

PERSONALIDAD JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SOCIALES EN DERECHO DE ASOCIACIONES: LOS PROBLEMAS DEL CRITERIO DE LA FORMALIZACIÓN DEL ACTA FUNDACIONAL

SUSANA PÉREZ ESCALONA

*Doctora en Derecho. Profesora Titular interina EU.
Universidad de La Rioja*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Extracto:

LA determinación del nacimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones ha recibido una respuesta poco clara en la Ley Orgánica de Asociaciones. El presente artículo tiene por objeto demostrar que no hay razones significativas que obliguen a aislar el tratamiento de esta cuestión (o a introducir peculiaridades normativas al respecto) de lo previsto en Derecho de sociedades. Las páginas que siguen se ocupan, así, de analizar cómo el perjuicio de vincular el nacimiento de la personalidad jurídica a alguna forma de publicidad (formalización del acta fundacional) provoca graves consecuencias a la hora de determinar el régimen jurídico de la responsabilidad de los asociados no actuantes antes de la inscripción.

Palabras clave: personalidad jurídica, asociaciones, inscripción, deudas sociales, asociación no inscrita.

Sumario

- I. Objetivo del estudio.
- II. El *status quaestionis* en torno a la atribución de personalidad jurídica.
 1. La premisa conceptual: la caracterización de la asociación como sociedad.
 2. El Derecho de asociaciones en clave contractual: los límites a la libertad de configuración estatutaria.
 - a) Los principios configuradores del tipo.
 - b) La democracia interna.
 3. Teoría de la publicidad de la asociación *versus* teoría contractual.
- III. La responsabilidad por las deudas sociales antes y después de la inscripción.
- IV. Conclusiones.

I. OBJETIVO DEL ESTUDIO

El presente trabajo analiza la determinación del momento a partir del cual la asociación adquiere personalidad jurídica en Derecho español. La trascendencia del tema es notable porque aunque pueda parecer obvio afirmar que la asociación se constituye mediante contrato y es el *contrato* de asociación el que origina el nacimiento de la personalidad jurídica, la promulgación de la Ley Orgánica de Asociaciones (LODA), ha reabierto el debate sobre esta cuestión, provocando que un sector doctrinal, siguiendo férreamente la literalidad del artículo 5.2.º de la LODA, la anude a la formalización del acta fundacional ¹.

A nuestro juicio, como vamos a argumentar en las páginas que siguen, la vinculación del nacimiento de la personalidad jurídica a *cualquier forma* de publicidad de la misma –bien sea la proporcionada por la inscripción, tal y como se cuestionó bajo la vigencia de la Ley de asociaciones de 1964, o bien sea la proporcionada por la formalización del acta, tal y como se cuestiona bajo la vigencia de la LODA–, no es más que la aciaga consecuencia a la que conduce la desvinculación existente con el tratamiento del *mismo problema* en sede de irregularidad societaria (arts. 15 y 16 LSA). Por ello, pensamos que no debería ofrecer ninguna duda en la actualidad que es la celebración del acuerdo constitutivo, en tanto que acuerdo de voluntades, el que origina el nacimiento de la personalidad jurídica debido a su dimensión organizativa (*infra* II). Además, veremos cómo el prejuicio de vincular el surgimiento de la personalidad jurídica a alguna forma de publicidad pervive a la hora de analizar los efectos que provoca la falta de inscripción en materia de responsabilidad de los asociados y, por tanto, en materia de separación patrimonial como contenido de dicha personalidad jurídica (*infra* III).

¹ Vid. al respecto, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley 1/2002*, de 22 de marzo, Madrid, 2002, págs. 187-190; JIMÉNEZ MUÑOZ; «Unas notas en torno a la asociación. En especial la nueva Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación»; *RCDI*, 674 (2002), págs. 2.125 y ss., especialmente pág. 2.172; ARGUDO PÉREZ; «La Ley Orgánica del Derecho de Asociación: aspectos sociales y económicos», *RJESC*, 14 (2003), págs. 183 y ss., especialmente págs. 190-191; MARÍN LÓPEZ; «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones»; en AA. VV.; *Asociaciones y Fundaciones (XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil)*; Murcia, 2005, págs. 13 y ss., especialmente pág. 53 y nota núm. 92; GÓMEZ MONTORO; *Asociación, Constitución, Ley*; Madrid, 2004, págs. 183-184.

II. EL STATUS *QUAESTIONIS* EN TORNO A LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

La LODA establece que «con el otorgamiento del acta fundacional adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción» (art. 5.2.º) «a los solos efectos de publicidad» (arts. 22.3.º CE y 10.2.º LODA). A nuestro juicio, esta previsión es en parte acertada y en parte desafortunada.

En efecto, por fortuna, la ley orgánica zanja la vieja polémica sobre el carácter constitutivo o declarativo de la inscripción registral, anudando la adquisición de la personalidad jurídica corporativa de la asociación al otorgamiento del acta fundacional y, por tanto, a un hecho anterior a la inscripción. De esta forma, al consagrar que la personalidad jurídica surge con anterioridad a la inscripción, el Legislador de asociaciones confirma que la personalidad jurídica forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de asociación, porque el texto constitucional al consagrar que la inscripción registral deberá efectuarse *a los solos efectos de publicidad*, incluye el derecho a constituir agrupaciones subjetivas susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones y de tener relaciones externas (art. 38 Cc)².

Por desgracia, el problema consiste, sin embargo, en que al anudar la adquisición de la personalidad jurídica a la *formalización* del acuerdo constitutivo en el acta fundacional, el Legislador no aclara si con anterioridad a dicha formalización la asociación *ya es* una persona jurídica, o, por el contrario, la atribución de (cualquier grado de) personalidad jurídica depende de la formalización.

A nuestro juicio, como vamos a argumentar seguidamente, la primera solución resulta preferible en la medida en que, en la actualidad, no ofrece dudas en nuestro Derecho de sociedades que es la *celebración del acuerdo constitutivo* (acuerdo de voluntades) la que origina, debido a su dimensión organizativa, el nacimiento de la personalidad jurídica y no su ulterior formalización. Como se ha señalado respecto de la personalidad jurídica de las sociedades «sería absurdo hacer depender una calificación jurídicamente decisiva de un hecho sucesivo, extrínseco y accidental (la publicidad) y no de un hecho constitutivo, intrínseco y esencial (la voluntad contractual)³».

² Así, por ejemplo, PAZ-ARES, en PAZ-ARES/BRECOVITZ/DÍEZ PICAZO/SALVADOR CODERCH (Dirs); *Comentario del Código Civil*; Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, arts. 1.665 y ss., págs. 1.299 y ss., afirma que «el derecho de asociación, en efecto, no abarca solo el derecho a formalizar acuerdos asociativos con eficacia interna (para esto, propiamente hablando, basta reconocer el principio de autonomía privada o libertad contractual) sino que también incluye el derecho a constituir grupos unificados o subjetivados, idóneos para tener relaciones externas (...) el derecho de asociación requiere pues un *minimum* de personificación que no puede supeditarse al trámite de la registración» (pág. 1.344); del mismo autor, en URÍA/MENÉNDEZ; *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999 [Reimpresión 2001], págs. 448-449; PANTALEÓN; «Asociación y sociedad (a propósito de una errata en el Código civil)»; *ADC*, 1993, enero-marzo, págs. 5 y ss., especialmente págs. 52-54; SÁNCHEZ ÁLVAREZ; *La fundación de la Sociedad Anónima*; Madrid, 1996, pág. 313; PINO ABAD; *La sociedad de capital no inscrita. La sociedad en formación y la sociedad irregular*; Madrid/ Barcelona, 1999, pág. 131; Del mismo autor, «La discutida personalidad jurídica de la sociedad mercantil no inscrita»; *CDC*, 29 (1999), págs. 183 y ss., especialmente págs. 216-220, y nota núm. 90.

³ Cfr. PAZ-ARES; *Curso*, I, pág. 448. Del mismo autor, en *Comentario Cc*, págs. 1.339-1.340, 1.358 y 1.408. En la medida que la personalidad jurídica de las sociedades surge en el mismo momento en que se celebra el contrato de sociedad resulta

Así, si, por una parte, la asociación se caracteriza como sociedad y, por otra, se admite como válido el paradigma contractual de entendimiento del Derecho de sociedades, debe concluirse por fuerza que la posibilidad de distinguir entre las relaciones jurídicas de la asociación y los asociados surge *con la perfección del contrato* de asociación. Cuando la LODA dispone que con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación *su* personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar sin perjuicio de la necesidad de su inscripción, lo que quiere significarse es, en consecuencia, que con la formalización en el acta fundacional la personalidad jurídica de la asociación *continúa* ⁴.

injustificable la doctrina sentada por la DGRN durante los años 1997 y 1998, conforme a la cual, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles queda condicionada a la publicidad legal que proporciona el Registro Mercantil (RRDGRN de 31 de marzo de 1997, 1 de abril de 1997, 30 de abril de 1997, 11 de diciembre de 1997 y 23 de febrero de 1998). Esta doctrina, además de desacertada por vincular el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción, se ha calificado como insólita porque las sociedades civiles no son inscribibles en el Registro Mercantil. *Vid.* al respecto, PAZ-ARES; *Curso*, I, págs. 446-447. No obstante, frente a las opiniones rotundamente contrarias a la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil, porque dicha inscripción «no solo contradice todo el régimen de la figura (...) sino el principio de *numerus clausus* de los sujetos inscribibles que preside la regulación del Registro Mercantil (art. 16 CdC y art. 81 RRM)», en EIZAGUIRRE «La transformación de la sociedad de responsabilidad Limitada» en *Tratando SL*, págs. 863-883, *cf.* pág. 883. La disposición adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario, incorporó un tercer apartado al artículo 81 del RRM y añadió a dicho cuerpo normativo un nuevo precepto, el artículo 269 bis, por los que se permitía la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles, cualquiera que fuera su objeto y con independencia de que tengan o no forma mercantil (art. 1.670 Cc). Así, mediante la previa inscripción en el Registro Mercantil, ya podían inscribirse en el Registro de la Propiedad, bienes inmuebles a favor de sociedades civiles. De esta forma, se venía a dar la razón al sector doctrinal que propugnaba la integración de las sociedades civiles en el Registro Mercantil. *Vid.* por ejemplo, GARCÍA MÁZ «La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la DRGRN de 31 de marzo de 1997»; *RCDI*, 647 (1998), págs. 1.165 y ss. Posteriormente, la STS de 24 de febrero de 2000 [2000, 6003] anuló dicha disposición reglamentaria, por inadecuación de rango normativo de la técnica empleada, lo que ha tenido sus reflejos en las RRDGRN de 22 de febrero y de 14 de febrero de 2001, confirmando la postura del sector doctrinal que postulaba la ilegalidad del referido artículo 81.3.º del RRM. En este sentido, por ejemplo, PANTALEÓN; «La personalidad jurídica de las sociedades civiles (*contra* la RDGRN de 31 de marzo de 1997), *La Ley*, 1997-4, págs. 1.376 y ss. [también en *AAMN*, Tomo XXXVIII, págs. 9-46]; EMBID IRUJO; «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica de la SA», en AA.VV.; *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. M. Broseta*, Valencia, 1995, págs. 1.023 y ss, especialmente págs. 1.026-1.027; CABANAS/BORNADELL; «Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)»; *RdS*, 9 (1997), págs. 357 y ss.; De los mismos autores, «La RDGRN de 14 de febrero de 2001. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles»; 17 (2001), págs. 337 y ss.; AURIOLES MARTÍN; «Transformación de la sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil (de nuevo sobre el Registro Mercantil y el extrañamiento de la Sociedad civil)»; *La Ley*, 5136 (2000), págs. 1 y ss.

⁴ En Derecho de sociedades, PAZ-ARES; *Comentario Cc*, págs. 1.352-1.376, distingue entre un concepto general de personalidad jurídica (propio del modelo de sociedad general que, en Derecho español coincide con el de sociedad civil, depurado de los «elementos de frecuencia» del tipo) vinculado al acuerdo de voluntades, al lado del cual coexisten los conceptos especiales («su» personalidad jurídica) propios de cada tipo social concreto. EIZAGUIRRE, «La personalidad jurídica de la sociedad civil (a propósito de la RDGRN de 31 de marzo de 1997)»; *La Ley*, 1997-6, págs. 1.718 y ss.; Del mismo autor, *Derecho de Sociedades*; Madrid, 2001, págs. 82-83, distingue entre un concepto de personalidad jurídica básico o general y un concepto de personalidad jurídica plena o completa derivada de la inscripción. Como puede apreciarse, lo relevante es, en todo caso, la admisión de diversos grados de subjetivación jurídica. *Matizadamente*, no obstante, MENÉNDEZ; «Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil»; *AAMN*, Tomo XXX, vol. 1.º, 1991, págs. 7 y ss., especialmente págs. 22 y ss., matiz que resulta artificioso hablar de dos personalidades jurídicas distintas. Por ello, precisa que la posterior inscripción no hace nacer *su* personalidad jurídica, sino que ésta continuaría (pág. 51). Así también, SÁEZ LACAVE; *La sociedad mercantil en formación*; Madrid, 2001, no considera razonable entrar a discutir qué grado de personalidad jurídica posee la sociedad en formación «porque nuestro Ordenamiento consagra que la personalidad jurídica es el mecanismo de imputación previsto para las sociedades externas (...) Otra cosa es que la actuación unificada en el tráfico y el patrimonio autónomo se sujeten a las reglas legales y contractuales de cada sociedad (...) Con la inscripción, la sociedad antes provisional se hace perdurable, que sin duda es lo que quiere decir la Ley cuando establece que con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica» (págs. 127-128).

