

# ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

## Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)

FERNANDO PANTALEÓN

*Para Marta, un cascabel.*

**SUMARIO:** 1. Introducción.— 2. Convenciones terminológicas.— 3. Asociaciones de interés público y asociaciones de interés particular.— 4. La errata sobrevenida del artículo 36 CC.— 5. Asociación y sociedad: criterios de distinción.— 6. Fenómenos asociativos atípicos e irregulares.— 7. A modo de epílogo.

### 1. INTRODUCCIÓN

Descubrir una errata en el Código Civil es siempre, para su descubridor, un pequeño acontecimiento; aunque, en ocasiones, se tiene la razonable seguridad de que una errata existe, pero no es posible demostrarlo. Un caso: yo estoy firmemente convencido de que la mayor parte de las insolubles dificultades interpretativas que suscita el párrafo primero del artículo 1.200 CC (1) obedecen a que alguna mano anónima que no sabía lo que se hacía cambió la palabra «despojo», que aparecía en el párrafo primero del artículo 1.126 del Proyecto de 1851 (2), por la palabra «depósito», después de que se hubiera modificado la redacción del texto del Proyecto con el objeto, según me parece, de evitar la impresión de que las prohibiciones de compensación sólo podrían funcionar dentro del proceso, o como sostiene Peña, con

---

(1) Por todos, M. ALBADALEJO, «La prohibición o improcedencia de la compensación en los casos de depósito y comodato», RDP 1947, pp. 247 y ss.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Facultad de compensar y encargo de custodia». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid 1976, pp. 449 y ss.

(2) «Contra la demanda para la restitución de la cosa en los casos de *despojo*, depósito o comodato, no puede oponerse compensación».

el de extenderlas a las deudas indemnizatorias del despojante, depositario o comodatario (3). Pudo tratarse de un *lapsus calami*, o lo que sería aún más divertido, la obra de un espontáneo profano que creía estar corrigiendo un *lapsus calami* ajeno, por no comprender el perfecto buen sentido de que se prohíba la compensación a quien, acreedor por ejemplo de una cierta suma de dinero, arrebatada dicha suma a su deudor: a fin de evitar que la compensación sirva para asegurar el éxito de una realización arbitraria del propio derecho (4). Lamentablemente, no dispongo de ninguna prueba de que las cosas sucedieron como imagino, si no se considera tal el hecho de que una interpretación de la norma que nos ocupa respetuosa con su tenor literal, como la defendida por el profesor Albadalejo, conduzca a consecuencias absolutamente irrazonables (no hay justificación sensata para una prohibición de compensar, por ejemplo, la deuda del depositante por la remuneración pactada por el depósito); o lo incomprensible de que nuestros codificadores civiles acabaran apartándose de los precedentes al objeto de suprimir la muy justificada prohibición de compensación impuesta al despojante, manteniendo o, incluso, ampliando a la vez las impuestas al depositario y al comodatario.

Creo, en cambio, haber descubierto una errata en el Código Civil, concretamente en su artículo 36, que puede ser demostrada de forma

---

(3) En las versiones publicadas del Anteproyecto de 1882-1888, el párrafo primero de su artículo 1.217 es ya idéntico al artículo 1.200.I CC.

(4) En vez de una cantidad de dinero, podría tratarse de una cosa cierta y determinada. Se nos dirá, como se ha dicho frente a la doctrina tradicional que quería reducir el ámbito del precepto a las obligaciones de restitución de la cosa dada en depósito o comodato, que para estos casos basta ya el número 2.º del artículo 1.196 CC, que requiere la *fungibilidad* de las prestaciones de las obligaciones recíprocas. Pero me parece claro que el verdadero requisito de la compensación es la *homogeneidad* de las prestaciones, y que texto legal recoge sólo el *id quod plerumque accidit*: normalmente sólo son homogéneas las prestaciones fungibles; ahora bien, obviamente homogéneas son también las obligaciones de entregar y de restituir la misma cosa cierta y determinada.

La exactitud de las ideas anteriores se revela, en mi opinión, con siguiente ejemplo. Una persona mayor de edad y plenamente capaz vende a otra una cosa cierta y determinada. Entre el momento de la perfección del contrato de compraventa y el de la entrega de la cosa, el vendedor resulta plenamente incapacitado; a pesar de lo cual, entrega al comprador la cosa vendida. El tutor del vendedor exige al comprador la restitución de la cosa, con base en el artículo 1.160 del Código Civil. Resulta indudable que ningún ordenamiento jurídico sensato puede imponer al comprador, en un caso como éste (distinto, si se tratase de venta de cosa genérica o alternativa, y el incapacitado hubiese llevado a cabo la especificación o la elección), el cumplimiento de la obligación de restituir. E indudable me parece que la excepción que corresponderá al comprador será la de compensación. Si se me responde que será la *exceptio doli* porque *dolo facit qui petit quod mox redditurus est*, replicaré sólo que éste es precisamente el fundamento de la compensación; y que si todo el problema se reduce a inventar un nombre distinto para las «compensaciones» de deudas de prestaciones no fungibles, no entablaré querrelas de palabras. Si gustase el engrendro terminológico «compensativación», yo afirmaré sencillamente que el artículo 1.200.I CC contiene prohibiciones de «compensativación», a fin de evitar que tengan éxito realizaciones arbitrarias del propio derecho.

convinciente. Trataré de hacerlo en estas páginas, en las que he estimado oportuno reflexionar también sobre los criterios de distinción entre asociación y sociedad desde la única perspectiva que no se resuelve en querrela puramente terminológica: la tarea de selección de la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos e irregulares, y de cobertura de las lagunas existentes en la regulación de los tipos legales.

Y en mi deseo de no discutir por las palabras, y ya que las que voy a emplear con mayor frecuencia —asociación y sociedad— adolecen de notoria polisemia, bueno será comenzar conviniendo la terminología.

## 2. CONVENCIONES TERMINOLÓGICAS

Llamaré «*asociación en sentido amplio*» a toda agrupación de personas, de origen negocial, para la común promoción del fin común acordado. Podría haber utilizado al mismo efecto, como es usual entre los especialistas alemanes de Derecho de sociedades (5), la denominación «*sociedad en sentido amplio*». Si he preferido la primera es, sencillamente, porque corresponde a la terminología empleada en el artículo 35 CC (6). Evidentemente, su origen negocial distingue a la

---

(5) Por todos, P. ULMER, en *Münchener Kommentar zum BGB*, III-2, 2.<sup>a</sup> ed., Munich 1986, Vor § 705, Rdnr 1.

(6) Que no, por supuesto, porque yo piense que haya de extraerse de la vigente Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos (en sentido amplio) atípicos; una idea contra la que cabría dirigir las justas críticas hechas a J. F. DUQUE, «*Société, association et entreprise en droit espagnol*», en P. VERRUCOLI (ed.), *Evolution et perspectives du droit de sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, I, Milán 1968, pp. 83-84, por L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, Zaragoza 1977, p. 301 y C. PAZ-ARES, en *Comentario del Código Civil M. de Justicia*, II, Madrid 1991, pp. 1301-1302.

La objeción de este último autor de que la terminología que, como Fernández de la Gándara, aquí he preferido puede, desde el punto de vista normativo, inducir a confusión, dado que «la disciplina de la asociación en sentido genérico, que tendría que absorber la fenomenología atípica, se halla en el régimen de la sociedad», está conectada al concepto de «*sociedad general*» del profesor Paz-Ares, entendida como la disciplina general de cualquier fenómeno asociativo, que se encontraría en la regulación de la sociedad contenida en el Código Civil convenientemente depurada de los datos normativos que responden a los elementos del tipo (de frecuencia) de la sociedad civil distintos del origen negocial, el fin común y la comunidad de la contribución (PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1301 y ss., con base en ideas de J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, Madrid 1976, pp. 25 y ss., que en lo fundamental compartiera, aunque con matizaciones no sólo terminológicas, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, *cit.*, pp. 300 y ss.). Pero en mi opinión, que desarrollaré más adelante, es cabalmente dicha idea de «*sociedad general*» la que puede conducir a confusiones desde el punto de vista normativo (p. ej., la de afirmar que el funcionamiento de las asociaciones no reconocidas se rige por las normas de la sociedad civil); confusiones en las que, dicho sea de inmediato, no ha incurrido el profesor Paz-Ares más que, quizás, en medida muy leve (v. *infra*, texto correlativo a la nota 34). Mi concepto de asociación

asociación de lo que el número 1.º del artículo 35 CC llama corporaciones (v. art. 37 CC); y tratarse de una agrupación de personas la diferencia de la fundación, dentro de las personas jurídico-privadas.

Utilizaré la expresión «*asociación en sentido estricto*» para designar toda asociación en sentido amplio que no sea «*sociedad*». No juzgaré ahora el criterio de distinción entre asociaciones en sentido estricto y sociedades. Básicamente, se han manejado dos. Uno de raíz francesa, el criterio causal del ánimo de lucro, según el cual serían asociaciones en sentido estricto las asociaciones en sentido amplio sin fin lucrativo, y sociedades las que persiguen el fin de obtener lucro destinado a ser distribuido entre los socios. Y de raigambre alemana el otro, el criterio estructural según el cual serían asociaciones en sentido estricto (o «corporaciones», según la terminología de los juristas alemanes) las asociaciones en sentido amplio con estructura corporativa —desligada de las personas de los singulares asociados; basada en una constitución, los estatutos, independizada de los fundadores—, y sociedades, las asociaciones de estructura personalista (7). La nacionalidad de dichos criterios se explica por la circunstancia de que la definición de sociedad en el § 705 BGB, a diferencia de la contenida en la redacción originaria del artículo 1.832 *Code civil*, no incluye el elemento del ánimo de lucro. Conviene transcribir unos párrafos de F. Ferrera, en los que el autor explicaba ambos criterios, inclinándose por el segundo:

«Una coligación voluntaria de individuos para la consecución de un fin común puede presentarse de dos modos: o bajo la forma de sociedad o bajo la forma de asociación [...]. Los criterios distintivos propuestos han sido varios. Algunos han hecho valer la diversidad del fin, diciendo que son asociaciones las que persiguen un fin ideal, sociedades las que tienen un fin lucrativo. Tal es la doctrina recibida positivamente por el Derecho francés: por lo que los escritores de Francia ponen la antítesis así: la sociedad es un grupo egoísta, la asociación un grupo altruísta. Esta distinción es inaceptable, porque la cualidad del fin no influye en la esencia de la relación. Por lo demás, si es verdad que una gran

---

en sentido amplio —a diferencia del de Fernández de la Gándara, o del de «sociedad general» de Paz-Ares—, es un concepto doctrinal (ordenador y lógico), no normativo. No es que niegue la existencia de una disciplina común a todos los fenómenos asociativos, pero considero inconveniente denominarla de un modo que puede hacer olvidar que se refiere exclusivamente al aspecto contractual de dichos fenómenos.

(7) Para un elenco más detallado de las diferencias entre una y otra estructura, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht*, I-2 («*Die juristische Person*»), Berlín-Heidelberg-Nueva York 1983, pp. 258 y ss.; H. GOING, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.ª ed., §§ 1-89, Berlín 1980, Vorbem zu §§ 21-54, Rz 45; y sobre todo, H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, Munich 1980, pp. 89 y ss.

parte de las asociaciones tiene un fin ideal, puede haber también asociaciones de fin económico, como por otra parte no es necesario conceptualmente que la sociedad tenga un fin lucrativo. Si varios sabios se asocian poniendo juntos su actividad y sus medios para hacer una colección de todos los documentos que se refieren a la historia de nuestro resurgimiento, o varias personas se unen para hacer una expedición científica, no hay obstáculo alguno teórico para reconocer en tales formas sociedades. En cuando al Derecho italiano, es de observar que si debe considerarse vinculante la definición que da nuestro Código, 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 tiene sólo de común con aquélla el no haber sido regulada por el legislador. Así que por nuestro Derecho deben distinguirse tres tipos de negocios: las sociedades en sentido técnico (con fin lucrativo), las sociedades sin fin de lucro, como contrato innominado afín, y en contraposición a estas dos, las asociaciones [...].

»Yo creo que hay un carácter esencial que separa netamente la sociedad de la asociación, y es éste: [...] En la sociedad hay coligación inmóvil entre ciertas personas, y sólo excepcionalmente puede alguno de los socios ser sustituido en caso de muerte por su heredero; en la asociación la puerta está abierta: hay un vaivén continuo de socios, una fluctuación perenne de los elementos que la componen. La asociación está precisamente implantada sobre este cambio de los miembros; aquí está su fuerza, en que a los miembros ordinarios sustituyan otros, que su número sea ilimitado, que la asociación permanezca la misma, no obstante que su composición sea modificada por entero. Esto no sucede en la sociedad, que es una relación de fiducia *inter certas personas*, que no permite que una de ellas salga y otra nueva entre sin que la sociedad a su vez se extinga y se renueve. La sociedad cuenta con la individualidad de los miembros, mientras que la asociación prescinde de ella; en la una los socios son insustituibles, en la otra forma una masa fungible» (8).

---

(8) F. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> ed. italiana por E. Ovejero, Madrid 1929, pp. 455-456 y 458. Que el autor ponga exclusivamente el acento, y no con total precisión, en uno de los aspectos que distinguen la estructura corporativa de la personalista, postergando el dato de la distinta organización interna, no impide considerar memorables los párrafos transcritos.

La redacción del artículo 1.832 *Code* fue modificada por la Ley de 4 de enero de 1978, que añadió a las clásicas palabras «*en vue de partager le bénéfice*» con que terminaba el precepto, estas otras: «*ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*». Sirva este dato para recordar la tendencia a sustituir el «fin lucrativo» por el mero «fin económico», que se aprecia entre quienes siguen en la línea de vertebrar el Derecho de las asociaciones en sentido amplio sobre bases causales. No dedicaré aquí ninguna atención a esta postura, que nada impulsa a acoger en un Derecho que no ha sufrido una modificación legislativa como la francesa, puesto que no presenta otro activo frente a la que quiere sustituir que el dar razón del nombre «sociedad» en algunos de los casos, que no en todos (piénsese en las sociedades anónimas laborales o deportivas o en las sociedades de ente público, cuyos fines principales no son económicos), en los que el legislador suele denominar con él a determinadas asociaciones en sentido amplio sin finalidad lucrativa (como las cooperativas o las agrupaciones de interés económico); y tiene en su pasivo, sobre todo, que nunca se han denominado «sociedades» los sindicatos y demás asociaciones para la común defensa de intereses económicos (9).

Resulta claro que ninguno de aquellos dos criterios —el causal de ánimo de lucro y el estructural— es hoy capaz de dar cuenta de la terminología utilizada por el legislador, que, por poner un ejemplo evidente, denomina «sociedades» a las cooperativas, que carecen de ánimo de lucro (como las sociedades mutuas de seguros o de garantía recíproca) (10) y cuya estructura es obviamente corporativa (como la de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada). De lo que ha de tratarse, de lo que más adelante trataremos, es de averiguar cual de dichos criterios es el apropiado para seleccionar correctamente la

---

(9) Sobre el tema, con referencias doctrinales suficientes, PAZ-ARES, «Animo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho mercantil de la CEE. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991, pp. 732-733, nt. 6.

La postura mencionada en el texto no debe confundirse con la muy conocida de F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, 2.<sup>a</sup> ed., Bolonia-Roma 1976, «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», Arts. 36-42, p. 31 y ss., quien define la asociación por su estructura corporativa (lo que dicho autor denomina una organización interna de tipo corporativo y una estructura personal abierta) y, además, por la ausencia de fin económico; aparecen junto a ella (y el equiparable a ella consorcio industrial), como figuras típicas, la sociedad lucrativa y la cooperativa, con finalidad económica ambas; y el resto son fenómenos asociativos atípicos. Se trata de un planteamiento que, al agolpar los fenómenos atípicos en una suerte de «cajón de sastre» conceptual, no es útil para la *Rechtsgewinnung*. Y que despista notablemente al dejar en la sombra que las cooperativas e incluso las sociedades anónimas son normativamente mucho más parecidas a las asociaciones que a las sociedades civiles.

(10) Y como, según una interpretación de los artículos 3.<sup>o</sup> LSA y 3.<sup>o</sup> II LSRL cada vez más extendida, puede suceder con las sociedades anónimas y limitadas. Y como ocurre con las agrupaciones de interés económico, según el artículo 2.<sup>o</sup>2 de su reciente Ley 12/1991, de 29 de abril, en la cual se las califica reiteradamente de «sociedades». Sobre todo lo anterior, PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 740-743.

disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos e irregulares. La explicación de la terminología legislativa parece ser ésta: se llama también «sociedades» a aquellas asociaciones de estructura corporativa que *desempeñan con carácter principal actividades económicas*, cualquiera que sea el fin propuesto. Se trata de un criterio «objetivo», no causal —no deben confundirse objeto y fin de las asociaciones o sociedades—, cuya justificación quedará clara más adelante, en el apartado 5.3 de este trabajo.

Emplearé la expresión «*fenómenos asociativos* (en sentido amplio) *atípicos*» para referirme a casos como los siguientes, que he tomado del profesor Paz-Ares: *a)* Dos fundaciones culturales se asocian a fin de organizar la Exposición mundial de Velázquez en el año 1992; media docena de grandes empresas del país se unen para construir y poner en marcha una Escuela de Negocios sin ánimo lucrativo; estableciéndose en ambos casos la organización precisa para llevar a efecto la empresa. *b)* 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 de 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)* Unos hermanos acuerdan sufragar, en proporción a sus respectivos ingresos, la educación universitaria de sus sobrinos huérfanos; varios profesores se comprometen a escribir juntos un Tratado de Bioquímica (11).

Y con la expresión «*fenómenos asociativos irregulares*» me referiré conjuntamente a las «asociaciones sin personalidad» o «no reconocidas» (12) y las sociedades de capitales irregulares (v. art. 16 LSA) (13).

---

(11) PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 743. Para el citado autor, convencido de la necesidad de reconstruir el Derecho de sociedades sobre bases estructurales (en la dirección marcada entre nosotros por el profesor GIRÓN *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 25 y ss., que aceptó con matices FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad...*, *cit.*, pp. 300-303, 336-338), todos los ejemplos del texto lo son de verdaderas sociedades, dada su estructura claramente personalista. Se trata de sociedades atípicas, que se separan del tipo de la sociedad civil, todas, en la ausencia de ánimo de lucro; las de los grupos *b)* y *c)*, además, en su carácter de sociedades internas y, por tanto, no dotadas de personalidad jurídica; y las del grupo *c)*, además, en la falta de un patrimonio común.

