a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales*"- el autor declara terminantemente que "la sociedad, según el art. 33, es una persona moral"[10] y el art. 33 decía

> *"Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles"*[11].

Es decir, con el término "asociaciones" se refiere GARCIA GOYENA a las asociaciones sin ánimo de lucro, pero también, las agrupaciones que persiguen un fin lucrativo.

---

[9] GARCIA GOYENA, *Concordancias*, ... *cit*., pág. 21: "se conserva el derecho español hasta ahora vigente: las corporaciones lícitas han gozado y gozan de los derechos civiles, pero con las restricciones y modificaciones puestas por las leyes; por ejemplo, sobre adquisición de bienes inmuebles: ve el art. 608".

[10] GARCIA GOYENA, *Concordancias, ... op. cit*., pág. 833; lo que llama la atención es que en el art. 33, como acabamos de ver, no se hace mención de las sociedades. Explica DE CASTRO, que quizá se debe a una lectura apresurada de la mención de *societas* en D. 46, 1, 22, que implica la atribución de la personalidad jurídica a todas las sociedades y no sólo a las de Derecho público, *vid. op. cit*., pág. 194. En la misma línea, en el ámbito mercantil, la Ley de Sociedades por Acciones de 1848, apartándose de la tradición española, y recogiendo una dirección doctrinal francesa, otorgaba personalidad jurídica a las sociedades; tal atribución de personalidad jurídica se concebía entonces como único medio para justificar la preferencia concedida a los acreedores de la sociedad respecto a los acreedores de los socios, sobre los bienes sociales. No era necesario acudir al expediente de la personalidad jurídica, según DE CASTRO, para conseguir esta preferencia pues la misma ya estaba afirmada y consolidada por precedentes doctrinales -SALGADO DE SOMOZA, FONTANELLA- y legales -el art. 297 del Código de Comercio de 1829-; *vid*. DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit*., pág. 193. Por otra parte, esta Ley establecía la necesidad de Ley o Real Decreto para la creación de estas sociedades por acciones; lo cual además sólo se cumplía respecto a aquellas "*cuyo objeto sea la utilidad pública*" (art.4.º), quedando en todo caso sometidas a la autorización del Gobierno.

[11] GARCIA GOYENA, *Concordancias...cit*.. Obsérvese que habla de "establecimientos", y no de fundaciones.

El *Código o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*[12], de Benito GUTIERREZ, magna obra de siete volúmenes que, según BARO PAZOS, hubo de ser de obligada consulta para los redactores de las distintas ponencias del Anteproyecto de Código civil, y cuyo autor gozaba de una reconocida *auctoritas* entre los miembros de la Comisión[13], dedica al tema de las personas jurídicas, únicamente dos páginas[14], sin poner ningún ejemplo de figura parecida a lo que hoy consideramos asociaciones sin ánimo de lucro, fuera de los "establecimientos de beneficencia" (que normalmente eran fundaciones) y las "cofradías aprobadas"[15].

En contraste, se ocupa con bastante detenimiento de la sociedad, en el tomo cuarto de su obra donde da un concepto muy amplio de sociedad, a la que considera persona jurídica "es un contrato que supliendo la insuficiencia individual, busca en los esfuerzos de la colectividad lo que no pueden conseguir los particulares"[16]

Las opiniones citadas manifiestan *la tendencia al otorgamiento de personalidad, aun antes de la redacción del Código civil*. Sabemos que cuando ya se habían publicado los arts. 35 a 39 dedicados a las personas jurídicas, en la Gaceta de Madrid, se

[12] He consultado la edición de Madrid, 1862-1869. Este vol. 1 es de 1868, págs. 215 a 217.

[13] BARO PAZOS, *op.cit.*, pág. 294. Así, v.gr., su postura abiertamente favorable al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, debió tener un peso decisivo a la hora de introducir los arts. 1669 y 1670 del Código civil. En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *Introducción al Derecho..., cit.*, 431.

[14] Que conforman un epígrafe (el XIII) titulado precisamente -acogiendo la moderna terminología- "Personas jurídicas", dentro del Capítulo I que lleva por título "De las personas", integrante a su vez del Libro Primero. Quizá para justificar su desproporcionada brevedad dice: "Esta materia mas bien que en abstracto merece ser estudiada en sus aplicaciones. ...En la creación de la persona jurídica tienen parte todas las leyes, pero más bien que las privadas, son las de carácter público, las que apartando la vista del individuo, conceden derechos civiles, efectos personales a la colectividad. ...Personas jurídicas con miras particulares son poco frecuentes. Las principales son las establecidas con un fin general, corporaciones que más que en el Derecho privado en el público, desempeñan alta misión"; *vid.* GUTIERREZ FERNANDEZ, *Código o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, Madrid 1862-1869, tomo I, pág. 223 y ss.

[15] GUTIERREZ FERNANDEZ, *op. cit.*, págs. 216 y 217

[16] *Código o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, Madrid, 1869, págs. 463 a 501, especialmente, pág. 464. Aunque se ocupa de la sociedad con ánimo de lucro, emplea indistintamente los términos asociación/sociedad en la pág. 467.

decidió, en el último momento del proceso codificador, eliminar el título dedicado a la sociedad inspirado en el *Avant-Projet de révision du Code civil* belga (1882-1883), obra de Laurent y se introdujeron los artículos que reconocen personalidad jurídica a la sociedad civil (art. 1669). Por ello, la diferencia basada en el elemento de personificación jurídica, no pasa de ser actualmente un dato histórico, pero del que algunos autores deducen consecuencias[17].

I.B. Consideración de esta nota tras la promulgación del Código civil. Datos aportados por la Ley de Asociaciones de 1964, la Constitución de 1978 y las Leyes autonómicas

Promulgado el Código civil, precisamente lo que hace el art. 35 es, no tanto una clasificación de personas jurídicas, entre las que incluye las asociaciones, sino una declaración de que las asociaciones, al igual que otras figuras, gozan de personalidad jurídica[18], cuando han sido reconocidas por Ley, y válidamente constituidas (art. 35: "*Son personas jurídicas: 1º asociaciones de interés público, reconocidas por ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas*").

Sobre esta base, es SANCHEZ ROMAN, siguiendo a ENDEMANN, quien se pronuncia abiertamente sobre su esencialidad puesto que "si bien se originan por la voluntad, cumplen un fin social que es necesario a su realización y de aquí la tendencia considerarlas como personas jurídicas"[19]. También bajo la vigencia de esta Ley -modificada ya por el Decreto de 1941-, GARCIA PESARRODONA, fija en la nota de la

[17] Unido a otros datos, especialmente, la falta de incomunicación total de los patrimonios de la sociedad y de los asociados, CAPILLA RONCERO duda de la conveniencia de atribuir personalidad jurídica a la sociedad civil; *vid*. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, págs. 131 y 132, donde se cuestiona el criterio -que seguidamente vamos a ver- que mantiene el Código civil para la atribución de la personalidad jurídica, pues no alcanza a comprender la razón por la que dota de tal personalidad a la sociedad civil, siendo como la autonomía patrimonial es mínima, y no la reconoce a situaciones como la comunidad de bienes donde se da también cierto grado de autonomía. Enseguida ahondaré en este punto de la autonomía patrimonial.

[18] ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, tomo I, vol.1º, *cit.*, pág. 389.

[19] SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit.*, pág. 243.

personalidad jurídica, la característica propia de la asociación, que lo diferencia de la simple reunión[20].

La Ley de Asociaciones de 1964, no se pronuncia ni en un sentido ni en otro acerca de la consideración de la asociación como persona jurídica ni el momento en que, en su caso, adquiere ésta. El Anteproyecto de Ley de Asociaciones de 9-7-1964, sí que lo hacía, pues en el artículo 6º.2, relativo al Régimen de las asociaciones, se decía:

> *2º "La publicidad de la existencia de una asociación en la forma indicada en el párrafo anterior[21] y su inscripción en el Registro otorgan personalidad jurídica y facultan a la asociación para iniciar sus actividades, adquirir a título oneroso o gratuito y contraer obligaciones en la forma prevista en sus estatutos sociales"*

En el Proyecto ya no aparece una previsión similar, y tampoco en el texto definitivo: no se hace necesaria dicha publicidad, ni se otorgan efectos constitutivos al Registro: como abiertamente señaló CARRO MARTINEZ en su discurso en defensa de dicho Proyecto[22], se trataba de un Registro declarativo, no constitutivo.

Con independencia del momento y modo en que se adquiera la personalidad jurídica -pues según el sistema del texto definitivo de la Ley de 1964, dependería del visado gubernativo de los Estatutos, que implica el reconocimiento (art. 3º.6)- se elimina toda referencia expresa a la misma y sus efectos.

Según CAPILLA, el Legislador de 1964, al igual que en su momento hiciera el de 1887, considera que el otorgamiento de personalidad jurídica es competencia del Código civil y esta

---

[20] GARCIA PESARRODONA, *op.cit*., págs. 21 y 22.

[21] Art. 6.1º: "*Dentro del plazo de un mes a contar desde el visado de los estatutos, la asociación habrá de ser objeto de publicidad mediante la inserción en el Boletín Oficial de la Provincia donde tenga su sede, de un extracto donde se haga constar la fecha del convenio fundacional, con indicación de la denominación, fines y domicilio social*".

[22] *Boletín Oficial de las Cortes españolas* de 22 de diciembre de 1964, nº 865. De todas formas, al igual que sucede en el punto anterior, al tratarse de variaciones introducidas en el Proyecto respecto al Anteproyecto, no podemos contar con una base (como v.gr. pudieran ser las Enmiendas al Proyecto) donde justificar las mismas.

puede ser la causa de la ausencia de respuesta legal a este punto en las respectivas Leyes de asociaciones[23]. Puesto que según el Código civil gozan de personalidad jurídica "*desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas*", esto es, desde que se hubiesen constituido de acuerdo con el régimen de la Ley de Asociaciones, dicha Ley sólo se ocupa del reconocimiento. Así la cuestión queda implícitamente resuelta en la Ley de 1964[24]. El control se produce pues en la fase constitutiva. Una vez constituida la asociación no hay ningún inconveniente en atribuirle personalidad jurídica[25].

Por su parte, el art. 22.3 CE prevé que

> *"las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad"*

Nada dice el texto constitucional sobre el punto de la personalidad jurídica, por lo que cabe plantearse si ésta es un elemento esencial de la asociación y correlativamente, puede pensarse en asociaciones sin personalidad jurídica. También se puede plantear la cuestión en términos tales como si el derecho fundamental de asociación incluye también el de obtención de personalidad jurídica. A todo ello me referiré más adelante, pero creo conveniente adelantar aquí que la Constitución solamente aborda el tema del derecho de asociación y no el de la personalidad jurídica, proceder correcto según CAPILLA RONCERO, puesto que

---

[23] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit..*, pág. 113. La expresión transcrita está referida la Legislador de 1887, pero en las págs. 114 y 115, la extiende al de 1964.

[24] En este sentido, DIEZ PICAZO y GULLON, *Instituciones*...vol.I, *cit.*, pág. 385; ESPIN CANOVAS, *Manual...*, vol. I, *cit.*, pág. 452.

[25] Dice SANCHEZ DE FRUTOS que "el Código civil español se elaboró en una época en que la teoría de las personas jurídicas estaba en plena expansión, lo que explica, junto a la escasez de reglas que les dedica, el que facilite de tal modo su constitución, que parece que todo fenómeno asociativo es considerado por este cuerpo legal como dotado de personalidad jurídica". Pero como reconoce a renglón seguido, "no cabe desconocer la existencia de asociaciones sin personalidad, ... Unas veces se producirá tal situación porque aunque existen *de facto* y pueden, por ende, obtener el reconocimiento, lo reducido de sus fines no justifica las molestias y gastos necesarios para constituirse legalmente. En otras se producirá por el lapso, con frecuencia prolongado que media entre la constitución del *substratum* y la terminación del expediente de reconocimiento"; *vid.* SANCHEZ DE FRUTOS, *op.cit.*, pág. 884.

el otorgamiento de la personalidad jurídica a las asociaciones es solamente un cauce juridico (pero no exclusivo ni excluyente desde el punto de vista constitucional) de tratamiento de las asociaciones que les permite el acceso a un trato de privilegio, pero que no impide que puedan existir excluidas de tal tratamiento "siempre y cuando esa disparidad de tratamiento no derive de una imposición (incluso discrecional o injustificada) sino que por el contrario obedezca a la defensa de intereses dignos de protección"[26].

La cuestión de la atribución de personalidad jurídica a las asociaciones es según este autor "constitucionalmente irrelevante"[27] o como dice MARIN LOPEZ, es un problema "de mera legalidad...y no ...de constitucionalidad"[28]. Estas opiniones son plenamente aceptables, a mi parecer, ya que la Constitución contempla el fenómeno asociativo como derecho fundamental del individuo, y no tanto como persona jurídica resultante de su ejercicio. Es en el ámbito del Derecho Privado, donde se regulan y estudian las diferentes clases de personas de base asociativa, pues esta personalidad jurídica que adquieren por diferentes vías las convierte en sujetos de derechos y obligaciones, en centros de imputación de relaciones jurídicas.

Doy por sentada la cuestión, por otra parte obvia, de que asociación no inscrita no equivale en ningún caso a asociación secreta, prohibida por el art. 22.5º Constitución. Las asociaciones sin personalidad no son necesariamente asociaciones secretas.

---

[26] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 116. En efecto, la cuestión de la libertad de asociación no incide decisivamente, aunque pudiera parecer lo contrario, en la cuestión de la personalidad jurídica de los grupos. Hay países donde la libertad de asociación es débil y sin embargo la personalidad jurídica es largamente concedida a las asociaciones lícitas, como sucedía en España hasta la promulgación de la Constitución de 1978, por la conjunción de la Ley de Asociaciones de 1964 con el Código civil, y a la inversa, otros, como Bélgica, (*Loi du 27 juin de 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique*) donde la libertad de asociación es completa, y no obstante el régimen de concesión y extensión de la personalidad es restrictivo.

[27] "Salvo que la diferencia de trato entre la asociación con personalidad y la que no goza de ella atente contra alguno de los expuestos extremos en su contenido esencial. Lo mismo cabe decir del acceso de las asociaciones de situaciones de especial privilegio, como la relativa a la declaración de utilidad pública, beneficios fiscales, beneficio de pobreza, etc., cuya configuración por las leyes no afecta en sí a la libertad de asociaciones (aunque pueda tener otra relevancia constitucional"; *vid.* CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General, ...cit.*, pág. 511.

[28] MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones*, *cit.*, pág. 37.

Son las asociaciones secretas las que en ningún caso tienen personalidad[29].

Las Leyes autonómicas (vasca y catalana), coinciden en la omisión de cualquier mención expresa a la personalidad jurídica. En su lugar, regulan los efectos de la inscripción o en su caso, de la falta de inscripción, poniendo tales efectos en relación, precisamente, con uno de los tradicionales -valga la redundancia- efectos de la atribución de personalidad jurídica, a saber: la separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el patrimonio de sus miembros, como vamos a ver enseguida.

I.C. El estado de la doctrina respecto a la inclusión de esta nota en la definición de asociación

Antes y después de la promulgación de la Constitución, la mayoría de los civilistas insertan en la definición el elemento de la personalidad jurídica,

-bien para definir a la -en expresión de DE CASTRO[30]- persona jurídica tipo asociación, en sentido amplio: ESPIN CANOVAS[31], PUIG BRUTAU[32], LACRUZ BERDEJO[33] y

[29] Sobre asociaciones secretas; *vid*. FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución, cit*., págs. 66 y ss. y los diversos comentarios al art. 22 de la Constitución española, en especial, los de AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES, *op.cit*., págs. 630 a 632; SANTAMARIA PASTOR, *op.cit*., págs. 431 a 433. Más recientemente la acertada síntesis que realiza LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación, cit*., págs. 193 a 198.

[30] DE CASTRO y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, recogido en *La persona jurídica*, *cit*., pág. 275, donde la define como "la personificación de un grupo de personas físicas (colectividad)...organizada unitariamente para conseguir fines propios y determinados del propio grupo. De esta figura jurídica hay que separar las sociedades irregulares y las asociaciones sin personalidad lo que no es fácil en la práctica, dado el criterio liberal de los Tribunales, que reconocen una cuasi-personalidad a agrupaciones que, aunque no reúnen los requisitos formales para tener personalidad jurídica, actúan como entes colectivos".

[31] "Persona jurídica corporativa o asociacional es una reunión de individuos que quieren alcanzar fines sociales mediante su unión"; ESPIN CANOVAS, *Manual...*, vol. I, *cit*., pág. 448.

[32] "Organizaciones formadas por conjuntos de personas a las que el Derecho reconoce personalidad propia"; PUIG BRUTAU, *Compendio*...I, *cit*., pág. 286.

[33] "En sentido genérico son asociaciones todas aquellas personas jurídicas privadas constituidas por un grupo de personas para la realización de un fin, al menos, relativamente, duradero". Sin embargo, cuando define la asociación en sentido estricto, añadiendo dos precisiones que acotan la figura, lo hace como ente "con finalidad no lucrativa fundado por un grupo de socios y -generalmente- abierto a la adhesión de

MALUQUER DE MOTES[34], y fuera del campo del Derecho civil, LOPEZ-NIETO[35].

-bien en sentido restringido, acudiendo al criterio de la ausencia de ánimo de lucro: PUIG i FERRIOL[36], O'CALLAGHAN MUÑOZ[37].

Pues bien, el interrogante acerca de la existencia y admisión en Derecho español de asociaciones sin personalidad jurídica, hace sin embargo, que debamos plantearnos si esta nota necesariamente ha de ser considerada elemento esencial de aquélla.

SANCHEZ ROMAN, en 1911 afirmaba que las asociaciones, "mientras no adquieren la personalidad de tales, o si no la llegan a adquirir, no constituyen personas jurídicas ni, aun siendo válidas para el Derecho, no pasan de la categoría de contratos de sociedad o estados de Derecho de comunidad, procedentes o no de contrato, sólo eficaces entre las partes contratantes"[38]. Es decir, en estos casos se trata, según este autor, de situaciones afines en cierta medida a la asociación, pero sometidas a un régimen claramente diverso.

DE BUEN, en las anotaciones a COLIN y CAPITANT, da un paso más y afirma claramente que en el Derecho español no se exige la personalidad como indispensable a la asociación[39]. CLEMENTE DE DIEGO simplemente constata que constituida

---

nuevos socios"; *vid*. LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit*., págs. 280 y 281.

[34] "La asociación consiste en la personificación de una pluralidad de personas físicas"; MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, *cit*., pág. 160.

[35] "Agrupación permanente de personas físicas que se unen para servir a un fin determinado, mediante una organización a la que el Derecho otorga personalidad"; LOPEZ-NIETO y MALLO, *La ordenación...cit*., pág. 40.

[36] PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, pág. 385. La definición aparece citada en el apartado del elemento del ánimo de lucro.

[37] O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La persona jurídica no lucrativa tipo asociación...", *cit.*, pág. 15. La definición aparece citada en el apartado del elemento del ánimo de lucro.

[38] SANCHEZ ROMAN, *op. cit.*, pág. 135.

[39] COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, tomo 2º, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1923, págs. 451 y ss. Los autores franceses por su parte, afirman que la personalidad jurídica no es atributo necesario para el funcionamiento de al asociación. Se comprende, en efecto, que ciertas asociaciones puedan vivir sin ser elevados al rango de sujetos de derecho; *op. cit.*, págs. 439 y ss.

la asociación (esto es, habiéndose dado el acto constitutivo) y ordenada por el estatuto, la asociación todavía no es persona jurídica mientras no sea reconocida; en el interin hay asociación no reconocida[40].

CASTAN TOBEÑAS, sin dar propiamente una definición, deslinda de forma nítida la asociación como substrato de una posible persona jurídica, y el reconocimiento del Estado por el sistema pertinente, que hace que aquella adquiera personalidad jurídica. El acto constitutivo crea el vínculo de unión entre varias personas en orden a formar una colectividad humana, y el Estatuto que ordenará la vida futura de esa colectividad. Con ello se forma la simple asociación o "asociación sin personalidad"[41].

A diferencia de Italia, donde la asociación no reconocida y por ende, sin personalidad, está regulada en el *Codice*, razón por la cual abundan los estudios sobre esta figura[42], en España, al silencio normativo se une (y en parte es consecuencia del mismo) que no en todas las exposiciones de los civilistas españoles se encuentra un apartado dedicado a las asociaciones sin personalidad[43]; curiosamente, salvo la exposición de GITRAMA GONZALEZ en el prólogo a la traducción de la obra de RUBINO[44] no hay en la actualidad, ninguna monografía dedicada al tema, y en las que versan sobre asociaciones, ningún apartado específico ni un tratamiento extenso.

---

[40] CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit*., pág. 216.

[41] A la que CASTAN TOBEÑAS dedica un epígrafe propio en *Derecho civil español*... tomoI, vol. 2º, *cit*., (ed. de 1987), pág. 492. El planteamiento expuesto aparece igualmente en la ed. de 1941, págs. 214 a 216.

[42] RUBINO, *op.cit*.; GALGANO, "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", *cit*.; EROLI, *Le associazioni non reconosciute*, *cit*.; FUSARO, *L'associazioni non riconosciuta, Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991; DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzione,...cit.*

[43] Además de CASTAN TOBEÑAS, lo hacen: LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol.2, *cit*., pág. 299; ESPIN CANOVAS, *Manual...*, vol. I, *cit*., pág. 456; GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil*, *cit*., pág. 270; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *Introducción al Derecho...cit*., págs. 466 y 468; MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, pág. 219, aparte, claro está, de la valiosa opinión de CAPILLA RONCERO en *La Persona jurídica ...cit.*.

[44] RUBINO, *op. cit*., págs. 3 a 10.

La consideración como persona jurídica de la asociación, para caracterizarla posteriormente, no es, por tanto, una cuestión meramente terminológica o una exigencia impuesta por la sistemática propia del tratamiento de la asociación como uno de los tipos fundamentales de persona jurídica. Responde más bien, o debería responder, a la toma en consideración del fenómeno de las asociaciones sin personalidad, no reconocidas o de hecho, así como, en definitiva, al peso que se le atribuya a la concesión de dicha personalidad. Sin embargo, algunos de los autores que dedican su atención a las asociaciones sin personalidad, incluyen la nota de la personalidad jurídica en la definición de asociación[45]. No así LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, que a la hora de definir la asociación en sentido estricto, utilizan el abstracto término de "ente"[46].

La perspectiva más adecuada será, entonces la de la significación de la personificación en la asociación: ver qué aporta el elemento de personificación, fundamentalmente, a los efectos patrimoniales. Además, será interesante ver qué relación hay entre personalidad jurídica, inscripción, publicidad y autonomía patrimonial.

Tras analizar estas cuestiones, me detendré en alguno de los efectos de la atribución de personalidad, para terminar con una panorámica de la situación de las asociaciones sin personalidad jurídica.

II. ALCANCE Y SIGNIFICACION DEL ELEMENTO DE PERSONIFICACION JURIDICA: QUÉ APORTA LA PERSONALIDAD JURÍDICA AL CONCEPTO DE ASOCIACION

II. A. Preliminares: nociones generales sobre la personalidad jurídica

El siempre interesante tema de la personalidad jurídica se prestaría a una larga exposición. Sabemos que la Ciencia jurídica ha producido sobre él una doctrina de extraordinarias

[45] ESPIN CANOVAS, cfr. nota (31) de este capítulo.

[46] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, cfr. nota (33) de este capítulo.

proporciones. Insignes juristas -alemanes, franceses, italianos, y por supuesto, españoles-, no sólo del campo del Derecho civil, sino también romanistas, administrativistas, etc. han dado lugar una riquísima literatura sobre la personalidad jurídica[47]. De hecho, es difícil enfrentarse al tratamiento de cuestiones referentes a una persona jurídica sin enzarzarse en las discusiones doctrinales en torno a las diversas teorías sobre su naturaleza y existencia.

Con independencia de que estos debates, presenten -en sí mismos y también por lo que aportan a la teoría del derecho subjetivo- un gran interés para el estudioso del Derecho, su trascendencia práctica no es en exceso decisiva[48], y dado que no pretendo aportar una revisión de las mismas ni tan siquiera pronunciarme por ninguna de ellas, evitaré perderme en lo que MIQUEL GONZALEZ ha denominado "laberinto dogmático de las teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica"[49]. Lo verdaderamente importante son las consecuencias o efectos que se siguen del otorgamiento o reconocimiento de la personalidad por el Derecho Positivo.

FERRARA, en el marco de su teoría de la "realidad técnica" de las personas jurídicas, entiende que el Derecho positivo no hace más que, obedeciendo a una necesidad que surge en toda

---

[47] Sería extensísima la relación exhaustiva de todo lo escrito sobre el tema; *vid.* por todos, DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica, cit.* y CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica..., cit.*, y de la doctrina extranjera, FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas, cit.*, y CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridiqu*e, Recuiel Sirey, 1935. Las citas y referencias de la Doctrina alemana las he extraído de estos libros. También son útiles: ALBALADEJO GARCIA, "La persona jurídica", *RDN*, abril-junio de 1960; DE COSSIO y CORRAL, A., "Hacia un nuevo concepto...", *cit.*, pág. 623 y ss; LOUZAO, "Las personas jurídicas", *cit.*; Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, "El derecho de asociación, Personas jurídicas, La Ley de Asociaciones y el Código civil, etc.", Sección de Consultas, tomo 140, 1922, y en general todos los manuales de Derecho civil al uso, en los capítulos correspondientes.

[48] Afirma MESSINEO que "escaso interés tiene el problema -antes ampliamente debatido- de si la persona jurídica es un ente ficticio o real; tal problema no tiene sentido para el Derecho, porque la persona jurídica tiene, cuando menos, una realidad en el y para el mundo jurídico, aun cuando no sea tal de acuerdo con las leyes de la naturaleza... porque la persona jurídica carece de "corporeidad"; *vid.* MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo 2º, Buenos Aires, 1954, pág. 158. Forzoso es reconocer que la realidad se impone: un número, cada vez mayor de figuras asociativas de gran trascendencia social, frecuentemente con características nuevas, aparecen en la escena jurídica. Muchas de ellas están contempladas por el Derecho, y otras no.

[49] MIQUEL GONZALEZ, en el prólogo a RODRIGUEZ GUITIAN, *op.cit.*, pág. 21.

colectividad organizada para alcanzar un fin, otorgarles un medio eficaz para la protección de sus intereses: la consideración como sujeto de derecho. El sustrato de las asociaciones es, según el profesor de la Universidad de Pisa, es "una unidad teleológica,... una pluralidad de individuos que por su coligación a un fin se presenta en nuestro pensamiento como un ente único". Cuando el Derecho transforma la unidad sintética en unidad jurídica, no hace, según este autor más que "asentar la cualidad de sujeto de derecho sobre el pedestal de la masa unitaria de los asociados, creando un nuevo sujeto que es autónomo en relación con el sustrato que hay puesto en la base"[50].

En la doctrina española encontramos la misma idea en CLEMENTE DE DIEGO, cuando afirma que el "reconocimiento" produce el efecto de que allí donde había pluralidad de titulares unidos para conseguir un fin, haya un solo sujeto de derecho; que allí donde había un patrimonio confiado a administradores, luego hay un ente ideal que asume la titularidad de esos bienes para emplearlos permanentemente para el fin al que están destinados[51].

Probablemente, la opinión de más peso sea la de don Federico DE CASTRO -una de las máximas autoridades en la materia de personalidad jurídica- que, alejándose de los postulados de las teorías realistas, mantiene una ponderada y prudente posición en su obra *La persona jurídica:*

> "Es una figura o si se quiere una entelequia jurídica; pero, como todas las figuras jurídicas (persona, familia), está basada o es exigida por realidades sociales...con una exigencia de relevancia jurídica, mayor o menor, que no debe ser desconocida por el Derecho. ...Sin embargo, no ha de darse siempre el mismo valor al término persona jurídica; pues con el mismo se encubren realidades de muy diverso valor. Una cosa será cuando se usa respecto de organizaciones, cuya independencia activa y pasiva

[50] FERRARA, *op. cit.*, págs. 352 y 357.

[51] CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental...*, II, *cit*., pág. 216.

> merece y requiere que sea reconocida su personalidad. Distinto es cuando el rótulo de persona jurídica se aprovecha para encubrir combinaciones inconfesables (por ejemplo, pseudosociedades) o cuando por laxitud técnica se utiliza para dar, por ejemplo, más agilidad a ciertas oficinas administrativas"[52]

De la inflación que modernamente se produce del término y de la figura, deduce DE CASTRO que hay diversos grados de personificación; personas jurídicas perfectas e imperfectas.

Las primeras, se caracterizan porque tienen vida independiente, separación completa de patrimonios, y porque no están afectadas por el cambio o estado de sus miembros. Entre ellas sitúa, en el campo del Derecho público, el Estado y los municipios, y en el del Derecho privado, las asociaciones, además de las fundaciones y la Sociedad Anónima.

Las segundas son asimiladas a las anteriores porque tienen algunas de sus prerrogativas: en Derecho público, una gran lista de entes mixtos, entes autónomos, empresas nacionales, etc. y en el Derecho privado, las sociedades civiles, las colectivas, las comanditarias, etc, las cuales no logran independencia completa, ni en su gestión ni en su patrimonio; sea respecto del Estado o sea respecto de los socios[53]. Esto hace que el sentido

---

[52] DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit*., págs. 264 y 265.

[53] DE COSSIO también habla de personalidad jurídica perfecta e imperfecta, pero en un sentido diferente. La personalidad perfecta es la que aúna las dos facetas de personalidad interior y exterior.

La personalidad "exterior", propia del Derecho privado, va íntimamente vinculada a la titularidad de los derechos y obligaciones y en este sentido, el ente colectivo aparece como un "centro de imputación de relaciones jurídicas", especialmente frente a terceros. Se comporta como un verdadero sujeto de derechos y deberes jurídicos. Junto a esta personalidad "exterior", existe según DE COSSIO una personalidad "interior", elaborada en el campo del Derecho público, fundada en la autonomía interior, que se manifiesta, entre otras cosas en la construcción de un sistema en virtud del cual pueda producirse una norma vinculante para los miembros de esa comunidad, que, con una actuación de carácter ejecutivo o disciplinario, se pueda imponer por acuerdo de la mayoría incluso contra la expresa voluntad de algunos miembros; relaciones en suma, de coordinación entre sus miembros y de subordinación de cada uno a la entidad creada. "Solamente cuando ambos elementos (personalidad exterior e interior) se reúnen en un determinado ente colectivo puede afirmarse que existe una auténtica personalidad colectiva, esto es, una entidad que absorbe la individualidad de sus miembros sometiéndoles al régimen de su autonomía, comportándose frente a terceros como un auténtico sujeto de derechos y deberes; cuando falta uno de los elementos nos encontramos ante una personalidad incompleta. Por tal razón son incompletas las entidades de derecho privado, unas veces como es el caso de la familia, porque les falta personalidad exterior, y otras como en la

técnico del término se reduzca al común denominador de todas estas figuras. DE CASTRO considera que en todas ellas han de concurrir los siguientes caracteres comunes:

1.- Propia e independiente capacidad jurídica y de obrar, conforme al art. 38 del Código civil y el 2 de la Ley de enjuiciamiento civil

2.- Una estructura artificial -a diferencia de lo que sucede con la persona física-, la cual requiere un estatuto o especial reglamentación que establezcan quienes son sus órganos o representantes[54], por medio de los cuales pueda actuar

3.- Una finalidad u objeto lícito. Esto es un requisito para su existencia, de modo que -a la vista del art. 39 del Código civil- si se ha realizado ya el fin, o se hace imposible, o -ha de añadirse- éste no es lícito, quedarían extinguidas

4.- Publicidad de la existencia, nacimiento y extinción de la misma, dependiendo la forma de constancia de la clase de persona jurídica que sea

5.- Los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio "personal", separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. Separación que es completa en la persona jurídica perfecta, y está atenuada, aunque existe, en la persona jurídica imperfecta. De este modo, la consideración como persona jurídica de una organización cualquiera, llevaría siempre consigo el mismo efecto: "la irresponsabilidad personal

---

sociedad porque carecen de personalidad interior"; *vid.* DE COSSIO y CORRAL, A., "Hacia un nuevo concepto...", *cit.*, págs. 651, 652, y 654. La cita textual es de esta última página. El caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, -a las que no se refiere el autor-, es, aplicando estos criterios, un caso de personalidad jurídica perfecta o completa, pues como seguidamente veremos, es claro que la tienen exterior, pero en mi opinión, también la tienen interior, como se manifiesta en su estructura corporativa, que vimos en el lugar correspondiente.

No acepta esta distinción RUBINO, quien admite que la capacidad jurídica puede verse limitada por el Derecho positivo a tenor de diversas circunstancias, pero presupone la personalidad y no se identifica con ella; por el contrario, la personalidad no es susceptible de grados y de limitaciones, o existe o no existe y en las asociaciones no reconocidas, dice este autor, falta; *vid. op.cit.*, pág. 36.

[54] La adopción de una denominación u otra, dependerá de la consideración que se dé a la persona jurídica como persona real (con órganos) o ficticia (que necesita ser representada).

de quienes la manejan y se aprovechan de ella; respecto de los actos y de las deudas que contraigan en nombre de aquélla"[55].

Esto es lo que ha propiciado numerosos abusos por parte de quienes se han servido de esta figura para aislar masas patrimoniales de la misma persona que es la verdadera dueña -v.gr. en el caso de una Sociedad Anónima- de todas las acciones, evitando así que sean ejecutadas por las deudas personales de esa persona. La reacción de tribunales y tratadistas ha sido la de "levantar el velo" de la personalidad jurídica, para ver si se trata realmente de una persona jurídica con todas las características que estamos viendo, o se trata de un supuesto de fraude de ley[56]. Todo ello ha hecho hablar de crisis de la persona jurídica, pero, como certeramente sostiene el al autor:

> "En verdad, lo que ha hecho crisis, mostrando su inexactitud y su peligrosidad, ha sido una concepción de la persona jurídica, la de su intangible hermetismo y la de su suficiencia formal. La figura de la persona jurídica, como tantas otras del Derecho, tiene carácter instrumental; formas y nombre están al servicio de una finalidad, aquí es la de potenciar una realidad social (corporativa) que merezca serlo"[57]

Precisamente con ocasión del debate acerca del "levantamiento del velo (*disregard of the legal entity*)", se han definido nuevamente las posturas acerca de la personalidad jurídica:

---

[55] DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit*., pág. 270. Las cinco notas aludidas aparecen en las págs. 272 y 273.

[56] De imprescindible consulta en este punto, DE ANGEL YAGÜEZ, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la reciente Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1990 y "La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica y las Sociedades interpuestas", *Estudios Deusto*, 43/2, julio-diciembre, 1995; BOLDO RODA, *Levantamiento del velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Revista de Derecho de Sociedades-Aranzadi, Pamplona, 1996. También pueden verse algunos comentarios de sentencias de PANTALEON PRIETO, "Comentario a la sentencia de 3 de junio de 1991", *CCJC*, nº 4, 1984, págs. 1707 a 1718 y EMBID IRUJO, J.M., "Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1990", *LL*, 7 de diciembre de 1990, págs. 6 a 8. En el caso de la SRL de socio único no tiene porque aplicarse esta doctrina, pues es un supuesto admitido legalmente.

[57] DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit*., pág. 272.

a) El sector según el cual la personalidad jurídica de las sociedades debe respetarse, por ser un buen instrumento técnico de derecho patrimonial, y sólo debe ser atravesada o ignorada para desvelar quienes se ocultan tras ella, cuando a través de la persona jurídica se intente cometer abuso de derecho o fraude de ley o eludir obligaciones contractuales. Desde esta postura, representada actualmente por DE ANGEL YAGÜEZ, se insiste en valorar la seguridad del tráfico.

b) El sector que parte de que la personalidad jurídica es una creación del lenguaje de los juristas, que han generalizado normas dictadas para resolver problemas concretos. La interposición de la personalidad jurídica, como ente separado de sus componentes personas físicas, sólo procede cuando aparezca justificada[58]. Esto es, se rechaza la doctrina del levantamiento del velo y se destaca la necesidad de reformular el concepto de persona jurídica. Esta corriente tiene su origen en ASCARELLI y está representada en la actualidad, por GALGANO, en Italia[59], y en España, por DE CASTRO y especialmente por CAPILLA RONCERO[60]. Este sector critica la doctrina del levantamiento del velo y considera que está mal planteada, pues parte de posiciones formalistas, que conciben la persona jurídica como distinta de las personas que la componen, lo que no siempre es así, para estos autores, por imperativos de equidad y justicia.

---

[58] Lo cual no es siempre es así. Prueba de la falta de criterios comunes en el punto de atribución de personalidad jurídica por el Legislador, son, en mi opinión, los numerosos ejemplos de agrupaciones, que bien pudieran gozar de personalidad jurídica, y sin embargo carecen de ella. Quizá el ejemplo más paradigmático, sea el grupo integrado por los propietarios de pisos constituidos en régimen de propiedad horizontal, el cual carece de personalidad jurídica, si bien la Jurisprudencia reconoce la afinidad entre la comunidad horizontal y las personas jurídicas de base asociativa en la STS de 14-5-1992 (RJ 1992/4120); de hecho, aunque las comunidades sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal, no tienen personalidad jurídica a estos efectos, la Ley les dota de una estructura que recuerda bastante a la asociativa, especialmente en lo tocante al presidente de la comunidad (art. 12.I) que, similarmente a lo que ocurre con el de cualquier asociación, representa a ésta, en juicio y fuera de él. Una reciente y esclarecedora visión sobre este tema, es la realizada por SANCHEZ RUBIO, *Las comunidades de propiedad horizontal frente a tercero: una aportación a la teoría de la subjetividad jurídica*, Zaragoza, 1996, trabajo aún inédito, al que he tenido acceso por gentileza del autor.

[59] Una acertada síntesis de la teoría de GALGANO puede encontrarse en BOLDO RODA, *op. cit.*, págs. 61 y 62.

[60] DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit.*, págs 241 a 255; CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, *cit.*, págs. 52, 53 y 63 a 78.

Para CAPILLA RONCERO, la personalidad jurídica es una cualidad de ciertos supuestos institucionales, que implica unas funciones atribuidas por el Ordenamiento con unos fines concretos. Se trata de un expediente técnico -un *nomen iuris* del que no conviene prescindir- que cohonesta ciertas situaciones con el mantenimiento de un único esquema de derecho subjetivo y de relación jurídica[61].

La persona jurídica en sí no es una esencia, por ello no se puede elaborar un único concepto de persona jurídica, sino que lo que lo realmente útil y correcto es descubrir para qué sirve la atribución de personalidad jurídica. En el tratamiento jurídico de las asociaciones, la atribución de personalidad jurídica "se ceñiría a ser una parte de ese tratamiento pero no todo él, y además, circunscrito a los efectos que el ordenamiento anuda a la concesión del atributo de la personalidad, y con el alcance que para cada tipo de organización las leyes predispongan"[62]. CAPILLA engloba en un capítulo "Las funciones generales de la atribución de personalidad jurídica", a saber: domicilio, nacionalidad, capacidad y autonomía[63].

Antes de desarrollar algunas de ellas, me detendré en un problema conexo al debate sobre la existencia y naturaleza jurídica, y por otra parte, de mayor trascendencia práctica: la adquisición de la personalidad jurídica, y en concreto, la relación entre personalidad jurídica, inscripción en el Registro, publicidad y autonomía patrimonial.

II. B. EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA POR EL ESTADO: VALOR DE LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO EN RELACION A LA ADQUISICION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA[64]

[61] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, *cit.*, pág. 75.

[62] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General...*, *cit.*, pág. 465.

[63] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, *cit.*, págs. 79 a 107.

[64] Para la descripción de los distintos sistemas y el valor del reconocimiento me he basado en la explicación de ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, tomo I-vol. 1º, *cit.*, págs. 391 a 395 y CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, págs. 475 a 477.

Respecto a la cuestión de cuándo y cómo se adquiere la personalidad jurídica, es decir, de los sistemas de adquisición de la personalidad y el alcance del reconocimiento estatal en orden a dicha adquisición, tampoco es mi objetivo aportar innovaciones, máxime cuando de este tema ha habido importantes estudios[65]. Sin embargo, sí que considero importante reflejar la corriente que parece consolidarse actualmente de separación entre tres elementos: personalidad jurídica, inscripción y autonomía patrimonial. Para centrar el tema, haré una sucinta exposición sobre el estado actual de la cuestión.

II.B.1. Sistemas de adquisición de la personalidad jurídica y justificación de la intervención del Estado

La intervención del Estado en el proceso de adquisición de personalidad jurídica se realiza de diversos modos. El reconocimiento de la misma ha de darse siempre, aunque existe una gran variedad de sistemas, según el valor que se dé a tal reconocimiento y el grado de intervencionismo que éste suponga.

El modo en que *ad casum* se dé tal intervención estatal depende de la política legislativa de cada momento.

De este modo, en el sistema más flexible, el de la *libre constitución*, el sustrato adquiere la personalidad por el solo hecho de expresar su voluntad de organizarse; esa posibilidad existe porque el Ordenamiento jurídico positivo "se la concede", sin otras exigencias que esa. Explica ALBALADEJO que "libre constitución" no significa que la personalidad jurídica se otorgue a organizaciones de puro hecho (es decir, que vivan al margen o de espaldas al Derecho), ni que en tal constitución no hayan de haberse cumplido todos los requisitos que la Ley establezca (v.gr. además de tener un fin lícito, constituirse en escritura pública, etc.) sino sólo que la personalidad se atribuye por tal constitución, sin necesidad de que para obtenerla sea además preciso que todo ello, y el cumplimiento de

[65] MARIN LOPEZ, *Asociaciones: constitución y personalidad jurídica*, Tesis inédita, Universidad Castilla-La Mancha, 20 de noviembre de 1991.

cualesquiera otros requisitos quede constatado por acto de autoridad o en forma oficial[66].

El llamado *sistema normativo o de disposiciones normativas*, supone que no es tanto la ley la que "concede" directamente la personalidad, ni menos aún, la autoridad administrativa o judicial la que la concede arbitrariamente *ad casum:* la ley fija previa y generalmente las condiciones de acceso a la personalidad jurídica, actuando como un título que permite a la asociación reclamar como un derecho, una vez que por su parte ha acreditado -ante la autoridad administrativa o judicial- su constitución regular, la inscripción en un Registro y la subsiguiente publicidad. Por esta razón, también se conoce el sistema normativo como "sistema de registro". La inscripción en un Registro, conlleva una publicidad material y formal, condiciones ambas que se estiman necesarias para ser sujeto apto para el tráfico jurídico y salvaguardar los intereses de terceros. Publicidad especialmente decisiva desde el punto de vista de proyección externa del ente, pues tal aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones se ejercita fundamentalmente respecto a terceros[67]. Pero tal intervención de la autoridad u organismo no es para conceder nada, sino que es el último hecho que unido a los demás que la ley requiera, forma con ellos un supuesto de hecho complejo, que, realizándose, tiene como efecto automático la atribución de personalidad.

Por último, en el *sistema de concesión*, la personalidad jurídica se adquiere sólo en virtud de un acto de la autoridad o una disposición de la ley especialmente destinados a conceder personalidad, sea de forma directa, haciendo una manifestación expresa en tal sentido, sea de forma indirecta, aprobando, v.gr. los Estatutos por los que el ente se regirá.