Finalmente, pensamos que al establecer la ausencia de carácter constitutivo de la inscripción sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de la LODA, el Legislador confirma que el otorgamiento del acta solo provocará la oponibilidad (publicidad negativa) de las cláusulas que se desvíen de la ordenación dispositiva del tipo en caso de inscripción (arts. 10.2.º LODA y 21.1.º CdC) ⁵.

1. La premisa conceptual: la caracterización de la asociación como sociedad.

La reflexión generalizada sobre las asociaciones las ha mantenido aisladas del Derecho de sociedades porque, tradicionalmente, sociedad y asociación se han configurado, legislativa y doctrinalmente, como tipos de organización social conceptualmente contrapuestos en función de la calificación necesariamente lucrativa del fin común de la sociedad. Ello ha provocado que, salvo contribuciones doctrinales más o menos genéricas, no se haya atraído el estudio del régimen jurídico de las asociaciones al Derecho de sociedades, concebido este como el ordenamiento (*funcionalmente neutral*) de las diferentes técnicas de organización de personas utilizadas para la conjunta promoción del fin común acordado ⁶.

La tradicional expulsión del tipo social asociación del ámbito del Derecho de sociedades por la puerta de la inexistencia del ánimo de lucro (arts. 1.665 Cc y 116 CdC), ha conducido, a nuestro juicio, a efectos perversos. Así, es constatable como el secular diseño normativo del tipo *como si* la Ley de asociaciones no fuera, en realidad, una Ley de Derecho de sociedades ha condenado al análisis jurídico del tipo a un desarraigo doctrinal sin parangón dentro del Derecho privado ⁷. Esta falta

⁵ Vid. *infra* III.

⁶ Entre nosotros, las contribuciones doctrinales disponibles se han referido, fundamentalmente, al problema conceptual. Así, para una asimilación de la noción de asociación a la de sociedad. Vid. por ejemplo, GIRÓN; *Derecho de sociedades*; Tomo I, Parte General, Madrid, 1976, págs. 25-39; PAZ-ARES; «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2. 2.º LAIE)»; en AA.VV.; *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en Homenaje al Prof. José Girón Tena)*; Madrid, 1991, págs. 729-753; Del mismo autor, en *Comentario Cc*, pág. 1.299 y ss., especialmente págs. 1.307 y ss.; Del mismo autor, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad»; en URÍA/MENÉNDEZ; *Curso de Derecho Mercantil I*; págs. 429 y ss., especialmente págs. 429-435; PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL; *Manual Breve de Derecho Mercantil*; Derecho de sociedades. Parte General, pendiente de publicación; PANTALEÓN; «Asociación y sociedad», págs. 26 y 39-40. No obstante, son prácticamente anecdóticos los estudios que ubican *concretamente* el análisis del régimen jurídico de las asociaciones en la disciplina del Derecho de sociedades. Así, poniendo de manifiesto este lamentable estado de incuria del Derecho de asociaciones, en relación con el análisis de la expulsión de socios, por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL; «La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado»; *ADC*, 1997, núm. 1, págs. 155-186, especialmente págs. 158-159; PÉREZ ESCALONA; «La asociación y el Derecho de sociedades: notas para un debate»; *REDUR*, 2 (2004), págs. 74 y ss.; De la misma autora, «Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo: los límites a la libertad de contratar en la comunidad de pescadores de *El Palmar*»; *REDUR*, 3 (2005), págs. 149 y ss.

⁷ La contraposición entre sociedad y asociación como categorías conceptuales irreductiblemente antitéticas ha provocado que los problemas derivados del régimen jurídico de las asociaciones hayan sido abordados, de forma general, al margen del Derecho de sociedades. Así, sin pretensión de exhaustividad, por lo que se refiere a manuales y monografías Vid. LLUIS Y NAVAS; *Derecho de asociaciones*; Barcelona, 1967; LÓPEZ NIETO Y MALLO; *Manual de Asociaciones*; Madrid, 1992; Del mismo autor, *La ordenación legal de las asociaciones en España*; Madrid, 1995; Sin modificaciones, del mismo autor, *La ordenación legal de las asociaciones*; Madrid, 2000; AA.VV. (MARÍN LÓPEZ, dir); *Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*; Madrid, 1995; MORA ALARCÓN; *Derecho de Asociaciones*; Madrid, 1999; CABANAS TREJO; *Comentario de la Ley catalana de asociaciones*; Madrid/ Barcelona, 2000; AA.VV. (FLORENSÀ I TOMAS, Coord.); *Entitats Associatives*

de atención *iusprivatista*, a su vez, se ha pagado, en términos generales, con un erróneo enfoque del régimen jurídico de las asociaciones que impide abordarlo desde una perspectiva esencialmente *contractual* aprovechando el caudal dogmático de las soluciones aportadas en el Derecho de las sociedades corporativas de capital –fundamentalmente SA, SL o SCoop– como mecanismo integrador de lagunas.

La razón por la que pensamos que, en la actualidad, debe conceptualizarse a la asociación como sociedad puede resumirse como sigue: si, como parece, «la realidad social del tiempo» (*arg. ex art. 3 Cc*) ha provocado la contraposición entre sociedad y asociación como categorías conceptuales irreductiblemente antitéticas, desaparecido el contexto en el que la razón de control administrativo permitía contraponer conceptualmente sociedad y asociación en función de la índole (lucrativa o no) de su finalidad (art. 22 CE), la integración conceptual de la asociación está dotada de una racionalidad impecable y la incomunicación de regímenes jurídicos (o la existencia de «lagunas de colisión»⁸ entre ambos) resulta valorativamente insoportable.

Conviene hacer notar, no obstante, que el objetivo de consolidar la *admisibilidad* de un *concepto amplio de sociedad* en nuestro Derecho (desactivando las contundentes razones de Derecho positivo que se oponen hacia la viabilidad de una noción de sociedad a la que no le sea esencial la persecución del ánimo de lucro), constituye tan solo la *premisa metodológica* desde la que afrontar el debate sobre la conveniencia de realojar a la asociación en el campo del Derecho de sociedades. Así, parece evidente que a la corrección y oportunidad de este planteamiento integrador no podrá serle ajena, en último extremo, la tarea de mayor envergadura consistente en demostrar la benéfica influencia que, por razones de *eficiencia normativa e interpretativa*, es susceptible de ejercer el Derecho de sociedades en la configuración del (entero) régimen jurídico por el que han de regirse las asociaciones.

En el origen del problema, tradicionalmente, la Legislación especial de asociaciones ha circunscrito su ámbito objetivo de aplicación a las entidades que, por carecer de fin lucrativo, podían actuar como entidades eventualmente opuestas a la autoridad del Estado (art. 1.2.º y 4.º LOA)⁹. Esta exclu-

en el Dret Civil Català; Lleida, 1993; FERNÁNDEZ FARRERES; *Asociaciones y Constitución*; Madrid, 1987; VON MÜNCH/FERRER I RIBA (SALVADOR CODERCH, Coord.); *Asociaciones: constitución y personalidad jurídica*; Tesis Doctoral inédita; Facultad de Ciencias jurídicas y sociales (Toledo) de la Universidad de Castilla-La Mancha; 1991; BILBAO UBILLOS; *Libertad de asociación y derechos de los socios*; Valladolid, 1997; DE SALAS MURILLO; *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*; Madrid, Tesis Doctoral, 1999; GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Derecho de asociación*; Madrid, 2002.

⁸ Vid. CANARIS (trad. esp), *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, 1998, especialmente págs. 138 y ss.

⁹ Parece oportuno recordar, en este sentido, que el artículo 1 de la Ley de asociaciones de 30 de junio de 1887, que es la que tenía presente el redactor del Código civil, disponía que «el derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente conforme a lo que preceptúa esta Ley. En consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el ánimo de lucro o ganancia» y el número 2 del artículo 2 disponía que se exceptuaban del ámbito de aplicación de la ley «las sociedades que no siendo de las enumeradas en el artículo 1 se propongan un objeto meramente civil o mercantil, en cuyo caso se regirán por las disposiciones del Derecho civil y mercantil respectivamente» (la cursiva es nuestra). Asimismo, el artículo 2 de la Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964 disponía que «quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las leyes y se constituyan con arreglo al Derecho civil o mercantil». En el mismo sentido que la LOA se pronuncia la Legislación autonómica de asociaciones. Así, por ejemplo, el artículo 3.1.º a) y 2.º de las Leyes de asociaciones vasca y catalana, respectivamente (en adelante LPV y LC).

sión, en principio, parece coherente con la idea, que es posible deducir de las *definiciones legales* de sociedad de que solo hay sociedad si concurre ánimo de lucro (arts. 1.665 Cc y 116 CdC) ¹⁰. Para un sector doctrinal, es esencial al concepto de sociedad la existencia de fin lucrativo y es precisamente la inexistencia de ánimo de lucro –o la inexistencia de la dimensión subjetiva del lucro– lo que distingue a la asociación de la sociedad ¹¹.

No obstante, como vamos a ver seguidamente, otro sector doctrinal ha cuestionado la esencialidad de la índole lucrativa del fin para caracterizar conceptualmente a la sociedad. Y, poniendo en duda la inherencia del fin lucrativo a la noción de sociedad, estos autores niegan, al propio tiempo, la idoneidad del criterio de base causal para distinguir entre sociedad y asociación colocando en su lugar –por influencia del concepto alemán de sociedad– el criterio estructural ¹².

Consecuentemente, la *finalidad* de esta Legislación especial ha venido siendo (en todos los ordenamientos jurídicos de corte latino) una finalidad *política de control gubernativo*. Vid. al respecto, por ejemplo; GIRÓN; *Derecho de sociedades*, págs. 31 y ss.; PAZ-ARES; «Ánimo de lucro», pág. 734 y nota núm. 8.

¹⁰ Al propio tiempo, ha de tenerse en cuenta que al disciplinar el fenómeno asociativo en sede de sistematización de las personas jurídicas el Código civil se refiere metonímicamente *ex* artículos 35 y 36 a las asociaciones de interés particular y de interés público, dando por presupuesta la definición de la categoría conceptual y disponiendo para las primeras –por (deducible) identidad de *ratio*– la aplicación del régimen jurídico del contrato de sociedad. Aunque la identificación entre ánimo de lucro e interés particular ha sido objeto de crítica desde todos los posicionamientos doctrinales, ha de destacarse que no existe acuerdo en cómo calificar a las *asociaciones de estructura corporativa cuyo fin, no lucrativo, carezca de cualquier tipo de trascendencia social*. Así, por ejemplo, PAZ-ARES; «Ánimo de lucro», págs. 737-739, estima que se trata de *asociaciones de interés público*, dado que existe una conexión entre las asociaciones de estructura corporativa, las asociaciones sometidas a la Legislación especial de asociaciones y las asociaciones de interés público (pág. 739, nota núm. 6); Para PANTALEÓN; «Asociación y sociedad», págs. 21 y ss., sin embargo, se trata de *asociaciones de interés particular* (concepto amplio de interés particular) dado que, a su juicio, hay que reservar la noción de interés público para referirse a las entidades de estructura corporativa que persigan fines ideales (no lucrativos) de relevante trascendencia social, cuya actividad es una de la que las Administraciones públicas debe prestar a sus ciudadanos o fomentar su prestación mediante subvenciones directas o indirectas (pág. 25). En todo caso, con independencia de la discrepancia en la denominación, ambos posicionamientos coinciden en lo esencial, esto es, en que no es conforme con las expectativas normativas de los socios aplicar en esa fenomenología de casos la disciplina del contrato de sociedad civil porque se trata de una normativa pensada para regir un tipo de estructura personalista. Vid. también, desde el planteamiento contrario de esencialidad conceptual del lucro a la noción de sociedad, FONT GALÁN/PINO ABAD; «La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo jurídica) del concepto legal de sociedad»; *RDM*, 2001, págs. 7 y ss., especialmente pág. 14 y nota núm. 5.