(12) Véase, por ejemplo, J. L. LACRUZ BERDEJO/A. LUNA SERRANO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I-2, Barcelona 1990, pp. 295-296 y PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 744, nt. 48. Coincidimos con este autor en que no es lo mismo una asociación en formación (todavía no inscrita) que una asociación no reconocida (a la que, por la razón que sea, no se quiere inscribir); pero, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las sociedades de capitales (v. arts. 15 y 16 LSA), creemos que los regímenes de una y otra son iguales en lo esencial (las diferencias *infra*, en nota 102).

(13) Naturalmente, no estoy insinuando que no existan en la realidad sociedades colectivas o comanditarias irregulares: que sus socios no tienen voluntad de inscribir en el Registro mercantil. Tampoco se trata sólo de que deseé limitar mi exposición a

Resultará evidente que estos fenómenos tienen estructura corporativa, mientras que los arriba referidos como «atípicos» son de estructura personalista.

### 3. ASOCIACIONES DE INTERES PUBLICO Y ASOCIACIONES DE INTERES PARTICULAR

En la enumeración de las personas jurídicas que se realiza en el artículo 35 CC figuran, en su número 1.º, las «asociaciones de interés público», y en su número 2.º, las «asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales». Es indudable que el Código utiliza la palabra «asociación» en sentido amplio. Se trata de saber que ha de entenderse por interés público o interés particular; discusión en la que ha jugado un papel fundamental el artículo 36 CC, a tenor del cual las asociaciones a que se refiere el número 2.º del artículo 35 se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste, en relación con los artículos 1.665 CC y 116 CCom, en los que luce el requisito del ánimo de lucro. Es oportuno transcribir, además, el artículo 1.º de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887:

«El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, conforme a lo que preceptúa 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 otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el ánimo de lucro o ganancia.

»Se regirán también por esta ley los gremios, las sociedades de socorro mútuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo».

---

las irregularidades más frecuentes en el tráfico. Se trata sobre todo de que he querido limitarla a los casos en que la situación de irregularidad, de noluntad de la inscripción, se presenta con autonomía normativa (sobre la formalización de la anónima irregular en la nueva Ley de Sociedades Anónimas como categoría societaria autónoma, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad anónima irregular», en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, I, La fundación, Madrid 1991, pp. 624 y ss). Y como confirma hoy nítidamente el artículo 7.º2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, no existe diferencia entre el régimen de la sociedad colectiva en formación (aún no inscrita) y el de la sociedad colectiva irregular (en este sentido, PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid 1993, p. 40, nt. 20). Y lo mismo cabe decir de la sociedad comanditaria, habida cuenta de que el carácter limitado o ilimitado de la responsabilidad de los socios comanditarios depende de la publicidad de hecho del tipo (arts. 147 y 148.IV CCom), no de la mera publicidad registral (vid. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 554-556).



Precisando el número 2.º del artículo 2.º que se exceptúan del ámbito de aplicación de la ley «las sociedades que no siendo de las enumeradas en el artículo 1.º se propongan un objeto meramente civil o comercial, en cuyo caso se regirán por las disposiciones del derecho civil y mercantil, respectivamente».

Y recuérdese que el artículo 39 CC dispone que, cuando los estatutos de una asociación no hubiesen asignado aplicación para sus bienes en el caso de disolución, «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 la asociación extinguida. Tanto por la sistemática del Capítulo del Código en que el precepto está integrado, como por su referencia a las «corporaciones, asociaciones o fundaciones», parece evidente que resulta aplicable a (todas y sólo a) las personas jurídicas que contempla el número 1.º del artículo 35, es decir, por lo que a las asociaciones respecta, a (todas y sólo a) las asociaciones de interés público, cualquiera que sea el significado de esta expresión.

Resumidos los datos normativos relevantes, pasemos a las propuestas doctrinales de entendimiento de aquella distinción.

3.1. De una lectura seriada los artículos 35, 36 y 1.665 CC y 116 CCom parece deducirse con toda evidencia una respuesta al problema planteado, que expresa muy bien el siguiente silogismo del profesor Lacruz, compartido por A. Luna:

«En mi opinión, el legislador del Código Civil ha empleado la fórmula del “interés público” en un sentido particularmente lato, pues, *a*) evidentemente, el legislador no ha excluido del artículo 35 las asociaciones con fines —por ejemplo— recreativos; y siendo así que *b*) tales asociaciones no se incluyen entre las de “interés particular”, porque estas son, según el artículo 36, las sociedades con fin de lucro y sólo ellas (no las asociaciones), luego *c*) las asociaciones con fines —por ejemplo— recreativos, se cuentan entre las del apartado primero, y por tanto entre las “de interés público”.

»El legislador pensó, acaso, que cualquier finalidad no lucrativa entra en una visión muy amplia del “interés público”, que comprende también el esparcimiento y, en general, cualquier actividad que contribuya al bienestar de la gente sin proporcionar beneficio o lucro a un empresario civil o mercantil» (14).

---

(14) LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, 1-2, *cit.*, pp. 262-263. Que el texto es de Lacruz lo prueba la p. 192 de la edición de la misma obra de 1983.

Esta interpretación cuenta con la enorme autoridad de don Federico de Castro, quien proporcionó una explicación «ideológica» de la clasificación de las asociaciones que nos ocupa:

«Esta clasificación —escribió don Federico— responde a la concepción todavía dominante en la época del Código. Se estiman peligrosas las asociaciones de todas clases, excluidas las sociedades, por su posible “politización” y se considera necesario someterlas a especial vigilancia. Las sociedades cuya finalidad es la ganancia (artículo 1.665) se consideran dignas de confianza y favor, como beneficiosas para la prosperidad del país (conforme a la frase de Thiers: “enrichessez vous”), y se entregan a la autonomía de la voluntad» (15).

Pero la interpretación expuesta, defendida también por A. de Cossío, F. Capilla y J. J. Marín López (16), se enfrenta a objeciones que me parecen insuperables:

a) La primera, de orden lingüístico: resulta absolutamente impropio decir que una sociedad gastronómica o una cooperativa son de asociaciones de interés público (17). Lo mismo cabe predicar respecto de

---

(15) F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972, pp. 79-80. Bueno será advertir desde ahora que la explicación ofrecida por De Castro resulta más apropiada para el precepto inicial de una Ley de Asociaciones, que para el artículo del Código Civil que censura las personas jurídicas, para el que parecería más adecuada ésta explicación político-económica: por un lado se encontrarían las «manos muertas», a las que sólo se les reconocería personalidad de modo muy restrictivo (si sus fines son de utilidad pública; con limitaciones de su capacidad de obrar), y por el otro, las «manos vivas», las sociedades, respecto de las cuales la cuestión de la personalidad jurídica sería estrictamente técnico-jurídica. Pero antes de entusiasmarse con esta visión de uno y otro número del artículo 35 CC, resulta conveniente releer el artículo 515 CC (que parece partir de la premisa de que las sociedades son tan potencialmente perpetuas como las corporaciones), y calibrar si se está dispuesto a afirmar que nuestro Código Civil no ha reconocido personalidad a las asociaciones recreativas ni a las cooperativas (recuérdese el art. 1.º II LA de 1887). Cuestión ésta, que resultará clave en lo que sigue.

(16) A. DE COSSIO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales Ederesa*, I, Jaén 1978, pp. 835-836; F. CAPILLA, en A. LÓPEZ y V. L. MONTÉS coord. *Derecho Civil. Parte General*, Valencia 1992, pp. 471-473 y 505; J. J. MARÍN LÓPEZ, CCJC 23 (1990), p. 755. También M. DE LA CAMARA, *Estudios de Derecho Mecantil*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1977, pp. 556-557 y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Madrid 1987, pp. 164-165.

(17) Para FERRARA, *Teoría...*, *cit.*, pp. 701-703, resultó evidente que personas jurídicas de utilidad o interés público son las que desarrollan una actividad en el interés social, que coincide o es auxiliar de la acción estatal, y personas de utilidad privada «las que agotan su vida en la satisfacción de intereses particulares, ya sea de naturaleza ideal o económica». Enumeraba como personas de utilidad privada las sociedades de recreo, las deportivas, las cooperativas de consumo y de crédito y las sociedades profesionales.

los ejemplos de fenómenos asociativos atípicos que se han ofrecido más arriba, ausente en todos el fin lucrativo.

b) En un Real Decreto de competencia de 3 de marzo de 1928 se dice que «en el amplio concepto de asociación de interés particular, a que se refiere el núm. 2.º del artículo 35, y el 36 del Código Civil, han de distinguirse aquellas que encajen en la figura jurídica 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».

c) El artículo 2.º de la Ley sobre Heredamientos de Aguas, de 27 de diciembre de 1956, siguiendo una pauta jurisprudencial (STS 5 de julio de 1913) posteriormente consolidada (SSTS 21 de noviembre de 1958 y 15 de junio de 1961), dispone que, cuando tales asociaciones estuvieran ya establecidas o no adopten forma específica de organización, se consideran «asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número segundo, del Código Civil». Y es obvio que dichas asociaciones carecen de ánimo de lucro (18).

d) En caso de disolución de una sociedad gastronómica, ¿no sería absolutamente irrazonable aplicar sus bienes como dispone el inciso final del artículo 39 CC, cuando nada se haya previsto en los estatutos sobre aquella eventualidad? (19). Nótese que el mismo interrogante

(18) Véase la dificultad clasificatoria que los heredamientos de aguas causan a LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, *cit.*, p. 264.

(19) Sobre el destino de los bienes de las personas jurídico-privadas en caso de disolución, escribió FERRARA, *Teoría...*, *cit.*, pp. 922-923:

«Cuando la ley y el Estatuto callan, es preciso ver que criterio deberá seguirse para la sucesión de las personas jurídicas. Ahora bien, de un examen conjunto de nuestra legislación resulta como espíritu de nuestro Derecho un doble principio jurídico.

»Es preciso distinguir corporaciones e instituciones de utilidad pública o interés privado y fin particular. Nótese que la antítesis no coincide con la de personas de derecho público y privado, porque también las personas de derecho público provistas de *imperium* puede perseguir fines egoístas (Compañías coloniales del derecho inglés, Banco de Italia, Consorcios filoxéricos) y por otra parte personas privadas pueden tener un fin de utilidad pública general (instituciones de beneficencia pública). Ahora, mientras en las personas de utilidad pública rige el principio del mantenimiento del destino o de la conversión en otro análogo, en las personas de interés privado, por el contrario, rige el principio de la asignación de los bienes a los miembros e interesados, con libertad de disposición. Esto resulta también indirectamente de la interpretación del Estatuto de cada ente, que prescribiendo un fin a la corporación o fundación, determina al mismo tiempo el círculo de los destinatarios en cuyo provecho el ente funciona.

»Ahora bien, en caso de extinción, los bienes siguen el destino que se les dio, entregándose a los destinatarios. En las personas jurídicas de utilidad privada los destinatarios son los miembros, porque el ente había sido creado y funcionaba en su favor, para la satisfacción de sus intereses económicos o ideales. Perdida la forma jurídica, el mecanismo de unificación jurídica, los derechos retornan a sus miembros, únicos interesados.

pudo ser suscitado durante muchos años respecto de las cooperativas. Y finalmente, que podría suscitarse hoy respecto del primer grupo de casos (dotados de personalidad jurídica, dado su carácter externo) de fenómenos asociativos atípicos propuestos en el apartado 1.2 del presente trabajo: ¿cómo explicar, por ejemplo, a aquel grupo de empresas, cuando la Escuela de Negocios deje de funcionar, que los bienes correspondientes no han de distribuirse entre ellas, dado que su fin común no era lucrativo? Este último argumento me parece especialmente decisivo (20).

---

No sucede lo mismo en las instituciones o corporaciones de fin general (de beneficencia, de caridad, de instrucción, de fin político, administrativo, etc.). Aquí el círculo de los interesados está fuera del seno de la corporación: los miembros no son más que los artífices y los contribuyentes de una obra o actividad desarrollada a favor de los ciudadanos, que son los destinatarios de la utilidad de la persona jurídica. Sucede aquí precisamente lo mismo que en las instituciones y fundaciones. Ahora bien, en tales casos, si el patrimonio debe ir a los destinatarios, y el círculo de éstos es amplio e indeterminado y sólo territorialmente individual, que el patrimonio vaya a parar al ente local o general que representa al grupo de los ciudadanos destinatarios».

Estos son sin duda los principios inspiradores del § 45.III («*Fehlt es an einer Bestimmung der Anfallberechtigten, so fällt das Vermögen, wenn der Verein nach Satzung ausschließlich des Interesses seiner Mitglieder diene, an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder zu gleichen Teil, anderenfalls an den Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hätte*») y del inciso final del § 46 BGB: «*Der Fiskus hat das Vermögen tunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden*». Sobre el § 45.III, por todos, STAUDINGER-COING, § 45, Rz 14 y ss.

No, en cambio, del artículo 31 CC italiano, en el que, tras disponerse que los bienes de la persona jurídica disuelta se asignarán conforme a lo previsto en el acto constitutivo o el estatuto, se prescribe: «*Qualora questi non dispongano, se trattasi di fondazione, provvede l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi; se trattasi di associazione, si osservano le deliberazioni dell'assemblea che ha stabilito lo scioglimento e, quando anche queste mancano, provvede nello stesso modo l'autorità governativa*». Pero parece claro que, por lo que a las asociaciones respecta, el precepto fue mal concebido. En el artículo correspondiente del Proyecto preliminar se contenía una disposición que prohibía atribuir el patrimonio restante a los asociados. Informa la *Relazione al Re* (n. 54) que la misma fue suprimida habida cuenta de que «muchas de las asociaciones de carácter privado se proponen fines de exclusiva utilidad de los asociados y son alimentados sólo por las contribuciones de éstos». Pero lo congruente hubiera sido, entonces, que en tales casos no apareciera en último término la autoridad gubernativa, sino los propios asociados. Que no se hiciera así, es la causa de que un autorizado sector doctrinal haya sostenido que sigue sin ser posible la asignación de los bienes a los asociados, y que el único campo dejado aquí a la autonomía estatutaria o a la junta que acuerda la disolución es precisar qué ente o entes análogos serán los destinatarios del patrimonio residual (así, GALGANO, *Delle associazioni...*, cit., pp. 212-215, y DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, en el «Trattato di diritto privato Rescigno», 2-1, Turín 1982, pp. 251-252, contra la doctrina dominante: v. por todos, VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, *Revista* 1977, pp. 257 y ss).

(20) Naturalmente, la crítica tendría que ir más allá a quien, desde las premisas que criticamos, quisiera llegar al extremo de considerar que todas las asociaciones de

3.2. Con apoyo en la sentencia de 5 de julio de 1913 sobre hereditamientos y en el párrafo transcrito del Real Decreto de 3 de marzo de 1928, dudó Castán, desde las primeras ediciones de su «Derecho Civil Español Común y Foral», que todas las asociaciones que no fueran sociedades debieran reputarse de interés público (21).

Lo ha negado decididamente Puig Ferriol, con argumentos que merece la pena transcribir:

«Según el art. 35, núm. 2 Cc se habla de interés particular en relación con las asociaciones civiles, mercantiles o industriales, y como que según el siguiente artículo 36 Cc estas asociaciones “se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste”, de ahí cabría deducir que para el legislador español sólo serán personas jurídicas de interés particular las sociedades civiles, mercantiles o industriales. Pero esta afirmación merece ser revisada. En primer lugar partiendo del punto de vista de que el artículo 36 Cc lo único que dice es que las sociedades civiles, mercantiles o industriales son siempre personas jurídicas de interés particular, pero de ello no debe deducirse, por cuanto el precepto no da base para ello, que sólo sean personas jurídicas de interés particular las sociedades civiles, mercantiles o industriales [...] (22).

»[E]s dudoso que los codificadores acogieran acertadamente el criterio que inspiraba la legislación sobre asociaciones vigente en el momento de publicarse el Código civil, que era la Ley de 30 de junio de 1887. En efecto, el art. 1.º de la misma declaraba sujetas a sus prescripciones “las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia”, y del precepto resulta que si bien la mayoría de las asociaciones que en él se contemplan pueden

---

interés público (sin ánimo de lucro) que no se rijan por leyes especiales se rigen hoy por la Ley de Asociaciones de 1964 (así, DE CASTRO, *Temas...*, cit., p. 79, y exceptuando sólo las que persigan fines económicos alcanzables mediante actividades también económicas, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 473). Pues, respecto de los aquí llamados fenómenos asociativos atípicos, de estructura personalista, esa afirmación resultaría manifiestamente equivocada (cfr. PAZ-ARES, «Animo de lucro...», cit., pp. 744-745, y *Comentarios...*, II, cit., p. 1311). Volveremos sobre este tema más adelante.

(21) He consultado la 5.ª edición, Madrid 1941, Tomo I, p. 213 y nt. 1.

(22) A continuación se refiere PUIG FERRIOL a las sociedades de ente público, que pueden gestionar incluso verdaderos servicios públicos en sentido material, sin finalidad de lucro. La peculiaridad de estas sociedades justifica dejarlas al margen de nuestro estudio (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 5.ª ed., Madrid 1989, pp. 415 y ss). Su encaje en el artículo 35 CC variaría según gestionasen un servicio público (asociaciones de interés público, art. 35.1.º CC), o una actividad económica en concurrencia con los particulares (asociaciones de interés privado, art. 35.2.º CC).

adscribirse a la categoría de las personas de interés público (23), en cambio, tal calificación no cuadra a las asociaciones creadas para fines de recreo, que claramente persiguen una finalidad de interés privado. Por tanto, la incidental declaración contenida en el artículo 35, núm. 1 Cc sobre asociaciones de interés público es dudoso que deroga lo dispuesto en la Ley de 1887, que permitía claramente la constitución de asociaciones de interés privado o particular; criterio éste que debe entenderse reafirma la actual Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964, cuyo artículo 1.º exige únicamente que persigan “fines lícitos y determinados”. De todo lo cual resulta sin mayores dudas que el ordenamiento civil español, y pese a la declaración incidental del art. 35 núm. 1 Cc, admite tanto las asociaciones de interés público como las asociaciones de interés privado o particular».

Concluía el autor afirmando que, cuando el fin común, que no tiene por que 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, y por tanto, sujeta a las prescripciones civiles o mercantiles según los casos». Y más adelante, respecto del inciso final del artículo 39 CC, escribía:

«Pese a su aparente generalidad, resulta claro que la transcrita disposición no es aplicable a cualquier tipo de personas jurídicas, sino únicamente a las que el artículo 35, núm. 1 Cc denomina de interés público, las cuales por perseguir un fin que trasciende a los intereses de sus miembros, la extinción de estas personas jurídicas determinará la adscripción de su patrimonio, no en beneficio de sus antiguos miembros, sino a otras finalidades también públicas [...].