---

[66] ALBALADEJO GARCIA, *Derecho Civil*, tomo I-vol. 1º, *cit.*, pág. 393.

[67] Hay que hacer notar que, incluso en el caso de la sociedad civil, en que la personalidad jurídica se adquiere por el simple acuerdo de voluntades, y no se inscriben en ningún registro, late la idea de publicidad en el art. 1669 del Código civil, pues precisamente, para que la sociedad civil tenga personalidad, se exige que sus pactos sean conocidos por terceros y se actúe en nombre de la sociedad: es decir, una publicidad de hecho. En el caso de las sociedades mercantiles, la inscripción el Registro es constitutiva.

Sea libre reconocimiento, sea concesión, es innegable la necesidad de intervención estatal, si bien con un grado y fuerza diferente, según la teoría que se adopte respecto a la naturaleza de la persona jurídica[68], y sobre todo, según la norma positiva que regula cada figura, que da lugar a diferentes sistemas de constitución. Dicha intervención se verifica mediante la intervención de alguno o algunos de los tres poderes del Estado. Si se observan los diferentes sistemas de constitución, siempre aparece el ordenamiento jurídico regulando de algún modo tal acto, aunque sea para declarar que el sistema es de libre constitución, y tal regulación es fruto del poder legislativo; el poder judicial actúa lógicamente para cumplir y hacer cumplir tal ordenamiento; y en muchas ocasiones, adquiere gran protagonismo -a veces excesivo- el poder ejecutivo.

Las razones que se han aducido para justificar la intervención estatal, especialmente la del poder ejecutivo, son de varios tipos. Para SAVIGNY, y los partidarios de la teoría de la ficción, la intervención del Estado es una imperiosa

---

[68] La lógica consecuencia de las teorías de la ficción y de la realidad, en orden a los sistemas de reconocimiento de la personalidad jurídica, sería la adopción de un sistema de concesión de la personalidad, en el primer caso y de simple reconocimiento de algo ya existente en el segundo.

Los seguidores de las teorías de la ficción ven en la intervención del Estado un acto de creación de la persona jurídica; los partidarios de las teorías realistas, con GIERKE a la cabeza, le otorgan un valor meramente declarativo de la existencia de la persona jurídica; KARLOWA, coherente con su concepción del acto de constitución de la persona jurídica, mantiene que su valor no es ni creación de lo que no existe ni simple declaración de lo existente, sino un acto confirmativo dirigido a completar una existencia imperfecta. En el nacimiento de la persona jurídica cooperan por igual el Estado y los particulares. A éstos, en el caso de la asociación, les corresponde el acto constitutivo que da lugar a una persona jurídica imperfecta, y al Estado, un acto por el que se completa la eficacia de la persona jurídica, haciéndola perfecta. Una vez confirmada, la persona jurídica existe *ex tunc*: se considera que existe desde la fecha de la formación de su sustrato.

FERRARA, a pesar de que su célebre *Teoría de las personas jurídicas*, es la obra representativa de la teoría de la realidad jurídica, otorga a la intervención del Estado un valor constitutivo, pero difiere de SAVIGNY en el fundamento de esta afirmación. Distingue claramente entre el sustrato de la persona jurídica y el reconocimiento del Estado. El primero es un producto de la sociabilidad humana. Pero ese sustrato no es ni persona jurídica inicial ni "en gestación", sino un simple aspirante a la personalidad. El reconocimiento del Estado, que debe recaer sobre el sustrato, tiene como efecto el nacimiento de un nuevo ser jurídico, al cual, los particulares por sí solos no podían darle vida; de este modo la intervención del Estado es una creación de un sujeto de Derecho que antes no existía. La cuestión de si un ente es o no persona jurídica se resuelve en el Derecho Positivo: "¿Ha habido reconocimiento? ¿Ha querido atribuir el Estado la cualidad de sujeto jurídico? Si ello es así tenemos una persona jurídica, en caso contrario, no"; *vid.* FERRARA, *op.cit.*, pág. 385.

necesidad, consecuencia de la propia naturaleza de las personas jurídicas[69].

Como ya se apuntó en el capítulo 1, hubo una etapa en que la intervención -que tuvo el carácter más restrictivo posible, rayando en un deseo de abolición de la generalidad de las personas jurídicas y en especial de las de tipo asociativo, interpuestas entre el Estado y el individuo- se justificó por razones económicas que en realidad eran ideológico-políticas: se decía que las "corporaciones" y en concreto las llamadas "manos muertas", entorpecían el tráfico de la riqueza e impedían el desarrollo económico de la Nación. Además se daba el consabido temor de que fueran, abierta o clandestinamente, fuerzas políticas que constituyeran una amenaza para el poder establecido.

Siendo muy otras las actuales circunstancias, carecen de fuerza tales justificaciones, pero sí que existen razones de peso que justifican la intervención estatal: el Estado tiene el derecho y el deber de impedir la constitución de personas jurídicas de fines ilícitos, prohibidos por la ley o contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

En nuestro sistema, tal idea viene recogida en la Constitución, precisamente para las asociaciones sin ánimo de lucro, en el art. 22.2: "*Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales*", y en el 22.4: "*Se prohiben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar*", por la amenaza que constituyen para el orden público. En orden a la justificación de la intervención estatal en el caso concreto de las asociaciones sin ánimo de lucro, con independencia de que se rechace un control con fines políticos de la constitución y en definitiva, la vida asociativa, me parece que es obvio que el Derecho Positivo nunca debería llegar a un principio general de reconocimiento de todas las asociaciones, análogo al que se

[69] "El hombre, por el solo hecho de su aparición corporal, proclama su título a la capacidad de derecho, …cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente a un ser ideal, el signo visible falta y la voluntad de la autoridad suprema puede sólo suplirlo creando sujetos artificiales también de derecho; abandonar esta facultad a las voluntades individuales, sería arrojar seguramente sobre el estado del derecho (*sic*) una grande incertidumbre, sin hablar de los abusos que podrían traer consigo si eran fraudulentas"; *vid.* SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, II, *cit.*, pág. 81 y 82.

observa respecto de las personas físicas[70], pues el Estado no puede renunciar ni eximirse completamente de todo control sobre la licitud del fin de aquéllas. La justificación es clara cuando se trata de evitar la legitimación de grupos que puedan ser dañosos para la sociedad. Se adopte la tesis que se adopte, es obvio que el Estado nunca podría desentenderse absolutamente de toda intervención en tales actos, por los peligros que de ello podrían derivar para el mismo Estado.

Y cierto es también que en todos los sistemas jurídicos, existe un Registro de asociaciones, que instrumenta la intervención del poder ejecutivo, y en el cual la inscripción goza de diferente valor, como seguidamente vamos a ver.

II.B.2. El sistema de reconocimiento de las asociaciones sin ánimo de lucro en España

El tema, como puede intuirse fácilmente, es mucho más extenso y complejo. Aquí me voy a limitar a reflejar la solución que se adopta para el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, advirtiendo además, que la generalidad de la doctrina estima que el sistema correspondiente a las asociaciones sin ánimo de lucro se halla conectado con el valor del que se dote a la inscripción en el Registro administrativo[71].

---

[70] Pues el ser humano por el hecho de serlo, no puede ser privado de esta aptitud por el Derecho, aunque la Historia nos demuestra que en ocasiones no ha sido así. Sabemos que no siempre en el Derecho Positivo, la persona humana ha tenido la condición de sujeto de derechos, es decir, no siempre ha tenido personalidad jurídica: v.gr. en el Derecho Romano el esclavo era considerado como cosa.

[71] No todos los autores se ocupan de encajar las asociaciones en la citada clasificación de sistemas, sino que, como queda dicho, se centran más bien en el momento en que tal adquisición de personalidad se produce. Con todo, hay algunos autores que sí se pronuncian.

Mientras ALBALADEJO, en su afán de resaltar los efectos meramente declarativos de la inscripción, entiende que para las asociaciones se adopta el sistema de libre constitución, ALBALADEJO GARCIA, Derecho Civil, tomo I-vol. 1º, cit., pág. 395, la mayoría de los autores entienden que se adscribe al sistema normativo. En ete sentido, GARCIA AMIGO, *Instituciones*...I, pág. 495; PUIG BRUTAU, basándose en "que han de ser reconocidas por la autoridad gubernativa que ha de comprobar si concurren los requisitos necesarios"; *vid.* PUIG BRUTAU, *Compendio*...I, *cit.*, pág. 278. También afirman que es sistema normativo LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, págs. 268 y 269, al decir que "las asociaciones que hoy son lícitas sin necesidad de cumplir específicas formalidades, probablemente necesitan alguna para adquirir la personalidad jurídica", lo cual las aleja del sistema que describen, que, aun sin denominarlo así, corresponde con el de libre constitución.

La Constitución, en su afán de desterrar todo control político y cualquier intervencionismo público injustificado en las asociaciones, proclama que la inscripción es "*a los solos efectos de publicidad*" (art. 22.3)[72]. Como adelanté, este artículo plantea problemas de interpretación, pues no queda en absoluto claro cuál es el contenido de esta expresión.

Por ello son varias las tesis mantenidas, si bien todas admiten que el pacto constitutivo da vida a la asociación, sin que pueda condicionarse su eficacia a ningún acto administrativo que implique su aprobación por parte de los poderes públicos. La divergencia se plantea en los efectos que han de atribuirse a la inscripción. Esto es: el punto conflictivo es la relación entre adquisición de la personalidad e inscripción en el Registro. Si la inscripción determina la adquisición de personalidad, serían equivalentes las dicotomías "asociación inscrita/asociación no inscrita" y "asociación con personalidad/asociación sin personalidad". Si se separan estos factores, será preciso distinguir tres regímenes: asociaciones inscritas, asociaciones no inscritas, asociaciones sin personalidad.

II.B.2.a. Posición de la doctrina

Las opiniones se alinean en torno a dos posturas, que, desde el punto de vista de los efectos de la inscripción, podemos calificar de tesis declarativa y tesis constitutiva.

Para la llamada **tesis declarativa,** el registro únicamente proporciona publicidad a la asociación, que con el simple acuerdo o pacto de creación, adquiere personalidad jurídica. Esta tesis es sostenida por SANCHEZ MORON[73], LUCAS

[72] El texto completo dice "*Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo, deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*". Lo cual se repite, por cierto, tanto en las Leyes autonómicas (en el art. 8.1 de la Ley vasca se establece que: "*Las asociaciones constituidas de acuerdo con lo establecido en los artículos anteriores, se inscribirán, a los solos efectos de publicidad, en el Registro de Asociaciones a que se refiere el artículo 9*"; el art. 9.2 de la Ley catalana dice que "*Las asociaciones que se han constituido de acuerdo con lo establecido en los anteriores artículos, deben inscribirse a los únicos efectos de publicidad*"), como en los diversos Reglamentos reguladores de los Registros de asociaciones (v.gr. el de Aragón, Decreto de la DGA de 7-2-1995).

[73] SANCHEZ MORON, "La aplicación directa de la Constitución...", *cit.*.

MURILLO DE LA CUEVA[74] y civilistas, como MARIN LOPEZ, que ha estudiado a fondo este tema y cuya opinión es que, siendo el art. 22.3 de la Constitución neutro, tan constitucional es un sistema de inscripción declarativa como constitutiva[75], pero que *de lege lata*, a la vista del art. 35.1º del Código civil -del que se desprende que la personalidad de las asociaciones empieza "*desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho hubieran quedado válidamente constituidas*"-, la válida constitución de las asociaciones resulta de la propia celebración del contrato de asociación, sin necesidad de ninguna intervención administrativa, y en consecuencia, de tal contrato o pacto asociativo surge para la asociación la personalidad, si bien, para que sea oponible a terceros en el tráfico jurídico precisa la asociación de, como mínimo, la publicidad de hecho (la requerida para las sociedades civiles según el art. 1669 del Código civil), pero no necesariamente la que proporciona la inscripción registral[76].

Otros autores mantienen esta postura aunque con una línea más matizada: con el acuerdo constitutivo se adquiere una personalidad jurídica elemental, que permite, v.gr. tener un patrimonio propio, pero la personalidad jurídica completa que determina la limitación de responsabilidad total, puede hacerse depender de otros requisitos como la inscripción. Sería absurdo -dice PAZ-ARES- hacer depender una calificación jurídicamente decisiva de un hecho sucesivo, extrínseco y accidental (la

[74] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 182.

[75] Sobre la neutralidad del art. 22.3, *vid.* también el comentario de DE OTTO, en *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 105, donde afirma "El artículo 22.3 no puede entenderse en el sentido de que resulte contraria a la Constitución una normativa que permitiese la adquisición de la personalidad jurídica sin inscripción en el registro, tal y como ocurre para las sociedades civiles, ...que de acuerdo con el Derecho civil adquieren la personalidad jurídica sin acceder a registro alguno. El sistema puede ser criticable desde el punto de vista práctico, pero difícilmente se podrá decir que contraviene los dispuesto en el artículo 22.3 de la CE: desde el momento en que ese precepto excluye el control registral de legalidad permite que la adquisición de la personalidad jurídica se condicione a la inscripción en el registro pero ciertamente no obliga a ello y es compatible con un sistema de publicidad formal".

[76] Como antes señalé, la tesis doctoral de este autor versa sobre este tema. Dado que aún está inédita, he extraído la doctrina señalada de MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones, cit.*,, págs. 36 y 37 y especialmente del capítulo que sobre la persona jurídica escribe en el manual de CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, págs. 204 y 205.

publicidad) y no de un hecho constitutivo, intrínseco y esencial (la voluntad contractual). Ahora bien, "...no quiere decirse con esto que la ley no pueda establecer requisitos ulteriores para la obtención de personalidad jurídica especial o completa (en este sentido no puede compartirse la temprana orientación de nuestra jurisprudencia a tenor de la cual la personalidad jurídica plena -estructura corporativa, limitación de responsabilidad, etc.- de la asociación, surge del mismo pacto asociativo....)"[77].

La **tesis constitutiva,** entiende que la inscripción, aunque voluntaria, es requisito *sine qua non* para la obtención de la personalidad jurídica. De este modo, junto a las asociaciones inscritas o con personalidad (términos que se harían sinónimos), habría asociaciones no inscritas o sin personalidad. El fundamento de esta tesis, es que es la publicidad la que determina la adquisición de la personalidad.

Resume bien esta corriente DE LA MORENA cuando explica, que "la asociación adquiere validez legal desde el momento mismo de su constitución, pero sólo como contrato que liga entre sí a los promotores o fundadores y, si acaso, a los socios que posteriormente se vayan incorporando a ella; pero para que además adquiera personalidad jurídica independiente de la de aquéllos (art. 35.2 del Código civil) se precisará que quede legalmente inscrita en el correspondiente Registro, pues que, en pura lógica jurídica, la personalidad (relacionamiento autónomo con o frente a terceros, amparado por el derecho) se hace depender siempre de la publicidad (garantías mínimas debidas a esos terceros) y no hay publicidad sin previa inscripción"[78].

---

[77] PAZ-ARES, *Comentarios*...II, *cit.*, págs. 1354 y 1360. También PANTALEON PRIETO, se refiere a esta personalidad jurídica elemental pues "no se respetaría el contenido esencial del derecho de asociación si la voluntad de pasar por el sistema legal de publicidad "se castigase" haciendo impracticable la vida externa de las asociaciones de que se trata; que es lo que ocurriría, si no se les reconociera capacidad de obrar o se considerase que sus bienes siguen siendo propiedad por cuotas de sus asociados. Dicha personalidad jurídica elemental la adquieren las asociaciones desde que los fundadores acuerdan constituirlas, estructurándolas para tener relaciones externas: no se requiere la previa publicación de hecho de la asociación"; *vid*. PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 48.

[78] DE LA MORENA, "El derecho de asociación...", *cit.*, págs. 17 y 18. Aún va más allá, pues no sólo exige la inscripción, sino que "esa inscripción ha de contener además todos y cada uno de los datos que por imperativo del principio de publicidad esos terceros puedan y

En el mismo sentido, FERNANDEZ FARRERES[79], SANTAMARIA PASTOR[80], AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES[81], GARCIA MORILLO[82], AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ[83], y entre los civilistas[84], especialmente, CAPILLA RONCERO. Este autor aduce que las funciones dimanantes del reconocimiento de personalidad jurídica, y especialmente, del beneficio de la limitación de responsabilidad otorgado a sus miembros y dirigentes, requieren o aconsejan la constancia segura y pública de la asociación y los elementos patrimoniales afectados al fin social. De ahí la vinculación entre registro y personalidad jurídica, para la cual ha de hacerse una reinterpretación del sistema del art. 35.1 del Código civil[85]. El acto de inscripción en el Registro sería requisito atributivo de la personalidad jurídica: la personalidad supone publicidad. La Administración, no puede entrar en valoraciones, sino atenerse a un criterio de estricta legalidad, poniendo en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de asociaciones que incurran en algunas de las prohibiciones o limitaciones establecidas al ejercicio de la libertad de asociación. Las consecuencias de la

deban conocer, de tal manera que si se omiten, se falsean o no se actualizan, la Asociación devendrá secreta o clandestina, incurriendo en vicio de suspensión o disolución, acordable por la autoridad judicial a petición razonada de la autoridad gubernativa o de parte interesada", *ibídem*, págs. 18 y 19.

[79] FERNANDEZ FARRERES, "Algunas reflexiones...", *cit.*, págs. 233 a 274, en especial, pág. 260 y en *Asociaciones y Constitución*, *cit.*, págs. 105 a 111.

[80] SANTAMARIA PASTOR, *op.cit.*, págs. 438 y ss

[81] AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES, *op.cit.*, págs. 618 y 619.

[82] GARCIA MORILLO, en LOPEZ GUERRA, ESPIN *et al.*, *Derecho Constitucional*, I, *cit.*, pág. 289.

[83] AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ, "La configuración jurídica de las entidades...", *cit.*, pág. 181. Consideran que no hay un acto de aprobación propiamente dicho, sino una mera comprobación técnica de los requisitos, exento del carácter valorativo que tenía antaño. "En todo caso, -dicen- lo que parece estar fuera de duda es que la personalidad jurídica se adquiere mediante acto de inscripción en un registro público".

[84] Ya se pueden encontrar bases para esta opinión en SANCHEZ ROMAN, quien, comentando el art. 35.1º del Código civil, dice que "...si es censurable que su causa y origen (de las personas jurídicas) se suponga siempre en la Ley, es perfectamente justo que su personalidad surta efecto sólo desde que se hallen válidamente constituidas conforme a Derecho, pues a la Ley corresponde en efecto, todo cuanto se relaciona con el elemento formal, que es también prueba de su existencia"; *vid.* SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit.*, pág. 141.

[85] CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil*..., tomo I, vol 3º, *cit.*, págs. 856 a 859.

atribución de personalidad, serían, sobre todo, la separación total de patrimonios.

Lo que no cabe sostener es -como ya apunté- que la ausencia de Registro por sí sola convierta a la asociación en secreta y por ende, prohibida por el art. 22 de la Constitución, puesto que ello elevaría el requisito del registro a constitutivo del ejercicio de la libertad de asociación, lo cual, a buen seguro, no es la voluntad del Constituyente[86].

También se adscriben a la tesis constitutiva DE COSSIO y CORRAL[87], LASARTE ALVAREZ[88], DIEZ-PICAZO y GULLON[89], y con matizaciones, LACRUZ BERDEJO y LUNA SERRANO, pues deducen que el grupo que ejercita la libertad de asociación, adquiere personalidad jurídica con la presentación del acta y restante documentación en el Gobierno civil, pues desde ese momento tiene organización suficiente y ha dado publicidad (estado oficial y público) a su existencia[90].

De lege ferenda, MARIN LOPEZ propugna un sistema de inscripción constitutiva, en un Registro de Asociaciones adscrito a la Administración o, preferiblemente a los Juzgados de Primera Instancia (como sucede en Alemania). Inscripción cuya principal consecuencia sea la absoluta separación patrimonial entre el patrimonio de la asociación y el patrimonio de los asociados, y cuya principal finalidad sea la garantía de la solvencia de la asociación y la identificación de los

---

[86] Además de que iría en contra de la asentada tradición de admisión de las sociedades irregulares, que, predicada del contrato de sociedad, *mutatis mutandis*, podría aplicarse a las asociaciones no lucrativas. Así parece hacerlo CAPILLA RONCERO en *La persona jurídica...cit.*, pág. 118. De este lugar y de *Derecho Civil. Parte General, ...cit.*, págs. 477 a 479, he extraído las opiniones del autor.

[87] DE COSSIO y CORRAL, A., *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*. (dir. ALBALADEJO), tomo I, Edersa, Madrid, 1978, pág. 835. Tras explicar que la asociación se constituye desde el momento en que se cumplen los requisitos establecidos por la Ley, (acta constitutiva, redacción y aprobación de los Estatutos), dice expresamente que la autoridad gubernativa, es la que "al visar los Estatutos de la asociación, comprueba si cumple los requisitos legales exigidos por la Ley, ordenando su inscripción en el Registro de asociaciones, a partir de cuyo momento, nacerá su personalidad jurídica".

[88] LASARTE ALVAREZ, *Principios...*, tomo I, *cit.*, pág. 363.

[89] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema...*vol. I, *cit.*, pág. 618.

[90] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos...* I-vol. 2, *cit.*, pág. 292.

representantes o administradores de la asociación, que con su conducta, pueden vincular el patrimonio asociativo[91].

Y de hecho esta es la postura que adopta el ALODA de 1997, en el art. 10

> "*Las asociaciones tendrán personalidad jurídica desde su inscripción en el correspondiente registro que implicara en particular los derechos siguientes:*
>
> *a) Celebrar contratos y realizar otros actos jurídicos.*
>
> *b) Adquirir bienes muebles e inmuebles.*
>
> *c) Aceptar subvenciones, donaciones y legados.*
>
> *d) Comparecer en juicio y ejercitar acciones*"

Este es el régimen que instaura *ex nunc*; sin embargo, reconoce que *ex tunc* ha de respetarse la personalidad jurídica de las asociaciones sin ánimo de lucro constituidas conforme a la Ley, aunque no se hubieren inscrito (acepta por tanto la postura del TS en las sentencias de 1979), pero impone un régimen de Derecho transitorio para que regularicen la situación y sean inscritas.

II.B.2.b. Postura de la Jurisprudencia

La Jurisprudencia del TS, se ha pronunciado en la mayor parte de las ocasiones en favor de la tesis declarativa. Esta es la postura mantenida por las dos conocidas SSTS de 3-7-1979 (Cont-adm, Sala 4ª) (RJ 1979/3183) -en relación con la inscripción en el Registro de Asociaciones de la denominada "Grande Oriente Español. Masonería Española Simbólica Regular", la primera y "Grande Oriente Español Unido", la segunda- y posteriormente por las SSTS de 6-10-1984 (RJ 1984/4738), 14-1-1986 (RJ 1986/34), y 2-11-1987 (RJ 1987/7737).

Sin embargo, hay algunas vacilaciones en las SSTS 27-10-1981 (RJ 1981/4688) y 16-1-1984 (RJ 1984/49), que se decantan casi, por la tesis constitutiva, en el sentido de que "la inscripción conlleva el ejercicio pleno del derecho de asociación". Más

[91] Explica MARIN LOPEZ que las excepciones a esta línea general se refieren a modalidades específicas de asociaciones: v.gr. las SSTS de 28-11-1986 y 2-11-1987, referidas a asociaciones religiosas; *vid*. MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones*, *cit.*, pág. 44.

recientemente, el TS, en sentencia de 30-6-1994 (RJ 1994/5335), en su afán de resaltar la ausencia de obligatoriedad de la inscripción, afirma que ésta es una "carga para obtener el efecto positivo de la publicidad", pero sin referirse al punto de la personalidad jurídica:

> "La asociación tiene así derecho a la publicidad, mediante el cumplimiento de la carga de su previa inscripción, hallándose de este modo en continuidad con el derecho de asociación genérico, el derecho de la asociación ya constituida a inscribirse en el registro establecido al efecto"

Con todo, esta sentencia, al igual que las sentencias anteriormente citadas, va en la misma línea de desvinculación de la adquisición de la personalidad jurídica respecto a la inscripción.

Como pronunciamiento abierto a un posible sistema de inscripción constitutiva, me parece importante reseñar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4-11-1996, (Sala de lo Civil y Penal), (RJ 1996/8077), dictada en resolución de un recurso de casación foral, que, si bien se centra en un problema de derechos de propiedad intelectual[92], contiene en su Fundamento Jurídico 4º, una interesante doctrina sobre el punto que estamos viendo:

> "CUARTO.- ...Aunque no faltan sentencias que, desde la óptica del artículo 22.3 de la Constitución Española, reconocen personalidad jurídica a las asociaciones desde que se produce la concurrencia de voluntades de sus fundadores, antes pues de la inscripción en el Registro, no puede decirse contraria al citado precepto constitucional la tesis que, en interpretación de los artículos 35 del Código Civil y 3 de la Ley 191/1964, de 24 diciembre, de Asociaciones, sigue anudando a la inscripción registral la adquisición

[92] Y de hecho, el comentario que R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, hace a dicha sentencia en *CCJC*, nº 43, enero-marzo 1997, se centra únicamente en este aspecto, aunque valora positivamente el esfuerzo de la Sala para entrar en el fondo de la cuestión, salvando los obstáculos procesales que consistían justamente en la falta de legitimación de la asociación actora con base en su ausencia de personalidad jurídica; *vid*. especialmente, págs. 337 a 340.

> por estos colectivos de una personalidad jurídica propia, independiente de la de sus componentes[93]"

El TC no se había pronunciado claramente nunca sobre este punto, y en concreto, sobre el momento y modo de adquisición de la personalidad. Tan sólo había referencias indirectas en la STC 291/1993, de 18 de octubre, que afirma en su FJ 2º que

> "la libertad de asociación no se realiza plenamente sino cuando se satisface la carga de la inscripción registral que la Constitución impone (art. 22.3 y que la Administración no puede denegar arbitraria o inmotivadamente"

Pronunciamiento que no debe interpretarse como una rotunda opción por la tesis constitutiva, ni siquiera en el sentido de que la ausencia de inscripción supusiera un ejercicio *menos pleno* de la libertad asociativa[94].

II.B.2.c. LA POSTURA DE LAS LEYES AUTONÓMICAS

La Ley vasca

Como señala HUALDE SANCHEZ, el tema del momento de la adquisición de la personalidad fue la cuestión de fondo más debatida en el proceso de preparación y aprobación de la Ley vasca de Asociaciones. Se quiso, expresamente, condicionar la adquisición de la personalidad jurídica a la inscripción

---

[93] En la sentencia de instancia, se daba por cierto que la asociación actora (Banda de Música de Pamplona "La Pamplonesa") carecía de reconocimiento legal y por ende de personalidad jurídica por no hallarse inscrita en el momento de plantearse la demanda. Como explica la sentencia, consta que tal asociación aprobó sus Estatutos en asamblea general celebrada el 6 de marzo de 1987 y solicitó su inscripción en el Registro de Asociaciones del Gobierno de Navarra mediante escrito presentado el 24 de marzo de 1987 pero no llegó a obtener dicha inscripción por no haber introducido en los Estatutos aprobados las modificaciones requeridas al efecto por la Administración de la Comunidad Foral, y que, por tal defecto u omisión, no adquirió la personalidad jurídica que el art. 35 del Código Civil reconoce a las asociaciones válidamente constituidas.

Sin embargo, la propia sentencia impugnada, le reconoce personalidad procesal para defender sus legítimos intereses, apelando a lo dispuesto en el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la ley 49 del Fuero Nuevo de Navarra.

[94] MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones*, *cit.*, pág. 37.

registral de la asociación ya constituida[95]. El intento no prosperó, y la Ley, interpreta el art. 22.3 CE en un sentido literal y restrictivo[96].

Así, el art. 8.1 de la Ley, establece que:

> "*Las asociaciones constituidas de acuerdo con lo establecido en los artículos anteriores, se inscribirán, a los solos efectos de publicidad, en el Registro de Asociaciones a que se refiere el artículo 9*".

Y el art. 9, bajo la rúbrica "Efectos de la inscripción", señala que:

> "*La inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las Asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ellas se relacionan como para sus propios miembros*"

La inscripción, a los efectos señalados, se realiza a los veinte días, contados a partir de aquél en que se presenta en el registro, por duplicado, el Acta de constitución (firmada por todos los socios fundadores) y los Estatutos (firmados por el Presidente y el Secretario del órgano de administración ordinaria de la Asociación) (art. 8.2). La función calificadora se limita a la comprobación de los requisitos de capacidad o de carácter formal establecidos en la Ley (art. 8.3), pues la apreciación de indicios racionales de ilicitud, no permite, por sí misma, la denegación de la inscripción sino su puesta en conocimiento del ministerio Fiscal (art. 8.5).

Sin embargo, si que se estima inconstitucional y por tanto nula, la previsión del art. 8.4 por la que se establecía que el incumplimiento por parte de la Administración del plazo previsto para la inscripción, o su denegación por motivos distintos a los defectos de capacidad o forma, permite a la asociación "*el ejercicio de las acciones que sobre protección de los derechos fundamentales de la persona contemplan las Leyes*" (art. 8.4). Dice el TC en el FJ 14 e), que al establecer un cauce procesal específico (el de la protección de los derechos fundamentales de

[95] Enmienda nº 46, del grupo *Eusko Alkartasuna*.

[96] HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco...", *cit.*, pág. 108.

la persona), la Ley vasca invade la competencia estatal exclusiva sobre legislación procesal (art. 149.1.6 CE)[97].

A la vista de estos datos, y del hecho de que en la Exposición de Motivos de la Ley se dice que "*la Ley establece un sistema de inscripción meramente declarativo*", LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, sostiene que en el sistema de la Ley vasca, la adquisición de la personalidad jurídica, se produce por el solo hecho de la constitución y no de la inscripción registral[98]. Por su parte, HUALDE SANCHEZ afirma que "los textos no dejan lugar a dudas de que las asociaciones adquieren personalidad jurídica desde el momento de su válida constitución, esto es, desde que existe el acta fundacional y unos estatutos, con el mínimo exigido imperativamente"[99]. En el mismo sentido, ANGOITIA GOROSTIAGA[100].

La Ley catalana

En la referente a la adquisición de la personalidad jurídica y la inscripción registral, -con una remisión normativa a un futuro reglamento sobre la estructura y funcionamiento del Registro-, la Ley catalana adopta un sistema similar al de la Ley vasca: es decir, sin pronunciarse expresamente, se deduce que la personalidad jurídica se adquiere desde el momento en que existe el Acta fundacional con los Estatutos, con el contenido mínimo exigido imperativamente, pues respecto a la inscripción sólo se insiste en que

[97] Por el mismo motivo, el FJ 16 declara nulos los arts. 12.3, el inciso "o por la autoridad judicial" del art. 13. 4, y el art. 21.

[98] LUCAS MURILLO de la CUEVA, "Algunas consideraciones sobre la Ley vasca de Asociaciones", *Revista de Economía Social y de la Empresa*, nº 8, 1989, págs. 98 a 100. Sin embargo, en *El derecho de asociación*, *cit*., se pronuncia en términos menos comprometidos, al decir simplemente que el art. 8º de la Ley vasca, "en el contexto de la Ley, significa, sin lugar a dudas que antes de la inscripción existe la asociación, y que el trámite registral es meramente declarativo de su nacimiento"; *vid*. pág. 295.

[99] HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco...", *cit*., pág. 108.

[100] ANGOITIA GOROSTIAGA, "Breves consideraciones en torno a la personalidad jurídica, responsabilidades, utilidad pública y disolución de las asociaciones en la Ley vasca 3/1988, de 12 de febrero", *RDPC*, nº9, mayo-agosto 1996, pág. 16.

> "*La inscripción es garantía, tanto para las terceras personas que se relacionan con las mismas como para sus propios miembros*" (art. 9.2)

II.B.2.d. Postura del PREAE

Aunque se trate de un texto todavía en proyecto, dado que la Ley catalana confiesa haberse inspirado en él, conviene reflejar la postura que la PREAE adopta sobre este punto.

A diferencia de lo que sucede en la legislación española (estatal y autonómica), el Proyecto prevé claramente un sistema de inscripción constitutiva, pues la personalidad jurídica, como dice el art. 2 PREAE, *"se adquirirá el día de su inscripción en el registro del Estado del domicilio que éste designe, con arreglo a las disposiciones del artículo 7.3"*. Este último obliga a los Estados miembros a designar el registro en el que deba efectuarse la inscripción de la Asociación Europea y a determinar la normativa aplicable a la misma. De aprobarse esta propuesta, resultaría que, según la tesis declarativa -que algunos mantienen para la legislación española- en un mismo Registro administrativo se seguirían dos regímenes: el de inscripción declarativa para las asociaciones nacionales y el de inscripción constitutiva para las europeas.

II.B.2.e. Conclusiones de lo visto hasta ahora

En una situación como la actual, en la que tanto el Legislador estatal como el autonómico, guardan silencio sobre este punto de la personalidad jurídica, es difícil establecer conclusiones. No obstante, y de modo descriptivo pueden formularse algunas de ellas, y aceptando lo razonable de ambas teorías, añadir algunas ventajas o razones en pro de la tesis constitutiva.

-La realidad jurídica de una agrupación organizada en la vida real, fruto del derecho fundamental de asociación[101], es un

[101] Es lo que algunos han denominado "personalidad jurídica espontánea". Así, PAEZ sostiene que "la sola comunión de los hombres, alrededor de una idea lícita es suficiente para dar personalidad al grupo que constituyen. Habría así una personalidad espontánea, que no es producto de ningún factor extraño porque su germen está en el grupo mismo. Esta personalidad es un simple hecho que aparece sin la ayuda de nadie; es más, puede decirse que hasta sin o contra el deseo de las voluntades constitutivas". Y más adelante

sustrato que existe ya: no es creado por el Derecho. Entre sus componentes hay ya un vínculo, con obligaciones entre ellos

-El Derecho objetivo es el que le otorga la consideración de sujeto de Derecho, la forma jurídica que le permite ser titular de derechos y obligaciones. El sustrato por el hecho de serlo, tiene derecho a obtener esa consideración si persigue fines lícitos y no hay ningún obstáculo de orden público que se oponga

-Tal consideración puede obtenerse con el solo cumplimiento de los requisitos fijados en la Ley de Asociaciones (redacción del Acta constitutiva y los Estatutos) o mediante la presentación e inscripción de tales documentos en el Registro de asociaciones, según se adopte una tesis u otra

-En orden a la justificación de la necesidad de inscripción, pueden esgrimirse motivos de orden práctico: las dificultades que se suscitarían en diversas situaciones, *v.gr.* a los efectos de inscripción de sus bienes en el Registro: aun admitiendo la existencia de un "patrimonio asociativo", (muchos entenderían que lo habría en su caso sería simplemente un condominio) , es improbable que el Registrador inscribiera un bien a nombre de una asociación, con base solamente en el acta de constitución, sin certificación del Registro[102].

Es decir, cabe hablar, *de lege ferenda* y por razones de conveniencia, de inscripción constitutiva respecto a la personalidad jurídica, lo que sucede es que existe un derecho ineludible a la obtención de tal inscripción, (y por tanto de la personalidad jurídica), si se cumplen con los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico. Derecho a obtener la inscripción que tendrían todos y cada uno de los que pretenden constituir la asociación, y que puede hacerse valer ante un Tribunal, en demanda de su respeto o reconocimiento. En España, tras la promulgación de la Constitución de 1978, se puede hablar de "derecho a la inscripción", en el sentido de que,

dice que "Teóricamente no parece descabellado admitir que la libertad corporativa debe ser entendida, entre otras cosas, como facultad humana de hacer surgir a voluntad la personería (*sic*) jurídica de un grupo cualquiera"; *vid.* PAEZ, *Tratado teórico práctico de las asociaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1964, págs. 128 y 129.

[102] La práctica registral suele consistir en la presentación del certificado de inscripción en el Registro de asociaciones. Sin embargo, la posibilidad apuntada en el texto sería defendible.

cuando se cumplen las condiciones legales, la inscripción es un "acto debido" para el funcionario, el cual carece de poder no sólo arbitrario, sino tampoco discrecional para decidir[103].

Aceptada comúnmente que una asociación no inscrita no es asociación secreta, al argumento de que, si para obtener la personalidad jurídica fuera necesario cumplir ciertos requisitos, cierta "carga" y ello se exigiera a todo grupo, la libertad de asociación quedaría en entredicho, puede decirse que el Derecho no obliga a nadie a que siga ese camino: sólo ofrece esa vía. Lo que sucede es que, sin duda, para que una agrupación de personas realice el ideal que les ha congregado, si bien no es imperativo que se procure la personalidad jurídica, a efectos prácticos, es lo más conveniente.

-Los datos sobre organización, funcionamiento interno, situación presupuestaria y patrimonial y marcha económica de la Asociación, etc., figuran en el Registro, en primer lugar, a los efectos de conocimiento por parte de la Administración de los recursos con los que cuenta, pero insisto, para interesar su colaboración, o de cara a subvenciones, y no para una fiscalización o control político y en segundo lugar, para los que real o eventualmente puedan entrar en contacto con ella. Como vimos en otro lugar, no existen medidas de disciplina del capital que aseguren su protección, similares a las que hay para las sociedades mercantiles, de modo que los datos que figuren en el Registro tampoco son una garantía total. Una teórica utilidad que puede revestir frente a terceros es la mención de los nombres de los administradores con los que personalmente van a contratar; digo que es "utilidad teórica" en el sentido de que puede proporcionar al tercero algunos datos acerca de la solvencia moral de estas personas, etc., pero en ningún caso, va a poder dirigirse contra sus patrimonios personales. Por último

[103] Aunque no constituya prueba de lo dicho, es indicativo de esta corriente el hecho de que en este caso, el silencio administrativo es positivo en muchos de los casos: art. 3.1 LAS, que permanece vigente en las normas referidas a las asociaciones profesionales y en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a los efectos de lo dispuesto en el art. 28.1; en algunas de normas autonómicas reguladoras de los Registros administrativos, como el art. 12 del Decreto de la DGA de 7 de febrero de 1995; por la línea que se sigue, de algún modo se concibe como distinto del ejercicio del derecho de petición, respecto al cual el silencio administrativo es negativo (art. 43.3.a LRJPAC).

y en tercer lugar, la publicidad de estos datos beneficia a la propia asociación, con el importante efecto de separación patrimonial visto en las Leyes autonómicas, y con otros efectos como la protección de su denominación[104].

Cuáles sean estos efectos prácticos es el objeto del siguiente epígrafe.

III. LA FUNCION PRINCIPAL DE LA PERSONALIDAD JURIDICA: LA CAPACIDAD DE LAS ASOCIACIONES

Advertencia previa sobre la selección de materias objeto de análisis

En la doctrina sobre persona jurídica, se acostumbra a separar entre

-lo que atañe al *status* personal de la persona jurídica, en el que se incluyen tanto el domicilio, como la nacionalidad y la vecindad civil, y en algunos casos, la denominación

-y la capacidad de la persona jurídica, de la que se aprecian múltiples manifestaciones: desde la aptitud para ser sujeto de derechos fundamentales, a la capacidad en el orden patrimonial, tanto en el campo de los derechos reales, como de crédito, pasando por una posible y concreta manifestación de capacidad en el ámbito familiar, así como la capacidad procesal o la responsabilidad civil extracontractual o penal, como consecuencia de su capacidad para contraer obligaciones *in genere*[105].

---

[104] Según vimos, el art. 3.2.1º de la Ley de Asociaciones de 1964, protege la denominación de las asociaciones registradas pues dice: "*Denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras Asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones*" (*vid.* el Real Decreto 713/1977, de 1 de abril, que desarrolla lo relativo a la denominación de las asociaciones, en los arts. 2º a 5º), y en el mismo sentido, el art. 7.1.a) de la Ley vasca. La Ley catalana va más allá puesto que dice en el art. 7.3 que la denominación de "*la asociación no puede coincidir con la de otra entidad preexistente ni asemejarse de tal modo que induzca a confusión sobre la identidad de la asociación*". Es decir, de algún modo se protege no sólo la denominación de las registradas sino de las no registradas y en general, de cualquier otra entidad preexistente. Se entiende que hablo de protección aunque sea en el débil sentido de que las nuevas asociaciones sin ánimo de lucro no podrán adoptar esa denominación, pero nada impide que puedan hacerlo otro tipo de entidades, pues no existe en España un Registro de denominaciones de personas jurídicas.

[105] *Vid.* por todos, DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit.*, págs. 284 a290; CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General...cit.*, págs. 480 a 491; en *La persona*

A todo lo dicho puede añadirse una capacidad en el ámbito del Derecho Público, pues sin perjuicio, claro está, de las potestades de las personas jurídicas de Derecho público, las personas jurídicas de Derecho privado, también tienen capacidad en este ámbito, v.gr. en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, participar en la elaboración de Reglamentos, etc.

Es evidente que la materia es inabarcable y por esta razón, he considerado más prudente centrarme únicamente en el tema de la capacidad[106], y dentro de éste, en especial en la capacidad

jurídica...cit., estima este autor que nacionalidad y domicilio son funciones jurídicas de la personalidad, diferenciadas de la capacidad; PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, págs. 375 a 381. Y en concreto en los estudios sobre asociaciones sin ánimo de lucro; *vid.* LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, *cit.*, pág. 161, donde habla de la personalidad jurídica y sus derivaciones, entre las que incluye: capacidad, denominación, domicilio y nacionalidad.

[106] Nacionalidad, domicilio, vecindad civil de las personas jurídicas... son temas todos ellos de gran importancia y que han dado lugar a una animada discusión doctrinal; *vid.* por todos, el comentario de PEREZ-VERA al art. 28 del Código civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol 3º, Edersa, Madrid, 1993, págs. 202 y ss., donde se compendian las doctrinas vertidas así como el estado actual de la cuestión. Sobre vecindad civil de las personas jurídicas, *vid.* el reciente trabajo de VAQUER ALOY, "Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas", *RDP*, sept. 1996.

En el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, estas cuestiones pueden resumirse del siguiente modo:

1º.- Nombre o denominación. Al igual que los seres humanos, las personas jurídicas en general, y las asociaciones en particular, necesitan tener un nombre que permita individualizarlas. La denominación, que, así es como la Ley de Asociaciones de 1964 se refiere al nombre, le viene dada a la asociación por los asociados en el acto constitutivo, y es reflejada en los Estatutos: el art. 3.2.1º de la Ley de Asociaciones de 1964, ordena que los Estatutos "*Denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras Asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones*". Cabe añadir ahora la Orden de 27-4-1954 por la que se establecen limitaciones sobre el uso por las asociaciones de las denominaciones "Academia" y "Académico" y el Decreto de 25-4-1957 sobre el uso del calificativo "nacional" en las asociaciones, si bien este Decreto se halla derogado por el RD 984/1987, de 24 de julio, sobre Estructura orgánica básica de Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno (DF 3ª).

