

APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

Asociaciones y Fundaciones

XI JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

SERVICIO DE PUBLICACIONES
DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

**XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho
Civil Alicante, 27 a 29 de mayo de 2004**

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

Alicante, 27 a 29 de mayo de 2004

SERVICIO DE PUBLICACIONES

UNIVERSIDAD DE MURCIA

2005

CES. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Asociaciones y Fundaciones

1ª Edición, 2005

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

© 2005

ISBN: 84-8371-558-9

Depósito Legal: MU-1684-2005

Impreso en España – Printed in Spain

Imprime: F.G. GRAF S.L.
fggraf@ono.com

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN.....	9
-------------------	---

PONENCIAS

PERSONALIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES <i>Juan José Marín López</i>	13
FRAGMENTOS DE UN ESTUDIO SOBRE LAS FUNDACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL, DESPUES DE LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE <i>Vicente Luis Montés Penadés</i>	161

COMUNICACIONES

LA FINALIDAD FUNDACIONAL Y LA DESTINACIÓN DE LOS INGRESOS COMO GARANTES DEL INTERÉS GENERAL DE LA FUNDACIÓN <i>Immaculada Barral Viñals</i>	237
FUNDACIÓN, SOCIEDADES Y PATRIMONIO FAMILIAR <i>María Paz García Rubio y Belén Trigo García</i>	249

<p>LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACIÓN: CONTENIDO MÍNIMO Y MODIFICACIÓN (APROXIMACIÓN DESDE LA LEGISLACIÓN CATALANA)</p> <p><i>M^e Dolores Gramunt Fombuena</i></p>	261
<p>FUNDACIONES CON ACTIVIDAD ECONÓMICA Y RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS</p> <p><i>M^e Rosa Llácer Matacás</i></p>	271
<p>FUNDACIONES, ACTIVIDADES MERCANTILES E IMPUESTO DE SOCIEDADES: Algunas reflexiones a propósito de las leyes 49/2002 y 50/2002</p> <p><i>Alicia Real Pérez</i></p>	281
<p>ACERCA DEL SISTEMA PREVISTO EN EL ART. 15 LODA.</p> <p><i>Sofía de Salas Murillo</i></p>	289
<p>LA SEPARACIÓN VOLUNTARIA DEL SOCIO EN LAS ASOCIACIONES</p> <p><i>Jorge Sirvent García</i></p>	303

PRESENTACIÓN

El presente libro es fruto de las XI Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, celebradas en Alicante, en el mes de mayo de 2004. Como viene siendo habitual, la APDC se reúne, desde su constitución en 1988, para cumplir con uno de sus fines fundamentales, como es el fomento del estudio y la investigación del Derecho civil. En esta ocasión, el tema seleccionado fue el de Asociaciones y Fundaciones. La oportunidad de este estudio radica, por un lado, en el indudable interés que tiene esta materia, ya clásica, en nuestra disciplina, pero, sobre todo, en la aparición en un lapso de tiempo muy corto de la tan esperada Ley Orgánica 1/2002, de 22 de mayo, de Asociaciones, y de la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Las ponencias, como no podría ser de otra manera, corrieron a cargo de autores de la altura científica del Dr. D. Juan José Marín López, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, y del Dr. D. Vicente L. Montés Penadés, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia. En la primera de ellas, «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones», el profesor Marín López realiza un minucioso estudio de dos aspectos fundamentales en el régimen de las asociaciones, como son la adquisición de la personalidad y la responsabilidad civil de la asociación —y de los asociados—. Se trata de cuestiones en las que existía una parca regulación y un encendido debate doctrinal, y sobre las que ahora

se pronuncia la LODA. La segunda ponencia se titula «Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre». En ella, el profesor Montés Penadés realiza una relectura de aspectos puntuales y concretos, con base en las modificaciones legislativas o en la doctrina jurisprudencial, que nos permite, no obstante, obtener un panorama del «estado de la cuestión» en materia de fundaciones tras la Ley 50/2002.

Como novedad, en esta edición se presentaron por parte de algunos de nuestros asociados comunicaciones sobre el tema objeto de debate y estudio en esta jornadas. Con ellas se pretende incidir aún más y desmenuzar aspectos conflictivos de las nuevas Leyes de Asociaciones y Fundaciones, como pueden ser la separación voluntaria del socio en las asociaciones, los estatutos de la fundación o el tratamiento, desde distintos puntos de vista, de las actividades económicas que realizan las fundaciones, entre otros. En el análisis de las distintas cuestiones es de destacar la utilización no sólo de la legislación estatal sino también de la leyes autonómicas sobre la materia.

Lo dicho hasta ahora justifica sobradamente esta publicación, que ahora se presenta a nuestros asociados y a los estudiosos del Derecho en general. Es de destacar la calidad de los trabajos que aquí se contienen, y que sin duda alguna harán que esta obra deba ser tenida en cuenta en ulteriores aportaciones que surjan sobre la materia.

Por último, es necesario dejar constancia de nuestro agradecimiento a los compañeros del área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, por la ilusión y el esfuerzo que pusieron en la organización de estas Jornadas, y por los excelentes resultados que de la misma se obtuvieron.

*Junta Directiva de la Asociación de
Profesores de Derecho Civil*

PONENCIAS



PERSONALIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES*

JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. 1. Un apunte sobre el pasado. 2. La pluralidad de regímenes normativos en materia de asociaciones. 3. Las competencias autonómicas y las leyes territoriales de asociaciones. II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS ASOCIACIONES. 1. Los modelos normativos de atribución de personalidad jurídica. 2. La aplicación del Código Civil a las asociaciones «generales» de la Ley de 1964: el criterio de la válida constitución. 3. La incidencia de la Constitución: la inscripción de las asociaciones «a los solos efectos de publicidad». 4. Mi opinión: la neutralidad de la Constitución y la remisión a la opción del legislador. 5. La cuestión de

* Este trabajo constituye una versión ampliada de la ponencia presentada a las XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas en la Universidad de Alicante los días 27 a 29 de mayo de 2004 bajo la insuperable organización de su Departamento de Derecho Civil. El encargo para preparar esta ponencia, realizado por el Presidente de la Asociación, el Profesor A. REVERTE NAVARRO, me permitió un feliz reencuentro con algunos de los temas a los que ya me había enfrentado al preparar mi tesis doctoral, defendida el 20 de noviembre de 1991 en el campus de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha bajo el título *Asociaciones: constitu-*

la personalidad jurídica en las leyes autonómicas. A) Ley de Asociaciones del País Vasco. B) Ley de Asociaciones de Cataluña. C) Ley de Asociaciones de Canarias. 6. El modelo de adquisición de personalidad jurídica de la LODA. A) El artículo 5.2 LODA. B) La consideración competencial del artículo 5.2 LODA. 7. La personalidad jurídica de las asociaciones anteriores a la LODA. III. LA CAPACIDAD DE LAS ASOCIACIONES. 1. La capacidad civil de las asociaciones. 2. La inscripción de bienes inmuebles a favor de las asociaciones. A) Las asociaciones como titulares registrales de bienes y derechos inmuebles. B) Las circunstancias de la inscripción a favor de las asociaciones. C) La no necesidad de previa inscripción de la asociación en el Registro de Asociaciones. D) La singularidad de las asociaciones «especiales». E) La constancia registral de las circunstancias relativas a la representación de la asociación. 3. La capacidad sucesoria de las asociaciones. A) Las asociaciones no son causantes de una sucesión. B) La capacidad sucesoria de las asociaciones personas jurídicas. C) La herencia *ab intestato* de las asociaciones. D) La aceptación o repudiación de la herencia deferida a una asociación. La parcial derogación por la LODA del artículo 993 CC. E) La herencia deferida a una persona jurídica «en constitución». 4. La capacidad procesal y la capacidad para ser parte de las asociaciones. A) Las asociaciones con personalidad jurídica. B) Las cuestaciones y suscripciones públicas. C) El caso singular del Derecho foral de Navarra. IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES Y DE LOS ASOCIADOS. 1. Planteamiento. 2. La situación normativa anterior a la LODA. 3. La praxis

ción y personalidad jurídica. Pese a que mi dedicación a las asociaciones ha sido una constante desde entonces, la tesis ha permanecido inédita. Y es ya seguro que así quedará. Pero pese a no estar publicada, lo cierto es que ha sido abundantemente utilizada y citada. Uno de nuestros más respetados estudiosos de la persona jurídica, el Profesor F. CAPILLA RONCERO -que formó parte del Tribunal que la juzgó- reconoció en la primera edición del manual del que es coautor que se valió ampliamente de ella para redactar el capítulo relativo a las asociaciones y su personalidad jurídica [A. LÓPEZ LÓPEZ/V. MONTÉS PENADÉS (coords.), *Derecho civil. Parte general*, 1992, p. 541], e incluso en tiempos más recientes se sigue recordando (cfr. J. DELGADO ECHEVERRÍA en J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, 1-2º, 3ª ed., 2002, p. 303), haciendo fielmente mención a la fecha de su lectura y defensa (cfr. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, I, 10ª ed., 2004, p. 346; y así ya en la primera edición de 1992, p. 352). Agradezco sinceramente a estos colegas su gentileza por haber impedido que definitivamente se instalara en el olvido.

De haberse publicado en tiempo y forma, la tesis habría estado dedicada a su director, el Profesor Rodrigo BERCOVITZ. Sigue habiendo buenas razones, mejores y mayores de las que ya entonces concurrían, para que él, maestro y amigo, sea dedicatario de estas páginas.

de los Tribunales. 4. La solución de la LODA. 5. La responsabilidad de las asociaciones inscritas. A) Los efectos patrimoniales de la inscripción. B) El alcance competencial de la opción de la LODA. C) La responsabilidad de los administradores y representantes. 6. La responsabilidad de las asociaciones no inscritas. A) El artículo 10.4 LODA y su tramitación parlamentaria. B) El alcance competencial de la opción de la LODA. C) La ampliación por vía reglamentaria del ámbito de aplicación del artículo 10.4 LODA y su dudosa legalidad. D) Los rasgos esenciales del régimen de responsabilidad de la asociación no inscrita. E) La responsabilidad de las cuestiones y suscripciones públicas. 7. El concurso de las asociaciones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Un apunte sobre el pasado

El objeto de este trabajo es analizar el régimen de adquisición de personalidad jurídica y la responsabilidad de las asociaciones. La oportunidad de una investigación de estas características está fuera de duda debido a la reciente promulgación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), en vigor desde el 26 de mayo de 2002, y que ha venido a reordenar de modo sustancial nuestro Derecho de asociaciones. En puridad, y a fuer de ser sinceros, no sólo a reordenar este sector de nuestro ordenamiento jurídico, sino también a dotar a las asociaciones de un completo régimen jurídico-civil del que han carecido a lo largo de nuestra historia. En efecto, la LODA constituye la primera ley de asociaciones que se preocupa de establecer con claridad el momento en que las asociaciones adquieren personalidad jurídica y de determinar cuál es su —de la asociación, pero también de sus asociados— sistema de responsabilidad civil. La razón de esta omisión radica en el carácter fundamentalmente político de nuestras leyes históricas sobre asociaciones, envueltas en la polémica sobre el espíritu más o menos liberal de los gobiernos de turno y ajenas a las cuestiones propiamente jurídico-civiles.

En efecto, la Ley de Asociaciones 30 de junio de 1887, que desarrollaba la libertad de asociación consagrada en el artículo 13 de la Constitución de 1876, reguló con detalle el sistema de constitución de las asociaciones, pero se abstuvo de pronunciarse sobre cuándo adquirirían la personalidad jurídica, aunque previó la existencia de un registro «especial» en cada provincia, «en

el cual se tomará razón de las Asociaciones que tengan domicilio o establecimiento en su territorio a medida que se presenten las actas de constitución» (art. 7 I de la Ley de 1887). Tampoco incluyó esta Ley norma alguna en materia de responsabilidad civil. El mismo silencio se advierte en el Decreto de 25 de enero de 1941, dictado poco después de la finalización de la Guerra Civil con el confesado afán de reforzar la vigilancia del Poder público sobre el «llamado derecho de asociación» (*sic* en el preámbulo), y que en la práctica supuso, de modo abiertamente ilegal, la derogación de la Ley de 1887. Idéntica situación se advierte, por último, en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, vigente, en todo aquello no contrario a la Constitución, hasta su derogación expresa por la LODA (cfr. Disposición derogatoria única LODA), así como en el Decreto de 20 de mayo de 1965, dictado en desarrollo de la Ley de 1964 (expresamente derogado, en todo lo que ya no estuviera por la propia Constitución y por la LODA, por el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes Registros de asociaciones, aprobado por Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre).

Pese al comprobado silencio de nuestras leyes históricas de asociaciones en materia de personalidad jurídica y de responsabilidad, lo cierto es que no resulta análoga la situación normativa en los dos aspectos indicados.

i) En lo que se refiere al primero de ellos, *la personalidad jurídica*, la ausencia en las leyes sobre asociaciones de cualquier referencia a este asunto determinaba la necesidad de aplicar en lo pertinente la escuálida disciplina codificada en materia de personas jurídicas (arts. 35 a 39 CC) y, de manera particular, el artículo 35.1º CC. La aprobación de la Constitución, con su enigmático artículo 22.3 («Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad»), levantó un encendido debate sobre el momento en que se producía la adquisición de la personalidad jurídica por las asociaciones, debate en el que, además de civilistas, se dieron cita estudiosos del Derecho administrativo, del Derecho constitucional e incluso del Derecho mercantil. Ha sido precisamente este debate, y sobre todo la mayoritaria posición adoptada desde el primer momento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en interpretación del citado precepto constitucional, con ocasión de sus conocidas sentencias de 1979 sobre las asociaciones masónicas, el que, según tendremos oportunidad de ver más adelante, se encuentra en la raíz más pro-

funda de la solución que hoy luce en el artículo 5.2 LODA. A las dos principales referencias normativas de esta polémica, los ya citados artículos 35.1º CC y 22.3 CE, se añaden otros preceptos, incluidos en leyes reguladoras de distintas modalidades asociativas, que, en ausencia de cualquier previsión en la ley general de asociaciones, han optado por los más diversos modos de atribución de la personalidad jurídica para las asociaciones comprendidas en sus respectivos ámbitos de aplicación.

ii) En lo que se refiere al segundo de los aspectos, *la responsabilidad*, los materiales normativos son bastante más parcos. La necesidad de hacer responder a las asociaciones por sus incumplimientos contractuales o por su culpa extracontractual se ha basado tradicionalmente en la interpretación conjunta de los artículos 38, 1101 y 1911 CC. El corolario inevitable de la atribución de personalidad jurídica a las asociaciones «de interés público reconocidas por la ley» (art. 35.1º CC) no podía ser otro que el de sujetar a tales asociaciones-personas jurídicas a las consecuencias dañosas derivadas de sus actos, tanto en el marco de un contrato como fuera de él. Con todo, si el sistema de responsabilidad de las asociaciones frente a terceros ha estado relativamente claro en nuestro Derecho, edificado sobre el Código Civil con los mimbres que se acaban de señalar, ha permanecido en cambio en la más absoluta penumbra la responsabilidad de los asociados por las deudas (contractuales o extracontractuales) contraídas por las asociaciones en sus relaciones con terceros. La opinión de que los miembros de la asociación no debían responder por las deudas asociativas, esto es, que su responsabilidad empezaba y acababa con sus aportaciones a la asociación, ha sido durante más de cien años tan unánimemente admitida como carente de todo apoyo normativo. Sólo con la LODA ha quedado superada esta muy notable laguna de nuestro Derecho de asociaciones.

2. La pluralidad de regímenes normativos en materia de asociaciones

El Derecho de asociaciones anterior a la LODA estaba constituido por una normativa de carácter general (la Ley de 24 de diciembre de 1964, desarrollada por el Decreto de 20 de mayo de 1965 y algunas órdenes complementarias) y unas normas, mayormente postconstitucionales y de extensión variable, relativas a tipos asociativos específicos (partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, deportivas, religiosas, de con-

sumidores y usuarios...). La propia Ley de 1964 era consciente tanto de su carácter general como del hecho de que determinados tipos asociativos quedaban extramuros de su regulación, y por eso en su artículo 2 declaraba excluidas de su ámbito de aplicación determinadas entidades y asociaciones, realizando una enumeración que acababa por comprender «cualesquiera otras asociaciones reguladas por leyes especiales» (art. 2, apartado 4)¹.

La LODA mantiene en lo sustancial esta coordinación entre normas generales y normas especiales en Derecho de asociaciones. El derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE se rige por lo dispuesto en la LODA, «dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico» (art. 1.2 LODA)². Por consiguiente, y dado que cuentan con una legislación específica, se someten a ésta «los partidos políticos; los sindicatos y 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». En cuanto a las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, «se registrarán

1 La concreción de las entidades excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de 1964 ha planteado, como no podía de ser otro modo, algunos problemas. Un ejemplo: la Sentencia, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9433) deniega la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Asociación de Comunidades de Regantes y Usuarios de Aguas Subterráneas de Castilla-La Mancha, argumentando que las comunidades de regantes y de usuarios tienen reconocido el carácter de corporaciones de Derecho público, excluidas de la Ley de 1964 ex artículo 2.4. Es muy verosímil que tras la LODA puedan seguir planteándose estas situaciones. De la misma manera, también continuarán siendo posible los conflictos causados por la diversidad de Registros (uno estatal y varios autonómicos) donde pueden inscribirse las asociaciones «generales». Sobre un conflicto de este tipo, cfr. Sentencia, Sala 3ª, de 25 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1201), que anula cierta resolución de la Administración autonómica andaluza que inscribió la asociación «Nuevo Futuro» en el Registro Central de Asociaciones de Andalucía, siendo así que, con carácter previo, estaba inscrita una asociación del mismo nombre en el Registro Nacional de Asociaciones, con delegación en Sevilla.

2 Evidentemente quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LODA aquellas entidades que no son asociaciones porque no se ajustan al tipo legalmente definido: «las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico» (art. 1.4 LODA). Adviértase que la exclusión del ámbito de la LODA de estas entidades no obedece a su simultánea sujeción a una normativa específica de asociaciones, sino, más simplemente, a que no son asociaciones en el sentido legal del término.

por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la presente Ley Orgánica» (art. 1.3 LODA)³.

En términos generales, la LODA es de aplicación supletoria respecto de las leyes especiales que regulan modalidades asociativas específicas. Tal es la regla establecida en la Disposición final 2ª LODA («La presente Ley tiene carácter supletorio respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones, o que incidan en el ámbito del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas»). Ahora bien, la expresión con que da inicio la mencionada Disposición final 2ª LODA («excepto en aquellos preceptos que tienen rango de Ley Orgánica») pone de relieve que la supletoriedad de la LODA desaparece cuando se trate de preceptos con rango de ley orgánica. Los preceptos orgánicos de la LODA se aplican directamente, y no con carácter supletorio, a las asociaciones reguladas por leyes especiales.

3. Las competencias autonómicas y las leyes territoriales de asociaciones

Algunas Comunidades Autónomas, que asumieron en virtud de sus Estatutos la competencia exclusiva sobre las asociaciones que desarrollaran principalmente sus funciones en sus respectivos territorios autonómicos, han ejercitado esa competencia aprobando sus propias leyes de asociaciones. El camino fue abierto por el País Vasco, que aprobó la Ley 3/1988, de 12 de febrero, y por él transitaron después Cataluña, con la Ley 7/1997, de 18 de junio, y Canarias, con la Ley 4/2003, de 28 de febrero, ésta última ya posterior a la LODA.

El reparto competencial en materia de asociaciones dista de estar establecido con claridad. El Estado interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra una parte muy sustancial del contenido de la Ley vasca de Asociaciones, resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 173/1998, de 23

3 La específica mención a las asociaciones constituidas exclusivamente para fines religiosos fue una de las cuestiones más discutidas en la tramitación parlamentaria de la LODA. Un apunte sobre esta cuestión en el prólogo de mi *Ley Orgánica del Derecho de Asociación*, Ed. Tecnos, 2003, pp. 11-12.

de julio, que hizo una interpretación del sistema más bien favorable a las competencias autonómicas, aunque debido en gran medida a la omisión por el Estado del ejercicio de su poder normativo en materia de asociaciones (tanto la ley orgánica de desarrollo del art. 22 CE como las otras determinaciones normativas basadas en algunos títulos competenciales del art. 149.1 CE). No es ésta la sede adecuada para examinar la Sentencia 173/1998, que ya cuenta con numerosos estudios⁴, pero no puede dejar de subrayarse la perplejidad que supone que el título competencial sobre «legislación civil» (art. 149.1.8ª CE) apenas fuera invocado por el Abogado del Estado en su recurso de inconstitucionalidad, y que tampoco el Tribunal lo haya considerado relevante a la hora de dirimir el conflicto competencial. Esta desafortunada omisión ha trascendido a la propia LODA, que no menciona el artículo 149.1.8ª CE entre los títulos que habilitan al Estado para dictar preceptos sobre asociaciones (cfr. Disposición final 1ª LODA).