»Las cosas ocurren de una forma distinta con respecto a las personas jurídicas de interés privado, según resulta del artículo 36 Cc, que remite a las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste. En méritos de esta remisión cabe invocar aquí el art. 1.708 Cc y los arts. 232 y siguientes del Código de comercio, de los cuales resulta que a falta de mayor previsión en los estatutos socia-

---

(23) Aquí me permitiría apostillar, en apoyo del argumento general de PUIG FERRIOL, que esto, sin duda cierto hoy, no lo era en 1887. Todavía en la segunda década de este siglo consideraba FERRARA, *Teoría...*, cit., p. 703, personas jurídicas de utilidad privada las sociedades literarias, artísticas y deportivas. El paso de los años ha incrementado el contenido del número 1.º del 35 CC a costa de su número 2.º. Respecto de las asociaciones deportivas, por ejemplo, lo demuestran muy bien los números 2 y 3 del artículo 1.º de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

les, el patrimonio de las sociedades, de acuerdo con el fin egoísta que preside las mismas, debe ser distribuido entre los socios en proporción a la participación que tenían en la persona jurídica disuelta. Regla ésta que con las debidas adaptaciones será igualmente aplicable a las asociaciones de interés particular» (24).

La cuidada exposición del profesor Puig Ferriol pone bien de manifiesto la incómoda alternativa ante la que se encuentran quienes quieren defender la existencia de asociaciones de interés particular, por tanto no incluidas en el número 1.º del artículo 35 CC, que no sean sociedades. Siendo bastante claro, a mi juicio, que la letra del artículo 36 CC no se limita a decir que las sociedades civiles, mercantiles o industriales son siempre personas jurídicas de interés particular (y que es el art. 35.2.º CC el que eso dice):

a) Pueden afirmar —como Albaladejo y Vicent Chuliá— que también dichas asociaciones están contempladas en el número 2.º del artículo 35 CC, y que el artículo 36 CC lo único que significa al respecto es que las asociaciones en cuestión se rigen también por las normas aplicables a las sociedades, pese a no serlo (25). El propio Puig Ferriol, con cierta falta de coherencia, llegó a escribir que de la remisión del artículo 36 CC cabía deducir que las disposiciones relativas al contrato de sociedad servirán para colmar las lagunas de la Ley de Asociaciones de 1964 para aquellas asociaciones que no persigan un fin lucrativo (26).

Pero para enfrentarse a una objeción que estimo decisiva. Dicha tesis resulta plenamente aceptable respecto de los que aquí llamo fenómenos asociativos atípicos (de estructura personalista). ¿Cómo defenderla, en cambio, para las asociaciones de estructura corporativa (que son, por cierto, las únicas que contempla la Ley de 1964)? ¿Quién hubiera mantenido que las causas de extinción previstas en los números 3.º y 4.º del artículo 1.700 o las reglas de los artículos 1.695 y 1.696 CC eran aplicables a las cooperativas a que se aludía el artículo 1.ºII de la Ley de Asociaciones de 1887? ¿Y quién sostendría razonablemente hoy que, a tenor del artículo 36 CC, y puesto que la Ley de Asociaciones de 1964 nada dispone al respecto, los miembros de una asociación recreativa responden personal y mancomunadamente de las deudas de la asociación, en virtud de lo establecido en el artículo 1.698.I CC?

b) O habrán de afirmar que, como demuestra el artículo 36 CC, las asociaciones de interés particular que no son sociedades no están tampoco contempladas en el número 2.º del artículo 35 CC.

---

(24) L. PUIG FERRIOL, en J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I-1, Barcelona 1979, pp. 656 y ss. y 692.

(25) M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-1, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1985, p. 384, nt. 2; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I-2, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1991, págs. 297-298; y en RGD 1992, p. 10282.

(26) PUIG FERRIOL, *Fundamentos...*, I-1, *cit.*, p. 698.

Pero para llegar a la conclusión de que el Código no habría reconocido personalidad jurídica a estos entes —lo que afirmó De Castro y afirma hoy el profesor Caffarena (27)— y de que, por ende, habría derogado a este respecto la Ley de Asociaciones de 1887, hasta ser derogado a su vez por la Ley de Asociaciones de 1964, que habría vuelto a reconocer personalidad a las asociaciones de interés privado; conclusión a la que parecen llegar L. Díez-Picazo y A. Gullón (28), pero que no es fácil de compartir. Una variante de esta alternativa sería mantener qué Ley de 1887 no habría sido derogada por el Código, porque no se habría pronunciado sobre la cuestión de la personalidad jurídica de las asociaciones (29). Pero si se tiene en cuenta que nada ha añadido a tal respecto la Ley de Asociaciones de 1964 (30), debería inexcusablemente concluirse que las asociaciones de interés privado no sociedades nunca habrían tenido en nuestro derecho personalidad —a excepción

---

(27) DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en «Centenario de la Ley del Notariado», III-I, Madrid 1964, p. 81; J. CAFFARENA, en *Comentario del Código Civil M. de Justicia*, I, Madrid 1991, p. 236 (y las palabras «o al menos las dotadas de personalidad jurídica» al final de comentario al art. 36 en la p. 241). Este autor coincide con Puig Ferriol en que la proposición final del artículo 39 CC sólo es aplicable a las personas jurídicas de interés público, y no a las asociaciones de interés particular, sean o no sociedades (p. 250); lo que comparte ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-1, *cit.*, p. 444.

(28) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid 1989, p. 655-656; *vid.* también pp. 639-640, nt. 2.

(29) La doctrina dominante siempre opinó que dicha Ley reconocía personalidad jurídica a las asociaciones sujetas a sus normas (así, por todos, CASTAN, *Derecho Civil...*, I, *cit.*, p. 220). Y si es verdad que ninguno de sus preceptos lo dispone expresamente, y la expresión «propiedad colectiva» de su artículo 18 podría dar lugar a dudas (aunque quizá sólo cuando lee con ojos modernos, porque v. DE CASTRO, *Formación...*, *cit.*, pp. 75-76, nt. 196), el tenor del artículo 4.<sup>o</sup> I (denominación, domicilio, aplicación de los fondos o haberes sociales caso de disolución) parece bastante significativo. En fin, el citado Real Decreto de 3 de marzo de 1928 presupone que las asociaciones sujetas a las disposiciones de la Ley de 1887 son personas jurídicas.

No cabe negar, de cualquier modo, que es conceptualmente distinto reconocer la libertad de asociación que reconocer personalidad jurídica a todas las asociaciones lícitas y que, como veremos a lo largo del apartado 4 del presente trabajo, dicha diferencia fue consagrada legislativamente en no pocos ordenamientos del siglo XIX. Y lo hubiera sido entre nosotros, por ejemplo, de haber llegado a ser Código Civil el Proyecto de 1836, donde sólo se consideraban personas morales «las juntas o corporaciones establecidas por la autoridad pública» (art. 541), sin que ello impidiera afirmar que «la ley reconoce y ampara todas las compañías o asociaciones cuyo objeto sea fomentar y exigir cualquier establecimiento de ciencias, literatura, artes, agricultura, industria o comercio, con tal que se ponga en conocimiento de la autoridad civil de la provincia o del Gobierno en su caso» (art. 547).

(30) Que el artículo 3.<sup>o</sup>6 de dicha Ley hable del «reconocimiento de la Asociación» sólo podría resultar significativo en conexión con el número 1.<sup>o</sup> del artículo 35 CC; pero en él únicamente se contemplan las asociaciones de interés público. Se podría argumentar que la estructura corporativa que la Ley de 1964 previene para las asociaciones regidas por ella (arts. 3.<sup>o</sup>2 y 6.<sup>o</sup>) no es imaginable sin atribución de personalidad jurídica. ¿Pero se está dispuesto a argumentar lo mismo respecto de los artículos 12 a 16 de la Ley de Propiedad Horizontal?



de aquellas a las que se la hubiera reconocido una Ley especial—, y seguirían sin tenerla hoy, salvo en la medida en que quepa defender que el artículo 22 CE exige reconocérsela (31). En fin, admitir cualquiera de las variantes de esta alternativa implicaría sostener que nuestras leyes han soportado (¿inconscientemente?) durante muchos años una contradicción de valoración difícilmente soportable: reconocer personalidad a las sociedades civiles o a sociedades mercantiles de estructura personalista, mientras se la negaba a las cooperativas (hasta su legislación especial) o a las asociaciones de recreo por el simple hecho de no perseguir fines lucrativos. Y si se me responde que las sociedades «no son manos muertas», y las asociaciones sí, replicaré que el argumento no vale para las cooperativas ni para muchas asociaciones sin ánimo de lucro, pero no tendencialmente perpetuas; y que en el artículo 515 CC se menciona expresamente la Sociedad junto a la Corporación, dando el legislador a entender que plantean el mismo problema de duración indefinida. En todo caso, aquella contradicción de valoración no se ha visto reflejada en nuestra vida jurídica, en la que la personalidad jurídica plena de las asociaciones de interés particular no sociedades, al menos las oficialmente reconocidas, jamás se ha visto seriamente puesta en duda ni antes de la Constitución de 1978, ni antes de la Ley de Asociaciones de 1964.

Es obvio, por lo demás, que frente esta alternativa podrían oponerse las objeciones de las letras *b*) y *c*) del apartado anterior.

3.3. Recientemente, el profesor Paz-Ares ha vuelto sobre el tema en el marco de una importante contribución destinada a demostrar la necesidad de acoger, corrigiendo teológicamente la norma del artículo 1.665 CC, un concepto de sociedad desprovisto del requisito del ánimo de lucro, en el seno de una reconstrucción general del derecho de sociedades (y asociaciones) asentada sobre bases estructurales, en vez de sobre bases causales, como lo hace la doctrina mayoritaria. Ha escrito el citado profesor (32):

«La doctrina mayoritaria, con el fin de cerrar el círculo preservando la concepción lucrativa de la sociedad que defiende, considera que el *interés particular* ha de interpretarse como *ánimo de lucro*. A este resultado llega —según creemos percibir— mediante un silogismo de la siguiente

---

(31) Si algún lector está pensando que esta variante parece la opción interpretativa más rechazable, le diré de inmediato que los resultados de la presente investigación son éstos: o existió una errata en el artículo 36 CC, o la interpretación históricamente más correcta será la que sostenga que ni la Ley de Asociaciones de 1887 se preocupó de reconocer, ni el Código Civil reconoció personalidad jurídica a las asociaciones de interés particular no sociedades. Este es un buen momento para releer lo escrito en la nota 15.

(32) PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 737-739.

naturaleza: si la asociación de interés particular equivale jurídicamente a la sociedad [*premisa mayor* (arg. ex. art. 36)] y si la sociedad se caracteriza por el ánimo de lucro [*premisa menor* (arg. ex. art. 1.665)], la noción de interés particular ha de equipararse a la noción de ánimo de lucro (*conclusión*). Desde el punto de vista positivo, sin embargo, semejante conclusión no está libre de objeciones. A este respecto ha de recordarse que la única vez que el legislador se ha manifestado sobre la materia ha sido justamente con el fin de deshacer la correlación ánimo de lucro/interés particular. Nos referimos a la Ley de 27 de diciembre de 1956 sobre heredamientos de aguas [...]. Esta intervención del legislador [...] tiene, desde la perspectiva general del sistema, el valor de *interpretación auténtica* y, por tanto, permite afirmar sin ambages que la conclusión obtenida mediante el silogismo anteriormente transcrito es falsa: “interés particular” y “ánimo de lucro” no coinciden. La observación es importante de cara a nuestro *thema demonstrandum*, puesto que si la conclusión es falsa por fuerza hemos de admitir que alguna de las premisas falla. El fallo no está —según creemos percibir— en la premisa mayor. La equiparación a efectos normativos entre la llamada asociación de interés particular y la sociedad se halla claramente establecida en el artículo 36 y con la misma claridad presupuesta por el artículo 35.2.º, cuya clasificación de las asociaciones de interés particular coincide con la clasificación legislativa de las sociedades. El fallo está pues en la premisa menor, que postula el carácter necesariamente lucrativo de la sociedad. Este es el punto que precisamente queríamos alcanzar, pues de esta manera probamos, una vez más, que nuestro ordenamiento no ha consagrado una relación de correspondencia necesaria entre forma societaria y materia lucrativa. Este planteamiento, en fin, no puede ser objetado afirmando que el derecho de asociaciones excluye de su ámbito las asociaciones con fin lucrativo (art. 1.º LA de 1887 y art. 2 LA 1964). De ahí no cabe inferir la imposibilidad de sociedades sin fin lucrativo, sino solamente la imposibilidad de asociaciones con fin lucrativo».

Hasta aquí, las tesis de Paz-Ares no se diferencian de las sostenidas por Albaladejo y Vicent Chuliá más que en la cuestión de si reservar o no el término «sociedad» para las asociaciones de interés particular que persiguen fines lucrativos (33). Pero desde sus premisas, el prime-

---

(33) Si se está de acuerdo en que los aquí denominados fenómenos asociativos

ro no podía dejar captar y enfrentarse a la objeción que más arriba opusimos a las tesis de los segundos. Con la argumentación siguiente:

«El concepto de “asociación de interés público” que está detrás del artículo 35.1.<sup>o</sup> ha de entenderse referido únicamente o reservado únicamente para las asociaciones de estructura corporativa reconocidas con arreglo a la ley de asociaciones, aunque tengan un fin “particular”. Lo prueba la Ley de Asociaciones de 1887, a la que se refería el Código Civil en el artículo 35.1.<sup>o</sup>, que permitía que se constituyesen con arreglo a ella asociaciones de interés meramente particular como son las mutuas y las cooperativas (art. 1). La misma conclusión se alcanza examinando la Ley de 1964 (ver arts. 1 y 2). Por ello, en el momento presente, las asociaciones de interés público a que se refiere el Código Civil son las asociaciones constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones vigente, con independencia de la naturaleza —“pública” o “particular”— de su fin [siempre que no sea lucrativo (art. 2 LA)] y con independencia de que se declaren o no de utilidad pública (art. 4 LA). De otra manera no se podrían considerar asociaciones lo que nadie discute que son asociaciones con fines particulares (clubs deportivos, círculos de recreo, casinos, automóvil-clubs, sociedades cinegéticas, gastronómicas, de carreras, etc.)».

Añadiendo en nota: «En realidad, 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 público” cuando se institucionaliza y despersonaliza mediante la erección de una estructura corporativa, cuya subsistencia se desvincula de las vicisitudes de lo socios. Esta es la esencia de la asociación. Por ello resulta abiertamente improcedente aplicar a una asociación profesional estructurada corporativamente, so pretexto de considerarla de “interés particular”, normas de la sociedad civil (v. no obstante STS de 12 de julio de 1990)».

---

atípicos se rigen por las normas reguladoras de la sociedad civil (exceptuadas, claro está, las dictadas en atención al elemento del ánimo de lucro), es ya cuestión terminológica si son verdaderas sociedades, o figuras o contratos innominados. Cuestión terminológica en la que lo razonable es, a mi juicio (como al de Girón, Fernández de la Gándara o Paz-Ares, y frente al de Vicent Chuliá), inclinarse por la primera alternativa, sosteniendo que el ánimo de lucro no es requisito del concepto de sociedad, sino de los tipos legales de la sociedad civil (art. 1.665 CC), y de la colectiva y la comanditaria (art. 116.I CCom).

Para concluir diciendo: «El sistema, de este modo, se cierra sin fisuras: las asociaciones constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones —y, por tanto, dotadas de estructura corporativa— se rigen por dicha Ley especial. Todas las demás asociaciones y entidades —con independencia de la índole de su fin— se rigen por el derecho de sociedades. En el medio quedaría una figura híbrida —la «asociación no reconocida»— cuyo régimen ha de construirse también en el medio; con normas del derecho de asociaciones (a pesar de no estar reconocidas) y con normas del derecho de la sociedad civil (a pesar de tener estructura corporativa)» (34).

La argumentación, sin duda brillante, no puede convencer:

a) Está sujeta la crítica de orden lingüístico que dirigíamos contra la interpretación examinada en el apartado 3.1; aunque en menor medida, pues no considera «de interés público» los que en el apartado 1.2 hemos llamado fenómenos asociativos atípicos. El esfuerzo final del profesor Paz-Ares no es suficiente. La reflexión sobre el fin de las fundaciones enseña que no puede identificarse «fin impersonal» con «fin de interés público, general o social», que interés público no es igual a interés impersonal e interés general no es igual a interés genérico; por más que alguno los confunda (35), y exista, a lo que parece, una fuerte tendencia a confundirlos: la tendencia que defiende la admisión de las fundaciones de interés particular o privado, a excepción de las satanizadas familiares (36).

---

(34) Yo soy de la opinión, que más adelante reiteraré, de que, por principio, ni las normas de la sociedad civil, ni el artículo 16 LSA, que PAZ-ARES trae a colación más adelante («Animo de lucro...», *cit.*, p. 745, nt, 48), son aplicables a las asociaciones no reconocidas. Exceptuaría sólo aquellas normas que, incluidas en el Título de la sociedad civil, reflejen principios generales de la contratación plurilateral: básicamente, preceptos relativos a las aportaciones, riesgos e incumplimiento.

(35) Por ejemplo, J. J. LÓPEZ JACOISTE, «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones». RDP 1965, p. 578; y parece, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, *cit.*, p. 660. Acertadamente, en cambio, CAPILLA, *Derecho Civil...*, *cit.*, pp. 529-530, y aunque menos claro, LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-1, *cit.*, pp. 308-310.