¹¹ Vid. como ejemplos de esta *doctrina tradicional*, citando tan solo dentro de los *mercantilistas*, GARRIGUES; «La capacidad para celebrar el contrato de asociación»; *RDM*, (1946), págs. 57 y ss.; Del mismo autor, «Teoría General de las sociedades mercantiles»; *RDM*, (1976), págs. 519 y ss.; DUQUE; «Société, association et entreprise en droit spagnol»; en VERRUCOLI (ed); *Evolution et perspectives du droit des sociétés*; Milano, 1968, págs. 79 y ss.; MARTI SÁNCHEZ; «El contrato de sociedad en el Derecho codificado español con especial referencia al Código civil»; *RDM*, (1989), págs. 679 y ss., especialmente pág. 680 en nota y pág. 709; Del mismo autor, «El empresario social como sujeto de Derecho en el ordenamiento jurídico español»; *RDM*, (1994), págs. 119 y ss.; BERCOVITZ/BROSETA; «Mutuas de seguros, prima fija y carácter no mercantil»; *RDM*, (1986), págs. 31 y ss.; VICENT-CHULIÁ; «Nota a la RDGRN de 25 de julio de 1992»; *RGD*, (1992), págs. 10.280 y ss.; BERCOVITZ, en BERCOVITZ (coord); *La sociedad de responsabilidad limitada*; Pamplona, 1998, págs. 33 y ss., especialmente págs. 75-76; PANIAGUA ZURERA; *Mutualidad y lucro en la sociedad Cooperativa*; Madrid, 1997, págs. 380-400, especialmente pág. 383; DE LA CÁMARA; *Estudios de Derecho Mercantil*, I, Madrid (2), 1977, págs. 269 y ss.; Del mismo autor, «El contrato de sociedad ¿crisis del concepto?»; *ASN*, VII, Madrid, 1993, págs. 425 y ss.; FONT GALÁN/PINO ABAD; «La relevante causa negocial de la sociedad», págs. 7 y ss. Vid. ulteriores referencias a la doctrina civil y administrativa, que mantienen casi sin fisuras la esencialidad conceptual del lucro en PAZ-ARES; «Ánimo de lucro»; pág. 731, nota núm. 3; FONT GALÁN/PINO ABAD; «La relevante causa negocial»; págs. 10-12, nota núm. 1; GARCÍA-PITA Y LASTRES; «Reflexiones sobre el concepto de sociedad y Derecho de Sociedades», *CDC*, 33 (2000), págs. 73 y ss., especialmente pág. 191, nota núm. 309.

¹² Como es sabido, en el ordenamiento alemán la asociación constituye el modelo de organización societaria de estructura corporativa. Así concebida, la asociación es una sociedad (*rectius*, uno de los dos modelos de organización societaria) y no

Partiendo de la consideración de que la *finalidad* de la Legislación especial de asociaciones ha venido siendo (en todos los ordenamientos de corte latino) una *finalidad política de control gubernativo*, el sector que podríamos denominar «renovador» de la doctrina afirma que el concepto de sociedad ha de construirse sobre bases *estructurales* y no *causales*, esto es, ha de definirse como un *fenómeno organizativo causalmente neutral* y, por tanto, *independiente de la índole material o naturaleza del fin común*¹³. Esta definición de la sociedad como fenómeno organizativo causalmente neutral pasa, así, por devaluar la esencialidad conceptual de la índole material del fin a la categoría de una mera

una entidad conceptualmente contrapuesta a la sociedad en función del ánimo de lucro. Así, los párrafos 21 y 22 BGB distinguen dos tipos de asociaciones según que su objeto no sea (*Nichtwirtschaftlicher Verein*) o sí lo sea (*Wirtschaftlicher Verein*) la explotación (negocial) de una actividad económica de carácter principal. No obstante, el Derecho alemán quiere impedir que se constituyan asociaciones de fin económico principal y no accesorio (*Wirtschaftlicher Verein*) bajo tipos distintos de los mercantiles y, por ello, es común la distinción de tres tipos. Así, por ejemplo, SCHMIDT; «Systemfragen des Vereinsrechts»; *ZHR*, 147 (1983), págs. 43-68, especialmente págs. 58-62; Del mismo autor, *Gesellschaftsrecht*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1994, págs. 554-562, distingue, en primer lugar, a las asociaciones que ejercen una actividad económica como proveedoras de bienes y servicios para el mercado. Este tipo actúa en un campo de actividades en el que la colectividad espera una responsabilidad equiparable a la que el Legislador exige a las sociedades de capital (fundamentalmente SA y SL). En segundo lugar, se encuentran las asociaciones que ejercen una actividad económica dentro de un mercado interno cuyas actividades se asemejan a las que realizan las Cooperativas de consumo. Finalmente, se encuentran aquellas asociaciones que desempeñan funciones equiparables a las que desarrollan las Cooperativas de trabajo asociado. Ampliamente desarrollados estos tres tipos en su obra, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht. Eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und Wirtschaftlicher Vereine*; Heidelberg, 1984, págs. 113-161. Así también, REUTER; «100 Bände BGHZ: Vereins- und Genossenschaftsrecht»; *ZHR*, 151 (1987), págs. 355- 395, especialmente págs. 357-362.

¹³ La vertebración del Derecho de sociedades sobre bases estructurales y no causales arranca en nuestra doctrina de los trabajos del profesor GIRÓN; «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español»; *RDM*, (1947), págs. 7 y ss.; Del mismo autor, «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho»; *RDP*, (1954), págs. 369 y ss. Afirmaba ya en dicho trabajo que «la nota económico-lucrativa en la índole del fin común ha (a) parecido siempre en nuestra doctrina insoslayable. Y, en efecto, antes de la Ley de Sociedades Anónimas parece que no existían medios hábiles para hacer una interpretación distinta. Sin la Ley de Asociaciones podría haberse encontrado base para una interpretación modificativa. En el artículo 1.665 se habla de *medios* y parece aludirse a un fin económico (...). Pero en el artículo 1.666 no se requiere otra cosa respecto del fin ("objeto" significa aquí fin) sino su licitud» (págs. 374-375. La cursiva es nuestra). Continúa con los conceptos y tipos de sociedades en los Códigos civil y de comercio y sus relaciones; en *Estudios de Derecho Mercantil*; Madrid, 1955, págs. 211 y ss. y, finalmente, en *Derecho de sociedades*, I, págs. 25-39. Las tesis de GIRÓN fueron posteriormente acogidas, por ejemplo, por GONZÁLEZ ORDÓÑEZ; «Los criterios del Derecho español sobre la distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil y sus consecuencias prácticas»; *RDM*, (1956), págs. 69 y ss. GARRIDO DE PALMA; «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil»; *RDP*, (1972), págs. 767 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *La atipicidad en el Derecho de sociedades*; Zaragoza, 1977, especialmente págs. 300-303; GONDRA ROMERO; «Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española»; *RDM*, 1976, págs. 350 y ss.; RUBIO; *Curso de Derecho de sociedades Anónimas*; Madrid, 1964, pág. 42; SÁNCHEZ CALERO; *Curso de Derecho de Seguro Privado*; Bilbao, I, 1964, especialmente pág. 64; Del mismo autor; *La determinación y la distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*; Roma/ Madrid, 1955, especialmente pág. 133; Del mismo autor, *Instituciones del Derecho Mercantil*; Madrid, (ed. 2002), págs. 220-223; PAZ-ARES; *Comentario*; págs. 1.299 y ss., especialmente págs. 1.307-1.308; del mismo autor, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad»; págs. 729-753; del mismo autor, «Derecho de Sociedades» y «Sociedad Mercantil»; en *Enciclopedia Jurídica Civitas*; Madrid, 1995, págs. 2.251 y 6.339-6.342; del mismo autor, *Curso de Derecho Mercantil* (I); págs. 429 y ss.; del mismo autor, «La Agrupación de Interés Económico no tiene ánimo de lucro para sí misma»; en PAU PEDRÓN (dir); *Comentario a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*; Madrid, 1992, págs. 36 y ss.; del mismo autor, «La cláusula no lucrativa en la Ley de Agrupaciones de Interés Económico»; en *Estudios en homenaje a L. Mateo II*, 1993, págs. 265 y ss.; PANTALEÓN; «Asociación y sociedad»; págs. 26 y 39-40; ALFARO; «Introducción y parte general»; *Memento de Derecho de Sociedades*; Madrid, 1995, núm. 71, págs. 11 y ss.; CAMPINS; *La sociedad profesional*; Madrid, 2002, págs. 38-39 y 105-106; EIZAGUIRRE; *Derecho de sociedades*; Madrid, 2001, Capit. I; MENÉNDEZ; *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*; Madrid, 1974, pág. 65; MENÉNDEZ/RODRÍGUEZ ARTIGAS; «Disposiciones generales (art. 3 LSL.)» en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dirs); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Madrid, 1999, págs. 78-94, especialmente págs. 84-88; *Matizadamente*, no obstante, en «Sociedad Anónima y fin de lucro»; en AA.VV.; *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*; Madrid, 1995, págs. 39-59.

nota de caracterización del tipo legal (y sólo del tipo legal) de la sociedad civil. Esta devaluación se justifica, en opinión de esta postura, en orden a una doble argumentación: de un lado, la pérdida de fuerza del criterio del ánimo de lucro para definir el concepto de sociedad se explica en función de un *planteamiento de Derecho positivo* [*infra a*]. De otro, la irrelevancia conceptual de la índole material del fin se explica por un *planteamiento de coherencia interna del sistema* de selección de la disciplina aplicable a las diversas agrupaciones que refuerza expresamente el anterior [*infra b*]).

a) *El planteamiento de Derecho positivo.*

El planteamiento de Derecho positivo a favor de la desestructuración causal del sistema de Derecho de sociedades parte de ponderar la eficacia despolitizadora que supuso, para todos los fenómenos agrupacionales, el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de asociación *ex* artículo 22 de la CE. Así, se afirma que *los motivos que históricamente justificaron la reserva societaria a la finalidad lucrativa han perdido su valor en la actualidad* porque, dado que la norma fundamental reconoce el derecho de asociación como un derecho de libertad (frente a los poderes públicos) y sin más limitaciones que las previstas en su texto, la función de vigilancia (intervención) administrativa que cumplía la Legislación especial de asociaciones carece de sentido tras la entrada en vigor de la Constitución. De esa forma, aunque no es dudoso que existan poderosos argumentos positivos contrarios a la asimilación conceptual entre sociedad y asociación, no es menos claro que el reconocimiento constitucional del derecho de asociación *ex* artículo 22 de la CE supuso un importante hito histórico (quizás el más importante) en la configuración de nuestro Derecho de sociedades porque es en dicho precepto –y no en el art. 38 CE– donde actualmente cabe residenciar el *fundamento constitucional* del entero Derecho de sociedades ¹⁴.

¹⁴ Así, por ejemplo, PAZ-ARES; *Comentario*; «La norma constitucional, en efecto, al reconocer el derecho de asociación está empleando la expresión en un sentido genérico, que abraza todas posibilidades asociativas y societarias. Entendemos, no obstante, que desde el punto de vista normativo esta terminología puede inducir a confusión. La razón se comprende sin esfuerzo: la disciplina de la asociación, en sentido genérico, que tendría que absorber la fenomenología atípica se halla en el régimen de la sociedad» (págs. 1.302, 1.344, 1.358-1.359); También en, «Ánimo de lucro», págs. 734-735; MENÉNDEZ; «Sociedad Anónima y fin de lucro», pág. 46; También, entre otros, PANTALEÓN; «Asociación y sociedad». Precisa este autor en nota que «es opinión dominante que el artículo 22 tutela también a las sociedades (...) 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 (...). 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» (pág. 53, en nota); CAPILLA; *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*; Madrid, 1984, págs. 118-119; PINO ABAD; *La sociedad de capital no inscrita*, págs. 128-132, especialmente pág. 131; SÁNCHEZ ÁLVAREZ; *La fundación*, págs. 82-83; GARCIA-PITA Y LASTRES; «Reflexiones sobre el concepto de sociedad», pág. 107.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional se pronunció originariamente sobre esta cuestión en su STC 23/1987, de 23 de febrero, afirmando que «si bien podría parecer a primera vista que nada se opone a que el término Asociación usado en el artículo 22 de la Constitución en un sentido amplio presente en nuestro Código civil (...) comprendiera tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, en realidad, aunque se admitiera esa apertura de fines de ese derecho fundamental, este solo podría invocarse en aquellos casos en los que apareciese vulnerado su contenido. Y en las sociedades mercantiles, y en particular en las sociedades de capitales, cuya forma más característica es la Sociedad Anónima, predomina, frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales, por lo que sin excluir la posibilidad de que, *en determinados casos*, pueda producirse una lesión del derecho

A nuestro juicio, ese es el argumento de mayor relevancia. Efectivamente, el reconocimiento constitucional del derecho de asociación tuvo la significación de proteger globalmente todas las (lícitas) agrupaciones (asociativas y societarias, al menos, en sus aspectos no patrimoniales) configurando un ámbito de autonomía colectiva –derecho de libertad– frente a los poderes públicos. Esto solo puede significar que, para la norma fundamental, la noción de asociación se refiere a un *género*, dentro del cual, será el Legislador llamado a completar la obra del constituyente (orgánico u ordinario)¹⁵ el encargado de diversificar especies y, consecuentemente, de caracterizar tipológicamente los diversos fenómenos agrupacionales que es posible incluir dentro de esa estructura genérica. Nos parece innegable, por ello, que la relevancia despolitizadora de la proclamación constitucional del derecho constituye un argumento lo suficientemente potente como para bascular sobre sí mismo la pérdida de relevancia conceptualizadora del ánimo de lucro pese a que se haya afirmado que «la apertura constitucional de esa puerta histórica no exonera al sector renovador de nuestra disciplina positiva para superar *de lege lata* la separación de dos instituciones, sociedad y asociación que (...) no caben en un solo concepto»¹⁶.