La aprobación por el Parlamento de Cataluña de su Ley de Asociaciones determinó el mismo rechazo por parte del Estado, que reaccionó mediante la interposición de un nuevo recurso de inconstitucionalidad, aún pendiente

4 Sobre la Sentencia 173/1998 pueden verse los trabajos de E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Igualdad y autonomía (Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional)*, 1999; P. 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)», *RTC* 1999-I, pp. 1831-1844; S. DE SALAS MURILLO, «Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de Asociaciones», *ADC* 1999, pp. 1253-1274; M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ, «Las relaciones entre ley orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales. Comentario a la STC 173/1998», *Autonomías* 25 (1999), pp. 87-117; M. GERPE LANDÍN/M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS/M. MATEU I VILASECA/M. J. RODRÍGUEZ SANTIAGO/F. VALLÈS VIVES, «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions (Comentari de la STC 173/1998, sobre la llei vasca d'associacions)», *RJC* 1999, pp. 429-463; A. PASCUAL MEDRANO, «La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, sobre la Ley vasca de Asociaciones», *RTC* 1999-I, pp. 1845-1864; I. TORRES MURO, «Ley autonómica y derecho de asociación», *REDC* 55 (1999), pp. 263-285; M. 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* 657 (1999), pp. 7165-7178; y S. PÉREZ ESCALONA, «Las fuentes del derecho de asociación (Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio)», *RCDI* 659 (2000), pp. 1979-2001. Con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, me ocupé de la cuestión del reparto competencial en «Comentario al artículo 20», en R. BERCOVITZ/J. SALAS (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, pp. 495-516; y «La Ley vasca de Asociaciones: reparto competencial y principios generales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 16 (1992), pp. 121-153. Y después de la Sentencia en el prólogo a *Legislación sobre Asociaciones*, Ed. Tecnos, 2ª ed., 2000, pp. 46 ss.

de resolución en el momento en que se escriben estas líneas⁵. Por eso no es de extrañar que la aprobación de la LODA fuera seguida por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la misma por el Parlamento de Cataluña⁶. Como puede verse, la cuestión competencial permanece abierta.

II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS ASOCIACIONES

1. Los modelos normativos de atribución de personalidad jurídica

En el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, y a la vista de las leyes especiales de asociaciones —dejando pues al margen, en este momento, las previsiones para las asociaciones «generales»—, existen dos modelos de atribución de personalidad jurídica a las asociaciones (o de adquisición por éstas de ese atributo):

1) Primer modelo: adquisición de personalidad jurídica en virtud de la inscripción en un registro público. Este es el modo de adquisición de personalidad jurídica civil por las asociaciones y entidades católicas erigidas canónicamente con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979⁷. Este sistema contrasta con el mucho más liberal régimen instaurado

5 Se trata del recurso nº 3914/1997 (la Providencia de admisión por el Tribunal Constitucional se publica en el *BOE* nº 269, de 10 de noviembre de 1997), que tiene por objeto los artículos 2 a 5, 8, 9, 11, 12, 15 a 17, 20 (apartados 2 y 3), 21 (apartados 3, 4 y 5), 22, 23, 25, 26 (apartado 3), 27 (apartados 1 y 2), 28, 29 y 35 de la Ley catalana 7/1997.

6 Se trata del recurso nº 3974/2002 (la Providencia de admisión por el Tribunal Constitucional se publica en el *BOE* nº 280, de 22 de noviembre de 2002), con un doble objeto: (i) la Disposición final 1ª.2 LODA, en tanto que declara que son de aplicación directa en todo el Estado los preceptos siguientes: el artículo 7.1.h) desde el inciso «su composición, reglas y procedimientos» hasta el final de este apartado; el artículo 7.1.i) y j) en la mención que hace al «patrimonio inicial»; el artículo 8.2 y 3; el artículo 11.2, inciso final, que dice «y con las disposiciones reglamentarias que se dicten para la aplicación de la misma»; el artículo 28.1.f) y 2.c); el artículo 30.1, párrafo primero, el inciso «en todo caso», y la Disposición Transitoria 1ª, apartado 2; y (ii) el inciso «a efectos de aplicar los beneficios establecidos en sus respectivos ordenamientos jurídicos» del artículo 36.

7 Ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 (*BOE* nº 300, de 15 de diciembre de 1979). Según el artículo 1.4, párrafo tercero, del citado Acuerdo, «las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que, estando erigidas en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro por

para dichas asociaciones por el Concordato de 1953, bajo el que la personalidad jurídica civil se adquiriría en virtud de una simple comunicación a la autoridad civil de la constitución canónica de la entidad. El Acuerdo de 1979 ha respetado las personalidades civiles adquiridas al amparo del Concordato de 1953, aunque imponiendo a las asociaciones y demás entidades la carga de inscribirse en el registro del Estado ya que, transcurridos tres años desde la vigencia del Acuerdo, tales asociaciones sólo podrán acreditar su personalidad jurídica mediante certificación de tal registro⁸.

la competente autoridad eclesiástica, podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, mediante la inscripción en el correspondiente Registro en virtud de documento auténtico en el que consten la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos.

8 La garantía y el respeto de la personalidad jurídica civil adquirida al amparo del Concordato de 1953 se desprende inequívocamente del artículo 1.4, primer párrafo, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, donde se dispone que «el Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obras [...] de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo». La necesidad de su inscripción en el registro del Estado, con las consecuencias que se señalan en el texto, se establece en la Disposición transitoria 1ª del citado Acuerdo, conforme al cual «[...] las asociaciones y otras entidades o fundaciones religiosas que tienen reconocida por el Estado la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Estado en el más breve plazo posible. Transcurridos tres años desde la entrada en vigor en España del presente Acuerdo -agrega el precepto-, sólo podrá justificarse su personalidad jurídica mediante certificación de tal registro, sin perjuicio de que pueda practicarse la inscripción en cualquier tiempo». En la jurisprudencia, la Sentencia de 6 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6968) se ha encargado de hacer una interpretación flexible de la inscripción en el Registro del Estado en ese plazo de tres años. Se trataba de una demanda de impugnación de cierto acuerdo tomado por la Hermandad de Nuestra Señora de Monrola, acordando la cesión del uso de un inmueble de su pertenencia. Discutiéndose en el proceso la personalidad jurídica de la demandada (cuyos Estatutos fueron aprobados en 1904 por la autoridad eclesiástica competente y que disfrutaba de personalidad civil al amparo del Concordato de 1953), el Tribunal la afirma pese a la ausencia de inscripción en el Registro del Estado. Con referencia a la Disposición transitoria 1ª del Acuerdo de 1979, el Supremo sostiene que «no priva de la personalidad jurídica ya adquirida, a las asociaciones que no se inscriban en el Registro del Estado dentro del plazo de tres años que establece, aunque esta conducta administrativa sea irregular, sino que, simplemente, establece como único medio de «justificación» o de acreditamiento de la personalidad (ya existente) la certificación del Registro que pueda obtenerse mediante inscripción tardía. La «justificación», en consecuencia, de la personalidad sirve, entre otros aspectos, para otorgar validez y eficacia frente a terceros de los actos y contratos o actividad comercial que realice, sin que la falta de inscripción suponga exención de sus responsabilidades civiles. Los negocios jurídicos que celebra —concluye el Tribunal— son válidos y eficaces *inter partes*» (FJ 2). En otro ámbito, la SAP León de 9 de enero de 1998 (AC 1998, 2802) da por incuestionable la legitimación de la Parroquia de San Nicolás de Fabero para ejercitar una acción negatoria de servidumbre de un inmueble inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad, entendiéndose que la personalidad jurídica de la actora se deriva del Acuerdo Jurídico de 1979.

Ese mismo modelo de adquisición de la personalidad jurídica civil rige para las asociaciones religiosas no católicas. En efecto, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), establece en su artículo 5.1 que «las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro Público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia». El precepto se aplica también a las asociaciones religiosas, como se desprende del hecho de que «las Entidades asociativas religiosas constituidas como tales en el ordenamiento de las Iglesias y Confesiones» aparezcan expresamente mencionadas como uno de los tipos de entidades que pueden acceder al Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia [cfr. letra C) del art. 2 del Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas]. Las asociaciones religiosas no católicas que hubieran obtenido la personalidad jurídica al amparo de la normativa anterior a la LOLR —la Ley 44/1967, de 28 de junio, de Libertad Religiosa— la conservan tras la entrada en vigor de ésta, aunque sujetas a la misma carga de inscripción, y con las mismas consecuencias en caso de omitirla, que el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede impuso a las asociaciones católicas⁹.

A semejanza de lo que sucede con las asociaciones religiosas, la nueva normativa sobre partidos políticos ha optado por atribuirles personalidad jurídica con su inscripción registral. En abierto contraste con el sistema diseñado por la normativa precedente, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP), dispone que «los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos que, a estos efectos, existirá en el Ministerio del Interior, previa presentación en aquél del acta fundacional suscrita por sus promotores, acom-

9 En este sentido, la Disposición transitoria 1ª de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece que «el Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley», aunque añadiendo que, «transcurridos tres años sólo podrán justificar su personalidad jurídica mediante la certificación de su inscripción en el Registro a que esta Ley se refiere». Una previsión sustancialmente idéntica se recoge en la Disposición transitoria 1ª del Real Decreto 142/1981: «Las Entidades religiosas que gozan de personalidad jurídica sin hallarse inscritas en ningún Registro del Estado podrán solicitar su inscripción en cualquier momento, pero transcurrido el plazo de tres años desde la entrada en vigor del presente Reglamento sólo podrán acreditar su personalidad jurídica mediante la correspondiente certificación de hallarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas».

pañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente Ley Orgánica»¹⁰. La inscripción «debe llevarse a cabo por el responsable del Registro en un plazo tasado y breve, transcurrido el cual se entiende producida la inscripción» (Exposición de Motivos, apartado III). Ese plazo es fijado en veinte días, transcurridos los cuales -a contar desde la presentación de la documentación completa en el Registro- «se entenderá producida la inscripción, que confiere la personalidad jurídica, hace pública la constitución y los estatutos del mismo, vincula a los poderes públicos, y es garantía tanto para los terceros que se relacionan con el partido como para sus propios miembros» (art. 4.3 LOPP)¹¹. Está prevista, no obstante, la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el plazo de veinte días para practicar la inscripción sea suspendido (cfr. arts. 4.2 *in fine* y 5 LOPP), debido a que en la nueva ley «se mantiene la previsión ya contenida en la Ley anterior de que los indicios de ilicitud penal de un partido en el momento de su constitución e inscripción en el Registro pueden llevar a una declaración por el Juez penal, promovida por el Ministerio Fiscal, previa comunicación del Ministerio del Interior, de la ilegalidad del partido y la consecuencia improcedencia de su inscripción» (Exposición de Motivos, apartado III). La suspensión puede obedecer, además, a la existencia de defectos formales en el acta fundacional o en la documentación que la acompaña, o a la carencia de capacidad de los promotores (art. 5.1 LOPP).

También rige el sistema de inscripción para las entidades urbanísticas colaboradoras (en sus diversas clases de juntas de compensación, asociaciones administrativas de propietarios y entidades de conservación), que no son asociaciones privadas en sentido estricto. Conforme al artículo 26.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, «la personalidad jurídica de las Entidades urbanísticas colaboradoras se entenderá adquirida a partir del momento de su inscripción en el

10 «Los partidos políticos inscritos en el Registro del Ministerio del Interior a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica estarán sujetos a la misma y conservarán su personalidad jurídica y la plenitud de su capacidad, sin perjuicio de adaptar sus estatutos, en caso necesario, en el plazo de un año» (Disposición transitoria única, apartado 1, de la Ley Orgánica de Partidos Políticos).

11 El precepto evoca claramente el artículo 10.2 LODA («La inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros»). Con la importante adición -inexistente en la LODA por las razones que luego se dirán- de que además, en el caso de los partidos políticos, la inscripción «confiere la personalidad jurídica».

correspondiente Registro»¹². No obstante, alguna decisión judicial del orden civil ha mitigado el rigor de la norma que hace depender la personalidad de la inscripción, reconociendo una individualidad propia a la entidad urbanística incluso si no está inscrita¹³.

Por último, y fuera ya del ámbito estricto de las asociaciones, la adquisición de la personalidad jurídica en virtud de la inscripción en el Registro público correspondiente es el sistema que rige para las fundaciones, tanto las sometidas a la legislación estatal como las sujetas a alguna de las múltiples leyes autonómicas en la materia¹⁴.

12 Confirma este criterio la Sentencia, Sala 3ª, de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6720), que admite que los gastos contraídos en interés de la comunidad por la Asociación civil de Propietarios preexistente, y de cuya transformación surgió la Entidad de conservación, puedan ser cobrados por la vía de apremio (art. 70.1 del Reglamento de Gestión Urbanística). La posibilidad que asiste a las entidades urbanísticas colaboradoras de cobrar por la vía de apremio las deudas de sus miembros derivadas del planeamiento es una de sus principales singularidades respecto de las asociaciones meramente privadas.

13 La SAP Murcia de 18 de septiembre de 2003 (JUR 2003, 7850) reconoce que por la asociación actora -una asociación administrativa de propietarios- «no se han cumplido todos los requisitos para el nacimiento de la personalidad jurídica de la Asociación», aunque inmediatamente agrega, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada en la nota anterior, que «ello no puede llevar sin más a la solución pretendida por los recurrentes, pues estamos ante una entidad que realmente interviene de hecho en el tráfico jurídico y no puede, sin más, negarse toda eficacia a sus actos». En el caso se trataba de que el Ayuntamiento había aprobado la constitución de la asociación y remitido sus Estatutos a la Administración autonómica para que practicara la inscripción, que no llegó a realizarse porque ésta advirtió la existencia de determinados defectos. En el resuelto por la SAP Madrid de 24 de julio de 2001 (JUR 2002, 9143) se trataba de una reclamación de cuotas formulada por la Asociación de Propietarios de la Urbanización El Monte, resultante de la fusión de dos entidades urbanísticas de colaboración, previamente creadas e inscritas en el correspondiente registro administrativo. Pese a que la asociación actora no había sido aprobada administrativamente por el Ayuntamiento, la Audiencia le reconoce personalidad a efectos de reclamar cuotas: «admitir que esta Asociación carece de personalidad jurídica en el ámbito administrativo ya que no puede calificarse de Entidad Urbanística Colaboradora, no permite que los propietarios dejen de satisfacer unos gastos que van a cubrir unos servicios y atenciones, algunos de carácter estrictamente privado, que viene disfrutando todos los propietarios y a cuyo pago vienen obligados a atender». La Sentencia de 27 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3933) demuestra que a veces la conservación y el mantenimiento de las zonas comunes de una urbanización pueden realizarse a través de la constitución de una sociedad civil, en lugar de una entidad urbanística de conservación o una asociación privada.

14 Para las sometidas a la legislación estatal, cfr. artículo 3.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (hoy derogada), y artículo 4.1 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Para las sometidas a las leyes autonómicas, artículo 8.2 de la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio; artículo 5.2 de la Ley vasca 12/1994, de 17 de junio; artículo 7 de la Ley madrileña 1/1998, de 2 de marzo; artículo 9.1 de la Ley canaria 2/1998, de 6 de abril; artículo 4.1 de la Ley

2) Segundo modelo: adquisición de personalidad jurídica en virtud del transcurso de cierto tiempo desde el depósito de la documentación legalmente requerida en una oficina pública. Este es el modo de adquisición de personalidad jurídica por los sindicatos. En efecto, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), dispone que «los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes, sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto», especificando el apartado 7 de ese mismo artículo 4 que «el sindicato adquirirá personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, transcurridos veinte días hábiles desde el depósito de los estatutos». Los sindicatos que gozaran de personalidad jurídica al amparo de la normativa que deroga la LOLS la conservan sin necesidad de cumplimentar ningún trámite adicional¹⁵.

Este sistema de atribución de la personalidad jurídica por el mero transcurso de un plazo de tiempo desde el depósito de cierta documentación en una oficina pública ya había sido establecido en plena transición democrática para todas las asociaciones sindicales, entendiéndose esta expresión en un sentido amplio comprensivo tanto de los sindicatos en sentido estricto como de las asociaciones empresariales y profesionales. Así, la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del Derecho de Asociación Sindical, dispuso en su artículo 3 que «las asociaciones constituidas al amparo de la presente Ley deberán depositar sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto», añadiendo que «adquirirán personalidad jurídica y plena capacidad de obrar transcurridos veinte días desde el depósito de los estatutos, salvo que en dicho plazo se inste de la autoridad judicial competente la declaración de no ser conformes a derecho»¹⁶. La LOLS ha derogado la Ley de Asociación Sindical de 1977 y el Real Decreto que la desarrolla, pero declarando de modo

valenciana 8/1998, de 9 de diciembre; artículo 6.2 de la Ley catalana 5/2001, de 2 de mayo; y artículo 4 de la Ley castellano-leonesa 13/2002, de 25 de julio.

15 La Disposición adicional 1ª, apartado 1, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical es clara sobre este particular: «Las organizaciones sindicales constituidas en aplicación de la Ley 19/1977, de 1 de abril, y que gozan de personalidad jurídica en la fecha de entrada en vigor de esta Ley conservarán el derecho a la denominación, sin que en ningún caso se produzca solución de continuidad en su personalidad, quedando automáticamente convalidadas».

16 Las condiciones del depósito se reglamentan en el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los Estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del Derecho de Asociación Sindical. La Disposición transitoria 1ª de este Real Decreto 873/1977 garantiza el respeto de la personalidad jurídica de las asociaciones sindicales constituidas

expreso la subsistencia de «la regulación que contienen dichas normas referidas a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Constitución española y de los Convenios internacionales suscritos por España» (Disposición derogatoria LOLS). Por tanto, las asociaciones empresariales y profesionales adquieren personalidad jurídica del modo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Asociación Sindical de 1977, complementado por el Real Decreto 873/1977, régimen extraordinariamente similar al previsto para los sindicatos por el artículo 4.7 LOLS.

Ese mismo sistema de adquisición regía para los partidos políticos hasta la aprobación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, ya examinada. El artículo 2.1 de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, disponía que «los partidos políticos adquirirán personalidad jurídica el vigésimo primer día siguiente a aquél en que los dirigentes o promotores depositen, en el Registro que a estos efectos existirá en el Ministerio del Interior, acta notarial suscrita por los mismos, con expresa constancia de sus datos personales de identificación y en la que se inserten o incorporen los Estatutos por los que habrá de regirse el partido».

No es de extrañar que, ante semejante enjambre normativo y discrepancia de modelos, el Tribunal Constitucional haya tenido que pronunciarse expresamente sobre las exigencias que del artículo 22.3 CE se derivan en punto a los diversos sistemas de atribución de la personalidad jurídica. Así lo ha hecho, al examinar el régimen de los partidos políticos en la Ley Orgánica de 2002, en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, sobre la que volveremos más adelante.

2. La aplicación del Código Civil a las asociaciones «generales» de la Ley de 1964: el criterio de la válida constitución

Se acaban de examinar los modelos normativos de atribución de la personalidad jurídica a las asociaciones sujetas a leyes especiales. En lo que se

al amparo de la legislación precedente (la Ley 2/1971, de 17 de febrero, Sindical), al advertir que, «durante el período antes señalado [de adaptación de los estatutos de las asociaciones preexistentes a la nueva normativa] conservarán el derecho a la denominación y, en ningún caso, se producirá solución de continuidad en su personalidad». Esta Disposición transitoria 1ª del Real Decreto 873/1977 es el precedente directo de la Disposición final 1ª, apartado 1, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

refiere a las sometidas a la normativa general, la característica de nuestro ordenamiento jurídico anterior a la LODA ha sido la ausencia de previsión sobre este particular. Ello significa, según se indicó, que la materia quedaba regulada por el Código Civil, en concreto por su artículo 35. Este precepto reconoce la condición de personas jurídicas a, de un lado, «las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley», cuya personalidad «empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas» (apartado 1º), y, de otro, a «las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus asociados» (apartado 2º). A los efectos de este estudio, se parte de la premisa de que las personas jurídicas no lucrativas, tal como tradicionalmente han sido entendidas, tienen su ubicación en el artículo 35.1º CC, en tanto que las que actúan animadas por el ánimo de lucro, esto es, por la finalidad de obtener ganancias y repartirlas ulteriormente entre sus miembros, se encuentran reconocidas en el apartado 2º de ese mismo precepto¹⁷.

En ausencia de una previsión específica, y en el entendimiento de que las asociaciones constituidas bajo la Ley de 24 de diciembre de 1964¹⁸ son personas jurídicas, la determinación del momento en que se producía la adquisición de la personalidad jurídica había de resolverse aplicando el artículo 35.1º CC, lo que conducía a interrogarse acerca del momento en que, con arreglo a derecho, quedaban válidamente constituidas. Ahorrando una explicación más detallada del *iter* constitutivo de las asociaciones bajo la Ley de 1964, debe concluirse que el contrato constitutivo se celebraba *antes* de la

17 Queda, por tanto, extramuros de este trabajo el examen y contraste con el Derecho positivo actualmente vigente en nuestro país de la corriente doctrinal que patrocina una reinterpretación de la disciplina codificada de las personas jurídicas (no sólo de los arts. 35-39 CC, sino también de los arts. 116 y concordantes del Código de Comercio) según la cual el carácter lucrativo o no de la persona jurídica carece de todo valor estructural. En esta línea revisora pueden situarse, destacadamente, las aportaciones de C. PAZ-ARES, «Comentario al artículo 1665», en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES/L. DÍEZ-PICAZO/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR), II, 1991, pp. 1307 ss., y F. PANTALEÓN PRIETO, «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código civil)», *ADC* 1993, pp. 5-56. En contra de esa posibilidad de revisión, atendidos los datos normativos actuales de nuestro ordenamiento jurídico, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Sociedad anónima y fin de lucro», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, 1995, pp. 39-59. En mi opinión es claro que, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, la tesis revisora, fuertemente anclada en las bases normativas del Derecho alemán, no resulta asumible.