(36) En mi opinión, es indudable que en nuestros ordenamientos no son admisibles las fundaciones cuyos fines, por impersonales que resulten, no tengan significativo valor o trascendencia social: no sean fines que, en épocas de normalidad financiera, las Administraciones públicas persigan o fomenten. El artículo 5.<sup>o</sup> 1 de la Ley catalana de Fundaciones privadas, como el artículo 2.<sup>o</sup> 2 de la Ley gallega, han separado, como diferentes requisitos del fin fundacional, «servir al interés general» y «beneficiar a personas no individualmente determinadas». Aciertan, sin embargo, quienes sostienen que no es necesaria una tipificación legal como «de interés público» del fin de que se trate. Que es la cuestión que más ha preocupado en esta materia al profesor CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales 1991, pp. 85-90, sin duda por parecerle indiscutible el requisito de la trascendencia social del fin.

b) La conexión «asociaciones de estructura corporativa — Ley de Asociaciones — asociaciones de interés público», que podría ser correcta respecto de la Ley de Asociaciones de 1964 (aunque espero probar aquí que tampoco lo es, porque no lo es la premisa mayor del silogismo de la doctrina mayoritaria), en modo alguno puede serlo respecto de la Ley de 1887 —la única que el redactor del art. 35 CC pudo tener en cuenta— por la sencilla razón de que esta Ley no prevenía una estructura corporativa, no prevenía en realidad estructura de ningún tipo, para las asociaciones sujetas a sus disposiciones: no había en ella ningún precepto semejante al artículo 6.º de la vigente Ley de Asociaciones; y su artículo 4.º I se refería a «los estatutos, reglamentos, contratos o acuerdos» por los que se rigiera la asociación (también sus arts. 4.º III y 5.ºI).

c) Como ya hemos mencionado, en el Real Decreto de 3 de marzo de 1928 se afirmó que, en el amplio concepto de asociación particular a que se refiere el número 2.º del artículo 35, también se incluían «Asociaciones lícitas para los distintos fines de la vida, que se regulan por la ley de 1887».

d) No tiene buen sentido que el inciso final del artículo 39 CC pueda resultar aplicable a los círculos de recreo, los casinos o los automóvil-clubs. Pero a tal conclusión habría de llegarse, si se incluye a estas asociaciones «de fines particulares» en el número 1.º del artículo 35. No creo posible obviar esta objeción arguyendo que la hipótesis es imposible, pues el número 9.º del artículo 3.º2 LA 1964 (como ya hacía el art. 4.º I LA 1887) obliga a regular en los estatutos de las asociaciones la «aplicación que haya de darse al patrimonio en caso de disolución». El artículo 7.º5.b) del Decreto 1440/65, de 20 de mayo, dispone que la inscripción de disolución de las asociaciones comprenderá la «aplicación estatutaria o *legal* del patrimonio social». Por otra parte, una vez que se coincide en que también las asociaciones no reconocidas (no inscritas) tienen personalidad jurídica —en lo que, como se verá en el apartado 5.6 de este trabajo, coincidimos (con la jurisprudencia dominante) el profesor Paz-Ares y yo (37)—, la sugerida respuesta a la objeción se revela puramente formal (38).

---

(37) Cuestión distinta es el «grado de personificación» que uno y otro estemos dispuestos a reconocerlas. PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1359, sólo reconoce a las asociaciones no reconocidas una personalidad jurídica mínima o básica (la descrita en el art. 38 CC), que no conlleva, por ejemplo, la limitación de la responsabilidad de los asociados. Yo no puedo compartir esta opinión, como más adelante argumentaré. Pero a los efectos que nos ocupan, basta que se coincida en que existe un patrimonio autónomo cuyo destino en caso de disolución debe ser decidido jurídicamente.

(38) Esta argumentación podría haberse incluido ya a continuación del texto c) relativo a la nota 19. Si no lo hicimos así fue porque, aunque la citada norma reglamentaria hubiera de considerarse ilegal y hubiera que negar la personalidad jurídica de las asociaciones no reconocidas, quedaría allí en pie la objeción referente a los fenómenos asociativos atípicos; salvo, naturalmente, para aquellos que mantengan que son también asociaciones sujetas a la Ley de 1964 (*vid. supra*, nota 20).

El destino lógico del haber existente tras la disolución y la liquidación de dichas asociaciones «de fines particulares» es, salvo disposición contraria de los estatutos, su reparto entre los últimos miembros de la asociación por partes iguales. Lo que, a mi juicio, no puede considerarse incongruente con la razonable tesis de que el abandono voluntario de la asociación no da al asociado saliente, salvo disposición contraria de los estatutos, derecho a exigir de la asociación una parte proporcional de patrimonio común (39): los que dejaron de ser asociados antes de la disolución no participan en el reparto. Se trata sólo de la aplicación que, conforme al fin egoísta de aquellas asociaciones, típicamente se hubiera prevenido en los estatutos, de haberse contemplado en ellos la cuestión. En caso de extinción de una de ellas por desaparición de todos los asociados, sus bienes pasarán al Estado como bienes sin dueño (correcta, así, en su resultado la STS 12 de noviembre de 1956).

Las anteriores objeciones no deben malinterpretarse. Como se verá en el apartado 5 de este trabajo, estoy completamente de acuerdo con los profesores Girón y Paz-Ares en que, hoy, la única articulación del derecho de asociaciones (y sociedades) apta para seleccionar adecuadamente la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos es la que se vertebra sobre el llamado criterio estructural; y en que tal criterio reclama un concepto de sociedad desprovisto del elemento del ánimo de lucro. Pero yo creo, y éste es el muy secundario punto de discrepancia, que no cabe apoyar aquellas tesis (ni hace ninguna falta) en los artículos 35 y 36 CC, a los que reiteradamente la doctrina ha asignado una tarea que en forma alguna pueden desempeñar: la de seleccionar la disciplina aplicable a las distintas asociaciones en sentido amplio (40). Porque, anticipando ya algunas conclusiones: ni las aso-

---

(39) Cfr. MARÍN LÓPEZ, CCJC 23 (1990), p. 757, y la bibliografía allí citada, a la que puede añadirse STAUDINGER-COING, § 39 Rz 11; W. HADDING, en *Soergel BGB*, 12.<sup>a</sup> ed., I, Stuttgart-Berlín-Colonia-Mainz 1988, § 39 Rz 9; H. P. WESTERMANN, en *Erman BGB*, 8.<sup>a</sup> ed., I, Münster 1989, § 39 Rdz 3. Tampoco tiene derecho a que se le devuelva la contribución que haya podido hacer al patrimonio social. Lo que distingue a las referidas asociaciones, regidas por la Ley de Asociaciones, de otras entidades sin ánimo de lucro pero con fin económico, como las cooperativas (art. 80 Ley General de Cooperativas), las mutuas de seguros [arts. 13.2.f) y 14.2 Ley sobre Ordenación del Seguro Privado], o las sociedades de garantía recíproca (art. 27 R.D. 1885/1978, de 26 de julio). A mi juicio, son éstas, y no las de disolución de la sociedad civil, las normas a que debió acudir la STS de 12 de junio de 1990 para extraer el principio sobre el que fundamentar su fallo, en mi opinión jurídicamente, no sólo en equidad, correcto [de otra opinión, MARÍN LÓPEZ, CCJC 23 (1990), p. 759].

Una argumentación basada en la incongruencia que se niega en el texto ha sido utilizada por Galgano y De Giorgi en la polémica aludida *supra*, al final de la nota 19.

(40) A este respecto, la discrepancia con Paz-Ares se extiende, y con mayor motivo, ya que entiende el artículo 35 en clave «causal», al profesor CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 473. Sin que la excepción que propone respecto de las agrupaciones con fines económicos alcanzables mediante el ejercicio de actividades también econó-

ciaciones reguladas por la Ley de Asociaciones están contempladas sólo en el número 1.º del artículo 35 CC, ni todas las asociaciones contempladas en el número 2.º se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

#### 4. LA ERRATA SOBREVENIDA DEL ARTÍCULO 36 CC

Acabamos de comprobar que muchos de nuestros mejores juristas se han ocupado de la interpretación de los artículos 35 y 36 CC y, no sólo han llegado a resultados absolutamente dispares, sino que todas y cada una de las tesis mantenidas al respecto son susceptibles de objeciones difícilmente rebatibles. Cuando tal cosa ocurre, el problema ha de estar en los datos normativos.

4.1. En el Anteproyecto de 1882-1888 no existía el que es Capítulo II del Título II del Libro Primero del Código Civil, «*De las personas jurídicas*». Al final del Título Primero de Libro Primero de aquél existía sólo un artículo 26, casi idéntico al artículo 33 del Proyecto de 1851 (que utilizaba la expresión «personas morales»), de este tenor: «Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se considerarán personas jurídicas para el ejercicio de los derechos civiles».

Ahora bien, los artículos de dicho Anteproyecto referentes a la sociedad se dividen en dos Títulos. El primero se corresponde con el que actual Título VIII del Libro IV del Código Civil, aunque con claras diferencias; sobre todo: el artículo 5.º de los Títulos del Anteproyecto, inspirado en el artículo 1.879 del Anteproyecto de revisión del Código Civil belga de Laurent, reza: «La sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados». Y el segundo de los Títulos del Anteproyecto de 1882-1888 tiene un Capítulo único, en que, bajo el epígrafe «*De las sociedades con personalidad jurídica*», y en ocho artículos (41) tomados también del Anteproyecto de Lau-

---

micas, aparte de difícil de justificar, sirva para salvar la tesis: es irrazonable aplicar la Ley de Asociaciones de 1964 a agrupaciones de estructura personalista, por el sólo hecho de que su finalidad no sea económica alcanzable con actividades económicas.

(41) Los artículos que componen este segundo Título son en realidad nueve. Pero el último de ellos dice así:

*Art. 55.* Las asociaciones que no constituyen una sociedad civil en conformidad al artículo 1.º y las que no adquieran el concepto de persona jurídica según el artículo 46 [léase 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.

En este artículo, si se entiende de una determinada manera —si las palabras «que no constituyan sociedad civil en conformidad al artículo 1.º» se interpretan «que

rent (42), encontramos lo que innegablemente es *una disciplina general de las asociaciones civiles de estructura corporativa dotadas de personalidad* (43). Muy bien lo muestran los artículos siguientes, en los que cabe constatar asimismo como, en esta época, asociación y sociedad eran términos intercambiables:

*Art. 49.* Las asociaciones a 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 (44) y en el fondo social.

---

no constituyan una sociedad externa»—, tendremos el precedente nítido del artículo 1.669 CC (de diferente opinión, CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* Edersa, XXI-1.º, Madrid 1986, págs. 43-45). Y se ofrece, además, una regulación de las asociaciones no reconocidas; aunque, como más adelante indicaremos, inaceptable hoy a la luz del artículo 22 CE.

(42) Laurent había dedicado la Segunda Parte del Libro Primero de su Anteproyecto (arts. 531 y sigs.) a las que, por su enemiga a las expresiones persona civil, moral o jurídica, llamaba «*corporations*». Allí se encuentran unos pocos artículos sobre la concesión de personalidad (*l'incorporation*) y la capacidad de las que nosotros llamaríamos personas jurídicas de interés público, únicas a las que como regla cabía otorgar personalidad, y muchos sobre las *corporations illégales*, previendo un régimen para ellas «capaz de erizar los cabellos» (FERRARA, «*Teoría...*, cit., pp. 97 y 937), que revela sin lugar a dudas los prejuicios del autor frente a las congregaciones religiosas (cfr. F. LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, II, Bruselas 1883, pp. 377 y ss.).

Ya allí avanzó Laurent que en el título *De la sociedad* se ocuparía de unas entidades a las que, a pesar de calificarlas como sociedades civiles y de interés particular, la jurisprudencia belga había reconocido personalidad jurídica: las *sociétés charbonnières*, sociedades mineras por acciones. Así lo hizo (arts. 1.940-1.942). Pero, tomando confesadamente la idea del Código holandés, aprovechó la oportunidad para introducir en un capítulo titulado «*Des sociétés personnifiées ou incorporées*» una disciplina más detallada de las asociaciones (de interés público) personificadas (arts. 1.943-1950) —que el propio Laurent indicaba que debería coordinarse con la contenida en el Libro Primero—, a la que antes se remitía para regular el funcionamiento de aquellas especiales sociedades civiles excepcionalmente personificadas; unas y otras, como es obvio, agrupaciones estructuradas corporativamente (cfr. LAURENT, *Avant-projet...*, V, Bruselas 1885, pp. 442 y ss.).

(43) Decimos asociaciones «civiles», porque las sociedades anónimas, sin duda de estructura corporativa, habían sido reguladas en los artículos 116 a 122 y 151 a 174 CCom. Y respecto de las mutuas y cooperativas, véase lo dispuesto en el artículo 124 CCom.

(44) La referencia a los beneficios parece no cuadrar con lo indicado en la nota precedente; pero puede estar pensada para las sociedades civiles con forma de sociedad anónima. En el Anteproyecto belga, estaba pensada ciertamente para las *sociétés charbonnières* mencionadas en la nota 42. Y entre nosotros se ha puesto autorizadamente a las sociedades mineras por acciones —a las que ya la STS 22 de marzo 1877 reconoció



*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.

Y por su interés para los temas afrontados en este trabajo, conviene transcribir también en el texto el artículo 54, de que se deduce con absoluta claridad el concepto de asociación o sociedad «de interés público» que tenían los juristas de la época:

*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 fuere el fin de la asociación.

Los restantes artículos rezan así:

*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. 53.* La concesión de la personalidad puede revocarse por la ley o por la autoridad que la ha otorgado.

Cuando la asociación es de exclusivo interés privado, puede acabar por la voluntad unánime de los

---

personalidad jurídica distinta de los socios— como ejemplo paradigmático de sociedad civil con forma mercantil (DE CASTRO, *Temas...*, *cit.*, p. 84). Tesis que quizá compartiera el importador aquí del Anteproyecto de Laurent, pero que choca claramente con los artículos 117.II, hoy derogado, y 123 CCom (sobre el tema, PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1394). De cualquier forma, no son las mineras las únicas posibles sociedades civiles por acciones.

socios, a no impedirlo alguna de las cláusulas de la concesión (45).

4.2. El Capítulo del Código Civil en el que se contienen los hoy artículos 35 y 36 fue redactado entre abril y junio de 1888 (46), quizá para completar el nuevo Título II del Libro Primero, quizás acogiendo en una pequeña medida los deseos manifestados en la sesión del Senado del 11 de marzo de 1885 por Augusto Comas (47). Quien citó en su intervención, como modelos a seguir, los Códigos portugués de 1867 y argentino de 1870, que fueron probablemente, junto al Código chileno de 1855, la inspiración del anónimo autor de los artículos 35 a 39 CC (48); aunque se separara de estos modelos al adoptar un concepto más amplio de persona jurídica, que incluye las asociaciones civiles de interés particular (49), en congruencia con la flamante Ley de

(45) El artículo 47, y sobre todo el 53.I, reflejan, como el artículo 55, una escasa simpatía por la libertad de asociación, al dejar la vida jurídica de las asociaciones en las manos arbitrarias de la autoridad pública.

(46) Según J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española, 4. Codificación civil*, Ministerio de Justicia 1970, I, p. 419-420.

(47) *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, Senado 1989, I, pp. [161]-[163]. Aunque tales deseos habían triunfado antes y mejor en la Ley de Asociaciones de 1887.

(48) Lo apuntó DE CASTRO, *Formación...*, cit., pp. 79-80. Y con razón: el artículo 36 está claramente inspirado en el artículo 39 CC portugués y en el artículo 547 CC chileno; el artículo 38.I, en el innovador artículo 41 CC argentino, siendo la reserva del artículo 38.II provocada, seguramente, por los artículos 557 y 558 CC chileno; y el artículo 39, en cuanto al destino de los bienes, sigue la pauta de los artículos 561 CC chileno y 50 CC argentino.

(49) El artículo 32 CC portugués dispone: «*Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporárias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica*». Añadiendo el artículo 39 que «*As associações de interesse particular são regidas pelas regras do contracto de sociedades*». Y ninguna de estas reglas atribuye a la sociedad personalidad jurídica.

Y el artículo 33.5.º CC argentino deja muy claro que las asociaciones únicamente son personas jurídicas cuando «tengan por principal objeto el bien común», añadiendo el artículo 46 que «las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin del instituto». Y véanse las notas de D. Vélez Sársfield a los artículos 46 y 48.

En el Código Civil chileno no hay una norma tan clara; pero parece implícita en los artículos 559-561.

Y como indicamos en la nota 42, en el Anteproyecto belga LAURENT partía igualmente de un concepto estricto de persona jurídica, al disponer en el artículo 531 que «*l'incorporation ne peut être faite que pour cause de nécessité publique, par la loi ou en vertu de la loi*»; por lo cual, las únicas asociaciones de interés privado a las que se dotaba de personalidad eran las *sociétés charbonnières* por acciones, a las que nos referimos en el mismo lugar. Es probable que al mismo concepto estricto repondiera el primitivo artículo 26 de nuestro Anteproyecto de 1882-1888, análogo al artículo

Asociaciones de 1887 (50).

Cualesquiera que fueran las causas de su nacimiento y los modelos inspiradores, lo importante a nuestros efectos es señalar que los artículos 35 y 36 CC *se publicaron en la Gaceta de Madrid el día 9 de octubre de 1888.*

4.3. Hay que recordar ahora una muy citada intervención del diputado don Manuel Dánvila en la sesión del Congreso del 21 de marzo de 1889:

«Cuando la Comisión no podía ocuparse ya de discutir el Código Civil, es decir, en noviembre de 1888, cuando la delegación legislativa estaba terminada, y nadie podía atreverse a transformar el Código aprobado por S. M., el Sr. Gamazo presentó una ponencia especial de siete u ocho artículos, que constan en el acta, artículos tomados de la obra de Laurent, célebre autor de derecho y legislador en Bélgica. 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 4.<sup>o</sup>, que es el que trata de los contratos. La adición se votó en 18 de noviembre, y claro es que en esa fecha ya no se oyó a la Comisión de Códigos [...]» (51).

Parece indudable que esos siete u ocho artículos (nueve en realidad) que contenía la ponencia de Gamazo eran los integrantes del segundo de los Títulos (arts. 47-55) que en el Anteproyecto se dedicaba a la sociedad (52). Y que, así, *hasta noviembre de 1888 no se desechó la incorporación al Código de dichos artículos*, a la vez que se reconocía personalidad jurídica a las sociedades civiles.

---

33 del Proyecto de 1851; y desde tal hipótesis, habría que sostener que el segundo de sus Títulos relativos a la sociedad no se pensó en un principio para otras asociaciones de interés privado que las sociedades civiles por acciones.

(50) Salvo que se entienda que la Ley de Asociaciones de 1887 no se pronunció sobre la cuestión de la personalidad jurídica de las asociaciones sometidas a sus disposiciones, y que dichas asociaciones civiles de interés particular con personalidad eran *exclusivamente* las sociedades civiles con forma mercantil. Recuérdese lo que dejamos escrito en la nota 31 y el texto correlativo, y en la nota 15.

(51) *El Código Civil, Debates...*, cit., II, p. [1540].

(52) Así, PEÑA, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, en «Cenitario de la Ley del Notariado», IV-I, Madrid 1965, p. 38, nt. 114. Según LASSO, *Crónica...*, IV-1, cit., p. 559, el redactor-importador de todos los artículos del Anteproyecto sobre la sociedad debió ser don Hilario Igón. En tal caso, don Germán Gamazo no habría defendido una obra propia. Pero la hipótesis de Lasso parece contradicha por las palabras de Dánvila que se transcriben en la nota siguiente.