En muchas ocasiones, aunque esto no es obligatorio según la Legislación estatal. el nombre de la asociación denota el fin perseguido por ésta, designando su objeto. Las Leyes autonómicas, (art. 7.1.a de la Ley vasca y art. 7 de la Ley catalana) en términos prácticamente coincidentes, exigen que la denominación haga referencia a las finalidades estatutarias de la asociación o al objeto principal o (y, según la Ley catalana) algún nombre que la singularice. Un ejemplo reciente de esta protección lo encontramos en la STS 25-2-1997 (Cont-adm) (RJ 1997/1201) que afirma que cabe anular de oficio la inscripción en un Registro Autonómico de la Asociación Nuevo Futuro, por encontrarse otra asociación ya inscrita con ese nombre en el Registro Nacional.

patrimonial, para así referirme a otra de las funciones que CAPILLA RONCERO asigna a la atribución de la personalidad jurídica: la autonomía patrimonial.

III.A.Cuestiones generales sobre la capacidad de las personas jurídicas Como destaca CAPILLA RONCERO, el punto neurálgico de las funciones que acompañan la atribución de la personalidad jurídica, es la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones[107]. El ordenamiento jurídico, al reconocerle personalidad jurídica -sea por un sistema u otro-, les reconoce capacidad jurídica y de obrar, esto es, aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas: de derechos y obligaciones. La capacidad va ínsita en la atribución de personalidad, o como decía SANCHEZ ROMAN refiriéndose concretamente a las

---

2º.- Domicilio. Respecto de las personas jurídicas en general, parte de la doctrina sostiene que no tienen domicilio, porque no habitan físicamente, no residen en ningún lugar al no tener corporeidad física. La opinión dominante, y en especial la corriente "realista" reconoce un domicilio a las personas jurídicas, puesto que tienen una existencia objetiva o, por lo menos, un centro de actividad social, en la cual se las considera ubicadas. En el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, la fijación del domicilio reviste importancia tanto para determinar la Administración competente como a efectos de inscripción registral. Por eso es una cuestión que ha de reflejarse en los Estatutos (art. 3.2.3º, "Domicilio principal, y en su caso, otros locales de la Asociación"). En defecto de previsión se aplicarán los criterios del art. 41 del Código civil. Nada dice la Ley vasca respecto al domicilio, fuera de que es obligada mención estatutaria, según se desprende del art. 7.1.c. La Ley catalana, sin embargo, dedica un artículo -el 6º- a esta cuestión para imponer un domicilio legal, puesto que dice "*1. El domicilio de la asociación debe situarse en Cataluña, en el lugar donde tiene su sede central o bien lleva a cabo habitualmente sus principales actividades. 2. Si el domicilio registrado no coincide con el que correspondería de acuerdo con el apartado 1, los terceros pueden considerar como domicilio cualquiera de ambos*".

3º.- Nacionalidad. Puesto que nada dice la Ley de Asociaciones, se aplicará el criterio general del art. 28 del Código civil, y por ello serán españolas, las asociaciones domiciliadas en España.

4º.- Vecindad civil. Sólo la Compilación del Derecho civil foral de Navarra en la Ley 15 se define respecto a este punto, en el sentido de que "*la condición foral navarra de las personas jurídicas se determinará por su domicilio*". A la vista del silencio del resto de las Compilaciones, VAQUER AULOY entiende que en el caso de las asociaciones, el único dato legal que aporta un mínimo de seguridad al tema es el "ejercicio principal de funciones", sobre todo si coincide su ámbito territorial con el de vigencia de la ley conforme a la cual se haya constituido persona jurídica; *vid. op.cit.*, pág. 634.

Cuestión distinta a la de la vecindad civil de las personas jurídicas es la de precisar el ámbito de aplicación de las Leyes de las distintas Comunidades Autónomas en sede de asociaciones, lo que constituye el objetivo de los arts. 1 y 3 de la Ley de Asociaciones vasca y el art. 1.2 de la Ley de Asociaciones catalana. Sobre los artículos de la Ley vasca, *vid.* por todos, MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca de asociaciones...", *cit.*, págs. 145 y 146.

[107] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 88.

asociaciones, "...la aparición de su personalidad,...presupone su capacidad"[108].

Si el principal efecto de la atribución de personalidad jurídica es la atribución de capacidad, *a sensu contrario*, las asociaciones sin personalidad, carecen de capacidad jurídica. Esto es, la capacidad de estas asociaciones es la sola capacidad de los individuos asociados: capacidad de poseer como copropietarios, de estipular y obligarse como coacreedores o codeudores. Sin embargo, veremos más adelante que, por una parte, el sistema de adquisición de tal personalidad puede ser muy flexible y por otra, en países como Alemania o Italia, cuyo Derecho positivo contempla la situación de asociaciones sin personalidad jurídica, doctrina y Jurisprudencia les reconocen una *subjetividad jurídica* que comporta cierta capacidad jurídica.

La capacidad de la asociación se enmarca en el vasto campo de la capacidad de las personas jurídicas, que plantea numerosas cuestiones: si capacidad se identifica plenamente con personalidad[109]; si en las personas jurídicas cabe diferenciar entre capacidad jurídica y de obrar[110]; si el fin delimita su

---

[108] Entiéndase no en el sentido de que la capacidad deba ser previa a la aparición de la personalidad, sino que va pareja con aquélla; *vid.* SANCHEZ ROMAN, *Estudios*...I, *cit.*, pág. 135.

[109] Hay autores que identifican completamente persona y capacidad jurídica: JELLINEK dice que personalidad o persona es la capacidad de ser sujeto de derechos e incluso STINTZING afirma que capacidad jurídica y persona son una misma cosa; ambos citados por FERRARA, en *op.cit.*, pág. 320, quien rechaza frontalmente esta concepción y trata los temas en lugares diferentes. Considera que la capacidad jurídica supone un ente capaz, pues es una cualidad jurídica que debe acceder a un determinado sustrato. Sería como "...identificar el peso con el cuerpo pesado, el color con el objeto coloreado", *vid.* FERRARA, *op. y loc. cit.* Adviértase que el Convenio sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras de 1956, en su art.1º, identifica la personalidad jurídica con la "*capacidad para comparecer ante los Tribunales, capacidad de poseer bienes, celebrar contratos y otros actos jurídicos*".

[110] En la persona jurídica y por tanto en la asociación, suelen distinguirse los dos aspectos de capacidad jurídica (o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (aptitud para el ejercicio de aquella titularidad); se afirma que las personas jurídicas, para ejercer esta última, han de actuar por medio de personas físicas en calidad de representantes u órganos, según se adopte la tesis de la ficción o la teoría realista; *vid.* por todos, GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil, cit.*, págs. 259 a 262; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español*...tomo I-vol. 2º, *cit.*, (ed. de 1987), págs. 454 a 459; PUIG BRUTAU, *Compendio...cit.*, págs. 279 a 283; PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, págs. 375 a 378.

capacidad o dicho de otro modo: la extensión de su capacidad y el régimen de los actos realizados *ultra-vires*, etc.

Las dos primeras cuestiones se mueven en un plano puramente especulativo y aun siendo de interés, tampoco tienen una especial relevancia a efectos prácticos. No así la cuestión de la extensión de la capacidad jurídica, pues como ha declarado el TS, es en materia de capacidad -y en concreto de la extensión- donde repercuten más vivamente los principios teóricos en el campo de la práctica[111].

Antes de adentrarnos en este tema de la extensión de la capacidad, veamos ahora los campos en que esta se manifiesta.

III. B. MANIFESTACIONES DE LA CAPACIDAD DE LA ASOCIACION Dado que la justificación de la personalidad jurídica (y de su capacidad) es la de servir de instrumento para respetar la construcción legal del sistema del Derecho privado en torno los derechos subjetivos individuales, se trata de

---

No faltan quienes como GARCIA AMIGO, opinan que a diferencia de lo que sucede con las personas físicas respecto de las cuales ambas capacidades pueden no coincidir en su titularidad o, si se quiere, se puede ser capaz para el goce y no para obrar -menores, dementes-, en las personas jurídicas, precisamente por ser creación del Derecho, ambas coinciden: o mejor, siempre que se concede capacidad jurídica, para las mismas relaciones se concede la capacidad de obrar; a lo sumo se exige algún complemento a la capacidad de obrar para mejor protección de los intereses en juego; *vid.* GARCIA AMIGO, *Instituciones*...I, *cit.*, págs. 508 y 509. Por su parte, CAPILLA RONCERO, dice que aunque puede sostenerse que el art. 37 del Código civil regula la capacidad jurídica, mientras el art. 38 regula la capacidad de obrar de las personas jurídicas, es dudoso que pueda aplicarse esta distinción en sentido estricto, puesto que una persona jurídica no es menor de edad, ni puede padecer enfermedad que le impida gobernarse a sí misma. La regla que se desprende de la interpretación conjunta de estos dos artículos es la virtual coincidencia entre capacidad civil y ámbito de actuación; por eso, ambas cuestiones se someten a similares límites: los dimanantes del ordenamiento y los determinados en las reglas de constitución de las personas jurídicas; *vid.* CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*...*cit.*, pág. 484.

LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, en el único momento que se refieren específicamente a la capacidad de obrar, lo hacen para advertir que hay actos en que no es plena porque se necesitan ciertas licencias o autorizaciones, v.gr. arts. 993 y 994 del Código civil; art. 9 de la Ley de Asociaciones ; *vid.* LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 273.

[111] En el mismo sentido, FERRARA, *op.cit.*, pág. 777. Sin embargo, este autor reconoce que la cuestión no depende de supuestos teóricos, ni de exigencias *a priori*, sino que se resuelve en una cuestión de Derecho positivo: "Siendo la personalidad una forma jurídica, producto del Derecho objetivo, es de aprovechar en cuanto pueda ser reconocida y atribuida a los entes morales. El juicio es de naturaleza técnica y positiva, variable de legislación en legislación"; *vid.* FERRARA, *op.cit.*, págs. 780.

determinar qué tipo de relaciones jurídicas pueden ser asumidas por los sujetos implicados en el ente personificado, en su condición de tales *(uti universi)*, sufriendo una sustancial alteración de su contenido, aunque formalmente se siga respetando el esquema de la atribución individual: al nuevo y único sujeto representado por el ente personificado[112]. Para ello, según CAPILLA RONCERO, habrá de tenerse en cuenta, no sólo la relación jurídica en cuestión para ver si es susceptible de tal alteración, sino los criterios de política jurídica de cada momento, que permiten, por ejemplo, que las asociaciones pueden desempeñar cargos tutelares, según la redacción dada al art. 242 del Código civil por la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Esta afirmación de CAPILLA, resulta especialmente acertada en relación a las asociaciones sin ánimo de lucro, pues la decisión acerca de los aspectos en que se le reconoce capacidad, depende en parte de los presupuestos teóricos de que se parta, pero también, en gran medida, de razones de orden político. Por poner dos ejemplos paradigmáticos, son bien conocidas las motivaciones que determinaron la restricción de la capacidad patrimonial de las asociaciones en la Ley francesa de 1901 y en nuestra Ley de Asociaciones de 1964.

Centrada la cuestión, paso a apuntar las posibilidades en los diversos campos en que la asociación se revela como sujeto de derechos y obligaciones. Se trata de mostrar algunos ejemplos de la amplia capacidad de que goza, pero no de realizar un examen exhaustivo de cada uno de ellos. Me detendré más en algunas facetas especialmente características de las asociaciones sin ánimo de lucro según el Derecho actual.

III.B.1 ASPECTOS GENERALES DE LA CAPACIDAD DE LA ASOCIACION SEGUN EL ART. 38 DEL CODIGO CIVIL

[112] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 93. Sobre la transformación que los derechos subjetivos de los asociados sufren con su integración en la asociación, puede verse la tesis de GASTAUD, *Personnalité morale et Droit subjetif. Essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977.

En aplicación del art. 38 del Código civil, la asociación puede ser titular de derechos reales: "...*pueden adquirir y poseer bienes de todas clases*...". No existen restricciones similares a las de la Legislación francesa -aunque sí hubo intentos fallidos de acoger un sistema similar[113]-, fuera de las restricciones generales

[113] El Proyecto de Ley de Asociaciones de 1906, reflejo fiel de la Ley francesa, en su art. 4º contiene una declaración de capacidad de la asociación como persona jurídica, independiente de las personas de sus miembros, en lo que parece ser un desarrollo y especificación del art. 38 del Código civil: *"Las Asociaciones tendrán capacidad civil, independientemente de sus asociados, para comparecer en juicio, adquirir, poseer y administrar bienes en la cuantía y forma que determinan los artículos siguientes*"

En los arts. 5º y 6º se establece una diferenciación entre:

-Asociaciones que hayan de limitar su capacidad civil a los bienes y recursos formados por las cuotas de sus socios, local social e inmuebles indispensables para el cumplimiento de sus fines estatutarios. (art. 5º)

-Asociaciones cuya personalidad jurídica haya de extenderse a más bienes y recursos que los expresados en el artículo anterior (el 5º), deberán solicitar que su constitución sea aprobada por el Gobierno, quien aprobará los Estatutos de estas Asociaciones y fijará el máximum de los bienes y recursos que pueden tener, por Real Decreto en Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado, que se publicará en la Gaceta. (art. 6º). En el art. 14º se añade "*En ningún caso podrán poseer las asociaciones más bienes inmuebles que los indispensables al fin que hayan consignado en los Estatutos y el local social. Los que adquirieran lícitamente a más de aquellos habrán de realizarlos en el plazo de tres meses y su importe lo invertirán en inscripciones nominativas intransferibles*"

Sea cual fuere la respuesta las limitaciones a la capacidad de adquirir se justifican en el preámbulo: "No implica este proyecto que se somete a las Cortes ningún propósito de confiscación, ningún atentado a la libertad de asociarse de los hombres...pero ...sí, las reglas que el Gobierno cree de absoluta necesidad en defensa de los supremos intereses del Estado. ...Al señalar en diferentes artículos de este proyecto limitación a la capacidad de adquirir, al establecer la nulidad de determinados actos por personas interpuestas, no hace el Gobierno sino reproducir y desenvolver principios contenidos en la Novísima Recopilación...(disposiciones que) de un modo u otro, atacan y restringen la mano muerta, que produce intolerables daños a la causa pública".

Además el art. 15º dice que no sólo serán nulos los actos de las Asociaciones contravengan directa o indirectamente los preceptos de los arts. 5º,6º,7º,8º y 12, sino también una interesante presunción *iuris tantum* de persona interpuesta: "*Serán asimismo nulos los actos o contratos simulados o realizados por personas interpuestas, en virtud de los cuales se venga a alterar el régimen de la capacidad civil de las Asociaciones conforme a dichos artículos. ...Se entiende por personas interpuestas a los fines de este artículo:*

1º El propietario de todo inmueble ocupado por la asociación, después de que ésta haya sido declarada ilícita

2º. El asociado o la sociedad civil o mercantil compuesta en todo o en parte de los individuos de la asociación que sean propietarios del inmueble ocupado por ésta

3º. Los asociados en cuanto a los bienes adquiridos por compraventa, donación o testamento, a menos, en los dos últimos casos, que sean herederos en línea directa del causante.

El caso primero es aplicable a todas las asociaciones.

El segundo a las comprendidas en los artículos 6º y 7º.

El tercero sólo a las de dicho art. 7º.

Además de los casos previstos en este artículo, los Tribunales declararán la existencia de persona interpuesta siempre que se justifique cumplidamente"

Tales actos son nulos por ir en contra de una ley imperativa. Ya que en principio, si no existieran estas trabas, sí que tendrían capacidad.

que establece el Código civil (v.gr. art. 515, que contiene la prohibición de gozar de usufructos de más de treinta años). Pueden ser por tanto titulares de un patrimonio, que habrán ido formando con las aportaciones ordinarias y extraordinarias de los socios, con las subvenciones recibidas de diversos organismos públicos o privados, con donaciones (art. 625 CC) -para cuya aceptación ya no es necesaria autorización, pues las medidas que establecía el art. 9 de la Ley de Asociaciones de 1964, eran claramente de control político y hoy deben entenderse derogadas- y por sucesión hereditaria, pues pueden ser designadas herederas (arts. 745.2º, 746, 993 CC) o recibir los bienes hereditarios en otro concepto (arts. 747, 788, 956 y 957 CC), pero no pueden suceder *ab intestato*. Tampoco necesitan autorización administrativa para aceptar la herencia, sino sólo para repudiarla (art. 993 CC).

Puede ser sujeto de relaciones obligacionales -"*pueden...contraer obligaciones*"- y en concreto, pueden ser sujetos de responsabilidad civil contractual, extracontractual y responsabilidad penal. Es claro que la asociación puede contraer obligaciones contractuales que debe cumplir en los términos fijados. La Jurisprudencia francesa está hablando, además de una "obligación de seguridad de medios", -que ha de tenerse en cuenta tanto frente a terceros, como frente a los propios miembros[114]- cuando la actividad de la asociación comporte riesgos: las asociaciones deportivas, las colonias de niños en verano, los clubes de vacaciones, e incluso las exposiciones de obras de arte. Esta obligación contractual de seguridad es una obligación de medios y no de resultado[115].

Al igual que la responsabilidad contractual, la asociación, si se dan los requisitos del art. 1902, contrae una obligación derivada de acto ilícito (art. 1093), esto es, responsabilidad extracontractual o aquiliana. Esta posibilidad antaño discutida, es aceptada para las personas jurídicas *in genere* por la

[114] Recordemos que en Francia, la relación socio-asociación se entiende, *ex lege*, contractual.

[115] *Cass.civ*. 18-2-1981, *Gaz.Pal*. 1981.2. *Panor*. 174; *vid*. los múltiples e interesantes ejemplos puestos por BEHAR-TOUCHAIS, voz "Association", *cit*., nº 160.

Jurisprudencia (SSTS de 16-4-1963; 29-9-1964; 3-6-1968; 20-12-1989), así como por la doctrina.

Pero, así como la Jurisprudencia francesa nos muestra abundantes ejemplos de asociaciones sin ánimo de lucro que son declaradas responsables civilmente por daños producidos tanto en el ámbito contractual como extracontractual, no ha llegado todavía al TS español ningún caso[116]; la práctica demuestra se prevén tales reclamaciones de responsabilidad civil, pues la mayoría de las asociaciones sin ánimo de lucro cuentan precisamente con un seguro de responsabilidad civil por daños que sufran asociados o no asociados en el ejercicio de una actividad de la asociación. Habría que demostrar que el daño se produjo en el seno de la actividad asociativa, y como consecuencia de una acción u omisión imputable a la asociación.

Respecto al tema de la capacidad penal de las personas jurídicas, es claro que ellas mismas no pueden delinquir, pero sí ser pecuniariamente responsables de los daños causados por sus órganos y representantes actuando en calidad de tales. La Jurisprudencia ha sostenido que ha de reputarse sujeto activo del delito al que actuare como directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones o relaciones que la correspondiente figura de delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo, sin perjuicio de asumir la persona jurídica la responsabilidad patrimonial[117]. De hecho, no se condena a la asociación, sino a los miembros de la Junta directiva o a la persona del presidente. Así, v.gr. la STC 165/1987, de 27-10-1987, deniega el amparo y acepta la STS en la que se condenaba por delito de injurias al Presidente de una Asociación de vecinos, lo cual no vulnera, según el TC, el

[116] Un posible ejemplo de responsabilidad civil de las asociaciones sin ánimo de lucro, es el correspondiente al párrafo 5º del art. 1903, reformado por la Ley de 7-1-1991 en el que se establece la responsabilidad de personas o entidades que sean titulares de un centro docente de un Centro docente de enseñanza no superior (pensemos que en ocasiones la entidad titular es una asociación religiosa). Sobre el tema pueden verse los comentarios de SANTOS BRIZ, en *La responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 498 a 504 y de PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de Daños*, tomo I, Bosch, 1995, págs. 617 a 620.

[117] Principio que se aplica tanto a la responsabilidad civil como a la responsabilidad penal, según la STS 29-4-1988.

derecho protegido por el art. 22.1 de la Constitución, aunque dicho delito haya sido cometido en el curso de sus objetivos legítimos, pues dicho derecho constitucional no excluye la responsabilidad penal en que puedan haber incurrido sus miembros. La STS de 28-7-1995 (RJ 1995/5738), resuelve la demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen formulada por un particular, contra una asociación política, pero formalmente a quienes se demanda es a los integrantes del Comité Ejecutivo de la Juventud Nacionalista de Cataluña[118].

Es claro que la asociación tiene capacidad procesal -"*pueden...ejercitar acciones civiles o criminales*"- y en su caso, legitimación activa y pasiva para comparecer en juicio en asuntos que le afecten, lo cual no plantea, en principio, más problema que la determinación estatutaria de los órganos o representantes, a través de los cuales pueda actuar.

Quizá la cuestión más importante, cuyo análisis es tarea de los procesalistas, es el papel de la asociación como representante y defensora, no ya sólo de los intereses de sus asociados, sino de "intereses difusos", en campos en los que habitualmente despliega su actividad.

Con carácter general, el artículo 7.3 Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone que

> "*Para la defensa de éstos últimos (los derechos e intereses legítimos colectivos) se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*"[119]

[118] El TS entiende que no ha habido tal ataque al derecho al honor, porque la utilización de la expresión de no ser grata la persona del actor a la asociación política demandada no entraña ningún ataque al honor de aquél al no atribuírsele cualidades o defectos que le puedan hacer desmerecer en el concepto público ni pueden constituir un descrédito para esa persona; tal declaración, que no incluye ninguna expresión vejatoria o injuriosa para el actor, no es sino mera manifestación del radical rechazo por la asociación política demandada de la postura del actor acerca de la utilización de la lengua catalana en la enseñanza impartida en los centros escolares de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

[119] Sobre el tema, puede verse, BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995; MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, 1997; PASQUAU LIAÑO "Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores", *Directiva*, 1er

Un ejemplo representativo lo encontramos en las asociaciones de consumidores y usuarios -que deben ser fomentadas por los poderes públicos como impone el art. 51.2 de la Constitución-, las cuales gozan de legitimación con base en el art. 20.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, y según ha interpretado la STS de 26-10-1997 (Sala de lo penal)[120], recaída sobre el conocido como "caso de la colza", para ejercitar acciones en defensa de sus asociados, de la asociación o de los intereses generales de consumidores y usuarios: es decir, en defensa de cualquier consumidor o usuario, siempre que se pruebe en el proceso que esas personas están afectadas por el hecho sometido a enjuiciamiento, o lo que es lo mismo, que posean un interés directo en la resolución judicial que haya de dictarse. Reconoce el TS que estamos en presencia de la defensa de unos intereses que más que colectivos, o de un colectivo, suponen la defensa de lo que modernamente se ha dado en llamar "intereses difusos"; intereses que en la realidad social deben estar dotados de las mismas armas procesales que cualquier otro individuo, sea individual o colectivamente afectado (FJ 11º.1.A).

---

trimestre, 1990, nº 1, La protección jurídica del consumidor (I) PPU; SAMANES ARA y GUTIERREZ SANZ, "Comentario al art. 7.3 de la LOPJ en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores, *LL*, 1988, t. 2, págs. 1157 a 1160; SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, 1995.

Por otra parte, STSJ de Navarra de 4-11-1996, se refiere a esta legitimación procesal colectiva del art. 7.3 de la LOPJ, y ofrece una buena explicación del sentido de la expresión legal "grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción, diciendo que "...en orden a la efectiva protección de los intereses legítimos colectivos, reconoce legitimación para su defensa a los grupos de afectados; categoría en la que se incluye cualquier conjunto de personas determinadas o identificables que, poseyendo intereses comunes o convergentes, atiende a su consecución mediante una organización básica o elemental y una actuación conjunta y solidaria de sus miembros. Estas características, que convienen a colectivos más difusos, amplios y extendidos que el que aquí se analiza, no pueden dejar de reconocerse, sin grave quiebra del principio de tutela judicial efectiva, en quienes, aun sin constituir una asociación con personalidad jurídica, se unen ..., integrando un grupo, perfectamente definido en su composición y en sus objetivos, y estatutariamente organizado para el desarrollo de una actividad conjunta y unitaria" (FJ 4º).

[120] Que presenta otros muchos puntos de interés, tales como la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la totalidad de las indemnizaciones, sobre la base del principio de "solidaridad social" y la "obligación moral" del Estado por la negligencia del Director del Laboratorio Central de Aduanas responsable de importaciones de la D.G. de Política Arancelaria, cuando se produjeron los hechos.

El TS parte de que la "acción popular" no serviría para reclamar derechos indemnizatorios como los que se piden en este caso, puesto que sólo insta el *ius puniendi*, pero no las consecuencias civiles del mismo (FJ 11º.1.B.1). No estamos en este caso ante una acción popular, sino ante una acción directa en defensa de unos intereses que, por muy difusos que sean, entran dentro del objeto social de la recurrente, máxime cuando ese grupo de afectados, amen de tener el carácter de consumidores del aceite desanaturalizado del que se trata, quedaron incluidos en las listas o anexos que se confeccionaron con motivo del anterior proceso, lo que de una parte, denota la voluntad inicial del juzgador de considerarles acreedores a la indemnización que corresponda, y de otra, no hace más dificultosa la tarea de ejecutar en su día la correspondiente sentencia. Por ello deben ser incluidos en los acuerdos indemnizatorios aquellos consumidores que estén comprendidos en los diversos anexos aunque no estén amparados por la postulación, es decir, aunque no aparezcan directamente representados en el proceso (FJ 11º.1.D).

En suma, el TS acepta el ejercicio por parte de las asociaciones de la acción directa en defensa de unos intereses, por muy difusos que sean (*sic*), siempre que entren dentro del objeto social de la recurrente. Acción que puede tener por objeto la reclamación de una indemnización; en este caso, está condicionada a la inclusión en los anexos del proceso anterior, pero no parece rechazar la idea de que en fase de ejecución -y para otros procesos- pudieran determinarse los afectados, puesto que dice que "no hace más dificultosa la tarea de ejecutar en su día la correspondiente sentencia", no que sea imposible la ejecución en un supuesto en que no existieran estos anexos.

No hay que olvidar que las asociaciones de consumidores pueden ejercitar otras "acciones de interés colectivo", entendido en sentido lato, como las previstas en el art. 25.1 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, que le reconoce la posibilidad de ejercitar la acción de cesación y rectificación de la publicidad ilícita, y en los arts. 18 y 19 de la Ley de Competencia Desleal de 3 de enero de 1991, que reconocen legitimación activa a las asociaciones de

consumidores cuando un acto de competencia desleal afecte directamente a los intereses de aquéllos, pudiendo ejercitar las acciones declarativas de deslealtad del acto, de cesión o prohibición del acto, de remoción de los efectos producidos por el acto, y rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas[121].

De hecho, el Plan Estratégico de Protección al consumidor para el período 1994-1997 en el marco de la Unión Europea, aprobado por la Conferencia Sectorial de Consumo, en Barcelona, marzo de 1994[122], dice que "los Poderes Públicos han reconocido jurídicamente la legitimación de las organizaciones de consumidores para actuar judicialmente. En muchas ocasiones, estas actuaciones son mucho más eficaces que aquéllas desarrolladas por la Administración para el control del mercado; un buen ejemplo de ello lo encontramos en el sector publicidad". Por ello considera conveniente, fortalecer la capacidad de actuación de las Asociaciones de Consumidores mejorando su legitimación y acceso a la justicia en supuestos de interés general para los consumidores.

Siendo como digo, acciones de interés colectivo, están limitadas a algunas materias (publicidad y prácticas de comercio) y se limitan a obtener la cesación de una práctica determinada.

Es el Derecho francés el que ha dado un paso más reconociendo a las asociaciones de consumidores el derecho de

---

[121] En la práctica, sin embargo, las asociaciones encuentran muchas dificultades para acreditar la representación de estos intereses generales, y en los casos en que los asociados lo desean, para la sustitución procesal de los asociados. El abogado del Estado suele alegar la carencia de legitimación, si bien a veces esto se hace para dilatar el proceso. Para evitar esos problemas de legitimación, aparece como representante de los interesados, no la asociación en cuestión, sino v.gr. uno de sus asesores jurídicos o letrados, actuando a título individual. La afirmación la realizo con base en las entrevistas mantenidas con los asesores jurídicos de las asociaciones de consumidores FUCI y OCU, en 1996. Resulta difícil, además, encontrar jurisprudencia porque generalmente, se intentan resolver los litigios por vía de conciliación o por vías extrajudidiales previas, sin tener que acudir a los tribunales. Así, v.gr. la posibilidad de pedir la cesación de publicidad engañosa, plasmada en la acción que a las asociaciones de consumidores y usuarios concede la Ley General de Publicidad, suele traducirse y terminar con la notificación notarial que se hace al anunciante-fabricante. Lo mismo sucede con respecto a las condiciones generales de los contratos calificables de abusivas. Su supresión puede conseguirse fuera y antes de los tribunales, mediante un acuerdo con el Empresario (v.gr. con Empresas constructoras-promotoras).

[122] Publicado en *Estudios sobre Consumo*, nº 31, año 1994.

ejercitar una acción de interés colectivo ante todas las jurisdicciones civiles o penales, particularmente por aquellos hechos que comportan un perjuicio directo o indirecto del interés colectivo de los acreedores. Este derecho, introducido por el art. 46 de la Ley *Royer*, para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, de 27-12-1973, ha sido confirmado y desarrollado por la Ley de 5-1-1988 y ha sido objeto de numerosos estudios.

Aunque el estudio de estos extremos compete a los procesalistas, no quiero dejar de reseñar aquí, que así como sigue sin admitirse en España, el proceso paralelo instado por un particular afectado (*class action*)[123], parece haberse admitido ya parcialmente por vía legal y totalmente por vía jurisprudencial, que precisamente las asociaciones sin ánimo de lucro, pueden ejercitar estas acciones en defensa de los intereses colectivos y difusos, en la línea acogida en Francia por la *Ley Royer* de 27-12-1973.

Es claro que todos estos temas son de gran calado y cada uno de ellos ha dado lugar a abundante doctrina, cuyo estudio desborda el objetivo de este trabajo. Seguidamente voy a referirme a algunos aspectos peculiares de la capacidad de la asociación. Antes de abordar estos aspectos concretos de la capacidad haré referencia a una cuestión conexa con la capacidad vista: la responsabilidad económica de la asociación.

En especial, el sistema de responsabilidad económica de la asociación

La capacidad para ser titular de un patrimonio, y para obligarse pecuniariamente, lleva, como antes adelanté, al análisis de otra de las funciones de la atribución de la personalidad jurídica enumerada por CAPILLA: la autonomía patrimonial y consiguiente limitación de responsabilidad. Es tan importante esta función, que algún autor ha llegado a

[123] Cuyo modelo es precisamente la *class-action* norteamericana o el recurso colectivo de Québec; *vid. Le recours collectif: manuel pratique*, Ed. Yvon Blais, Cowansville (Canadá),1982.

identificar personalidad jurídica con autonomía patrimonial perfecta del ente[124].

El Derecho privado moderno centra la atención en los patrimonios de la persona jurídica y de sus miembros, su separación y distinción en su aspecto activo (legitimación) y, sobre todo, en su aspecto pasivo (masa de garantía). Se separa así el patrimonio de la persona jurídica (personal) del de sus socios y administradores.

Con respecto a la autonomía patrimonial de la asociación, a la vista del silencio legal y pese a la ausencia de regulación sobre este punto, la doctrina acepta con inusual unanimidad, la limitación de responsabilidad al patrimonio de la asociación.

Esta solución, que ya había sido anticipada en el Anteproyecto de Laurent, cuyo art. 51 decía refiriéndose a las asociaciones sin ánimo de lucro, -a las que en este caso llama "sociedades"- que "*Los acreedores de la sociedad carecen de acción contra los socios en particular, y sólo pueden reclamar contra la misma y cobrarse del fondo social*", es propuesta expresamente por CARPIO MATEO. Este autor ha estudiado específicamente el tema del patrimonio de la asociación, y opina que la responsabilidad de los asociados se limita al importe de las cuotas a que vengan obligados y en general, a las aportaciones debidas al fondo común. A diferencia de la sociedad civil, en la que los socios responden de forma subsidiaria, en el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, la protección de intereses en juego no sólo no requiere semejante comunicación de responsabilidades, sino que contrariamente, exige dejar a salvo el patrimonio del asociado. Al igual que en la sociedad anónima, nos encontramos con una sociedad abierta, de la que pueden llegar a formar parte muchas de personas. Cuando una persona se adhiere a una asociación no suele imaginar siquiera que, por una desafortunada gestión de los administradores pueda verse comprometido su patrimonio[125], lo que de admitirse, sería un freno seguro al espíritu asociativo, lo cual es

[124] FIGONE, "Il diritto all'identitá personale. Commento a Trib. Roma de 19-5-1984", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1985-I, págs. 551 y 553.

[125] CARPIO MATEOS, *op.cit.*, págs. 786 y 787.

contrario al fomento del mismo que inspira la Constitución Española de 1978.

También coinciden en esta opinión civilistas como LACRUZ BERDEJO[126], CAPILLA RONCERO [127] o PANTALEON PRIETO[128].

Esta es la línea seguida asimismo por el Derecho francés. Si la asociación es declarada (y por tanto, tiene personalidad jurídica) cuando los administradores contratan en nombre y por cuenta de la asociación sólo ésta queda vinculada y responde en caso de incumplimiento[129], todo ello sin perjuicio de la posibilidad de exigir responsabilidad en el plano interno a los administradores[130].

III.B.2. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE CAPACIDAD DE LA ASOCIACION[131]

III.B.2.a Capacidad de la asociación en el ámbito familiar

Las personas jurídicas no pueden ocupar un *status* familiar aunque a veces se hable en el ámbito mercantil, de sociedades "filiales" o de sociedad "matriz"; sobra decir que no pueden contraer matrimonio, no tienen derecho a la legítima, etc. Sin embargo, no son totalmente ajenas al Derecho de Familia, pues el art. 242 del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley

---

[126] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 294.

[127] CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*...*cit.*, pág. 521

[128] PANTALEON PRIETO, "Asociación y sociedad...", *cit.*, pág. 49.

[129] *Cass.civ.*, I, 7-10-1980, *Rev. trim. dr. com.*., 1981, pág. 322.

[130] La línea general que sigue la Jurisprudencia es eximir los administradores de toda responsabilidad, si su gestión -en terminología francesa- ha sido hecha sin falta: *Cass.civ.*, I, 7-10-1980, *Rev. trim. dr. com.*., 1981, pág. 322; *Cass.soc*. 11-3-1987, *Rev. trim. dr. com.*., 1987, pág. 540; *Cass.com*. 9-4-1991, *Rev. trim. dr. com.*,1991, 414, nº 15. Sin embargo, aplicando la teoría del mandato (art. 1992 del *Code*) expresa o implícitamente, ha hecho responder a los administradores ante la asociación cuando han incurrido en dolo o falta en su gestión. Falta en la gestión, que es mucho más fácilmente apreciable si sus obligaciones están legal o estatutariamente determinadas. En caso contrario, hay una incertidumbre que ha hecho en ocasiones que se rechace esta responsabilidad en razón misma de la imprecisión de sus obligaciones: *TGI*, Lyon, 4-12-1985, *JCP*, éd. G., 1987, II, nº 20725.

[131] He escogido las manifestaciones de capacidad que se verán en el epígrafe, por su actualidad, y en cierto sentido, su novedad.

de 24-10-1983, posibilita que las personas jurídicas, y por tanto, las asociaciones, puedan asumir la tutela o en su caso, la curatela[132], siempre "*que no tengan finalidad lucrativa, y entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados*".

Entre las incluidas en este artículo se encuentran según LETE DEL RIO, tanto las personas jurídico públicas como las personas jurídico privadas.

Respecto a las primeras, son aquellas que se encuentran al cuidado de menores e incapacitados, principalmente a través de la función asistencial del Estado y las diversas Comunidades Autónomas: en concreto, las entidades públicas a las que se refiere el art. 172.1 y la D.A.1ª de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, de adopción, pero no las "instituciones colaboradoras de integración familiar" de las que habla el párrafo 2º de dicha D.A.1ª, dado que sus funciones, como dice el párrafo 3º se limitan a la guarda y mediación que la entidad pública correspondiente les señale, guarda que no puede ser confundida a estos efectos con la tutela, reservada por el art. 172.1 a dicha entidad.

Respecto a las personas jurídico privadas, las que más frecuentemente asumen esta tutela son las fundaciones, aunque también existen casos de asociaciones, generalmente de padres de incapacitados legalmente (frecuentemente durante su minoría de edad) constituidas para ayudar económica, psíquica y terapéuticamente a aquellos padres que carezcan de los medios económicos necesarios para atender a sus hijos incapacitados.

LETE DEL RIO[133] y SANCHO REBULLIDA[134] se inclinan a considerar que el artículo no debe interpretarse con demasiada

---

[132] Posibilidad que ha de extenderse a la curatela por el juego de los arts. 291 y 292 del Código civil; *vid*. el estudio de MUÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994 y bibliografía allí citada. Esta obra aborda con profundidad los diversos problemas derivados de la tutela ejercida por las personas jurídicas, aunque no atiende a las posibles especialidades que se pudieran dar respecto a las asociaciones sin ánimo de lucro.

[133] LETE DEL RIO, en *Comentarios al Código Civil, tomo I. Ministerio de Justicia*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid 1991, pág. 739.

[134] LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 615.

rigidez al objeto de poder integrar en él, al menos por analogía a aquellas personas jurídicas "que cuenten entre sus fines estatutarios la profilaxis y recuperación de la salud mental y la rehabilitación de drogadictos, alcohólicos, etc.", siempre, claro está, que se encuentren legalmente constituidas. Del artículo se desprende por otra parte que no es que la persecución de estos fines haya de ser exclusiva sino que pueden perseguir otros fines.

En aplicación de la regla del art. 235 del Código civil, la asociación podrá ser designada y nombrada como tutora, en defecto de las personas nombradas en el art. 234 del Código civil, cuando el Juez por sus relaciones con el tutelado, y en beneficio de éste, la considere como la más idónea. En ocasiones son los propios padres (art. 223 del Código civil), especialmente si pertenecen a la asociación, quienes pueden designar como tutor a la misma.

El ejercicio de la tutela está a cargo de personas físicas, bien integrantes de la asociación, bien contratados por aquélla. La persona física actúa en nombre y representación de la persona jurídica, de modo que ésta responde de la actuación de aquélla frente al tutelado, sin perjuicio de que el empleado haya de responder frente a las persona jurídica y frente al tutelado. Si la persona física se conduce mal en el desempeño de la tutela, es la persona jurídica la que es removida. Por último, algunos autores critican la aplicación a las personas jurídicas, de la prohibición contenida en el art. 22.1º de recibir liberalidades del tutelado o sus causahabientes hasta que no se haya aprobado definitivamente su gestión, porque lo natural en estos casos sería que el patrimonio del incapaz fuera a parar a la persona jurídica, así como la de adquirir a título oneroso los bienes del tutelado o transmitírselos por igual título[135].

Cuáles sean los criterios de idoneidad queda al arbitrio judicial, aunque la línea lógica apunta que la designación deba hacerse a aquellas instituciones que dispongan de los medios necesarios, que en la mayoría de las ocasiones se materializarán en hospitales, centros de internamiento y acogida que regenten

[135] LETE DEL RIO, *op.cit.*, pág. 740.

dichas personas jurídicas, lo cual suele darse más en el caso de las fundaciones que de las asociaciones, si bien, en la única ocasión en que hasta ahora, ha llegado al TS una impugnación de la designación de una persona jurídica como tutora, ha sido, precisamente, el de una asociación. La STS de 22-7-1993 (Sala de lo Civil) (RJ 1993/6277) reitera la validez del nombramiento de Asociación de Enfermos Mentales dedicada a la atención de los mismos, como tutor de la persona y bienes de la persona cuya incapacitada fue declarada en la primera instancia. La institución designada en este caso para desempeñar la tutela, es considerada por el TS como la más idónea según el art. 242 del Código Civil, habida cuenta de la necesidad ineludible de ingresar a la incapacitada en una clínica geriátrica o psiquiátrica, de cuyas características y régimen es especialista justamente, la institución "Asociación de Enfermos Mentales"; sería esta clínica elegida, y la institución que desempeña la tutela, las encargadas de regir y cuidar la persona de la incapacitada, quedando únicamente para completar la función tutelar, la protección y administración de sus bienes, reducidos éstos al cobro de una pensión, que necesariamente debe aplicarse a cubrir los gastos de la estancia en la clínica, y al resto de sus necesidades personales; misión que puede desempeñar perfectamente el tutor designado, sin necesidad de acudir a otras personas. Es decir, el TS parece estar pensando en los casos en que el patrimonio del tutelado sea de gran cuantía, en los que quizá sea conveniente atribuir la guarda y protección de la persona a estas instituciones, dado que su finalidad es atención de estas personas y la guarda y protección de sus bienes a otra persona que con los conocimientos necesarios, administre sus bienes con independencia de aquélla.

Quizá esta posibilidad de asumir la tutela o curatela sea lo más llamativo de las posibles funciones de la asociación en el ámbito del Derecho de familia. Sin embargo, no se agotan con ella. En efecto, las instituciones privadas, y en concreto las asociaciones, tienen un importante papel en la defensa de los menores. La abundante legislación en esta materia procede -aun teniendo en cuenta la importancia de la LOPJM- en gran parte,

de las Comunidades Autónomas[136]. Del análisis de la normativa estatal y autonómica se pueden extraer los requisitos para la actuación de las personas jurídicas privadas en materia de protección de menores: la habilitación o el acuerdo de colaboración con la Entidad pública a la que en el respectivo territorio, corresponda la protección del menor, y la inscripción en el Registro público correspondiente que generalmente es llevado en cada Comunidad Autónoma. El valor de la inscripción es, en la mayoría de los casos, el de *condictio sine qua non* cuanto menos para optar a subvenciones, en la mayoría de las ocasiones absolutamente imprescindibles para el desempeño de su actividad.

Tomando el ejemplo de Aragón, la Ley aragonesa de Protección de Menores de 14-12-1989[137] proclama expresamente el papel de las instituciones privadas en materia de protección de menores. La filosofía de la Ley respecto a la participación de las Entidades privadas es la de facilitar la más amplia participación posible de este tipo de Entidades, permitiendo que asuman funciones de guarda y mediación con arreglo a los medios de que dispongan, sin que por ello se vean afectadas las necesarias garantías que deben exigirse en relación con los menores sujetos a protección.

Tales entidades privadas son consideradas en la Ley, en su condición de *instituciones colaboradoras de integración familiar*, a las que antes aludía. La Ley aragonesa las regula de modo muy detallado (Título VI y capítulo II del Título VII). Para poder actuar y ejercer sus funciones necesitan la *habilitación* de la Comunidad autónoma, que además debe expresar con claridad las funciones para las que resulta autorizada, así como el régimen jurídico de su ejercicio. Estas funciones han de ser las

[136] La protección del menor se encuadra en otra materia más amplia que la Constitución, a afecto de reparto de competencias, califica de "asistencia social", cuya legislación corresponde en exclusividad a las Comunidades Autónomas. Por ello la búsqueda de las funciones concretas que pueda realizar una asociación en este campo ha de hacerse en la Legislación autonómica.