18 Se prescinde ahora del examen de la Ley de 1887 y del Decreto de 1941.

intervención de la Administración, aunque sus *efectos* estaban condicionados a la resolución administrativa sobre la determinación y licitud de los fines asociativos, de una parte, y al visado de los Estatutos, de otra. O, lo que es igual, al reconocimiento administrativo de la asociación (art. 3.6 de la Ley de 1964)¹⁹. Este reconocimiento operaba como una *conditio iuris* sobre la constitución de la asociación, cuyos efectos no se desplegaban hasta tanto no recayera el reconocimiento administrativo. Tras éste, la asociación podía comenzar su funcionamiento sin temor a incurrir en el ilícito tipificado en el, a la sazón vigente²⁰, artículo 172.4º del Código Penal. La inscripción en el Registro de Asociaciones se practicaba de oficio por la Administración en el plazo de un mes a partir del acto de reconocimiento (cfr. art. 5.3 de la Ley de 1964)²¹.

La inscripción quedaba fuera del *iter* constitutivo de la asociación (al igual, por cierto, que sucedía en la Ley de 1887 y el Decreto de 1941). Según la interpretación que estimo más ajustada de la Ley de 1964, el proceso constitutivo culminaba con la resolución administrativa sobre la determinación y licitud de los fines asociativos y con el visado de los Estatutos, es decir, con el reconocimiento, que es el acto administrativo que levanta el obstáculo impeditivo de la plena eficacia del contrato de constitución de la asociación previamente celebrado por sus promotores. A los efectos de la aplicación del artículo 35.1º CC, la válida constitución de la asociación se produce con el acto de reconocimiento administrativo. Dicho con otras palabras, la adquisición de la personalidad jurídica se produce por el reconocimiento, siendo la inscripción una actuación posterior que para nada incide en la personalidad de la asociación, y que sirve únicamente para dar publicidad a la nueva persona jurídica surgida por virtud del reconocimiento.

19 Según el citado artículo 3.6, «cuando la Asociación cumpla los requisitos que se establecen en los párrafos anteriores y sus fines no puedan considerarse como ilícitos o indeterminados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, párrafos segundo y tercero, de la presente Ley, la autoridad gubernativa no podrá denegar el reconocimiento de la Asociación».

20 Hasta su reforma en 1977.

21 Según este precepto, «la inscripción en los Registros nacional y provinciales se verificará, respecto de las Asociaciones sometidas al ámbito de aplicación de esta Ley, de oficio y dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha de las resoluciones a que se refieren los párrafos cuarto y quinto del artículo 3 [las resoluciones contempladas en dichos párrafos son las de determinación y licitud de los fines asociativos y visado de los Estatutos], y en los casos de asociaciones excluidas por comunicación de la autoridad competente, dentro del mismo plazo a contar desde que las Asociaciones quedaron válidamente constituidas».

La tesis que se acaba de exponer, que independiza la adquisición de la personalidad jurídica de la inscripción registral, queda confirmada con el examen de los trabajos parlamentarios que condujeron a la aprobación de la Ley de 1964. Según informa DE SALAS MURILLO²², el Anteproyecto de Ley de Asociaciones de 9 de julio de 1964 disponía en su artículo 6.2 que «la publicidad de la existencia de una asociación en la forma indicada en el párrafo anterior²³ y su inscripción en el Registro otorgan personalidad jurídica y facultan a la asociación para iniciar sus actividades, adquirir a título oneroso o gratuito y contraer obligaciones en la forma prevista en sus Estatutos sociales». El Anteproyecto optaba claramente por atribuir la personalidad jurídica a la asociación por el hecho de su inscripción. Pero esta previsión desapareció en el Proyecto finalmente aprobado por el Gobierno, lo que permitió señalar al Sr. Carro Martínez, en su discurso de defensa del Proyecto, que el Registro de Asociaciones era declarativo, no constitutivo. Es claro, por tanto, que la voluntad prelegislativa en 1964 consistió en desligar la personalidad jurídica de la asociación de su inscripción registral, pues la previsión que, en sentido justamente contrario, se recogía en el Anteproyecto fue rechazada en el Proyecto.

No obstante lo anterior, lo más frecuente ha sido considerar que la atribución de la personalidad se producía como consecuencia de la inscripción de las asociaciones en el registro. Así lo han entendido, entre otros, DE COSSÍO²⁴, CAPILLA²⁵, LASARTE²⁶, FERNÁNDEZ FARRERES²⁷ y, en la medida en que atribuye «valor constitutivo» a la inscripción, que le otorgaría publicidad frente a terceros, DE CASTRO²⁸. En la jurisprudencia, la Sentencia de 2 de octubre de 1972²⁹ sostuvo que la asociación recurrente en casación adquirió la personalidad jurídica mediante su inscripción en el Re-

22 *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, 1999, p. 543.

23 Conforme al apartado 1 del artículo 6 del Anteproyecto, «dentro del plazo de un mes a contar desde el visado de los Estatutos, la asociación habrá de ser objeto de publicidad mediante la inserción en el Boletín Oficial de la Provincia donde tenga su sede, de un extracto donde se haga constar la fecha del convenio fundacional, con indicación de la denominación, fines y domicilio social».

24 *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALABALADEJO), I, 1978, p. 836.

25 *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1984, p. 114.

26 *Curso de Derecho civil patrimonial*, 1987, p. 193.

27 *Asociaciones y Constitución*, 1987, p. 48.

28 *La persona jurídica*, 2ª ed., 1984, p. 281.

29 RJ 1972, 3907.

gistro de Asociaciones (véase su considerando segundo), pero se trata de una afirmación realizada claramente como *obiter*³⁰. Sin embargo, la de 5 de abril de 1956³¹, haciendo gala de un criterio menos rígido, reconoció personalidad al Grupo de Mayoristas de Coloniales de Lugo, que, a lo que parece, no se encontraba formalmente constituido como asociación al amparo de la Ley de 1887.

3. La incidencia de la Constitución: la inscripción de las asociaciones «a los solos efectos de publicidad»

La entrada en vigor de la Constitución, y la proclamación de su artículo 22.3 según el cual las asociaciones deberán inscribirse en un registro «a los solos efectos de publicidad», trajo al primer plano un debate que entre los civilistas no había suscitado una gran atención. Se trataba de saber si el mencionado precepto encerraba una opción del constituyente en favor de uno u otro sistema de adquisición de la personalidad.

La jurisprudencia posconstitucional ha venido considerando, de modo inquebrantable, que la adquisición de la personalidad por parte de las asociaciones se produce en el momento de su constitución, y no en el de su inscripción registral, toda vez que ésta se produce, según el artículo 22.3 CE, «a los solos efectos de publicidad», y, al entender de los tribunales, se sobrepasarían estos limitados efectos derivados de la inscripción si a ella se supeditara la adquisición de la personalidad jurídica. Han sido las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las que han decidido así, tomando

30 El segundo considerando citado realiza una exposición de los hechos probados, y es en ese lugar donde el Tribunal Supremo hace esa afirmación. Pero la *ratio decidendi* de la sentencia no radica ni mucho menos en esa circunstancia. El conflicto versaba sobre la titularidad de cierto inmueble que en 1947 fue vendido al Consejo Superior de Misiones, organismo autónomo del Estado sin personalidad jurídica, y en 1962 se vendió de nuevo por el mismo vendedor a la Asociación España Misionera —es de esta Asociación de la que se dice que adquirió su personalidad por la inscripción—, que lo inscribió en el Registro de la Propiedad. Contra la Sentencia de apelación que estimó la demanda del Abogado del Estado y declaró que la segunda venta era nula, la citada Asociación interpuso recurso de casación. El Supremo lo rechaza confirmando que la segunda venta es nula por causa ilícita, dado que sus órganos rectores, que eran los mismos que conformaron en su momento el comité permanente del Consejo Superior de Misiones, no podían ignorar que el inmueble había sido previamente adquirido por dicho Consejo. En el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo para rechazar el recurso de casación no se otorga la más mínima relevancia —es más: ni siquiera se menciona— al hecho de que la Asociación España Misionera adquiriera la personalidad como consecuencia de su inscripción.

31 *Apud* L. DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, 1966, pp. 106-109, que la critica por su flexibilidad.

como punto de arranque la pionera Sentencia de 3 de julio de 1979³², seguida por las de 4 de noviembre de 1981³³, 6 de octubre de 1984³⁴ y 2 de noviembre de 1987³⁵. Ciertamente, la de 14 de enero de 1986³⁶ afirma en alguno de sus pasajes una cosa diferente, pero se trata de una Sentencia que incurre en flagrantes contradicciones sobre esta materia y que no cabe seriamente adscribir a ninguna tesis concreta. Otras decisiones posteriores se inclinan por la misma tesis. La de 16 de marzo de 1992³⁷ reconoce personalidad jurídica a la Asociación de Usuarios de Viviendas Militares desde el mismo momento de su constitución, antes de su inscripción, lo que se hace a efectos de entenderla legitimada para impugnar un reglamento sobre el uso de las viviendas militares. La de 16 de octubre de 1995³⁸ defiende la misma doctrina en relación con la Unión de Consumidores de la Comunidad Autónoma de Madrid, que impugnó el Real Decreto 290/1992, de 27 marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas. Para el Supremo, la ausencia de inscripción en el libro registro del Ministerio de Sanidad no impide la legitimación, y aun antes la personalidad jurídica, de la recurrente, pues la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no hace depender en ningún momento la personalidad jurídica de la inscripción³⁹. Y la de 1 de febrero de 2003⁴⁰ dice lo mismo de la Asociación de afectados por la expropiación para el Polígono Industrial y Comercial de la zona denominada O Campiño en la Parroquia de Marcón (Pontevedra), constituida en escritura

31 RJ 1979, 3183. Se trata de una de las dos Sentencias de esa misma fecha que el Tribunal Supremo dictó en relación con las asociaciones masónicas.

32 RJ 1981, 4729.

33 RJ 1984, 4738.

34 RJ 1987, 7757.

35 RJ 1986, 34.

36 RJ 1992, 10743.

37 RJ 1995, 7064.

38 La SAP Baleares de 17 de marzo de 2003 (AC 2003, 1624) reconoce legitimación a la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios para ejercitar una acción de cesación de utilización de condiciones generales de la contratación (*in casu*, una que preveía el redondeo al alza en los préstamos hipotecarios), pese a no estar inscrita en el Registro especial del Ministerio de Sanidad y Consumo, lo que se basa en que se encuentra legalmente constituida y además inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior. En mi opinión, no es correcto hacer depender la legitimación de una asociación de consumidores y usuarios de su inscripción en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, pese a la exigencia en este sentido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Para las razones de esta posición, cfr. «Comentario al artículo 20», en R. BERCOVITZ/J. SALAS (dirs.), *Comentarios...*, cit. pp. 551 ss.

39 RJ 2003, 2359.

pública para defender los intereses de los afectados por la expropiación y de la que no consta que además se hubiera inscrito⁴¹. No cabe desconocer, sin embargo, que en un elevado número de ocasiones, los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a propósito de la personalidad jurídica de las asociaciones se hacen para desestimar la excepción de falta de personalidad —entremezclada a veces con la de falta de legitimación— de la asociación recurrente, y no para extraer de esa premisa una consecuencia civil⁴².

41 La Asociación solicitaba la anulación de los justiprecios y la fijación de otros más adecuados. El Tribunal Supremo dice de ella que «ha actuado con plena personalidad jurídica en sustitución de sus asociados, que se agruparon precisamente para constituir la asociación y defender sus derechos particulares en la concreta expropiación de que fueron objeto, legitimación que en la actualidad está plena y ampliamente reconocida, como ya lo había admitido la doctrina jurisprudencial, por el artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (FJ 4).

42 Además de algunas de las ya citadas, un ejemplo prototípico lo constituye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 314723), que desestima la excepción del artículo 82.b) LJCA de 1956 en relación con la Asociación de Afectados de la Campiña Baja de Hornachuelos (Córdoba). Para el Tribunal, «si bien, y a la vista de las actuaciones, se ha de convenir con la representación procesal del Estado que al tiempo del otorgamiento del poder para pleitos, así como al de la interposición del recurso, la asociación actora no se había inscrito en el Registro —cuestión esta relativa a la capacidad procesal la mencionada asociación, pero no a la de su presidente y secretario, quienes promovieron el recurso, además, a título individual—, es lo cierto que la asociación ya se había constituido a fecha de 3 de febrero de 1994 —antes del otorgamiento y de la interposición—, nombrándose por los fundadores a D. Rafael y a D. Antonio en los cargos ya referidos. Estas personas fueron quienes otorgaron el poder para pleitos en representación de la asociación —la que ya ostentaba personalidad jurídica— y se considera determinante este dato, dados los meros efectos de publicidad de la inscripción a los que se refiere el artículo 22 de la CE habiéndose superado por subsanación cualquier defecto relativo a su capacidad procesal cuando se acreditó en los autos la posterior inscripción por resolución de 9 de noviembre de 1994» (FJ 2). Otras decisiones de lo contencioso-administrativo invocan la Ley 19/1977, de 1 de abril, para entender que goza de personalidad jurídica (y por tanto de capacidad procesal) la asociación profesional o empresarial recurrente. Así sucede con las Sentencias, Sala 3ª, de 1 de julio de 1991 (RJ 1991, 6455; que acoge sin embargo la excepción respecto de las Asociaciones Empresariales de Agencias de Viaje de Córdoba, Huelva, Almería y Jaén porque no acreditaron su constitución bajo dicha Ley); de 16 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9254; Asociación de Salas de Fiestas, Folklore y Variedades de Madrid, cuyos Estatutos fueron visados el 17 de mayo de 1977 por el antiguo Ministerio de Relaciones Sindicales); y de 10 de febrero de 1984 (RJ 1984, 798; Asociación Española de Comerciantes en Numismática). La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 1994 (AS 1994, 4651) aprecia falta de personalidad de la Asociación que impugna un convenio colectivo (Asociación del Personal Oficial y Auxiliar de los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España) porque no había adquirido personalidad jurídica al amparo de la LOLS en el momento en que interpuso la demanda.

Pero en otras decisiones el Tribunal Supremo ha mantenido una posición contraria, haciendo depender la adquisición de la personalidad jurídica de la inscripción registral. Así sucede, por ejemplo, con la Sentencia de 28 de noviembre de 1986⁴³, sobre una cofradía religiosa, y con la de 2 de noviembre de 1987⁴⁴, sobre una asociación del mismo género. Esta desviación de la doctrina sentada en las decisiones citadas con anterioridad tiene una fácil explicación si se advierte que se trataba en ambos casos de tipos específicos de asociaciones excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de 1964 (cfr. su art. 2, apartados 1 y 4) y sometidas a una normativa especial (la relativa a las asociaciones religiosas) que establece con claridad que la adquisición de la personalidad se obtiene con la inscripción registral. En consecuencia, estos pronunciamientos del Supremo no desmienten la tesis mayoritaria⁴⁵.

La personalidad de la asociación no se discute siquiera, o se hace de manera mínima, en otras ocasiones. Véanse en este sentido las Sentencias, Sala 3ª, de 30 de enero de 1992 (RJ 1992, 728; Asociación Nacional de Jefes de Departamento de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social), o de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de marzo de 2004 (La Ley 2004, 1144; impugnación por la Fundación del Movimiento Ciudadano Anti-Sida, la Asociación Justicia e Sociedade de Galicia, la Asociación Colectivo Moucho y la Asociación Presos de Galicia para la impugnación de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de diciembre de 2000, por la que se crea un fichero con datos de carácter personal). En el caso de la Sentencia, Sala 3ª, de 15 de enero de 1998 (RJ 1998, 599) no se debatía si la Asociación recurrente (la organización empresarial «Sefes, La Patronal») tenía personalidad jurídica, sino si constaba el acuerdo asociativo de interposición del recurso contencioso-administrativo, y si el mismo había sido otorgado por los órganos asociativos competentes (el Supremo rechaza la excepción de inadmisibilidad). Cuando la asociación está inscrita desaparece todo problema de personalidad, como demuestra la Sentencia, Sala 3ª, de 2 de octubre de 1981 (RJ 1981, 4060; Asociación de Propietarios del Barrio de la Paz). También si la personalidad fue reconocida en vía administrativa, en cuyo caso no es posible negarla luego en vía judicial (Sentencia, Sala 3ª, de 23 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 6679; Asociación de Vecinos del Mas Pas-Alcudia]). Personalidad jurídica y legitimación son obviamente cosas distintas: la Sentencia, Sala 3ª, de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 5199) niega legitimación a la Agrupación de Artesanos Bodegueros de La Rioja para impugnar cierta actuación administrativa relativa a las solicitudes sobre plantación de nuevos viñedos, ya que su interés asociativo es la defensa de los bodegueros, lo que no guarda relación con la plantación de nuevos viñedos. Lo que no significa que dicha Asociación carezca de personalidad jurídica.

43 RJ 1986, 6622.

44 RJ 1987, 8764.

45 Sí se posiciona expresamente en contra de la tesis mayoritaria la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril de 1999 (RJCA 1999, 2851), que niega legitimación a la Delegación de Alumnos de la Universidad Politécnica de Valencia porque no tiene personalidad jurídica, «hasta el punto de que su propio Reglamento de 6 de noviembre de 1989, dice que «la Delegación de Alumnos arbitrará los

La doctrina, por su parte, ha defendido posiciones encontradas sobre esta materia, habiéndose producido incluso cambios de posición de un mismo autor con el correr del tiempo. Desde el punto de vista cuantitativo, parece que son ligera mayoría los autores que consideran que es la inscripción registral la que proporciona a la asociación la cualidad de persona jurídica, en la medida en que en nuestro Derecho la personalidad jurídica exige siempre publicidad. De modo más o menos explícito, esta es la posición que mantienen, entre los publicistas, SÁNCHEZ AGESTA⁴⁶, SANTAMARÍA PASTOR⁴⁷, TORRES DEL MORAL⁴⁸, DE LA MORENA⁴⁹, LÓPEZ RODRÍGUEZ⁵⁰, AGUIAR DE LUQUE⁵¹, FERNÁNDEZ SEGADO⁵², DE ESTEBAN y GONZÁLEZ TREVIJANO⁵³, RODRÍGUEZ-ZAPATA⁵⁴ y, de manera más

procedimientos necesarios para gozar de personalidad jurídica propia», texto que, si bien inidóneo para atribuir personalidad jurídica a la Delegación de Alumnos, lo cierto es que reconoce que no la tiene. Podría tenerla -añade- cumpliendo los requisitos de la Ley de Asociaciones e inscribiéndose en el correspondiente registro, lo que no hay constancia de que haya tenido lugar hasta la fecha».

46 *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 4ª ed, 1985, p. 154.

47 «Comentario al artículo 22», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 1ª ed., 1980, pp. 288-289; 2ª ed., 1985, pp. 435-437, 3ª ed., 2001, pp. 501-504.

48 *Principios de Derecho constitucional español*, I, 2ª ed., 1988, pp. 173-174. Atinadamente hizo desaparecer este autor en la segunda edición de su libro la barbaridad que se podía leer en la primera, de 1985: «si no está inscrita [la asociación] no es ni siquiera asociación en el sentido jurídico del término» (p. 148). Menos clara es su posición, empero, en una edición posterior (*Principios de Derecho constitucional español*, 4ª ed., 1998, pp. 335-336).

49 «El derecho de asociación en la Constitución: ¿qué debe entenderse por inscripción registral «a los solos efectos de publicidad»?», en *Boletín de Documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior*, 84 (1981), pp. 17-19.

50 *El derecho de asociación*, 1983, pp. 104-112.

51 «Comentario al artículo 22», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, II, 1984, pp. 617-620. La misma opinión mantiene en la segunda edición de esta obra, presentada bajo el título O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, II, 1997, pp. 618-619. Pero su posición es menos clara en otro trabajo publicado dos años antes. Cfr. L. AGUIAR DE LUQUE, «Derecho de asociación», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, II, 1995, p. 2220, donde, al analizar el momento en que la asociación adquiere la personalidad jurídica, plantea tres posiciones: «considerar como punto de inicio el pacto constitutivo (lo que parece contradictorio con la posición dominante en la doctrina que considera necesaria la inscripción registral), tomar como base la inscripción registral (lo que resulta difícil de compaginar con la jurisprudencia dictada hasta el momento) o considerar como fecha *a quo* el pacto constitutivo dotando de efectos retroactivos a la inscripción registral (tesis un tanto forzada pero que parece la más respetuosa con las posturas jurisprudenciales y doctrinales mantenidas hasta el momento)».

52 *El sistema constitucional español*, 1992, pp. 389-390.

53 *Curso de Derecho constitucional español*, II, 1993, p. 196.

54 *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, 1996, p. 354. Es manifiestamente errónea la afirmación de este autor según la cual «sólo se pueden denominar asociaciones en sentido estricto a las inscritas en un Registro público» (p. 354).

argumentada, FERNÁNDEZ FARRERES⁵⁵. La Sentencia del Tribunal Constitucional 291/1993, de 18 de octubre, con su desafortunada afirmación de que «la libertad de asociación no se satisface plenamente sino cuando se satisface la carga de la inscripción registral que la Constitución impone (art. 22.3) y que la Administración no puede denegar arbitraria o inmotivadamente» (FJ 2), ha sido interpretada por algún sector doctrinal en el sentido de que el Constitucional comparte la tesis de exigir la inscripción para adquirir la personalidad jurídica. Pero se trata de una lectura interesada, pues el objeto del recurso de amparo versaba sobre la negativa de la Administración a inscribir una asociación (Unión Democrática de Guardias Civiles), y no sobre el momento en que se verificaba la colación de la personalidad.