Cabría preguntarse por qué no se conservó el contenido de ese segundo Título, cuya eliminación reprochó el propio Dánvila (53) en la línea de previas intervenciones de M. Durán y Bas criticando la ausencia en el Código Civil de una regulación más detallada de las personas jurídicas (54). Se ha avanzado la siguiente hipótesis (55):

«[E]l tratamiento que se dispensa a las sociedades con personalidad, poco o nada tiene que ver con el contrato de sociedad civil, siendo más bien el régimen general de las asociaciones, que probablemente vendría a sustituir a la vieja Ley de 11-19 octubre 1869. Acaso por razones de ur-

---

(53) Tras manifestar su satisfacción por la existencia de los artículos 35 a 39 CC, Dánvila dijo:

«[H]ubiera sido de desear que se hubiera acometido esta novedad sin temor, ya que cuando se ha tratado de las sociedades con personalidad jurídica, que allá en una de las sesiones del mes de noviembre de 1888 se llevaban por el señor Gamazo varios artículos para regular la vida de estas sociedades, y hasta dice el acta que la modestia de S.S. le aconsejó manifestar que los había copiado de Mr. Laurent, hubiera sido de desear, que la Comisión no se asustara de aquella obra, y no retrocediera en su camino progresivo, obligando al Sr. Gamazo a rectificar su ponencia, para venir después con dos artículos que examinaré más tarde [...]» (*El Código Civil. Debates..., cit.*, II, p. [1539]).

(54) En la sesión de Senado de 23 de febrero de 1889 dijo don Manuel Durán y Bas:

«[V]osotos, Sres. Senadores, recordareis que en aquellos dos primeros libros que había presentado el Ministro de Gracia y Justicia de su tiempo, ni una palabra siquiera se decía de las personas jurídicas, y fue necesario que cuando se discutían en la otra Cámara y en este lugar las bases, posteriormente, se volviese a reclamar para que no se omitiera en el Código Civil lo que hay en los Códigos de todos los pueblos: los principios fundamentales de la organización de las personas jurídicas, como motivo de los cuales algo se ha dicho en este Código; pero desde el momento en que éste Código, en éste como en otros puntos, ha de contener aquellos preceptos generales que son las previsiones de la ley, yo hubiera deseado, y lo considero necesidad verdadera, que en él se hubiese dicho todo lo preciso para suplir la expresa voluntad de las partes [...]; que hubiésemos establecido en el Código todo lo que se refiere a las condiciones esenciales para la creación de la persona jurídica, y lo que es indispensable en toda persona jurídica, su representación [...]; y por tanto, era necesario que se hubiesen determinado los límites de las facultades, y a la vez las circunstancias de las que pueden ser personas jurídicas, como así bien lo que es la persona jurídica en relación a los bienes, a la propiedad, a la modificación de esa propiedad, lo que es respecto a la prestación de servicios o contratos, y siempre poner alguna restricción a esa persona jurídica [...]» (*El Código Civil. Debates..., cit.*, II, p. [1317]; *vid.* también p. [1359], sesión de 27 de febrero de 1889).

(55) Por CAPILLA, *Comentarios..., XXI-1.º, cit.*, p. 42.

gencia u otras cualesquiera, o por la necesidad de adaptar el régimen de las asociaciones al texto de 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 1887. Por otra parte, en el Anteproyecto no existía un tratamiento de las personas jurídicas similar al que posteriormente se contendría en el Código Civil [...]. Por esos 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».

Añadiéndose en nota, respecto del Anteproyecto: «Había la distribución de competencias que, de hecho, se acabó consagrando: las leyes específicas de asociaciones regulan el régimen jurídico de éstas; el Código civil solamente se preocupa de la atribución de personalidad jurídica. Aunque al final se trajeran al Código algunas normas de régimen jurídico, que seguramente tienen su antecedente en los preceptos del Título destinado a las sociedades con personalidad».

Pero ninguno de esos motivos puede convencer. La Ley de Asociaciones de 1887 no contenía, además de la definición de las asociaciones sujetas a ellas y una general remisión a los estatutos, más que «normas de policía»: en vano se buscarán en ella normas como los transcritos artículos 49 a 52 del Anteproyecto. Y espero haber probado antes que la disciplina de las personas jurídicas en nuestro Código Civil procede, aunque con el cambio de concepción señalado, de los Códigos chileno, portugués y argentino. Y añadiré ahora que hay buenas razones para pensar que el redactor de los artículos 35 a 39 CC contaba con la permanencia, al menos, de los citados artículos 49 a 52 del Anteproyecto sobre la sociedad: este sería el motivo por el que omitió importar los preceptos análogos de los Códigos chileno (arts. 549-552 y 560) y argentino (arts. 36-39 y 49).

No es fácil comprender a Romero Girón, cuando respondió a Durán y Bas arguyendo que la inexistencia de doctrina científica bien establecida sobre la materia aconsejaba descansar solamente en la libertad de estatutos y pactos; argumento éste último, en el que insistiría López Puigcerver en su respuesta a Dánvila (56). En mi criterio, la desaparición del referido segundo Título pudo deberse a dos razones. Una política: su disciplina era mucho menos liberal que la flamante

---

(56) *El Código Civil, Debates...*, cit., II, pp. [1342], [1378] y [1.575]. Las dos primeras corresponden a Romero Girón (sesiones del Senado de 26 y 28 de febrero de 1889) y la última a López Puigcerver (sesión de Congreso de 29 de marzo de 1889).

Ley de Asociaciones (57). Y otra técnico-sistemática: haberse dado cuenta de que, tras la incorporación de los vigentes artículos 1.669 y 1.670 CC, situando éste en el Código de Comercio el régimen de las sociedades civiles por acciones (58), ningún motivo ya justificaba la permanencia *en sede de sociedad* de los artículos (49 a 52) de dicho Título que convendría conservar. Su ubicación razonable sería el Capítulo II del Título II del Libro Primero; pero estaba ya en la Gaceta de Madrid.

4.4. Ahora bien, la circunstancia más importante ahora es que, cuando los artículos 35 y 36 CC se publican en la Gaceta, las «disposiciones relativas al contrato de sociedad» que cabía prever que existirían en el Código Civil eran los artículos componentes de los dos expresados Títulos del Anteproyecto; que en el primero se regulaba una sociedad civil sin personalidad jurídica; y que en el segundo existía una disciplina aplicable a todas las asociaciones de estructura corporativa, de interés público o particular, sometidas a la Ley de Asociaciones de 1887 (esto es, sin ánimo de lucro) (59).

Ha escrito el profesor Lacruz (60):

«El recién elaborado art. 1.669 reconoce a la sociedad civil una personalidad jurídica que los proyectos, hasta el último, le habían negado.

»Este precepto vendría a cambiar el sentido del art. 35.2.<sup>o</sup>, ya publicado entonces en la Gaceta, y que reconoce la personalidad de las “asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia”. A la vista del proyecto de 1888 (anterior al 18 de noviembre), único texto que el legislador tuvo en cuenta al redactar el art. 35, es seguro que “las asociaciones civiles de interés particular” eran, para el legislador, al publicarse el art. 35, no las sociedades encaminadas a la obtención de una ganancia, a las que negaba personali-

(57) *Vid. supra*, nota 45 y texto correlativo.

(58) Porque lo único que puede significar el inciso final, «en cuanto no se opongan a las del presente Código», del artículo 1.670 CC es que no son aplicables a las sociedades civiles con forma mercantil las disposiciones del Código de Comercio reguladoras del estatuto del comerciante (cfr. CAPILLA, *Comentarios...*, cit., XXI-1, pp. 63 y ss.; PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., pp. 1381-1382.).

El propio LAURENT, *Avant-projet...*, V, cit., pp. 445, dudó si no sería preferible someter las *sociétés charbonnières* (v. *supra*, notas 42 y 44) a las reglas de protección de accionistas y terceros de las sociedades mercantiles. Pero creo que los antecedentes del artículo 1.670 CC bien pudieron ser los artículos 2.059-2.061 del Código Civil chileno.

(59) Y a las sociedades civiles con forma de sociedad anónima.

(60) En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1986, pp. 397.

dad, sino, exactamente, las asociaciones sin finalidad lucrativa, que “constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que la componen, cuando tienen dicho concepto por la ley o se forman con aprobación de la autoridad pública”, como decía el artículo 47 del título referente a la sociedad en el propio proyecto: tales asociaciones venían reguladas en el proyecto a continuación de la sociedad, y su regulación se suprimió en el texto definitivo a la vez que el art. 1.669 otorgaba personalidad, en principio, a todas las sociedades civiles».

Es probable que, tras haber captado tan bien lo anterior (61), el profesor Lacruz, si no se lo hubiese impedido la muerte, habría modificado la interpretación que dejamos criticada en el apartado 3.1: ¿cómo mantenerla tras darse cuenta de que para el autor del artículo 35.2.º eran precisamente las sociedades civiles (con ánimo de lucro) las que no eran «asociaciones de interés particular civiles»; tras darse cuenta de que lo que desde el principio se quiso incluir bajo dicha expresión fueron asociaciones sin ánimo de lucro, bien que después quedarán también incluidas las sociedades civiles?

Ahora bien, si lo que sucedió en noviembre de 1888 con la regulación de la sociedad no exigía ningún cambio en la redacción del artículo 35 CC —simplemente, su número 2.º pasó a incluir más asociaciones civiles de interés particular, al contemplar asimismo las sociedades civiles—, *si requería un cambio en la redacción del artículo 36*, por la evidente razón de que entre las «disposiciones relativas al contrato de sociedad» contenidas en el Código Civil ya no iba a existir normativa aplicable a las asociaciones de interés particular no sociedades (sujetas a la legislación de asociaciones). Un cambio de redacción, por ejemplo, en el sentido siguiente: «Las asociaciones a que se refiere el número 2.º del artículo anterior, y no sujetas a la legislación especial sobre ejercicio del derecho de asociación, se registrarán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste» (62).

---

(61) Sólo cabría reprocharle el olvido de las sociedades referidas en la nota 59. Discrepará totalmente quien opine que la Ley de Asociaciones de 1887 no se pronunció sobre la cuestión la personalidad de las asociaciones sometidas a su disciplina, y que para los codificadores «asociaciones civiles de interés particular» con personalidad eran *exclusivamente* las sociedades civiles con forma mercantil (de sociedad anónima). Reléase lo dicho *supra*, en las notas 31 y 50, y los textos correlativos.

(62) Pretender que el inciso añadido al precepto hubiera dicho «*que estén estructuradas contractualmente según esquemas personalistas*», o de otra forma, «*que no estén estructuradas estatutariamente según esquemas corporativos*», sería, como es obvio, pretender un imposible. ¿Habremos de recordar que la clasificación de las asociaciones (en sentido amplio) entre asociaciones de estructura corporativa y de estructura personalista todavía no aparece en los manuales al uso de Derecho Civil?

Pero un cambio así no se produjo, y ello generó una errata sobrevenida en el artículo 36 CC, de cuya letra, sobrevenidamente errada, pudo desde entonces deducirse con total nitidez que en el número 2.º del artículo 35 sólo se contemplaban las sociedades. Y de ahí, todo lo demás (63).

4.4. Si se está de acuerdo en la existencia de dicha errata, se deberá aceptar que el artículo 35 CC es una disposición carente de utilidad normativa en lo que en esta sede importa: totalmente inhábil para seleccionar adecuadamente la disciplina aplicable a los distintos fenómenos asociativos (64).

En su número 1.º aparecen las asociaciones, lógicamente de estructura corporativa, que persiguen fines ideales (no lucrativos) de relevante trascendencia social (cuya actividad principal es una de las que las Administraciones públicas deben prestar también a sus ciudadanos, o fomentar su prestación mediante subvenciones directas o indirectas) (65). Sólo a estas asociaciones les es aplicable el inciso final del artículo 39 CC. Este es el núcleo de mi discrepancia con las opiniones expuestas y criticadas en los apartados 3.1 y 3.3 de este trabajo. Se ha llegado a afirmar, incluso, que la autonomía que el artículo 39 CC (y el

(63) No existirá errata, claro es, para quien se incline por la tesis que ha quedado apuntada en las notas 15, 31, 50 y 61 de este trabajo. El número 2.º del artículo 35 CC sólo contemplaría las sociedades por la simple razón de que no habría más asociaciones de interés particular *con personalidad* que las sociedades externas civiles o mercantiles. Y a las «manos muertas» de su número 1.º únicamente se les reconocería personalidad jurídica para fines de interés público. Lo mismo que no caben fundaciones de interés privado, no cabrían, con personalidad jurídica, asociaciones en sentido estricto de interés privado [Para comprobar la supervivencia de estas ideas, *cf.* C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milán 1982, pp. 300-301, 305, 333-334].

Ahora bien, el partidario de tales ideas ¿no tendría que admitir que, cuando menos desde la vigencia del artículo 22.1 CE, el artículo 36 CC deberá entenderse modificado en el mismo sentido que si hubiera existido la errata en cuestión? ¿O se atrevería a negar que el contenido esencial del derecho de asociación incluye la atribución de personalidad jurídica (cuando menos la elemental, que describe el art. 38 CC) a todas las asociaciones que deseen tenerla, aunque sea subordinando su adquisición a requisitos de publicidad registral? Y sin duda deberá admitir que, también antes de la Constitución, el tráfico y los tribunales han dado por supuesta la personalidad jurídica de las asociaciones de interés privado no sociedades, incluso en casos en que no estaban oportunamente reconocidas por la autoridad pública.

(64) A igual conclusión deberían llegar los imaginarios discrepantes a que se refiere la nota anterior, salvo que pretendieran mantener que las asociaciones de interés particular no sociedades siguen careciendo hoy de toda personalidad jurídica (incluso la mínima, descrita en el art. 38 CC). Lo que, a mi juicio, sería una tesis frontalmente contraria al artículo 22.1 CE, en relación con su artículo 53.1 (respeto al contenido esencial).

(65) A mi juicio, asociaciones de interés público del artículo 35.1.º CC son, dejando aparte las reguladas por leyes especiales, cabalmente aquellas que pueden ser reconocidas como de «utilidad pública» conforme al artículo 4.º LA y los artículos 2.º a 5.º del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, a los que remite implícitamente, por ejemplo, el artículo 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.



núm. 9.º del art. 3.º LA) reconoce a las asociaciones de interés público para asignar estatutariamente la aplicación de sus bienes en caso de disolución está limitada en el sentido de que tendrían que continuar destinados a la consecución de fines de interés general (66). Pero siendo indudablemente lícitas las asociaciones de interés particular, lo más que puede afirmarse es que una disposición estatutaria que, para el caso de disolución, asignara el patrimonio social a los asociados impediría declarar la asociación de «utilidad pública» con los beneficios inherentes a tal declaración [cfr. art. 4.º LA, y arts. 2.º a 5.º D. 1.440/1965, de 10 de mayo; así debe entenderse el art. 17.2.f) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, en relación con sus arts. 44.2 y 45].

Y el número 2.º del artículo 35 contempla todas las demás asociaciones en sentido amplio con personalidad: de una parte, las asociaciones en sentido estricto no contempladas en el número 1.º, y de otra, todas las sociedades (67). Y por tanto: asociaciones sin fin lucrativo y con ánimo de lucro; estructuradas corporativamente y de estructura personalista; sujetas al «control policial» previsto en las Leyes de Asociaciones, y no sujetas al mismo. No existe razón para aplicar a todas ellas las disposiciones relativas al contrato de sociedad (el art. 36 CC es una norma defectuosa). Este es el núcleo de mi discrepancia con la mayoría de las opiniones referidas en el apartado 3.2 de este trabajo (68).

---

(66) Así CAFFARENA, *Comentario...*, I, *cit.*, pp. 250-251, quien quizás haya extendido mecánicamente a las asociaciones una tesis que, respecto de las fundaciones, para las que primero la mantuvo (CAFFARENA, «El artículo 39 del Código Civil y la extinción de las fundaciones», *Centenario del Código Civil*, I, Madrid 1990, pp. 389-391), es seguramente atinada, pues no caben fundaciones de interés privado.

Que la *ratio* del artículo 39 CC no reside en la mera ausencia de fin lucrativo de las asociaciones a que se aplica lo prueban las normas sobre el destino del patrimonio social en caso de disolución de una cooperativa (art. 112 Ley General de Cooperativas), una mutua de seguros [art. 13.2.g) Ley de Ordenación del Seguro Privado] o una sociedad de garantía recíproca (art. 49 RD 1885/1978, de 26 de julio). Y parece indudable que lo dispuesto en el número 4.º del artículo 112.II de la Ley General de Cooperativas responde a los beneficios fiscales de que gozan las cooperativas en razón de su función social (cfr. Ley 20/1990, de 19 de diciembre). Algo semejante hay que decir sobre el número 12 del artículo 136 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone que en los estatutos de las entidades de gestión de derechos de autor se hará constar «el destino del patrimonio o activo neto resultante en los supuestos de liquidación de la Entidad que, en ningún caso, podrá ser objeto de reparto entre los socios» (v. art. 140 LPI); entendiendo que el activo de la entidad sólo es neto tras la restitución de las aportaciones que, en su caso, tengan hechas los socios al patrimonio social (CAPILLA, en R. BERCOVITZ coord., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1989, pp. 1787 y 1815, aunque no haya matizado este último extremo, ha subrayado la similitud entre cooperativas y entidades de gestión de derechos de autor en cuando al destino del haber existente tras la liquidación).

(67) Aunque hoy cabría excepcionar las sociedades de ente público que gestionan verdaderos servicios públicos en sentido material (v. *supra*, nota 22).

(68) En los resultados, las posiciones de los profesores Díez-Picazo y Gullón y, con mayor nitidez, del profesor Caffarena son las más próximas a las que aquí se man-

¿Cuál es, entonces, la lógica interna del artículo 35 CC?. La respuesta puede ser ésta: expresa los estratos de la evolución del concepto de persona jurídica durante el siglo XIX. Aparecen en su número 1.º aquellas entidades que responden al concepto estricto de persona jurídica acogido por la legislación francesa del pasado siglo, según la cual, como decía Capitant: «El derecho de asociación es ejercitado bajo la vigilancia y la autorización de gobierno. Pero las asociaciones, incluso las autorizadas, no gozan de personalidad jurídica, sino en cuanto son reconocidas como establecimientos de utilidad pública». Frente a dicho concepto estricto, se impuso en la jurisprudencia y la doctrina francesa un concepto muy amplio de persona jurídica, importado con gusto por la doctrina española de la segunda mitad del siglo, que está reflejado en el número 2.º del artículo 35 CC; después de haber triunfado mediante la atribución de personalidad a todas las sociedades mercantiles en el Código de Comercio (art. 116.II) y a todas las asociaciones no sociedades en la Ley de 1887, y poco antes de triunfar en la máxima medida, si bien *a contrario*, en el artículo 1.669.I CC (69).

---

tienen. Habría sido conveniente —aunque impropio del lugar en que escribía— que éste se manifestara sobre la cuestión de si las Leyes de Asociaciones de 1887 y 1964 se han pronunciado o no respecto de la atribución de la personalidad jurídica a las asociaciones sometidas a sus disposiciones, y en concreto, a las de interés privado no sociedades. Y si su respuesta hubiera sido (coherentemente) negativa, saber qué respondería a las preguntas planteadas en el párrafo segundo de la nota 63.