[137] El Decreto 79/1995, de 18 de abril, desarrolla la regulación de la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley de 1989. En la actualidad se encuentra en proyecto la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón.

enumeradas taxativamente (o algunas de ellas) en el art. 32.2: guarda y custodia de los menores cuyo internamiento sea ordenado por la Administración, promoción de la inscripción en el correspondiente Registro de las familias que se consideren idóneas para realizar acogimientos y adopciones, la propuesta de familias para la realización de acogimientos de menores internados en sus centros, ayuda a domicilio, favorecer la integración en su familia natural de los menores internados en sus centros, etc. A ello cabe añadir el derecho a tener un representante en el Consejo Aragonés de la Adopción, que es el órgano que acuerda la resolución final en la propuesta previa de la adopción. Algunas de ellas pueden ser declaradas, además, de "interés social", según el art. 33, a los efectos de acceder a las ventajas y beneficios que se establezcan en la legislación autonómica. Esta idea es paralela a la de asociaciones de "utilidad pública" prevista en la Ley de Asociaciones de 1964.

De cualquier forma, y aunque estos términos pueden ser interpretados con cierta flexibilidad, vemos que se trata de un régimen cuasi de "concesión", no, ciertamente, de personalidad jurídica -que se adquiere con independencia y previamente a la habilitación- pero sí de funcionamiento, en cuanto que sólo podrán realizar aquellas actividades y funciones para las que han sido habilitadas. Rige un principio de vinculación positiva. ¿Es esto una resurrección del viejo control administrativo sobre las instituciones privadas?. En teoría, no. Unicamente, la Administración ha de verificar si reúnen los requisitos necesarios, que aparecen enumerados en el art. 30: ausencia de ánimo de lucro; que entre sus fines esté el de la protección de los menores; que su domicilio social se encuentre en Aragón o que actúe a través de establecimientos radicados en su territorio; que tenga los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de sus funciones, así como que su funcionamiento sea democrático, conforme a lo establecido en la legislación vigente[138]. La habilitación podrá tener lugar de oficio o a instancia de parte, y ser revocada cuando desaparezca

[138] Este exigencia podría plantear algún problema en el caso de instituciones religiosas, cuyo funcionamiento no es exactamente "democrático", puesto aparentemente, podría ser razón suficiente para negarles la habilitación.

alguno de los requisitos del art. 30 o incurra en su funcionamiento en infracciones legales que justifiquen dicha medida[139].

Las asociaciones sin ánimo de lucro ejercen en la actualidad un importante papel como entidades colaboradoras de adopción internacional. La LOPJM, que aborda la adopción internacional, diferencia las funciones que han de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que se puedan delegar entidades colaboradoras que gocen de la correspondiente habilitación. Estas entidades, entre cuyos Estatutos ha de figurar como fin la protección de menores, ejercen primordialmente, funciones de mediación en estas adopciones. Puesto que la habilitación la da también el organismo autonómico correspondiente, volviendo al ejemplo de la normativa aragonesa, el Decreto 16/1997, de 25 de febrero, regula la habilitación de estas entidades y respecto a su régimen de actuación dice que estas entidades "únicamente podrán intervenir en los trámites tendentes a la constitución de situaciones jurídicas que, conforme a la legislación del país del menor, permitan la adopción de éstos por los extranjeros (art. 4.4º).

[139] En cuanto a la aplicación real de la normativa aragonesa -me baso en las dos las entrevistas mantenidas, en marzo de 1995 y en febrero de 1998, con el responsable de la DGA en protección de menores, así como en el informe elaborado por PICONTO NOVALES, "Política y Derecho en la aplicación de la nueva normativa aragonesa de protección de menores", *Revista Aragonesa de Administración Públic*a nº2, junio de 1993- se constata, no sin cierta sorpresa que si bien la cooperación con las entidades privadas es continua y de gran importancia, paradójicamente, ninguna entidad ha conseguido (ni solicitado) la habilitación como institución colaboradora de integración familiar. Las razones son variadas, la mayoría de carácter político, aunque también parece querer acudirse a otros cauces que permiten la colaboración efectiva con estas entidades, como la firma de convenios, v.gr. con Aldeas infantiles, instituciones religiosas -que en número son las que realizan una mayor labor-, algunas asociaciones de vecinos que cuentan con pisos para la acogida de menores en desamparo.... Pero en todo caso es la Administración (concretamente, el Servicio Provincial de atención y acogida al menor), el que decide el ingreso, la baja y el que supervisa la ejecución de la guarda. El resto de las funciones que la Ley les asigna -distintas de la guarda y la custodia- no son operativas. Y es que, en mi opinión hay cierta contradicción entre el preámbulo de la Ley aragonesa, en que teóricamente se promociona la labor de las instituciones privadas, y el resto del articulado, en que se restringe su ámbito de actuación, incrementando su control, sobre todo en la fase de concesión de la habilitación. La realidad actual es que las funciones de guarda y custodia, se llevan a cabo en centros pertenecientes a estas instituciones, y en ocasiones se acude a su personal, para que sea él, el que, total o parcialmente, trabaje en los centros propios de la entidad oficial.

Puede afirmarse, a la vista de lo dicho, que las asociaciones sin ánimo de lucro asumen importantes funciones en el ámbito del Derecho de familia, en las que se realza la colaboración cada vez más creciente con el poder público.

III.B.2.b Capacidad en el ámbito publico: en concreto, el trámite de audiencia en la elaboración de los Reglamentos

Como se ha dicho en otro lugar, la asociación se presenta también como cauce de participación funcional indirecta en la Administración, para cumplir lo dispuesto en el art. 105 a) CE, que dispone que *"La Ley regulará... la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"*[140].

Se plantea qué asociaciones tienen derecho a la audiencia, y cuáles son los criterios para determinar su representatividad.

Para el ámbito estatal, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, dice en su art. 24.1.c) que "*elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia directamente, o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición*". Este trámite no será preciso, según la letra d) si las organizaciones o asociaciones hubiesen participado en la

[140] Todo ello puede ponerese en relación con la tendencia internacional actual de dotar de estatuto consultivo a las ONG. Al margen de la regulación de Derecho público internacional, no existe, en Derecho español, ninguna normativa específica para dotar caracter consultivo a las ONG como tales. En el ámbito específico de la Comunidad Autónoma de Cataluña se presentaron ante el Parlamento dos propuestas concretas. La primera se trata de una Proposición de Ley de creación del Consejo de las ONG, presentada por el grupo parlamentario Iniciativa per Catalunya y posteriormente retirada. La segunda es una Proposición de Ley de creación de un registro publico de ONG, presentada por el grupo parlamentario de Convergencia i Unió. Esta última iniciativa, que fue retirada a instancia del propio grupo parlamentario, preveía la creación de un Registro de ONG, dependiente del Parlament de Catalunya, que exigía, entre otras condiciones para su inscripción, la realización de actividades que puedan considerarse útiles a la sociedad catalana, y a las Instituciones públicas catalanas: que tengan personalidad jurídica propia; que cuenten con un mínimo de dos años de existencia; que acrediten una competencia en su campo de trabajo; que tengan su sede en Cataluña, y que prueben no recibir ninguna ayuda de caracter lucrativo que provenga de fondos públicos. Cualquier institución pública de Cataluña, podría solicitar a las ONG especializadas en el tema, la emisión de dictamen sobre propuestas de disposiciones o actuaciones.

fase de elaboración o redacción mediante informes o consultas. Ha de motivarse la elección de uno u otro procedimiento[141].

En el caso de que se opte por la audiencia a través de las organizaciones o asociaciones, parece que seguirá sirviendo la interpretación que los Tribunales daban hasta ahora de cuáles eran las entidades que gozaban de tal representación. Así, el caracter obligatorio de esta consulta es indiscutible en relación a los sindicatos, organizaciones empresariales, Colegios profesionales y organizaciones camerales. Claramente estas personas jurídicas ostentan por ley la representación o defensa de intereses generales o corporativos.

En el supuesto de las demás asociaciones, constituidas al amparo de la libertad asociativa reconocida en el art. 22 CE, habrán de ser aquéllas cuyos "*fines guarden relación directa con el objeto de la disposición*". Aunque la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la legislación anterior (arts. 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente en estos puntos hasta la promulgación de la Ley del Gobierno de 1997) no era uniforme[142], es bastante representativa la STS de 21-11-1990 (RJ

---

[141] En la legislación autonómica se prevén disposiciones similares. Destaca la opción tomada por el Legislador aragonés en el art. 33 de la Ley Aragonesa de 16-2-1995 del Presidente el Gobierno de Aragón "1. *Cuando lo requiera la materia que sea objeto de la disposición general que se prepare, el proyecto correspondiente se someterá a información pública. Asimismo, el Departamento que hubiere elaborado aquélla deberá dirigirse específicamente a las asociaciones representativas de intereses colectivos relacionados con la materia a reglamentar cuando la existencia de estas asociaciones conste de manera indubitada para la Administración de la Comunidad Autónoma*". La constancia de su existencia vendrá dada generalmente por su inscripción en el Registro de Asociaciones, recientemente centralizado en la DGA, en el que se han previsto diferentes secciones para facilitar su conocimiento. A esto se une el dato fáctico del volumen asociativo de esta Comunidad Autónoma que aún no es grande. Pero, con independencia de otros efectos que pueda tener la inscripción en un Registro General o en un Registro Administrativo especial, este es uno de los beneficios, que perfectamente puede estar condicionado -en la legislación sectorial-, a la inscripción.

Vid. también, la Ley Catalana de 14-12-1989 de Organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña, en su art. 64, dentro del capítulo de "Elaboración de disposiciones de carácter general", dice :"*Si una ley lo exige o si lo decide, según los casos, el Gobierno o el Consejero competente, la propuesta de disposición general, será sometida a información pública o a audiencia de las entidades que, por ley, tienen la representación y defensa de intereses de carácter general o afectados por dicha disposición*".

[142] Así, v.gr., la STS de 19-1-1991, restringe la necesidad de dar audiencia a las Corporaciones de Derecho Público, representativas de intereses profesionales o económicos, en las que la integración de los miembros sea obligatoria, y a las que la ley atribuye al representación oficial o general de los intereses del sector. La sentencia del TSJ de la Rioja de 15-12-1992, considerando preceptivo dicho trámite de audiencia, se lo niega a la Asociación de Centros de Educación Infantil de la Rioja, "porque ha de tratarse de Entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de caracter

1992/9162), "por la misma indeterminación de la existencia y misión de cada una de ellas", la representatividad sólo es predicable respecto a las asociaciones de las que la Administración tenga conocimiento, bien sea en razón de su importancia o en razón de la actividad por ellas desplegada cerca de la propia Administración. COSCULLUELA MONTANER, considera además que "para ser oídas deben personarse en el procedimiento de elaboración del reglamento que les afecte, pues no puede imponerse a la Administración el deber de conocer su existencia ni el grado de afección que el reglamento puede producirles"[143].

Puesto que el art. 105 CE contiene una reserva de ley, el trámite de audiencia se dará en el modo y los casos determinados por la ley. Cuando se ha dictado legislación sectorial -v.gr. en el ámbito local, el art. 49 LRBRL, o en el ámbito de la protección de los consumidores- de modo que las normas que regulan una materia determinada prevén el trámite de audiencia, la omisión del mismo o la infracción de las normas que lo regulan, sería determinante de la nulidad de las actuaciones. Veamos un ejemplo de como se articula este trámite en uno de los tipos de asociación más representativos en la actualidad, que ha tenido un activo papel en la elaboración de muchos reglamentos.

Un caso concreto: la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en la elaboración de Reglamentos

El art. 51. 2 CE concede audiencia a las asociaciones de consumidores y usuarios en las cuestiones (en general) que puedan afectar a los consumidores *"Los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos en los términos que la ley establezca"*

general o corporativo que resulten afectados por dicha disposición y no, desde luego, a cualquier asociación de caracter voluntario relacionada con la materia, como sucede en este caso".

[143] COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, *cit.*, pág. 125.

En el ámbito del Derecho del Consumo, el art. 2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19-7-1984, (LGDCU), proclama como uno de los derechos básicos de los consumidores: ...*e) la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.* El art, 22.1 LGDCU[144] señala que *"Las asociaciones de consumidores y usuarios serán oídas, en consulta, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios"*.

La Ley enumera a continuación -art. 22.2- los supuestos en que el trámite es preceptivo:

a) Reglamentos de aplicación de esta Ley

b) Reglamentos sobre productos o servicios de uso y consumo

c) Ordenación del mercado interior y disciplina del mercado

d) Precios y tarifas de servicios, en cuanto afecten directamente a los consumidores o usuarios, y se encuentren legalmente sujetos a control de las Administraciones públicas

e) Condiciones generales de los contratos de Empresas que prestan servicios públicos en régimen de monopolio

f) En los demás casos en que una Ley así lo establezca"

La contemplada por la LGDCU es una fórmula participativa que se encuadra entre las que con carácter general, son calificadas como de participación funcional[145]. La participación funcional prevista en la LGDCU es siempre indirecta; esto es: a través de sus asociaciones representativas, excluyendo, por tanto, la participación directa de los ciudadanos y en concreto, los mecanismos de la información pública y la formulación de alegaciones.

[144] La STC 15/1989, de 26 de enero, dice en el FJ 7º c) que este art. 22 de la LGDCU sólo se aplicará supletoriamente respecto de las CC.AA., que tienen asumidas competencias para la regulación de los procedimientos administrativos especiales, tales como el procedimiento de elaboración de reglamentos.

[145] CUCHILLO FOIX, *Comentarios a la LGDCU*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 628.

a) Supuestos de audiencia no preceptiva

En el artículo 22.1, la LGDCU canaliza la participación funcional mediante el recurso típico del suministro de información y la audiencia en consulta de las asociaciones de consumidores. Pero no introduce ninguna precisión relativa a los mecanismos o instrumentos específicos (v.gr. plazos de solicitud de intervención y de formulación de propuestas, documentos y materiales a suministrar, etc).

Trasladando la Jurisprudencia recaída sobre el art. 130.4 de la LPA (antecedente del actual art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno), a la materia de consumo, puede decirse que la decisión de omitir la audiencia en los supuestos en que ésta no es preceptiva -los casos no incluíbles en el listado del art. 22 LGDCU-, sólo estará justificada en el supuesto de que la Administración estime razonadamente, que la disposición no les afecta "directamente" porque no incide de "manera seria, importante e inmediata", en los derechos e intereses, ya sean sociales, económicos, informativos, sanitarios...sancionados por la propia LGDCU.

Sin embargo, la amplitud de los términos en los que está redactado el elenco de casos de audiencia preceptiva, hace difícil encontrar supuestos de disposiciones que afecten "directamente" a los consumidores, y no sean subsumibles en alguno de los apartados.

b) Supuestos legales de audiencia preceptiva

La Ley ha superado las incertidumbres de la situación anterior, proclamando abiertamente, el caracter preceptivo del trámite de audiencia en los casos citados. Para ellos prevé modalidades específicas de consulta y participación.

El art. 22 dispone que

> "4. *Se entenderá cumplido dicho trámite preceptivo de audiencia cuando las asociaciones citadas se encuentren representadas en los órganos colegiados que participen en la elaboración de dicha disposición*[146]*. En los demás casos, la*

[146] Se trata de órganos públicos colegiados, como la Junta Superior de Precios (RD 2659/1977, modificado por RD 816/1982, de 26 de marzo) o la Junta Consultiva de Seguros (RD 2335/1983, de 4 de agosto).

notificación o comunicación se dirigirá a la federación o agrupación empresarial correspondiente y al Consejo al que se refiere el número siguiente.

5. *Como órgano de representación y consulta a nivel nacional, el Gobierno determinará la composición y funciones de un Consejo, integrado por representaciones de las Asociaciones a que se refiere el artículo 20"*

Se trata de técnicas de participación orgánica. La determinación de las asociaciones llamadas a participar en tales órganos -tanto los del párrafo 4º, como el 5º-, se realiza en base a criterios de representatividad, proporcionalidad y razonabilidad, y también por el dato adicional de su presencia en los órganos de participación establecidos por las Corporaciones Municipales, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 130 y 131 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre.

El órgano consultivo al que se refiere la LGDCU es el Consejo de Consumidores y Usuarios (en adelante, CCU)[147]. El art. 13 del RD 825/1990[148] sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, establece que el CCU, deberá ser consultado en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de caracter general en los casos que en Decreto (que, en este punto se limita a desarrollar la Ley) se establecen[149]. En la legislación de consumo, el trámite de audiencia en los supuestos en que éste es preceptivo -que son los de mayor importancia- se entiende cumplido con la audiencia al órgano consultivo, que se considera, por su composición, suficientemente representativo. Siendo coherentes

[147] Sobre este punto; *vid.* REBOLLO PUIG, "La selección de representantes de las asociaciones llamadas a integrarse en los órganos administrativos colegiados", *RAP*, nº 119, 1989, págs. 133 y ss.

[148] La STS 11-12-1991, resuelve el recurso contencioso administrativo contra este reglamento, declarando que no es nulo si se interpreta en el sentido de que no contiene ninguna discriminación por razón de la inscripción en el Libro Registro, a los efectos de ejercicio de acciones, aunque sí a otros efectos.

[149] La Ley ha superado las incertidumbres de la situación anterior, proclamando abiertamente, el caracter preceptivo del trámite de audiencia en los casos citados.

con el criterio antes expuesto, la ley sectorial puede válidamente articular el trámite de audiencia en ésta u otra forma. Con tal de que, materialmente, la audiencia se produzca, pueden adoptarse diversas modalidades.

Tampoco hay una distinción neta entre el derecho de consulta y de participación, puesto que ésta se articula fundamentalmente mediante aquella. Pero el CCU también tiene otras funciones representativas y de participación, recogidas en el apartado 2 del art. 13 del RD de 1990: formular propuestas de interés en materia de defensa de los derechos de los consumidores, asesorar a los órganos de las Administraciones Públicas, solicitarles información...[150].

c) Las posibilidades de las Asociaciones que no integran el CCU: consecuencias de la reforma operada por el RD 2211/1995, de 28 de diciembre

Dada la rigurosidad de los requisitos que exigía el Real Decreto en su art. 7 para formar parte del Consejo, algunas asociaciones muy representativas en la vida real, como la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) quedaban fuera del mismo[151]. Esto significaba, que cuando la

[150] En los reglamentos que, en materia de consumo, se dictan antes de la LGDCU, como el RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y producción agroalimentaria, no se hace ninguna referencia a la audiencia a las Asociaciones. En los que se dictan a partir de la promulgación de la LGDCU, hasta la constitución en 1990 del CCU, suele decirse en su Exposición de motivos: "oídas las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las Asociaciones Empresariales" (RD 1.010/1985, de 5 de junio, por el que se regula el ejercicio de determinadas modalidades de venta fuera de un establecimiento comercial permanente) o "de acuerdo con lo establecido en el art. 22 de la citada Ley 26/1984, de 19 de julio, han sido oídos en consulta, tanto las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, como de Empresarios relacionados con este sector" (RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas) o expresiones similares.

[151] Uno de estos criterios era el de implantación territorial, y la OCU, aun siendo de ámbito nacional, y teniendo más de 240.000 socios que pagan una cuota mensual, sólo cuenta con sede en Madrid, pues tiene una estructura unitaria y no federal. Por eso no formaba parte del Consejo. Según los criterios del art. 6, en su redacción actual, contará con cuatro representantes, pues, "*Integran el Consejo de Consumidores y Usuarios:...2. Representantes de asociaciones, federaciones o confederaciones de asociaciones en los términos siguientes: De ámbito estatal y que acrediten más de 7.500 socios, un representante. Este número se incrementará conforme a las dos alternativas siguientes? a) uno, dos o tres representantes más si acreditan 125.000, 175.000 ó 225.000 socios, respectivamente...*". La realidad, es que la OCU es una Asociación de Consumidores y Usuarios relativamente "atípica" en el sentido de que su actividad fundamental es por un lado, la edición de una revista de gran influencia -"Compra Maestra"-, y sus socios son más bien suscriptores de la misma, y por otro, la

Administración autora de un reglamento, consideraba conveniente tener un informe elaborado por los técnicos de esta asociación u otras, que no pertenecen al Consejo, no dudaban en solicitarlo, incluso obviando la vía "oficial" del Instituto Nacional del Consumo, para pedirlo directamente. Pero cuando la iniciativa partía de las asociaciones, que deseaban ser oídas, o dicho de otro modo, cuando trataban de materializar el derecho que a ellas les confiere la LGDCU, la Administración se amparaba en la literalidad del art. 22 de la Ley, *"... En los demás casos, la notificación o comunicación se dirigirá ... y al Consejo al que se refiere el número siguiente....Como órgano de representación y consulta a nivel nacional, el Gobierno determinará la composición y funciones de un Consejo, integrado por representaciones de las Asociaciones a que se refiere el artículo 20"*. Es decir, consideraban salvado el trámite con el informe del Consejo.

La reforma operada por el RD 2211/1995 de 28 de diciembre, aplica un criterio más abierto en cuanto a la composición del CCU, permitiendo una participación general de las asociaciones. En concreto, el art. 7, no condiciona la posibilidad de tener representantes en el CCU, a la implantación territorial de la asociación, sino al número total de asociados, con independencia de dicha implantación de sedes. Esto posibilitará que asociaciones como la OCU puedan integrar el CCU y participar realmente en la elaboración de los reglamentos.

III.B.2.c Titularidad de derechos fundamentales de la asociación

actuación en casos judiciales especialmente relevantes: reclamación por la intoxicación masiva por el aceite de colza, por el incendio en Madrid de la discoteca Alcalá 20, etc. Ha ejercido numerosas acciones contra abusos de las Empresas (en especial, de Telefónica), contra abusos de la Administración: elevación abusiva de tarifas eléctricas, exacción ilegal de multas, aprobación de modelos de declaración del IRPF que atentaban contra los derechos fundamentales; pero también ha actuado como coadyuvante de la Administración en recursos contra Empresas. Todo ello, a mi entender, no resta importancia a la influencia que tiene como asociación.

La atribución y reconocimiento a las personas jurídicas ha sido objeto de discusión doctrinal y de muchas vacilaciones jurisprudenciales[152].

La Jurisprudencia constitucional ha admitido ya, claramente, esta posibilidad en la STC 139/1995, de 26 de septiembre, (confirmada por la STC 176/1995, de 11 de diciembre) que dice

> "Si el objetivo y la función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo, o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. ...."
>
> "Si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona jurídica están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines"

Es decir, la protección de los derechos fundamentales de los individuos puede obtenerse no sólo mediante su tutela individual, sino también mediante su tutela en las organizaciones de que los individuos se valen.

---

[152] Una completa y actual exposición doctrinal de las opiniones en torno al tema, puede encontrarse en RODRIGUEZ GUITIAN, *op.cit.*, págs. 73 a 88. La Constitución, en el art. 162.1.b), legitima para interponer el recurso de amparo, a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo. Como tal recurso tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales, se ha visto aquí un apoyo legal en favor de la citada tesis, aunque el art. 53.2 hable de "cualquier ciudadano" como actor del recurso de amparo. Este argumento no es decisivo porque no es lo mismo ser titular de un derecho, que tener legitimación para recurrir en defensa de ese derecho, pues es posible la llamada legitimación por sustitución, que es precisamente la que poseen las personas jurídicas, en defensa de los derechos de las personas físicas que forman parte de ellas. Con ello se sigue cumpliendo el requisito del interés legítimo al que alude el art. 161, dado que es un concepto este último, lo suficientemente amplio como para incluir todo interés individual o social tutelado por el Derecho, indirectamente, con ocasión de la protección de un interés general. Las personas jurídicas pueden recurrir en amparo, en defensa de (y solamente) los derechos fundamentales.

Los derechos de los que se han ocupado preferentemente la Jurisprudencia son dos, recogidos ambos en el art. 18 CE: el derecho al honor y a la inviolabilidad del domicilio, como manifestación este último del derecho a la intimidad.

Derecho al honor

La cuestión del derecho al honor de las personas jurídicas ha sido objeto de interesantes pronunciamientos de los Tribunales de los que ya existen estudios especializados a los que me remito[153]. Me interesa destacar aquí que la polémica (y la gran mayoría de los asuntos que han llegado al TS o al TC) se ha levantado fundamentalmente en torno a la reputación de las sociedades mercantiles y la dignidad, prestigio o autoridad moral del Estado e instituciones públicas[154] y no tanto de las

[153] Por todos, *vid.* RODRIGUEZ GUITIAN, *cit.*.

[154] En cuanto al derecho al honor, la jurisprudencia partía en un principio del presupuesto de que las personas jurídicas tienen un honor que debe ser protegido, una integridad moral que debe ser tutelada, si bien "dentro de las características de su personalidad" STS de 28-4-1989 (RJ 19/3254). Esto lleva a preguntarnos qué debemos entender por honor en el caso de una persona jurídica. Existe una falta de uniformidad de criterios tanto en al jurisprudencia del TC, como en la del TS.

La STS de 2-3-1989 (RJ 1989/1748) entiende que las personas jurídicas no tienen honor sino prestigio, identificable con la buena fama de que se goza frente a los demás, prestigio que abarca sólo el aspecto externo del honor y su protección sería más débil. El problema se plantea en la colisión con la libertad de expresión, también protegida constitucionalmente, pues el prestigio -que no es derecho fundamental- constituye una barrera mucho más débil frente a ésta, que el honor, que es derecho fundamental. En consecuencia, si a una persona jurídica le reconocemos tan sólo prestigio, la libertad de expresión puede ejercerse frente a ella casi omnímodamente. Aceptando que no se pueda utilizar el cauce de la Ley de 26-12-1978, el modo práctico de proteger a la persona jurídica, sería la vía del art. 1902 del Código civil. De este modo el prestigio de que gozan tales personas pueden ser consideradas como un bien, susceptible de ser dañado y en consecuencia resarcido, por otro. Sin embargo la STS de 5-5-1988 (RJ 1988/3880), refiere a las personas jurídicas el término "honor" en un sentido mucho más amplio, pues acoge tanto el aspecto interno o de inmanencia (propia estimación, quebrantamiento del respeto que se debe a toda persona), como el externo o de trascendencia.

La STC 107/1988, de 8 de junio, dice:"...el derecho al honor tiene en nuestra CE un significado personalista en el sentido de que es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado,...respecto de las cuales es más correcto...emplear los términos de dignidad prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado por la CE como derecho fundamental. En este mismo sentido, las STC 51/1988, de 22 de febrero y STC 21/1989, de 3 de julio.

asociaciones sin ánimo de lucro, y de hecho no son muchas las sentencias que pueden encontrarse y las que hay tampoco son claros exponentes del derecho al honor de la asociación en sí.

En la STS de 24-10-1988 (RJ 1988/7635), la Asociación Española de Controladores Aereos solicita la defensa del honor de sus miembros, es decir, no de la asociación en sí misma, sino por sustitución procesal. Concurre en este caso la circunstancia de que, si bien no se da ningún problema por la sustitución procesal, el TS considera que no hay tal difamación[155].

Inviolabilidad del domicilio

Puesto que las asociaciones tienen domicilio, el mismo goza de inviolabilidad, pues como dice la STS de 21-11-1987 dice que "es cierto que la inviolabilidad del domicilio...protege por igual a las personas individuales y las jurídicas...las cuales tienen una cierta vida privada social". Los pronunciamientos jurisprudenciales así lo presuponen, sólo que en los casos concretos, las sentencias no aprecian tal vulneración de la inviolabilidad de domicilio porque los funcionarios actuantes se hallaban provistos del correspondiente mandamiento de entrada y registro expedido por el Juzgado de Instrucción. Así sucede entre otras en las STS de 13-1-1988 (RJ 1988/267) (Cont-adm, Sala 5ª); STS de 13-6-1990 (RJ 1990/4778) (Cont-adm, Sala

---

RODRIGUEZ GUITIAN opina que el derecho al honor se reconoce a todas y cada una de las personas jurídicas, cualquiera que sea su fin y estructura; no hay razón para la exclusión de la titularidad del honor de las sociedades mercantiles; *vid. op.cit.*, págs. 153 a 190, siendo el único caso dudoso el Estado e Instituciones Públicas, que gozan de una tutela específica según el Código Penal; *vid. op.cit.*, págs. 291 a 317.

[155] En ocasiones, las asociaciones interponen la demanda en protección del derecho al honor tampoco de la asociación en sí, sino de un colectivo sin personalidad jurídica, con el que están relacionadas, como en el caso resuelto por la STS de 26-5-1943 (RJ 1943/24), que acepta la legitimación de la Asociación de fabricantes de harina de Navarra, para actuar en defensa del honor de sus propios asociados (mejor dicho, de los productos de sus propios asociados) y también de aquellos fabricantes que no pertenecían a la misma. No obstante no se plantea ningún problema de reparto de indemnizaciones porque a lo único que se condena es a la inserción de la sentencia en un periódico durante tres días; más representativo y reciente es el supuesto del que conoce la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en el que son las asociaciones "Amical de Mauthausen", y "B'Nai B'Rith de España", las que demandan (y consiguen pues en las sentencia de la instancia que el TC confirma se aprecia un delito de injurias) la declaración del derecho al honor de un colectivo: el pueblo judío.

3ª, Sección 9ª); STS de 7-2-1996 (RJ 1996/999) (Cont-adm, Sala 3ª, Sección 6ª)[156].

El derecho a la inviolabilidad del domicilio ha de ser comprendido en el marco global del art. 18 CE, pues el bien protegido en última instancia en este artículo es la intimidad de la persona, intimidad que es predicable también respecto de las personas jurídicas[157], pues tiene derecho a controlar la información sobre sí mismas que le impida o dificulte la consecución del fin colectivo y permanente para el cual se creó[158].

Respecto a la libertad de *fijación de residencia*, reconocida en el art. 19. En este caso se parte de los presupuestos analizados al hablar de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Sin embargo esta libertad está más restringida para algunas de éstas. En el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, ni la Ley estatal ni la Ley vasca contienen limitación alguna a la libertad para la fijación del domicilio. Sólo en la Ley catalana reproduce una limitación semejante a la contenida por el art. 6 TRLSA para las sociedades anónimas, las cuales no pueden fijar su domicilio donde quieran, sino en el lugar donde radique el centro de su efectiva administración y dirección o el principal establecimiento y explotación. En efecto, la Ley catalana prevé que "1. *El domicilio de la asociación debe situarse en Cataluña, en el lugar donde tiene su sede central o bien lleva a cabo habitualmente sus principales actividades*. 2. *Si el domicilio registrado*

[156] Recogen estas sentencia una línea jurisprudencial representada por la STC 108/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984/108) y 22/1985, de 15 de septiembre (RTC 1985/22), y el Auto del mismo Tribunal de 3-12-1986, que ha sentado la doctrina de que la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador, no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezcan por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes; se pronuncian en idéntico sentido una reiterada doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las Sentencias de 24-11-1986 (RJ 1986/6369); 7-12-1987 (RJ 1987/6007), y 17-5-1990 (RJ 1990/4116), del Tribunal Supremo.

[157] Según FELIU REY, la inviolabilidad del domicilio en estos casos, podría ser la traducción del derecho a la intimidad cuando su titular es un ente colectivo, si bien con las peculiaridades propias de este tipo de personas; *vid*. FELIU REY, *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Tecnos, Madrid, 1990.

[158] DE LA HAZA OLIVER, en "Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas juridicas", *LL*, 1988/3.

no coincide con el que correspondería de acuerdo con el apartado 1, los terceros pueden considerar como domicilio cualquiera de ambos". No es casual esta nueva similitud con el nuevo régimen de las sociedades mercantiles, pues como vengo diciendo, esta Ley se inspira en la Propuesta de Estatuto de la Asociación Europea de 1993, que se caracteriza a su vez por una asunción de muchos de los principios inspiradores de aquel régimen.

Derecho a la intimidad y acceso a los datos de la asociación

Aunque la Constitución hable de "intimidad personal", es pensable una posible manifestación del derecho a la intimidad de las personas jurídicas, y en concreto de las asociaciones sin ánimo de lucro, en el ámbito de la publicidad que de los datos internos de la asociación realiza el Registro de Asociaciones.

Existen ciertos datos de la asociación que podrían ser utilizados por la Administración únicamente para el control interno de aquella, sin necesidad alguna de darles publicidad formal. Esta es la tesis, que sostiene DE LA MORENA, cuando distingue dos dimensiones en toda asociación: interna, o limitada a los socios, y externa o con proyección a terceros. La primera -supuesta la licitud de la asociación- está amparada por los principios de libertad y autonomía corporativas, sin que en su ámbito pueda entrar la Administración por vía de intervención o tutela, salvo en los supuestos de asociaciones que hayan recibido de ella algún beneficio (v.gr. las declaradas de utilidad pública)[159]. La dimensión externa tiene incidencia y proyección directa sobre terceros, entendiendo por tales a todos aquellos, que por razón de los fines que la asociación persigue, actividades que desarrolla o medios que utiliza, pueden entrar, real o eventualmente en contacto con ella: futuros socios, proveedores, o incluso otras asociaciones de análoga

[159] Y efectivamente, el párrafo 3º del art. 4º de la Ley de Asociaciones de 1964, establece que "*Antes del 1 de julio de cada año, las asociaciones declaradas de utilidad pública deberán rendir cuentas del ejercicio anterior, y presentar una memoria descriptiva de las actividades realizadas durante el mismo, ante el Ministerio de Justicia e Interior o la entidad u órgano público que hubiese verificado su constitución y autorizado su inscripción en el Registro correspondiente. Asimismo, deberán facilitar a las Administraciones Públicas los informes que éstas les requieran, en relación con los fines estatutarios y actividades realizadas en cumplimiento de sus fines*". Obligaciones estas que no se exigen a las asociaciones ordinarias.

denominación o finalidad con las que se planteen conflictos por coincidencia o competitividad de servicios o prestaciones. Según DE LA MORENA, sólo desde esta dimensión o proyección social de la asociación habrán de determinarse los datos de obligatoria mención registral, determinación que, una vez hecha, obligará a tenerlos en cuenta tanto a los promotores que redacten el acta de constitución y los Estatutos correspondientes, como a los encargados de su transcripción registral[160].

El problema de dilucidar qué tipo de datos realmente tienen interés para terceros, o el público en general, o en su caso, para la Administración, y qué datos forman parte de la "intimidad" de la asociación, está ya decidido por las Leyes. Dada la amplitud con que se interpreta actualmente el principio de publicidad y con que están concebidas las modernas leyes en otros ámbitos, -v.gr. las sociedades mercantiles- la mayoría de los datos que reflejan la vida de la asociación, parecen ser de interés para alguno de aquellos sujetos[161].

---

[160] DE LA MORENA, "El derecho de asociación...", *cit.*, pág. 16.

[161] Con matizaciones, tanto la Ley vasca como la Ley catalana, imponen la publicidad del contenido mínimo de los Estatutos previsto en el art. 3.2 de la Ley de Asociaciones de 1964 (desarrollado por el art. 7 del Decreto de 20 de mayo de 1965):
1º, "Denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras Asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones"; *vid.* art. 7.a) de la Ley vasca y art. 5.a) de la Ley catalana.
2º, "Fines determinados que se propone"; *vid.* art. 7.b) de la Ley vasca y art. 5.e) de la Ley catalana.
3º, "Domicilio principal, y en su caso, otros locales de la Asociación"; *vid.* art. 7.c) de la Ley vasca y art. 5.b) de la Ley catalana.
4º, "Ambito territorial de acción previsto para la actividad"; *vid.* art. 7.d) de la Ley vasca y art. 5.d) de la Ley catalana.
5º "Organos directivos y forma de administración"; *vid.* art. 7.e) de la Ley vasca. En este punto, la Ley catalana detalla los extremos que deben figurar en los Estatutos y en su caso ser objeto de publicidad: la estructura y competencias del órgano de gobierno, las condiciones de nombramiento y destitución de sus miembros y la duración de sus cargos (art. 5.i); la forma y requisitos para la convocatoria de la Asamblea general ordinaria y la extraordinaria y el modo de designar a la persona que ocupe la Presidencia y a la que ocupe la Secretaría (art. 5.j); las reglas según las cuales deben deliberar y tomar sus decisiones los órganos colegiados (art. 5.k)
6º "Procedimiento de admisión y pérdida de la cualidad de socio"; *vid.* art. 7.f) de la Ley vasca, que añade también la mención a las clases de socios y art. 5.) de la Ley catalana.
7º "Derechos y deberes de los mismos"; *vid.* art. 7.h) de la Ley vasca y art. 5.g) de la Ley catalana, que añade que han de especificarse los de cada tipo de socios
8º "Patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual"; *vid.* art. 7.i) de la Ley vasca y art. 5.m) de la Ley catalana, que habla simplemente de "régimen económico".
9º "Aplicación que haya de darse al patrimonio social en caso de disolución"; *vid.* art. 7.k) de la Ley vasca y art. 5.n) de la Ley catalana, ambas aluden a la lógica mención de las causas de disolución.

La publicidad de estos datos en ningún caso constituiría un atentado contra la intimidad de la asociación. Tampoco vulnera su intimidad el acuerdo de la Intervención General de la Administración del Estado, por el que se interesa la presentación de los extractos de cuentas bancarias y demás entidades financieras de una Asociación que recibe ayudas estatales, según la STS de 10-5-1986 (RJ 1986/2362) (Cont-adm, Sala 3ª)[162].

Otros derechos

La Ley vasca y catalana añaden la referencia al régimen disciplinario interno (art. 7.g) de la Ley vasca; art. 5.f) de la Ley catalana). La Ley catalana, en particular también prevé que deban consignarse los mecanismos de participación que garanticen los derechos y deberes de las personas voluntarias no asociadas (art. 5.h).

No sólo son objeto de publicidad los Estatutos y sus modificaciones (art. 7.1.j) de la Ley vasca y art. 5.l de la Ley catalana) -que no afectan a terceros mientras no se hayan inscrito (art. 7.3 del Decreto de 1965, art. 9.5.c) de la Ley catalana, y así debe interpretarse el art. 10.1.b) de la Ley vasca- sino también el acta de constitución (art.7.1.a) del Decreto de 1965; art. 10.1.a) de la Ley vasca; art. 9.5.a) de la Ley catalana), y otros extremos tales como la declaración de utilidad pública (art.7.1.c) del Decreto de 1965; art. 10.1.c) de la Ley vasca; art. 9.5.d) de la Ley catalana); y su disolución (art.7.1.d) del Decreto de 1965; art. 10.1.d) de la Ley vasca; art. 9.5.b) de la Ley catalana).

La Ley catalana prevé la publicidad de la declaración judicial de nulidad y el concurso de acreedores así como el nombramiento y separación de liquidadores (art. 9.5.b) y de la cancelación de oficio de la inscripción de las asociaciones inscritas que durante diez años no comuniquen renovación alguna de los miembros del órgano de gobierno (art. 9.5.e).

No obstante, es en el art. 7.4 de la PREAE, donde la exigencia de publicidad llega a sus máximas cotas, pues se exige la garantía de la publicidad de múltiples extremos: aparte de los clásicos -los Estatutos y sus modificaciones, la creación o cierre de cada establecimiento, disolución, liquidación o declaración de nulidad de la asociación-, otros como el balance y cuenta de pérdidas y ganancias o en materia de órganos, la previsión detallada de aquellos que tengan poder para obligar a la asociación, para representarla en juicio, los que participan en la administración y en su caso, en la vigilancia o el control de la asociación; el proyecto de cambio de domicilio. El modo en que esta publicidad se lleve a cabo se deja a elección de cada Estado.

[162] A la Intervención de la Administración General del Estado, con base en el Decreto 1124/1978 de 12 de mayo, dictado de acuerdo con lo preceptuado en la Ley General Presupuestaria de 4-1-1977, corresponde, entre otras, la función de control financiero, que afectará también a las sociedades mercantiles, empresas, entidades y particulares por razón de las subvenciones, créditos avales y demás ayudas del Estado o de sus Organismos autónomos o de otro modo concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La asociación recibe ayudas de diversos organismos estatales y autonómicos, sobre cuyo correcto destino se suscitan dudas, especialmente tras una inspección del Ministerio de Educación y Ciencia, limitada a las materias de la competencia de ese Ministerio, que recomienda "una auditoría por algún organismo con competencia suficiente y total para abarcar todas las ramas por las que percibe ingresos Afandel", y es indudable el interés colectivo que conlleva la adecuada aplicación de los caudales públicos.

El derecho a establecer un ideario educativo se inserta en el artículo referido a la *libertad de enseñanza*. Con esta rúbrica se comprende el derecho a la enseñanza, la libertad de cátedra, y la de creación de centros docentes. Esta última se le atribuye expresamente a las personas jurídicas en el art. 27. 6 CE, pues precisamente son ellas las que en la práctica crean tales centros y no las personas individuales. Las dos primeras parecen reservadas a la persona individual, pues se refieren al derecho a recibir enseñanza, y a elegirla por parte de los padres, en el primero de los aspectos, y la libertad de cátedra es ejercitada por personas físicas individualmente consideradas.

En cuanto a la *libertad de expresión* del art. 20.1 a), la vida real nos muestra muchos ejemplos que apoyan una respuesta afirmativa a su atribución; el manifiesto de un partido político, un comunicado de una asociación, etc., no se atribuyen a una persona concreta, ni siquiera a su redactor material, sino a la persona colectiva. Pero es que además, existen datos jurídico positivos que lo confirman; así el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo del derecho de rectificación dispone que "*Toda persona natural o jurídica tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Podrán ejercitar el derecho de rectificación, el perjudicado aludido o su representante...*".

Gozan claramente, del derecho a la *tutela judicial efectiva* del art. 24 de la Constitución, que ha sido reconocido a las personas jurídicas en muchas sentencias tanto del TC, como del TS. La STS de 14-2-1994, ya citada, lo reconoce incluso al propio Ministerio Fiscal, que la considera vulnerada en el desarrollo de un proceso.

III.C.EXTENSIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EN CONCRETO DE LA ASOCIACIÓN: RELACIÓN CON LAS TEORÍAS SOBRE LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE LAS PERSONAS

JURÍDICAS. LA VALIDEZ DE LOS ACTOS *ULTRAVIRES*Planteamiento general

La extensión de la capacidad de las personas jurídicas es concebida de modo diverso en función de la posición que se adopte respecto a la naturaleza de las personas jurídicas.

El propio TS, transcribiendo casi textualmente palabras de FERRARA, dice en la sentencia de 5-11-1959 (RJ 1959/4711) , que "...las prevenciones teóricas sobre el concepto de personalidad repercuten también en el terreno práctico en materia de capacidad...", aunque más adelante reconoce que

> "(E)n último extremo, la cuestión de capacidad, aunque dependa de supuestos teóricos, se reduce siempre a una cuestión de Derecho positivo, pues siendo la personalidad una forma jurídica dada por el Derecho objetivo, que hay que probar concretamente, en cuanto ésta haya sido reconocida y atribuida en el acto de reconocimiento, juicio de naturaleza técnico positiva, es variable de legislación a legislación"[163].

En la actualidad esta cuestión se ha suscitado especialmente en torno a las sociedades de capitales, y por ello será forzoso referirme a ellas, para posteriormente plantear la cuestión en las asociaciones sin ánimo de lucro. La cuestión presenta una indudable trascendencia práctica, pues si la capacidad es limitada se planteará el problema de la validez de los actos realizados sin tal capacidad.

Pasemos a ver las dos posiciones doctrinales y legislativas que se han definido en esta cuestión.