Entre los civilistas, quien de modo más razonado ha sostenido que las asociaciones adquieren personalidad jurídica como consecuencia de la inscripción en el Registro ha sido CAPILLA⁵⁶. En su opinión, el acto de inscripción registral es requisito atributivo de la personalidad jurídica, de modo que las asociaciones registradas gozan de personalidad y las no registradas son asociaciones sin personalidad. El otorgamiento de personalidad, como algo distinto de la libertad de asociación, no impide el ejercicio de dicha libertad por el hecho de ser denegada, pues la intervención administrativa se limita a este segundo aspecto, y no al primero. El otorgamiento de la personalidad se limita en este contexto a dar acceso a las asociaciones registradas a un trato privilegiado, que consiste básicamente en la separación patrimonial y que

55 «Algunas reflexiones sobre el nuevo derecho de asociación tras la Constitución española de 1978», en M. RAMÍREZ (dir.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, 1982, pp. 154 ss., y la monografía antes citada *Asociaciones y Constitución*, 1987, pp. 89 ss. También en este autor es palpable la modificación de su posición en relación con la posición jurídica de las asociaciones no inscritas. En el trabajo citado en primer lugar sostenía que las asociaciones del artículo 22 CE «necesariamente serán -sin excepción posible- asociaciones con personalidad jurídica, es decir, asociaciones-personas jurídicas, mientras que la categorías de las «asociaciones no reconocidas», sin personalidad jurídica, no tendrán cabida, ni siquiera existencia jurídica como tales asociaciones [...] En suma, sin personalidad no hay asociación y todas las asociaciones tendrán necesariamente personalidad jurídica, no otra es la conclusión a la que fuerza la obligatoriedad de inscripción en un Registro que a todas las asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 impone el texto constitucional» (p. 267). Esta errónea opinión es rectificada en la obra citada en segundo lugar.

56 *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1984, pp. 120 ss. Una elaboración más articulada de su tesis se encuentra en «Comentario a los artículos 35 a 39», en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I-3^o, 2^a ed., 1993, pp. 857-859, donde matiza algunas de las opiniones recogidas en el primer trabajo citado.

requiere o aconseja la constancia segura y pública de la asociación y los elementos patrimoniales afectos al fin social. Es cierto, admite CAPILLA, que la interpretación propuesta se enfrenta con el tenor literal del artículo 35 CC; sin embargo, «la personalidad jurídica requiere publicidad», y ésta se obtiene como consecuencia de la inscripción registral ordenada por el artículo 22.3 CE⁵⁷.

En esta misma opinión han recalado, después de algunos vaivenes, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, a la vista fundamentalmente de las leyes posconstitucionales que hacen depender la adquisición de la personalidad jurídica de la inscripción en un Registro público. Según estos autores, en el ordenamiento jurídico la adquisición de personalidad siempre se conecta con la publicidad, por lo que «la asociación ha de inscribirse y a este requisito se subordina el que sea persona jurídica»⁵⁸.

57 No obstante lo indicado en el texto, existía en la primera obra citada de CAPILLA una cierta contradicción sobre la relación que el artículo 22.3 CE guarda con la adquisición de la personalidad jurídica por las asociaciones. Y así, en un primer momento (p. 116) parece sostenerse que la personalidad de las asociaciones es un hecho ajeno al artículo 22 CE, afirmándose que «de las dos cuestiones implicadas, la Constitución solamente aborda el derecho de asociación, pero en modo alguno lo relativo a la personalidad jurídica de las asociaciones». Sin embargo, más adelante en esa misma obra (p. 126) afirma que del hecho de que la personalidad jurídica de las asociaciones presuponga publicidad «se extrae un sólido argumento en favor de entender el párrafo 3 del artículo 22 CE como el eje en torno al cual gira la personalidad de las asociaciones. Entre los «solos efectos de publicidad» a que se refiere la obligación de inscripción en un Registro de las asociaciones —prosigue CAPILLA—, el más importante es precisamente el reconocimiento de personalidad jurídica a las asociaciones inscritas». Según esta segunda opinión, por lo tanto, el artículo 22.3 CE resolvería el problema de la personalidad jurídica de las asociaciones, convirtiéndolo en «efecto» de la publicidad derivada de la inscripción registral; es más, el artículo 22.3 CE sería «el eje en torno al cual gira la personalidad de las asociaciones».

En la obra de CAPILLA citada en segundo lugar ha desaparecido esta consideración del artículo 22.3 CE como «el eje en torno al cual gira la personalidad de las asociaciones».

58 L. DÍEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 6ª ed., 1988, pp. 557-558. En alguna edición precedente —pero posconstitucional— de su manual sostuvieron, en cambio, la posición justamente contraria. Así, en la 4ª ed., 1981, pp. 661-662, manifestaron lo siguiente: «Hoy, de acuerdo con el artículo 22 del texto constitucional, la obtención de la personalidad jurídica no queda condicionada a nada, ni siquiera al registro de la asociación»; y en otro momento añadían: «El artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho de asociación sin más, y no condiciona la adquisición de la personalidad jurídica a ninguna actividad de la Administración».

Tampoco queda nada clara la posición de estos autores en la materia antes de la entrada en vigor de la CE. En la primera edición de su *Sistema* optaban por hacer depender la adquisición de la personalidad jurídica del reconocimiento de la asociación (art. 3.6 de la Ley de 1964), afirmando al efecto que «cuando la asociación actúa antes de haber obtenido el reconocimiento o sin él, es evidente que no goza de personalidad jurídica al no haberse constituido legalmente. Ya dijimos en el capítulo anterior —agregaban— que el artículo 35 del Código civil sólo considera personas

Frente a las opiniones señaladas, otros autores han entendido que, tras la entrada en vigor de la Constitución, las asociaciones adquieren personalidad jurídica sin necesidad de inscripción⁵⁹. Entre los publicistas, mantienen esta tesis ALZAGA⁶⁰, SÁNCHEZ MORÓN⁶¹, GARCÍA MORILLO⁶², ÁLVAREZ CONDE⁶³, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA⁶⁴ y GARRI-

jurídicas a las asociaciones reconocidas por la ley, y este reconocimiento se subordina a que se constituyan mediante las formas predeterminadas legalmente» (L. DíEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 1ª ed., 1975, p. 360). Pero en una edición más reciente, al evocar la posición que mantuvieron antes de la aprobación de la CE, parecen apuntar que las asociaciones adquirirían la personalidad jurídica con la inscripción, practicada después de obtener el reconocimiento. Y así, en la edición del *Sistema* correspondiente al año 2000 se lee lo siguiente: «Con anterioridad a la Constitución de 1978, la solución más probable era la de que el momento esencial se podía concretar en el reconocimiento e inscripción de la asociación, una vez que se visaban sus estatutos y se comprobaba la licitud y determinación del fin. Y ello porque para el artículo 35.1º del Código civil la asociación era persona jurídica cuando se reconocía por la Ley. La inscripción registral se practicaba, según sabemos, de oficio por la Administración. En ninguno de los preceptos de la LA se condicionaba la adquisición de la personalidad jurídica a la inscripción, pero toda la legislación de asociaciones presupone que con la inscripción queda constituida legalmente la asociación» (L. DíEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 9ª ed., 2000, p. 615). Una nueva «relectura», pues, de la posición expresada en 1975. Para J. M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, 4ª ed., 2000, p. 315, antes de la CE «la asociación se constituía legalmente con la inscripción», y cita en apoyo de esta tesis la opinión de DíEZ-PICAZO y GULLÓN.

59 Con todo, no en todos los autores que seguidamente se indican tiene el mismo peso el argumento derivado de la Constitución. Es singular en este punto la obra de J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, 7ª ed., 2000, p. 464: da a un epígrafe la rúbrica «Constitución y adquisición de personalidad jurídica», pero luego al desarrollarlo no se pronuncia lo más mínimo sobre esa cuestión.

60 *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978, 1979*, p. 232. Se trata de la primera toma de posición en esta materia, y no es en absoluto descartable que influyera en la posición adoptada por el Tribunal Supremo en las Sentencias sobre las asociaciones masónicas. El mismo autor mantiene idéntica tesis en O. AZALGA VILLAAMIL/J. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ/J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Derecho político español según la Constitución de 1978*, II, 2ª ed., 1998, pp. 135-136.

61 «La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociación», *REDA* 22 (1989), pp. 442-452. Se trata de un comentario laudatorio de la Sentencia de la Audiencia Nacional 10 de mayo de 1979, que luego dio lugar a uno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre las asociaciones masónicas.

62 En J. DE ESTEBAN/L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, I, 1984, p. 179. Pero este mismo autor, en la obra colectiva L. LÓPEZ GUERRA/E. ESPÍN/J. GARCÍA MORILLO/P. PÉREZ TREMP/S. SATRÚSTEGUI, *Derecho constitucional*, I, 4ª ed., 2000, p. 309, se inclina por exigir la inscripción como requisito para la adquisición de personalidad jurídica.

63 *Curso de Derecho constitucional*, I, 3ª ed., 1999, p. 405.

64 *El derecho de asociación*, 1996, pp. 182 ss.

DO FALLA⁶⁵, entre otros⁶⁶. Entre los civilistas, son varios los autores que pueden mencionarse en este sentido. PUIG BRUTAU afirmó que la Ley de 1964 no determinaba con la necesaria claridad el momento en que las asociaciones adquirirían la personalidad jurídica, aunque podía sostenerse que la asociación quedaba provisionalmente constituida —y por tanto, había adquirido personalidad jurídica— en el momento de perfeccionarse el acta fundacional, y que esa personalidad jurídica inicialmente conseguida quedaría consolidada definitivamente cuando la autoridad gubernativa competente hubiera dado una resolución afirmativa acerca de los fines lícitos y determinados de la asociación. Las dudas persistían por cuanto el artículo 5 de la Ley de 1964 ordenaba la inscripción registral; sin embargo, del contexto de la propia Ley resulta que una vez obtenida definitivamente la personalidad jurídica con el reconocimiento gubernativo que establece el artículo 3, el primer deber que incumbe a la nueva persona jurídica es el de promover su inscripción. En cualquier caso —concluía PUIG BRUTAU—, «estas dudas ya no se presentarán en el futuro», dado el tenor del artículo 22.3 CE⁶⁷.

Para ALBALADEJO, como derivación de la desaparición del control previo de los poderes públicos sobre el nacimiento de las asociaciones, para ellas rige actualmente el sistema de reconocimiento por libre constitución, por lo que su «registración» no es requisito para que la personalidad se les otorgue. Así se deduce tanto del artículo 5.3 de la Ley de 1964 como del artículo 22.3 CE⁶⁸. También DE LOS MOZOS se sitúa en esta línea, cuando afirma que «la falta de inscripción no influye para nada en el reconocimiento de la

65 *Tratado de Derecho administrativo*, II, 11ª ed., 2002, p. 242. Su posición, no obstante, es un tanto equívoca: afirma que «debe decirse que la inscripción no es constitutiva», pero sin mayor aclaración acerca de qué es lo que no «constituye» la inscripción. Las dudas se incrementan porque en ningún momento de su exposición relaciona ese carácter no constitutivo de la inscripción con la personalidad jurídica.

66 Se inclinan también por la tesis de que la asociación adquiere la personalidad jurídica por su simple constitución, sin necesidad de inscripción, A. RODRÍGUEZ, en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.)/G. CÁMARA VILLAR/J. F. LÓPEZ AGUILAR/J. CANO BUESO/M. L. BALAGUER CALLEJÓN/A. RODRÍGUEZ, *Derecho constitucional*, II, 1999, p. 178; y T. VIDAL MARÍN, «El derecho de asociación», *Parlamento y Constitución*, 2 (1998), pp. 216-217.

67 L. PUIG BRUTAU/L. PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, I-1-2ª parte, 1979, pp. 716-717.

68 M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2º, 11ª ed., 1989, pp. 400-401, y *Derecho civil*, I, 15ª ed., 2002, pp. 388, 390, 397 (también en ediciones anteriores de esta misma obra; por ejemplo, 3ª ed., 1975, p. 362; véase igualmente la larga digresión contenida en la p. 356, nt. 4, sólo comprensible por la notable confusión existente sobre esta materia). En el mismo sentido, X.

personalidad jurídica de la asociación que depende, única y exclusivamente, de su constitución». Constituida la asociación —añade en otro momento—, de acuerdo con el artículo 22 CE, adquiere personalidad jurídica independiente de las personas de sus socios; el carácter de la inscripción es *ad probationem*, como deriva claramente del tenor literal del artículo 22.3 CE⁶⁹.

Una posición más peculiar mantiene LACRUZ en sus *Elementos*. Desvincula igualmente la adquisición de la personalidad jurídica de la inscripción registral, pero tampoco hace coincidir su adquisición con la sola constitución de la asociación. En su opinión, de la Ley de 1964 en relación con las disposiciones sobre el contrato de sociedad del Código Civil «más bien se deduce que el grupo que ejercita la libertad de asociación adquiere personalidad jurídica con la presentación del acta y restante documentación en el Gobierno civil, pues desde ese momento tiene organización suficiente y ha dado publicidad (estado oficial y público) a su existencia. Las formalidades ulteriores —añade— conducen a un *reconocimiento* del nuevo ente por parte de la autoridad (art. 3.6) una vez establecidas la licitud y determinación de los fines, pero entre tanto el ente puede actuar como tal, puesto que la ley no se lo prohíbe; con todo, si se le niega el reconocimiento, tendrá la negativa efectos retroactivos, una vez confirmada por los tribunales»⁷⁰. En la edición de 1974 mantuvo LACRUZ que la adquisición de la personalidad jurídica se producía

O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, I, 1986, pp. 292-293. También L. PUIG FERRIOL en L. PUIG/M^a. C. GETE-ALONSO/J. GIL/J. J. HUALDE, *Manual de Derecho civil*, I, 1995, p. 374: «Parece que para el Derecho vigente la tesis más ajustada es la de entender que las asociaciones adquieren personalidad jurídica desde el otorgamiento del acta de constitución que exige el artículo 3.1 LA».

69 J. L. DE LOS MOZOS, «Derecho de asociación (Legislación española sobre asociaciones)», en *Derecho civil. Métodos, sistemas y categorías jurídicas*, 1988, pp. 276, 285 y 287-292. Es posible incardinar también en esta corriente a S. DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones...*, cit., p. 577, al menos en cuanto se refiere a la inscripción constitutiva de la personalidad jurídica como un criterio «de *lege ferenda* y por razones de conveniencia». Luego no como un criterio de derecho positivo.

70 J. L. LACRUZ, *Elementos...*, cit., 1-2^a, 1^a ed., 1983, pp. 209-210, 214, y 2^a ed., 1990, pp. 282-283, 287-288. En el mismo sentido, haciendo depender la adquisición de la personalidad jurídica de la presentación del acta y restante documentación ante la Administración competente, P. DE PABLO CONTRERAS en P. DE PABLO/C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil navarro*, I, 1990, p. 365, y también en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/P. DE PABLO CONTRERAS/M. Á. PÉREZ ÁLVAREZ/M^a. Á. PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, I, 2^a ed., 2001, p. 577: «pero de la ley de 1964 más bien parece deducirse que tal efecto va ligado a la presentación del acta, para su inscripción, ante la Administración competente, lo que no puede entenderse contrario a la Constitución».

por el hecho de la constitución de la asociación⁷¹. Esta expresa toma de posición ha desaparecido en las ediciones más recientes de los *Elementos*, lo que acaso se debe al deseo de sus discípulos de aligerar su contenido⁷².

4. Mi opinión: la neutralidad de la Constitución y la remisión a la opción del legislador

Mi opinión sobre este particular es la siguiente⁷³. No resulta tarea fácil interpretar coherentemente el artículo 22.3 CE, ni concretar, a falta de intervención del legislador, los solos efectos de publicidad derivados de la inscripción. El Tribunal Supremo escogió el camino de la personalidad jurídica en su Sentencia de 3 de julio de 1979 —luego seguida por otras—, pero bien es cierto que pudo del mismo modo haber escogido otro distinto. Porque un detenido estudio de la jurisprudencia del Supremo sobre esta materia pone de relieve que, a salvo de la Sentencia de 6 de octubre de 1984, donde el Tribunal tuvo que decidir si la actora (la Federación Española de Fútbol Sala) tenía o no personalidad jurídica como presupuesto para resolver acerca de la excepción de falta de personalidad aducida por el demandado, en las restantes ocasiones en las que el Supremo afirma que la personalidad jurídica se adquiere, por mor del artículo 22.3 CE, por la sola constitución de la asociación resulta más que cuestionable la pertinencia de semejante aserto de cara a la resolución final del litigio suscitado. En efecto, la impresión que se obtiene del examen del conjunto de las Sentencias del Alto

71 J. L. LACRUZ, *Elementos...*, cit., I, 1974, p. 194: «A partir del otorgamiento del acta la asociación adquiere personalidad jurídica: las formalidades ulteriores conducen a un *reconocimiento* del nuevo ente por parte de la autoridad (art. 3.6) una vez establecidas la licitud y determinación de los fines, pero entre tanto el ente puede actuar como tal, puesto que la ley no se lo prohíbe; con todo, si se le niega el reconocimiento, tendrá la negativa eficacia retroactiva».

72 J. DELGADO ECHEVERRÍA en J. L. LACRUZ, *Elementos...*, cit., I-2º, 2ª ed., 2000, p. 285, donde después de afirmarse que «no parece que fuera inconstitucional el hacer depender la atribución formal de la personalidad jurídica de la inscripción en un registro», al modo en que hacen algunas leyes posconstitucionales de tipos asociativos, se alude a la adquisición de la personalidad jurídica en los siguientes términos: «El otro problema es el de mera legalidad, es decir, si de acuerdo con la legislación vigente las asociaciones sujetas a la Ley de 1964 adquieren la personalidad jurídica mediante la inscripción, o bien mediante su constitución por el otorgamiento del acta a que luego nos referiremos. Esto último es lo que entiende, en general, la jurisprudencia y la mayor parte de los autores, aun sin desconocer los inconvenientes que para la seguridad del tráfico presenta este sistema».

73 Reitero en este punto, de modo literal, lo que tuve oportunidad de escribir en mi tesis doctoral *Asociaciones: constitución y personalidad jurídica*, 1991, pp. 590 ss., así como en el prólogo a la primera edición de *Legislación sobre asociaciones*, 1994, pp. 36 ss. y en la primera edición de A. CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho civil*, 1996, pp. 204-205.

Tribunal sobre esta materia (precedentes sobre todo del orden contencioso-administrativo) es que, cualquiera que sea la índole del conflicto litigioso, si guarda una relación directa con la inscripción de una asociación en el Registro, el Tribunal aprovecha siempre la ocasión para insistir en su tesis de que la personalidad jurídica se adquiere sin necesidad de inscripción.

El artículo 22.3 CE no sirve para resolver el problema de la personalidad jurídica de las asociaciones, ni tampoco para obtener de él argumentos suficientes en defensa de una u otra posición. El debate sobre la personalidad jurídica, centrado única y exclusivamente en el artículo 22.3 CE, puede prolongarse hasta el infinito sin añadir nuevos argumentos ni nuevas conclusiones a las manejadas durante muchos años, porque, en la medida en que el constituyente no ha concretado cuáles son los efectos de «publicidad» derivados de la inscripción, mantener que esa publicidad es *declarativa* de una personalidad jurídica previamente adquirida es una opinión tan plausible y fundada como la que considera que la publicidad es *constitutiva* de una personalidad jurídica que no se puede alcanzar de otro modo. La determinación del momento en que las asociaciones adquieren la personalidad jurídica es sencillamente una cuestión ajena a la CE, cuyo artículo 22 marca las líneas fundamentales de lo que es el derecho de asociación, pero no se pronuncia en absoluto sobre cuándo y cómo adquieren personalidad jurídica las asociaciones constituidas en el ejercicio de ese derecho.

Ante los diversos sistemas de atribución de personalidad jurídica a las asociaciones, el artículo 22.3 CE mantiene una posición *neutra*, de modo que, en línea de principio, todos los sistemas son igualmente constitucionales: optar por uno u otro se deja en manos del legislador. El problema de la personalidad jurídica de las asociaciones no es de *constitucionalidad*, sino de *legalidad*: habrá que ver en qué sentido se pronuncian nuestras leyes en torno al momento en que las asociaciones adquieren la personalidad jurídica porque cualquier argumento extraíble solamente del artículo 22.3 CE está condenado al fracaso⁷⁴.

Si se admite la tesis que aquí se postula, en pro de la neutralidad del artículo 22.3 CE en tema de personalidad jurídica de las asociaciones, habrá que considerar inexactas las opiniones que entienden que la creación de personas jurídicas

74 En este mismo sentido, con claridad, A. VENTURA-TRAVESET HERNÁNDEZ, «El papel del Notario en la constitución de las personas jurídicas», *RDN* 1989, pp. 181-189. Un breve apunte en esta misma línea E. ROCA TRÍAS, «Comentario a la Sentencia de 4 de febrero de 1983», *CCJC* 1 (1983), § 17, p. 173, y J. CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al artículo 35», en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES/L. DíEZ-PICAZO/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR), I, 1991, p. 237,

es «un derecho subjetivo protegido por el texto constitucional (derechos de asociación y fundación)»⁷⁵, pues, con independencia de la validez de ese aserto con respecto a las fundaciones, no parece que aquel precepto constitucional ofrezca base suficiente para entenderlo así en materia de asociaciones. El texto constitucional reconoce el derecho subjetivo a constituir asociaciones, pero no a que todas las asociaciones constituidas sean personas jurídicas. Las condiciones para que esto último se produzca lo decidirá la ley, no la Constitución.