Y en otro orden de cosas, el análisis precedente habrá dejado claro, contra un apunte del profesor GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 38 (objetado ya con tino por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, *cit.*, 335-336, y nt. 106), que parece suscribir PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 738, nt 20 y *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1309, lo artificioso de utilizar el artículo 36 CC como argumento para justificar la existencia de un concepto normativo de «sociedad en sentido amplio» o «sociedad general».

(69) Sobre la evolución de uno a otro concepto de persona jurídica es clásico entre nosotros DE CASTRO, *Formación...*, *cit.*, pp. 53 y ss. Muy claro también FERRARA, *Teoría...*, *cit.*, pp. 89 y ss. (de donde hemos tomado la cita de H. CAPITANT), y 411 y ss., destinadas significativamente a demostrar que el carácter de utilidad pública del fin común no es requisito necesario de la personalidad jurídica.

Si yo hubiera tenido el valor de inclinarme por la tesis apuntada en las notas 15, 31, 50, 61 y 63 del presente trabajo (y la modestia, al desechar el hallazgo de una errata), diría ahora que nunca existió durante la mayor parte del siglo XIX una polémica notable entre un concepto estricto y uno amplio de persona jurídica, pues no se trataba de una cuestión ideológico o político-económicamente decisiva; y que esa dialéctica sólo pasó al primer plano de la discusión jurídica con la dogmática alemana de finales de siglo, y entendida básicamente así: atribuir personalidad sólo a las agrupaciones estructuradas corporativamente (y con limitación de responsabilidad de los asociados o socios) o atribuirla también a las de estructura personalista. Con anterioridad, la cuestión de la personalidad de las sociedades no era un tema importante (sí, el de la libertad de su creación, con el que se confundirá a veces: personalidad jurídica, valladar frente a la autoridad gubernativa), a diferencia de la decisiva cuestión de la personalidad de las asociaciones y las fundaciones, de la personalidad de las «manos muertas». La concepción amplia de los juristas franceses es la propia de quienes, no considerando el tema trascendente, encuentran una sencilla explicación de la preferencia sobre los bienes de la sociedad de los acreedores sociales. Lo mismo que hizo Gar-

El artículo 35 CC no tiene utilidad normativa en la materia que nos ocupa; pero tiene, sin duda, un gran valor de arqueología jurídica (semejante al del art. 388 CC, que pide una explicación de por qué el legislador le concedió la dignidad de integrar el sólo un capítulo del Código). Y la función de faro que ilumina al navegante por el ordenamiento español sobre lo muy amplio del concepto de persona jurídica que, a diferencia de otros Derechos, el nuestro ha acogido en sus textos jurídico-privados fundamentales.

## 5. ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD: CRITERIOS DE DISTINCIÓN

Procede ahora pronunciarse sobre una cuestión que quedó aplazada en el apartado 2 de este trabajo, el criterio de distinción entre asociación y sociedad, desde la única perspectiva fructífera: la selección de la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos e irregulares, y la cobertura de las lagunas existentes en la regulación de los tipos legales.

5.1. La respuesta a dicha cuestión durante la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887 parece clara: el criterio del ánimo de lucro distinguiría las sociedades (arts. 1.665 CC y 116.II CCom) de las asociaciones (art. 1.º LA 1887). Premisa desde la cual, el ya citado Real Decreto de 3 de marzo de 1928 hubo de recordar que:

«[N]o es potestativo de los interesados el calificar como pertenecientes a una u otra [clase] las personas jurídicas que crean con su consentimiento; sino que su cualidad viene impuesta por su naturaleza, conforme a las leyes, y por tanto, que todas aquellas en que faltan los esenciales requisitos que para las sociedades civiles señala el artículo 1.665 del Código Civil y para las mercantiles el artículo 116 del Código de Comercio, han de considerarse comprendidas en el concepto genérico de asociación que regula la expresada ley [de Asociaciones de 1887], 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 obtuvieren.»

---

cía Goyena en su glosa al artículo 1.549 del Proyecto de 1851, sin pensar que entrara en contradicción con el artículo 33 del mismo. Y ahora puede comprenderse como el Código civil chileno no fue incongruente al acoger un concepto estricto de persona jurídica respecto de las asociaciones (*vid. supra*, nota 49; y las fundaciones, art. 545.II), al mismo tiempo que dispuso en su artículo 2.053.II que «la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados».

Si estas afirmaciones son correctas es porque, como se hizo notar anteriormente, la Ley de Asociaciones de 1887 no prevenía una estructura corporativa, no prevenía en realidad estructura de ninguna clase, para las asociaciones sometidas a sus disposiciones: no contenía normas sobre el funcionamiento interno o externo de las asociaciones distintas de las que podríamos llamar «normas de policía gubernativa». El criterio del ánimo de lucro, por tanto, sólo servía para establecer si a un concreto fenómeno asociativo le era o no aplicable el derecho administrativo-policia de asociaciones; pero no para seleccionar la disciplina jurídico-privada aplicable al mismo: llegándose a la Ley de Asociaciones, dicha disciplina no se hallaba, puesto que el legislador no había querido incluirla allí, o dicho con más precisión, no había podido, a causa de su voluntad de hacer del ánimo de lucro, o de su ausencia, el criterio exclusivo de delimitación del ámbito de aplicación de aquella Ley. En efecto, es imposible diseñar un régimen supletorio de funcionamiento de una entidad asociativa que quepa aplicar a todas las asociaciones sin ánimo de lucro, sencillamente porque es imposible diseñar un régimen supletorio mínimamente completo que pueda ser común a las asociaciones de estructura corporativa y a las estructuradas según esquemas personalistas. Resulta así comprobado que nunca podrá ser jurídico-privadamente satisfactoria una distinción entre asociación y sociedad fundada en el ánimo de lucro; porque, como advertía Ferrara, «la cualidad de fin no influye en la esencia de la relación», aunque pueda influir en su «peligrosidad política».

5.2. Desde la Ley de Asociaciones de 1964, una normativa propia de asociaciones estructuradas corporativamente (arts. 3.º y 6.º LA), es indudable que el correcto criterio de distinción entre asociación y sociedad no puede ser sino un criterio estructural: su estructura corporativa, organizada estatutariamente, caracteriza a las asociaciones frente a las sociedades, agrupaciones organizadas contractualmente, según esquemas personalistas. Conforme a este criterio, son asociaciones, junto a las reguladas en la Ley de 1964, las cooperativas, las entidades de previsión social, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades anónimas, las comanditarias por acciones, las de responsabilidad limitada, etc. Y las sociedades civiles, las colectivas, las comanditarias simples, las agrupaciones de interés económico, las cuentas en participación, los condominios navales o las agrupaciones temporales de empresas serían tipos o formas de sociedades (70). Si se prefiere un nombre distinto para el conjunto de las asociaciones de estructura corporativa, y reservar el de asociación para las reguladas por la Ley de Asociaciones, yo sugeriría «corporación jurídico-privada».

---

(70) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., p. 1300.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y en concreto de su artículo 22, el criterio del fin lucrativo (*rectius*, del fin económico, lucrativo o mutualista), siguió siendo, sin embargo, un criterio decisivo para la selección de la disciplina aplicable en el ámbito de las que he propuesto llamar corporaciones jurídico-privadas, porque era indudable voluntad del legislador que todas las que persiguieran fines no económicos resultasen sometidas al régimen administrativo-policial de la Ley de Asociaciones. Lo que probablemente obligaba a mantener que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada debían perseguir fines lucrativos (71).

5.3. Ya no hay razones para seguirlo manteniendo (72). Pero hoy como ayer sigue siendo cierto, en mi opinión, que el ejercicio de la actividad mercantil no puede llevarse a cabo fuera del rigor y las garantías de los tipos mercantiles. El ejercicio de actividades civiles no está reservado a las sociedades del Código Civil (arg. art. 1.670 CC) o a las asociaciones de la Ley de 1964; el de actividades mercantiles lo está, por el contrario, a «las formas reconocidas por el Código de Comercio» (arg. art. 122 CCom) o, sin fin lucrativo, por la legislación de cooperativas, de mutuas, etc. Aunque las partes hayan declarado querer constituir una sociedad de tipo civil, si el objeto de la misma es mercantil, la sociedad deberá considerarse colectiva (RDGR 16 de mayo de 1991), y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, solidaria (art. 127 CCom; comp. art. 1.698.I CC). Para ejercitar una actividad mercantil, aun sin ánimo de lucro, como la actividad principal de una entidad de estructura corporativa y responsabilidad limitada, tiene que constituirse una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad comanditaria por acciones, una sociedad cooperativa, etc. Una agrupación con ese objeto principal, aun sin fin lucrativo, no puede ser reconocida como asociación de la Ley de 1964: sería un procedimiento muy simple para eludir las normas sobre el capital social («fondo de garantía» de los acreedores) de aquellos tipos de corporaciones. Y si comienza por la vía de hecho sus operaciones, tras constituirse sin voluntad electora de uno de referidos tipos (73), deberá

---

(71) Así PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 741, nt. 39. Porque no era adecuada la tesis de GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 36-37, de que también las sociedades anónimas y limitadas sin fin lucrativo estaban sujetas al control gubernativo establecido en la Ley de Asociaciones (DE LA CÁMARA, *Estudios...*, I, *cit.*, pp. 561-563).

(72) Por todos, PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 740-741, y allí oportunas referencias. Última y personalmente en contra, VICENT CHULÁ, RGD 1992, pp. 10281-10283, quien parece no reparar en que el verdadero residuo de leyes franquistas (del control franquista del asociacionismo no económico por la Ley de Asociaciones de 1964) es, precisamente, mantener la necesidad de un fin lucrativo para las sociedades de capitales.

(73) De otro modo, se trataría de una sociedad anónima, limitada, etc. irregular, de cuyo régimen nos ocuparemos en el apartado 6.3 del presente trabajo; pero véase ya el artículo 16.2 LSA.

ser considerada una sociedad colectiva irregular (y atípica, si estructurada corporativamente) (74), y por tanto, le será aplicable lo dispuesto en el artículo 127 CCom, reforzado por lo que dispone el artículo 120 CCom (75). Resulta muy razonable, en cambio, tolerar 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 (76).

Y seguramente hay que llevar a sus lógicas consecuencias las últimas ideas expresadas y sostener 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 (77). En otras palabras, que no cabe ejercitar una actividad económica, aun sin ánimo de lucro, como la actividad principal de una agrupación con el privilegio de la responsabilidad limitada de sus miembros, sin una disciplina rigurosa del capital como cifra de retención permanente del patrimonio social, instrumento técnico de garantía de los acreedores que contrapesa tal privilegio (78). Esta tesis ha recibido un claro espal-

---

(74) En la doctrina alemana, véase por todos STAUDINGER-COING, § 54, Rz 54; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 3. En el apartado 6.1 de este trabajo nos referiremos a la posibilidad de constituir en nuestro Derecho sociedades de personas estructuradas corporativamente.

(75) Asumimos plenamente la «tesis registralista» del fenómeno de la irregularidad, iniciada por el profesor GIRÓN, «Las sociedades irregulares», ADC 1951, pp. 870 y ss.; *Derecho de sociedades*, I, cit., pp. 226 y ss. La que no parece ya discutible, una vez que el propio legislador la ha aceptado con toda claridad en los artículos 16.2 LSA y 7.<sup>o</sup>2 de la Ley de Agrupación de Interés Económico (cfr. por todos, PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., pp. 1340-1344; en PAU PEDRÓN coord., *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid 1992, pp. 19-22; *La responsabilidad...*, cit., pp. 38-41; A. MENEDEZ, «Sociedad Anónima e inscripción en el Registro», *AAMN XXX-1*, pp. 44-47).

(76) El mejor tratamiento de estos temas es, de nuevo, el del profesor PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., pp. 1382-1383, con quien he de discrepar, sin embargo, cuando parece sostener que las asociaciones pueden ejercitar actividades mercantiles con carácter principal, siempre que lo hagan sin ánimo de lucro.

(77) Si bien en la doctrina italiana parece aún dominante la opinión de GALGANO, *Delle associazioni...*, cit., pp. 73 y ss., de que las actividades económicas pueden ser también objeto de las asociaciones reguladas en los artículos 14 a 42 CC italiano, se advierte que ha resultado contradicha por la reciente experiencia sobre los clubs de fútbol que han asumido la forma de sociedades anónimas: DE GIORGI, *Le persone giuridiche...*, cit., pp. 222.

Entre nosotros, afirma en general que las asociaciones regidas por la Ley de 1964 pueden ejercitar actividades económicas sin ánimo de lucro, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., pp. 505-506.

(78) Este ha sido el resultado alcanzado en la práctica por el § 22 BGB (v. por todos, SOERGEL-HADDING, §§ 21-22, Rz 5 y ss.) del que se ha llegado a afirmar que aho-

darazo legislativo en la imposición, por el artículo 19.1 de la Ley del Deporte, de la forma de sociedad anónima a los clubes deportivos, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas de carácter profesional y ámbito estatal. Como explica el preámbulo del Real Decreto 1.084/1991, de 5 de julio, de Sociedades Anónimas Deportivas:

«La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte propone un nuevo modelo de asociacionismo deportivo, una de cuyas bases es el establecimiento de un marco eficaz de responsabilidad jurídica y económica para los clubes deportivos que desarrollan actividades de carácter profesional.

---

ra carece de objeto (O. JAUERNING, en *Jauerning BGB*, 4.<sup>a</sup> ed., Munich 1987, § 22, Anm. 2; K. SCHMIDT, «*Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit*», AcP 182 [1982], p. 36). Sobre los criterios de distinción entre *nichwirtschaftlicher* y *wirtschaftlicher Verein*, en las pautas marcadas por K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), pp. 9 y ss., D. REUTER, en *Münchener Kommentar zum BGB*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Munich 1984, §§ 21, 22, Rdnr 4 y ss.; SOERGEL-HADDING, §§ 21-22, Rz 19 y ss.; ERMAN-WESTERMANN, § 21, Rdz 2 y ss.; H. HEINRICH, *Palandt BGB*, 50.<sup>a</sup> ed., Munich 1991, § 21, Rn 2 y ss.

Sobre la conexión entre responsabilidad de los socios y sistema de dotación y preservación del capital, U. JOHN, *Die organisierte Rechtsperson System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlín 1977, pp. 135 y ss., 250 y ss., y entre nosotros, especialmente, PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ADC 1983, pp. 1595 y ss.

Para evitar que el lector llegue a consecuencias demasiado injustas sobre la doctrina italiana aludida en la nota anterior, hay que recordar que en el Derecho italiano las asociaciones adquieren personalidad mediante un acto administrativo de reconocimiento (art. 12 CC italiano), en el que la autoridad —se sostiene— habrá de comprobar la existencia de un patrimonio suficiente a la luz del fin perseguido, tutelando de ese modo los intereses de los eventuales acreedores sociales, que en las asociaciones no reconocidas quedarían tutelados mediante la responsabilidad personal y solidaria de «*le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione*» (art. 38 CC) (GALGANO, *Delle persone giuridiche*, Bolonia-Roma 1969, «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», Arts. 11-35, pp. 135 y ss.; B. BAREL, en CIAN-TRABUCCI, *Comentario breve al codice civile*, 4.<sup>a</sup> ed., Padua 1992, p. 106). Me parece claro, sin embargo, que ni un mero control inicial del patrimonio de las asociaciones que tengan por objeto principal actividades económicas basta para proteger seriamente los intereses de los acreedores (podría devolverse al día siguiente al del reconocimiento), ni hay razón para que los miembros de las asociaciones no reconocidas con tal objeto principal no respondan personalmente de las deudas sociales, al menos si la actividad económica es una actividad mercantil, en un Derecho que establece la responsabilidad ilimitada de los socios de las sociedades en nombre colectivo no inscritas (art. 2297.I CC italiano; comp. art. 2267) (cfr. para el Derecho alemán STAUDINGER-COING, § 54, Rz 54; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 25; PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 12; pero también MunchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 22-24, recordando que no existe precepto en el BGB que establezca la responsabilidad de los socios de la sociedad civil por las deudas sociales). Por lo demás, en nuestro Derecho no hay apoyo legal alguno para un control administrativo de la originaria suficiencia del patrimonio de las asociaciones regidas por la Ley de Asociaciones de 1964.

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» (79).

Una agrupación de estructura corporativa que ejercite una actividad económica, pero no mercantil, como su objeto principal, constituida sin voluntad electora del tipo de la sociedad anónima, limitada, etc., deberá ser considerada una atípica sociedad civil de estructura corporativa (80). Y sus socios responderán por las deudas sociales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.698.I CC (81).

5.4. Quien comparta lo dicho hasta aquí, estará de acuerdo en que son dos los criterios de clasificación de las asociaciones en sentido amplio típicas que hoy cabe razonablemente utilizar. Uno *estructural*, que distingue las que aquí he llamado «corporaciones jurídico-privadas» (asociaciones de estructura corporativa) de las que podrían denominarse «sociedades contractuales» (asociaciones estructuradas según esquemas personalistas). Y otro *objetivo*, que, en el ámbito de las corporaciones jurídico-privadas, distingue las asociaciones, cuyo objeto principal no puede ser una actividad económica, de las sociedades que ejercitan actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, como objeto principal; asociaciones y sociedades, que podríamos llamar «estatutarias» (82).

---

(79) Y véanse los requisitos, responsabilidades y garantías impuestos por las reglas de las disposiciones adicionales séptima y octava de dicha Ley para que los clubes de fútbol o de baloncesto actualmente existentes puedan conservar su actual estructura jurídica.

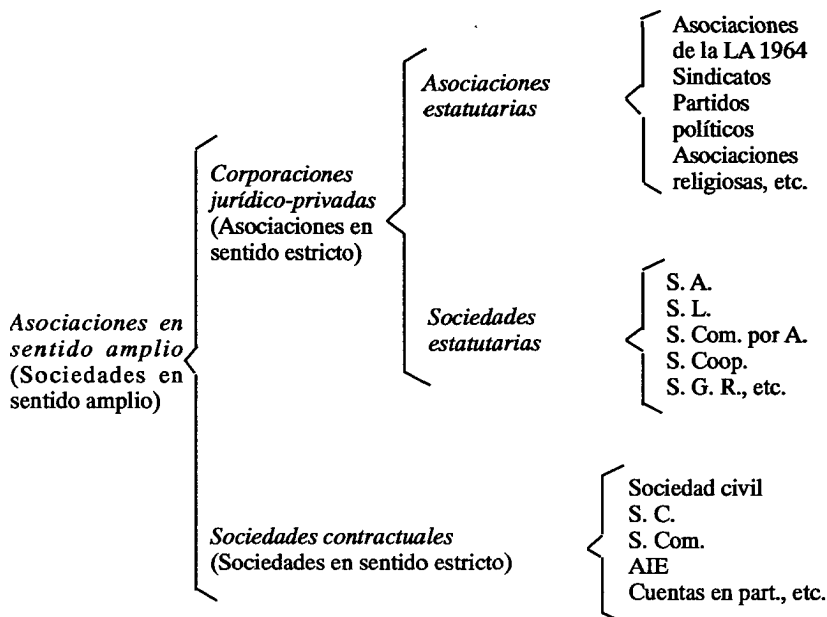
(80) Dese por íntegramente reproducido aquí el texto de las notas 73 y 74 de este trabajo, incluidas las citas de doctrina alemana.