[163] Mencionado en todas las exposiciones doctrinales sobre capacidad de las personas jurídicas, el supuesto litigioso consistió en un arrendamiento concertado entre dos sociedades anónimas, siendo el objeto social de una de ellas la construcción de casas baratas. Ante la falta de pago de alquileres, la sociedad arrendadora los reclama judicialmente, oponiendo la arrendataria, entre otras razones, la nulidad del contrato porque aquélla carecía de capacidad, según sus Estatutos. Pero la demandada "conocía la capacidad -dice el TS- de la entidad arrendadora o pudo conocerla en todo momento y que la proclamaba su propia denominación social (La Vivienda Económica, S.A.)". La sentencia falla a favor de la entidad arrendadora demandante, basándose en que la demandada conocía o pudo haber conocido el objeto social de aquélla.

III.C.1. Principio de especialidad en materia de capacidad: el Derecho francés

Como resume la STS de 5-11-1959,

> "...todas las direcciones doctrinales que ven en las personas jurídicas seres ficticios o artificiales, tienen la tendencia a restringir la capacidad de ellas, o admitirla dentro de estrechos límites o sólo en el campo patrimonial, siguiendo incluso el Derecho francés y angloamericano el principio de especialidad según el cual la persona jurídica recibe de la ley sólo la capacidad necesaria para alcanzar su fin, pero nada más de aquello que le es conferido en el acto de incorporación, pues se considera que las personas jurídicas tienen una misión determinada..."

En efecto, los partidarios de la teoría de la ficción adoptan este principio de especialidad en materia de capacidad: la capacidad está delimitada por el fin para el que fue constituida la persona jurídica. El fundamento está en que el reconocimiento que el Estado realiza respecto de la persona jurídica, está en función del fin perseguido. Esto podría llevar a afirmar que cada asociación tiene una capacidad funcional determinada.

Así como el principio de especialidad en materia de capacidad es completamente extraño al hombre, por contra, es esencial en el caso de las personas jurídicas, y especialmente, según esta teoría, en el caso de las asociaciones que estudiamos. El derecho subjetivo, en este caso, no puede ponerse a disposición de los órganos de una persona jurídica de una manera tan completa como en el ser físico: el derecho subjetivo que se reconoce y protege a tales entes, tiene por única razón de ser, servir al fin que está ínsito en la idea organizadora, directriz, que dio lugar a su creación. En el caso de la asociación tal idea, tal fin, es un fin común para todos sus miembros -precisamente por eso se asocian- pero no constituye el fin único ni omnicomprensivo de cada una de las personas que están integradas en la asociación. Ninguna asociación absorbe por entero la vida individual de sus miembros, sino que se propone

cubrir una de las necesidades o uno de los intereses comunes a sus componentes.

De todo ello se deduce que en la asociación, como en toda persona jurídica, se da el principio cuasi-inverso al de la persona física: no es que pueda hacer todo aquello que la ley no le prohiba, sino que sólo puede hacer aquello que entra dentro de la finalidad que persigue (incluso podría decirse que sólo puede hacer aquello que la ley le "concede" realizar). El reconocimiento que la autoridad administrativa hace de ella significa la adquisición de personalidad jurídica y en consecuencia de capacidad jurídica: podrá gozar de los mismos derechos que un particular para adquirir bienes, conservar su posesión, usufructuar propiedades ajenas, adquirir por donación, legado o testamento, crear obligaciones, etc., dentro de los límites determinados por su fin y su objeto. La sanción del acto que no responda al fin de la asociación, que implica por ello la falta de capacidad de la asociación sí, debería ser la nulidad del acto. Nulidad que debería ser declarada judicialmente a instancia de parte interesada. De algún modo, el límite de su actividad es constitutivo de su ser como persona jurídica. Pero lo es por su origen, por lo que le dio el ser: el principio o la idea organizadora[164].

El Código civil chileno, de 1855, que como es sabido, fue el primero que contuvo un título sobre personas jurídicas, inspirado en la teoría de la ficción[165], acoge el principio de especialidad hasta sus últimas consecuencias, pues en el segundo párrafo del art. 559, se dice que aquéllas

> "*...pueden ser disueltas por ella, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si ...no corresponden al objeto de su institución*"

[164] Esta explicación de la teoría de la ficción aplicada al punto de la capacidad, la he extraído de FERRARA, *op.cit.*, págs. 779 y ss., aunque este autor sigue otra tesis y de CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General*, *...cit.*, págs. 489 y 490.

[165] Así lo reconoce GUTIERREZ ALBORNOZ, *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963, pág. 29. Rige un sistema de concesión, para cuya regulación existe un Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, que atañe a aspectos de orden administrativo.

En el Derecho francés, el "principio de especialidad" casa con el principio general de limitación de la capacidad jurídica propio del Derecho francés de asociaciones. Ahora bien, esta limitada capacidad no es fruto de postulados teóricos neutros, sino que tiene unos fundamentos ideológicos y doctrinales, que toman especial cuerpo en la Revolución Francesa, de rechazo de los entes colectivos, especialmente a los gremios y corporaciones, que aparecían, como explica BARDOUT, como una fractura dentro de la unidad nacional y suponían la protección, en detrimento de la mayoría, de los privilegios de unos pocos; el rechazo de los entes intermedios se explica por el temor a la reconstitución de la mano muerta[166]. Por ello, a pesar de que la simple aprobación de una Ley de Asociaciones doce años más tarde supone un logro, la capacidad de las mismas es muy restringida. Como explica HAURIOU, existe una "personalidad dosificada en su capacidad", según las categorías corporativas: existe la pequeña, la media y la plena personalidad[167]. Así, según la Ley de 1901, actualmente vigente, las asociaciones simplemente declaradas ante la Prefectura[168], sólo pueden adquirir, poseer y administrar el local destinado a la administración de la asociación y a la reunión de sus miembros, y los inmuebles estrictamente necesarios para el cumplimiento de su fin (art. 6º). Además, en principio, no pueden adquirir bienes a título gratuito, aunque sí recibir aportaciones. Por todas estas limitaciones, se habla efectivamente de una "*petite personnalité*", o de una "reducida personalidad moral". Aunque esta capacidad de goce es muy limitada, lo que sí tienen es capacidad procesal, que les permite contender en nombre propio. A esto hay que sumar todas las

[166] BARDOUT, *op. cit.*, pág. 63.

[167] HAURIOU, *Principios ...cit.*, pág. 523 y 524.

[168] El art. 2º de la Ley de 1901, proclama expresamente la libertad para formar una asociación sin autorización ni declaración previa. Pero si esta declaración parece liberal, acto seguido queda limitada, pues las asociaciones no gozan de capacidad jurídica, sino cumpliendo con lo previsto en el art. 5º: una declaración pública de las mismas por solicitud sus fundadores, ante la Prefectura del departamento donde la asociación tenga su sede social. Tal declaración no supone facultad de autorización alguna, sino que es una medida a los sólo efectos de publicidad. También han de declarar todos los cambios que se produzcan a lo largo de su funcionamiento, en la dirección o administración, y por supuesto en sus estatutos. Sin esta declaración, no serán oponibles a terceros.

consecuencias de la personalidad: derecho al nombre, a la nacionalidad, al honor y a su defensa judicial, siempre que no se vaya más allá del interés exclusivo de la persona moral.

Para poder gozar de una "*grande personnalité*", es necesario el reconocimiento de las asociaciones como de utilidad pública según las disposiciones del título II (arts. 10º y 11º). El reconocimiento lo efectúa el Consejo de Estado tras haber practicado una investigación administrativa acerca de su antigüedad, utilidad y recursos. Estas asociaciones, según el art. 6 pueden recibir toda clase de donaciones y legados, pero no pueden conservar la propiedad de los inmuebles, salvo de los que sean precisos para su normal funcionamiento, y los bosques, o poblados de árboles, que el art. 11 les permite adquirir tanto a título oneroso como gratuito. En los demás casos los inmuebles que reciba, deben ser enajenados, y lo obtenido con la venta, pasará a acrecentar sus recursos. Pueden poseer valores mobiliarios, pero han de adoptar la forma de títulos nominativos, según el art. 11 de la Ley, reformada en este punto, en 1987. Pueden aceptar por sí mismas las donaciones manuales y las que provengan de establecimientos de utilidad pública pero para el resto, necesitan obtener autorización administrativa. Si al producto de esa liberalidad no se le da el destino indicado en el Decreto, puede ser retirada esta autorización mediante un nuevo Decreto.

Sentado el principio de limitación de capacidad en materia de asociaciones, hay que advertir que la doctrina francesa, entiende que la extensión del objeto determina la extensión de la capacidad jurídica de la persona jurídica y en concreto de la asociación. En virtud del principio de "especialidad estatutaria" de las personas jurídicas[169], las asociaciones, según BRICHET, no pueden más que realizar los actos que entran del objeto social o que favorecen la realización del fin porque los otros actos no están "cubiertos" por la personalidad jurídica de la asociación; la infracción de este principio entraña la nulidad del acto no amparado por la capacidad jurídica de la asociación[170].

[169] Que es aplicable también a las sociedades; *vid. Lamy Sociétés commerciales*, 1988, nº 632.

[170] BRICHET, *Associations et syndicats...cit.*, pág. 277 y 280, págs. 120 y 122 respectivamente.

De ahí la que la redacción de la cláusula estatutaria relativa al objeto sea decisiva, porque una descripción muy precisa puede restringir mucho a su vez, la capacidad de la asociación. Por lo que es aconsejable la redacción en los términos lo más amplios posibles pero sin caer en la indefinición. Este principio de especialidad juega un papel importante de protección de los socios frente a los actos de los administradores que queden fuera de ese objeto social.

Por otra parte, la Ordenanza nº86-1243, de 1-12-1986, dice en su art. 37, que ninguna asociación puede de forma habitual, ofrecer productos a la venta, venderlos o prestar sus servicios, en suma, ejercitar una actividad comercial, si estas actividades no están previstas por sus estatutos. El hecho de ejercerlas, si no están previstos constituye infracción penal por competencia desleal[171]. Ello tiene por objeto la protección de la competencia, evitando que la asociación se sirva de su estatuto privilegiado sin asumir las obligaciones propias del comerciante. Se trata de una medida dentro del marco de la lucha contra la "*para-commercialité*", a la que me refiero en el capítulo 3. Para poder ejercer tales actividades económicas, basta con que las haya previsto en los Estatutos, y por consiguiente, dotadas de tal publicidad, sea más fácil imponer y controlar el cumplimiento de las consiguientes obligaciones.

En suma, en Derecho francés se acoge el principio de especialidad estatutaria. En las asociaciones adquiere el matiz de que la limitación se da

-*ex lege* para todas las asociaciones en general

-y además, para cada asociación, por la extensión de su concreto objeto, según la redacción de la cláusulas estatutarias.

III.C.2. Teoría de la realidad. El principio general de capacidad del Derecho alemán

Retomando la explicación que aporta la STS 5-11-1959, encontramos que las doctrinas realistas atribuyen a las personas jurídicas una capacidad plena, similar en cuanto es posible a la

[171] En este sentido, *vid. Cass.crim.* 10-6-1991, Dalloz, 1991, info. rap. 228.

de los hombres que la constituyen, que se desarrolla no sólo en el campo patrimonial sino en todo el Derecho privado, relaciones personales de *status*, de Derecho público y, además, responsabilidad por actos ilícitos, sean de naturaleza civil o penal. Esto es, si se acepta la realidad de las personas jurídicas, la capacidad de las personas jurídicas es completa; sólo se excluyen aquellas relaciones y actos incompatibles con su naturaleza, tales como las relaciones familiares.

Así, FERRARA afirma que las personas jurídicas gozan de una capacidad general que trasciende la esfera del patrimonio y penetra en el derecho personal y en el derecho público, salvo las limitaciones impuestas por el derecho objetivo o que nacen de la naturaleza de las relaciones. En torno a la medida de esta capacidad, hay fundamentalmente una parificación entre personas físicas y jurídicas, esto es, la ley da por principio a los entes morales una capacidad correspondiente a la de los individuos. Coherentemente con el principio de la realidad, no acepta el de la especialidad, sino que afirma que las personas jurídicas son reales y capaces, aun cuando trasciendan su fin; esto podrá conducir a tutelas o reacciones internas, pero no puede hacer desaparecer su cualidad de sujetos[172].

Este sistema de capacidad general es el seguido por el Derecho alemán que no prevé ninguna limitación en la capacidad de las personas jurídicas en general, ni de las asociaciones. La amplitud de la capacidad se pone de manifiesto en el tratamiento de los actos *ultravires.* En efecto, centrándonos en las asociaciones sin ánimo de lucro, el § 57 BGB dispone que en los Estatutos de las asociaciones sin ánimo de lucro se fije el objeto. Por otra parte, el consejo de dirección es el representante legal de la asociación. Si los Estatutos no prevén ninguna restricción a su poder de representación, tal y como prevé el §26.2.2 BGB, puede aquél, representar válidamente a la asociación frente a terceros aunque sobrepase los poderes de que se le han dotado en el plano interno, e *incluso aunque se trate*

[172] FERRARA, *op.cit.*, págs. 780 y 781.

de un acto contrario a los Estatutos[173]. Sin embargo, la Jurisprudencia ha declarado que esta separación entre el poder de representación y el poder de gestión se pierde (y en consecuencia, no queda obligada la asociación), cuando aparece de manera indubitada que el tercero que contrata con el "representante" sabía que éste faltaba a sus compromisos. En este caso el poder de representación existe, pero el tercero co-contratante no lo puede invocar como lo exige la buena fe (§242)[174].

III.C.3. La extensión de la capacidad de las personas jurídicas y en concreto de la asociación, en Derecho español

Planteamiento de la cuestión

La atribución en abstracto a las personas jurídicas de la capacidad jurídica se encuentra en los arts. 37 y 38 del Código civil[175]. A la vista de los mismos, gran parte de la doctrina entiende que las personas jurídicas gozan de una capacidad general: CASTAN TOBEÑAS[176], LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO[177], CAFFARENA LAPORTA[178], LASARTE

---

[173] Sobre la amplia interpretación que los Tribunales están realizando del §26.2.2, ; *vid.* REUTER, *Münchener Kommentar...cit.*, § 26, nº 14 y jurisprudencia allí citada.

[174] Vid. las sentencias del *Bundesgerichtshof*, en este sentido recogidas en *ZIP* (*Insolvenzrecht, Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis*), 1988, nº 847 y 849.

[175] Art. 37 del Código civil: "*La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las Leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario*"

Art. 38: "*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las Leyes y reglas de su constitución.*

La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las Leyes especiales".

[176] CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español*...tomo I-vol. 2º, *cit.*, (ed. de 1987), págs. 454 y 455, donde tras exponer las diversas doctrinas se adhiere claramente a la tesis realista. Sin embargo, afirma que el reconocimiento de personalidad jurídica y capacidad, ha de entenderse supeditado al establecimiento de sus fines, de acuerdo con las nuevas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, respecto a la instrumentalidad de la persona jurídica; *ibídem*, pág. 461.

[177] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, págs. 269 a 271.

[178] CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios del Código Civil*,...tomo I, *cit.*, pág. 243.

ALVAREZ[179], PUIG i FERRIOL[180], entre otros. La jurisprudencia ha tenido pronunciamientos muy claros como la STS de 5-11-1959

> "en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general; por consiguiente, en una esfera que va más allá de las relaciones económicas y se extiende a todo campo salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de sustrato físico"

Este principio general de capacidad alcanza a todas las relaciones jurídicas de Derecho privado, salvo aquellas que presuponen la naturaleza humana, y tiene en cuenta que hay modificaciones al mismo que vienen dadas por disposiciones legales imperativas (v.gr. todos aquellos actos para los que la Ley exige autorización del juez).

La divergencia se plantea, en primer lugar, en torno a cuál es el papel de la autonomía de la voluntad en materia de capacidad, y en concreto, en el tema que nos ocupa, dado que el art. 37, dice que "*La capacidad civil ... de las asociaciones (se regulará) por sus estatutos*", hemos de preguntarnos si se puede configurar por estatutos la capacidad jurídica de la asociación. Como vimos en el capítulo correspondiente, la función principal de los Estatutos es la regulación del régimen jurídico, que entre otros aspectos se refiere a la capacidad de la asociación y de hecho, la Jurisprudencia anterior a la Ley de Asociaciones de 1964, destaca *su consideración como medida de la capacidad jurídica de la asociación*. Es la Jurisprudencia, la que, desde la promulgación del art. 37 del Código civil, confirmó siempre en su aplicación interpretativa, que la capacidad de las asociaciones se rige por sus estatutos, lo cual fue ratificado después en sus características y alcance por el art. 6.1 de la Ley

[179] LASARTE ALVAREZ afirma que la capacidad de las personas jurídicas es tendencialmente general y sólo debe verse limitada cuando una norma legal así lo disponga o cuando una determinada posición jurídica quede reservada en exclusiva a las personas naturales; *vid.* LASARTE ALVAREZ, *Principios* ...tomo I, *cit.*, pág. 349.

[180] PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, págs. 376.

de Asociaciones, *en el sentido de que las actuaciones y acuerdos contrarios a Estatutos podrán ser suspendidos o anulados a instancia de parte por la autoridad judicial*.

Ha de tenerse en cuenta, en segundo lugar, que la configuración de la capacidad se muestra de modo particular en la fijación del fin. Es ya clásico el debate acerca de si el fin para el que se constituye la organización, y sobre todo, las actividades a realizar en orden a la consecución de dicho fin (el objeto), ambos plasmados en los Estatutos, suponen una limitación general a la capacidad de la persona jurídica de que se trate, y en concreto si vinculan a la persona jurídica los actos realizados con extralimitación del marco fijado por el fin y la naturaleza de las actividades objeto de la organización. Veremos como se alinean las posturas en relación a la persona jurídica en general, y a la asociación.

Posición de la doctrina civil

A principios de siglo, decía LOUZAO, que dado que la finalidad de las personas jurídicas es más limitada que la de las personas físicas, pues aquéllas suelen comprender uno solo de los órdenes de la actividad humana, "no pueden propasarse del objeto a que tienden, teniendo por tanto una limitación en su mismo fin"[181].

La opinión dominante actual, sin embargo, es que aun habiéndose fijado por sus fundadores el fin y el objeto de la persona jurídica en sus estatutos, esto no significa necesariamente la voluntad de limitar su capacidad al ámbito de dicho fin. Es precisamente la primera postura que voy a exponer.

a) Primera postura: no se puede modificar ni configurar la capacidad, sino en todo caso, la legitimación de los órganos o representantes de la persona jurídica

Las cuestiones de capacidad jurídica, según esta corriente, están fuera de la autonomía de los particulares (argumento *ex*

[181] Lo dicho atiende más bien a la capacidad. LOUZAO, "Las personas jurídicas", *cit*., pág. 242.

art. 10 y 14 de la Constitución), de modo que los particulares no pueden fijar arbitrariamente la capacidad jurídica de la entidad. Esta postura, defendida por PEREZ GONZALEZ y ALGUER[182], y actualmente, por PUIG i FERRIOL, que atribuye al art. 37 el único alcance de determinar el momento a partir del cual las asociaciones adquieren personalidad jurídica y capacidad jurídica[183] y por MARIN LOPEZ[184].

PUIG i FERRIOL, explica que no se está aquí ante un problema de capacidad -jurídica o de obrar- sino ante un problema de legitimación. Es decir, que los órganos de actuación de la persona jurídica, no pueden actuar más allá de las facultades que les vienen conferidas, no sólo por el objeto o finalidad de la persona jurídica, sino también por las normas rectoras de la misma, que normalmente suelen precisar qué actos pueden realizar los respectivos órganos de gestión[185].

A todo ello hay que añadir que la imposibilidad de modificar la capacidad general de la persona se justifica por ser la postura más favorable al tráfico y que tiene a su favor el paralelo con la persona física; el sentido que ha de darse al art. 37, es que se refiere a la capacidad de obrar, de modo que afectaría a los órganos de la asociación, pero no al ente en sí[186]. Como explica LACRUZ BERDEJO, son las posibilidades concretas de actuar de los gestores de cada persona jurídica las que pueden hallarse limitadas; no la capacidad de la persona misma, puesto que los socios, con la mayoría precisa, pueden levantar las prohibiciones o revalidar los actos contrarios al fin social[187].

---

[182] PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en anotaciones a ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil*, tomo 1, vol. I, *cit.*, §98, pág. 455. En consecuencia, mediante estatutos no se puede limitar la responsabilidad de la persona jurídica, puesto que es materia de orden público, *ibídem*, §103, pág. 489.

[183] PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, pág. 376.

[184] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, pág. 208.

[185] PUIG i FERRIOL, *Manual*...I, *cit.*, págs. 376 y 377.

[186] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 271.

[187] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 272.

La aludida sentencia de 5-11-1959, así lo entiende, pues afirma que

> "el fin de ellas (las personas jurídicas) no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluir que las persona jurídicas son reales y capaces, aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa, y en su caso, a la responsabilidad de los órganos".

De seguirse esta tesis, la persona jurídica sí que podría realizar actos ajenos a su objeto social si toma el acuerdo en la forma correspondiente. Pero el órgano sólo vinculará a la personas jurídica si actúa dentro de las facultades que le han sido conferidas, de modo que el acto *ultravires* es anulable a instancias de la otra parte contratante y por la propia persona jurídica, siempre que no resulte protegido un tercero de buena fe; también es, lógicamente, ratificable, por la propia persona jurídica antes de que la otra parte lo haya anulado.

b) Segunda postura: la capacidad puede configurarse en los Estatutos

Tan clara es esta posibilidad de regular la capacidad, que CAPILLA RONCERO sostiene que en nuestro Derecho *no existe ninguna regla general de capacidad de las personas jurídicas*, sino que de la lectura conjunta de los arts. 37 y 38 del Código civil, se desprende que la capacidad de cada persona jurídica viene fijada caso por caso. Habrá de atenderse a la regulación legal (que puede excluir ciertos actos o titularidades para determinados tipos de persona jurídica) y a las reglas de constitución, que podrían, en consecuencia, alterar la regulación legal. En el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, estas reglas vendrían recogidas en el acta de constitución y en los Estatutos.

Son varios los extremos de la capacidad, según este autor, que pueden modularse en el acto constitutivo:

-la naturaleza de las actividades a desempeñar por la organización

-el procedimiento de adopción de decisiones y realización de actos eficaces para la persona jurídica.

Según la tesis de CAPILLA, los actos realizados fuera del objeto social se someten al régimen de ineficacia del art. 1259 del Código civil. Teniendo en cuenta, asimismo, que el tercero de buena fe que contrató con el gestor que se extralimitó del objeto social, queda protegido y el acto se mantiene, con independencia de que luego se exijan responsabilidades por la vía interna[188].

DIEZ-PICAZO y GULLON constatan que el propio art. 38 del Código civil que contiene el principio de capacidad general, acaba diciendo que ésta debe entenderse "*conforme a las leyes y reglas de su constitución*", de modo que se puede modificar o restringir, además de señalar el modo en que pueden actuarla, y el art. 37 es una concreción a la excepción que a la regla general de capacidad establece el posterior art. 38. Pero a su vez, reconocen (citando además la repetida STS 5-11-1959) que a la pregunta acerca de si el fin de la persona jurídica constituye un límite para su capacidad, la respuesta negativa es la más favorable para los tercero, los cuales no deben tener la carga de comprobar (lo que en muchas ocasiones sería imposible) si cuando contratan con la persona jurídica actúa ésta dentro de su objeto[189].

En definitiva, como resume CAFFARENA LAPORTA, aunque existan límites para la capacidad, siempre han de

[188] Junto a la concreción en los Estatutos de las actividades que forman parte del objeto social, se halla, por lo general, una distribución de competencias entre el órgano deliberante, -normalmente llamado Asamblea general- y el órgano ejecutivo o de gobierno -por lo general, denominado Junta directiva-. Al órgano de gobierno corresponde la gestión y representación de los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directrices de la Asamblea general. Todo lo dicho en el texto aparece en CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General, ...cit.*, págs. 489 y 490, y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol 3º, *cit.*, págs. 867 a 869. Lo que no termina de aclarar es si la persona jurídica puede acordar la realización de un acto ajeno al objeto social o si para ello -ésta debería ser la respuesta lógica- habría de reformare los Estatutos.

[189] DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit.*, págs. 608 y 609. En el mismo sentido, GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil*, *cit.*, pág. 83, que aclara que lo que no se puede hacer es ampliar la capacidad conferida por la Ley.

quedar protegidos los terceros de buena fe que ignorasen aquéllos[190].

Aunque se parta de presupuestos teóricos distintos, ambas posturas llegan, sobre la base de la protección a los terceros, al mismo resultado práctico: los actos realizados fuera del objeto social y los realizados fuera las facultades de los órganos, no son nulos de pleno derecho sino anulables y en todo caso si hay terceros de buena fe, deben quedar protegidos.

Posición de la doctrina mercantil

El valor del fin y el objeto de la persona jurídica como límite *ad intra* y especialmente *ad extra* de las facultades de los representantes, y en definitiva, de la capacidad de la asociaciones una cuestión ampliamente debatida por los mercantilistas pues se plantea especialmente en las sociedades de capital y por ello me parece ilustrativo traer aquí una síntesis de las dos posturas definidas en la doctrina mercantil, paralelas a las posturas citadas en el ámbito civil[191] :

1) la postura -inspirada en el Derecho alemán- que considera que el fin social en ningún caso ha de limitar las posibles actividades de la persona jurídica y en definitiva, su capacidad. De este modo, la determinación del objeto de la persona jurídica sólo plantea un problema de "legitimación" de las personas físicas que hayan de actuar en nombre de la misma,

---

[190] CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios del Código Civil*,...tomo I, *cit*., pág. 242.

[191] *Vid*. como interesante recopilación de materiales y posturas al respecto, ESTEBAN VELASCO, "La representación de la sociedad frente a terceros", en *Estudios y textos de Derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea* (dir. GIRON TENA), Madrid, 1978, págs. 275 y ss.; ROLDAN RODRIGUEZ, "El objeto social en las sociedades anónimas: los actos ultra vires y su calificación registral", *RCDI*, nº 606, págs. 1987 y ss.; con posterioridad a la reforma del Derecho de sociedades en aplicación de las directivas comunitarias, *vid*. POLO, "Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima", en el vol. col. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URIA, MENENDEZ y OLIVENCIA), Civitas, Madrid, 1992, págs. 48 y ss.; SANCHEZ CALERO, "Administradores", en *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (dir. SANCHEZ CALERO), tomo IV, Edersa, Madrid, 1993, pág. 117; MALO CONCEPCION, "De nuevo sobre el objeto social y las facultades de los administradores: un comentario a las Resoluciones de 1 de septiembre y 8 de junio de 1992", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre 1993, págs. 235 y ss.; ESTEBAN VELASCO, "La estructura orgánica de la sociedad", *Revista de Sociedades*, Aranzadi, Madrid, 1994, número extraordinario, págs. 394 y ss.; SANCHEZ RUS, "El objeto social y poder de representación en la Sociedad Anónima", *RCDI*, nº 628, mayo-junio 1995.

de posibilidades concretas de actuación de los gestores (problema que por su parte se solventará a nivel interno a través de la pertinente acción de responsabilidad). La capacidad jurídica es un *prius* con respecto a la legitimación de los órganos de actuación de la persona jurídica. El acto realizado fuera las facultades que se le hayan otorgado y fuera del objeto social, es simplemente anulable y en consecuencia, también convalidable.

Esta postura es la acogida por las RRDGRN 24-2-1923, la de 2-2-1966 -que admitió una donación de un inmueble por una sociedad mercantil- y la de 1-7-76 que sintetiza "el objeto social no limita la capacidad de la sociedad sino sólo la esfera de actuación de los administradores"[192].

2) La postura contraria dice que el objeto social sí que determina el ámbito de actuación, de modo que como dice la RDGRN 2-10-1981, "en la legislación española cabe a las partes contender y discutir ante los Tribunales acerca de si el acto por escapar del objeto social debe declarase nulo". Lo que sucede es que el concepto "objeto social", se interpreta de modo amplio para comprender todas las actividades de posible realización por el órgano, *aunque no estén expresamente citadas en los Estatutos*, siempre que vayan dirigidas a la consecución de la finalidad del objeto social. Esta interpretación amplia ya había sido reflejada en diversas resoluciones y sentencias que, en definitiva, reconocen que las facultades del administrador se ciñen, no al objeto descrito en los Estatutos, sino, como mínimo, a los actos que estén comprendidos dentro del giro o tráfico de la empresa, y en concreto:

a) los actos de desarrollo o ejecución del objeto, sea de forma directa o indirecta

b) los actos complementarios o auxiliares para ello

c) los actos neutros o polivalentes (RDGRN 2-10-1981 y 12-5-1989)

[192] Por otra parte, esta postura respecto al poder de representación, también se ha plasmado en la *Companies Act* británica de 1989, que rompiendo una tradición centenaria, ha procedido a la virtual abolición de la regla *ultra vires*.

d) los actos aparentemente no conectados con el objeto social (SSTS 14-5-1984 y 24-11-1989 y RRDGRN 1-7-1976 y 31-3-1986)

La interpretación amplia del objeto, a la vista del art. 76 de la LSA de 1951, llega incluso a considerar que quedan excluidos *no los actos ajenos al objeto social*, sino como dice la propia RDGRN 2-10-1981 *los actos claramente contrarios a él*, "...salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social habrá de procederse en principio a su inscripción"[193].

El estado actual de la doctrina y la Jurisprudencia sobre la validez de los actos ajenos al objeto, gira en torno a la interpretación de la nueva legislación en materia de sociedades adaptada a las directivas comunitarias y en concreto, a los art. 129.2 TRLSA y, con idéntico texto, el art. 63.2 LSRL, que prevén que

> "*La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no esta comprendido en el objeto social*"

En estas normas, se impuso, según RUANO BORRELLA, la doctrina alemana de la tipicidad e ilimitabilidad del poder, así como la conciencia jurídica que anteponía los intereses de la seguridad del tráfico y los terceros de buena fe a la seguridad jurídica y a los intereses sociales, individuales y corporativos. Sin olvidar que la buena fe se tercero se presume siempre. Por tanto, en nuestro Derecho, a la sociedad sólo le quedará respecto a los actos realizados por los Administradores fuera

---

[193] En este caso, los Estatutos sociales señalaban como objeto exclusivo de la sociedad la adquisición o construcción de fincas y accidentalmente, enajenar inmuebles por simple acuerdo de la Junta general. El Consejero-delegado de la sociedad había constituido hipoteca en garantía de deuda ajena, lo cual no estaba incluido en los Estatutos. La DGRN, lo consideró un defecto subsanable y exigió autorización de la Junta *a posteriori*, porque lo consideró incluido en el objeto social, "dado que la hipoteca envuelve una posible enajenación forzosa".

Esta amplitud, así como la clasificación citada es recogida por la RDGRN 11-11-1991. Un interesante comentario de cada una de estas categorías con citas de la doctrina más autorizada puede encontrarse en AVILA DE LA TORRE, "Delimitación del ámbito del poder de representación de los administradores de la sociedad anónima. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994", *RCDI*, nº 633, mar-abril 1996, págs. 494 a 501.

del objeto social, probar la mala fe del tercero. En Alemania se llega todavía más allá: a la sociedad no le queda ni la posibilidad de esta prueba[194].

Aparte de las dificultades que, constata SANCHEZ RUS, en la práctica está suscitando la materialización de este cambio tan trascendental para el Derecho de sociedades[195], precisamente se critica que no se haya adoptado por completo la tesis germanista y el objeto social siga siendo límite en los supuestos de mala fe del tercero. Es decir, si se aceptan los actos fuera de objeto no es porque se considere que el objeto no limita la capacidad, sino por intereses de protección del tráfico jurídico[196].

La cuestión de la extensión de la capacidad en las asociaciones sin ánimo de lucro

La postura adoptada durante mucho tiempo respecto a las asociaciones, ha sido la de *limitación de la actividad por razón del objeto estatutario*, pero no tanto por razones teóricas, sino, de modo similar a lo que vimos sucedía en Francia, por motivos políticos. Se trataba de impedir que se hiciera cualquier acto ajeno a los "fines determinados en los Estatutos" (entiéndase actividades que forman el objeto de la asociación), por el temor de que tales actividades fueran de tipo político o subversivas para el poder establecido.

Encontramos manifestaciones de lo dicho, en textos legales de diferente índole, v.gr., en el art. 9.2 de la Ley de Asociaciones de 1887 -"...*Las reuniones generales que celebren o promuevan la*

[194] RUANO BORRELLA, "Esquema...", *cit.*, págs. 122 y 123.

[195] SANCHEZ RUS, *op.cit.*, pág. 871.

[196] Para AVILA DE LA TORRE, tal solución no resulta convincente, porque los argumentos que servían de base para su mantenimiento se han desvanecido como consecuencia de las necesidades económicas y jurídicas. Las funciones inicialmente asignadas al objeto social tanto de elemento de control de la actividad de los administadores como de garantía para los socios -al permitirles tener la máxima certeza de la actividad económica de la sociedad- han perdido con la nueva regulación la importancia que tenían, y por ello, quizá lo más oportuno hubiera sido, en conexión con la economía moderna, restarle trascendencia (al objeto social) con lo que se eliminarían muchas de las dificultades suscitadas con motivo de la clasificación de los actos en función de su inclusión o no el objeto social; *vid.* AVILA DE LA TORRE, "Delimitación del ámbito...", *cit.* pág. 495.

asociaciones quedarán sometidas a lo dispuesto en la Ley de reuniones públicas cuando...se refieran a asuntos extraños a los fines de aquélla..."-[197]; en la R.O de 6-4-1892, dirigida a los Gobernadores civiles de la provincia, para que procedieran en los términos y forma establecidos en el art. 12 de la Ley de Asociaciones de 1887, esto es: a la inmediata suspensión de "*aquellas entidades que por sus actos, manifestaciones o acuerdos diesen motivo fundado a suponer atienden fines no autorizados*"; y también en el Proyecto de Ley de Asociaciones de 8 de mayo de 1911, que además de imponer unas fuertes limitaciones legales a la capacidad patrimonial de la asociación para poseer y adquirir bienes[198], reputa ilícitas no sólo aquellas cuyos fines o medios sean contrarios a la moral, al orden público y a las leyes, sino también, según el art. 15 "...*las Asociaciones que persigan o realicen pública o clandestinamente un fin contrario a sus estatutos o no determinado taxativamente en el texto de los mismos*". Resalta que la sanción no es la nulidad del acto, sino la ilicitud de la asociación, con todo lo que eso supone.

---

[197] Lo que significa que en estos supuestos, estarán sometidas al régimen de autorización administrativa *ad casum* prevista para las reuniones públicas. Dicho en otras palabras: las actividades extra objeto social, tienen la consideración de reuniones públicas. Un ejemplo de limitación de la actividad de las asociaciones por razón de su objeto, lo encontramos en el Proyecto de Código civil de Cambronero de 1833, en el art. 5.º "*En todas las cofradías que existan se prohiben las comidas y refrescos y cualquier otro gasto que no ceda inmediatamente en obsequio del culto religioso o en el ejercicio de la caridad para con los pobres*". Concurren ciertamente otro tipo de motivaciones en la redacción de este precepto, pero es una reveladora manifestación de lo dicho.

[198] Así reza el art. 14: "*Aparte de las subvenciones del Estado, de la Provincia y del Municipio, las Asociaciones sólo podrán adquirir a título oneroso, poseer y administrar los bienes siguientes:*

1º Las cuotas estatutarias de los asociados

2º El local destinado a la Asociación

3º Los bienes muebles e inmuebles necesarios para el cumplimiento de los fines de la Asociación.

Los demás bienes y valores adquiridos a con arreglo a las leyes a título gratuito habrán de enajenarse en el plazo de seis meses y su importe se invertirá en inscripciones nominativas e intransferibles"

art. 15 "*Serán nulas con arreglo al Código civil, las adquisiciones y enajenaciones de bienes de cualquier clase de las asociaciones y todos los contratos sobre los mismos bienes que hubiese celebrado una persona interpuesta, a no ser que el acto o contrato constase que lo hacía como mandatario de la asociación*"

En punto a la capacidad patrimonial, el precedente Proyecto de Ley de Asociaciones de octubre de 1906, ya había tratado instaurar el sistema de limitación de capacidad de la Ley francesa promulgada cinco años antes.

Y es que, prácticamente hasta la promulgación de la Constitución de 1978, imperaba un "sistema de autorización de fines"; como decía GARCIA PESARRODONA, las asociaciones no podían apartarse en modo alguno de los fines que tienen autorizados expresamente por lo que para cambiar, ampliar o modificar el objeto para el que fueron constituidas, además del acuerdo de la mayoría de los socios o el que señalen los Estatutos, precisaban permiso de la autoridad competente[199]. De este modo, los actos realizados fuera del objeto social, se tachaban además de *ultra vires*, de no autorizados, y en consecuencia, podían determinar la sanción de suspensión gubernativa de actividades de la asociación, como confirmaba la Jurisprudencia[200]. La capacidad de la asociación estaba totalmente limitada a las actividades plasmadas en el objeto social, que a su vez, son las que habían sido autorizadas.

No faltaban, es cierto, sentencias como la STS de 20-3-1908 (Gaceta de 30-3-1909), que fundamentaban que los Estatutos de las personas jurídicas fijan sus fines y actividades y sólo pueden realizar válidamente los actos dirigidos a realizar las mismas, de modo que la asociación, según la STS 23-10-1930 (RJ 1930/1211) "no puede quedar obligada por la actuación aislada de un miembro de la Junta directiva que no contaba con la autorización necesaria, según dichos estatutos".

Desaparecido con la Constitución española este régimen de restricción (v.gr. el régimen de autorización para recibir determinadas donaciones del art. 9 de la Ley de Asociaciones se entiende derogado), el problema se reconduce a las cuestiones generales ya expuestas, es decir:

1) Si el objeto social limita la capacidad misma de la asociación, de modo que ni su órgano soberano, la Asamblea

---

[199] GARCIA PESARRODONA, *op. cit.*, pág. 78.

[200] El TS se ocupó en diversas ocasiones de este punto. Así, mientras la STS de 20-11-1888 estima que las reuniones de la Asociación de Recreo "Casino de Alfaro" no son ilícitas por invitar a señoras forasteras, puesto que esto entra en el objeto normal de dicha sociedad (Sala 2ª) (Gaceta de 10-3-1889), la STS 7-2-1968, confirma la validez de la suspensión gubernativa de las actividades de la "Agrupación Sardanista de Granollers" -en aplicación del art. 9.2º de la Ley de Asociaciones de 1887- por haber organizado un curso de estudio de gramática catalana, siendo como su objeto social era el cultivo de la sardana y el folklore regional.

general, puede acordar la realización de actividades ajenas al mismo, quedándole la única vía de la reforma de los Estatutos[201]

2) Si el objeto social limita la capacidad de los representantes de la asociación en sus actuaciones *ad extra*

El problema es el mismo: el valor de los actos *ultravires*, sólo que unos casos tal extralimitación puede producirse con autorización del órgano soberano, y en otros, sin ella, lo que determinará en su caso, la exigencia de responsabilidad por vía interna -e incluso por parte de terceros- al órgano que actuó por cuenta de la asociación. Consciente de que esta expresión *ultravires*, se emplea más en sede de mandato o de representación, he querido extenderla a todos los supuestos en que se actúa "más allá de la fuerza" que otorgan los Estatutos, a todos los actos y contratos, extraños a su propio objeto, delimitado en los Estatutos, pues en ambos casos nos estamos planteando el problema de hasta qué punto el objeto de la asociación limita la capacidad de ésta[202].

En el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, necesariamente hemos de acudir a los arts. 37 y 38 del Código civil, ya que además de que van dirigidos a las personas jurídicas *in genere*, la Ley de Asociaciones de 1964 guarda silencio en lo referente al punto de la capacidad. Los debates doctrinales que vimos anteriormente, son por ello plenamente aplicables, y es más: en muchas ocasiones ponen como ejemplo los Estatutos de las asociaciones sin ánimo de lucro.

PELLISE PRATS entiende que el art. 37 aplicado a la asociación sin ánimo de lucro, no permite configurar libremente la capacidad de aquélla, sino solamente las facultades de las personas físicas mediante la que actúa[203]. Sin embargo, LLUIS i NAVAS, reconoce que si bien es cierto que cada entidad no

[201] Acerca de la cuestión sobre la relación fin-objeto de la asociación, centrada en la fase de redacción de los Estatutos, *vid.* capítulo 3. En el presente capítulo me estoy refiriendo, a las actividades efectivamente realizadas, una vez ya se han redactado los Estatutos, y que son ajenas al objeto fijado en los mismos, y por ende, al fin de la asociación.

[202] Concepción amplia, que por otra parte es la que utiliza DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, *cit.*, págs. 284 y ss.

[203] PELLISE PRATS, *op.cit.*, pág. 79.

puede fijar caprichosamente su capacidad, por medio de los Estatutos de la asociación se puede

a) regular los órganos representativos y sus funciones

b) autolimitar su capacidad, salvo que se trate de derechos irrenunciables

Lo que en ningún caso pueden es reducir la responsabilidad de la asociación. Allí donde no haya autolimitación o causa legal de limitación de capacidad, las asociaciones tendrán una capacidad plena[204].

Como antes apunté, nada dice expresamente la Ley de Asociaciones de 1964 sobre la capacidad, fuera de las insistentes alusiones a la determinación del fin y el objeto, que parecen imponer un principio de especialidad, motivado más, como dije, por razones de orden político que por una opción concreta en favor de alguna de las tesis sobre la personalidad jurídica. Lo único que prevé es la posibilidad de impugnación de los actos contrarios a Estatutos, cuya aplicación podría ser planteable respecto de los actos *ultravires*:

El art. 6.6 dice

> "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10*[205]*, los acuerdos y actuaciones de las Asociaciones que sean contrarias a los Estatutos, podrán ser suspendidos o anulados por la autoridad judicial, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal*"

Dado que la legitimación es muy amplia ("*parte interesada*")[206], incluso hasta un tercero podría impugnarlos. El

---

[204] LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones, cit.*, pág. 169.

[205] Relativo a la disciplina de las asociaciones, preveía un sistema de intervención gubernativa que se entiende derogado por la Constitución de 1978," en la medida que prevé una suspensión administrativa de los actos o acuerdos de la asociación contraria al monopolio jurisdiccional establecido en el art. 22.4 C.E."; *vid.* MARIN LOPEZ, nota al art. 12 del Decreto de 20 de mayo de 1965, en *Legislación de Asociaciones*, *cit.*.

[206] El art. 12 del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, se refiere además de a los contrarios a los Estatutos, a los acuerdos contrarios a la Ley, "*De conformidad con lo prevenido en el apartado sexto del artículo 6º de la Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la misma y de las acciones de nulidad de los acuerdos sociales contrarios a la Ley que puedan formularse, no sujetas a la caducidad que luego se establece, podrán los asociados impugnar los acuerdos y actuaciones de las Asociaciones que sean contrarios a los Estatutos dentro del plazo de cuarenta días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su anulación y la suspensión preventiva en su caso o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*". Este artículo del Reglamento se diferencia del texto legal en que

problema de esta posible aplicación es que, efectivamente, todos los actos contrarios a los Estatutos (sean autorizados por la Junta o no), son *ultravires*, pero no todos los *ultravires* son contrarios a los Estatutos, sino que pueden ser simplemente "extraestatutarios".