En efecto, solo teniendo como brújula esa (histórica) pérdida de función del ánimo de lucro para acotar un espacio de fenómenos agrupacionales necesitados de especial vigilancia (intervención) administrativa, se explica la evidente fractura que, en los conceptos normativos de sociedad ha provocado, irreversiblemente, el reconocimiento legislativo de la plena fungibilidad causal de las

de asociación respecto a este tipo de sociedades, es necesario plantear en cada supuesto si el derecho lesionado es de naturaleza asociativa o tiene un carácter preferentemente económico, quedando en este segundo caso fuera del artículo 22 de la Constitución» (La cursiva es nuestra). Siguiendo este discutible modo de razonar, asimismo, la Exposición de Motivos de la LOA afirma que «La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito de aplicación a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones *sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 de la Constitución podrá proyectar tangencialmente su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial*» (La cursiva es nuestra).

¹⁵ La delimitación del desarrollo orgánico del derecho de asociación con anterioridad a la promulgación de la LODA fue objeto de particular atención doctrinal en relación con el problema del reparto de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de asociaciones. *Id.*, a raíz de la STC 173/1998, de 23 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LPV, por ejemplo, LUCAS MURLLO DE LA CUEVA; *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Madrid, 1999; del mismo autor, «Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales»; *RDPol*, 1999, núm. 46, págs. 11 y ss.; DE PABLO CONTRERAS; «La Legislación civil y la competencia autonómica en materia de asociaciones (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)»; *RATC*, 1999, Tomo I, págs. 1.843 y ss.; GERPE LANDIN/FERNÁNDEZ DE FRUTOS/MATEU Y VILASECA/RIDRÍGUEZ SANTAMARÍA/VALLÉS VIVES; «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en materia d'associacions (comentari de la STC 173/1998, de 23 de julio sobre la Llei basca d'associacions)»; *RJC*, 1999, junio, págs. 7.165 y ss.; VIVANCOS COMES; «Notas sobre la Sentencia de la Ley vasca de asociaciones (a propósito de la Sentencia Constitucional 173/1998, de 23 de julio)»; *RGD*, 1999, págs. 7.165 y ss. Asimismo, con indicaciones de la literatura anterior a dicho pronunciamiento constitucional, PÉREZ ESCALONA; «La fuentes del derecho de asociación (Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio)»; *RCDI*, 659 (2000), págs. 1.979 y ss.

¹⁶ Cfr. MENÉNDEZ; «Sociedad Anónima y fin de lucro»; pág. 47. Incluso, como ya afirmara GIRÓN; *Derecho de sociedades*; con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, en la Legislación especial de asociaciones «no se ve un interés del legislador en que no puedan organizarse, con estructura de sociedad, las figuras lucrativas ni al contrario, que las lucrativas no puedan servirse de estructuras corporativas. No hay un interés por ofrecer un régimen organizativo para las relaciones entre los súbditos, sino un interés externo de policía. Hay solo un reflejo histórico de una cautela gubernativa respecto a qué agrupaciones se estima conveniente controlar, entendiéndose que las de fin económico no interesan a los políticos y que, contrariamente, las de fines no lucrativos podrían disimular estos o implicar en ellos fines de aquel carácter que el Estado quiere preventivamente someter a su política» (pág. 41).

Sociedades Anónimas y de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 3 LSA y LSL), del carácter societario de las Agrupaciones de Interés Económico (art. 2.2.º LAIE), de las Cooperativas (art. 1 LCoop), de la Sociedad de Garantía Recíproca (arts. 2 y 4 LSGR) o de las Sociedades Anónimas Deportivas (art. 19 LD y arts. 1.1.º y 2.1.º RDSAD) ¹⁷. Solo desde la despolitización del criterio del ánimo de lucro para trazar la frontera conceptual entre sociedad y asociación se puede reinterpretar, en suma, la literalidad de los conceptos de sociedad recogidos en los Códigos otorgando, al tiempo, sentido a los preceptos del régimen jurídico de la sociedad civil que chocan con la interpretación tradicional ¹⁸.

b) El argumento de la selección de la disciplina aplicable.

Por otra parte, de seguir la estricta acotación de las sociedades a los fenómenos lucrativos, resulta claro que debería aplicarse a ciertos fenómenos societarios atípicos sin finalidad lucrativa —«varias fundaciones artísticas se asocian para organizar, sin ánimo de lucro, una exposición conjunta estableciéndose la organización precisa para ello, varias empresas se unen para poner en marcha una escuela de negocios sin ánimo lucrativo, estableciéndose en ambos casos la organización precisa para ello» ¹⁹—, la Legislación de asociaciones. Sin embargo, aunque denominemos a esos supuestos como asociaciones —y aquí se encuentra precisamente la razón que justifica la conveniencia de abordar los problemas del régimen jurídico desde la perspectiva del Derecho de sociedades— el problema es que

¹⁷ Con el criterio de *mercantilidad por razón de la forma* se pretende, precisamente, superar el criterio del objeto como determinante de la atribución de mercantilidad. Como es sabido, el debate sobre si las actividades no lucrativas pueden ser objeto de las Sociedades Anónimas y Limitadas ha dado origen a una abundante bibliografía que, mayoritariamente, se inclina por su admisión. Así, *vid.* sobre la plena fungibilidad causal de las SA y SL, por ejemplo, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*; págs. 293-294; PAZ-ARES; *Comentario*, págs. 1.376 y ss.; del mismo autor, «Sociedad mercantil»; *EJC*, IV, págs. 63.398 y ss.; del mismo autor, *Curso de Derecho Mercantil*, pág. 497; CÁMARA; «Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso»; en AA.VV.; *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*; Madrid, 1987, pág. 61 y ss., especialmente pág. 101 y ss.; SÁNCHEZ CALERO; en AA.VV. (SÁNCHEZ CALERO, dir); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, *Disposiciones Generales. Fundación de la Sociedad y Aportaciones*; Madrid, 1997, pág. 102 y ss., VELASCO SAN PEDRO; «Concepto y caracteres de la sociedad de responsabilidad limitada»; en AA.VV.; *Derecho de las sociedades de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, pág. 39 y ss., especialmente pág. 55; SÁNCHEZ ANDRÉS; «La acción y los derechos del accionista»; en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dirs); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; T. XIV, vol. 1.º A; Madrid, 1999, art. 3 LSL, págs. 78-94, especialmente págs. 82-88. Contraargumentando que los preceptos de la Legislación especial no dan pie para prescindir del ánimo de lucro en la conceptualización de la sociedad, por ejemplo, GARRIGUES/OLIVENCIA; en GARRIGUES/URÍA; *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* I; Madrid, 1976, págs. 130-131; FONT GALÁN/PINO ABAD; «La relevante causa negocial», págs. 69 y 70-76.

¹⁸ Desde la perspectiva devaluadora del ánimo de lucro a la categoría de rasgo tipológico de la sociedad civil (y no del concepto de sociedad), se afirma que lo único que le piden los artículos 1.665 y 1.666 del Código civil al fin social en el concepto de sociedad es que sea común (establecido en interés de todos los socios) y no que además tenga que ser necesariamente lucrativo. La función de concreción de la índole material del fin común del tipo (y solo del tipo) de la sociedad civil la desempeña el artículo 1.691 del Código civil al disciplinar la proscripción de los pactos leoninos. Así, PAZ-ARES; «Ánimo de lucro»; págs. 735-737. Un apunte también en GIRÓN; «Sobre los conceptos de sociedad»; pág. 375; MENÉNDEZ; «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», págs. 45-47. Afirmando que la identidad causal del contrato de sociedad reside en la comunidad de fin y es, consecuentemente, una identidad causal fungible se alcanza a comprender, además, la inclusión de las sociedades universales dentro del régimen jurídico de las sociedades como un tipo especial de las mismas. Así, por todos, PAZ-ARES; *Comentario*, pág. 1.389.

¹⁹ Ejemplos tomados de PAZ-ARES; «Ánimo de lucro», págs. 743-744, reproducidos por PANTALEÓN; «Asociación y sociedad», pág. 11.

la Legislación de asociaciones se configura para vertebrar la disciplina de un tipo corporativo dotado de personalidad jurídica plena (arts. 5, 10, 15, 17 y 18 LODA), autonomía patrimonial (art. 7.J LODA) y organigrama de funcionamiento interno (arts. 11 y 12 LODA), con un fin institucionalizado y despersonalizado acordado estatutariamente (arts. 7 y 16 LODA) y parece evidente que ninguna de estas circunstancias se acomoda al régimen jurídico aplicable a unos fenómenos agrupacionales en los que la relación social y la organización resultante del contrato se fundamenta sobre la individualidad de los socios. Son razones de adecuación a las expectativas normativas de las partes, en definitiva, las que obligan a construir un prototipo normativo de sociedad (fundamentado en *tres elementos esenciales: el origen negocial, el fin común* con independencia de su concreta índole material y la *contribución de todos los socios a su consecución*) en el que las asociaciones constituyan el *modelo de sociedad corporativa*, de la misma forma que la sociedad civil constituye el modelo de las sociedades personalistas ²⁰.

c) Conclusiones intermedias.

Afirmar que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de asociación mudó radicalmente la perspectiva de tradicional vigilancia administrativa en la que se enmarcaba la regulación jurídica de las asociaciones no dejaría de ser una obviedad, si no fuera porque sobre (el alcance de) esa despolitización del género asociativo, un sector de la doctrina ha basculado la devaluación del ánimo de lucro como criterio de distinción entre sociedad y asociación y como elemento conceptual inherente a la noción de sociedad. De hecho, de todo lo expuesto hasta aquí se evidencia que el debate parece pender, en última instancia, del alcance del precepto constitucional para «despolitizar» el ánimo de lucro porque, la interpretación literal de los preceptos que se ocupan de definir la sociedad (arts. 1.665 Cc y 116 CdC), la sistematización normativa de las asociaciones susceptibles de adquirir personalidad jurídica (arts. 35 y 36 Cc), la Legislación de asociaciones (art. 1.2.º y 4.º LODA), así como un importante sector doctrinal continúan haciendo descansar sobre el ánimo de lucro la distinción entre sociedad y asociación y confirmando su inherencia al concepto de sociedad.

Es cierto, asimismo, que prescindir del ánimo de lucro como elemento conceptual de la noción de sociedad puede parecer un tanto arriesgado en ausencia de una «Ley General de sociedades» que supere de una vez por todas la dicotomía conceptual que recogen los textos legales, en el sentido de acoger un concepto simplificado de sociedad, de cuya matriz deriven dos subgrupos de entidades diferenciadas en función del criterio de su estructuración: corporativa, para el tipo asociación y personalista, para el tipo sociedad civil porque, al fin y al cabo, los textos legales siguen reflejando, por

²⁰ Así, GIRÓN; *Derecho de sociedades*; «La sociedad en sentido amplio se compone del mínimo de elementos (fin común, promovido por los socios, origen negocial). Luego, sociedad y asociación adicionan elementos a aquel mínimo y, además, se contraponen por la estructura técnico jurídica de organización que una y otra revisten. Pero esas figuras, como formas de organización no se encuentran condicionadas por la índole material del fin. Para fines no económicos pueden ser adecuadas o no fórmulas de sociedad o fórmulas corporativas. Es la magnitud y el grado de despersonalización e institucionalización del fin lo que influye en la modalidad de organización en un sentido o en otro» (págs. 29 y 35); PAZ-ARES; *Comentario*, págs. 1.306-1.307; 1.453-1454; Del mismo autor, «Ánimo de lucro»; pág. 731-733; del mismo autor, *Curso de Derecho Mercantil*; págs. 429-435; del mismo autor en, *Comentarios LAIE*; pág. 16; PANTALEÓN; «Asociación y sociedad»; págs. 26 y 47; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*, págs. 339 y ss.; MENÉNDEZ; «Sociedad Anónima y fin de lucro», págs. 44-45.

muy trasnochados que nos puedan llegar a parecer, la concepción latina de la necesaria índole lucrativa de la finalidad de la sociedad ²¹.

Con ser cierto todo lo expuesto, a nuestro juicio, no lo es menos que articular la distinción entre sociedad y asociación sobre el ánimo de lucro, configurándolo como esencial a la definición de sociedad no puede continuar sosteniéndose. En el plano de los conceptos, no hay ninguna razón significativa que justifique esa antítesis vertebrada sobre el ánimo de lucro, cualquiera que sea la amplitud conceptual del mismo; y no la hay porque, *en el plano de selección de la disciplina aplicable*, resulta manifiestamente impropio (por contravenir las expectativas normativas de las partes) aplicar el Derecho de asociaciones a los fenómenos asociativos sin ánimo de lucro *en todo caso*. Desde esta perspectiva de configuración del régimen jurídico aplicable, las nociones de sociedad y asociación ni son ni pueden ser antitéticas. Las asociaciones son sociedades. Es más son uno de los moldes o modelos de sociedad en torno a los cuales se agrupan todos los (*numerus clausus*) de tipos sociales posibles porque lo específico del concepto de sociedad ha de buscarse en la existencia de una estructura corporativa y no en la ausencia de finalidad lucrativa de la misma. Cuando dicha *sociedad corporativa sin ánimo de lucro carezca de capital*, entonces, será aplicable la Legislación de asociaciones, sin perjuicio de que dentro del molde legal quepan, naturalmente, las más amplias posibilidades de *personalización* del tipo.