De lege data, la norma que, con anterioridad a la aprobación de la LODA, decidía sobre el momento en que las asociaciones adquirirían la personalidad jurídica era el artículo 35.1º CC, conforme al cual las asociaciones gozaban de ese atributo «desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas». Este precepto del Código no fue afectado, ni mucho menos derogado, por el artículo 22.3 CE, que fue redactado por el constituyente —y así lo atestigua su tramitación parlamentaria— sin pretender decidir el momento en las asociaciones adquirirían la personalidad jurídica, ni menos aún prejuzgar que ese hecho se produjera con inscripción registral o sin ella. Una vez derogados por la Constitución los trámites de la Ley de 1964 que suponían una indebida intervención de la Administración en el proceso constitutivo de la asociación (es decir, la resolución sobre la licitud y determinación de los fines estatutarios y el visado de los Estatutos), la constitución de una

aunque luego se desvía de este correcto punto de partida concluyendo que la publicidad de que habla el artículo 22.3 CE significa que es necesaria la inscripción para la adquisición de la personalidad jurídica (pp. 237-238). En el mismo sentido del texto, en un trabajo aparecido con posterioridad a mi tesis doctoral, F. CAPILLA RONCERO, «Comentario a los artículos 35 a 39», en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I-3º, 2ª ed., 1993, p. 857, advierte que debe partirse de que «la atribución de personalidad jurídica no es cuestión constitucionalmente relevante, siempre que la privación de personalidad no comporte restricciones del estatuto jurídico de asociaciones y fundaciones, que provoque quiebra del contenido esencial de los respectivos derechos constitucionales (art. 53.2, en relación con el 22 y el 34 de la Constitución). Luego el deber de respeto esencial de los derechos de asociación y fundación —prosigue— se proyecta sobre el régimen jurídico de las organizaciones de uno y otro tipo, pero no necesariamente sobre la cuestión de su personalidad jurídica, que es de mera legalidad». Reitera esta misma opinión, tras la LODA, en F. CAPILLA/A. LÓPEZ/V. MONTÉS/E. ROCA/M. R. VALPUESTA, *Derecho Civil. Parte general y Derecho de la persona*, 4ª ed., 2003, p. 415: «Quedan al margen del contenido esencial del derecho de asociación algunas cuestiones importantes relativas a éstas, como la atribución de personalidad jurídica, que es cuestión en principio constitucionalmente irrelevante».

75 De esta opinión, J. L. LACRUZ, *Elementos...*, cit., I-2, 2ª ed., 1990, p. 251, y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría...*, cit., p. 354 («El artículo 22.3 confiere a todas las asociación el “derecho a pretender la personalidad jurídica”»). También, aún con más radicalidad, J.Mª EIZAGUIRRE, «Diez postulados para otra reforma del derecho de sociedades», *RDM* 252 (2004), p. 454: «Siendo la personificación a que venimos aludiendo, el instrumento indispensable de relación entre los colectivos de ciudadanos

asociación queda reconducida a los esquemas negociales más puros. Al igual que para el resto de los contratos, el negocio constitutivo de una asociación es válido y eficaz cuando concurren en él los elementos propios de todo contrato (art. 1261 CC), sin intermediación administrativa de ningún género. Cuando hay consentimiento, objeto y causa —elementos que en sede de asociaciones presentan particularidades en cuyo examen no es posible entrar ahora—, hay asociación válidamente constituida. Con la inevitable consecuencia de que, conforme al artículo 35.1º CC, esa asociación tiene ya personalidad jurídica. Tanto es así que los autores que, deseando ser fieles al artículo 35.1º CC, optan por hacer depender la adquisición de la personalidad de la inscripción de la asociación en el Registro correspondiente se ven obligados a hacer complejas construcciones⁷⁶ o a reconocer, sin más, que realizan una «interpretación correctora» de dicho precepto⁷⁷. De alguna manera, y aunque sea implícitamente, la tesis que aquí se mantiene ha sido compartida por el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 173/1998 reconoce que, «por el momento, el Código Civil, en su artículo 35.1º, se limita a prever, de modo genérico, que su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubieren quedado válidamente constituidas» [FJ 14.f)].

La neutralidad del artículo 22.3 CE en tema de adquisición de la personalidad jurídica por las asociaciones hace posible, pues, que sea igualmente constitucional la opción por asignar ese atributo por el solo hecho de la válida constitución de la asociación o por la inscripción de la asociación ya constituida en un registro público. Ambos sistemas son perfectamente constitucionales, y de ahí que sea el legislador el que, en último término, deba optar entre una u otra alternativa. La LODA, como inmediatamente tendremos oportunidad de ver, ha decidido atribuir la personalidad jurídica por el otorgamiento del acta fundacional, mientras que otras leyes estatales sobre modalidades

voluntariamente agrupados y los terceros, no cabe duda de que dicho atributo forma parte integrante del derecho de asociación proclamado en el artículo 22 CE, en cuanto *plus* respecto del reconocimiento por el artículo 10 I CE del libre desarrollo de la personalidad [...] La inexigibilidad de intervención estatal adicional respecto de la voluntad negocial para adquirir la personalidad jurídica básica es, por consiguiente, la única conclusión congruente con el artículo 22 CE». Partiendo de esta premisa, sin embargo, no es admisible la crítica que el autor formula a la LODA, diciendo de ella que hace gala «de un desconocimiento llamativo de la evolución del Derecho de sociedades correspondiente al constitucionalismo moderno reflejada en el artículo 22 CE», y que regula «de modo por demás restrictivo» ese derecho (en la misma p. 454), pues lo cierto es que en materia de adquisición de personalidad jurídica difícilmente cabe un criterio más liberal que el consagrado en el artículo 5.2 LODA.

76 Véase, como ejemplo más elaborado, F. CAPILLA, «Comentario a los artículos 35 a 39», cit., pp. 858-859.

77 Así, abiertamente, J. CAFFARENA, «Comentario al artículo 35», cit., p. 238.

específicas de asociaciones han optado por atribuir la personalidad jurídica como consecuencia de la inscripción registral.

La constitucionalidad de esta última alternativa ha quedado refrendada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra determinados preceptos de la Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002. Uno de los preceptos impugnados era el artículo 3.2 de dicha Ley Orgánica, conforme al cual «los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos». Para el recurrente, esta previsión era inconstitucional por su contradicción con el artículo 22.3 CE, que sólo contempla la inscripción a los efectos de publicidad, además de suponer una injustificada divergencia frente a las previsiones de la LODA. Para el Tribunal Constitucional, que desestima este alegato, «la *ratio* de la prohibición de que el registro sirva a otros efectos que los de la publicidad reside en la tutela de la libertad de creación de asociaciones y partidos, con lo que ninguna relación guarda el hecho de que se adquiera o no la personalidad jurídica». Por lo tanto, añade el Tribunal, «el legislador es libre de asociar o no el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción en el registro sin que del artículo 22.3 derive ningún impedimento para ello» (FJ 20). El sistema establecido por el legislador en la Ley Orgánica de Partidos Políticos no supone tampoco la instauración de un control material a favor de la Administración que dificulte la adquisición por el partido de la personalidad jurídica por medio de la inscripción:

«Ha de reconocerse que la personalidad jurídica del partido político que ha sido constituido mediante el acta fundacional (art. 3.1 LOPP) no se obtiene sino mediante el acto de inscripción en el mencionado Registro, bien producido de forma expresa, bien por el transcurso de veinte días sin acuerdo de suspensión de este plazo (art. 4.3 LOPP).

Ahora bien, el régimen diseñado por la Ley Orgánica 6/2002 en este concreto aspecto, en cuanto supedita la adquisición de personalidad jurídica del partido político a la previa inscripción en el Registro del Ministerio del Interior, no implica *per se* que haya de considerarse como un acto de injerencia de la Administración estatal contrario al principio constitucional de libertad de creación o constitución de partidos políticos. Para que ello ocurra y, por ende, pudiera prosperar la impugnación del Gobierno Vasco en este concreto extremo, sería menester que, por el modo en que el legislador regula el acto de inscripción y por las facul-

tades que para ello atribuye al Ministerio del Interior, se apreciase que a este se le apodera de un efectivo control material sobre la procedencia o no de la inscripción solicitada y, por tanto, sobre la atribución de personalidad jurídica al partido, de tal manera que las facultades de dicho Departamento ministerial excedieran del estricto y limitado ámbito de la simple verificación reglada de los aspectos jurídico-formales de la documentación presentada a inscripción, tal como lo ha entendido la doctrina constitucional, pues como declaró la STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 3, “el sistema de previa inscripción en un Registro público ... sólo es constitucionalmente admisible con el alcance de un control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada por parte de la autoridad administrativa”, y la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 5, estableció que cuando de la inscripción (constitutiva) se trata, únicamente es constitucionalmente admisible la verificación reglada, esto es, “comprobar si los documentos que se ... presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúnen los requisitos formales necesarios”.

Pues bien, partiendo de los requisitos formales exigidos por el artículo 3.1 LOPP, y del régimen de inscripción contenido en la Ley impugnada (art. 4 y 5.1), ha de entenderse que no se confieren al Ministerio del Interior potestades discrecionales que le habiliten para proceder o no a la inscripción en el Registro del partido que lo solicita mediante la presentación de la documentación requerida al efecto, pues a la autoridad administrativa tan solo se le atribuye una actuación de constatación rigurosamente reglada, en cuanto contraída a los aspectos formales a través de los que se manifiesta el acto de constitución (acta fundacional y documentación complementaria), de tal manera que la suspensión del plazo de veinte días en el que ha de producirse el acto de inscripción tiene por exclusiva finalidad subsanar los defectos formales advertidos en aquella documentación, como pone de relieve el artículo 5.1 LOPP.

En principio, pues, el legislador orgánico no apodera a la Administración estatal, mediante la inscripción registral, con facultades de un verdadero control material en orden a la personificación jurídica de los partidos políticos, por lo que no cabe hablar de que se desconoce o menoscaba el aludido principio constitucional de libertad de creación de partidos políticos plasmado en el artículo 6 de la Constitución» (STC 43/2003, FJ 20).

No resulta necesario en este momento, pues excede de los fines pretendidos en este trabajo, verificar la corrección del análisis que el Tribunal Constitucional realiza acerca del alcance real de las facultades concedidas a la Administración llamada a dar respuesta a la petición de inscripción en el Registro de Partidos Políticos formulada por un partido político ya constituido (pero aún sin personalidad jurídica). Tampoco resulta pertinente, por las mismas razones, comparar el régimen instaurado en este punto por la Ley Orgánica de Partidos Políticos con el establecido por la LODA (cfr. su art. 30). A los efectos de este trabajo, basta con retener que, en opinión del Tribunal, el artículo 22.3 CE deja completa libertad al legislador para «asociar o no el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción en el registro», dado que dicho precepto «ninguna relación guarda» con el sistema de adquisición de la personalidad jurídica.

5. La cuestión de la personalidad jurídica en las leyes autonómicas

Los legisladores autonómicos que han regulado las asociaciones antes la publicación de la LODA (los del País Vasco y Cataluña) han omitido de modo deliberado cualquier pronunciamiento sobre el modo en que adquirirían la personalidad jurídica. Han pesado de modo decisivo sobre este silencio el debate doctrinal (y, en mucha menor medida, jurisprudencial) existente sobre este particular, así como, en no menor medida, el temor de incurrir en inconstitucionalidad si se incluía una previsión sobre esta materia.

A) Ley de Asociaciones del País Vasco

Ningún precepto de la Ley vasca de Asociaciones especifica el momento en el que las asociaciones adquieren su personalidad jurídica o el criterio que determina esa adquisición. El artículo 8.1 de la Ley vasca 3/1988, de 12 de febrero, se limita a disponer que «las asociaciones constituidas de acuerdo con lo establecido en los artículos anteriores, se inscribirán, a los solos efectos de publicidad, en el Registro de Asociaciones a que se refiere el artículo 9»; y conforme a este artículo 9, «la inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ellas se relacionan como para sus propios miembros».

Sin embargo, lo cierto es que en la tramitación parlamentaria de la Ley el principal punto de polémica se centró, precisamente, en lo relativo a la determinación del momento de la adquisición de la personalidad jurídica por parte de la asociación. El Grupo Parlamentario Eusko Alkartasuna pretendió a través de una enmienda, la nº 46, que en el texto se atribuyese carácter constitutivo a la inscripción registral, aunque el intento no prosperó y la Ley acabó por no pronunciarse sobre esta materia y por limitarse a reiterar la necesidad de inscripción «a los solos efectos de publicidad». La doctrina que más atentamente ha estudiado la Ley vasca ha considerado que el examen conjunto de los artículos 8.1 y 9 de la Ley permite afirmar que «los textos no dejan lugar a dudas de que las Asociaciones adquieren la personalidad jurídica desde el momento de su válida constitución, esto es, desde que existen el Acta fundacional y unos Estatutos, con el contenido mínimo exigido imperativamente»⁷⁸. Lo que vendría a reforzarse por la afirmación de la Exposición de Motivos según la cual la Ley «establece un sistema de inscripción meramente declarativo» (se supone que declarativo de la personalidad jurídica). Este criterio —que comparto— no es en última instancia sino, en ausencia de norma específica en la Ley autonómica, el resultado de aplicar el artículo 35.1º CC, esto es, el de la adquisición de la personalidad jurídica en el momento de su válida constitución, con la importante particularidad de que esa «válida constitución» se determinará conforme a las disposiciones propias de la Ley autonómica de Asociaciones, y no del Derecho del Estado.

B) Ley de Asociaciones de Cataluña

Tampoco existe en la Ley catalana de Asociaciones (Ley 7/1997, de 18 de junio) ninguna norma relativa a la adquisición de personalidad jurídica por las asociaciones constituidas a su amparo. De todos modos, que tales asociaciones gozan del atributo de la personalidad se deduce, siquiera sea por vía

78 J. J. HUALDE SÁNCHEZ, «Competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de asociaciones: la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones», en C. E. FLORENSA I TOMÀS (coord.), *Entitats associatives en el Dret civil català*, 1993, pp. 96 y 108. De acuerdo con esta apreciación, E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Algunas consideraciones sobre la Ley vasca de Asociaciones», *Revista de Economía Social y de la Empresa*, 8 (1989), pp. 98-100; y V. ANGOITIA GOROSTIAGA, «Breves consideraciones en torno a la personalidad jurídica, responsabilidades, utilidad pública y disolución de las asociaciones en la Ley vasca 3/1988, de 12 de febrero», *Derecho Privado y Constitución*, 9 (1996), p. 16.

indirecta, de su artículo 27.1, conforme al cual «la disolución de la asociación abre el periodo de liquidación, hasta cuyo término la entidad conservará su personalidad jurídica». Si las asociaciones disueltas siguen conservando «su personalidad» hasta la terminación de la fase de liquidación es, evidentemente, porque en algún momento anterior la han debido adquirir.

De la consciente indefinición del legislador autonómico en esta materia dan fe suficiente las diversas alternativas que se barajaron en los trabajos prelegislativos. El Proyecto de Ley de Asociaciones de 1994⁷⁹ regulaba expresamente esta materia en su artículo 10.1, conforme al cual «l'associació adquireix personalitat jurídica des de l'atorgament de l'acta de la constitució». La tramitación de este Proyecto quedó interrumpida por la disolución del Parlamento autonómico y la celebración de las elecciones que abrieron paso a una nueva Legislatura. En ésta, el nuevo proyecto presentado por el Gobierno, que desembocó en la aprobación de la vigente Ley catalana de Asociaciones, ya no contenía ninguna regla relativa a la adquisición de la personalidad jurídica⁸⁰. Lo que no deja de ser llamativo si se advierte que en ambos casos el gobierno autonómico era del mismo color político. A su vez, el silencio del Proyecto de 1996 contrasta con las previsiones de la Proposición alternativa de Ley de Asociaciones que por esas mismas fechas presentó en el Parlamento autonómico el Grupo Socialista⁸¹, que incorporaba una norma análoga a la del Proyecto de 1994 (art. 3: «L'associació adquireix personalitat jurídica des del moment en que efectivament tres o més persones manifesten la seva voluntat de constituir-la»), aunque otro texto igualmente alternativo, la Proposición de Ley de Asociaciones presentada por el Grupo Parlamentario de Iniciativa por Cataluña-Los Verdes (IC-EV)⁸², optaba por el mismo silencio que el Proyecto de 1996.

La ausencia de cualquier previsión en la Ley definitivamente aprobada por el Parlamento de Cataluña ha originado entre los autores posiciones bien divergentes. Así, de un lado, se ha mantenido que, aunque se trate de un criterio de oportunidad discutible, la asociación es persona jurídica desde el acuerdo de constitución y que la adquisición de la personalidad no se hace

79 *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, nº 242, de 21 de mayo de 1994.

80 Este segundo Proyecto puede verse en *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, nº 49, de 13 de mayo de 1996.

81 *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, nº 8, de 28 de enero de 1996.

82 *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, nº 8, de 28 de enero de 1996.

dependen de la inscripció⁸³. Esta opinió se basa en los artículos 4.3.e) y 9.5.a) de la Ley catalana⁸⁴. Desde otra perspectiva, en cambio, se ha sostenido que la Ley se refiere incidentalmente a la personalidad jurídica, separando la inscripció de la constitució y vinculando la personalidad a aquélla, aunque textualmente la inscripció no tenga más que efectos de publicidad⁸⁵. Según este segundo criterio, la adquisició de la personalidad jurídica se produce como consecuencia de la inscripció registral, lo que se fundamenta en los artículos 11.1 —a contrario—, 2 y 3 y 21.1, en relació con el 28.f)⁸⁶.

83 En este sentido, L. PUIG I FERRIOL en L. PUIG I FERRIOL/E. ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, II, 5ª. ed., 1998, p. 259: «l'associació esdevé persona jurídica des que es perfecciona l'acord de constitució i que per consegüent l'adquisició de la personalitat jurídica no es fa dependre de la inscripció, encara que aquest criteri és d'una oportunitat discutible». De la misma opinió, R. CABANAS TREJO, *Comentario de la Ley catalana de Asociaciones*, 2000, pp. 142-143, así como F. CERDÀ ALBERO, «La Llei 7/1997, de 18 de juny de 1987, d'associacions: una aproximació crítica», en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions*, Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa, 1998, p. 82.

84 Según el artículo 4.3.e), el acuerdo de constitució de la asociació debe contener, como mínimo, «la voluntad de las personas socias fundadoras de constituir una asociació», especificándose a continuació el modo en que debe acreditarse esa voluntad, en funció de que la constituyente sea una persona física o una persona jurídica. Según el artículo 9.5.a), en el Registro de Asociaciones debe inscribirse «la constitució de la asociació» mediante anotació de los datos que el precepto señala.

85 Con esta opinió, F. BADOSA COLL en F. BADOSA COLL (dir.), *Compendi de Dret civil català*, 1999, p. 118: «La LA s'hi refereix incidentalment, separant la inscripció de la constitució (art. 8.3; 9.2) i vinculant la personalitat a aquella (ex art. 11.1 a contrari; 2.3 y art. 21.1 en relació a 28 f). Això malgrat que textualment la inscripció només té efectes de publicitat (art. 9.1.2 «només als efectes de la publicitat»; art. 22.3 CE)». Idéntico criterio mantiene el mismo autor en F. BADOSA COLL (coord.), *Manual de Dret civil català*, 2003, p. 188.

86 Según el artículo 11.1, «quienes actúen en nombre de una asociació 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 —prosigue el precepto—, esta responsabilidad solidaria debe aplicarse a los promotores o fundadores de la asociació y aquellos que hayan establecido cualquier relació jurídica con terceras personas atribuyéndose la representació de la asociació». No obstante, según el apartado 2 de ese mismo artículo 11, «la responsabilidad mencionada en el apartado 1 cesa si la inscripció se solicita dentro del año posterior a la constitució de la asociació y acepta las obligaciones resultantes en el plazo de los tres meses posteriores a la inscripció». Conforme al apartado 3 del artículo 11, también citado por BADOSA en apoyo de su tesis, «la asociació responde de los actos indispensables para su constitució y de los realizados por los fundadores de acuerdo con los Estatutos y previos para la fase anterior a la inscripció». El artículo 21.1 dispone que «los miembros de los órganos de gobierno ejercen sus funciones con la diligencia del leal representante, según lo establecido en la presente Ley y los correspondientes Estatutos», y que «deben guardar secreto de las informaciones confidenciales relativas a la asociació incluso tras cesar en el cargo». Finalmente, la letra f) del artículo 28 atribuye a los liquidadores de la asociació, entre otros cometidos, «solicitar la cancelació de los asientos en el Registro».

Puestos en la tesitura de optar por alguna de las dos interpretaciones de la Ley catalana de Asociaciones precedentemente expuestas, me inclino personalmente por suscribir la manifestada por el Profesor PUIG⁸⁷. En primer lugar, por su similitud con la mantenida por el Tribunal Supremo en la interpretación dada al artículo 22.3 CE; en segundo lugar, porque, en ausencia de previsión expresa en el Derecho propio de Cataluña, parece razonable acudir supletoriamente a lo previsto en el Derecho del Estado (art. 149.3 CE), lo que en este caso conduce derechamente al artículo 35.1º CC y al criterio que en él se sienta de la válida constitución como dato atributivo de la personalidad jurídica; y finalmente, en tercer lugar, porque, leídos sin prejuicios, los preceptos de la Ley catalana que BADOSA invoca en defensa de su tesis no se refieren en puridad a la personalidad jurídica de las asociaciones —materia que, según se apuntó, no es contemplada por la Ley catalana en ninguno de sus preceptos—, sino a la responsabilidad, ya de la asociación, ya de sus miembros.