En sede de capacidad, la Ley vasca de 1987, sienta un principio, en parte extremadamente amplio y a la vez teñido de la restricción finalista, -esta vez, sin intenciones de control político-, al decir en el art. 16, que lleva por epígrafe *Facultades para el cumplimiento de sus fines*, que "*Para el cumplimiento de sus fines las Asociaciones podrán desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines o allegar recursos con ese objetivo*"[207]. Como puede verse, tal capacidad es reconocida *para el cumplimiento de sus fines*, lo cual es resaltado en el supuesto de las actividades económicas. Interpretando *a sensu contrario* este precepto, la asociación no goza de tal capacidad para el cumplimiento de otros fines, aunque sean lícitos. Sobre este punto no se ha pronunciado la doctrina, pero en mi opinión, podría servir de base para impugnar un acto que se hiciera no en orden a la consecución del fin fijado para la asociación, sino de otro fin, aunque fuera lícito. Nada dice en torno al régimen de los actos *ultravires*, salvo la ya citada posibilidad de que sean impugnados los actos contrarios a los Estatutos, lo cual, según acabamos de ver, no sería aplicable a un acto simplemente ajeno aunque no contrario.

La Ley catalana de 1997, contiene una regulación que se acerca mucho a la propia de las sociedades de capital tras la Reforma de 1989. No contiene una declaración general sobre capacidad, a diferencia de la Ley vasca, pero sí un régimen

---

restringe la legitimación a los asociados. Esta contradicción debe ser resuelta, por el principio de jerarquía, en favor de la Ley; *vid.* DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema*...vol. I, *cit.*, pág. 620

Respecto a los acuerdos contrarios a la Ley, no existe ese plazo de caducidad por tratarse de una acción de nulidad y por tanto no sujeta a plazo. Están implícitamente legitimados para su ejercicio los mismos que lo están cuando el acuerdo es contrario a Estatutos, es decir "*la parte interesada o el Ministerio Fiscal*".

[207] El artículo añade que también podrán "*Adquirir y poseer bienes de todas clases y por cualquier título, así como celebrar actos y contratos de todo género*" y "*Ejercitar toda clase de acciones conforme a las Leyes o a sus Estatutos*",

detallado de los actos ajenos al objeto estatutario, y de la responsabilidad de la asociación y los administradores.

En el art. 17, sobre *Competencia y estructura del órgano de gobierno, se dice*

> "2. *Las facultades del órgano de gobierno se extienden con caracter general a todos los actos propios del objeto social, sin perjuicio de que los Estatutos puedan determinar otros para los cuales se requiera la autorización expresa de la asamblea.*
>
> *3. La asociación quedará obligada hacia las terceras personas que hayan actuado de buena y fe y sin ignorancia inexcusable, incluso cuando de los Estatutos resulte que el acto no está incluido en el objeto social*"

Tal postura se enmarca en el camino hacia la adopción del criterio germánico pero sin llegar a acogerlo por completo. Sólo se aplica la regla *ultravires* cuando hay un tercero "que haya actuado de buena y fe y sin ignorancia inexcusable"[208]. En su caso, se exigirán responsabilidades en el orden interno y -esta es una novedad- en el orden externo, al administrador, pues el art. 21 dispone

> *"3º. Sin perjuicio de la responsabilidad de la asociación frente a terceras personas, los miembros del órgano de gobierno responden ante la asociación, los asociados, las asociadas y las terceras personas, por los actos u omisiones contrarios a las leyes o los Estatutos, así como por los daños causados dolosamente o negligentemente, que hayan sido cometidos en el ejercicio de sus funciones.*
>
> *4º. Cuando la responsabilidad no pueda ser imputable personalmente a ningún miembro del órgano de gobierno, todos responden solidariamente por los actos u omisiones a los que se refiere el apartado 3, salvo aquellos que prueben que no han participado en la realización y ejecución de dichos actos u omisiones y desconocen su existencia, o que,*

[208] Todo ello sin perjuicio de que, por una parte "*son impugnables los acuerdos de la asamblea contrarios a las Leyes o a los estatutos y los que lesionen en beneficio de uno o más asociados o asociadas o de terceras personas, los intereses de la asociación*"(art. 15.1) por parte de "*los asociados y asociadas asistentes en la asamblea que hayan hecho constar su oposición al acuerdo, los asociados y asociadas ausentes, los que han sido privados ilegítimamente del derecho al voto y los miembros del órgano de gobierno*" (art. 15.3).

aun conociéndolos, hicieron lo posible para evitar su realización, o, al menos, expresamente se opusieron a ello"

Del número 3º llama poderosamente la atención la posibilidad de acción directa de los terceros para reclamar responsabilidad a los órganos de la asociación por los actos u omisiones contrarios a los Estatutos.

En mi opinión, el régimen que debe deducirse de la Ley es el siguiente

-los asociados que reúnan las condiciones del art. 15.3º pueden impugnar los actos y acuerdos contrarios al objeto social, en el plazo de caducidad de cuarenta días a contar desde la adopción del acuerdo

-la asociación, queda obligada frente a los terceros de buena fe por los actos ajenos al objeto social y en mi opinión, también por los contrarios al mismo (que en definitiva son ajenos), si no se han impugnado en tiempo

-el tercero puede reclamar directamente a los administradores por los actos contrarios a los Estatutos. Pienso que esta posibilidad legal, queda reservada para los supuestos en que habiendo prosperado la acción de impugnación de un acto contrario a los Estatutos, ejercitada por parte de uno de los socios, el tercero queda desprotegido al no poder reclamar su cumplimiento a la asociación. Cumplimiento que de no haberse dado tal impugnación sí podría haber exigido.

Dado que la Ley catalana está inspirada en este punto en la PREAE, haré una referencia a la misma. Prueba de esta preponderancia de la capacidad como principal efecto de la atribución de personalidad, a lo que aludía al inicio de este capítulo, recoge expresamente un elenco de efectos de la personalidad jurídica, todos ellos son reconducibles a diversas manifestaciones de la capacidad de obrar. Así, el art. 2.2 dice:

"*La personalidad jurídica de la Asociación Europea implicará, en particular los derechos siguientes, siempre que sean necesarios para la consecución de su objeto:*

a) celebrar contratos y realizar otros actos jurídicos

b) adquirir bienes muebles e inmuebles

c) recibir donaciones y legados, incluso mediante un llamamiento a la generosidad de la población

d) contratar asalariados

e) comparecer en juicio"[209]

Se observa también la misma compatibilidad entre la concesión de una amplia capacidad, y la restricción finalista que encontramos en la Ley vasca

Sin embargo, en cuanto al régimen de los actos *ultravires* y en orden a la salvaguarda del tráfico jurídico, la Propuesta adopta la siguiente solución en su art. 29.3 dispone que

"La AE quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por los miembros de su órgano de administración incluso si tales actos no se corresponden con el objeto de la asociación, a menos que dichos actos constituyan una extralimitación de los poderes que la Ley confiere o permite conferir a dicho órgano.

No obstante, los Estatutos podrán prever que la asociación no quede obligada cuando estos actos sobrepasen los límites de su objeto, si ésta prueba que el tercero sabía que dicho acto sobrepasaba su objeto, o habida cuenta de las circunstancias no podía ignorarlo, quedando entendido que la publicación de los Estatutos no constituye por sí sola, una prueba"

Este precepto es idéntico al art. 9 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo en materia de Derecho de sociedades. La regla general es el principio de vinculación de la sociedad por los actos realizados por los administradores ("los órganos"), pero está sujeta a una delimitación positiva y negativa:

1. El acto debe estar incluido en la esfera de competencia propia del órgano de administración, para cuya determinación se remite poderes que "la Ley confiere o permite conferir a dicho órgano".

2. El objeto social no constituye un límite a la actuación representativa de los administradores, pero si los terceros conocían la extralimitación, no queda obligada la asociación.

---

[209] El resto de los efectos de la personalidad jurídica dependerán de la aplicación del Derecho del Estado en que esté actuando. Sobre esta y otras cuestiones, *vid.* mi trabajo, "Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea", *AC*, nº9, febrero-marzo 1997.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que en el ámbito interno se les pueda exigir, puesto que la Directiva se ocupa sólo de la actuación externa.

Tal identidad de regulación pone de manifiesto el marcado acercamiento al Derecho de Sociedades Anónimas, de toda la PREAE. No en vano ambas (SA y asociación) comparten estructura corporativa, y además la propuesta comunitaria parte de la innegable realidad de la actividad económica de las asociaciones en el ámbito europeo.

Conclusiones sobre la capacidad de las asociaciones sin ánimo de lucro

1.- En el ámbito estatal, dada la casi total ausencia de normativa y jurisprudencia sobre asociaciones en este punto, y a la vista de que su estructura corporativa las acerca, a las SA o SRL[210], no es descaminado acudir, en mi opinión, para el problema de los actos ajenos al objeto de la asociación, a las soluciones que ofrece el ámbito societario, como han hecho tanto la PREAE, como la Ley catalana, siempre con la vista puesta en la seguridad del tráfico jurídico y entender que la asociación queda obligada frente a terceros de buena fe incluso por los actos que no están incluidos en el objeto social. Esta regla es para las extralimitaciones llevadas a cabo por el órgano tanto respecto al objeto social como a sus propios poderes.

2.- Aplicando los principios que defiende la DGRN para las sociedades mercantiles, la Asamblea general y la Junta directiva pueden, sin necesidad de tener que reformar los Estatutos, "extralimitarse" y acordar la realización de actos no comprendidos en el objeto social -que por otra parte, es de amplia interpretación-, bastando que no sean claramente contrarios al mismo, por aplicación del principio que inspira la regla de inderogabilidad singular de los Reglamentos (cfr. capítulo 5). En el caso de que sean contrarios, dichos actos podrían ser impugnados. En mi opinión, tras la Constitución

[210] Cfr. capítulos 3 y 5.

española, el reconocimiento de capacidad no se hace en atención a unos determinados fines, sino *al hecho de que existen unos fines lícitos, sin más*. Por tanto, siempre que los actos se mantengan dentro del límite de lo legal, serán válidos desde el punto de vista civil.

Diferente es el tratamiento que puedan recibir a efectos de subvenciones, inscripción en determinados registros, etc., para lo cual sí que puede ser relevante el hecho de realizar actividades ajenas al objeto social fijado.

3- Pero a su vez ha de tenerse en cuenta los principios generales del Derecho, que impiden el abuso del mismo y así, en mi opinión, el ejercicio de la capacidad patrimonial de la asociación, está condicionado por la función social o mejor dicho, función "asociativa" que debe cumplir la propiedad de la asociación. Cierto es que, el art. 38 le confiere una amplísima capacidad, que remitiría al art. 348 del Código civil, sin más límites que los impuestos por las leyes, y ciertamente, no existen tales límites expresos en el caso de las asociaciones. Sin embargo, pienso que sería el momento de acudir a estos principios generales del Derecho y calificar como un abuso de derecho la utilización de la propiedad de la asociación para fines particulares de los socios, y especialmente para la obtención de un lucro particular. La propiedad en sus manos toma un aspecto esencial: es propiedad asociativa.

Y cuando hablo de propiedad pienso especialmente en los recursos que se obtienen por vía de subvención. Por evidentes razones de justicia, aunque la asociación ya haya adquirido la propiedad de esos recursos, en el caso de que los desviase para fines particulares, debería operarse la devolución de los recursos, de modo que sería un caso de propiedad sometida una carga, cuya incumplimiento determina la devolución[211].

[211] Dado el carácter finalista de estas medidas, de no satisfacerse esta carga que se configura como un derecho, procedería la devolución, según el art. 81 Ley General Presupuestaria, y ello no supondría revocación de la subvención, sino cumplimiento de una condición resolutoria; *vid*. FERNANDEZ FARRERES, *La subvención, concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, pás. 424 a 437 y GIMENO FELIU, "Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)", *RAP*, nº 137, mayo-agosto, 1995, págs. 178 y ss.

IV. REGIMEN DE LAS ASOCIACIONES NO INSCRITAS (O NO RECONOCIDAS)

Cuestiones preliminares

Vistos algunos de los efectos derivados de la atribución de personalidad jurídica a la asociación, la relación entre aquélla y la inscripción y las teorías que ello ha suscitado, la cuestión se torna en cierta medida compleja, ya que obliga a distinguir entre

1º-asociación inscrita (con personalidad jurídica)

2º-asociación constituida legalmente pero no inscrita

-para la tesis declarativa, con personalidad jurídica

-para la tesis constitutiva, sin personalidad jurídica

3º-asociación ni siquiera constituida porque ha habido, v.gre. un vicio de consentimiento, por lo que carecerían de personalidad jurídica

4º-entes sin personalidad jurídica

En este epígrafe pretendo ocuparme del régimen de las asociaciones no inscritas, con las consecuencias que se derivan en relación a las tesis citadas. Por ello, evitaré hablar de "asociaciones sin personalidad", y en su lugar, usaré indistintamente expresiones menos problemáticas, aceptadas por todos, tales como "asociaciones no inscritas", "asociaciones no registradas", o incluso "asociaciones no reconocidas"[212], -

[212] GITRAMA GONZALEZ habla de asociación no reconocida, como asociación sin personalidad jurídica, pues adopta la tesis constitutiva. La falta de inscripción puede obedecer a diversos motivos, según este autor: unas veces se producirá tal situación cuando la asociación, existiendo ya *de facto* y pudiendo, por ende, obtener el reconocimiento de su personalidad, sin embargo, por la naturaleza de sus fines y escasa importancia de su actividad que no compensan las molestias y gastos de aquél o simplemente, por sustraerse al control del Estado ni siquiera intenta el cumplimiento de los requisitos específicos condicionadores de tal reconomiento. En otras ocasiones, y por manera totalmente transitoria, surgirá la asociación no reconocida durante el lapso de tiempo existente entre la constitución del *substratum* de hecho y la terminación del expediente de reconocimiento. A veces resulta frustrado el camino de la consagración como persona jurídica, por ser denegado el reconocimiento; entonces la asociación suele continuar subsistiendo por vía de mero hecho y en el estado de candidato a la personalidad. En fin, sin pretender agotar hipótesis, cabe vislumbrar el origen de asociaciones carentes de personalidad jurídica cuando la ley prohibe el reconocimiento de las mismas (cual ocurrió frecuentemente con las Congregaciones religiosas durante determinadas épocas y países) o bien, cuando se revoca o suprime la personalidad anteriormente otorgada a ciertas asociaciones que sin embargo, continúan viviendo *de facto*, operando sin plena capacidad jurídica y sirviéndose de ingeniosos medios para el

restringiendo este último el concepto "reconocimiento" a *un acto administrativo expreso* (en España, el visado de los Estatutos y la inscripción en el Registro, razón por la cual empleo las expresiones anteriores) y *no al genérico reconocimiento* que una hipotética Ley de Asociaciones instauradora de una sistema de libre constitución total pudiera hacer-, considerando, paralelamente las consecuencias que, de adoptar una u otra teoría, se deriven de tal inscripción.

Posteriormente me referiré más brevemente al tercer y cuarto punto.

Dado que la Legislación estatal no contiene ninguna previsión sobre la regulación concreta de la situación en la que queda la situación no inscrita, antes de exponer las propuestas de la doctrina considero que será de gran utilidad conocer las soluciones adoptadas por Alemania e Italia, donde sí se regulan estas cuestiones, y por nuestra Legislación autonómica.

IV. A. Las asociaciones no reconocidas en el BGB

El § 54 BGB y los arts. 35 a 38 del *Codice civile*, aportan soluciones concretas para las asociaciones que no han recibido el reconocimiento estatal expreso y en coherencia con sus respectivos sistemas[213], carecen de personalidad jurídica o como

desarrollo de sus actividades"; *vid.* GITRAMA GONZALEZ, en el prólogo a la obra de RUBINO, *op.cit.*, págs. 5 y ss.

Vemos que las causas descritas son de diferente entidad. Algunas de las situaciones referidas, presuponen una decidida opción en favor de la tesis constitutiva, al contemplar las "asociaciones en formación sin personalidad", figura impensable en el caso de adoptarse la tesis declarativa. El último párrafo describe una situación que, tras la promulgación de la Constitución es implanteable, ya que no se puede prohibir más que el reconocimiento (y existencia) de asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, las secretas y las de carácter paramilitar, en cuyo caso, amen de carecer de personalidad jurídica, no deberían subsistir ni tan siquiera *de facto*, por lo que no hay necesidad de plantear ninguna regulación para las mismas, fuera de reglas generales derivadas de una posible comunidad de bienes, etc. Pero lo que no cabe es prohibir o revocar arbitrariamente el reconocimiento de cualesquiera otras que tengan fines lícitos.

[213] Ambos sistemas son constitutivos en el sentido de que necesitan ese reconocimiento individualizado por parte del poder público, bien mediante la inscripción en un Registro para la *Idealverein*, bien mediante concesión por acto administrativo expreso para la *Wirschaftlicherverein*; cfr. §21 y 22 BGB y para las asociaciones en general, según el art. 12 del *Codice*.

dice el BGB, a las que no son jurídicamente capaces (...*Vereine, die nicht Rechtsfähigkeit sind*...), aunque sí gozan de cierta "subjetividad jurídica", una capacidad jurídica "parcial", que en cierta medida, las acerca desde el punto de vista práctico, a las que gozan de tal personalidad.

En Alemania, en principio, las asociaciones sin capacidad jurídica (*Vereine onhe Rechtsfähigkeit, Nichtrechtsfähige Vereine)* no son, por eso mismo, titulares de derechos y obligaciones, sino que éstos son de sus miembros[214]: v.gr., no pueden inscribir bienes inmuebles a su nombre en el Registro; tampoco puede comparecer en juicio por sí misma, aunque las dificultades se solucionan, en general, mediante la designación de una persona que detenta el "patrimonio de la asociación" a título "fiduciario" y que en su caso, comparece en juicio en nombre propio pero por cuenta de la asociación. La concreción de estos dos extremos (incapacidad para comparecer en juicio y para inscribir sus bienes en el Registro de la propiedad) ha sido obra de la doctrina[215] y de la Jurisprudencia que pone ahí el acento para resaltar la diferencia con las asociaciones que tienen personalidad jurídica[216].

La doctrina dominante actual, sin embargo, propugna que también en estos puntos se la equipare con las asociaciones reconocidas, basándose en la paradoja de que por falta de publicidad no puedan tener legitimación activa en juicio, y sin embargo, sí que puedan ser demandas y objeto de ejecución forzosa, tal como permiten los §50.2 y 735 del ZPO (*Zivilprozessordung*).

La remisión del §54.1 al Derecho de sociedades está absolutamente superada, según REUTER, pues la voluntad

---

[214] El §54 BGB dispone que "*A las asociaciones que no son jurídicamente capaces, se aplican las disposiciones sobre la sociedad. Del negocio que en nombre de tal asociación se celebre frente a un tercero, responde personalmente el autor; si se celebran varios, responden como deudores solidarios*".

[215] En esta línea, pueden verse las traducciones al español de VON TUHR, *op.cit.*, pág. 81; OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. de SANCHO SERAL, Labor, Madrid, 1923, pág. 124.

[216] *Vid.* algunas sentencias en este sentido en *RGZ* 127, 309, 311 y ss. y *NJW* 6RR 1986, 181, respecto a la imposibilidad de inscripción en el Registro, y en *BGH ZIP* 1989, 1614, 1614 bis, respecto a la legitimación procesal.

histórica del Legislador de organizar la existencia de asociaciones desprovistas de capacidad jurídica según reglas de derecho inapropiadas para ellas -las del derecho de sociedades, que son contratos- va en contra de la protección del derecho fundamental de asociación recogida en el art. 9 de la *Grundgesetz*[217]. La diferencia de régimen entre la asociación reconocida y la no reconocida no está autorizada, según este autor, más que en la medida en que la falta de inscripción en el Registro constituya un motivo objetivo de discriminación, circunstancia que no concurre en estos casos. La inscripción de las asociaciones en el Registro, no constituye en su opinión, más que una prueba indubitable de la existencia y los órganos de representación de la asociación en el marco del tráfico jurídico. Prescinde por ello de la aplicación de las normas sobre sociedades y considera sólo justificada la aplicación del párrafo 2º del §54. En efecto, la función de este artículo estriba en compensar la falta de control de la existencia de la asociación desprovista de capacidad jurídica y especialmente por la falta de un conocimiento veraz de los órganos de representación y de sus poderes. De este modo, el que se atribuya la representación de la asociación responderá personalmente. El auténtico representante, también responderá personalmente, si bien en tal caso, fácilmente podrá repetir contra el patrimonio de la asociación.

Respecto al destino del patrimonio de la asociación, en la línea que estamos viendo de práctica equiparación de régimen, se propugna la aplicación de las normas relativas a la

[217] REUTER, *Münchener Kommentar...cit.*, § 21, nº 76 y §54, nº 2, 4, 8 y 10. En el mismo sentido, SOERGEL-HADDING, *BGB*, *cit.*, §54, nº 16 y 18. En contra, hay también voces autorizadas: SCHMIDT, *NJW*, 1984, 2249, 2250 y ss. y FLUME, *ZHR* 148 (1984), 503, 511 y ss., aunque este último sólo se opone a la concesión de capacidad procesal.

Esta remisión al Derecho de sociedades estaba motivada, según ENNECERUS, por el miedo del Legislador a que tales asociaciones no inscritas escapasen de su control, y pensaba que la vinculación a las reglas de la sociedad, las dotaría de un mínimo de rigor. La idea fundamental del Legislador se ha estrellado contra la realidad, como demuestra el desarrollo de los sindicatos obreros que han quedado configurados como asociaciones sin capacidad jurídica, con una configuración dada por la Jurisprudencia; *vid*. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil*, tomo 1, vol. I, *cit.*, §109.

asociación, de modo que se rechaza la posibilidad de reparto del mismo entre los asociados o los sucesores del último de ellos[218].

Interpretando el texto del §54 a *sensu contrario*, la doctrina es unánime -al menos en el caso de la *Idealverein,* a la hora de afirmar que los asociados no responden personalmente por las deudas de la asociación con sus propios patrimonios, a no ser que sean ellos los que han contratado en nombre de la asociación[219].

Lo dicho se refiere a las asociaciones sin capacidad jurídica (*Nichtrechtsfähige Vereine)*, es decir, a las asociaciones que deciden mantenerse al margen del Registro o no instar la oportuna petición de concesión, es decir, aquellas en cuyos Estatutos no consta la voluntad o el acuerdo de adquirir la capacidad jurídica[220]. La doctrina considera que esta categoría de asociaciones ha de ser distinguida de la situación en la que se encuentra la asociación que sí desea obtener la inscripción, en el periodo que media entre la constitución -redacción de estatutos- y aquélla. Sería lo que propiamente se llama "asociación en formación" (*Die werdende juristische Person*), es decir, aquélla que ya ha solicitado la inscripción, ha comenzado los trámites para ello o al menos ha acordado instarlos, y así consta en los Estatutos. La redacción de los Estatutos da lugar al nacimiento de una auténtica asociación, que está en periodo de formación hasta que se culmine la inscripción. Esta asociación en formación es idéntica a la asociación declarada ulteriormente[221]. La única diferencia reside en que aquélla sólo dispone de la autonomía patrimonial "relativa" que deriva de la comunidad en indivisión de su patrimonio y no de la autonomía total que

[218] Encontramos esta opinión en SOERGEL-HADDING, *BGB*, §54, nº 7 y ss. En contra, COING, en STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgestz und Nebengesetzen*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1980, §54. nº 84.

[219] STAUDINGER-COING, *cit.* §54, nº 3 y ss; REUTER, *Münchener Kommentar...cit.*, § 54, nº 3; SOERGEL-HADDING, *BGB*, §54, nº 24.

[220] Y la decisión puede venir motivada por evitar los trámites y el control que supone, o por no haberse llegado a la cifra mínima de siete miembros, que exige el §56 para obtener la inscripción; cfr. Capítulo 2.

[221] REUTER, *Münchener Kommentar...cit.*, § 21 y 22, nº 23 y nº 38 y ss.

tendría si hubiera sido inscrita. Se trataría en su caso, de una comunidad en indivisión dotada de una identidad propia (nombre y sede) que puede ser titular de derechos y obligaciones del mismo modo que la persona jurídica[222]. Por lo demás, los bienes pueden ser inscritos a nombre de la asociación en el Registro y pueden comparecer en juicio[223]. En cuanto a la responsabilidad de las deudas de la asociación en formación, se aplica el régimen del §54.2, de modo que responden personalmente quienes hubieran actuado en su nombre[224]. En suma, se trata del mismo régimen que la doctrina propugna que haya para las asociaciones sin capacidad.

IV.B. Las asociaciones no reconocidas en el *Codice civile*

El *Codice civile* de 1942 reguló las asociaciones sin ánimo de lucro, reconocidas o no. En la línea de intervencionismo que caracterizaba al régimen imperante cuando este texto fue aprobado, se estableció un sistema de reconocimiento y control administrativo previo, si bien sobre la forma y no sobre el fondo de la asociación. Pero el control no termina allí, sino que continúa durante la vida de la asociación, en especial en lo relativo a los gastos de la asociación que están sometidos a un régimen de autorización muy estricto. Por esta razón, buena parte de las asociaciones (en especial, partidos políticos y sindicatos) han querido escapar de tal control y subsisten como asociaciones no reconocidas.

A diferencia de lo que hemos visto sucede en Alemania, el *Codice civile* de 1942, regula y permite expresamente extremos tales como la capacidad procesal (art.36.2), la constitución de un fondo común (art. 37) y la limitación de responsabilidad al

[222] SOERGEL-HADDING, *BGB*, 1985, §705, nº 50 y §718, nº 52; ULMER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, (2ª ed.) 1986,§ 705, nº 8; también en *BGH*, *NJW*, 1992, 1615, 1617.

[223] SOERGEL-HADDING, *BGB*, en la introducción al §21, nº 70.

[224] SOERGEL-HADDING, *BGB*, en la introducción al §21, nº 69; REUTER, *Münchener Kommentar...cit.*, § 21 y 22, nº 62 y ss.

fondo común y en su caso, al patrimonio de los que hubieran actuado en nombre de la asociación, pero no de los socios[225].

IV.B. 1. El fondo común

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la asociación no reconocida es un grupo autónomo que posee cierta capacidad o subjetividad jurídica: es un sujeto de derechos, identificable por los terceros, titular de un "fondo común", tan similar al patrimonio de las asociaciones reconocidas (art. 16 y ss.) que la distinción entre aquél y éste es casi solamente terminológica, pues tienen una función similar[226].

Este fondo está formado con las cotizaciones de los socios e incluso se permite que formen parte del mismo bienes inmuebles destinados a la consecución del fin social. Estos bienes pueden ser registrados a nombre de la asociación, pero a través de su representante legal, quien debe ser mencionado en la inscripción. En ningún caso, los acreedores personales de éste podrán pedir su hipoteca.

Sin embargo, no pueden aceptar donaciones ni legados. En el caso de que los hubiera, en el plazo de un año se debe interponer una demanda de reconocimiento, que debe ser notificada al donante, y que autoriza a aceptarlos. Si tal demanda no se verifica, la liberalidad es ineficaz.

El problema se ha planteado con la titularidad de ese fondo común, pues la antigua doctrina y jurisprudencia[227]

---

[225] Por su parte, el *Codice civile* establece la siguiente regulación

Art. 36 "*La organización interna y la administración de la asociación no reconocida como persona jurídica son regulados por los acuerdos de los asociados. Dicha asociación puede comparecer en juicio, siendo representados por aquellos a quienes, según estos acuerdos, se haya conferido la presidencia o dirección*"

Art. 37 "*Las cotizaciones de los asociados y los bienes adquiridos con ellas constituyen el fondo común de la asociación. Mientras ésta dura, los asociados no pueden pedir la división del fondo común, ni, en el caso de que alguno se retire, pretender la devolución de las cuotas*"

Art. 38 "*Por las obligaciones asumidas por las personas que representen a la asociación, los terceros pueden hacer valer su derecho sobre el fondo común. De estas obligaciones responden también personal y solidariamente las personas que hayan actuado en nombre y por cuenta de la asociación*".

[226] GALGANO, "Le associazioni, Le fondazioni, I comitati", en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1987, pág. 93.

[227] *C. cass.* 20-4-1960, nº 927, *Giur. It.* 1961, I, 1, pág. 786.

consideraban que era copropiedad de los miembros de la asociación y no de la asociación misma, y la Jurisprudencia posterior, sin abandonar esa vía, en un intento de conciliar la autonomía del patrimonio de la asociación no reconocida con el principio según el cual el reconocimiento de la personalidad tiene por efecto conferir un patrimonio a la asociación, verifica una distinción entre la actividad que el individuo ejerce *uti socius* en calidad de miembro, de la que ejerce *uti singulus*, a título personal. De la primera y no de la segunda es de la que responde su parte en el fondo social[228]. El reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia de la subdivisión en tres sujetos de derechos: las personas físicas, las personas jurídicas y los sujetos colectivos o grupos organizados sin personalidad jurídica, desemboca en los años setenta[229], en el reconocimiento definitivo de autonomía sustancial del patrimonio de la asociación no reconocida[230]. Respecto al destino del fondo común, GALGANO opta por la extensión a este punto del régimen de las asociaciones reconocidas (art. 31), que permite la división del mismo entre los miembros[231].

IV.B. 2. La responsabilidad de los administradores

[228] *C. cass*. 6-6-1968, nº 1708, *Giur. It*. 1969, I, 1, pág. 732.

[229] *C. cass*. 16-11-1976, nº 4252, *Giur. It*., 1978, I, 1, pág. 63.

[230] En cierta manera, esto ya había sido adelantado por RUBINO; cierto es que para este autor, se trata de una comunidad de bienes pero no por cuotas, ya que "la situación del fondo común no es la de tantos distintos derechos individuales, cuantos son los miembros individuales, derechos iguales en contenido, y que recaen sobre una pluralidad de bienes indivisos, sino que es la de un derecho único, del que son cotitulares todos los miembros como tales, y que recae sobre un complejo patrimonial cuyos singulares elementos constitutivos pueden variar continuamente"; *vid.* RUBINO, *op.cit*., pág. 183. Es una comunidad de bienes de tipo germánico, lo cual no implica que por ese solo hecho esté sometida a una regulación peculiar, sino que sencillamente está sometida a lo previsto en los arts. 37 y 38 del *Codice*. Más adelante, del sistema de responsabilidad previsto en el art. 38, concluye que el fondo común es un verdadero patrimonio autónomo dirigido a un fin; *ibídem*. pág. 185 y se ocupa de aclarar que ambas calificaciones son compatibles, pues "únicamente puede existir patrimonio autónomo en la comunidad de tipo germánico; pero sin embargo, ...no toda comunidad de tipo germánico excluye necesariamente el que respondan personalmente también los miembros en particular, por las deudas de la comunidad..."; *ibídem*. pág. 186.

[231] GALGANO, "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", en *Comentario al Codice civile de Scialoja y Branca*, Bolonia, Roma, 1976, págs. 177 y ss.

Los terceros pueden hacer valer sus derechos sobre el fondo común. Sucede que la garantía que este ofrece no es total porque no hay tanto control como el que se ejerce sobre el patrimonio de las asociaciones reconocidas. Si este es insuficiente no pueden ir contra el patrimonio individual de los asociados[232], pero sí de los administradores, como vamos a ver.

La responsabilidad personal y solidaria de quienes actúan en nombre y por cuenta de la asociación ha sido considerada por la jurisprudencia como una garantía legal, a fin de que tales personas sean sometidas a las disposiciones del art. 1936 en materia de garantía. Algunos autores han estimado que la responsabilidad a la que se refiere este artículo obliga al patrimonio de los administradores que hayan decidido el acto, independientemente de aquéllos que materialmente lo han llevado a cabo. Sin embargo, la Jurisprudencia ha afirmado que también se extiende a éstos, puesto que han utilizado el nombre de la asociación en sus relaciones con los terceros[233].

Los que abandonan la asociación no tienen derecho a llevarse una parte del fondo social, pero cuando aquella se disuelve, el fondo sí que puede ser objeto de reparto.

IV.C. La cuestión de las asociaciones no registradas en las Leyes autonómicas

Visto un panorama conjunto de los sistemas alemán e italiano[234], paso a analizar la Legislación española, comenzando por las dos Leyes autonómicas puesto que contienen, a diferencia de la Legislación estatal, algunas interesantes previsiones.

---

[232] *C. cass*. 11-11-1976, nº 4252: *Giur. It.* 1961, I, 9.

[233] *C. cass.* 22-7-1981, nº 4770: *Giust. civ. Mass.* 1981, II, pág. 1.684.

[234] En Francia, en tanto la asociación no ha sido declarada, y por tanto, no goza de personalidad jurídica, (o mejor dicho, tiene la petite personnalité de la que hablábamos antes), la Jurisprudencia ha declarado responsables solamente a los administradores que han contratado con los terceros; en alguna ocasión, a todos los miembros de la asociación no declarada, lo cual ha sido criticado pues se considera que sin perjuicio de que deban contribuir al pago de la deuda por vía interna, frente a terceros sólo ha de ser responsable la persona que contrató con ellas; *vid. TGI* Seine, 8-4-1929; *Rev. trim. dr. civ*. 1930, 382, comentada por DEMOGUE.

Si bien parece que los términos de **la Ley vasca** (al menos de la Exposición de Motivos) y las opiniones doctrinales zanjan la cuestión acerca del sistema de adquisición de la personalidad jurídica, la propia Ley contiene unas previsiones que, como certeramente advierte MARIN LOPEZ, trastocan la tradicional dogmática de la atribución de la personalidad jurídica, que atañen precisamente al régimen de la responsabilidad patrimonial.

En efecto, el art. 11.1, determina que

> "*...la falta de inscripción de una asociación en el Registro por causa imputable a la misma determinará su responsabilidad y la solidaria de todos sus miembros por las obligaciones contraídas con terceros por cualquiera de los asociados que hubiera manifestado actuar en nombre de la colectividad.*
>
> *En todo caso, esta responsabilidad solidaria se aplicará a los promotores o fundadores de la asociación y a quienes hubieran entablado cualquier relación jurídica con terceras personas atribuyéndose la representación de la asociación*"

Junto a esta previsión, el art. 17 de la Ley declara que

> "*Las Asociaciones inscritas de conformidad con lo establecido en esta Ley, responden de todas sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros*"

Invirtiendo el orden en el comentario, comenzaré diciendo que del art. 17 se infiere que la consecuencia fundamental de la inscripción es la *absoluta separación patrimonial* entre la asociación y sus miembros y del mismo modo, la absoluta correlación entre el carácter de la deuda (de la asociación o de los socios) y del patrimonio que ha de soportar el pago (el asociativo o el individual de los socios).

Como hace notar MARIN LOPEZ, la citada separación se opera prescindiendo por completo del concepto de *personalidad jurídica*, al cual tradicionalmente ha ligado la dogmática la tenencia de un patrimonio propio y en cuanto propio, separado del patrimonio de los miembros del grupo. La Ley vasca no precisa, como ya vimos, el momento en que se produce la adquisición de la personalidad jurídica, por parte de las

asociaciones, pero hace depender el efecto más típico de dicho atributo (la tenencia de un patrimonio *propio*) de la inscripción de la Asociación en el Registro de Asociaciones. Advierte este autor que la Ley vasca ha operado una disociación entre conceptos que tradicionalmente han sido reputados inescindibles: "personalidad jurídica=patrimonio propio=responsabilidad por deudas propias soportada por dicho patrimonio"[235].

En segundo lugar, la opción por la "no inscripción" de la asociación, prevista en el art. 11.1º.1, impide la aplicación del régimen de absoluta separación patrimonial, para en su lugar, establecer un régimen de responsabilidad personal y solidaria de los asociados[236]. La redacción de este artículo 11.1º.1, no del todo clara, se presta a dos interpretaciones:

1º la tesis de MARIN LOPEZ, que entiende que tal responsabilidad de los asociados es *subsidiaria*, *en defecto o insuficiencia del patrimonio asociativo*, de modo similar a lo que sucede con la sociedad civil, con la diferencia de que la Ley vasca prevé, en el caso de las asociaciones, que la responsabilidad personal de los socios sea solidaria. La no inscripción "determinará *su* responsabilidad" (ha de entenderse la de la asociación) y "la solidaria de todos sus miembros". Considera que tal interpretación es la más adecuada al texto y la que menos desincentiva la constitución o adhesión a las asociaciones lícitas que deseen vivir al margen del Registro[237]. A esta tesis se adhiere ANGOITIA GOROSTIAGA[238].

2º Del precepto cabe también entender que la solidaridad se extiende no sólo a la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio de cualquiera de los asociados para reclamar el

[235] MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca...", *cit.*, pág. 148.

[236] Régimen de responsabilidad solidaria de los asociados, que el párrafo 2º del art. 11, extiende a las "asociaciones de hecho de carácter temporal"; aplicación que parece inspirada en el régimen de los comitati del Codice civile, que no han obtenido personalidad jurídica, según el art. 41 (luego en los que la han obtenido, hay limitación de responsabilidad).

[237] MARIN LOPEZ, "Sobre la ley vasca...", *cit.*, pág. 149.

[238] ANGOITIA GOROSTIAGA, "Breves consideraciones...", *cit.*, pág. 31.

importe de la totalidad de la deuda, sino a la misma posibilidad de elección *ab initio* entre el patrimonio de la asociación y el patrimonio de cualquiera de los asociados. Dicho de otro modo, que la responsabilidad de los asociados sea directa. Dada la ausencia de previsión expresa de subsidiariedad, podría sostenerse esta interpretación. Sin embargo creo que es más ajustada al espíritu de la ley, la postura anterior.

El segundo párrafo del art. 11.1º, que se extiende el régimen de responsabilidad solidaria al caso de la "asociación en formación" (es decir, a los promotores y fundadores) y al *falsus procuratus*, plantea nuevamente problemas de interpretación. En este caso, según HUALDE SANCHEZ, a diferencia del párrafo anterior, si la obligación se contrae por los promotores o fundadores, la responsabilidad, con iguales características (solidaria) será exclusivamente suya, salvo que pueda extenderse a todos por la prueba de la existencia de un mandato o en base a la apariencia creada en la que han fiado los terceros[239].

La explicación de la diferencia entre los sujetos de la responsabilidad solidaria en un párrafo y otro -en el primer caso responden todos los asociados por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos que hubiera manifestado actuar en nombre de la colectividad; en el segundo, los promotores, fundadores o quienes se atribuyen la representación- puede estar, según ANGOITIA GOROSTIAGA, en la publicidad de hecho de la asociación que parece haber en este segundo caso, inexistente en el primero[240].

En cualquier caso, aunque el art. 9, parece querer mostrar como principales "Efectos de la inscripción", que esta "...*hace pública la constitución y los Estatutos de las Asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ellas se relacionan como para sus propios miembros*", ambas cosas, publicidad y garantía, giran fundamentalmente en torno a este efecto de la absoluta separación de patrimonios. Es decir, el que contrate con la

[239] HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco...", *cit.*, pág. 119.

[240] ANGOITIA GOROSTIAGA, "Breves consideraciones...", *cit.*, pág. 32.

asociación inscrita sabe que sólo podrá contar en su caso con el patrimonio asociativo, lo cual por cierto puede tener una lectura negativa, pues probablemente al tercero lo que le interese es poder acudir -y además de forma solidaria- al patrimonio particular de cualquiera de los asociados, por lo que verdaderamente puede decirse que el efecto "publicidad" va destinado fundamentalmente a que los terceros sepan que la responsabilidad de la asociación es limitada[241], y el de "garantía" es verdaderamente más (y yo diría que incluso "sólo") para los asociados que saben que su patrimonio no va a resultar afectado por las deudas sociales.

No contiene **la Ley catalana** una previsión paralela a la del art. 17 de la Ley vasca, aunque sí establece un régimen de responsabilidad personal y solidaria de los gestores de una asociación no inscrita.

Dice el art. 11.1º, en su primer inciso que

> "*Quienes actúan en nombre de una asociación no inscrita, responden personal y solidariamente por las obligaciones contraídas con terceras personas por parte de cualquiera de sus asociados o asociadas que hayan manifestado actuar en nombre de la colectividad*"

Este régimen de responsabilidad solidaria se aplica también según el inciso segundo de este mismo párrafo a

> "*los promotores o fundadores de la asociación y a aquellos que hayan establecido cualquier relación jurídica con terceras personas atribuyéndose la representación de la asociación*"

Esto es, se extiende al régimen de la "asociación en formación" y al caso del *falsus procuratus*. Responsabilidad que cesa si la inscripción se verifica en el año siguiente a la constitución de la asociación y en los tres meses siguientes a la

[241] Amen de los efectos "tradicionales" de la inscripción: gracias a la misma, v.gr., los terceros conocen la composición de los órganos de gobierno y administración, factor que puede determinar en parte su decisión de contratar con la asociación o en su caso, de ingresar en ella.

inscripción acepta esas obligaciones (art. 11.2)[242] y que se aplica también los supuestos de "*quienes actuando en nombre de asociaciones inscritas o no inscritas, realizan suscripciones o colectas públicas, festivales benéficos o iniciativas análogas sin tener autorización" (art. 11.4), es decir, al igual que la Ley vasca, al caso de las normalmente conocidas como "asociaciones de hecho de carácter temporal*", aunque la Ley catalana no emplea esa calificación.

La responsabilidad es pues, personal y solidaria,

-por las obligaciones contraídas con terceras personas no sólo por ellos mismos, sino por cualquiera de los "asociados" o "asociadas" que hayan manifestado actuar en nombre de la colectividad.

-a diferencia de la Ley vasca, ni siquiera se alude a la responsabilidad del patrimonio asociativo, aunque huelga decir, que éste también responderá. Pero a causa de tal omisión, surge también la duda de si la responsabilidad de los socios opera no sólo de modo subsidiario sino directo.

Pues bien, decía antes que uno de los efectos de la atribución de personalidad jurídica es la constitución de un patrimonio propio de la persona jurídica, en este caso la asociación, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. Separación absoluta en el caso que DE CASTRO denominaba persona jurídica perfecta (v.gr. la de la SA), y atenuada, aunque existe, en la persona jurídica imperfecta (la de la sociedad civil). En este segundo caso, la atenuación es grande, en el sentido de que "no hay tal separación", puesto que el patrimonio de los asociados responde también, si bien de modo subsidiario, una vez se ha acudido al patrimonio de la persona jurídica.

En mi opinión, en ambos casos, tanto en el de la Ley vasca, como en el de la Ley catalana, debería interpretarse en el sentido propuesto de MARIN LOPEZ de considerar subsidiaria

[242] Inspirado todo ello claramente, en mi opinión, en la previsión que para la Sociedad Anónima establece el art. 15 TRLSA (Sociedad en formación) y en cierta medida en el art. 16 (Sociedad irregular), en lo que se refiere al plazo de un año a partir de la constitución sin solicitar la inscripción, para ser considerada como tal sociedad irregular.

y no directa la responsabilidad de los asociados o de los administradores. Cierto es que ambas leyes reservan el más potente de los efectos de la atribución de personalidad jurídica, a saber, la separación absoluta de patrimonios, no a las asociaciones con personalidad, *sino a las asociaciones inscritas*. Pero la separación relativa de patrimonios, también es un efecto de la atribución de personalidad jurídica (por más que se tache en tal caso de "imperfecta") que debería ser defendible para el caso de las asociaciones no inscritas pero que gozan de personalidad jurídica por haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley.