Estamos convencidos, en este sentido, de que en la actualidad la única articulación del Derecho de sociedades (y asociaciones) apta para seleccionar adecuadamente la disciplina aplicable a los diversos fenómenos agrupacionales destinados a la conjunta promoción del fin común acordado es la que mira a la estructura (personalista o corporativa) del fenómeno agrupacional y no al ánimo de lucro. Es esa razón de selección de la disciplina aplicable y de integración de lagunas la que justifica, precisamente, la necesidad de acoger un concepto amplio de sociedad, dentro del cual, solo a las

²¹ Como es sabido, la pretensión de elaborar una Ley General de sociedades que «sirviera tanto para perfilar la delimitación de los diversos tipos sociales dentro de nuestro ordenamiento que, con el tiempo van mostrando más elementos comunes, como para generalizar ciertas normas de Derecho de sociedades, al tiempo de dar una adecuada disciplina de cada uno de los tipos que caben dentro de su ámbito» constituye una recurrente aspiración doctrinal a la hora de proponer soluciones en la resolución del denominado problema tipológico. Así, SÁNCHEZ CALERO; «Derecho de las sociedades de Responsabilidad limitada y el Derecho de la Sociedad Anónima. Una valoración de la reforma», en *Tratando*, págs. 1.257 y ss., cfr. pág. 1.270. No obstante, como recoge este autor, los trabajos de unificación se han centrado en la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Sociedades mercantiles porque «aun comprendiendo que sería de desear la existencia de una Ley comprensiva de toda clase de sociedades, la limitación del anteproyecto de la Ley general a las sociedades mercantiles se debe (entre otras) a la circunstancia de la dificultad de construir dentro de nuestro ordenamiento un concepto amplio de sociedad que supere el contenido del art. 1.665 Cc» (pág. 1.272). *Vid.*, también, por ejemplo, MENÉNDEZ; «Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada»; en AA.VV.; MENÉNDEZ (dir.); *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?*; Madrid, 1992, pág. 239 y ss.; MENÉNDEZ/RODRÍGUEZ ARTIGAS; en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Tomo XIV, vol. 1.º, pág. 42-46; GONDRA ROMERO; «La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en la reforma del Derecho de sociedades», en AA.VV.; *La reforma del Derecho de sociedades de capital*; Madrid, 1987, págs. 909 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*; págs. 464 y ss.; del mismo autor, «Tradición y reforma en el nuevo Derecho de sociedades de responsabilidad limitada»; en AA.VV.; *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*; Madrid, 1991, págs. 163 y ss.; del mismo autor, «El problema tipológico: la consagración del sistema dualista. Sociedad Anónima-Sociedad de Responsabilidad Limitada»; *RdS*, núm. extraordinario (1994), págs. 35 y ss.; del mismo autor, «La Ley de sociedades de responsabilidad limitada: acto final»; *RdS* 5 (1995), págs. 11 y ss.; OLIVENCIA, en *Tratando*, págs. 144-148, VIERA GONZÁLEZ; *Las Sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*; Madrid, 2002, especialmente págs. 160 y ss.

sociedades corporativas sin ánimo de lucro no capitalistas devenga aplicable el Derecho de asociaciones, entendido como parte del Derecho (privado contractual) de sociedades.

Al margen, la configuración planteada por la doctrina que atiende a la estructura (expectativas normativas de las partes) del fenómeno societario resulta más acertada por los siguientes grupos de motivos:

1. En primer lugar, la vertebración del Derecho de sociedades sobre bases estructurales pone de manifiesto que el género de los fenómenos societarios es la sociedad y no la asociación y que, por tanto, la disciplina genérica de esta ha de encontrarse en aquella y no al revés. Y esto, ya de por sí, es mucho ²². La hipótesis contraria, en efecto, no puede sostenerse porque supone que la asociación además de gozar de neutralidad estructural posee fungibilidad causal. Obviamente, la *neutralidad estructural* de la asociación debe afirmarse sin reservas en consonancia con las notas de *polivalencia* y *flexibilidad funcional* que caracterizan al Derecho de sociedades. Para ello, naturalmente, el diseño del modelo legal habrá de ser (interpretado *como si* fuera) susceptible de las más amplias posibilidades de personalización, al objeto de que los particulares puedan configurar la asociación que más se adapte a sus preferencias y deseos ²³. Pero la neutralidad causal de la asociación no es cierta, al menos, para todas las entidades susceptibles de ser conceptualizadas como asociación a la luz de lo previsto en la Legislación específica (art. 1.2.º y 4.º LODA), so pena de violentar el principio de *numerus clausus* de tipos sociales existentes en nuestro Derecho. El reconocimiento constitucional del derecho de asociación tuvo la importantísima significación de «liberalizar» todo el espacio de los fenómenos agrupacionales para la conjunta promoción del fin común acordado, pero ello no fractura la consideración de que el ejercicio de la actividad mercantil no puede llevarse a cabo fuera del rigor y de las garantías de los tipos mercantiles (art. 122 CdC) ²⁴.

²² *Contra*, por ejemplo, O'CALLAGHAN; «La persona no lucrativa tipo asociación»; en *Asociaciones, fundaciones y cooperativas*; págs. 9 y ss., especialmente pág. 13; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*; pág. 301; GARRIGUES; «Teoría general de las sociedades mercantiles», pág. 8; MARTI SÁNCHEZ; «Aproximaciones al concepto de sociedad», pág. 27; CÁMARA; *Estudios*; pág. 269; del mismo autor, «El contrato de sociedad»; pág. 425; DUQUE; «Société, association et entreprise», pág. 83; PINO ABAD; «La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas»; *CDC*, 29 (1999), especialmente pág. 122 y nota núm. 106; PANIAGUA; *Mutualidad y lucro*, págs. 388-392; FONT GALÁN/PINO ABAD; «La relevante causa negocial de la sociedad», págs. 12, 14, 54, 60 y págs. 64 y ss.

²³ Como es sabido, con las notas de *fungibilidad* y *flexibilidad funcional* del Derecho de sociedades se pretende significar que los particulares pueden elegir la forma social que mejor se ajuste a sus necesidades, dado que las figuras societarias son aplicables, en principio, a cualquier finalidad. Dada la naturaleza exquisitamente contractual del Derecho de sociedades, la función que ha de cumplir el Legislador de Derecho de sociedades no es la de ordenar a las partes la mejor manera posible de configurar la sociedad, sino la de ayudarles en tal configuración diseñando un modelo «que les dispense de la tarea siempre costosa de fabricarse un traje a medida». *Vid.* por todos, PAZ-ARES; «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades?»; en *Tratando*, págs. 159 y ss. [*infra* II].

²⁴ Por ello, nada impide que las asociaciones desarrollen actividades económicas para lograr la consecución del fin común principal no lucrativo aunque, naturalmente, el beneficio obtenido mediante la realización de la actividad económica deba destinarse, íntegramente, a la realización del fin común asociativo no lucrativo (art. 13.2.º LODA). Lo relevante será analizar si se produce el reparto de beneficios entre los socios, con independencia del carácter (directo, indirecto, principal o accesorio) de la actividad económica. Así también, por ejemplo, LA CASA GARCÍA; «El ejercicio de actividades económicas por asociaciones y fundaciones»; *Der. Neg.* Junio (2003), págs. 1-20, especialmente pág. 9 y notas núm. 33, 34 y 42.

2. La configuración expuesta, de otro lado, tiene la virtud de caracterizar el concepto de asociación como *modelo de organización societaria de estructura corporativa*. Y este, indudablemente, es su mayor logro. En efecto, si se reputan suficientes los argumentos esgrimidos en aras a sostener la fungibilidad causal del contrato de sociedad y se tiene en cuenta que la Legislación especial de asociaciones constituye una normativa propia de asociaciones estructuradas corporativamente (arts. 7 y 11 LODA), parece coherente afirmar que el concepto de asociación queda reservado –como modalidad de organización societaria– para las sociedades de estructura corporativa organizadas estatutariamente²⁵. Cuando estas sociedades se rijan por la Legislación especial de asociaciones habrán de perseguir una finalidad diferente de la lucrativa y carecer de capital social. Así, la asociación (*lato sensu*) es, por tanto, la forma o tipo básico de las sociedades estatutarias (de estructura corporativa) que cuando queden sometidas (*stricto sensu*) a la Legislación específica de asociaciones por carecer de capital social (*arg. ex arts. 3 LSA y LSL*) deberán perseguir una finalidad diferente de la lucrativa (art. 1.2.º y 4.º LODA).

2. El Derecho de asociaciones en clave contractual: los límites a la libertad de configuración estatutaria.

Aunque de la lectura de los preceptos que se ocupan de regular el contenido mínimo de los estatutos sociales (arts. 7 LODA, 7 LPV y 5 LC) pudiera deducirse la errónea conclusión de que el régimen jurídico diseñado para las asociaciones es imperativo por defecto «de imperatividad de fondo o difusa»²⁶ (esto es, «la Ley hablará cuando quiera dejar un margen a la autonomía privada»²⁷) debe afirmarse con insistencia la inversión de esa regla-excepción. Así, dada la naturaleza contractual del Derecho de sociedades, la sociedad –y por la asociación como sociedad de estructura corporativa no capitalista que es– es un contrato y, además, un mecanismo para contratar. Como tal, forzosamente reclama un generoso reconocimiento del principio de autonomía privada que se traduce en el carácter esencialmente dispositivo de su regulación y, por tanto, en la fijación de un *marco normativo de mínimos* dentro del cual los socios gozan de una amplia autonomía para adaptar la estructura del tipo a sus necesidades a través de los estatutos²⁸.

²⁵ Como es sabido, la estructura corporativa, por contraposición a la personalista constituye un modelo teórico de organización societaria caracterizado por la constitución de una organización objetivada que se establece al acordarse el estatuto en el negocio constitutivo, pasando a formar parte del contrato fundacional. Que la estructura corporativa se equipare a la constitución de una organización objetiva significa, por su parte, que el régimen jurídico de las formas sociales dotadas de este tipo de organización se construye desconectadamente (con abstracción) de la identidad personal de los socios en cada momento y, por tanto, que el fin común se independiza (institucionalizándose), dado que lo relevante es la organización derivada del contrato y no el elemento subjetivo de los socios. *Vid.* por ejemplo, GIRÓN; *Apuntes de Derecho Mercantil*; Madrid, 1985, Vol. 1.º, pág. 6; Del mismo autor, *Derecho de sociedades*, págs. 29, 176-177 y 279; PAZ-ARES; *Curso*, pág. 485; ALONSO ESPINOSA; «La Sociedad de Responsabilidad Limitada ¿Corporación personalizable?», *RdS*, 7 (1996), págs. 31 y ss., especialmente, págs. 34-39. *Contra*, no obstante, ARGUDO PÉREZ; «La Ley Orgánica del derecho de asociación: aspectos sociales y económicos»; *RJESC*, 14 (2003), págs. 183 y ss., especialmente pág. 197.

²⁶ Cfr. PAZ-ARES; en AA.VV. (PAZ-ARES, Coord.) *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 163.

²⁷ Cfr. PAZ-ARES, *Ibidem*, pág. 195.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, EASTERBROOK/FISCHEL; «The Corporate Contract», «We often speak (...) of the Corporation as a *nexus of contracts* or a set of implicit and explicit contracts. This reference, too is just a shorthand for the complex arrangements

Naturalmente, la caracterización de la asociación como contrato no significa que la autonomía estatutaria no esté sujeta a ningún tipo de limitación. Los límites a la libertad contractual en Derecho de sociedades se encuentran, genéricamente, en las normas identificadoras del tipo social (que permiten distinguirlo de otros), en las normas tuteladoras de las minorías en las sociedades en las que rige el principio mayoritario como regla general de adopción de acuerdos y, finalmente, en las normas referentes a la responsabilidad social y a la tutela de los terceros ²⁹.

Sin embargo, prescindiendo de este paradigma contractual, los legisladores de asociaciones parecen haber relegado a un papel residual a la autonomía privada consagrando los principios configuradores del tipo (art. 7.2.º LODA) como límite a la libertad de configuración estatutaria [*infra a*]. Al margen, han previsto el principio de democracia interna (arts. 2.5.º LODA, 2.4.º LPV y 2.2.º LC) como regla genérica de organización y funcionamiento interno [*infra b*].

a) En Derecho de sociedades de capital, un sector doctrinal ha pretendido encontrar (reflexionando desde el paradigma institucional de comprensión de los tipos sociales) en la categoría o expediente de los *principios configuradores del tipo social* (arts. 10 LSA y 12.3.º LSL) una limitación a la libertad de configuración estatutaria distinta del Derecho imperativo ³⁰. Así, o bien se afirma que los referidos principios se extraen del Derecho dispositivo, cuando el Legislador haya querido plasmar en el mismo

of many shorts that those who associate voluntarily in the corporation will work out among themselves», en *Col. Law Rev.*, 1989, págs. 1.416 y ss. [también en *The Economic Structure Corporate of Law*, Cambridge-London, 1991, Cap. II]; BUTLER; «The Contractual Theory of The Corporation»; *Geo. Mason U. Law Rev.*, 11 (1989), págs. 99-123; WILLIAMSON «The Modern Corporation :origins, evolution, attributes»; *J. Econ.Literature*, 19 (1981), págs. 1.537-1.568; MARCHETTI; *La «nexus of contacts» theory. Teorie e Visioni del Diritto Societario*; Milano, 2000, especialmente capit. I. Entre nosotros, por ejemplo, PAZ-ARES; *Tratando*, págs. 159-195; ALFARO; «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *RDM*, julio-septiembre, 1999, págs. 925 y ss.