C) Ley de Asociaciones de Canarias

La Ley de Asociaciones de Canarias (Ley 4/2003, de 28 de febrero) es la primera dictada con posterioridad a la LODA. Al igual que las otras autonómicas, no establece en ninguno de sus preceptos el momento en que las asociaciones constituidas a su amparo adquieren la personalidad jurídica. De su artículo 32.1 se deduce que esas asociaciones gozan del atributo de la personalidad, pues si durante el procedimiento de liquidación la asociación «conservará su personalidad jurídica» es por la sencilla razón de que, antes de la apertura de ese procedimiento, la asociación ya es persona jurídica. Aunque a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley canaria se presentó una enmienda directamente encaminada a precisar el modo en que las asociaciones adquirirían la personalidad jurídica, el intento no prosperó⁸⁸. Pero

87 La SAP Lleida de 25 de octubre de 1999 (AC 1999, 2065) parece también optar incidentalmente por esta tesis cuando, después de indicar que la personalidad jurídica deriva de la constitución, añade que la Ley catalana «sigue esta línea en su artículo 9.2» (FJ 2).

88 Se trataba de la enmienda nº 29, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que proponía la adición al artículo 4 («Régimen jurídico») de un nuevo apartado 3 del siguiente tenor: «Las asociaciones adquieren personalidad jurídica en el instante en que queda redactada y suscrita el acta de su constitución» (*Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*, V Legislatura, nº 149, 11 de junio de 2002, p. 5).

no existe constancia de que esa negativa del Parlamento canario a incluir en su Ley de Asociaciones una norma relativa a la adquisición de la personalidad obedeciera a la calificación competencial del artículo 5.2 LODA que seguidamente se expone.

6. El modelo de adquisición de personalidad jurídica de la LODA

A) El artículo 5.2 LODA

Como hemos señalado, la LODA es la primera ley de asociaciones que establece de modo inequívoco el criterio conforme al cual las asociaciones «generales» adquieren la personalidad jurídica. En efecto, su artículo 5.2 dispone que, con el otorgamiento del acta fundacional, «adquirirá la asociación su personalidad jurídica». La consecuencia más relevante de esta norma es que la inscripción no resulta precisa para adquirir la personalidad jurídica. Lo que se deduce del propio artículo 5.2 LODA, que ciertamente alude a «la necesidad de su inscripción», aunque «a los efectos del artículo 10», es decir, «a los solos efectos de publicidad» (art. 10.1 LODA, que reproduce en este punto el art. 22.3 CE)⁸⁹. La adquisición de la personalidad jurídica por la sola constitución contrasta con lo que, como vimos, sucede en materia de fundaciones, que adquieren la personalidad jurídica con la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones⁹⁰. En el caso de las asociaciones, por el

⁸⁹ El tenor completo del artículo 10.1 LODA es el siguiente: «Las asociaciones reguladas en la presente Ley deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad».

⁹⁰ Únicamente en el Derecho foral de Navarra, donde continúan aplicándose las leyes de la Compilación de 1973 en materia de fundaciones, la adquisición de la personalidad jurídica se hace derivar del otorgamiento de la escritura fundacional, sin necesidad de inscripción alguna. Semejante tesis se basa en la ley 44 I del Fuero Nuevo de Navarra («Por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase»). En los tribunales, este criterio es mantenido, bien que como *obiter*, por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Aoiz de 8 de enero de 2003 (AC 2003, 18), en un litigio relativo a la Fundación Museo Jorge Oteiza: «No es preciso -dice la Sentencia-, en el marco de nuestro derecho, que se lleve a cabo la inscripción de una fundación para que la misma adquiera personalidad jurídica, pero sí es necesario para que puedan acogerse al régimen tributario especial establecido por la Ley Foral antes señalada [la 10/1996]».

contrario, la interpretación combinada de los artículos 5.2 y 10.1 LODA permite concluir sin ningún género de dudas que las asociaciones adquieren la personalidad jurídica con el otorgamiento del acta fundacional, sin necesidad de inscripción, la que, de producirse, lo será a los solos efectos de publicidad⁹¹. Así lo han entendido los autores que se han pronunciado sobre este extremo tras la publicación de la LODA⁹². En este punto, la LODA no ha

Sin embargo, la posición que se acaba de exponer en el Derecho foral de Navarra debe ser revisada. El modo de adquisición de la personalidad jurídica de las fundaciones establecido en el artículo 4.1 LF constituye una condición básica para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, en relación con el artículo 53 CE, y es «de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución» (cfr. Disposición final 1ª.1 LF). La misma calificación competencial se hacía en la Ley 30/1994 respecto de su artículo 3.1 (cfr. la Disposición final 1ª, apartado 1, de dicha Ley 30/1994). Si el sistema de adquisición de la personalidad jurídica por las fundaciones diseñado por el artículo 4.1 LF es «de aplicación general» en todo el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE, es evidente que quedan desplazadas las normas autonómicas que establezcan un sistema diferente al previsto en la ley estatal.

91 Por eso es francamente incorrecta la afirmación que, ciertamente como *obiter*, realiza la SAP Navarra de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003, 76127; Act.Civ. 2003, @444), que, con cita de su artículo 10, afirma que la LODA exige «como requisito constitutivo de las asociaciones, la inscripción en el registro» (Fundamento de Derecho tercero). Tampoco puede ser aceptada en el marco de la LODA la afirmación que el Tribunal Supremo hizo en la antigua Sentencia de 31 de marzo de 1933 (RJ 1932-33, 1591), según la cual la existencia legal y la personalidad jurídica de la asociación se acredita «con certificación expedida con relación al Registro de Asociaciones» (Considerando segundo). Aunque la inscripción en el Registro es obligatoria (art. 10.1 LODA), a la vez que un derecho frente a la Administración (art. 24 LODA), no es esa inscripción, ni la certificación que se expide en relación a la misma, lo que en rigor prueba la constitución de una asociación. Aunque evidentemente la asociación que está inscrita es porque está constituida.

92 Por ejemplo, J. DELGADO ECHEVERRÍA en J. L. LACRUZ, *Elementos...*, cit., 1-2ª, 3ª ed., 2002, p. 293; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, I, 4ª. ed., 2002, p. 413; J. GONZÁLEZ PÉREZ/G. FERNÁNDEZ FERRERES, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, 2002, p. 182; A.J. GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley*, 2004, pp. 183-184; J. GARCÍA MORILLO en L. LÓPEZ GUERRA/E. ESPÍN/J. GARCÍA MORILLO/P. PÉREZ TREMP/S. M. SATRÚSTEGUI, *Derecho constitucional*, I, 6ª ed., 2003, p. 321; Mª. C. GETE-ALONSO/M. YSÁS/J. SOLÉ, *Parte general y Derecho de la persona vigente en Cataluña*, 2004, pp. 328 y 335; E. DE ALBA BASTARRECHEA, «El derecho de asociación concebido según el proyecto de ley en trámite parlamentario», *La Ley 2001-7*, D-250, pp. 1413-1414, y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, «La personalidad jurídica de la asociación en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo», *Act.Civ.* 2003-I, p. 283. Con algunas dudas, no justificadas, L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 11ª ed., 2003, p. 608 («No parece, pues, que la inscripción en el Registro sea condición de la adquisición de la personalidad jurídica, ni respecto de los propios asociados, ni tampoco respecto de terceros»), y Mª. T. CARRANCHO HERRERO, «La protección de los consumidores a través de sus asociaciones», *Act.Civ.* 2003-I, p. 218 («Parece,

hecho en el fondo sino mantener el muy liberal criterio que en tema de personalidad adoptó nuestra codificación, y que plasmó en el artículo 35.1º CC. De manera que la personalidad jurídica, lejos de ser un «lujo innecesario»⁹³, es ahora —de hecho ya lo era con la Ley de 1964 y el Código Civil— un bien generalizado a todas las asociaciones por el solo hecho de constituirse del modo exigido en la LODA y sin necesidad de inscripción. Este sistema de adquisición de personalidad jurídica se aplica también para las federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones (art. 5.3 LODA). En realidad, todo el contenido del artículo 5 LODA, y de los preceptos concordantes (p. ej., arts. 6, 7 y 10 LODA), rige también para las asociaciones de segundo grado en sus diversas variantes.

Con esta opción, la ley española se aparta de la tendencia que parece apuntarse en el Estatuto de la Asociación Europea, cuya aprobación se encuentra varada desde hace más de un decenio en las instancias comunitarias⁹⁴. Conforme al artículo 2.1 de dicho Estatuto, la Asociación Europea

a la vista de este precepto, que la adquisición de la personalidad jurídica y la consiguiente capacidad de obrar, no dependen de la inscripción registral»).

Aunque no se trata de cuestiones relacionadas con la materia que ahora analizamos, me permito llamar la atención sobre un par de graves errores que se incluyen en la exposición del régimen de las asociaciones, ajustada ya a la LODA, que recoge la edición del *Sistema de Derecho civil* del año 2003. En primer lugar, no es cierto que la libertad de autoorganización de las asociaciones signifique «que, en principio, no cabe acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado pidiendo una adecuación de los actos internos a las reglas de la asociación o que resuelven los conflictos internos que puedan plantearse entre los asociados» (p. 603). Semejante afirmación queda ampliamente desmentida por las muy abundantes resoluciones, tanto de Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, que dirimen conflictos internos entre los asociados o el ajuste a las reglas de funcionamiento de la asociación (básicamente los Estatutos) de los acuerdos adoptados por sus órganos, resoluciones que en modo alguno son lesivas de aquella libertad de autoorganización. Tampoco es cierto que en la LODA no haya «ningún plazo de ejercicio de esta facultad de impugnación» de los acuerdos —como se escribe en la p. 609—; lo que sucede es que el plazo no está establecido en el artículo 21 LODA, que es el que se está examinando en ese momento, sino unos pocos preceptos después, concretamente en el artículo 40.3 LODA.

93 Expresión acuñada por J. A. SANTAMARÍA PASTOR (cfr. «Comentario al artículo 22», cit., 3ª ed., 2001, p. 504; pero ya presente desde la primera edición de 1980) y de gran predicamento entre los publicistas que han exigido la inscripción para la adquisición de personalidad.

94 La última versión publicada de dicho Estatuto es la Propuesta modificada de Reglamento CEE del Consejo, por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea (DOCE nº C 236, de 31 de agosto de 1993; figura también en mi *Legislación sobre Asociaciones*, 1ª ed., 1994, pp. 94-116; y 2ª ed., 2000, pp. 118-140). Sobre esta Propuesta, cfr. Mª. P. GARCÍA RUBIO, «Persona jurídica sin ánimo de lucro», en S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, 2003, pp. 261-282, y S. DE SALAS MURILLO, «Notas sobre el Estatuto de la Asociación Europea», *Act. Civ.* 1997-I, pp. 183-201.

adquirirá la personalidad jurídica «el día de su inscripción en el registro del Estado del domicilio que éste designe, con arreglo a las disposiciones del apartado 3 del artículo 7»⁹⁵. La inscripción desempeña en la Propuesta de Estatuto un carácter constitutivo de la personalidad de la Asociación Europea, lo que no sucede en la LODA.

Pese a la rotundidad con la que se expresa el artículo 5.2 LODA, lo cierto es que el criterio de adquisición de personalidad jurídica por las asociaciones fue una de las cuestiones discutidas en los trabajos prelegislativos. Seguramente no podía ser de otro modo, a la vista del confuso panorama existente. El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación de 11 de julio de 1997⁹⁶ optaba por atribuir la personalidad jurídica desde la inscripción de la asociación en el Registro⁹⁷. Esa previsión desapareció en el Anteproyecto de 30 de noviembre de 2000, origen de la LODA, que, lejos de optar por un modelo concreto, guardaba un vergonzoso e inexplicable silencio sobre este aspecto⁹⁸. El Proyecto de 2001 ya consagró la adquisición de la personalidad jurídica con el otorgamiento del acta fundacional⁹⁹. Todo parece apuntar que la nueva posición del Proyecto se

95 Según el artículo 7.3 del Estatuto, «los Estados miembros designarán el registro en el que deba efectuarse la inscripción la AE [Asociación Europea] y determinarán la normativa aplicable a la misma», a la vez que «fijarán las condiciones en que debe efectuarse el depósito de los Estatutos». La AE, prosigue el precepto, «no podrá inscribirse hasta que no se hayan adoptado las medidas previstas en la Directiva (relativa al cometido de los trabajadores)».

96 Puede consultarse en mi *Legislación sobre Asociaciones*, 2ª ed., 2000, pp. 250-266.

97 Su artículo 10 («Personalidad jurídica») establecía con claridad que «las asociaciones tendrán personalidad jurídica desde su inscripción en el correspondiente Registro, que implicará en particular los derechos siguientes: a) Celebrar contratos y realizar otros actos jurídicos; b) Adquirir bienes muebles e inmuebles; c) Aceptar subvenciones, donaciones y legados; d) Comparecer en juicio y ejercitar acciones».

98 Por el contrario, la Proposición de Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 114-1, 23 de febrero de 2001) optaba por asociar la personalidad jurídica al momento de la constitución. Según su artículo 6.1, «las asociaciones adquieren personalidad jurídica en el instante en que quede redactada y suscrita el acta de su constitución». El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 27 de abril de 2001, acordó rechazar la toma en consideración de esta Proposición (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 114-2, 27 de abril de 2001).

99 BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 41-1, 29 de junio de 2001. El artículo 5.1 del Proyecto («Acta fundacional»), después de establecer que las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades, para el cumplimiento de una finalidad lícita y determinada, y a aprobar los Estatutos que rigen el fun-

debía a la advertencia formulada por el Consejo de Estado acerca de la necesidad de concretar en qué consistían los efectos de publicidad derivados de la inscripción registral de la asociación¹⁰⁰.

Fijada la posición en el Proyecto de 2001, a lo largo de la tramitación parlamentaria no se cuestionó en ningún momento la opción del Gobierno. La enmienda nº 136, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, provocó la división del apartado 1 del artículo 5 del Proyecto en dos apartados, en el segundo de los cuales quedó alojada la norma relativa a la adquisición de la personalidad jurídica¹⁰¹. Y la nº 70, firmada por doña Begoña Lasagabaster

cionamiento de la asociación, y que el acuerdo de constitución habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado, añadía —y esta es la novedad respecto del Anteproyecto de noviembre de 2000— que «con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 9».

100 En efecto, la Comisión Permanente del Consejo de Estado señaló en su Dictamen de 9 de mayo de 2001 (Dictamen nº 1045/2001) la necesidad de aclarar ese extremo. Aunque las consideraciones del Consejo de Estado se realizan al examinar el artículo 9 del Anteproyecto, relativo a la inscripción registral, inevitablemente repercuten de modo determinante sobre el tema de la adquisición de la personalidad jurídica. En concreto, el Consejo de Estado señaló lo siguiente: «Los efectos de publicidad, a que se refiere el artículo 22 de la Constitución, pueden ser varios. En primer lugar, significa que ha de poderse acceder al registro para conocimiento de la existencia y fines de la asociación, es decir, que debe hacerse público el ejercicio del derecho de asociación. En segundo lugar, puede significar una cierta trascendencia para terceros a efectos de la responsabilidad patrimonial universal (la regla del artículo 1911 del Código Civil). En tercer lugar, puede suponer una forma solemne (un requisito de forma) que cupiera exigir para el reconocimiento de la personalidad jurídica (es decir le negocio jurídico fundacional puede ser solemne, o formal). Y puede tener otros (así el artículo 9.2 de la Ley catalana de Asociaciones le asigna un fin de garantía a terceros, y a los miembros, que tiene trascendencia en el caso de las asociaciones no inscritas). La opción, sea cual fuere del legislador, debe ser clara y expresa. El proyecto sigue un tenor similar a la Ley catalana, pero no define en qué modelo de inscripción registral (su naturaleza) se inserta. Si el derecho de inscripción que se contempla en el artículo 23 del anteproyecto sólo puede ser denegado porque no se reúnen los requisitos de la Ley, entonces el mecanismo del registro es un sistema de verificación de la acomodación del acta fundacional y Estatutos a las exigencias de la Ley en todos sus aspectos, y se apunta a un modelo de inscripción constitutiva; si fuera de otro modo se precisaría que la denegación de la inscripción sólo podría tener lugar por defecto de capacidad o falta de requisitos formales (como hace el artículo 8.3 de la Ley vasca de Asociaciones). Deberá, pues, precisarse el precepto escogiendo el legislador la opción que estime más oportuna» (pp. 32-33 del texto original). Pareciera, pues, que la adición realizada por el Proyecto al artículo 5.1 obedeció al deseo del Gobierno de realizar la opción recomendada por el Consejo de Estado.

101 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 78.

Olazábal, del Grupo Parlamentario Mixto, propuso la introducción en el precepto de la referencia a la «plena capacidad de obrar» que —además de la personalidad jurídica— la asociación adquiere con el otorgamiento del acta de constitución¹⁰². La Ponencia aceptó en su Informe la primera de ellas en su totalidad, y la segunda parcialmente¹⁰³. Lo cierto, sin embargo, es que la redacción del artículo 5.2 aprobada por la Ponencia no hacía referencia a la «plena capacidad de obrar»¹⁰⁴, lo que motivó que, ya en el Senado, se reiterara la enmienda nº 70 del Congreso¹⁰⁵. El Informe de la Ponencia del Senado no aceptó la enmienda, aunque la mantuvo para su debate en trámites parlamentarios posteriores¹⁰⁶. De hecho, fue incorporada en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado¹⁰⁷.

El criterio del artículo 5.2 LODA se aplica a todas las asociaciones constituidas al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, es decir, a todas las asociaciones «generales», no excluidas de su ámbito de aplicación *ex* artículo 1.3 LODA. En particular, y como exigencia derivada del Derecho comunitario, se aplica también a aquellas asociaciones constituidas en España por un número mayoritario de extranjeros comunitarios, o integradas mayoritariamente por ellos, o que cuenten con un órgano de representación o administración en el que dichos extranjeros sean mayoría. La LODA no contiene ninguna exigencia sobre la nacionalidad de los asociados, o de los integrantes de ese órgano, relacionándola con la adquisición de la personalidad, y de ahí que no sea posible establecer ninguna diferenciación en razón de ese criterio¹⁰⁸.

102 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 60. La justificación de esta enmienda es la siguiente: «Aclarar las dudas existentes en la doctrina y jurisprudencia acerca de la capacidad jurídica de estas entidades privadas. Se opta por que tengan la más plena capacidad jurídica, sin necesidad de mayores concreciones en los Estatutos, lógicamente sin perjuicio de que las asociaciones puedan autolimitar libremente su capacidad en los Estatutos o Acta de constitución».

103 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 41-6, 17 de octubre de 2001, pp. 109-110.

104 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 115.

105 Se trata de la enmienda nº 19, propuesta por la Senadora doña Inmaculada de Boneta y Piedra, en los mismos términos y con la misma justificación que la enmienda nº 70 del Congreso [*BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 44 (c), 19 de diciembre de 2001, p. 27].

106 *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 44 (d), 8 de febrero de 2002, p. 58.

107 *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 44 (e), 18 de febrero de 2002, p. 81.

108 La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de junio de 1999, dictada en el asunto C-172/1998 (Comisión c. Bélgica), apreció un incumplimiento del

La consecuencia más inmediata que se desprende del artículo 5.2 LODA es que en materia de asociaciones sometidas a la ley general no queda espacio hábil para la asociación en formación, al menos si se quiere dar a esa figura el mismo sentido que tiene en materia de sociedades anónimas (art. 15 LSA, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada *ex art.* 11.3 LSRL), fundaciones (art. 13 LF) o cooperativas (art. 9 de la Ley 27/1999). Las tres personas jurídicas que se acaban de mencionar adquieren su personalidad jurídica como consecuencia de la inscripción del documento de constitución —necesariamente una escritura pública— en el registro público respectivo. En los preceptos mencionados, la locución «en formación» o «en constitución» se refiere a la situación en la que se encuentra la sociedad, la fundación o la cooperativa en el tiempo intermedio que media entre el otorgamiento del acta de constitución y la adquisición de la personalidad jurídica como consecuencia de la inscripción de ese acta. Ese tiempo intermedio no existe en materia de asociaciones, dado que el otorgamiento del acta de constitución comporta de suyo la atribución de la personalidad. Esa es la razón por la que la LODA no se alude en ningún momento a la asociación en fase de formación. Así las cosas, puede ciertamente hablarse de asociación «en formación» o «en constitución» con referencia a la situación en la que se encuentra la asociación antes del otorgamiento del acta de constitución, esto es, con referencia a los actos preparatorios y previos a ese otorgamiento. Pero en tal caso debe quedar claro que las locuciones «en formación» o «en constitución» tienen —en relación con las asociaciones— un significado muy distinto del que legalmente desempeñan en las leyes de sociedades anónimas, fundaciones y cooperativas.

El artículo 5.2 LODA dispone que el acuerdo de constitución habrá de formalizarse «mediante acta fundacional, en documento público o privado». En una primera aproximación, el precepto podría interpretarse en el sentido de prohibir la constitución de asociaciones de forma verbal, y permitirla únicamente cuando se haga por escrito, ya sea público o privado.

Reino de Bélgica de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6 del Tratado (principio de igualdad) «al exigir, según los casos, para reconocer la personalidad civil o jurídica de una asociación, que en su órgano de administración figure un miembro de nacionalidad belga o que la asociación cuente con un número mínimo, y, además, mayoritario, de miembros de nacionalidad belga» (apartado 14).