(81) En la argumentación expuesta bajo la letra *d*) del apartado 6.2 de este trabajo hallará el lector razones para preconizar también en este caso la responsabilidad personal y solidaria de quienes actúen en nombre de la sociedad civil estructurada corporativamente.

(82) Es cierto que no hay ninguna razón legal ni dogmática sólida en contra de que una sociedad anónima, comanditaria por acciones o limitada tenga por objeto principal una actividad no económica. Pero, puesto que la Ley de Asociaciones no impide establecer en los estatutos de la asociación un sistema de órganos y adopción de acuerdos idéntico al de tales sociedades (cfr. art. 6.<sup>o</sup>1 LA), no se ve una razón poderosa para que aquél fenómeno se produzca. Por otra parte, en caso de producirse (VICENT CHULIÁ, RGD 1992, p. 10282, informa de la existencia de una anónima, «Biofraccionamiento S. A.» para la gestión de un banco de sangre), plantearía el problema de si a la sociedad en cuestión le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 9.<sup>o</sup> LA; si este precepto no se estima inconstitucional (como lo juzgan LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, *cit.*, p. 293, y, parece, CAPILLA, *Derecho Civil...*, *cit.*, p. 521), entendiéndolo conectado al problema de una excesiva acumulación de riqueza en «manos muertas» (v. art. 17 CC italiano, sobre el cual, GALGANO, *Delle persone...*, *cit.*, pp. 241 y ss.; BIANCA, *Diritto civile*, I, *cit.*, p. 305; BAREL, en CIAN-TRABUCCHI, *Commentario...*, *cit.*, p. 113).



Este será, en consecuencia, el cuadro de las asociaciones en sentido amplio típicas:



Ya es hora de asignar a los criterios *causales* su muy pobre relevancia: el ánimo de lucro en sentido propio no es un requisito conceptual de la sociedad, sino un rasgo de caracterización de los tipos legales de las sociedades civil, colectiva y comanditaria (arts. 1.665 CC y 116.I CCom), al que obedece una parcela muy concreta de la disciplina de las mismas (arts. 1.689 a 1.691 CC y 140 a 141 CCom); y el criterio del fin económico no es, en mi opinión, sino un fracasado intento de adaptación *in extremis* del caduco ánimo de lucro a las exigencias de la realidad social.

## 6. FENÓMENOS ASOCIATIVOS ATÍPICOS E IRREGULARES

Las ideas anteriores quedan confirmadas cuando se aborda la tarea de determinar el régimen jurídico aplicable a lo que aquí hemos llamado fenómenos asociativos atípicos e irregulares.

---

Obviamente, objeto de las que he llamado «sociedades contractuales» puede ser cualquier tipo de actividad, y cualquiera también su fin. Lo que cabría plantearse es si la regla de la responsabilidad personal de los socios, deducible del artículo 1.698.I CC, resulta justificada para las sociedades civiles externas (con personalidad jurídica, con patrimonio separado) cuyo objeto principal sea una actividad no económica.

6.1. A poco que se reflexione sobre los casos de fenómenos asociativos atípicos propuestos en el apartado 1.2 de este trabajo, se alcanzará naturalmente la conclusión de que lo único adecuado a las expectativas normativas de las partes es la aplicación de las *normas reguladoras de la sociedad civil* a las relaciones existentes entre ellas. Sería manifiestamente inapropiado, representaría una injustificable violencia de la autonomía de la voluntad, aplicarles las normas de la Ley de Asociaciones (y en especial su art. 6.<sup>o</sup>) por el hecho de que las partes carezcan de ánimo de lucro o finalidad económica; o aplicar en los ejemplos del grupo *b*), dado el carácter meramente interno de las relaciones asociativas que contemplan, las normas que regulan la comunidad de bienes (y en especial, los arts. 398 y 400 CC); normas que, por lo demás, no cabría aplicar a los ejemplos del grupo *c*), en los que falta un patrimonio común (83).

Aceptada dicha conclusión, cabe afirmar que el de sociedad contractual o sociedad en sentido estricto no es un mero concepto doctrinal ordenador, sino un prototipo normativo, configurado por los elementos característicos, presentes en todos los tipos legales, de las sociedades de personas —el origen negocial, el fin común, la comunidad de la contribución, la estructura personalista—, y cuya disciplina, habida cuenta del carácter formalizado de los tipos de las sociedades mercantiles («formas sociales» en sentido propio, de carácter externo y habitualidad o continuidad en la actividad), se halla en las normas reguladoras de la sociedad civil, exceptuadas aquellas que responden a los restantes elementos configuradores del tipo legal de la sociedad civil (mero «tipo de frecuencia»), esto es, la actividad común no mercantil, el ánimo de lucro, el carácter externo (la personalidad jurídica) y el patrimonio común (84). Dicha disciplina es el «Derecho común» de las agrupaciones organizadas según esquemas personalistas: será la propia de los aquí llamados fenómenos asociativos atípicos —en los que deben encuadrarse las sociedades mercantiles ocasionales (constituidas para realizar una única operación mercantil o un número limitado de ellas), aunque sean sociedades externas (85) y las

---

(83) Cfr. PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 744-750. Sobre las relaciones sociedad-comunidad, J.M. MIQUEL, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales Edersa*, V-2, Madrid 1985, pp. 36-44; *Comentario del Código Civil M. de Justicia*, I, Madrid 1991, pp. 1069-1072, cuyas pautas sigue en lo esencial PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1369-1374. Véase también la importante contribución de CAPILLA, *Comentarios...*, XXI-1, *cit.*, pp. 132 y ss., en la que se aprecian reflejos de las posturas tradicionales en la materia de que nos ocupa (pp. 135-136).

(84) Como PAZ-ARES, *Comentario...*, I, *cit.*, p. 1303, dudo mucho que el carácter estable o duradero del objeto social sea un rasgo tipológico de la sociedad civil.

(85) PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1384. La contrapropuesta de GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 81-82, no es sino un lamento por el hecho de que nuestro Derecho no presuma la solidaridad ni en el ámbito de las obligaciones mercantiles.

sociedades mercantiles internas, aunque sean duraderas (86)— y cubrirá las lagunas existentes en las normativas de los tipos especiales de sociedades de personas (87).

Si siguiendo a Fernández de la Gándara (88), he denominado a la sociedad contractual o sociedad en sentido estricto «prototipo» y no «concepto (cerrado) normativo», resistiendo a la vez la natural tendencia a calificar de «esenciales» sus elementos configuradores, ha sido fundamentalmente para no generar la errónea impresión de que la estructura personalista constituye un límite innamemente a la libertad contractual. No sólo es factible pactar que la sociedad de personas sobreviva a las personas de los socios (arts. 1.704 CC y 222.1.º CCom; v. también art. 17 Ley de Agrupaciones de Interés Económico), o establecer válidamente en el contrato social la libre transmisibilidad de la condición de socio (frente a lo dispuesto en los arts. 1.696 CC y 143 CCom), o incluso, como ha venido a probar el artículo 12.3 LAIE, elegir a un no socio para ocupar la posición orgánica de administrador. Es que no existen motivos suficientes para impedir a los particulares constituir «sociedades de personas estructuradas corporativamente», cuyo régimen habrá de nutrirse de componentes de las disciplinas de las sociedades contractuales y de las corporaciones. La idea de una conexión inescindible entre *Haftung* y *Herrschaft* no tiene justificación normativa (89).

6.2. Llamamos «asociaciones (estatutarias) no reconocidas» a las agrupaciones de personas estructuradas corporativamente y cuyo objeto principal es una actividad «ideal» (no económica), que operan al margen del correspondiente sistema legal de publicidad por voluntad de sus miembros. A mi juicio, estas asociaciones:

---

(86) Exceptuadas las cuentas en participación, cuya normativa (arts. 239-234 CCom) deberá aplicarse también a las que se constituyan entre no comerciantes. Véase GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 78-79; PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1384-1385.

(87) «Sociedad en sentido estricto» no significa para mí lo mismo que para GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 26, quien la identifica con el tipo legal de la sociedad civil (*vid.* también PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1301). Mi significado coincide con el que generalmente asigna a dicha expresión la doctrina alemana (por todos, MünchKomm-ULMER, Vor § 705, Rdnr 2), así como el propio PAZ-ARES en PAU PEDRÓN coord., *Comentarios...*, *cit.*, p. 15 y nt. 9.

(88) *La atipicidad...*, *cit.*, pp. 337-338.

(89) La obra fundamental entre nosotros sobre este complejo temario sigue siendo la muy valiosa monografía de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, especialmente pp. 339 y ss. En ella se inspiran las aportaciones al respecto de PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1306-1307, 1453-1454, 1472; en PAU-PEDRÓN coord., *Comentarios...*, *cit.*, p. 16. En dichos trabajos podrá hallar el lector referencias bibliográficas muy completas. Breves estados de las cuestiones en la doctrina alemana más reciente en MünchKomm-ULMER, Vor § 705, Rdnr 2-3, 96-97, § 709 Rdnr 5-6; ERMAN-WESTERMANN, Vor § 705 Rdz 3, § 709, Rdz 3-4.

a) Tienen capacidad de obrar y un patrimonio separado, es decir, son personas jurídicas conforme al muy amplio concepto de tal propio de nuestros Códigos Civil y de Comercio, cuyo reducido contenido describe con precisión el artículo 38.I CC. Lo que es una exigencia constitucional derivada, no del número 3 del artículo 22 CE (cuyas palabras «a los solos efectos de publicidad» no significan más que «no a los efectos de un control administrativo-policial de fines»), sino de su número 1 en relación con el artículo 53.1 CE: no se respetaría el contenido esencial del derecho de asociación si la nолuntad 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 los asociados. Dicha personalidad jurídica elemental la adquieren las asociaciones desde que sus fundadores acuerdan constituir las, estructurándolas para tener relaciones externas: no se requiere la previa publicación de hecho de la asociación (90).

b) Sus relaciones internas y representativas se registrarán por las mismas normas aplicables a las asociaciones reconocidas; y lo mismo ha de afirmarse, por ejemplo, de las causas de disolución y del destino del patrimonio común. Sería radicalmente contrario a las expectativas normativas de las partes aplicar la normativa de la comunidad de bienes o de la sociedad civil (91).

---

(90) A este respecto, se comparten plenamente las tesis de PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1354-1362, con referencia exhaustiva y certera crítica de las opiniones discrepantes de la doctrina española. Conviene sólo añadir que la tesis de vincular la personalidad jurídica, no a la publicidad registral ni de hecho, sino a la voluntad contractual de quienes se asocian, fue ya sostenida por DE COSSIO, *Comentarios...*, I, *cit.*, pp. 836-837. Contra la jurisprudencia dominante del Tribunal Supremo, CAPILLA, *Derecho Civil...*, *cit.*, p. 518, ha sostenido que la inscripción en el Registro de Asociaciones es atributiva de la personalidad jurídica.

En las doctrinas alemana e italiana se niega, naturalmente (dado el concepto estricto de persona jurídica de sus Derechos), que las asociaciones no reconocidas sean personas jurídicas; pero para afirmar su «subjetividad jurídica» o su condición de entes autónomos con capacidad jurídica parcial, y alcanzar resultados equivalentes a los que se derivan de nuestro artículo 38.I CC (v. por todos, MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 4, 6 y ss., SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 16 y ss., 32 y ss., GALGANO, *Delle associazioni...*, *cit.*, pp. 104 y ss.; BASILE, *Gli enti «de fatto»*, en el «Trattato di diritto privato Rescigno», 2-I, Turin 1982, pp. 282 y ss., 320 y ss.).

(91) Se mueven en la línea acogida en el texto B. PELLITSE PRATS, voz «Asociación», NEJ Seix, III, Barcelona 1951, p. 94; M. GITRAMA, *Prólogo* a RUBINO, *Las asociaciones no reconocidas*, Madrid, s.d., pp. 6-7; PAZ-ARES, «Ánimo de lucro...», *cit.*, p. 745, nt. 48; sostienen, en cambio, la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes, LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, *cit.*, p. 296. En la doctrina alemana, superando la letra del § 54 BGB, véase por todos, SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 7 y ss., PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 6, 14. Y en la doctrina italiana, GALGANO, *Delle associazioni...*, *cit.*, pp. 177 y ss., 211 y ss., BAREL, en CIAN-TRABUCCHI, *Comentario...*, *cit.*, pp. 129 y ss. Se constata que la mayoría de la doctrina comparada se separa de las tesis del texto en sostener que, en caso de disolución de la asociación no recono-

c) Los asociados no responderán personal o ilimitadamente por las deudas de la asociación (92). Siendo patente que en el campo de las asociaciones estatutarias el privilegio de la responsabilidad limitada no está vinculado a una disciplina del capital social como la propia de las corporaciones jurídico-privadas, y que el trámite del reconocimiento no implica ningún control sobre la suficiencia del patrimonio de la asociación, no hay razón constitucionalmente admisible (no lo sería la «represión» de las asociaciones que optan por vivir al margen de los sistemas legales de publicidad) para no tratar a aquel respecto a las asociaciones no reconocidas igual que a las reconocidas (93).

d) En el § 54 BGB y el artículo 38 CC italiano se prescribe la responsabilidad personal y solidaria de quienes celebran negocios jurídicos en nombre de las asociaciones no reconocidas. Se podría pensar que cabe sostener la existencia la misma regla en nuestro Derecho, extrayéndola (analogía *iuris*) del principio que inspiraría los artículos 10.2.I, III LGCoop, 15.1 LSA, 7.º2 LAIE y 120 CCom (94). Pero la cuestión no es clara. Los dos primeros de estos preceptos, ¿no tienen su fundamento en la protección de los acreedores, a la que todavía no puede servir, al no estar aún inscrita la sociedad, la disciplina sobre aportación y mantenimiento

cida, sus bienes deberán repartirse en todo caso entre los asociados o los sucesores del último de ellos (v. también STAUDINGER-COING, § 54, Rz 84; BASILE, *Gli enti...*, cit., p. 313). Lo que es una consecuencia muy lógica de la negación de la personalidad jurídica de las asociaciones que nos ocupan, pero, a mi juicio, no una solución razonable, si la asociación disuelta tenía un fin puramente altruista. Los miembros de una asociación con un tal fin y oportunamente inscrita que se disuelva difícilmente podrían creer que si la asociación hubiera vivido al margen del Registro el patrimonio restante se habría repartido entre ellos.

(92) En contra, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 522. También, a lo que parece, PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., p. 1359. Pero tanto el artículo 38 CC italiano, como la opinión unánime de la doctrina alemana a propósito de las *nichtwirtschaftlicher Verein* (por todos, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 51 y ss.; MünchKomm-REUTER, § 54 Rdnr 20; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 24), apoyan la tesis del texto.

(93) Se parte obviamente, pese al incomprensible silencio al respecto de nuestros textos legales, de la responsabilidad limitada de los miembros de las asociaciones reconocidas (vid. LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, p. 294; CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 521).

(94) Interpretando este último a la luz del anterior; lo que impide darle el sentido de que la responsabilidad de los administradores de la sociedad no inscrita se halla establecida porque antes de la inscripción no podrían entrar en juego los artículos 127 y 148.I CCom ya que las sociedades no inscritas no tendrían personalidad jurídica y no podrían, en consecuencia, ser titulares de obligaciones (acertadamente lo ha hecho notar PAZ-ARES, *Comentario...*, I, II, cit., pp. 1343-1344; en PAU PEDRON coord., *Comentarios...*, cit., p. 21, nt. 39; *La responsabilidad...*, cit., pp. 38-41). Cuestión diferente, e irrelevante, es cual fuera la verdadera intención de los redactores del artículo 120 CCom (que, a la luz del art. 118 CCom, bien pudo ser la contraria).

del capital, siendo así que el legislador ha descartado la responsabilidad ilimitada de los socios fundadores (v. arts. 10.2.II, III LGCoop y 15.2 LSA)? (95); ¿y no es evidente que, tratándose de las asociaciones estatutarias, el legislador no se ha preocupado de proteger de forma especial a los acreedores de la asociación frente al privilegio de la limitación de responsabilidad?; ¿no resulta obvio, por tanto, que tampoco en el extremo que ahora nos ocupa hay razón para tratar de manera diferente a las asociaciones reconocidas y a las no reconocidas? (96). En cuanto a los artículos 7.2 LAIE e, interpretado a la luz de éste, 120 CCom, ¿no reside su fundamento también en la protección de los acreedores que, por falta de inscripción, no pueden conocer de forma fácil y segura (v. art. 147 CCom) la identidad de quienes tienen que responder personalmente por las deudas sociales (arts. 5.º LAIE, y 127 y 148.I CCom) (97); mientras que por las deu-

---

(95) Se ha criticado al legislador de sociedades anónimas que no haya instaurado la responsabilidad ilimitada de los socios fundadores (A. ALONSO UREBA, «La sociedad en formación», en AA.VV., *Derecho de sociedades...*, I, cit., pp. 594-597). Dicha crítica no puede compartirse: sería injusto, o una *Vorbelastungsverbot* encubierta, imponer a quien aceptó ser socio de una sociedad anónima responsabilidad ilimitada durante ese inevitable período en que tales sociedades están «en formación». Pero si así se hubiera hecho, la justificación del artículo 15.1 LSA habría tenido que encontrarse en una «presión legal» para acelerar la inscripción de la sociedad (*Druckfunktion*; así, MünchKomm-REUTER, § 21, 22, Rdnr 87); la que en el Derecho vigente, aunque también servida por el artículo 17.2 LSA, cabría considerar sumada a la todavía relevante (aunque compartida con la *Differenzhaftung* del art. 15.4 LSA) *Sicherungsfunktion* del citado artículo 15.1 LSA.