²⁹ Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*, págs. 190 y ss.; PAZ-ARES; *Tratando*, págs. 168 y ss.; del mismo autor, en *Curso I*, págs. 510-511; CAMPINS; *La sociedad profesional*, Madrid, 2000; págs. 114-115; MASSAGUER; «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la Sociedad Limitada»; *RGD*, 1994, págs. 1.259 y ss., especialmente págs. 1.268-1.270 y 1.278. GUERRA MARTÍN; *El gobierno de las Sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*; Pamplona, 2003, especialmente págs. 86-100. Esta concepción choca con la *precomprensión institucionalista de los tipos sociales* que concibe a la sociedad como «máquina jurídica primorosamente diseñada y equilibrada por el legislador, en la que las opciones al gusto del consumidor –que se supone inexperto en la planificación técnica de una cosa tan sofisticada– están restringidas (...) la autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje (...) en la trastienda se oculta, sin duda, el terror a que cualquier manipulación no autorizada de la maquinaria legal la haga saltar en pedazos». Cfr. PAZ-ARES; *Tratando*, págs. 164-166.

³⁰ Como es sabido, la referencia a los principios configuradores del tipo social como límite a la libertad estatutaria no aparece en la Legislación de sociedades de capital hasta 1989. No obstante, ya se encontraba una alusión a los mismos en la Exposición de Motivos de la LSRL de 1953, cuando afirmaba que la ley se inspira en principios de gran elasticidad, para permitir a los interesados hacer uso, en amplia medida, de la libertad de pactos, siempre que esta no se traduzca en una violación directa o indirecta de los *postulados esenciales del tipo de sociedad* que ahora se regula» (la cursiva es nuestra) Debe advertirse que la doctrina –incluso quienes los admiten como limitación adicional a la autonomía de la voluntad, se ha mostrado extremadamente opaca a la hora de identificarlos. *Vid.*, por ejemplo, BOLAS ALFONSO «La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada», *AAMN*, 1997, XXXVI, págs. 3-61, especialmente págs. 18-25 [también publicado en *RDP*, 1996, págs. 113-143, especialmente págs. 119-122]. GARRIDO DE PALMA; «Autonomía de la voluntad y principios configuradores: su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada», en AA.VV.; *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, Sociedades, Madrid, 1996, págs. 1.869 y ss., especialmente págs. 1.875 y ss.; del mismo autor, «La Sociedad de responsabilidad Limitada cinco años después. ¿Principios configuradores?»; *RJN*, 36 (2000), págs. 195-222; JIMÉNEZ SÁNCHEZ/VIGUERA

«criterios de ordenación general» o «principios de justicia material»³¹ o bien, de modo más matizado y sin llegar a aludir expresamente al Derecho dispositivo, se afirma que estos principios son «como formas de la forma social elegida por los fundadores» anteriores al Derecho imperativo que, aunque se deducen del Derecho imperativo, no se funden (confundiéndose) con el mismo³². Frente a la comprensión institucionalista de los tipos sociales, el sector doctrinal que estimamos más atendible ha demostrado sobradamente la contestabilidad de dicho paradigma poniendo de manifiesto, desde la perspectiva contractual, que los principios configuradores del tipo y el Derecho imperativo no pueden constituir límites diferentes, con lo que no hay razón alguna que justifique su invocación normativa en sede de configuración estatutaria de (cualesquiera) tipos sociales (arts. 7.2.º LODA, 10 LSA y 12.3.º LSL)³³.

Los tipos sociales, en efecto, no poseen valor por sí mismos porque el Derecho de sociedades ha de concebirse como el ordenamiento (funcionalmente neutral) de las diferentes técnicas de organización de personas puestas a disposición de los particulares para conseguir una finalidad común. Las formas sociales (y no los principios jurídicos previos que las informan) son *moldes* que el Legislador ofrece para que, dentro del marco imperativo (de mínimos) diseñado, los individuos puedan articular negocialmente el tipo de sociedad más acorde con sus intereses. Así las cosas, debe concluirse que los principios configuradores del tipo no son más que una reminiscencia normativa de la superada doctrina de las bases esenciales de la sociedad y, como tal, a través suyo pretende erradamente configurar la esencia de la forma social (cualquiera que sea la delimitación de su contenido) como una especie de cláusula general (deducida del Derecho dispositivo o que no se funde con el Derecho imperativo pero que nunca se concreta) omnicompreensiva de hipotéticas vulneraciones del tipo social al margen de la infracción de normas imperativas concretas.

b) Por lo que se refiere a la compatibilidad de la imposición de la regla de *democracia interna* (art. 2.5.º LODA) con la flexibilidad organizativa que demanda la comprensión contractual del tipo, debe advertirse que el Legislador Orgánico, siguiendo lo previsto en homólogas disposiciones autonómicas (arts. 2.4.º LPV y 2.2.º LC), parece haber utilizado la habilitación que le concedió el Tribunal Constitucional en la STC 173/1998, para otorgar un espaldarazo definitivo a la adecuación de dicho principio con el contenido esencial del derecho fundamental. En aquella ocasión, en efecto, se declaró la inconstitucionalidad de la previsión vasca de democracia interna por invasión competencial, difiriendo su compatibilidad material con el derecho fundamental de asociación a un futuro desarrollo orgánico. De esta forma, el Tribunal negó la competencia de un Legislador autonómico,

RUBIO/DÍAZ MORENO; en (URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, Dirs); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, artículo 12 de la LSL, págs. 338-375, especialmente pág. 372; EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ; «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital»; *RdS*, 7 (1996), págs. 11 y ss, especialmente págs. 22-23.

³¹ Así, por ejemplo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ/VIGUERA RUBIO/DÍAZ MORENO; *Comentario*, págs. 371-375.

³² Así, por ejemplo, MASSAGUER; «La autonomía privada», pág. 12.968; ÁVILA DE TORRE; *La modificación de estatutos de la Sociedad Anónima*, Valencia, 2001, pág. 115, con ulteriores referencias.

³³ *Vid.* para una crítica a la institucionalización del Derecho de sociedades, entre nosotros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*, págs. 18-20 y 190 y ss., especialmente págs. 201-209 y ss, y págs. 235 y ss.; PAZ-ARES; en *Tratando SL*, págs. 159 y ss., especialmente págs. 168 y ss., 192 y ss.; PERDICES; *Cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones y participaciones sociales*; Madrid, 1997, págs. 28-30; ALFARO ÁGUILA-REAL; *Interés social y derecho de suscripción preferente*; Madrid, 1995, págs. 21-29; CAMPINS; *La Sociedad profesional*, págs. 115-116 y 129-130; de la misma autora, «Derogación singular de los estatutos sociales», *RDM*, 242 (2001), págs. 1.685 y ss.

en tanto que Legislador ordinario, para pronunciarse sobre la concreción de un modelo de organización y funcionamiento interno porque, desde la perspectiva del principio de competencia, pertenece al ámbito reservado a la ley orgánica decidir si las asociaciones deben organizarse y funcionar democráticamente o, por el contrario, los estatutos de la asociación pueden establecer libremente otros modos de organización y funcionamiento ³⁴.

A pesar de la habilitación que esta Sentencia concedió al Legislador Orgánico para pronunciarse sobre la exigencia de organización y funcionamiento interno democrático en el ámbito del desarrollo del derecho fundamental, resulta muy discutible que en ausencia de tal previsión en la Constitución, el Legislador Orgánico pueda suprimir una de las facetas en las que se concreta el contenido esencial del derecho de asociación eligiendo una (la democrática) de entre todas las formas de organización posibles y generalizadamente para todos los tipos de asociaciones susceptibles de ampararse en el ámbito de aplicación del derecho fundamental, por más que del modelo democrático quepan diversas concreciones. Las consideraciones críticas que cabe formular al respecto pueden, a nuestro juicio, ordenarse como sigue:

- (i) En primer lugar, debe resaltarse que, como se ha señalado pacíficamente por la doctrina científica y constitucional, el contenido esencial de un derecho fundamental resulta indisponible para el propio Legislador Orgánico, que podrá desarrollar las diversas facultades en las que se descompone el derecho pero nunca suprimirlas hasta dejarlas vacías de contenido. Así, la facultad del Legislador de restringir el ejercicio de derechos fundamentales en atención a otros bienes con relevancia constitucional, está sometida a ciertos límites tanto de carácter formal (reserva de ley orgánica) como de carácter material. En concreto, la limitación ha de ser cierta y previsible, al objeto de que la ley no pierda su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe. En segundo lugar, la limitación ha de ser proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental ³⁵.

La labor del Legislador Orgánico debe consistir, en este sentido, en completar la obra del constituyente y parece evidente que, si en atención a sus fines la Constitución exige expresamente (y por tanto especializadamente) la democracia interna en determinadas modalidades asociativas (partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, colegios

³⁴ Vid. STC 173/1998, F.J. 12 b. Vid. sobre la misma, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA; *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Madrid, 1999, págs. 37 y ss.; GERPE LANDÍN/FERNÁNDEZ FRUTOS/MATEU VILASECA/RODRÍGUEZ SANTAMARÍA/VALLÉS VIVES; «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions (Comentari de la STC 173/1998, de 23 de juliol, sobre la Llei basca d'associacions)», *RJC*, junio (1999), págs. 7.165 y ss. PÉREZ ESCALONA; «Las fuentes del derecho de asociación (Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio)»; *RCDI*, 659 (2000), págs. 1.979 y ss.

³⁵ Vid., por ejemplo, STC 292/2000, de 30 de noviembre. Vid., para la precisión del concepto de desarrollo directo del derecho fundamental, dentro de la amplia bibliografía existente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*; Madrid, 1981, págs. 51 y ss.; DE OTTO; «Los Derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RVAP*, 1987, págs. 53 y ss.; PEMÁN GAVÍN; «Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho», en AA. VV.; *Estudios en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*; Vol. I, págs. 161 y ss. CRUZ VILLALÓN; «El Legislador de los derechos fundamentales» en AA. VV. (LÓPEZ PINA, Dir); *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, págs. 125 y ss.

profesionales y asociaciones profesionales de jueces y magistrados) es porque en el ámbito del reconocimiento genérico del derecho de asociación, la organización y el funcionamiento interno democrático no forma parte del contenido esencial del derecho (*arg. ex arts. 6, 7, 36, 52 y 127.1.º CE*)³⁶.

Las razones por las que el constituyente impuso la democracia interna como regla de organización y funcionamiento interno en determinadas modalidades organizativas residen, así, o bien en la trascendencia pública de las funciones que cumplen, o bien en la adscripción obligatoria de los socios, que impide que estos tengan la facultad de crear una agrupación con una finalidad idéntica. Esas razones, justifican la exigencia de democracia interna en tipos concretos de asociaciones y por ello, precisamente, no puede extenderse indiscriminadamente a la totalidad del género asociativo incluso contra la voluntad de todos los asociados³⁷.

Como sostiene la doctrina más atendible, las reglas y valores democráticos (principio mayoritario, sufragio universal, renovación periódica de dirigentes, derechos de las minorías, participación y control de los órganos de dirección, etc.), constituyen la manifestación de un principio político de ordenación propio de los poderes públicos, que no pueden imponerse a todas las organizaciones sociales, cualesquiera que sean sus fines. Esa exigencia de democracia indiscriminada, paradójicamente, resulta contraria a los valores que integran el concepto de pluralismo al vaciar el contenido de la libertad de los individuos para «asociarse a su gusto y no al de la mayoría»³⁸. Resulta perturbador imponer que los estatutos de todas las asociaciones sin distinción –con independencia de su relevancia o interés público– sean democráticos porque, como ha sido certeramente afirmado, «estamos hablando de asociacionismo privado, esto es, de núcleos asociativos ilimitadamente repetibles»³⁹. Así, mientras que poder público solo hay uno, asociaciones hay muchas y, por ello, quien no esté de acuerdo con sistemas de organización y funcionamiento interno no democráticos siempre pueden fundar otra asociación con idénticos fines y estatutos más democráticos.