Sin embargo, el precepto admite una lectura más coherente con el derecho fundamental de asociación. La constitución de la asociación se rige por el principio de libertad de forma tradicional en nuestro Derecho de contratos (art. 1278 CC), por lo que son válidas no sólo las constituidas mediante acta escrita, sino también las constituidas de manera verbal. También por aplicación de las reglas generales del Código, si concurre alguna de las circunstancias descritas en el artículo 1280 CC (por ejemplo, aportación de un inmueble a la asociación por alguno de los miembros constituyentes), las partes podrán compelerse recíprocamente al otorgamiento de documento público¹⁰⁹. La exigencia de formalización de la constitución mediante acta no es *ad solemnitatem*, sino simplemente *ad probationem*. Y dicha exigencia no puede ser interpretada en el sentido de entender que la constitución verbal está prohibida y no da lugar a una verdadera asociación. Semejante interpretación es con toda seguridad contraria al artículo 22.1 CE, ya que, desde el punto de vista de la libertad de asociación consagrada en dicho precepto, la asociación constituida verbalmente merece tanta tutela —en términos constitucionales— como la constituida por escrito. Ambas son igualmente asociaciones.

A mi juicio, la exigencia de documentación pública o privada que el artículo 5.2 LODA exige a la constitución ha de relacionarse con la personalidad jurídica que dicho precepto atribuye a la asociación por el solo hecho de otorgarse el acta¹¹⁰. El otorgamiento de acta escrita, es decir, la formalización de la constitución en documento privado o público, no es requisito para la existencia de la asociación, sino para la adquisición de la personalidad. La documentación de la constitución es el requisito exigido por el legislador para

109 El artículo 1280 CC no constituye obstáculo para admitir la perfecta validez y licitud de las asociaciones constituidas en documento privado aun cuando se realice aportación de inmuebles o derechos reales inmobiliarios por alguno de los constituyentes. Basta a este respecto con recordar que el artículo 1667 CC, que exige la escritura pública cuando alguno de los socios civiles aportara a la sociedad bienes de esa naturaleza, ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de entender que no es un requisito formal esencial, de manera que son válidas las sociedades civiles constituidas en documento privado aun cuando se aportaran inmuebles o derechos reales inmobiliarios [referencias jurisprudenciales en ese sentido en J. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 1667», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2001, p. 1887]. Con más razón ha de suceder lo mismo en sede de asociaciones, dado que la LODA ni siquiera exige la documentación pública en tales casos.

110 La misma opinión en F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil...*, cit., 4ª ed., 2003, p. 418.

la colación de la personalidad. El otorgamiento del acta es la forma que las asociaciones tienen de adquirir la personalidad, aun cuando las constituidas en forma verbal sean igualmente asociaciones.

La asociación constituida mediante acta, documentada pública o privadamente, tiene personalidad tanto en las relaciones internas (es una persona jurídica distinta de sus asociados) como en las relaciones externas. Esto último significa que la asociación es «eficaz» frente a terceros y «oponible» a terceros desde el mismo momento en que se ha formalizado el acta de constitución. Es cierto que el artículo 1227 CC hace eficaz respecto de terceros a los documentos privados no desde la fecha de su otorgamiento, sino desde el día en que hubiesen sido incorporados o inscritos en un registro público (o desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio). Pero esta prevención del Código contra la oponibilidad a terceros —y eficacia frente a ellos— de la fecha de los documentos privados no rige en lo relativo a la adquisición de la personalidad de las asociaciones por la sencilla razón de que resulta incompatible con el artículo 5.2 LODA. La voluntad del legislador ha sido la de asignar el mismo valor al documento público y al documento privado, de manera que uno y otro producen el mismo efecto (adquisición de la personalidad jurídica). Si el legislador de la LODA hubiera querido establecer alguna eficacia diferenciada entre un tipo de documento y otro es claro que los habría tratado de manera distinta, cosa que no ha hecho. Partiendo de esta premisa, resulta incongruente con esta voluntad legislativa aplicar en sede de asociaciones el artículo 1227 CC y negar eficacia frente a terceros (oponibilidad) a la personalidad jurídica de las asociaciones constituidas mediante acta otorgada en documento privado. La eficacia de la asociación y de su personalidad es plena, tanto en las relaciones internas como en las externas, con independencia de que el acta se haya otorgado en documento privado o en documento público¹¹¹. Tal como sucede, según la interpretación más plausible, con las sociedades civiles.

111 En consecuencia, creo que hay que matizar la afirmación de F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil...*, cit., 4ª ed., 2003, p. 418, según la cual, «celebrado de cualquier forma el acuerdo, conforme al artículo 1279 CC podrán las partes compelerse a otorgar la forma documental *para la plena eficacia de la asociación*» (la cursiva es mía, y en esa frase radica mi disidencia con ese autor). De otro lado, en ningún lugar se aclara en qué consistiría esa «plena eficacia de la asociación» derivada de la documentación.

Así las cosas, no cabe tras la LODA la distinción entre eficacia «inter-na» y eficacia «externa» —oponibilidad— de la personalidad de la asociación, haciendo depender esta última de la inscripción registral. Este criterio fue establecido por la SAP Lleida de 25 de octubre de 1999¹¹². Se trataba de una reclamación de cantidad realizada por una asociación de propietarios de urbanización por incumplimiento del demandado de su obligación de contribuir al sostenimiento de los servicios comunes y de pagar las cuotas correspondientes. La Audiencia desestima la demanda porque aprecia de oficio la falta de legitimación de la demandante. La asociación se constituyó por acta otorgada el 16 de diciembre de 1990, pero no se inscribió en el Registro hasta casi ocho años después (concretamente, el 17 de julio de 1998). La Audiencia admite que la personalidad jurídica deriva de la constitución, pero inmediatamente añade que la inscripción «no carece de eficacia jurídica». Y esa eficacia jurídica de la inscripción se concreta en las siguientes afirmaciones: «Pero una cosa es la adquisición de personalidad jurídica y otra es la actuación de esa personalidad jurídica, o lo que es lo mismo, los efectos de la creación de la personalidad jurídica (véase, paradigmáticamente, el art. 11 de la Ley catalana de Asociaciones). Pues, por lo que se refiere a los terceros, estos efectos se ligan a la inscripción en el Registro de Asociaciones como garantía de publicidad para los terceros». Y puesto que el demandado es un tercero no socio, concluye la Audiencia, «no cabe que sea demandado judicialmente por una asociación no inscrita» (FJ 2).

Al margen de otras posibles objeciones (como, por ejemplo, la interpretación que implícitamente se hace del art. 11 de la Ley catalana de Asociaciones), lo cierto es que el criterio mantenido por esta Sentencia no resultaría hoy compatible con los principios en los que se asienta la LODA. En primer lugar porque la asociación habría adquirido la personalidad en el momento del otorgamiento del acta (16 de diciembre de 1990), no en el de su inscripción (17 de julio de 1998), y a partir de ese momento disfrutaría de plena capacidad de obrar, incluida la procesal. Pero en segundo lugar, y esto es lo que interesa subrayar, porque la inscripción no tiene en la LODA el papel que le asigna la Sentencia. La inscripción se practica «a los efectos del artículo 10»

112 AC 1999, 2065. La aportación «doctrinal» de esta sentencia es notable. De hecho, es la única que he logrado localizar donde inteligentemente se traza la distinción señalada en el texto. Seguramente su valía se debe a la procedencia universitaria de su ponente (Ilmo. Sr. D. Antoni Vaquer Aloy).

(art. 5.2 *in fine* LODA), es decir, «a los solos efectos de publicidad» (art. 10.1 LODA). La inscripción hace pública la constitución y los Estatutos de la asociación, y constituye una «garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros» (art. 10.2 LODA). Pero esta función de «garantía» que la inscripción representa para los terceros no puede consistir en privar a la asociación no inscrita de eficacia «externa». La personalidad se adquiere con el otorgamiento del acta —pública o privada— de constitución, y partir de ese momento la asociación disfruta de «plena capacidad de obrar», incluida la procesal. Si el legislador hubiera querido privar a la asociación no inscrita de la eficacia «externa» de su personalidad lo habría indicado de manera expresa. Semejante privación no puede inferirse sin más de la muy difusa e imprecisa función de «garantía» que para los terceros (pero también, no se olvide, «para sus propios miembros») supone la inscripción. Todo ello sin olvidar que, en términos reales, la lectura conjunta de la LODA demuestra que, en términos de Derecho privado, la consecuencia real de la inscripción se resuelve en clave de responsabilidad de los asociados, como más adelante tendremos oportunidad de ver.

Por tanto, cumplidos los requisitos del artículo 5.2 LODA y adquirida su personalidad jurídica, la asociación es un «tercero» respecto de sus asociados. Es titular de los bienes inmuebles aportados por los miembros en el acto de constitución o en el de su ingreso, con independencia de que la transmisión en favor de la asociación se haya realizado en documento privado o público¹¹³; también lo es, obviamente, de aquellos otros que adquiera de cualquier forma en el desarrollo de su actividad. En consecuencia, la asociación, en cuanto entidad con personalidad jurídica distinta de la de sus asociados, está legitimada para interponer una tercería de dominio cuando uno de tales bienes sea embargado (arts. 595 ss. LEC). La Sentencia de 23 de noviembre de 2001¹¹⁴ rechazó una demanda de tercería formulada por una sociedad anónima no inscrita (y por tanto sin personalidad jurídica; art. 7.1 LSA) sobre un bien adquirido por dicha sociedad antes de la inscripción¹¹⁵. La inviabilidad de la tercería se fundó por el Tribunal Supremo en el hecho de

113 Siempre que concurren el título y el modo exigidos por el artículo 609 CC.

114 RJ 2001, 9514.

115 En el caso controvertido, la sociedad fue constituida por escritura de 27 de diciembre de 1989, la adquisición por su parte del inmueble embargado tuvo lugar el 1 de marzo de 1990, el embargo se practicó el 14 de mayo de 1990 y se anotó preventivamente el 5 de junio de 1990, la

que la sociedad no era en realidad un «tercero» porque no tenía una personalidad jurídica propia independiente de la de sus socios. El mismo criterio mantiene, para un supuesto análogo, la Sentencia de 19 de octubre de 2001¹¹⁶. Pero este razonamiento para el rechazo de la tercería no es válido para las asociaciones sometidas a la LODA, que adquieren su personalidad al margen de toda inscripción.

La tercería interpuesta por una asociación con personalidad jurídica *ex* artículo 5.2 LODA ha de prosperar aun cuando la transmisión en su favor del inmueble objeto de la tercería se haya realizado en documento privado, siempre que, en tal caso, el negocio transmisivo haya ido seguido de la tradición del bien y no haya indicio de simulación o fraude. La jurisprudencia tiene bien establecido que el artículo 1227 CC sirve para denegar una tercería cuando el hecho a que se refiere solamente puede tener demostración por el propio documento privado, pero no cuando existen otros medios de prueba que acrediten la realidad de la fecha que en él aparece, la que puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas¹¹⁷. Por tanto, si, además del documento privado de transmisión del inmueble y de la prueba de la tradición, la asociación aporta otras pruebas reveladoras de la veracidad de la fecha consignada en ese documento, la tercería prosperará.

El acuerdo de constitución, formalizado mediante acta fundacional, «incluirá la aprobación de los Estatutos» [art. 5.2 LODA; también art. 6.1.c) LODA], que han de integrar el contenido mínimo exigido por el artículo 7.1

sociedad se inscribió en el Registro Mercantil el 14 de junio de 1990 y, finalmente, la venta fue ratificada el 22 de junio de 1990. Como puede verse, tanto el embargo como su anotación preventiva fueron anteriores a la adquisición por la sociedad de su personalidad jurídica.

116 RJ 2001, 8649. Un criterio contrario, favorable a la prosperabilidad de la tercería, se mantuvo en la Sentencia de 31 de enero de 1990 (RJ 1990, 110).

117 Son palabras de la muy citada Sentencia de 30 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3900). La de 20 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6945) reitera que el artículo 1227 CC sólo es aplicable cuando no existan otros medios que justifiquen la realidad de la fecha consignada en el documento privado, sin que pueda invocarse cuando es el conjunto de la prueba el que sirve al Tribunal para estimar que la celebración del contrato tuvo lugar en la fecha indicada en el documento. Y la de 25 de enero de 1989 (RJ 1989, 123) explica que el artículo 1227 CC se refiere al caso en que por un solo documento privado se pretenda justificar determinado hecho y que el mismo tiene como finalidad evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien en él no hubiese intervenido, pero no hay inconveniente alguno en que la veracidad de la misma se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación. Todas ellas son recordadas por la más reciente Sentencia de 10 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2729).

LODA. También el acta de constitución debe tener un contenido mínimo imperativo (art. 6.1 LODA). La interpretación combinada de estos preceptos permite entender que el otorgamiento del acta supone la adquisición de la personalidad jurídica únicamente si dicha acta y los Estatutos presentan el contenido mínimo legalmente exigido. Para el legislador de la LODA la atribución de personalidad exige un determinado grado de organización de la asociación, que no es otro que el que se obtiene con el cumplimiento de las prescripciones imperativas de los artículos 6.1 (para el acta) y 7.1 (para los Estatutos). La asociación que no respeta ese mínimo grado de organización no deja por ello de ser asociación, aunque sí carece de personalidad. No obstante, hay que convenir que no todos los contenidos mínimos que los artículos 6.1 y 7.1 LODA imponen al acta y a los Estatutos, respectivamente, presentan la misma importancia. Así por ejemplo, parece absolutamente preciso que el acta contenga «la voluntad de los promotores de constituir una asociación» [letra *b*] del art. 6.1], la «fecha de otorgamiento» [letra *d*] de ese mismo precepto], la identificación personal de los promotores [letra *a*] o «la designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno» [letra *e*]]. La carencia de cualquiera de estos datos, enumerados sin afán exhaustivo, significa que el acta es incompleta, con la consecuencia de que la asociación no adquirirá la personalidad jurídica. Ahora bien, hay exigencias del acta cuya omisión no parece que deba acarrear, en términos de proporcionalidad, la ausencia de personalidad. Piénsese por ejemplo en el acta que no consigne la nacionalidad y el domicilio de los promotores, elementos ambos requeridos por el artículo 6.1.a) LODA.

Puesto que la personalidad jurídica de la asociación se adquiere al margen de su inscripción, la cancelación registral de la asociación no significa que quede desprovista o privada de personalidad. Tiene plena validez para las asociaciones el criterio mantenido para las sociedades anónimas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 11 de diciembre de 1996¹¹⁸: «la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que ésta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara», por lo que «tal cancelación no puede invocarse

118 RJ 1996, 8801.

como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique ni, menos aún, en base a una pretendida falta de tracto» (FJ 1). Ello significa que la pérdida de la personalidad se gobierna por criterios materiales, y no registrales.

La cuestión presenta unos perfiles distintos cuando, como sucede en determinadas modalidades asociativas especiales, es la inscripción la que atribuye la personalidad jurídica. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2000¹¹⁹ entiende de manera implícita, pero evidente, que la cancelación registral de la federación demandante provoca la pérdida de su personalidad, con el efecto consiguiente de carecer de legitimación para sostener el recurso [art. 82.b) LJCA 1956]¹²⁰. Pero la misma Sala se ve en la obligación de rectificar su doctrina cuando lo que se discute por esa misma federación es, precisamente, el ajuste a derecho del acto administrativo de cancelación, lo que se hace sin pudor —y naturalmente sin citar el precedente contrario— apelando a la *perpetuatio iurisdictionis* y subrayando que la federación se encontraba inscrita en el momento relevante de interposición del recurso contencioso-administrativo¹²¹.

Cuando concurre una causa de disolución de la asociación (art. 17.1 LODA) se abre el periodo de liquidación, «hasta el fin del cual la asociación conservará su personalidad jurídica» (art. 18.1 LODA). Se traslada de este modo a la normativa sobre asociaciones, ahora ya de modo expreso, la regla

119 RJCA 2000, 2618.

120 En este caso, la Federación Castellano-Leonesa de Fútbol Sala interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por parte de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León del recurso ordinario formulado por dicha demandante contra Orden de 22 de junio de 1995, que resolvía la concesión de subvenciones para apoyar la realización de actividades deportivas por parte de asociaciones deportivas de Castilla y León y en la que se omitía a la Federación recurrente. Según el Tribunal Superior de Justicia, «constando en autos por tanto que se ha procedido a la extinción de la Federación recurrente al haberse procedido a la cancelación de su inscripción resulta evidente que se ha producido una pérdida sobrevenida de su personalidad por cuanto a la fecha de la interposición del presente recurso sí estaba inscrita, pero con posterioridad y antes de formular la demanda ya se encontraba cancelada la inscripción y tal circunstancia podía haber dado lugar a una subrogación de la Federación que ahora resultara competente para defender los intereses deportivos de aquella pero resultando que así mismo aparece como coadyuvante la que pudiera comparecer como recurrente, es evidente que ha de estimarse la causa de inadmisibilidad del presente recurso por falta de legitimación de la recurrente conforme al artículo 82.b) de la Ley de la Jurisdicción aplicable [la de 1956]».

121 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de marzo de 2002 (RJCA 2002, 126792).

tradicional del Derecho de sociedades (cfr. art. 264 LSA), en cuyo ámbito está claramente establecida desde siempre «la diferenciación jurídica existente entre el acuerdo de disolución de la sociedad y la extinción de su personalidad jurídica», en palabras de la Resolución de 22 de junio de 1988¹²². La misma regla de conservación de la personalidad jurídica durante el periodo de liquidación vale para las fundaciones, pese al silencio de la Ley 50/2002 (cfr. su art. 33).

Un último apunte. Ha sido tradicional en nuestro Derecho de asociaciones anterior a la LODA emplear la expresión «asociaciones de hecho»¹²³, importada del Derecho italiano, donde se habla de *associazioni di fatto* para referirse a las asociaciones no reconocidas. Es probable que en la proliferación de ese término entre nosotros haya tenido mucho que ver la traducción al castellano de la conocida obra de RUBINO realizada en la década de los cincuenta del pasado siglo¹²⁴. Pero mientras que en Derecho italiano las asociaciones «no reconocidas» son aquellas que no han recibido el reconocimiento oficial del Estado, en España el concepto asociaciones «de hecho» ha sido siempre extraordinariamente difuso, como corresponde por lo general a las categorías que no se encuentran caracterizadas por la ley. Por asociación «de hecho» se ha entendido normalmente la no reconocida, cuando dicho «reconocimiento» era necesario, antes de la Constitución, en virtud del mecanismo establecido por la Ley de 1964. Pero lo cierto es que, incluso desaparecido ese sistema de «reconocimiento», algunos autores han continuado empleando ese término. Todavía tras la aprobación de la LODA se mantiene aisladamente su uso por algún sector doctrinal¹²⁵. A mi juicio, lo mejor que podría ocurrir con el *nomen* «asociación de hecho» es que fuera generosamente abandonado, después de haber prestado dudosos servicios para la mejor comprensión de la personalidad jurídica de las asociaciones. Para entender el sistema diseñado por la LODA basta con manejar los dualismos asociación con

122 RJ 1988, 5502; FJ 1.

123 También «asociaciones de hecho de carácter temporal», aunque esta expresión alude a una realidad bien distinta, que no es otra que la legalmente descrita en los artículos 19 y 20 de la Ley de Asociaciones de 1964 y concordantes del Decreto de 1965. Ahora me refiero a la locución «asociaciones de hecho» sin más.

124 *Las asociaciones no reconocidas*, trad. M. GITRAMA, s.f. (pero convencionalmente fechada en esa década).

125 Véase en este sentido la última edición aparecida del manual de L. DÍEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema...*, cit., I, 11ª ed., 2003, p. 613.

personalidad-asociación sin personalidad, y asociación inscrita-asociación no inscrita. La categoría «asociación de hecho» no ha de servir más que para complicar la cuestión y emborronar la claridad perseguida por el legislador.

B) *La consideración competencial del artículo 5.2 LODA*

La regulación del modo en que las asociaciones adquieren la personalidad jurídica, tal como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 5.2 y 10.1 LODA, se aplica en todo el territorio estatal¹²⁶. Así resulta de la calificación competencial que la LODA otorga a dichos preceptos.

En efecto, por un lado, el artículo 5 en su totalidad —incluido también, por tanto, su apartado 2— es de aplicación directa en todo el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE (cfr. Disposición final 1ª.2 LODA). El legislador estatal ha considerado que el sistema de adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones es una de las «condiciones básicas» del ejercicio del derecho fundamental de asociación, y ha entendido que el único modo de garantizar la igualdad de todos los españoles en dicho ejercicio es establecer su aplicación en todo el territorio estatal. Por otro lado, el artículo 10.1 LODA tiene rango de ley orgánica porque constituye desarrollo del derecho fundamental de asociación consagrado en el artículo 22 CE (cfr. Disposición final 1ª.1 LODA). Puesto que su rango es el de ley orgánica, la aplicación del artículo 10.1 LODA en todo el territorio estatal no es dudosa. Téngase además en cuenta que, incluso en el supuesto de que el artículo 10.1 LODA no existiera, la situación no sería diferente en la medida en que el artículo 22.3 CE —cuyo contenido es reproducido por el citado art. 10.1— es de aplicación en todo el Estado.

A la vista de lo anterior, no puede sostenerse que uno de los ámbitos de competencia autonómica es el relativo «a la personalidad jurídica»¹²⁷. Como se acaba de indicar, el sistema de adquisición de la personalidad jurídica diseñado por los artículos 5.2 y 10.1 LODA se aplica en todo el territorio del Estado, incluidos los territorios autonómicos que gozan de una legislación propia sobre asociaciones dictada por la correspondiente Asamblea Legislativa.

¹²⁶ Estos artículos 5.2 y 10.2 LODA no han sido objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra la LODA.

¹²⁷ En este sentido, sin embargo, M. C. GETE-ALONSO/M. YSÁS/J. SOLÉ, *Parte general y Derecho de la persona vigente en Cataluña*, cit., p. 324.