Más clara es aún la *Sicherungsfunktion* de la norma contenida en el párrafo primero y en el inciso final del párrafo tercero del artículo 10.2 LGCoop, que evidentemente es todo él producto de la premisa de que, antes de la inscripción de la cooperativa, ésta no es un sujeto de derecho capaz de obligarse. Pero como esta premisa ha sido completamente desautorizada por el legislador en los artículos 15.2 LSA (MENÉNDEZ, *AAMN XXX-1*, pp. 16, 37; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «Constitución y nulidad de la sociedad anónima»; *AAMN XXX-1*, pp. 66-68, y sobre todo, ALONSO UREBA, *ibidem*, pp. 533 y ss., 586-587) y 16.2 LSA [FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad...», cit., pp. 639-640; hay que estar de acuerdo con este autor cuando aplaude la no repetición de una norma como la del inciso primero del art. 10.2.III LGCoop (*ibidem*, pp. 643-64), pero no en la explicación de su aplauso, que parece olvidar lo dispuesto en el art. 15.2 LSA], y como los artículos 15 y 16 LSA son también aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 6.º LSL) y comanditarias por acciones (art. 152 CCom), parece razonable sostener, a fin de recuperar la congruencia valorativa del sistema, que también lo son a las cooperativas, y que el artículo 10.2 LGCoop ha quedado implícitamente derogado por ellos: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*.

(96) Así, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 57.

(97) Así, PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, cit., pp. 87-88. Una buena pregunta es ahora: ¿Por qué no se instauró en nuestro Código Civil para las sociedades civiles, no sujetas a publicidad legal, la responsabilidad personal de quienes actúan en nombre de la sociedad (comp. art. 2267.I CC italiano)? Una respuesta históricamente plausible sería: porque el artículo 120 CCom se concibió como remedio sustitutivo de la responsabilidad de la sociedad y de los socios (v. art. 118 CCom). Pero como tras el artículo 7.º LAIE ya no cabe contestar así (v. *supra*, nota 94), quizá no fuera descabellado afirmar hoy la responsabilidad personal de quienes actúan en nombre de la sociedad

das de las asociaciones estatutarias responde sólo el patrimonio social, la publicación del cual tampoco sirve de protección a los acreedores, al no existir una normativa que imponga su conservación?

Pero la argumentación puede ser otra. Es indudable que la norma del artículo 15.1 LSA es también aplicable a las sociedades irregulares de que se ocupa en el artículo 16 LSA (98); no sólo para las de objeto mercantil —bastaría el art. 120 CCom, al que remitiría el inciso primero del art. 16.2 LSA—, sino también para las de objeto civil (99). Las palabras que ponen fin al propio artículo 16.2 LSA no pueden significar sino que la posterior inscripción de la sociedad no hace cesar la responsabilidad solidaria de quienes actuaron en nombre de la sociedad irregular (100). Bien sentado que los socios de ésta responden personalmente por las deudas sociales (solidaria o mancomunadamente, arts. 127 CCom ó 1.698.I CC, a que remite el art. 16.2 LSA), una posible justificación de la *Handelndenhaftung* en esta sede sería la antes sugerida para los artículos 7.º2 LAIE y 120 CCom. Pero cabe concebir otra convincente. Es razonable que el ordenamiento, en pro de la fluidez del tráfico, trate de impedir que una sociedad de estructura corporativa, caracterizada por su «hereroorganicismo» u «organicismo de terceros» (*Drittorganschaft*, frente al *Selbstorganschaft* típico de las sociedades contractuales), opere indefinidamente sin publicar de forma fácilmente accesible y segura para los terceros la identidad de los componentes de sus órganos de representación: no es eficiente que, para contratar con una de tales sociedades, haya que incurrir en relevantes costes de transacción al efecto de comprobar que no se está negociando con un *falsus procurator*. Y un buen modo de lograrlo es, por un lado, poner en todo caso a disposición de los eventuales cocontratantes la garantía que representa la responsabilidad personal y solidaria de quienes hayan actuado en nombre de la corporación (no sólo la responsabilidad genérica o por el interés en el cumplimiento, sino la

---

civil. Que será útil en la hipótesis no contemplada por el legislador (v. arts. 1.692-1.695 CC), pero no imposible (PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1453-1454), de que dichas personas no sean socios.

Obviamente, nada de lo anterior tendrá sentido para quien sostenga que los artículos 7.º2 LAIE y 120 CCom tienen una exclusiva *Druckfunktion*. Pero desde esta premisa, habría de mantener que la responsabilidad de que se trata desaparecerá con la inscripción, a partir de la cual responderán la sociedad y, subsidiariamente, los socios exclusivamente, también respecto de los contratos celebrados antes de la inscripción.

(98) Como ya indiqué en la nota 95, este artículo es también aplicable a las sociedades limitadas y comanditarias por acciones irregulares, y cabe sostener que lo es incluso a las cooperativas irregulares, habiendo quedado implícitamente derogado el artículo 10.2.III LGCoop.

(99) Esto es importante, por lo obviamente discutible de la tesis que se sugirió, sin mucha convicción, en el primer párrafo de la nota 97.

(100) Lo que demuestra que esta responsabilidad no cumple aquí una mera *Druckfunktion*.

responsabilidad específica o por el cumplimiento) (101). Y por otro lado, que los administradores sociales tengan de apechar con que, mientras no procedan, con la inscripción, a publicar sus relaciones representativas, y salvo que los terceros contratantes se avengan a pactar lo contrario, responderán personal y solidariamente por los contratos celebrados en nombre de la corporación; en primera línea (cuando contraten ellos mismos, o apoderados que actúen en nombre del consejo de administración), o ante la repetición de sus mandatarios que contraten en nombre de la sociedad irregular. El precepto de que se trata desplazaría, en fin, por su mayor rigor a las normas de los artículos 1.725 CC y 247.II CCom.

Pues bien, esta justificación de la responsabilidad prevista en el artículo 15.1 LSA, en conexión con el inciso final del artículo 16.2 LSA, nos parece perfectamente trasladable, y justificable por ello la aplicación analógica de ambos preceptos a las asociaciones no reconocidas (102); interpretados del modo que acaba de indicarse en cuanto a sujetos responsables, contenido de la responsabilidad, posibilidad de excluirla por pacto específico, y pervivencia tras la inscripción de la asociación de la responsabilidad ya contraída (103).

e) El tenor de algunas normas especiales hace depender la adquisición de la personalidad jurídica por determinados tipos de asociaciones —partidos políticos, asociaciones religiosas, sindicatos (arts. 2.º Ley de Partidos Políticos, 5.º Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 4.º, 7 Ley Orgánica de Libertad Sindical)— de distintos requisitos ex-

(101) Una garantía que, para quienes contrataron confiando en ella, no puede desaparecer por efecto de la posterior inscripción de la sociedad. Esta sería la explicación del inciso final del artículo 16.2 LSA.

(102) *Cfr.* MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 27. No, por el contrario, a las asociaciones en formación. Si se entiende aplicable a ellas por analogía la norma del artículo 15.1 LSA, lo será con una exclusiva *Druckfunktion* (v. *supra*, nota 95), y congruentemente la responsabilidad de quienes actuaron en nombre de la asociación en formación desaparecerá con la inscripción (opinión dominante en la doctrina alemana: por todos, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 70; MünchKomm-REUTER, §§ 21, 22, Rdnr 90; PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 13; en contra, SOERGEL-HADDING, Vor § 21, Rz 70); sin que exista, a mi juicio, base suficiente para imponer a los asociados fundadores una suerte de *Differenzhaftung* semejante a la que en el artículo 15.4 LSA se impone a los fundadores de las sociedades de capitales (v. STAUDINGER-COING, § 21, Rz 34; en contra, MünchKomm-REUTER, § 21, 22, Rdnr 68). Y razonable parece también excluir a los meros mandatarios del círculo de responsables. En lo demás, la disciplina de las asociaciones en formación debe ser la misma que la de las asociaciones no reconocidas.

(103) Pese a autorizadas discrepancias (especialmente, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 57 y ss.), la interpretación mayoritaria del inciso segundo del § 54 BGB se mueve en las líneas del texto (v. MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 25 y ss.; ERMAN-WESTERMANN, § 54, Rdz15-16; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 28 y ss.; PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 13). En la doctrina italiana, existe una radical división de opiniones (v. por todos, de un lado, GALGANO, *Delle associazioni...*, *cit.*, pp. 223 y ss., y en contra, BASILE, *Gli enti...*, *cit.*, pp. 329 y ss., a mi juicio con mayor razón).



trínsecos (depósito de los estatutos, inscripción). Sólo una interpretación de los citados preceptos es constitucionalmente aceptable: hasta que concurren dichos requisitos, la personalidad jurídica de las referidas asociaciones no será «plena» o «perfecta», porque responderán personalmente los que actúen en nombre de ellas. Y quizás cabría ir más allá respecto de los partidos políticos y los sindicatos: ante su especial relevancia constitucional (arts. 6.º y 7.º CE) y la actuación típicamente pública de sus representantes, excluir aquí la *Handelndenhaftung* (104) y predicar, en consecuencia, la inconstitucionalidad de los artículos 2.º1 LPP y 4.º1, 7 LOLS. Se trata, sin embargo, de una tesis muy atrevida.

6.3. El régimen de las sociedades estatutarias irregulares, entendiendo por tales aquéllas cuyos socios, aunque verificada su común voluntad de no inscribirlas, consienten unánimemente que sigan existiendo para iniciar o continuar sus operaciones (105), cabe esquematizarlo así:

a) Tienen capacidad de obrar y un patrimonio separado; lo que es también aquí una exigencia constitucional, pues el derecho fundamental de asociación cubre también las sociedades (106). Y eso es precisamente lo que significa en nuestro Derecho (v. arts. 35.2.º, 38.I y 1.669.I CC, y 116.II CCom) que son personas jurídicas. Que el régimen jurídi-

---

(104) Cfr. MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 22.

(105) De esta definición se deduce mi opinión sobre el apartado 1 del artículo 16 LSA: no es una norma aplicable a las sociedades irregulares —no sería lógico otorgar facultad de disolución a quienes han consentido seguir siendo socios de la sociedad que ninguno quiere ya inscribir (ni a quienes pactan constituir una sociedad de estructura corporativa no inscribible)—, sino a las sociedades en formación: se atribuye a cualquiera de sus socios la facultad de poner fin a la sociedad, por desaparición de la base del contrato, una vez verificada la voluntad unánime de no inscribirla [puede inscribir cualquiera de los fundadores; v. art. 17.1 LSA], y en todo caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya sido solicitada su inscripción. El no ejercicio de aquella facultad en un plazo razonablemente breve habrá de considerarse consentimiento a continuar siendo socio de la sociedad en trance de devenir irregular.

Cuestión completamente distinta, que se abordará en el texto, es la de si los socios de las sociedades irregulares tienen la facultad de exigir su disolución en los términos de los artículos 224 CCom y 1.700.4.º, 1.705 y 1.707 CC, o solamente la facultad de separarse de las mismas.

(106) Es opinión dominante que el artículo 22 CE tutela las sociedades: por todos, CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid 1984, pp. 118-119, y *Derecho Civil...*, cit., p. 511; L. AGUIAR, «Artículo 22 de la Constitución. Derecho de asociación», en O. ALZAGA dir., *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978*, II. Madrid 1984, pp. 628 y ss.; en contra, FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones...*, cit., pp. 175-176, 190. No es esta la ocasión para discutir si la protección constitucional de las sociedades que ejercitan actividades económicas es tan extensa como la de las asociaciones estatutarias; pienso, sobre todo, en el número 4 del artículo 22 CE, y en que el Gobierno dirige la política económica. La STC 23/1987, de 23 de febrero, distinguió al efecto entre sociedades de personas y sociedades de capitales; lo que, a mi juicio, tiene muy poco sentido.

co que define su personalidad no es igual al que caracteriza, con la más perfecta autonomía, la personalidad de las sociedades estatutarias inscritas, es lo que ha querido expresar el artículo 7.<sup>o</sup> LSA al disponer que «con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica»; y consecuentemente, así han de entenderse hoy los artículos 5.<sup>o</sup> LSL, 6.<sup>o</sup> LGCoop, etc. (107). La propuesta de acudir a la figura de la «comunidad funcional» de carácter germánico para compendiar el régimen de las sociedades de capitales en formación e irregulares, antes de crear una nueva categoría de personalidad jurídica, distinta de la que nace tras la inscripción registral (108), es difícil de comprender para quien tiene claro que la categoría de personalidad jurídica que con propiedad ha de calificarse de «nueva» es la que nuestra doctrina de los años cincuenta y sesenta importó acriticamente de los autores italianos y alemanes (que, por cierto, cada vez en mayor número reconocen la subjetividad jurídica elemental de la *Gesamthand* «externa») (109), y que acabó por suplantar al concepto de persona jurídica propio de nuestros Códigos de Derecho privado en el ámbito de la legislación especial. Si como demuestra el artículo 1.<sup>o</sup> LAIE, el más reciente legislador ha vuelto al concepto codificado, consciente sin duda de su ventaja en claridad, no veo razones científicas para no aplaudirle. Nunca he comprendido la extraña afición por desechar lo muy poco en que, aunque sea casualidad, nuestros Códigos aventajan a los mejores europeos.

b) Junto a la sociedad, responderán personalmente por las deudas sociales de origen negocial, solidariamente, quienes hayan actuado o contratado en nombre de aquella (responsabilidad ésta, que no cesa con la ulterior inscripción de la sociedad; art. 16.2, *in fine* en relación con art. 15.1 LSA); y subsidiariamente responderán personalmente por todas las deudas sociales los propios socios, ya solidariamente, si el objeto social es mercantil (art. 127 CCom, por remisión del art. 16.2 LSA), ya mancomunadamente, si se trata de un objeto civil (art. 1.698.I CC, por remisión del art. 16.2 LSA) (110).

---

(107) PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1358-1359. Véase también MENÉNDEZ, *AAMN XXX-1*, pp. 49 y ss.

(108) Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La sociedad comanditaria por acciones*, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA dirs., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», XIII, Madrid 1992, pp. 93-94. También ha negado la personalidad jurídica a las sociedades irregulares CAPILLA, *La persona...*, *cit.*, p. 118.

(109) Por todos, ERMAN-WESTERMANN, Vor § 21, Rdz 8; MünchKomm-ULMER, § 705, Rdnr 127 y ss.; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 16. También los citados por PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 144-145, nt. 203.

(110) Respecto de la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios colectivos, véase el artículo 237 CCom y las contrapuestas interpretaciones del mismo de GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 520, 522-525, y PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 165-169. Sobre la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios de la sociedad civil, CAPILLA, *La sociedad civil*, Bolonia 1984, pp. 304 y ss. y PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1483, y en ellos las oportunas referencias.

c) Lo prescrito en el artículo 62 LSA justifica que los socios dispongan de un derecho de separación, con análogo fundamento y régimen al previsto en el artículo 15 LAIE. Solución preferible a la de reconocerles las facultades de disolver la sociedad previstas en los artículos 224 CCom y 1.700.4.<sup>o</sup>, 1.705 y 1.707 CC, porque es más consecuente con la voluntad inicial de las partes reflejada en la escritura de sociedad —que no hay razón alguna para entender unánimemente modificada por la unánime nolutad de inscribir— de estructurar corporativamente sus relaciones (111).

d) Por esa misma razón, porque el legislador debe respetar también aquí la autonomía privada salvo que la medida en que lo exija la protección de los terceros, debe afirmarse, como principio general de solución, que las relaciones internas y representativas de las sociedades irregulares se regirán por las normas del tipo de sociedad estatutaria elegido, y no por la disciplina de la sociedad colectiva o de la sociedad civil (112). Las excepciones y matizaciones que sea preciso hacer a dicho principio no son de este lugar; pero sí reiterar que no existe una conexión de Derecho necesario entre responsabilidad ilimitada y estructura personalista.

6.4. La lectura de los apartados precedentes habrá dejado clara la razón de mi oposición a la idea de un concepto normativo (no, como yo pienso, meramente doctrinal, ordenador y lógico) de «asociación en sentido amplio» o de «sociedad general», entendida como la disciplina general de cualquier fenómeno asociativo, que se obtendría de la regulación de la sociedad existente en el Código Civil, adecuadamente depurada de aquellos datos normativos que responden a los elementos del tipo (de frecuencia, no formalizado) de la sociedad civil distintos del origen negocial, el fin común y la comunidad de contribución (113). No es que rechace la existencia de una disciplina común a todos los fenómenos asociativos, definidos por los tres citados elementos; aunque no afirmaré muy deprisa ni que es exclusiva de aquéllos, ni que toda ella está ubicada en el Código Civil. Se trata fundamental-

---

(111) La argumentación de texto es trasladable a todas las sociedades de personas estructuradas corporativamente. Y es lógico que la analogía se localice en la disciplina de las Agrupaciones de Interés Económico: las más «corporativas» de las sociedades contractuales típicas (v. PAZ-ARES, en PAU PEDRÓN coord., *Comentarios...*, cit., pp. 15-16).

Que el derecho de denuncia reconocido a los socios de las sociedades colectivas, comanditarias y civiles puede ser excluido convencionalmente si se sustituye por un derecho de separación, es indudable (GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, cit., p. 637; PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., p. 1509; en la doctrina alemana, por todos, MünchKomm-ULMER, § 723, Rdnr 50).

(112) PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., p. 1315; además, las acertadas reflexiones de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad...», cit., pp. 630-631, quien sin embargo no se pronuncia explícitamente sobre el problema; en contra, MENÉNDEZ, *AAMN XXX-1*, p. 48.

(113) Véanse las notas 6 y 34 de este trabajo.

mente de que, para desempeñar la función que se asigna a dicha «sociedad general» en el sector de los que he venido denominando «fenómenos asociativos atípicos», es preferible el prototipo normativo de la «sociedad contractual» o «sociedad en sentido estricto» (*supra*, apartado 6.1). Y en el ámbito de los aquí llamados «fenómenos asociativos irregulares», una idea como la combatida podría conducir a afirmar que las asociaciones no reconocidas se registrarán por las normas de la sociedad civil —¿y con qué argumento podría negarse la aplicación a las asociaciones no reconocidas del art. 1.698.I CC, especialmente?—; o que por las mismas normas (¿o por las de la sociedad colectiva, si su objeto es mercantil?) se registrarán las relaciones internas y representativas de las sociedades irregulares.

## 7. A MODO DE EPÍLOGO

En las páginas anteriores —acogiendo en no pocos temas tesis, todavía minoritarias, de los profesores Girón, Fernández de la Gándara y, en su última y más acabada elaboración, Paz-Ares—, proponemos la ruptura de binomios aparentemente inescindibles: asociaciones de interés particular-sociedades; interés particular-ánimo de lucro; sociedades-ánimo de lucro; personalidad jurídica-publicidad (al menos fáctica); responsabilidad limitada-publicidad legal; responsabilidad ilimitada-estructura personalista; *Haftung-Herrschaft*. La labor de provocación podría continuar preguntando si no es hora ya de dejar de inventarse «comunidades germánicas con relaciones externas» y sostener que la sociedad de gananciales es una verdadera sociedad con personalidad, o que la comunidad de propietarios tiene personalidad jurídica.

Pero estas son «herejías» cuya propagación, si procede, hay que dejar para tiempos más propicios.