Con todo, no puede desdeñarse que la viabilidad del argumento *a contrario* que es posible sostener de la imposición constitucional de la democracia interna en determinadas modalidades agrupacionales encierra, en el fondo, un problema de perspectiva: lo importante, como se ha ocupado de demostrar la reflexión del Derecho de sociedades desde el paradigma contractual, no es tanto que el Legislador fije una determinada forma de organización y funcionamiento

³⁶ Con todo, debe señalarse que la STC 173/1998 sobre la LPV operó un salto cualitativo al incluir dentro del desarrollo genérico del derecho de asociación una cuarta dimensión *inter privatos* que garantizan un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen (F.J. 8.º). Con anterioridad, el Tribunal Constitucional había referido esta cuarta dimensión del derecho fundamental específicamente (y por tanto ha de entenderse que especializadamente) a los partidos políticos. Así, por ejemplo, la STC 56/1995, F.J. 3. C.

³⁷ *Vid.*, la STC 48/2003, F.J. 6.º y STC 89/1989, F.J. 9.º.

³⁸ Así, SALVADOR CODERCH; en (SALVADOR CODERCH, Coord); *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*; Madrid, 1997, págs. 14-15; BILBAO UBILLOS; *Libertad de asociación y derechos de los socios*; Valladolid, 1997, págs. 12-27, especialmente págs. 12-13; GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Derecho de asociación. Comentario LODA*, págs. 127 y ss., especialmente págs. 129 y ss.; ELVIRA PERALES; «Asociaciones y democracia interna», en AA.VV.; *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, Madrid, 2002, págs. 607 y ss; GÓMEZ MONTORO; *Asociación, Constitución, Ley. (Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación)*; Madrid, 2005, págs. 174-177.

³⁹ Cfr., BERMEJO VERA; «La dimensión constitucional del derecho de asociación»; *RAP*, 136 (1995), págs. 119-148, pág. 140.

como que la doctrina piense, sin hacer cuestión del supuesto, que goza de imperatividad. De hecho, aun cuando la crítica a la acogida normativa de la democracia interna goza de sustanciales apoyos doctrinales, en la retaguardia de esas reflexiones siempre se detecta un incomprensible convencimiento apriorístico en la imperatividad de la norma. La razón de esta forma de pensar debe buscarse, nuevamente, en la función directora y no facilitadora de la voluntad de las partes que los intérpretes asignan, precomprensivamente, a las leyes de este tipo social por su aislamiento respecto de la doctrina del Derecho de sociedades.

- (ii) En segundo lugar, el Legislador parece ser consciente del exceso que supone la imposición de democracia interna en todas las asociaciones al parecer excluir, *a contrario*, a las asociaciones religiosas. Así, el artículo 1.3.º delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la LODA disponiendo que «se regirán por su legislación específica los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales, las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, las federaciones deportivas, las asociaciones de consumidores y usuarios, así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales. Las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos como las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se regirán por lo dispuesto en los Tratados internacionales y en las Leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la presente ley orgánica». La disposición final 2.ª de la LODA establece que «excepto aquellos preceptos que tienen rango de ley orgánica, la presente ley tiene carácter supletorio respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones, o que incidan en el ámbito del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la CE, sin perjuicio de la competencias de las Comunidades Autónomas». Finalmente, la disposición final 1.ª 1 dispone el rango orgánico del artículo 2.

Con esta regulación, la delimitación legal de la disciplina aplicable a las asociaciones religiosas puede interpretarse, en principio, de dos formas absolutamente contradictorias y ninguna de ellas a salvo de críticas. La *primera interpretación* consiste en afirmar que el Legislador prevé que las asociaciones religiosas se rijan, primeramente, por su Legislación específica y, supletoriamente, por la ley orgánica, salvo en lo que tenga rango orgánico, esto es, salvo en la imposición de democracia interna. De esta forma, puede interpretarse que el Legislador Orgánico excluye la aplicación del requisito de democracia interna a las asociaciones religiosas que no devendrá aplicable ni siquiera supletoriamente.

La *segunda interpretación* consiste en afirmar, por el contrario, que las asociaciones religiosas se rigen, en primer término, por su Legislación específica y por los preceptos que tengan rango orgánico de la ley y, supletoriamente, por los preceptos de la ley que no tengan rango orgánico. Lo cual conlleva, obviamente, que si la Legislación específica de asociaciones religiosas no prevé —como naturalmente no hace⁴⁰— la imposición de democracia interna, dicha previsión será exigible en virtud del carácter orgánico del artículo 2 de la LODA, con la probable excepción de las Iglesias y comunidades religiosas que no son asociaciones y, por tanto, no se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la ley.

El problema reside, no obstante, en que ninguna de estas interpretaciones está a salvo de graves objeciones.

⁴⁰ Vid. artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

La *primera de las interpretaciones* expuestas resulta criticable, *en primer lugar*, desde la perspectiva del principio de distribución de competencias en la medida en que si un Legislador autonómico, en tanto que Legislador ordinario, no puede pronunciarse sobre este extremo, no parece admisible que el Legislador Orgánico se encuentre habilitado para diferir la determinación del régimen de organización y funcionamiento interno a la Legislación específica de tipos asociativos concretos, que es también Legislación ordinaria. *En segundo término*, no se comprende por qué al Legislador Orgánico le parece un exceso imponer la democracia interna en las asociaciones religiosas y no, por ejemplo, en las asociaciones ideológicas. Parece evidente, en este sentido, que el artículo 1.3.º de la LODA podría haber establecido directamente una excepción a la regla impuesta en el primer párrafo afirmando, simplemente, que el requisito de democracia interna no se exigirá a las asociaciones cuyos fines sean religiosos, pero previsiblemente no lo ha hecho así porque, en tal caso, la norma sería inconstitucional, esta vez, por contraria al principio de igualdad en la medida en que carece de racionalidad otorgar un privilegio semejante a las asociaciones religiosas y no extenderlo a las ideológicas. *En tercer lugar*, conviene llamar la atención en el hecho de que la LODA alude específicamente a las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, lo que parece dejar fuera de esta interpretación a las asociaciones constituidas por individuos para fines exclusivamente religiosos y a las asociaciones en las que es la fe común lo que mueve a la constitución de la asociación, pero con una finalidad distinta o accesorio de la expresión en común de su fe religiosa. *Finalmente*, parece evidente que el requisito de una ley que excluya a la asociación de cumplir con el principio de democracia interna constituye un desarrollo extraordinariamente restrictivo del derecho de asociación, lo que choca con la configuración de este derecho como derecho de libertad y no de carácter prestacional. En efecto, como afirma el propio Tribunal Constitucional «...no hay fundamento alguno que autorice a entender que el derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la CE esté investido ya, *ex Constitutione* de una dimensión prestacional, en virtud de la cual las asociaciones puedan exigir del Estado que desarrolle cierta actividad (...) al objeto de facilitar el cumplimiento de los fines perseguidos por las mismas...»⁴¹.

Si se admite la segunda interpretación, por el contrario, lo que resulta difícil es justificar por qué el Legislador diseña expresamente este complicado «encaje de bolillos» a la hora de delimitar la disciplina aplicable a las asociaciones religiosas si su plan consiste, justamente, en aplicarles los mismos principios imperativos de constitución que al resto de las asociaciones. Por último, la imposición de democracia interna en los genéricos términos previstos por los Legisladores de asociaciones vulnera la necesidad de concreción legislativa de las medidas en que debe traducirse dicho principio exigida por la doctrina del Tribunal Constitucional⁴².

⁴¹ ATC 162/1995, F.J. 4.º. En los derechos de libertad (frente a los poderes públicos) la plenitud de su ejercicio descansa, precisamente, en la ausencia de un excesivo intervencionismo administrativo. Por ello, parece razonable sostener que, en esta clase de derechos, el desarrollo del derecho coincide con las competencias del Estado para definir las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho. *Vid.* al respecto, PÉREZ ESCALONA; «Las fuentes del derecho de asociación», págs. 1.986-1.989.

⁴² *Vid.* al respecto, STC 56/1995, de 6 de marzo, (F.J. 3.º). La indefinición de las medidas en que debe traducirse el principio de democracia interna ha provocado que, por ejemplo, se identifique este principio con la imposibilidad de acordar

3. Teoría de la publicidad de la asociación *versus* teoría contractual.

A pesar de que en la actualidad resulte indiscutible que, con carácter previo a la inscripción en el Registro la asociación ya es una persona jurídica, esta fue una cuestión particularmente controvertida en los primeros años que siguieron a la promulgación de la Constitución. Lo insólito de la controversia radica, a nuestro juicio, en el hecho de que en su formulación los términos de la discusión doctrinal se plantearon sin tener en cuenta que la cuestión del nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades llevaba largo tiempo discutiéndose en Derecho de sociedades. La doctrina que se ocupó del nacimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones, en efecto, desvinculando absolutamente el estudio del problema del análisis en el Derecho de sociedades, se dividió entre los autores partidarios de la eficacia meramente declarativa de la inscripción registral y los autores partidarios de dotar a la inscripción registral de una eficacia constitutiva de la personalidad jurídica.

Así, un sector doctrinal afirmó que la dicción literal del precepto constitucional daba pie para entender que la eficacia de la inscripción registral debía considerarse, en todo caso, declarativa de la asociación surgida del mero acuerdo de voluntades del que emanaba directamente la personalidad jurídica de la agrupación. Esta orientación –que tuvo el mérito de criticar certeramente el intervencionismo administrativo que caracterizaba el régimen jurídico preconstitucional del derecho de asociación– fue prontamente acogida por el Tribunal Supremo al afirmar que el artículo 22.3 de la CE posee la significación de consagrar que «la personalidad jurídica se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores»⁴³.

Para otro grupo de autores, el precepto constitucional lo que consagra es que el ejercicio del derecho es previo a cualquier registro público y se ejerce (al margen del mismo) con libertad absoluta. Pero que el ejercicio del derecho de asociación sea libre no conlleva, según esta opinión, que la asociación constituida goce de personalidad jurídica con carácter previo a la inscripción. Por el contrario, la publicidad es precisamente lo que consagra a la asociación como algo distinto de los individuos que la componen. Por tanto, antes de la inscripción la asociación existirá, pero sin ningún tipo de personalidad jurídica, aunque los autores se vieran forzados a reconocer una cierta subjetividad de la asociación no inscrita para actuar en el tráfico⁴⁴.

El notable esfuerzo de clarificación llevado a cabo por los estudiosos del Derecho de sociedades en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular y, concretamente, la confirmación de que las sociedades capitalistas poseen una personalidad jurídica básica o general con anterioridad

estatutariamente la creación de órganos de gobierno adicionales a la Asamblea General y a la Junta Directiva. Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, de 18 de abril de 2002.

⁴³ Vid. al respecto, MARÍN LÓPEZ; «Sobre la Ley vasca de asociaciones: reparto competencial y principios generales»; *RJ Castilla-La Mancha*, 16 (1992), págs. 121-153, especialmente págs. 147-150; MONTILLA MARTOS; «La inscripción registral de las asociaciones en la Constitución»; *REPol*, 92 (1996), págs. 175 y ss., especialmente págs. 200 y 204; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA; *Igualdad y autonomía*, págs. 124-128.

⁴⁴ Así, por todos, DE SALAS MURILLO; *Las asociaciones sin ánimo de lucro en Derecho español*, Tesis Doctoral, Madrid, 1999, págs. 688 y ss.

a la inscripción, ya había puesto sobradamente de manifiesto que los efectos de la falta de inscripción no pueden abordarse bajo la perspectiva de la falta o limitación de (al menos un grado mínimo de) personalidad jurídica⁴⁵. No parece exagerado concluir, en este sentido, que la discusión doctrinal expuesta en torno a la adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones hubiera podido obviarse con solo incardinar a la asociación en el ámbito del Derecho privado contractual –Derecho de sociedades– que le es propio.

Con la entrada en vigor de la LODA, aunque ningún autor parece poner en duda que la personalidad jurídica surge con anterioridad a la inscripción, la desconexión con el Derecho de sociedades pervive, curiosamente, a la hora de analizar los efectos que provoca la falta de inscripción en materia de responsabilidad de los asociados y, por tanto, de separación patrimonial como contenido de dicha personalidad jurídica. Si hay personalidad jurídica con anterioridad a la inscripción, se viene a decir, no se comprende por qué el Legislador agrava la responsabilidad de los asociados no actuantes (art. 10.4.º LODA)⁴⁶.

Como vamos a ver seguidamente, ello es consecuencia de que los autores continúan arrastrando, por desgracia, el prejuicio de vincular el surgimiento de la personalidad jurídica a alguna forma de publicidad, que si no puede ser la otorgada por la inscripción, lo será la otorgada por la formalización del acta de constitución de la asociación. En las páginas que siguen trataremos de argumentar que resulta más razonable interpretar que el Legislador Orgánico, en su artículo 10, acoge las tres piezas básicas en las que se descompone la doctrina de la irregularidad societaria y que la responsabilidad agravada no se extiende a todos los asociados sino solo a los actuantes. A nuestro juicio, la ausencia de limitación en la responsabilidad de los asociados no actuantes (confusión patrimonial) resulta sorprendente antes que poner en cuestión el momento del nacimiento de la personalidad jurídica, porque ignora que ni siquiera allí donde la inscripción es constitutiva, la limitación de la responsabilidad de los socios requiere de la publicidad registral para que sea válida frente a terceros (art. 15.2.º LSA).

III. LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES ANTES Y DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN

La ausencia de carácter constitutivo de la inscripción registral tiene importantes consecuencias a la hora de determinar el régimen jurídico de la responsabilidad de las asociaciones anterior y posterior a la inscripción. Con la inscripción, el Derecho de asociaciones dispone que la asociación responderá con todo su patrimonio por las deudas sociales (arts. 15.1.º LODA y 1.911 Cc).

Además, el Derecho de asociaciones configura la limitación de la responsabilidad de los asociados en las asociaciones inscritas disponiendo que «no responden personalmente por las deudas de

⁴⁵ *Vid. supra* notas núms. 3 y 4.

⁴⁶ Así, JIMÉNEZ MUÑOZ; «Unas notas en torno a la asociación», pág. 2.172; ARGUDO PÉRIZ; «Ley Orgánica del derecho de asociación», págs. 190-191; GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Comentario LOA*, págs. 215-217.

la asociación» (art. 15.2.º LODA). Obviamente, la racionalidad de la limitación de la responsabilidad de los asociados se justifica en la propia índole corporativa de la estructura del tipo asociación en nuestro Derecho, y de la misma forma que en las sociedades personalistas se configura la responsabilidad de los socios de forma ilimitada (y subsidiaria) con carácter imperativo frente a terceros (arts. 1.698 Cc y 127 Ccom), idéntica consecuencia de imposibilidad de derogación por las partes en la esfera externa se produce respecto a la limitación de responsabilidad (subsidiaria) de los asociados hasta la cantidad que se hubiesen comprometido a aportar⁴⁷.

En ausencia de inscripción, el Legislador sostiene el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica no inscrita (art. 5.2.º LODA), la validez de sus relaciones externas (arts. 10.2.º y 3.º LODA) y la responsabilidad solidaria de los administradores o gestores, como responsabilidad añadida a la de la propia entidad (art. 10.4.º LODA)⁴⁸.

Se acoge así, por ello, un régimen jurídico de responsabilidad para la asociación no inscrita fundamentado en el *mantenimiento del tipo social* elegido por las partes con dos modificaciones sustanciales en el ámbito de las relaciones entre la asociación no inscrita y los terceros: la responsabilidad solidaria adicional (y no sustitutiva) de los que actúen en nombre de la asociación (art. 10.4.º LODA) y la inoponibilidad a terceros de las cláusulas estatutarias que se desvíen del Derecho dispositivo (art. 10.2.º LODA).

Con todo, la Legislación de asociaciones no deja claro el régimen de responsabilidad de los asociados en las asociaciones no inscritas.

Así, el artículo 11 de la LPV dispone que «la falta de inscripción de una asociación en el Registro *por causa imputable a la misma* determinará su responsabilidad y la *solidaria de todos sus miembros* por las obligaciones contraídas con terceros por cualquiera de los asociados que hubiera manifestado actuar en nombre de la colectividad. En todo caso, esta responsabilidad solidaria se aplicará a los promotores o fundadores de la asociación y a quienes hubieren entablado cualquier relación jurídica con terceros atribuyéndose la representación de la asociación». El artículo 10.4.º de la LODA, por su parte, establece que «sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responderán personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. *En tal caso, los asociados responderán solidariamente* por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, *siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación*». La Exposición de Motivos del Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones (RRNA) afirma que «(el) carácter meramente declarativo de la inscripción registral no es obstáculo para que la ley orgánica reconozca a esta inscripción efectos sobre el régimen de responsabilidad de las asociaciones. De este modo, el artículo 15 de la LODA establece que los asociados no

⁴⁷ Vid. al respecto, PAZ-ARES; *Comentario Cc*, artículo 1.698 Cc, págs. 1.481 y ss., especialmente págs. 1.482-1.483. Del mismo autor, en URÍA/MENÉNDEZ; *Curso de Derecho Mercantil I*, págs. 629-630.

⁴⁸ El Legislador de asociaciones acoge, así, las tres piezas básicas en las que se descompone la doctrina de la irregularidad societaria. Vid. al respecto, PAZ-ARES; *Curso I*, págs. 515-522. Ampliamente también, SÁEZ LACAUE; *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, 2001, págs. 103-104, 147, 311-312 y 405-407.

responden personalmente de las deudas de la asociación inscrita, *mientras que el artículo 10 reconoce la responsabilidad de promotores y asociados en el caso de asociaciones no inscritas sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación*». Sin embargo, la LC configura la responsabilidad en la asociación no inscrita sin aludir a la responsabilidad de los asociados al prever que «*quienes actúen en nombre de una asociación no inscrita responden personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceras personas por parte de cualquiera de sus asociados o asociadas que hayan manifestado actuar en nombre de la colectividad. En todo caso, esta responsabilidad solidaria debe aplicarse a los promotores o fundadores de la asociación y a aquellos que hayan establecido cualquier relación jurídica con terceras personas atribuyéndose la representación de la asociación*». Al margen, establece la responsabilidad de la propia entidad por los actos indispensables para su constitución y por los realizados por los fundadores para la fase anterior a la inscripción y limita la responsabilidad agravada de los actuantes cesándola «*si la inscripción se solicita dentro del año posterior a la constitución de la asociación y acepta las obligaciones resultantes en el plazo de los tres meses posteriores a la inscripción*» (art. 11 LC).

De la lectura de estos preceptos se desprende que, en ausencia de inscripción existe coincidencia a la hora de contemplar la responsabilidad de la entidad, la personal y solidaria (subsidiaria) de los actuantes, así como la de los promotores en idénticos términos, por las obligaciones contraídas frente a terceros, imponiéndoles a los promotores, además, el deber de realizar las actuaciones que sean precisas para la inscripción. Las discrepancias surgen, no obstante, a la hora de disciplinar la responsabilidad de los asociados no actuantes en las asociaciones no inscritas. Así, el Legislador vasco extiende la ilimitación de la responsabilidad a todos los asociados siempre que la falta de inscripción se produzca *por causa imputable a la misma*, sin suministrar criterios que permitan concretar en qué momento se presume la voluntad rebelde hacia la inscripción. El Legislador catalán, por su parte, omite pronunciarse sobre la responsabilidad de los asociados que no sean actuantes o promotores de la asociación, imponiendo la cesación de su responsabilidad agravada si la inscripción de la asociación se solicita dentro del año posterior a la constitución y la entidad acepta las obligaciones resultantes en el plazo de los tres meses posteriores a la inscripción. Finalmente, el Legislador Orgánico no deja claro si la responsabilidad personal y solidaria se contrae a los asociados actuantes que no sean promotores o, por el contrario, se extiende a todos los asociados sin distinción, tal y como afirma sin ambages (y sin cobertura legal suficiente) el Reglamento del Registro.

A nuestro juicio, supeditar la limitación de la responsabilidad de los asociados al control registral no resulta coherente con la ausencia de carácter constitutivo de la inscripción registral. Pero además, debe tenerse presente que ni siquiera allí donde la inscripción es constitutiva, la limitación de la responsabilidad requiere de la publicidad registral para que sea válida frente a terceros (art. 15.2.º LSA)⁴⁹. La limitación de la responsabilidad a la aportación en ausencia de inscripción para los aso-

⁴⁹ Vid. al respecto, SÁEZ LACAVE; *La sociedad mercantil en formación*, págs. 210 y ss. No se nos escapa, no obstante, que un sector doctrinal se ha mostrado severamente crítico con la consagración de un régimen de responsabilidad limitada para el socio de una sociedad en formación *ex* artículo 15.2.º de la LSA. Vid. al respecto, por ejemplo, PINO ABAD; *La sociedad de capital no inscrita. La sociedad en formación y la sociedad irregular*; Madrid/Barcelona, 1999, pág. 195; GARCÍA CRUCES; *La sociedad de capital en formación*; Pamplona, 1996, pág. 163; CABANAS/BORNADÉLL; *Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico*; Barcelona, 1997, págs. 63-65.

ciados no actuantes es, a la postre, la solución que mejor se compadece con las expectativas normativas de quienes consienten el tipo social asociación en el contrato ⁵⁰.

Por otra parte, dado que la inscripción no constituye una exigencia fundacional del tipo, la ausencia de inscripción puede prolongarse indefinidamente (con las únicas consecuencias de agravamiento de la responsabilidad de los actuantes y de inoponibilidad a terceros de los pactos entre los socios que se aparten de la ordenación dispositiva). Agravar la responsabilidad de los asociados no actuantes cuando la falta de inscripción se produzca por voluntad de la asociación, como hace el Legislador vasco, carece de sentido porque si la inscripción no es obligatoria no puede haber transitoriedad en su falta ni, en consecuencia, la transformación por frustración del tipo (debido al incumplimiento de las exigencias fundacionales) propia de las sociedades corporativas de capital (art. 16 LSA) ⁵¹.

IV. CONCLUSIONES

- 1.^a La adquisición de la personalidad jurídica por parte de la asociación no presenta ninguna particularidad significativa que la aisle (u obligue a introducir peculiaridades normativas al respecto) del Derecho de sociedades. Así, a pesar de que la LODA establezca que con el otorgamiento del acta fundacional adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción (art. 5.2.º LODA) a los solos efectos de publicidad (arts. 10.1.º LODA y 22.3.º CE), no ofrece dudas que es la celebración del acuerdo constitutivo (acuerdo de voluntades) la que origina (dimensión

⁵⁰ Así se entiende unánimemente en Alemania a pesar de que, de acuerdo con el parágrafo 54 BGB, los asociados de las asociaciones no inscritas (parágrafo 21 BGB) responden personalmente de las deudas sociales. La superación del tenor literal de esta norma se ha producido sobre la base de una ficción: se entiende que el apoderamiento de la Junta se otorga por los fundadores para comprometer el patrimonio social y no el privado de los socios y ello porque la asociación no inscrita se encuentra más próxima de la asociación inscrita que de la sociedad civil. De hecho, si el Legislador sometió a la asociación no inscrita a las disposiciones referentes a la sociedad civil fue para inducir a las asociaciones a que procurasen adquirir la capacidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de asociaciones. Con ello pretendía el legislador hacer posible el control político administrativo sobre todas las entidades asociativas. Dado que la mayoría de los preceptos del Derecho de sociedades tienen carácter dispositivo y pueden ser excluidos por los estatutos, se admite pacíficamente que todos los preceptos del Derecho de sociedades que se opongan al tipo estructural de la asociación no inscrita sean excluidos tácitamente por los estatutos de la asociación. En su lugar se aplican analógicamente las disposiciones legales vigentes para las asociaciones inscritas con excepción de aquellas que presuponen la inscripción. Así, la asociación no inscrita se constituye típicamente, al igual que la asociación inscrita, para un fin de carácter permanente con independencia del cambio de miembros. Asimismo, se trata usualmente de una asociación de estatuto y la propia Junta Directiva es órgano de la asociación y no solo, como el socio gestor de negocios de la sociedad civil, representante de los demás socios. Al margen del argumento de la ficción, ha de tenerse en cuenta que en las asociaciones sin finalidad económica, que por lo regular no realizan negocios de gran volumen, la responsabilidad ilimitada de los socios se opondría a las esperanzas de los socios que ingresan, dado que nadie supone en las relaciones del tráfico una responsabilidad ilimitada de los socios en una asociación de tales características. *Id.*, al respecto, HABSCHIED; «Der nicht rechtsfähige Verein Zwischen juristischer Person und Gesellschaft»; *AcP*, 155 (1956), págs. 376-419, especialmente, 405 y ss.; REUTER; *Münchener Kommentar*, parágrafo 54, RdNr. 26 y ss., págs. 600 y ss.; del mismo autor, «Vereins- und Genossenschaftsrecht», págs. 391-393; KÜBLER (trad. esp); *Derecho de Sociedades*, págs. 232-233.

⁵¹ *Id.* al respecto, por todos, SÁEZ LACAPE; *La sociedad en formación*, págs. 401 y ss.

organizativa) el nacimiento de la personalidad jurídica y no su ulterior formalización que solo provocará su oponibilidad a la asociación en caso de inscripción (arts. 10.2.º LODA, 7.1.2.º LSA y 11.2.º LSL).

- 2.^a La incardinación del Derecho de asociaciones en el Derecho de sociedades permite superar la idea de que el régimen diseñado para las asociaciones en los textos normativos es imperativo por defecto, posibilitando su estudio dentro del paradigma contractual del Derecho de sociedades. Conforme a este paradigma, la asociación es un contrato (un nexo de contratos) y, como tal, forzosamente reclama un generoso reconocimiento del principio de autonomía privada que se traduce en el carácter esencialmente dispositivo de su regulación y, por tanto, en la fijación de un marco normativo de mínimos dentro del cual los socios gozan de una amplia autonomía para adaptar la estructura del tipo a sus necesidades a través de los estatutos.
- 3.^a Supeditar la limitación de la responsabilidad de los asociados al control registral no resulta coherente con la ausencia de carácter constitutivo de la inscripción. La limitación de la responsabilidad a la aportación en ausencia de inscripción para los asociados no actuantes es, a la postre, la solución que mejor se compadece con las expectativas normativas de quienes consienten el tipo social asociación en el contrato.