En el caso de las asociaciones no inscritas, y de aceptarse la tesis de que hay cierta autonomía patrimonial, cabría hablar pues, de personalidad jurídica imperfecta, pero no sólo sobre la base de dicha autonomía, pues también hay cierta autonomía en la sociedad de gananciales, v.gr., sino con base en la estructura corporativa de que gozan que no se da en otros colectivos informes.

Prueba de ello es que el régimen de responsabilidad personal y *directa* previsto para un caso similar, -las famosas *associazioni non riconosciute* (art. 38 del *Codice civile*) y los *comitati* sin personalidad jurídica (art. 41), es justamente para dos casos de entes que carecen de personalidad jurídica, lo cual no casa con la filosofía que tienen ambos legisladores autonómicos sobre las asociaciones no inscritas[243].

[243] Un argumento a añadir podría ser que en algunos casos en que el Legislador establece la responsabilidad directa de los "asociados", prescinde justamente por ésta razón de la consideración de tal "asociación" como persona jurídica. Así, carecen de ella las asociaciones de obligacionistas previstas en la Legislación de sociedades; ello se justifica, según ALONSO ESPINOSA, porque: "Es cierto que en la misma se observan algunos de los rasgos propios de las personas jurídicas como imputación unitaria de los efectos de algunas deliberaciones (nombramiento de comisario, impugnación de acuerdos, y otras decisiones legítimas adoptadas por la asamblea), principalmente en razón de la organización estructurada por la Ley. Pero no hay creación de una entidad distinta e interpuesta entre obligacionistas y entidad deudora, titular de un patrimonio propio que reciba los efectos de su actuación. Lo pretendido al institucionalizar la AO es el establecimiento de una "organización jurídica autónoma" entre los obligacionistas, a fin de organizar la representación de éstos en lo relativo a su actuación judicial o extrajudicial en defensa de los derechos de cada uno de ellos. Pero en cualquier caso, los efectos que se deriven de esa actuación conjunta repercutirán íntegramente en la esfera patrimonial propia de cada obligacionista"; *vid*. ALONSO ESPINOSA, *Asociación y derechos de los obligacionistas*, *cit*., pág. 99, citando en este mismo sentido doctrina francesa (RIPERT y ROBLOT) e italiana (ANGULO y MIGNOLI).

En la **Propuesta de Estatuto de Asociación Europea**, se recogen expresamente un elenco de algunos de los efectos de la personalidad jurídica en el art. 2.2 PREAE, como ya vimos. Nada dice acerca de la limitación de responsabilidad, y puede pensarse que sea uno de los extremos que queda sujeto a la Legislación nacional del país del que se trate. No obstante, y en la línea del marcado acercamiento de este proyecto -y por efecto reflejo, en algunos puntos, de la Ley catalana- al Derecho mercantil, contiene una previsión respecto a la "asociación en formación"

> Art. 7º.5 "*Si se hubieren realizado actividades en nombre de una AE en vías de constitución antes de que ésta adquiera personalidad jurídica, y si la AE no asume las obligaciones resultantes, las personas que las hubieran realizado serán, salvo disposición en contrario, solidaria e indefinidamente responsables*"

Verdaderamente aquí, en un régimen de inscripción constitutiva, si que puede hablarse de "asociación en formación". En las Leyes autonómicas se aplica éste o similar régimen a *asociaciones ya formadas (o ya constituidas) pero no inscritas*.

IV.D. LA LEGISLACIÓN ESTATAL: PROPUESTAS A LA VISTA DEL SILENCIO LEGAL

Hemos visto que las Leyes autonómicas contemplan un régimen si no completo, sí en su punto más fundamental, para las asociaciones no inscritas, con independencia de que se consideren con o sin personalidad jurídica.

En la Legislación española estatal, la ausencia de regulación sobre las asociaciones no inscritas o no reconocidas, se añaden las dudas suscitadas en torno a cuál sea verdaderamente el sistema seguido. Puesto que las teorías se agrupan en las dos líneas expuestas anteriormente, a la hora de proponer soluciones, necesariamente ha de hacerse una exposición paralela, según se siga una línea u otra.

Tesis declarativa: en especial, las normas sobre el patrimonio de la asociación; reglas sobre responsabilidad y destino del mismo tras la liquidación

Para la tesis declarativa, las asociaciones no inscritas son personas jurídicas, con capacidad de obrar y patrimonio separado (y así, v.gr., una donación hecha a una asociación no inscrita será válida si se ajusta a las normas del Código civil sobre donación y pasará a engrosar el patrimonio asociativo). PANTALEON habla de una "personalidad jurídica elemental", encuadrable en el amplio concepto de personalidad jurídica propio de nuestro Código civil y nuestro Código de Comercio, cuyo reducido contenido describe con precisión el art. 38.1 de aquél. Su organización interna y su sistema de representación, asi como las causas de disolución, se rigen por las mismas normas aplicables a las asociaciones inscritas.

Precisamente porque se les reconoce la titularidad del patrimonio, esta corriente entiende que también en este punto se aplicarían las normas (o principios) de las asociaciones reconocidas o inscritas. En consecuencia, los asociados no responderían con sus patrimonios personales de las deudas contraídas en nombre de la asociación, como vimos se entiende para las reconocidas. Dado que la inscripción en el Registro de asociaciones no comporta un control o disciplina rigurosos y efectivos sobre el patrimonio asociativo, a diferencia de lo que sucede en Italia, no hay razón constitucionalmente admisible que justifique una diferencia de trato en este punto entre asociaciones inscritas y asociaciones no inscritas. En efecto, no hay medidas que aseguren la permanencia de un capital mínimo y la publicidad que el Registro ofrece del patrimonio asociativo real de la asociación, es relativamente parcial: el art. 3.8º de Ley de 1964 simplemente prevé que los Estatutos, (que si se inscribe la asociación serán objeto de publicidad), se haga constar el "*Patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual*" y en el mismo sentido, el art. 7.i) de la Ley vasca. El art. 5.m) de la Ley catalana prevé que en los Estatutos conste el "*régimen económico*". Pero no hay ninguna previsión similar a la del art. 7º.4.d) de la PREAE, que impone la publicidad del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de

cada ejercicio de la asociación. En el documento que contenga el balance deberá indicarse la identidad de las personas que con arreglo a la Ley, deben certificar dicho balance. Previsión que permite conocer con mayor exactitud el estado económico real de la asociación. En la práctica española, sólo se plantea -y la D.G. encargada del Registro de Asociaciones aun no ha dado criterios claros- la aplicación de la Instrucción de 26-6-1996, de la DGRN sobre legalización y depósito de cuentas de las entidades jurídicas en el Registro Mercantil a la asociación que ejerce actividades económicas, según vimos en el capítulo correspondiente.

Para esta línea doctrinal, la ausencia de inscripción no conlleva falta de seguridad en el tráfico, puesto que la "seguridad" que pueda otorgar la inscripción, podría ser suplida con la *responsabilidad personal y solidaria de los que actúan en nombre de la asociación*, por analogía *iuris* con el principio que inspira los arts. 10.2, párrafos 1º y 3º de la LGC[244], el art. 7.2 de la LAIE[245], el art. 15.1 del TRLSA[246], y el art. 120 del Código de comercio[247], a saber: la protección de los acreedores, que no cuentan aún en el caso de las sociedades anónimas y cooperativas, con la disciplina del capital que comporta la inscripción, ni con una teórica responsabilidad ilimitada de los fundadores, rechazada por nuestro sistema. En el caso de las AIE en tanto no se inscriban, no se conoce tampoco quienes son

[244] Art. 10. "2. *Del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la proyectada Cooperativa antes de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado. ...Cuando la escritura de constitución no se inscribiese en el Registro de Cooperativas dentro del año desde su otorgamiento, los bienes aportados a la Cooperativa y sus frutos quedarán afectados al cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria a la que se refiere el párrafo primero de este número*".

[245] Art. 7 "2. *Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción"*. Después de la inscripción, según el art. 5 *"1. Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla. 2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico*".

[246] Referente a la sociedad en formación, dice "*Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, a no ser que su eficacia quede condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad*".

[247] Que dice "*Los encargados de la gestión social que contravinieren los dispuesto en el artículo anterior serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubiesen contratado en nombre de aquélla*".

las personas que responderán personalmente, a todo lo cual se suma el peligro de un posible *falsus procurator*[248]. Tal seguridad del tráfico podría obtenerse, según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, cuando los asociados pretendan valerse, en fraude de acreedores, de la limitación total de responsabilidad propia de las asociaciones[249].

En lo referente al destino de los bienes tras la liquidación del patrimonio, se haría la misma extensión del régimen de las asociaciones inscritas, rechazando la aplicación de las normas de la comunidad de bienes[250] o de la sociedad civil, de modo que, v.gr., se rechaza la posibilidad de reparto de este patrimonio entre los asociados[251]. Solución ciertamente divergente de la propuesta en el sistema italiano.

En suma, la solución correcta pasa, en opinión de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, por no admitir, -fuera de lo relativo a subvenciones, ayudas públicas, etc.- la diferenciación de

[248] PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, págs. 49 a 53. Véase allí, su interesante reflexión sobre la aplicación de este principio a las sociedades civiles no sujetas a publicidad legal, cuyo análisis desbordaría el objetivo de este epígrafe. La misma solución que reflejo en el texto, propone para el caso de las asociaciones sometidas a un régimen especial -art. 2.1. de la Ley de partidos políticos; arts. 4.1 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; art. 5.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa para las asociaciones religiosas- en los que sí hay un régimen de inscripción (o depósito de Estatutos) con valor constitutivo, en tanto no concurran dichos requisitos, no gozarán de limitación de responsabilidad total, respondiendo personalmente los que actúan en su nombre, de modo que su personalidad jurídica aun no será "plena" o "perfecta"; *vid.* PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 53.

[249] En este sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, *cit.*, pág. 184. Aplicación que hasta el momento, y a pesar del gran número de sentencias que han hecho uso de este concepto, consultadas las obras de DE ANGEL YAGÜEZ y BOLDO RODA, citadas anteriormente, así como de las últimas sentencias no recogidas en las mismas (SSTS 5 y 8-2-1996 y 25-2-1997, así como diversas SSAP), destaca que en ningún caso se plantea el problema -y en consecuencia no se aplica la doctrina- respecto a las asociaciones sin ánimo de lucro.

[250] PUIG PEÑA, *Tratado*...I, *cit.*, pág. 264; LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*... I-vol. 2, *cit.*, pág. 300; CASTAN TOBEÑAS, que da una sencilla explicación: "Como no se crea un sujeto ideal, no puede surgir un patrimonio personal y sí solamente un patrimonio común perteneciente a una pluralidad de individuos que han de obrar para ejercitar sus derechos conjuntamente"; *vid.* CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español*...Tomo I-vol. 2º, *cit.*, (ed. de 1987), pág. 494.

[251] En este sentido, PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág. 48, que cita en su apoyo a PELLISE, GITRAMA y PAZ-ARES.

régimen jurídico entre las asociaciones inscritas y no inscritas basada en el dato de la personalidad jurídica[252].

GARCIA VALDECASAS, aunque entiende que las asociaciones no reconocidas (no inscritas) carecen de personalidad jurídica, dado que tienen una innegable "existencia jurídica", entiende al igual que los autores de la tesis declarativa, que se les debería aplicar un régimen semejante al de las asociaciones con personalidad, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones jurídicas con terceros y a la defensa judicial de los derechos que nacen de estas relaciones[253].

Tesis constitutiva

Según la tesis constitutiva, dado que la atribución de personalidad jurídica es un medio para dispensar un tratamiento singular y privilegiado, un conjunto de beneficios, nada obsta a que el Legislador condicione tal atribución a la inscripción registral, de modo que las asociaciones no inscritas carecerían de personalidad jurídica, y en consecuencia de los privilegios de ella derivados tales como la limitación de responsabilidad[254]. En pro de la responsabilidad de todos los asociados, aboga por la aplicación de las normas de las obligaciones con pluralidad de sujetos, de la sociedad civil, y por analogía, del art. 16 TRLSA. Pero la asociación sin personalidad jurídica dice CAPILLA, no es una asociación ignorada por, e irrelevante para el Estado, como en ciertas ocasiones se ha entendido, dado que el art. 9.2º CE, impone a los poderes públicos el deber de "*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sociales en que se integra sean reales y efectivas*". En esta labor de promoción,

[252] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación, cit.*, págs. 189 y 190.

[253] GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil, cit.*, pág. 271.

[254] Este efecto de limitación de responsabilidad es total para el caso de las asociaciones sin ánimo de lucro; el mismo CAPILLA es consciente de que la limitación de responsabilidad no es en todo caso, efecto de la personalidad jurídica, puesto que no existe, v.gr., en las sociedades colectivas, que son personas jurídicas; *vid.* CAPILLA RONCERO, *Derecho Civil. Parte General, ...cit.*, pág. 521

podrán o mejor dicho deberán, incidir sobre todas las asociaciones, se encuentren o no registradas[255].

La situación en la que queda la situación de la asociación sin personalidad, -de la que aquí si que cabe hablar verdaderamente- no está sin embargo, muy desarrollada por esta tesis constitutiva.

Contamos con la opinión de GITRAMA[256], que postula una solución intermedia entre la total inhibición estatal y la plena equiparación con las asociaciones reconocidas. Entiende este autor que la asociación no reconocida (sin personalidad jurídica) no es sino un conjunto de relaciones jurídicas plurilaterales puramente contractuales que imitan de modo imperfecto los efectos de la personalidad jurídica. Tienen una estructura idéntica a la de las asociaciones reconocidas (permanece idéntica no obstante el cambio de sus miembros, se rige por el principio de las mayorías, etc.), pero no se halla en ellas la unidad jurídica fundamental de la persona jurídica, no siendo sino una pluralidad de individuos que obran conjuntamente. De lo que se deriva que no hay un patrimonio separado del ente, sino un patrimonio común de los asociados, que no constituye por eso mismo, una garantía exclusiva para los acreedores de la agrupación.

Según la propuesta *de lege ferenda* de MARIN LOPEZ, de un sistema de inscripción constitutiva, las asociaciones no inscritas carecerían de personalidad jurídica, pero sería inevitable -la práctica se encargaría de hacerlo si no lo hiciera la Ley- reconocerles *subjetividad* para actuar en el tráfico jurídico bajo una denominación asociativa propia y con un fondo patrimonial autónomo. Lo que sucede es que en las asociaciones no inscritas no hay separación absoluta entre el patrimonio de la asociación y el de los asociados; estos pueden responder por las

[255] CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 122.

[256] Podemos adscribir a GITRAMA a esta tesis constitutiva, teniendo en cuenta que su opinión expresada en el prólogo a la obra de RUBINO *op.cit.*, pág. 7, es de 1943, esto es: bajo la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887 y el Decreto de 1941. En definitiva este autor hace depender la adquisición de la personalidad jurídica del reconocimiento estatal por el cauce previsto en esas normas.

deudas asociativas. Precisamente, la falta de inscripción supone agravación de la responsabilidad de los asociados, si bien nunca debería ser -el autor estima que resultaría inconstitucional- causa de sanción, ni administrativa, ni menos aún penal[257]. Recientemente, y en términos moderados, afirma MONTILLA MARCOS, que el legislador puede retomar la distinción asociaciones "no inscritas-personificadas" de las no inscritas en aquellos aspectos relativos a la protección de los derechos e intereses de terceros que mantienen relaciones con una asociación privada. En este sentido, permite la introducción de un régimen de imputación de responsabilidad diverso, manteniendo la autonomización patrimonial sólo en el caso de las inscritas[258].

En tanto se mantenga la situación actual vigente, ambas soluciones resultan convincentes, al tiempo que presentan puntos vulnerables. La ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este punto y la contemplación del panorama normativo general español (estatal y autonómico) me empujan a concluir que la dirección que apunta hacia el futuro parece ser

-a la vista de la indudable existencia de asociaciones no inscritas, -aunque el fenómeno no haya adquirido las proporciones de Italia o Alemania- ha de aceptarse que son sujetos del tráfico jurídico

-con independencia de disquisiciones doctrinales, ha de aceptarse también la existencia de un fondo común, medio para la consecución de sus actividades y que responde por las deudas asumidas en nombre de la asociación

-además, y para el caso de insuficiencia de ese fondo común, los que actúan en nombre de la asociación, han de responder con sus patrimonios personales, sin perjuicio de la posterior repetición de éstos contra los asociados, con base en los pactos que estos hubieran podido hacer. En el caso de que se

[257] MARIN LOPEZ, en el prólogo a la *Legislación de Asociaciones, cit.*, pág. 44.

[258] MONTILLA MARCOS, "La inscripción registral de asociaciones en la Constitución", *REP*, nº 92, abril-junio 1996, pág. 205.

hubieran traspasado los límites de estos pactos, no cabría tal repetición

-la responsabilidad personal debería quedar limitada a la de estos "gestores" y no extenderse a todos los socios (solución adoptada por la Ley vasca) que parece de un rigor excesivo y desincentivaría la constitución de asociaciones. Lo que sucede es que a su vez, el agravamiento de la responsabilidad de aquéllos, conllevaría el previsible peligro de abstencionismo en la gestión y en la asunción de responsabilidades. La solución indicada sería arbitrar un sistema de exigencia de responsabilidades por la vía interna, una vez el gestor hubiese demostrado haber actuado con la diligencia oportuna.

Un apunte, para finalizar, sobre la capacidad para ser parte en el proceso de las asociaciones y colectivos sin personalidad, que recoge la anteriormente citada STSJ de Navarra, de 4-11-1996. Por la completa exposición que de este punto realiza he creído conveniente y suficientemente ilustrativo transcribir algunos fragmentos del Fundamento Jurídico 4º:

> "...la sola carencia de personalidad jurídica no impedía a la asociación ejercitar colectivamente por medio de un representante los derechos adquiridos por el conjunto de sus miembros...[259] "
>
> "Así se desprende de lo establecido en la ley 49 del Fuero Nuevo de Navarra y de la doctrina sentada en su aplicación por la Sentencia de este Tribunal de 27 diciembre 1991 (RJ 1992/2583) y las del Tribunal Supremo de 14 octubre 1974 (RJ 1974/3800) y 28 febrero 1989 (RJ 1989/1408) en cuanto reconocen que las sociedades y agrupaciones sin personalidad puedan actuar como sujetos de derecho, por mediación de quienes ostenten una representación expresa o tácitamente conferida, los derechos pertenecientes en conjunto a todos sus componentes."

[259] En el caso de esta sentencia, derechos adquiridos de resultas de su participación en la interpretación o ejecución de determinadas obras musicales.

"...Y si una agrupación sin personalidad puede actuar a través de representante los derechos que conjunta o colectivamente asisten a todos sus miembros, difícilmente puede desconocérsele capacidad para ser parte en los procesos que se vea compelida a entablar en su defensa y, a su representante, la necesaria capacidad para comparecer por ella en juicio con efectos vinculantes para todos sus integrantes. No en vano, una y otra constituyen simple transposición procesal de la capacidad material para ser sujeto de derechos y ejercitarlos. Reconocida ésta, la capacidad para ser actora o demandada en juicio se impone como una consecuencia insoslayable de dicha aptitud, aun cuando para ejercerla procesalmente aquellos colectivos hayan de actuar a través de quienes, a virtud de un expreso apoderamiento al efecto o de una representación tácitamente conferida con las funciones de gestión y dirección encomendadas por sus miembros, ostenten su representación"

"...En definitiva, aunque -como en la sentencia recurrida se mantiene- la asociación actora hubiera carecido de personalidad jurídica cuando planteó la demanda, el reconocimiento de su capacidad para ser parte en el proceso en defensa de los derechos colectivos de sus asociados no dejaría de mostrarse conforme al artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la jurisprudencia que lo interpreta (cfr. por todas, SS. 16 marzo y 27 julio 1994 (RJ 1994/1985 y RJ 1994/6929) del Tribunal Supremo), de lo que se desprende la ampliación de la capacidad para ser parte, limitada en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las personas físicas y jurídicas, a determinados sujetos colectivos sin personalidad jurídica, cuyos derechos e intereses legítimos quedarían sin ella desprovistos de protección; una ampliación que, aun sin aquella disposición de la Ley Orgánica, hubiera resultado asimismo justificada en una exégesis de la Ley Procesal acorde al derecho de

tutela judicial efectiva, que, como los demás derechos fundamentales, ha de inspirar la interpretación legal (SS. 19/1983, de 14 marzo (RTC 1983/19); 4/1985, de 18 enero (RTC 1985/4); 24/1987, de 25 febrero (RTC 1 987/24) y 119/1990, de 21 junio (RTC 1990/119), por todas, del Tribunal Constitucional)"

V.ASOCIACIÓN NO CONSTITUÍDA y OTROS GRUPOS DE PERSONAS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Antes me refería al caso de las asociaciones ni siquiera constituidas, porque ha habido un vicio de consentimiento, v.gr., por lo que carecerían de personalidad jurídica. Sobre el tema de los vicios del consentimiento en el acto constitutivo, me remito al capítulo 4. Con todo, una asociación que ni siquiera ha llegado a constituírse, ha de regirse por las normas de la comunidad de bienes del Código civil (arts. 392 y ss), y a los actos realizados en nombre de ese "sujeto aparente" deberán entenderse hechos a todos los efectos por la persona física que los ha realizado.

Junto a todas las posibilidades vistas a lo largo de este capítulo, es patente que existen otras modalidades de grupos desprovistos del atributo de la personalidad jurídica. Ya me he referido al caso de las comunidades de propietarios sometidas a la LPH, y a las asociaciones de obligacionistas, a lo que cabría añadir las llamadas comunidades civiles de propietarios (STC 247/1993, STS de 22-5-1993), los mismos comuneros en régimen de comunidad ordinaria (art. 392 y ss. del Código civil)[260]. El otro supuesto de comunidad, la comunidad germánica, de la cual existen algunos ejemplos en nuestro sistema jurídico, también carece en nuestro sistema de personalidad jurídica[261].

[260] Tomo estos dos ejemplos de MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción...cit.*, 219.

[261] Aunque cada uno de ellos es discutido, suelen considerarse como comunidades germánicas: los montes vecinales en mano común, regidos por la Ley de 11 de noviembre de 1980, la comunidad de gananciales, la comunidad hereditaria, la comunidad formada con pacto de sobrevivencia en el Derecho catalán. En ellas se produce un entramado de relaciones jurídicas en las que los comuneros actúan *uti universi*. Tan es así, que los juristas italianos -según CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...cit.*, pág. 146- consideran que

Dadas sus características es un supuesto afín a las agrupaciones que gozan de tal personalidad. Con todo, hay que constatar que en ocasiones, este expediente de la comunidad de bienes se ha aplicado al patrimonio de las asociaciones sin personalidad y a los casos en que nada se hubiera previsto para el destino de los bienes de la asociación con personalidad, como hacía el art. 18 de la Ley de Asociaciones de 1887, citado en otros lugares.

No podemos olvidarnos de los llamados *grupos sociales sin personalidad* (pienso fundamentalmente en los grupos étnicos) a los que el Tribunal Constitucional ha reconocido cierta subjetividad desde el momento en que les ha reconocido el derecho al honor. Tanto la STC 214/1991, de 11 de noviembre, como la STC 176/1995, de 11 de diciembre citada, reconocieron el derecho al honor de un colectivo como es el pueblo judío, en relación a sendas publicaciones en las que se negaba el exterminio sufrido por este pueblo en el primer caso, o se ridiculizaba mediante un *comic* claramente xenófobo en el segundo[262]. En la primera se concede incluso legitimación activa a una persona individual perteneciente a ese colectivo (una judía superviviente de un campo de exterminio). El segundo se trataba de un recurso de amparo interpuesto por el director y editor de las publicación en cuestión, que habían sido condenados, por la comisión de los delitos de injurias graves (artículo 458 CP). La denuncia y querella habían sido instadas por dos asociaciones ("Amical de Mauthausen", y "B'Nai B'Rith de España"). Lo que sucede es que en el primer caso, aun concediendo de modo sorprendente esta legitimación activa, no

estas situaciones tienen una cierta subjetividad, que sin alcanzar la consideración de personas jurídicas, gozan de un régimen especial que parece presuponer que tal comunidad (o la asociación no reconocida o la sociedad irregular) merece el tratamiento de sujeto de derecho distinto (aunque no absolutamente separado) de los individuos implicados.

[262] El TC analiza el conflicto entre las libertades reconocidas por el art. 20 CE, en concreto, la libertad de expresión garantizada en el apartado 1 d) y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, como es el del honor, inherente a la dignidad de las personas que sufrieron los horrores en los campos de exterminio del nacional socialismo durante la Segunda Guerra Mundial. El TC se pronuncia respecto a la licitud constitucional de la libertad ideológica, de expresión e información cuando contengan manifestaciones xenófobas en ambas sentencias: sí existe, un ataque al honor y su manifestación no se encuentra amparada por las libertades del art. 20.1 de la Constitución, puesto que no se ha hecho uso legítimo de las mismas, hay que concluir que la ponderación efectuada por los órganos jurisdiccionales es adecuada a los parámetros constitucionales y debe ser confirmada.

entra, debido a la propia naturaleza del recurso de amparo, en el fondo del asunto pedido por la actora (indemnización, publicación de la sentencia de condena, etc.), y en el segundo, tampoco se soluciona nada, porque simplemente deniega el amparo a los directivos de la revista.

CAPITULO 7

ELEMENTO TEMPORAL: LA ESTABILIDAD DEL VINCULO

El último capítulo, de una extensión mucho más reducida que los anteriores, lo voy a dedicar a la consideración del elemento que hace referencia a la duración temporal de la asociación. Es lo que denomino elemento temporal.

Tradicionalmente se ha asignado a la asociación un caracter tendencialmente permanente, especialmente para diferenciarla de otros fenómenos como la reunión, que como decía en el preámbulo del Proyecto de Ley sobre Sociedades Públicas de 1866, *"son su forma transitoria"*. Según esto, uno de los elementos del concepto asociación sería la vocación de permanencia.

Antes de la Ley de Asociaciones de 1887, ESCRICHE definía la asociación como "la reunión o junta con carácter permanente y organizada, ..."[1]. Y COVIAN JUNCO[2] y CLARET MARTI[3] cifraban en el caracter permanente de la asociación, junto con la ausencia de ánimo de lucro, el elemento definitorio de aquélla.

El Anteproyecto de Ley de 9-7-1964, imponía que los fundadores "...*acuerden servir sin limitación de tiempo...*". Este último inciso no aparece en la redacción definitiva de la Ley, pero es un punto que ni siquiera se cuestiona ni suscita interrogantes al promulgarse la Ley.

---

[1] Cfr. definición completa en nota (2) del capítulo 1.

[2] COVIAN JUNCO, *op. cit.*, pág. 690.

[3] CLARET MARTI, *op. cit.*, pág. 15.

Diferencia con las llamadas "asociaciones de hecho de caracter temporal"

La permanencia no es exigida expresamente por la Ley de Asociaciones de 1964, e incluso, a la vista de las llamadas "asociaciones de hecho de caracter temporal", anunciadas por la D.A. de la Ley y reglamentadas por el Decreto de 20 de mayo de 1965, y por ello era posible pensar que se aceptaba el caracter temporal de la asociación.

Sin embargo, a pesar de lo que podría desprenderse de su denominación, estas agrupaciones giran en torno a un capital; aunque lo regulado es la actividad de varias personas para su consecución, lo importante es la obtención de dicho capital y su destino a las finalidades previstas. Así se desprende de la definición que ofrece el citado Decreto

> *"suscripciones o cuestaciones públicas, festivales benéficos e iniciativas análogas destinadas a arbitrar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada (art. 19.1)"*

Por esta razón, no es del todo correcto técnicamente denominarlas asociaciones[4] ni incluir su regulación en las normas reguladoras de la misma. LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, lo denominan "fondo de suscripción", y consideran se trata de una suerte de contrato entre la comisión y el donante, cuyas normas habrán de extraerse de los contratos más afines[5]. MARIN LOPEZ resalta la primacía de la faceta fundacional -en la medida en que la finalidad última de tales actuaciones es la obtención de bienes ("fondos", dice el art. 19.1 del Decreto 1.440/1965) para destinarlos a una finalidad determinada, lícita y ordinariamente de interés general- sobre su vertiente asociacional[6].

Sin embargo, no puede identificarse con la fundación, porque el capital no es algo que existiera previamente, sino que tal

[4] En Italia, v.gr., se las conoce como *Comitati* (art. 39 a 42 del *Codice civile*) y no como asociaciones. En Argentina, PAEZ considera estas agrupaciones como un auténtica "asociación entre suscriptores, aunque el rol de éstos es puramente pasivo, ya que no son medio sino instrumento". Plantea el autor una relación contractual de *do ut facias* entre suscriptores y promotores. Así, en el caso de que estos últimos incumplan las finalidades para las que se habían dado estas cantidades pueden los suscriptores reclamárselas; vid. PAEZ, *op.cit.*, pág. 58, nota 2.

[5] LACRUZ BERDEJO-LUNA SERRANO, *Elementos*...I-vol. 2, cit., pág. 300.

[6] MARIN LOPEZ, en CARRASCO PERERA *et al.*, *Derecho Civil. Introducción...cit.*, pág. 219.

organización existe para que haya un capital. En la fundación, según el art. 10.2 de la Ley de Fundaciones de 1994, el capital ha de estar desembolsado inicialmente, al menos en un 25 por 100, amen de que según este mismo artículo, la afección del patrimonio sea "de modo duradero" y otras muchas diferencias derivadas de la organización, etc.

A todo ello se suma la carencia de personalidad jurídica de estas "asociaciones de hecho"[7].

En conclusión, dado que no son auténticas asociaciones, no parece que puedan constituir un ejemplo claro de asociación temporal[8].

Situación actual: admisión de auténticas asociaciones temporales

En el proyecto de Ley de Asociaciones de 1906, al igual que la Ley francesa que tenía como modelo, se exigía la permanencia si no de la asociacion en sí, si de las aportaciones:"...*el derecho de asociación, en virtud del cual dos o más personas ponen en común, y de una manera permanente, su inteligencia o su actividad con un fin que no tenga por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia*"

Para FERNANDEZ FARRERES, esta es una de las tres notas (junto con la pluralidad de personas y el fin asociativo) caracterizadoras de la asociación en sentido estricto[9]. E incluso, algunos autores lo incluyen en la definición de asociación, como

[7] Al menos en España. En algunos países, como Perú -Código civil de 1936, reformado en 1984- sí que gozan de ella. El comité es la "*organización de personas naturales o jurídicas o de ambas, dedicada al recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista*" (art. 111). Es el equivalente a las organizaciones de hecho de caracter temporal, que con los mismos fines, se regulan en nuestro sistema, en el Decreto de 20 de mayo de 1965. Al igual que sucede con la asociación, aparece una pormenorizada regulación del registro, estatutos, órganos y responsabilidad de los mismos, vigilancia por parte del Ministerio Público y disolución. Al estar inserto en la sección segunda dedicada a las personas jurídicas, se deduce que los comités tienen la condición de tales. Además, se rige en cuanto le fueran aplicables, por las reglas de la asociación.

[8] Sorprendentemente, el ALODA de 1997 al regular estas figuras en el art. 15, mantiene la calificación de "asociaciones de hecho de carácter temporal". Dice el art. 15: "1. *Los organizadores de asociaciones de hecho de caracter temporal que pretendan promover cuestaciones y suscripciones publicas, actos benéficos y otras iniciativas análogas destinadas a recaudar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, responden frente a las personas que hayan contribuido y a los beneficiarios, personal y solidariamente de la administración y la inversión de las cantidades recaudadas.*

2. *Reglamentariamente se regularán las obligaciones documentales y de rendimiento de cuentas, en atención a la actividad que se realice*"

[9] FERNANDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución, cit*., pág. 158.

LOPEZ-NIETO que se refiere a la asociación como "agrupación permanente de personas..."[10].

La vocación de permanencia, podría entenderse como imposibilidad de una asociación a plazo. Sin embargo ni la Ley de Asociaciones de 1887 ni la de 1964 impusieron expresamente esta exigencia y la doctrina parece aceptar sin discusión el carácter temporal; es más, lo que se discutió incluso fue la posibilidad de las asociaciones constituidas por tiempo indefinido[11].

Desde el punto de vista del Derecho positivo actual, la Ley vasca en el art. 5º, exige que la unión se haga *"con carácter permanente"*. El proyecto de Ley catalana de 1994 también lo exigía.

En algunas normas de tipo administrativo sobre registro de asociaciones, -v.gr. Decreto 13/1995, de 7 de febrero de la Diputación General de Aragón por el que se regula el Registro de Asociaciones de la Comunidad Autónoma de Aragón-, se permite la inscripción de auténticas asociaciones temporales (en concreto en la sección Octava, según el art. 6º de dicho Real Decreto) han de inscribirse las asociaciones que se constituyan por plazo determinado, no superior a tres años).

El dato normativo de mayor relevancia a estos efectos, aparece en la Ley catalana de asociaciones de 1997, cuyo art. 2, prevé que los socios

> *"...se comprometen para ello a poner en común sus conocimientos, su actividades o recursos económicos con carácter temporal o indefinido"*

En esta línea, recientemente, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA se limita a exigir "un vínculo dotado de una mínima estabilidad"[12], y de esta expresión he tomado la idea para la denominación de este elemento.

---

[10] Cfr. definición completa en *La ordenación...cit.*, pág. 40.

[11] COVIAN JUNCO, en 1910 alude a "la pretensión de ciertos Gobiernos de excluir las asociaciones por tiempo indeterminado del campo del Derecho, (que) dirige sus tiros indudablemente contra las corporaciones religiosas; pero desconoce el carácter predominante en toda asociación, que es la permanencia en la armonía con el fin que las mismas persiguen, de suerte que la casi totalidad pertenece al primer grupo (al de las constituidas por tiempo indeterminado)". Se entenderán constituidas por tiempo determinado, según este autor, si los Estatutos expresan la fecha en que ha de concluir o la asociación tiene por objeto una empresa que deberá llevarse a término necesariamente dentro de cierto plazo; *vid. op. cit.*, pág. 705.

[12] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *op.cit.*, pág. 94.

El ALODA de 1997 acepta abiertamente la existencia de asociaciones temporales, y de hecho preve que una de las menciones estatutarias sea -art. 6. 1. c)- "*La duración, cuando la asociación no se constituya por tiempo indefinido*". Por lo demás, si en ningún caso es conveniente omitir la mención estatutaria al destino del patrimonio de la asociación tras la disolución, en el supuesto de una asociación temporal, parece menos admisible aún por ser la disolución una situación que inexorablemente va a llegar.

CONCLUSIONES

PRIMERA— Las leyes estatales de asociaciones promulgadas hasta el momento, así como otras normas que inciden en la regulación de las asociaciones sin ánimo de lucro, como el Código civil, no contienen un concepto legal de asociación aunque sí aportan datos suficientes para la construcción doctrinal del concepto.

SEGUNDA— 1. La *pluralidad personal* es la base o sustrato de la asociación, elemento intrínseco pues, del concepto asociación. Aunque haya factores de acercamiento a la fundación -similitud de las finalidades perseguidas y de modos de desenvolverse-, en la asociación es esencial la idea de cooperación -aunque sea entre dos personas-, y esa cooperación es lo que se protege como derecho fundamental, lo que determina a su vez, un régimen de protección especial del que carece la fundación.

2. Sin perjuicio de la futura toma de postura legal, *de lege lata*, para la constitución de la asociación, basta con la concurrencia del consentimiento de dos personas, sin que constituya un impedimento la posible exigencia de actuación por mayoría en la asociación una vez constituida y siempre teniendo en cuenta, que en principio, la asociación es vocacionalmente abierta a nuevos asociados. No es admisible la constitución unipersonal de la asociación; ello, en todo caso, constituye una "promoción", que necesita la adhesión de otra persona para lograr la constitución de la asociación.

La reducción a un solo socio no es por sí sola causa de disolución de la asociación, a no ser que determine una auténtica imposibilidad de funcionamiento, en el sentido del art. 39 del Código civil.

3. Las personas que forman el sustrato pueden ser físicas y jurídicas, y en este caso, tanto públicas como privadas, tanto de índole asociativo como fundacional; incluso dentro de las de base asociativa, sociedades que busquen el lucro, siempre que se unan para fines que no sean lucrativos ni económicos, pues en este último caso, cuentan con el cauce más adecuado de la AIE.

4. Para constituir la asociación, las personas físicas han de estar emancipadas y no incursas en causa de incapacitación; pueden ingresar en una asociación ya constituida menores e incapaces, por medio de su representante legal o con su asentimiento. *De lege ferenda*, debería admitirse la representación legal también en el acto de constitución siempre que redunde en beneficio del representado.

TERCERA— 1. Puede seguirse manteniendo la postura tradicional que fija una importante clave de distinción de la asociación respecto a otras figuras afines en *el elemento teleológico*, sobre la base de la prohibición de reparto directo o indirecto de beneficios: es decir, desde el momento en que se obtiene una ventaja patrimonial individualizada que repercute en el patrimonio de cada miembro de la agrupación, de modo que pueda apreciarse una relación de causalidad entre la actividad de la agrupación y su ganancia efectiva o su gasto no realizado, ha de negarse el carácter de asociación porque hay enriquecimiento individual. Si tal individualización o reparto no se produce, sino que lo que se consigue mediante la actividad asociativa son ventajas genéricas para un colectivo o dicho de otro modo, la *tutela de los intereses patrimoniales de sus miembros,* que no se traduce directamente en un aumento patrimonial individualizable, conseguido como consecuencia directa de actividad de la asociación, puede mantenerse sin problemas que nos hallamos ante asociaciones sin ánimo de lucro.

2. El fin no lucrativo de la asociación es compatible con la conveniente y en ocasiones necesaria actividad económica, que, concebida de modo instrumental, puede ser realizada como actividad principal de la asociación. Han de arbitrarse los medios convenientes para evitar que estos fondos se desvíen del fin asociativo o sean objeto de reparto, así como para la protección de los acreedores. También es compatible, en términos generales, con la remuneración a los cargos directivos por el desempeño de su misión y con el contrato de trabajo también remunerado, entre la asociación y el asociado. A su vez, no obsta para el posible reparto del remanente de la asociación disuelta entre los socios hasta un límite no superior al de sus aportaciones.

3. El fin y las actividades de la asociación pueden ser tanto de interés particular, como de interés público, y en este último caso, se puede investir a las asociaciones de funciones públicas sin que por ello se conviertan en Corporaciones de Derecho público. De hecho este cauce de "autoadministración" es de creciente utilización.

CUARTA—1. La *voluntariedad* en el origen y el ingreso en la asociación es un elemento constitutivo del concepto asociación, intrínsecamente ligado a su caracter de derecho fundamental, pero que ha de ser objeto de matización, ya que puede imponerse la creación y adscripción forzosa en determinadas asociaciones -que no son Corporaciones de Derecho público- a la vista de las funciones públicas que desempeñan.

2. El análisis de la naturaleza jurídica de estos actos voluntarios tiene importancia en la medida que determine la aplicación de un régimen jurídico concreto que pueda servir para suplir las deficiencias de la actual Legislación de asociaciones. La opción por la naturaleza contractual, -que es la única que ofrece un régimen completo al que acudir-, se enfrenta con algunas dificultades, tanto por la aplicación de algunos de los elementos que forman la categoría conceptual del contrato, como por la aplicación de algunos de los artículos del Código civil incompatibles con la estructura

corporativa de la asociación o con la dimensión de derecho fundamental presente en la asociación. Lo deseable sería que la futura regulación de las asociaciones contuviera un régimen completo, de modo que no fuera necesario acudir a los preceptos del Código civil.

QUINTA— 1. *El elemento de organización* reviste una especial importancia en la asociación, no sólo por ser esencial a la misma, sino por la peculiar estructura corporativa que adopta la asociación, que le aleja de figuras afines como la sociedad civil y en cierta manera le acerca más a otras figuras como la SA. El carácter de derecho fundamental de la asociación, del que carecen otras figuras corporativas, influye también en la determinación de la estructura, otorgando mayor autonomía en la fijación de la misma y una protección especial a sus componentes, pero no obliga necesariamente a que la estructura interna sea democrática.

2. Los Estatutos son la plasmación de esa organización y tienen carácter de norma jurídica entendida en sentido amplio. Por ese carácter normativo, si se quiere adoptar una decisión contraria a Estatutos, tendría primero que obtenerse una modificación de éstos con arreglo a los cauces previstos. No cabe la derogación implícita o tácita de los mismos mediante un acto distinto, aunque éste provenga de la Asamblea general. El negocio jurídico creador de los mismo es inescindible en sentido material del acto de constitución de la asociación, constituyendo una faceta del mismo con características peculiares.

SEXTA—1. Aunque el *elemento de personificación jurídica* ha sido tradicionalmente esencial en el concepto de asociación, la dimensión de ésta como derecho fundamental no lo exige y desde el punto de vista del Derecho privado, la verdadera importancia de este elemento reside en las funciones que cumple. La importancia de estas funciones, así como el creciente recurso a las asociaciones como colaboradoras de la Administración, aconsejan *de lege ferenda*, la

instauración de un sistema de inscripción constitutiva en el Registro de asociaciones. Inscripción a la que se tiene derecho, si se cumplen las condiciones fijadas legalmente.

2. La principal función de la atribución de la personalidad jurídica es el reconocimiento de capacidad jurídica. Esta capacidad se revela de una importancia y amplitud crecientes. En el orden patrimonial la asociación tiene capacidad para ser sujeto tanto de derechos reales -si bien el ejercicio de la capacidad patrimonial de la asociación está condicionado por la función social o "asociativa" que debe cumplir la propiedad de la asociación- como de crédito. La personalidad jurídica de la asociación es perfecta o completa, en el sentido de que determina una total incomunicación entre el patrimonio de la asociación y el de los asociados. En el orden procesal, aparte de la capacidad general, determinadas asociaciones gozan en la actualidad de acciones en defensa de los intereses difusos. En el orden familiar, la asociación está siendo nombrada tutora y realizando importantes funciones como entidad colaboradora de integración familiar y de adopción internacional. En el ámbito público, algunos derechos de los ciudadanos, como el trámite de audiencia en la elaboración de los Reglamentos, sólo encuentran el cauce adecuado a través de las asociaciones.

En lo referente a la relación de la capacidad con el fin y el objeto de la asociación plasmados en los Estatutos y la responsabilidad de la asociación por actos ajenos a los mismos, las exigencias del tráfico jurídico desaconsejan un principio de especialidad de la capacidad; a la vista de que la estructura corporativa de las asociaciones les acerca en cierto modo a la Sociedad Anónima o a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, puede acudirse a las soluciones que se ofrecen en el ámbito societario y entender que la asociación queda obligada frente a terceros de buena fe incluso por los actos que no están incluidos en el objeto social. Esta regla es aplicable a las extralimitaciones llevadas a cabo por el órgano respectivo, tanto respecto al objeto social como a sus propios poderes. La Asamblea general y la Junta directiva pueden acordar, sin necesidad de tener que reformar los Estatutos, la realización de actos no comprendidos en el objeto social, pero no de actos contrarios al mismo.

3. La principal consecuencia de la falta de inscripción es la responsabilidad personal y solidaria de quienes actúan en nombre de la asociación.

SEPTIMA— La vocación de permanencia no es elemento constitutivo del concepto asociación, pues son perfectamente admisibles las asociaciones temporales. Lo que sí es necesario es que el vínculo intrínseco a la asociación sea estable.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABAD BERRUEZO, *Estudio de los problemas de titularidad jurídica de las personas jurídicas*, Publicaciones de la Caja de Ahorros Provincial, Serie Documentos, II, Alicante, 1975

AGUIAR DE LUQUE-ELVIRA PERALES, "Artículo 22. Derecho de asociación", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978,* tomo II, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1997

AGUILAR GARCIA, "Las agrupaciones de interés económico", en el vol. col. *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996

ALBALADEJO GARCIA, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958

—"La persona jurídica", *RDN*, abril-junio de 1960

—*Derecho Civil,* tomo I, vol.1º, Bosch, Barcelona, 1996; tomo II, vol. 1º, 1997; tomo II, vol.2º, 1994

ALBIEZ DOHRMANN, "Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales", *Estudios de Derecho Civil en homenaje al prof. Dr. Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1992

ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, en el prólogo a BARCELO RICO-AVELLO, ALVAREZ DE NEYRA *et al., Regímenes fiscales especiales en el impuesto sobre sociedades. Fundaciones, asociaciones, entidades parcialmente exentas e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Colex, Madrid, 1996

ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, tomo II, Madrid, 1915

ALFANDARI,

—"Les associations: la dérive d'une liberté", *JCP,* éd. E. 1986, nº 39, *supplément*

—"Associations et entreprises intermédiaires", *Rev.dr.sanit. et soc*., 1986

—"La fourniture de prestations juridiques por les associations depuis la loi du 31 décembre 1990", *Rev.dr.sanit. et soc*.1991, 338

ALFANDARI y JEANTIN, Comentario a *Cass. civ. 1re*, 10-5-1978 y *Cass. civ. 1re*, 10-5-1978, *Rev.trim.dr.com.,* 1979, 769

—Comentario a *Cass. com.* 10-6-1980, *Rev. trim. dr. com.* 1982, 450
—Comentario a *Cass. com.* 1-3-1982, *Rev.trim.dr.com.* 1984, 649
—Comentario a *C.A. Aix-en-Provence*, 11-3-1985, *Rev. trim. dr. com.* 1985, 779
—Comentario a *Cass. soc.* 17-12-1987, *Rev.trim.dr.com.* 1988, 467
—Comentario a *Cass. com.* 15-3-1988, *Rev.trim.dr.com.* 1988, 460
—Comentario a *C.A. Paris, 1re. ch*. 27-2-1989, *Rev. trim. dr. com.*, 1989, 689
—Comentario a *Cass. soc.* 27-6-1990, *Rev. trim. dr. com.* 1990, 602
—Comentario a *C.A. Paris, 1re.* 19-12-1989, *Rev. trim. dr. com.*, 1990, 603
—*Comentario a TGI Paris*, 19-10-1990, *Rev. trim. dr. com*. 1992, 407
ALFARO AGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC,* enero-marzo 1993
ALFEREZ CALLEJON, "Asociaciones y Partidos políticos en la España de hoy", *Documentación Jurídica*, nº 16, 1977
ALONSO ESPINOSA, *Asociación y derechos de los obligacionistas*, Bosch, Barcelona, 1988
ALONSO PEREZ, "La situación jurídica del menor en la L.O. 1/1996, de 15 de enero", *AC,* nº2, enero 1997
ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución de 1978. Comentario sistemático*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978
ANGOITIA GOROSTIAGA, "Breves consideraciones en torno a la personalidad jurídica, responsabilidades, utilidad pública y disolución de las asociaciones en la Ley vasca 3/1988, de 12 de febrero", *RDPC,* nº9, Madrid, mayo-agosto 1996
ARANGUREN URIZA y FERNANDEZ-TRESGUERRES, "La representación de la sociedad anónima", en el vol. col. *Estudios sobre la sociedad anónima*, dir. GARRIDO DE PALMA, Civitas, Madrid, 1991
ARCHAMBAULT, "Le secteur sans but lucratif: une perspective internationale", *Rev. ét. coop., mut. e assoc.,* nº 261, 1996
ARIAS VELASCO, *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro*, Coordinadora Catalana de Fundaciones y Ed. Pons, Madrid, 1995
ARTOLA, *Partidos y Programas políticos, 1808-1936, II. Manifiestos y programas políticos,* Alianza Editorial, Madrid, 1991
AVILA NAVARRO, *La Sociedad Limitada*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1996
AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, vol. II, Neuchâtel, 1967/1982
AURICCHIO, voz "Associazioni riconosciute", *Enciclopedia del Diritto,* III, Giuffrè, Milano, 1954

AZNAR LOPEZ y BENITO RUIZ, "La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario: protección y promoción por el Estado", en el vol. col. *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991

BADENES GASSET, "Las asociaciones de utilidad pública. Alcance de su régimen específico", en *Libro-homenaje a Roca Sastre*, tomo II, Madrid, 1977

BADOSA COLL, "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el art. 1.263 Cc)", en el vol. col. *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1990

BAENA DEL ALCAZAR, "La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia", *RDPC*, nº 11, 1997

BARDOUT, *Les libertés d'association: histoire étonnante de la loi 1901*, Editions Juris-Service, Paris 1991

BARO PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1993

BASILE, "Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas" en PREDIERI, GARCIA DE ENTERRIA *et al. La Constitución de 1978*, Madrid, 1980

BASSOLS COMA, "Las ligas deportivas profesionales. Sus relaciones jurídicas con los clubes y Federaciones Deportivas", en el vol. col. *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid, 1994

BEHAR-TOUCHAIS, voz "Association", *Encyclopédie Dalloz*, *Civil*, *Recueil,* enero de 1993

BENITO y ENDARA, *El derecho de asociación*, Barcelona, 1903

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y BROSETA PONT, "Mutuas de seguro, prima fija y carácter no mercantil", *RDM*, 1986

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Comentario a la STSJ de Navarra, de 4 de noviembre de 1996, *CCJC*, nº 43, enero-marzo 1997

BERMEJO VERA, "Entes instrumentales para la gestión de la Función pública del deporte: las Federaciones deportivas", en el vol. col. *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid, 1994

BERMEJO VERA, "La dimensión constitucional del derecho de asociación", *RAP,* nº 136, enero-abril 1995

BERRIATUA SANSEBASTIAN, *Las asociaciones de vecinos*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1977

BESANCON, *Les nouveaux enjeux du mécénat en Europe*, Editions Juris-Service, Paris 1994

BETTATI y DUPUY, *Les ONG et le droit international*, Economica, 1986

BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de MARTIN PEREZ, Edersa, Madrid , 1943

BIANCA y PATTI, *Lessico di Diritto Civile*, Giuffré, 1991

BILBAO UBILLOS, "Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones", *RDPC*, nº9, Madrid, mayo-agosto 1996

—*Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997

BLANCO RUIZ, "El Registro de Asociaciones: concepto, principios dominantes y efectos", *Boletín del Ministerio de la Gobernación* nº 46, 1967

—"Las agrupaciones de interés económico y el sector no lucrativo", en el vol. col. *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre editorial, Colección solidaridad 5, Fundación ONCE, Madrid 1993

BOLAS ALFONSO, en el vol. col. *La sociedad de responsabilidad limitada (comentarios a la Ley, tras la reforma de 25-VII-89 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29-XII-89)*, Civitas, Madrid, 1991

BOLDO RODA, *Levantamiento del velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Revista de Derecho de Sociedades-Aranzadi, Pamplona, 1996

BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1944

BONNECASE, *Elementos de Derecho civil,* tomo I, trad. por Cajica, Méjico, 1945

BRICHET, *Associations et syndicats,* Litec, 1986

—"Associations. Constitution. Capacité. Fonctionnment", *Civil Annexes,* Fasc. 1,

—"La rémuneration des administrateurs d'une association", *JCP* 1988. I. nº 3322, y *JCP* éd. not. 1989. I, nº 97

—"Le rôle des associations privées dans la vie administrative", *AJDA*, 1980, nº 3

—"Une association peut-elle être une personne morale commerçante?", *JCP* 1989. I, nº 3385

CABALLERO LOZANO, "Consideraciones acerca de la relación jurídica entre socio y asociación", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993

CABRA DE LUNA, "La constelación de entidades no lucrativas", en el vol. col. *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre editorial, Colección solidaridad, Fundación ONCE, Madrid 1993

—"El papel de las asociaciones y fundaciones como respuesta a las necesidades sociales", *Documentación Social*, 1996, nº 103

CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991

CAMY SANCHEZ-CAÑETE, "Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal", *RDP*, 1971

CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984

—*La sociedad civil*, col. *Studia Albornotiana*, 39, Real Colegio de España, Bolonia, 1984

—*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, vol 1º, Edersa, Madrid, 1986

—*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, comentario al artículo 136, Civitas, 1989

—*Derecho Civil. Parte General*, coor. por LOPEZ, MONTES, Tirant lo Blanch, Valencia 1992

—*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol 3º, Edersa, Madrid, 1993

—"Teoría general de las personas jurídicas", Ponencia presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996

CARBONNIER, *Droit civil,* tomo 4, *Les obligations*, Thémis, P.U.F., 1985

CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp. por ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956

CARPIO MATEO, "El patrimonio de la asociación y los derechos de los asociados, *RCDI*, 1972

CARRANCHO HERRERO, "Precisiones sobre el alcance de la inscripción de las asociaciones", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Dilex, 1997

CARRO MARTINEZ, *Derecho Político,* Serv. Publicaciones Univ. de Madrid, Madrid, 1961

CASTAN TOBEÑAS, "Los derechos de la personalidad", *RGLJ,* 1952

—*Derecho civil español, Común y Foral*, tomo I, vol.1º, Reus, Madrid; Tomo I, vol. 2º, en las ediciones de 1941, 1971 y 1987; tomo III, 1992; tomo IV, 1993

CAZORLA PRIETO, "Art. 7. Sindicatos y Asociaciones empresariales", en *Comentarios a la Constitución*, (coord. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1985

CISCART BEA, "L'associacionisme professional a Catalunya: Les cooperatives de treball social", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993

CLARET MARTI, *Las asociaciones, su régimen jurídico*, Bosch, Barcelona, 1941

CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Recuiel Sirey, 1935

CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil*, II, Facultad de Derecho, Madrid, 1927

COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DIEZ, "Artículo 22.2. Límites constitucionales al derecho de asociación", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978,* tomo II, Edersa, Madrid,1997

Código civil. Debates Parlamentarios (1885-1889), Estudio preliminar de DE LOS MOZOS, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Senado, 2 vol., Madrid, 1989

COLIN y CAPITANT,*Curso Elemental del Derecho Civil*, tomo 2º, vol I, trad. y notas de DE BUEN, Reus, Madrid, ed. de 1923 y de 1961

—*Curso Elemental del Derecho Civil*, IV, trad. y notas de DE BUEN, Reus, Madrid 1960

COLLAUD, *Comment créer ete animer une association*, Ed. Réalités sociales, Lausanne, 1990

COLLIARD, *Libertés publiques,* Dalloz, 1975

COMMISSION COOPÉRATION-DEVELOPPEMENT, "Argent, Associations, Tiers Monde", *La Documentation française*, 1988

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Le Droit des Associations*, vol. I y II, Editions Lamy,1994

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "El fomento del papel de las Asociaciones y Fundaciones en Europa", Bruselas, 1997, COM (97) 241 final

CONDE DE TORREANAZ *et al., ¿Qué circunstancias habrán de concurrir en las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones?*,

Separata del tomo VII de las Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1893

CONSEIL DE L'EUROPE, "Les associations à but non lucratif dans certains Etats membre du Conseil de l'Europe" Dossier Législatif nº1, *Affaires juridiques*, Strasbourg, 1981

COSCULLUELA MONTANER, "Nuevas tendencias en la regulación de las Corporaciones de Derecho Público en el Derecho español", en el vol.col. *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid, 1994

—*Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996

CORNU, "Dissolution judiciaire d'une association inactive et reprise des apports", *Rev. trim. dr. com.*, 1970, nº 2

COSTI, *Società in generale. Società di persone. Associazioni in partecipazione*, Torino, UTET, 1991

COVIAN JUNCO, voz "Asociación (Derecho y contrato de)", *Enciclopedia jurídica española*, tomo I, Seix Barral, Barcelona, 1910

COVIELLO, *Manuale di Diritto civile italiano*, *Parte Generale*, Milán, 1929

COZIAN, "La transformation en association des sociétés affectant leurs immeubles à une oeuvre désintéressée" (Loi nº 69-717 du 8 julliet 1969), *JCP* 1970 I. 2298

CRUZ VILLALON "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *REDC*, nº 35, mayo-agosto 1992

CUMMING, *Propositions pour un nouveau Droit des Corporations Canadiennes sans but lucratif,* vol. I y II, Information Canada, Ottawa, 1974

CHASSAGNADE-BELMIN, "Les apports aux associations", *Journ.not*., 1958

CHEMINADE, "La société civile de moyens", *JCP* , 1971, nº 2405

CHEVALLIER, "L'association au service public", *JCP,* 1974, nº 2667

—"L'association entre public et privé", *Revue du Droit Public,* nº4, 1981

D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1991

DANDONNEAU, "La Francisation a l'aveuglette du Droit des Corporations", *Revue juridique Themis*, (1978), 13, nº 1

DE BUEN, *Derecho civil común*, tomo I, Madrid, 1930; tomo II, Madrid, 1940

DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971

—*Derecho civil de España*, tomo II, (reimpresión de la ed. de 1952), Civitas, Madrid, 1984
—*La persona jurídica,* (reimpresión de la ed. de 1984), Civitas, Madrid, 1991
DE COSSIO y CORRAL, A., "Hacia un nuevo concepto de persona jurídica", *ADC*, 1954
—*Instituciones de Derecho civil,* I, Alianza Editorial, 1975
—*Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*. Dirigidos por M. Albaladejo, tomo I, Edersa, Madrid, 1978
DE COSSIO y CORRAL, F., "Crónica legislativa: el Decreto sobre normas complementarias de la Ley de Asociaciones", *RCDI*, jul-ago 1965, nº 446-447
DE ESTEBAN y GONZALEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Español* II, Universidad Complutense, Madrid, 1993
DE GIORGI, "Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni", *Trattato di diritto Rescigno*, 2-I, Torino, 1982
DE GIORGI, voz "associazioni riconosciute", *Enciclopedia Giuridica,* Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988
DE LA CAMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. 1º, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1977
—"El contrato de sociedad ¿crisis del concepto?", *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, Madrid, 1993
DE LA HAZA, "Observaciones a un STC sobre inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas", *LL*, 1988/3
DE LA MORENA, "El derecho de asociación en la Constitución: ¿Qué debe entenderse por inscripción registral a los solos efectos de publicidad?", *Boletín del Ministerio del Interior* nº 84, 1981
DE LOS MOZOS, *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, Civitas, Madrid, 1988
DE PABLO CONTRERAS, "Tres competencias de Derecho Privado en el art. 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones, y centros de contratación de mercaderías y valores", *RJN*, nº3, 1987
DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tomo II, *Les personnes*, vol. 1º, 1990
DE PRADA GONZALEZ, *Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva Ley", en Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Fundación Futuro, Madrid, 1995
DEBBASCH y BOURDON, *Les associations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993
DELSOL, "Les apports aux associations", *Juris-assoc*., 1986, nº 24

DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina, attivitá*, Pubblicazioni del Centro interdipartimentale per gli studi aziendali eonomici e sociali, Napoli, 1996

DIAZ LEMA, "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico públicas?", *RAP*, nº 120, sept-dic 1989

DIEZ-PICAZO, "Problemas jurídicos del urbanismo", *RAP*, nº 43, enero-abril, 1964

—*La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992 (reimpresión de la ed. de 1979)

—*Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991

—*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996; III, *Las relaciones jurídico-reales, El Registro de la Propiedad, La posesión*, 1995

DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema del Derecho civil*, vol.I, Tecnos, Madrid, 1997; vol.II, 1997; vol.III, 1997

—*Instituciones de Derecho civil*, vol.I, Tecnos, Madrid, 1995

DOMAT, *Oeuvres complètes*, 4 vol., Libraire de Jurisprudence, Paris, 1829

DOMINGO DE MORATO, *El Derecho Civil Cspañol con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justinianoy de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones del Digesto Romano hispano de D. Juan Sala*, tomo I, Valladolid, 1868

DUQUE DOMINGUEZ, "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anómimas", en el vol. col. *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, La Fundación, Universidad de Albacete, Civitas, Madrid, 1991

EGEA FERNANDEZ, "Persones jurídiques privades amb règim d'actuació, parcialment, de Dret públic: les entitats de participació ciutadana", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993

ENJOLRAS, "¿Comment expliquer la présence d'organisations à but non lucratif dans une economie du marché? Une théorie socio-économique des organisations non lucratives", *Annals of Public and Cooperative Economics*, 1995, nº 4, vol. 66

ENNECERUS, *Derecho civil,* tomo 1, *Parte General*, vol. I, revisión de NIPPERDEY, trad. de la 39ª ed. alemana y notas de PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1953

—*Derecho civil,* tomo 1, *Parte General*, vol. II, revisión de NIPPERDEY, trad. de la 39ª ed. alemana y notas de PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1944

EROLI, *Le associazioni non reconosciute*, Jovene Editore, Napoli, 1990

ESCRICHE, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, tomo I, ed. 1874 y tomo IV, ed. 1876

ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, Madrid, Edersa, 1982

—*Manual de Derecho civil español*, III, Edersa, Madrid, 1983

ESTEVE PARDO, "Las Asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas", *REDA*, nº 45, 1985

FALCON, *Exposición Doctrinal del Derecho civil español, común y foral según las leyes escritas...*

—*Código civil español, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios*, I, Madrid, 1888-1890

FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977

FERNANDEZ DE VELASCO, "Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual", *RGLJ*, 1924

FERNANDEZ DEL POZO, "La publicitat registral de las persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya", Ponencia presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996

FERNANDEZ FARRERES, "Algunas reflexiones sobre el nuevo derecho de asociación tras la Constitución española de 1978", en el vol. col. *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1983

—*Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987

FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Abella, Madrid, 1997

FERNANDEZ SEGADO, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *REDC*, nº 39

FERRANDIZ GABRIEL, "Impugnación de acuerdos de cooperativas y asociaciones", en "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. de la 2ª ed. italiana por OVEJERO, Madrid, 1929; incorporada luego al *Tratatto Vassalli*, Torino, 1956, voz "*persone giuridiche*".

FERRER i RIBA, "Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor", *RJC*, 1996, nº 3

FERRI, voz "Consorzio (teoria generale e consorzi industriali)", en *Enciclopedia del Diritto Giuffrè,* tomo IX, Milano, 1961

—voz "Contratto plurilaterale", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1968

—voz "Società (in generale)", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1970

—*La società*, UTET, Torino, 1985

FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht,* I-2 ("Die juristiche Person") Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1983

—*ZHR* ,148 (1984)

FONTAINE, *Las associations sans but lucratif dans les Communautés Européenes*, Parlement Européen, Documento A 2 196-/1986

FUERTES LOPEZ, *Las sociedades deportivas*, Pons-Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Leon, 1992

FUNES RIVAS, "El asociacionismo y la redefinición de los espacios políticos", *REP,*, nº 89, julio-sept 1995

FUSARO, *L'associazioni non riconosciuta, Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991

GALGANO, "Delle persone giuridiche", en *Comentario al Codice civile de Scialoja y Branca*, Bolonia, Roma, 1972

—"Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", en *Comentario al Codice civile de Scialoja y Branca*, Bolonia, Roma, 1976

—"Le associazioni, Le fondazioni, I comitati", en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1987

—*Diritto civile e Commerciale, volume Primo,* Cedam, Padova, 1993

GALLEGO MORALES, *Los intereses profesionales y las fórmulas organizativas*, Universidad de Granada y Diputación provincial de Granada, Granada, 1997

GAMAZO, "Sobre las fuentes del Derecho, los sujetos y la personalidad", Discurso inaugural como presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1885

GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Edersa, Madrid, 1979

—*Lecciones de Derecho civil II, Teoría General de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995

GARCIA CANTERO, "Notas sobre representación legal en el Derecho de familia", *AC*, nº 11, marzo 1990

GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1997

—*Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 1982

GARCIA DE ENTERRIA, Javier, "Modificación de los Estatutos", en el vol. col. *Tratando (sic) de la Sociedad Limitada*, (coord. PAZ-ARES), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997

GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. tomo I, Madrid, 1852, reimpresión al cuidado de la

Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974

GARCIA GOYENA, AGUIRRE y MONTALBAN, *FEBRERO o librería de los Jueces, abogados y escribanos. Comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación vigente*, Madrid, 1841 y 1845

GARCIA LUIS, *Fiscalidad de Asociaciones y Fundaciones*, Lex Nova, Valladolid, 1995

GARCIA MAS, "Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor", *AC*, nº 34, sept. 97

GARCIA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empersariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987

GARCIA PESARRODONA, *Régimen jurídico-administrativo de las asociaciones*, Barcelona, 1950

GARCIA TREVIJANO, *Principios jurídicos de la Organización Administrativa*, Madrid, 1957

GARCIA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil*, Civitas, Madrid, 1983

GARRIDO DE PALMA, "Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil", *Revista de Derecho privado*, 1972

—*Las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1992

—"La asociación como forma de empresa", en el vol. col. *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996

GARRIDO GONZALEZ, CARDENAS BRITO y GARCIA JIMENEZ, "Asociaciones profesionales: su languidez actual y su apuesta al futuro", I Congreso estatal de Asociaciones, organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona, celebrado en dicha ciudad, febrero de 1995

GARRIGOU-LAGRANGE, *Asociaciones y poderes públicos*, trad. esp., I.E.P., Madrid, 1974

GARRIGUES, "Teoría general de las sociedades mercantiles", *RDM*, 1976

GASTAUD, *Personnalité morale et Droit subjetif. Essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977

GAVALDA y PARLEANI, *Droit Communautaire des affaires*, Litec, Paris, 1988

GETE-ALONSO CALERA, "La influencia del concepto de contrato en el Código civil", *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1990

GIL CREMADES, "Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas", *Revista del Ministerio para las Administraciones Públicas*, 1992

GIL NOVALES, *Las Sociedades Patrióticas (1820-1823)*, Tecnos, Madrid, 1975

GIMENO LINARES, "Del concepto de contrato", *RGLJ* , 1930, segundo semestre

GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I, GT, Madrid, 1976

—*Sociedades. Parte General,* GT, Madrid, 1979

GOMEZ CALERO, *Las Agrupaciones de Interés Económico*, Bosch, Barcelona, 1993

GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid, 1870

GONDRA ROMERO, "Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española", *RDM*, 1976

GONZALEZ CASANOVA, voz "Libertad de asociación", *Enciclopedia Jurídica Seix*, pág. 311, Barcelona, 1974

GONZALEZ ORDOÑEZ, "Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedad civil y sociedad mercantil y sus consecuencias prácticas", *RDM*, 1956

GONZALEZ PEREZ-GONZALEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, vol. I, Civitas

GUTIERREZ ALBORNOZ, *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones,* Ed. jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963

GUTIERREZ Benito, *Código o estudios fundamentales sobre Derecho civil españo*l, Madrid 1862-1869

GUYON, "De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978", *Mélanges Kayser,* 1979, tomo I

—*Droit des affaires, Droit commercial général de sociétés*, Paris, 1984

HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Larose et Tenin, 1910

—*Principios de Derecho Público y constitucional*, trad. de Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927

HERRERO DE MIÑON, "Artículo 52. Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978,* tomo IV, Edersa, Madrid, 1997

HOLYOAKE, *Historia de los pioneros de Rochdale*, Aecoop-Aragón, Zaragoza, 1973

HUALDE SANCHEZ, "Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de asociaciones: la Ley 3/1988 de 12 de febrero de asociaciones", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993

—"La ley vasca de asociaciones. Ley 3/1988 de 12 de febrero de asociaciones", Ponencia presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996

JANER DURAN, *Asociaciones de propietarios para obras municipales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976

JOLY, *Organisations non gouvernementales françaises et développement*, Centre d'études et de recherche internationales et communautaires, Univerité Aix-Marseille III, Económica, 1985

JORDANO FRAGA, "La capacidad general del menor", *RDP*, 1984

IGLESIAS, *Derecho Romano, Historia e Instituciones,* Ariel, Barcelona, 1990

LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil* I-vol. 1, Bosch, Barcelona, 1988; I-vol. 2, 1990; I-vol.3, 1984; II-vol.1, 1994; II-vol. 2, 1995; III-vol.1, 1988; IV, 1997

LANNEREE, *Les associations de la Loi de 1901. Les fondations*, Editions du Puits Fleuri, Hericy, 1997

LAPLACE, *La capacité des associations contractuelles*, Ed. Arthur Rousseau, París, 1903

LARENZ, *Tratado de Derecho civil alemán*, Parte General, Edersa, trad. de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, 1979

LASAGABASTER HERRARTE, "Derecho de asociación y libertad de empresa. Nota a la STC 23/1987, de 23 de febrero", *Revista vasca de Administración pública*, nº 22, 1988

—"Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público", *Estudios sobre la CE. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, 1991

LASARTE ALVAREZ, "Notas sobre el derecho de asociación y la regulación jurídica de las asociaciones", *LL*, 1984

—*Principios de Derecho civil*, tomo primero, Trivium, Madrid, 1995; tomo tercero, 1995

LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación civil española, 4. Codificación civil*. Ministerio de Justicia. 1970, vol. I y II

LAUBADERE, "Les associations et la vie administrative: introduction", *AJDA*, 1980, nº3

LE ROY, "La para-commercialité", *JCP*, éd. C.I., 1981, II, nº 13587
LEHMANN, *Parte General de Derecho civil*, vol. I, trad. esp. de NAVAS, Edersa, Madrid, 1956
LINARES ANDRES, "La actividad económica de las fundaciones", *RCDI*, nº 642, sept-oct 1997
LOIS ESTEVEZ, "La distinción de condominio y sociedad", *RGLJ,* 1947, t. 181
LOPEZ JACOISTE, "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *ADC*, 1986
LOPEZ-NIETO y MALLO, "El derecho de asociación ante la nueva Constitución Española", *Documentación Administrativa*, nº 183
—"La denominación de las asociaciones regidas por la Ley de 1964", *REDA*, nº 21, 1979
—*La ordenación legal de las asociaciones,* Dykinson, Madrid, 1995
—*Las entidades asociativas en el ámbito municipal*, Bayer Hnos., Barcelona, 1988
LOUZAO, "Las personas jurídicas", en *La Reforma legislativa*, tomo XXIII, 1894
LUCAS MURILLO de la CUEVA, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996
LLEVADOT ROIG, "Competències de les comunitats autònomes en matèria de persones jurídiques", Ponencia presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996
LLISET, "La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa", *RAP*, nº 80, mayo-agosto, 1976
—*Las entidades urbanísticas colaboradoras*, Valencia, 1977
LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1991
LLUIS i NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Bosch, Barcelona, 1967
MALUQUER DE MOTES i BERNET, "Constitucionalisme i associacionisme", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993
MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la persona y negocio jurídico,* Bosch, Barcelona, 1993
MANRESA y NAVARRO, *Código civil español*, tomo I, Reus, Madrid, 1987 (reimp. de la ed. de 1957); tomo VIII, vol. 2º, 1950; tomo XI, 1972; tomo XXI, Madrid, 1931
MARASA, *Le "società" senza scopo di lucro*, Giuffrè Editore, Milán, 1984
—"Attivita imprenditoriales e scopi mutualistici nelle associazioni", Gruppo di Studio Società e Istituzioni, *Fondazioni e associazioni;*

Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile, Maggioli Editore, San Marino, 1995

MARIN LOPEZ, "La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de expulsión de asociados, (Comentario a la STC 218/1988, de 22 de noviembre)", *Poder Judicial*, nº 14, junio de 1989

—Comentario a la STS de 30 de octubre de 1989, *CCJC*, nº21, 1989

—Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1989, *CCJC*, nº22, 1990

—Comentario a la STS de 12 de junio de 1990, *CCJC*, nº23, 1990

—*Asociaciones: constitución y personalidad jurídica*, Universidad Castilla-La Mancha, 1991 (inédita)

—Comentario a la STS de 24 de marzo de 1992, *CCJC*, nº28, 1992

—*Comentarios a la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios*, artículos 20 y 21, Civitas , Madrid, 1992

—"Sobre la ley vasca de asociaciones: reparto competencial y principios generales", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* nº 16, diciembre 1992

—Comentario a la STC 96/1994, de 21 de marzo, *CCJC*, nº35, 1994

—*Legislación de Asociaciones,* Tecnos, Madrid, 1994

—"El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados", en "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

—en CARRASCO PERERA *et al. Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de la propiedad,* Tecnos, Madrid, 1996

—Comentario a la STS de 26 de octubre de 1995 , *CCJC*, nº43, 1996

—*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tecnos, 1997

MARTI SANCHEZ, "El contrato de sociedad en Derecho codificado español, con especial referencia al Código civil (Reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional)", *RDM*, nº 193-194, julio-diciembre 1989

MARTIN BLANCO, *Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica*, Serv. Publ. del Ministerio de la vivienda, Madrid, 1973

MARTIN-GRANIZO FERNANDEZ, *Código de Propiedad Horizontal, (Comentarios y Formularios)*, tomo I, Edersa, Madrid, 1997

MARTIN MERCHAN, "El derecho de asociación y las Comunidades Autónomas" en *Documentación Administrativa*, nº 195, 1982

MARTINEZ CUADRADO, "Algunas consideraciones sobre la positivización del Derecho de Asociación en el constitucionalismo

contemporáneo", en *Estudios de Ciencia Política y Sociología en Homenaje al profesor C. Ollero*, Madrid, 1972

MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil", *ADC*, oct-dic, 1992

MARTINEZ LAFUENTE, *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Aranzadi, Pamplona, 1995

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1974

MARTINEZ USEROS y GARCIA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, EISA, Madrid, 1968

MARTOS MATEO, "Las asociaciones de vecinos", en el vol. col. *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre editorial, Colección solidaridad, Fundación ONCE, Madrid 1993

MARTY-RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, Paris, 1980

MAYOR,*Comentario a la Constitución*, Ed. Ramón Areces SA, Madrid, 1993

MAYORAL PALAU, "Las Organizaciones de utilización colectiva al servicio de las PYMES", en el vol. col. *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre Editorial, Colección solidaridad, Fundación ONCE, Madrid, 1993

MELICH-ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Ed. jurídica venezolana-Marcial Pons, Caracas, 1997

MENDES JOAO DE CASTRO, *Teoria geral do Direito Civil*, vol. 1, Lisboa, 1978

MENDIZABAL OSES, "El asociacionismo juvenil ante el Derecho", *RGLJ,* nº228, 1970

—voz "asociación", *GER*, Madrid, 1971

MENENDEZ MENENDEZ, "Sociedad anónima y fin lucrativo", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, nº 24

MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 1992

MICHOUD, *La Théorie de la personalité morale et son aplication au Droit Français*, tomo 2, Paris, 1909

MOLA DE ESTEBAN, "Valoración de los intereses públicos y particulares", *RDU*, nº 20

MONGE GIL, *Las Agrupaciones de Interés Económico*, Tecnos, Madrid, 1995

MONTES PENADES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol 1º, Edersa, Madrid, 1989

MONTILLA MARCOS, "La inscripción registral de asociaciones en la Constitución", *REP*, nº 92, abril-junio 1996

MORA ALARCON, *Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones (aspectos civiles y fiscales)*, Edisofer, Madrid, 1996

MORANGE, "Les étrangers et la liberté d'association", *AJDA*, 1980, nº3

MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1949

—*Código civil,* tomo XXV, parte 1ª, Madrid, 1933

MUÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994

NEGRIN, *Les associations administratives, AJDA,* 1980, nº3

NOVOA SEOANE, "Capacidad jurídica de las Asociaciones. Emisión de obligaciones por estas sociedades", *RDP*, 1915

O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, I, Edersa, Madrid, 1986

—"La persona jurídica no lucrativa tipo asociación. Conceptos Generales", en "Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas", *Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

—*Código Civil, comentado y con Jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996

O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992

OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. de SANCHO SERAL, Labor, Madrid, 1923

OJEDA AVILES, "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical", en el vol. col., *Comentarios a la Ley de Libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1996

OLIAS DE LIMA, *La libertad de asociación en España (1868-1974)*, Publicaciones del Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977

OSSORIO y MORALES, "Notas para una teoría general del contrato", en *RDP*, tomo XLIX, 1965

OTERO VALENTIN, *La persona social*, Valladolid, 1895

PADIAL ALBAS, "El menor en la asociación", *VII Jornades Juridiques sobre Entitats associatives en el Dret civil català*, celebradas en la Universitat de Lleida en diciembre 1991, Edicions de la Universitat de Lleida, 1993

PAEZ, *Tratado teórico práctico de las asociaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1964

PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch,* G.S. Beck, München, 1971

PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997

PANTALEON PRIETO, "Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)", *ADC,* enero-marzo 1993

PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo,* II: *Organización y empleo público*, Pons, Madrid, 1991

PAU PEDRON, "La Agrupación Europea de Interés Económico: naturaleza, función y régimen", *RCDI,* 1988

PAZ-ARES, "Animo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2.2 LAIE)" en el vol. col. *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*: *Estudios en homenaje a Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991

—*Comentarios al Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

PELLERIN, "La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé", *Rev. trim. dr. com.* 1981

PELLISE PRATS, voz "Asociación", *Nueva Enciclopedia Jurídica,* III,1951

PEREZ PEREZ, *El consorcio real en el Derecho Positivo español,* Madrid, 1986

PERRIN, *Droit de l'association (art. 60-97 CC)*, Ed. Universitaires, Fribourg, 1992

PIÑAR MAÑAS, *Las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro*, Civitas, 1991

—*Comentario a la D.A.13ª,* en el vol. col., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, vol. 1º, Marcial Pons-Escuela libre Editorial-Fundación ONCE, Colección Solidaridad 7, Madrid, 1995

PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. de la 3ª ed. alemana de MELON INFANTE, Bosch, Barcelona, 1957

POLO, "Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima", en el vol. col. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URIA, MENENDEZ y OLIVENCIA), Civitas, Madrid, 1992

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil* I-vol. 1,Barcelona, 1979; II, vol. 2, 1982

—*Compendio de Derecho civil*, vol I, Bosch, Barcelona, 1987

PUIG i FERRIOL *et al.* ,*Manual de Derecho Civil* I, Pons, Barcelona, 1995

PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I, Edersa, Madrid, 1958; IV, vol. 2, 1946

QUESADA GONZALEZ, *Disolución de la Sociedad Civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991

RAGEL SANCHEZ, *Las urbanizaciones de uso privado*, Tecnos, Madrid, 1990

RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995

RAZQUIN LIZARRAGA y SAIZ ARNAIZ, "Notas sobre la calificación jurídica de los grupos parlamentarios como asociaciones de Derecho Privado", en *Primeras Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, vol. 2, Madrid, 1985

REBOLLO PUIG, "La selección de representantes de las asociaciones llamadas a integrarse en los órganos administrativos colegiados", *RAP*, nº 119, 1989

RECASENS SICHES, *Sociología*, Porrua, México, 1976

Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, "El derecho de asociación, Personas jurídicas, La ley de asociaciones y el Código civil, etc.", Sección de Consultas, *RGLJ,* tomo 140,

REIGNE, "Les clauses statutaires éliminant ou restreignant le jeu de la démocratie dans les associations", *Rev. soc*., 1990

REUTER, *Aktiengesellschaft*, 1979

REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol 1-A, Edersa, Madrid, 1993

RIBOT IGUALADA, "Notes sobre l'extinció i la successió de les associacions (A propòsit d'una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria de persones jurídiques)", Comunicación presentada a las *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 1996

RICHARD, "L'Avenir européen des entreprises de l'économie sociale", *Juris-assoc.*, nº107, noviembre 1994

RICHARD, "La transformation en association ou la disssolution de certaines sociétés affectant leurs immeubles à des fins désintéressées", *JCP*, éd C.1., 1970, 8302 y *JCP*, éd C.1., 1970, 8302

RIPERT, *Traité de droit commercial*, I, (revisado por ROBLOT), Ed. LGDJ, Paris, 1989

RIVERA FERNANDEZ, "Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor", *RGD*, nº 621, junio 1996

RIVERO, "Plaidoyer pour une octogénaire", *AJDA.*, 1980, nº 3

—*Les libertés publiques*, tomo 2, Presses Universitaires de France, Paris, 1975

REUTER, *Aktiengesellschaft*, 1979

—*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, Algemeiner Teil, München, 1984

RODRIGUEZ ADRADOS, "Constitución y nulidad de la Sociedad Anónima", *AAMN*, tomo XXX-I

RODRIGUEZ GUITIAN, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996

RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, "Formas asociativas de los profesionales", *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, Consejo General del Notariado, vol. II, Madrid, 1996

ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, col. *Studia Albornotiana*, XLVI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985

ROJAS SANCHEZ, *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*, Pamplona, 1981

ROMEU DE ARMAS, *Historia de la Previsión Social en España*, Edersa, Madrid, 1944

ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Ed. LGDJ, Paris, 1961

RUANO BORRELLA, "Esquema del órgano de administración en las socidades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996", *RCDI,* nº 638, ene-feb 1997

RUBINO, *La asociación no reconocida*, trad. esp. y prólogo de GITRAMA GONZALEZ, Edersa, Madrid, 1943

RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, trad. de la 4ª ed. italiana, Reus, Madrid, 1979

SAENZ DE MIERA, "Las bases legales de las fundaciones y su situación en España", *Revista Situación*, nº 4, 1989

SAINTOURENS, "Des structures juridiques européenes pour l'economie sociale", *Europe*, ago-sept 1992

SAINZ MORENO, "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", *REDA*, nº8, 1976

—"Artículo 36. Colegios profesionales", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1997

SALAMON y ANHEIER, "In search of the Nonprofit Sector: the quest for definitions", *Voluntas*, vol. 3, nº2, 1992

—"In Search of the Nonprofit Sector II: the Problem of Classification", *Voluntas*, vol.3, nº3, 1992

—*The emerging sector: The Nonprofit sector in Comparative perspective, an Overview,* The Johns Hopkings University, Baltimore, 1994 y de

los mismos autores, *The emerging sector: a Statistical Supplement,* The Johns Hopkings University, Baltimore, 1995

SALVADOR CODERCH, von MÜNCH, FERRER i RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada,* Civitas, Madrid, 1997

SAMANES ARA y GUTIERREZ SANZ, "Comentario al art. 7.3 de la LOPJ en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores, *LL*, 1988, tomo 2

SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, MacGraw-Hill, Madrid, 1997

—"Administradores", en el vol. col. *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1993

—"Escritura y Estatutos sociales", en el vol. col. *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Comercio, Dykinson, Madrid, 1995

SANCHEZ DE FRUTOS, "La asociación. Su régimen jurídico en el Derecho español", *RCDI*, 1965

SANCHEZ GOYANES, "El interés general y las urbanizaciones de iniciativa particular", *Revista de Derecho urbanístico y Medio ambiente*, octubre-diciembre 1996

SANCHEZ MORON, "La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociación", *REDA*, nº 22, 1979

SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, Parte General, Madrid, 1911

—*Estudios de Derecho civil*, tomo IV, Madrid, 1899

SANCHEZ RUS, "El objeto social y poder de representación en la Sociedad Anónima", *RCDI*, nº 628, mayo-junio 1995

SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón* (dir. LACRUZ BERDEJO), tomo I, DGA, Zaragoza 1988

SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político. Según la Filosofía Politica Moderna, la Historia General de España y La Legislación vigente*, Madrid, 1903

SANTAMARIA PASTOR, "Art.22. Derecho de Asociación", en *Comentarios a la Constitución* (coord. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1985

SANTARONI, voz "Associazione", en *Digesto, Discipline Privatistiche*, Sezione Civil I, UTET, Torino, 1987

SAPENA "Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas", *AAMN*, tomo XVI, Madrid, 1968

SAUCA CANO, *La ciencia de la asociación de Tocqueville: presupuestos metodológicos para una teoría de la vertebración social,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995

SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, tomo II, trad. de MESIA y POLEY, Góngora, Madrid, 1879

SCHDMIT, "Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit", *AcP*, nº 182, 1982

—SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht,* Carl Heymanns Verlag, KÖln, 1997

SIDERI, *Consorzi, Associazioni temporane di imprese, G.E.I.E.*, UTET, Torino, 1994

SILVELA, *Sobre los principios que debería adoptar el Código civil en cuanto a las personas morales*, Discursos leídos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1887

SIMON, "La commercialité de l'association du 1er juillet 1901", *D*. 1977, chron. XIX

SOERGEL-HADDING, *BGB*, 1988

SOUSI, *Les associations*, Dalloz, 1985

—Comentario a *Cass. civ.* de 4-11-1982, *Rev. soc*. 1983

—Comentario a *Cass. civ.* de 15-11-1983, *Rev. soc.* 1984

STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgestz und Nebengesetzen* J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1980

STRASSER, *Les personnes morales de Droit Prive non commerçantes et les procedures de reglement collectif du passif*, Service de reproduction des theses de l'Université des scienes sociales de Grenoble, 1976

'T KINT, *Associations sans but lucratif*, Répertoire notarial, Larcier, Bruselas, 1987

TENA PIAZUELO, *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

TERRE, "La distinction de la société et de l'association en droit français", *Mélanges Secrétan*, Montreux, 1964

THERY, "L"octroi d'un monopole à une association", *Dr. soc*., 1969

—"Des associations à monopole: purquoi?", *Dr.soc.* 1971

—"L'association est-elle une entreprise comme les autres?", en *Associations et activités économiques, approche juridique,* UNIOPSS, 1987

TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense, Madrid, 1992

TRAVIESAS "Las personas jurídicas", *RDP*, 1921 nº94 y 95

TRIAS GIRO, "Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario según el Derecho español", *RJC*, vol. XXI, 1913

TUNC, "Un modèle américain de loi sur les associations", *Rev. int. dr. comp.,* 3-1989

URIA, *Derecho Mercantil*, Pons, Madrid, 1997

VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969

VALVERDE, *Derecho civil español*, tomo 1º, Ed. Cuesta, Valladolid, 1925

VAQUER ALOY, "Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas", *RDP*, sept. 1996

VELLOSO JIMENEZ, "Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)", Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, 1982

VERRUCOLI, *Non-profit Organizations (A Comparative Approach) Studies in Comparative Law*, Milan, Giuffre, 1985

VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Deerecho Mercantil*, tomo I, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1991; tomo I, vol. 2º, 1991; tomo I, vol. 3º, 1991

VIDA SORIA, "El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución", Separata de la *VI Conferencia de las Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar de la Constitución*, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989

VIDA SORIA-GALLEGO MORALES, "Art. 28. Derechos sindicales y de huelga", en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1997

VILASECA MARCET, "Personalidad de los entes colectivos", *RJC*, 1958

VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Giuffrè, Milano, 1977

VON TUHR, *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Alemán,* Vol. I, 2º, trad.esp., Depalma, Buenos Aires, 1946

VOULET, "Rapports collectifs de location", *Baux d'habitation et professionnels*, de la colección, *Ce qu'il vous faut savoir*, 1985

WARBURTON y NORRIE, "Royaume-Uni", *Le Droit des Associations*, vol. II, Lamy, Paris, 1994