La solución que, desde el punto de vista del reparto competencial, impone la Disposición final 1ª LODA en materia de personalidad jurídica de las asociaciones resulta conforme con la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/1998, de 23 de julio. Uno de los preceptos impugnados fue el artículo 9 de la Ley vasca, aquel que, según se vio, establecía los efectos de la inscripción¹²⁸. El Tribunal desestima el recurso en este punto y establece su criterio en torno al reparto de competencias en tema de adquisición de personalidad jurídica:

«Ya ha quedado dicho que el Estado puede establecer *ex art. 149.1.1 CE* “condiciones básicas” sobre aquellos aspectos relativos al nacimiento de la personalidad jurídica que resultan imprescindibles para garantizar el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de asociación. Entre estos aspectos figura, sin duda, el de los efectos que puedan atribuirse a la inscripción registral en relación con la adquisición o no de esa personalidad. Desde la perspectiva constitucional, el legislador estatal goza de un amplio margen de libertad para determinar la naturaleza de esos efectos -constitutiva, de publicidad o de otra índole-. Por el momento, el Código Civil, en su art. 35.1 se limita a prever, de modo genérico, que “su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas”. Por ello, en tanto las Cortes Generales *ex art. 149.1.1 CE*, no precisen lo que crean conveniente al respecto, ninguna tacha puede formularse a la previsión del art. 9 de la Ley 3/1988 que, bajo la rúbrica “efectos de la inscripción”, se limita a proclamar, de forma plenamente compatible con el referido art. 35.1 del Código Civil, que “la inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las Asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ella se relacionan como para sus propios miembros» [Fundamento Jurídico 14. f)].

Esta doctrina del Tribunal Constitucional se resume en que la determinación de «los efectos que puedan atribuirse a la inscripción registral en relación con la adquisición o no de la personalidad» constituye una de las «con-

128 Según este precepto, «la inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las Asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ellas se relacionan como para sus propios miembros».

diciones básicas» de ejercicio del derecho de asociación, que en términos competenciales corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.1ª CE. De ahí que, en coherencia con esta tesis del Constitucional, el legislador estatal haya considerado que el amparo competencial del artículo 5.2 LODA se encuentra en el mencionado precepto constitucional.

La consecuencia que se deriva de la calificación competencial del artículo 5.2 LODA es que el modo de adquisición de la personalidad jurídica por las asociaciones establecido por el legislador estatal se aplica a todas las asociaciones «generales» españolas, con independencia de la ley concreta, estatal o autonómica, a cuyo amparo se hayan constituido¹²⁹. La regulación de la LODA en esta materia se impone, desplazándolas, a las soluciones aportadas por los legisladores autonómicos de asociaciones. O más precisamente, y dado que las leyes territoriales no habían establecido una solución expresa: se impone a las opiniones doctrinales vertidas sobre dichas leyes. Respecto de las asociaciones «especiales», en cambio, mantiene su vigencia el modo de adquisición de personalidad jurídica establecido por cada una de sus respectivas normativas reguladoras, dado que, por un lado, la Disposición final 2ª LODA salva la vigencia de dichas normativas singulares, y, de otra, el artículo 5.2 LODA no tiene carácter orgánico (por lo que no es de aplicación directa a esas asociaciones «especiales»).

7. La personalidad jurídica de las asociaciones anteriores a la LODA

Según el apartado 1 de la Disposición transitoria 1ª LODA, «las asociaciones inscritas en el correspondiente Registro con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica estarán sujetas a la misma y conservarán su personalidad jurídica y la plenitud de su capacidad», aunque «deberán adaptar sus Estatutos en el plazo de dos años»¹³⁰. El precepto asegura el mantenimiento tras la LODA de la personalidad jurídica de las asociaciones constituidas al amparo de la legislación anterior, si bien les impone la carga de adaptar sus Estatutos a la nueva ley en el plazo de dos años. Aunque se

129 Quedan naturalmente excluidas de esta consideración las asociaciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de la LODA (cfr. su art. 1.3).

130 La carga de adaptación estatutaria no figuraba en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno (J. LÓPEZ-MEDEL BASCONES, «La nueva regulación del derecho de asociación», *La Ley* 2001-7, D-239, p. 1347), sino que fue añadido a lo largo de la tramitación parlamentaria.

refiere a las asociaciones «inscritas», y respecto de ellas se dice que «conservarán su personalidad jurídica», ello no significa una toma de posición por parte del legislador de la LODA en torno a la controversia que antes de la nueva norma existía en torno al momento en que las asociaciones adquieren esa condición. Dicho en otras palabras, el apartado que se ha transcrito de la Disposición transitoria 1ª LODA no puede ser interpretado en el sentido de que sólo las asociaciones inscritas dispusieran de personalidad jurídica antes de la vigencia de la LODA y que únicamente dichas asociaciones sean las que conservan ese atributo tras la entrada en vigor de la LODA. La intención de la LODA no ha sido evidentemente la de desconocer la personalidad jurídica de las asociaciones que antes de la nueva norma la hubieran adquirido sin necesidad de inscripción (tesis jurisprudencial dominante), y por ello es razonable entender que la subsistencia de la personalidad jurídica de las asociaciones que gozaran de esa condición antes de la LODA ha de predicarse tanto de las inscritas como de las no inscritas.

La LODA impone a las asociaciones inscritas una obligación de adaptación estatutaria en el plazo de dos años. El Reglamento de desarrollo especifica el modo en que la adaptación debe realizarse —por acuerdo de la Asamblea General— para la inscripción en el Registro (Disposición transitoria única, apartado 1, del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones)¹³¹. También les impone la carga de declarar, en ese mismo plazo, que se encuentran en situación de actividad y funcionamiento, notificando al Registro en que se hallen inscritas la dirección de su domicilio social, y la identidad de los componentes de sus órganos de gobierno y representación, así como la fecha de elección o designación de éstos (apartado 2 de la Disposición transitoria 1ª LODA). Con ambas medidas se pretende saber cuál es la situación real de actividad en que se encuentran las asociaciones, dada la conocida práctica de muchas de ellas de constituirse e inscribirse a un único efecto (normalmente, la obtención de alguna subvención o ayuda pública) y después abandonar cualquier actividad asociativa. Los Registros están plagados de asociaciones cuya existencia es puramente formal, y que dejaron de funcionar en términos reales hace mucho tiempo.

¹³¹ Esa Disposición transitoria única del Reglamento se entiende dictada al amparo del artículo 149.1.1ª CE, «por ser desarrollo de los artículos incluidos en la Disposición final primera.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo» (Disposición final única, apartado 1, del Reglamento).

Pero es el Reglamento, y no la LODA, quien se ha ocupado de aclarar las consecuencias derivadas de la falta de adaptación en esos dos años. Existe, en primer lugar, una agravación de la responsabilidad de los administradores y de los asociados; se analizará más adelante esta cuestión. En segundo lugar, provoca un efecto de cierre registral, aunque no definitivo, sino meramente transitorio y hasta que la adaptación se produzca¹³². Pero la falta de adaptación estatutaria, o de comunicación al Registro de los datos relativos al funcionamiento de la asociación, no incide sobre la personalidad jurídica ni provoca la extinción de la asociación. La LODA se aparta en esta materia de la solución mucho más traumática que adoptó la Ley de Asociaciones de 1964, que sancionaba la falta de adaptación estatutaria en el plazo de un año con la disolución de la asociación¹³³.

III. LA CAPACIDAD DE LAS ASOCIACIONES

1. La capacidad civil de las asociaciones

Conforme al artículo 5.2 LODA, el otorgamiento del acta de constitución comporta la adquisición por la asociación de personalidad jurídica y de «plena capacidad de obrar». La salvedad que establece el precepto («sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10») no afecta a la capacidad de obrar de la asociación, sino a las consecuencias que, en términos de responsabilidad, se derivan de la ausencia de inscripción. Por tanto, como quiera que la «plena capacidad de obrar» es concebida por el artículo 5.2 LODA como un derivado de la personalidad jurídica y ésta se adquiere con el otorgamiento del acta de constitución, puede afirmarse que la inscripción no confiere a las asociaciones ya constituidas —y con personalidad jurídica— una capacidad mayor de la que poseen si permanecen al

132 Según el apartado 2 de la Disposición transitoria única del Reglamento, «transcurrido el plazo de dos años, no se inscribirá en el correspondiente registro documento alguno de las asociaciones no adaptadas, hasta que se haya efectuado ante el registro la acreditación en forma de los extremos a que se refiere el apartado 1».

133 Según la Disposición transitoria 2ª de la Ley de 1964, «si en el plazo de un año, a partir de la publicación de la presente Ley, dichas Asociaciones no se hubieran sometido a sus preceptos, se considerarán disueltas». El precepto establecía la más grave sanción posible —la disolución— para el caso de falta de adaptación estatutaria, que operaría además, según parece, de modo automático («se considerarán disueltas»). La Sentencia de 4 de abril de 1988 (RJ 1988, 2651) versa sobre las consecuencias patrimoniales de una disolución por falta de adaptación a la Ley de 1964.

margen del Registro de Asociaciones. En orden a su capacidad de obrar, la inscripción de las asociaciones es un elemento irrelevante.

La capacidad de las asociaciones es materia de derecho imperativo, y no de derecho dispositivo. Por eso el artículo 37 CC, a cuyo tenor la capacidad civil de las asociaciones se regulará «por sus estatutos», no puede ser interpretado en el sentido de que el alcance de esa capacidad depende de las previsiones de sus Estatutos. La capacidad de las asociaciones, al igual que la capacidad de todas las restantes personas jurídicas en general y de las personas físicas, es una cuestión de orden público que impide que las asociaciones se restrinjan a sí mismas su capacidad por vía estatutaria. Cuestión distinta, que no afecta a la capacidad de obrar de las asociaciones sino a la legitimación de sus órganos directivos y representativos, es que los Estatutos les impongan determinadas prohibiciones (p.ej., vender inmuebles de la asociación sin acuerdo unánime de todos los asociados) o restrinjan o modelen de alguna manera sus facultades de representación¹³⁴.

¹³⁴ La SAP A Coruña de 31 de diciembre de 2002 (AC 2003, 813) es un magnífico ejemplo de lo que se dice en el texto. La mencionada sentencia declara la nulidad de un contrato celebrado entre dos personas físicas, actuando una de ellas como presidente de una asociación deportiva. Para la Audiencia, la actuación del presidente en representación de la asociación se produjo «sin que en momento alguno acredite haberle sido conferida dicha representación, siendo lo cierto que los Estatutos que rigen la citada Sociedad, en sus artículos 11 a 14, contemplan de manera expresa la facultad representativa, conferida exclusivamente a la Asamblea General, luego sí no consta que dicha Asamblea hubiera otorgado autorización al citado Presidente a fin de que llevase a cabo la celebración del contrato cuya resolución pretende el actor, ha de entenderse que éste es nulo, al faltar uno de los requisitos necesarios para su validez, a los que se refiere el artículo 1261 y siguientes del Código Civil». Su razonamiento se completa con estas afirmaciones: «las asociaciones, como es el caso de la demandada se rigen por los Estatutos, y habiéndose establecido en los Estatutos que rigen a la Sociedad demandada, el órgano de representación de la misma en su artículo 11 y siguientes, el contenido del mismo es de obligado cumplimiento»; «es indiferente, por tanto, el hecho de que en la celebración del contrato el Presidente actuante manifestase actuar en representación de la Asociación, cuando no le había sido conferido poder para realizar dicho contrato»; «además, al igual que el Registro Mercantil o de la Propiedad, es público el Registro de Asociaciones Deportivas, a donde en definitiva debería haber acudido la parte actora antes de la firma del contrato, toda vez que al tratarse de la demandada de una Sociedad Deportiva, de manera preceptiva tiene que hallarse inscrita (art. 41 de la Ley 11/1997, de 22 de agosto), en donde podría tener conocimiento de los datos que ahora la apelante dice ignoraba en la fecha de la celebración del contrato, pues tal ignorancia no puede ser alegada como excusa (art. 6 del Código Civil)». Por último se niega que la Asociación hubiera ratificado el contrato celebrado por su presidente mediante actos concluyentes. En definitiva, pese a que a la sazón el artículo 10.2 del Decreto de Asociaciones de 1965 (hoy derogado) atribuía al presidente la representación legal de la asociación, los Estatutos podían atribuir las facultades representativas a otro órgano social (la Asamblea General). Pero se trata de un reparto interno, entre los distintos órganos asociativos, de la facultad de representación de la asociación, y no de una cuestión relativa a la capacidad civil de ésta.

El contenido de la capacidad de las asociaciones es el que, con vocación de generalidad para todas las personas jurídicas, describe el artículo 38 I CC: «pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución»¹³⁵. La capacidad para celebrar un contrato se condiciona a la tenencia de personalidad jurídica¹³⁶. En las páginas que siguen analizamos, sin ánimo exhaustivo, algunas derivaciones de la capacidad asociativa, y la incidencia que en esta materia ha desplegado la aprobación de la LODA.

2. La inscripción de bienes inmuebles a favor de las asociaciones

A) *Las asociaciones como titulares registrales de bienes y derechos inmuebles*

Los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios pertenecientes a las asociaciones tienen perfectamente acceso al Registro de la Propiedad, donde la asociación figurará como titular del bien o derecho inscrito. El artículo 2.6º LH permite la inscripción de los títulos de adquisición de tales bienes y derechos pertenecientes a «las Corporaciones civiles o eclesiásticas», mientras que el artículo 4 RH la prevé «sin distinción de la persona

135 La Propuesta de Estatuto de la Asociación Europea antes mencionada señala en su artículo 2.2 que la personalidad jurídica de la AE implicará, en particular, los derechos siguientes, siempre que sean necesarios para la consecución de su objeto: a) celebrar contratos y realizar otros actos jurídicos; b) adquirir bienes muebles e inmuebles; c) recibir donaciones y legados, incluso mediante un llamamiento a la generosidad de la población; d) contratar asalariados; y e) comparecer en juicio.

136 Es muy ilustrativa en este sentido la SAP Córdoba de 28 de junio de 1999 (AC 1999, 5182), que declara la nulidad, por falta de personalidad, de un contrato de transacción celebrado por la Asociación Benéfica Nuestra Señora de la Salud de Castro del Rfo. La asociación fue constituida en 1950 y ese mismo año se le concedió la calificación de Entidad Benéfica constructora. Sin embargo, no se adaptó a la Ley de 1964 al no cumplir las previsiones de sus Disposiciones transitorias 1ª y 2ª, por lo que, en estricta aplicación de lo previsto en dichas transitorias, se considera disuelta *ministerio legis*. Además de este razonamiento, al que acaso se podría reprochar su carácter excesivamente formal, resulta que la asociación no constaba inscrita en el Registro de Asociaciones, ni desplegó actividad alguna desde el momento de su constitución, ni ha presentado cuentas anuales. Circunstancias de las que la Audiencia infiere su «inexistencia tanto de hecho como de derecho» (FJ 5). La Sentencia opta en su FJ 4 por la tesis de vincular la personalidad jurídica a la inscripción (en contra de la doctrina jurisprudencial mayoritaria), pero lo hace más a efectos doctrinales que de otra índole.

física o jurídica a que pertenezcan». Ambos preceptos constituyen una incuestionable base para la práctica de inscripciones inmobiliarias en favor de cualesquiera personas jurídicas¹³⁷. El principio de tracto sucesivo garantiza que los bienes de la asociación, inscritos a su nombre en el Registro, no podrán ser registralmente agredidos por terceros acreedores de los asociados, salvo que la pretensión se dirija también contra la propia asociación¹³⁸. La doctrina del levantamiento del velo no es directamente aplicable por el Registrador, sino que exige debate y decisión judiciales. Como indica la Resolución de 15 de junio de 2001¹³⁹, «la argumentación del recurrente de que ambas personas jurídicas son idénticas es irrelevante en el ámbito de la calificación del Registrador y, por ende, en este recurso, ya que tal identidad debería haberse controvertido en el procedimiento, trayendo a él a todas las partes implicadas»¹⁴⁰.

Las asociaciones están obligadas a consignar en sus Estatutos su «patrimonio inicial» [art. 7.1.j) LODA] y el «destino del patrimonio» en caso de disolución [arts. 7.1.k) y 17.2 LODA], así como a efectuar un inventario de

137 La redacción vigente del artículo 4 RH procede del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE nº 233, de 29 de septiembre de 1998). En la redacción anterior a la reforma, el precepto aludía a «persona individual o colectiva». La modificación supone una modernización del lenguaje empleado, pero sin mayor trascendencia sustantiva. Sorprendentemente, sin embargo, la reforma del RH de 1998 no ha desterrado del artículo 4 RH la anacrónica mención a las «entidades civiles o eclesiásticas», que también se mantiene, como puede verse, en el artículo 2.6º LH, con la única variación -intrascendente- de sustituir «entidades» por «Corporaciones». A las «Corporaciones civiles o eclesiásticas» alude también el artículo 20 RH, y a las «Entidades eclesiásticas» el artículo 19 RH, ninguno de los dos modificado en 1998.

138 Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4140) y 31 de enero de 2002 (RJ 2002, 5241) señalan que es improcedente practicar una anotación preventiva de querrela contra bienes que en el Registro figuran a nombre de la Asociación Catalana contra el Cáncer, cuando el querrellado es una persona física (*in casu*, el gerente de dicha Asociación). Y ello porque «el procedimiento de que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral». Para que semejante anotación pudiera acceder al Registro debería constar, en palabras de la Resolución de 31 de enero de 2002, «el consentimiento del titular o que éste -a través de sus órganos de administración y representación en este caso- haya sido parte en el procedimiento de que se trata».

139 RJ 2002, 7714.

140 Un ejemplo de la aplicación de esta doctrina en relación con las asociaciones se encuentra en la SAP Las Palmas de 4 de marzo de 2002 (JUR 2002, 127004) que impone una condena solidaria, derivada de la resolución de determinados contratos de compraventa, a una persona física, una sociedad limitada y una asociación, atendiendo a la confusión de personalidades y patrimonios entre la sociedad demandada y su administrador único y entre éste y la asociación.

sus bienes (art. 14.1 LODA), pero no están gravadas con ningún deber específico de proceder a la inscripción de sus titularidades inmobiliarias. A diferencia, por cierto, de lo que sucede con las fundaciones. Tanto la Ley de Fundaciones de 2002 como su precedente de 1994 imponen al órgano de gobierno de la fundación (el patronato) la obligación de promover, bajo su responsabilidad, la inscripción a nombre de la fundación de los bienes y derechos que integran su patrimonio «en los Registros públicos correspondientes» (art. 20.2 de la Ley de 2002; parecidamente, art. 18 de la Ley de 1994). Nótese que el precepto se refiere a cualesquiera Registros públicos, lo que significa que se entienden comprendidos en la expresión legal tanto el de la Propiedad como aquellos otros donde se inscriben titularidades jurídicas (Bienes Muebles, Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Propiedad Intelectual, Oficina Española de Patentes y Marcas). La disposición contenida en el artículo 20.2 de la Ley de Fundaciones de 2002, y la ausencia de una norma correlativa en la LODA, se explica seguramente por la mayor relevancia que el patrimonio desempeña en las fundaciones. En coherencia con esa carga general de inscripción en el Registro público correspondiente de los bienes de la fundación, el artículo 21.4 de la Ley 50/2002 exige que se inscriban igualmente «en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto» las enajenaciones o gravámenes de los bienes fundacionales. Sorprendentemente, no se ha incorporado a la Ley de 2002 la previsión de la Ley de Fundaciones de 1994 que imponía la inscripción en el Registro de Fundaciones «y, en su caso, en el de la Propiedad», de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general (cfr. Disposición adicional 1ª de la Ley 30/1994)¹⁴¹.

La Ley de 1994 expresaba con claridad que la inscripción de los bienes fundacionales había de practicarse también en el Registro de Fundaciones (cfr. su art. 18), lo que planteaba la posible existencia de una doble inscripción de un mismo bien, cada una de ellas con su propia eficacia. Vista esta posibilidad, el artículo 37 de la Ley de 1994 se veía en la necesidad de salvaguardar

141 Serán aplicables, si es que permanecen vigentes, los apartados 2º y 3º de la Real Orden de 21 de abril de 1908, sobre comunicaciones de Notarios y Registradores (*Gaceta* de 23 de abril de 1908), relativos a los bienes con carga benéfica. Sobre la inscripción de una desafectación de bienes a fines benéficos, cfr. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1980 (RJ 1980, 3239).

los efectos derivados de la inscripción practicada en el Registro público correspondiente, y, de modo muy particular, la practicada en el Registro de la Propiedad¹⁴². La Ley de 2002 es más confusa en torno a la necesidad de inscripción de los bienes en el Registro de Fundaciones¹⁴³, aunque conserva la regla que garantiza en todo caso la primacía de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad sobre las eventualmente realizadas en el de Fundaciones¹⁴⁴.

En materia de asociaciones, en cambio, la dualidad de inscripciones de los bienes asociativos es sencillamente imposible. Ni el patrimonio ni los bienes de la asociación se inscriben en el Registro de Asociaciones, pues ni uno ni otros figuran en la relación de actos, elementos y datos inscribibles recogida en el artículo 28.1 LODA. Tampoco se deposita en dicho Registro la documentación sobre el patrimonio de la asociación, sino únicamente la relativa al destino dado al mismo como consecuencia de la disolución de la entidad [art. 28.2.e) LODA]. El Reglamento de desarrollo de la LODA no sólo no ha innovado —no podía hacerlo— esta situación¹⁴⁵, sino que, al derogar expresamente el Decreto de Asociaciones de 1965, ha acabado con cualquier remota posibilidad de que, al amparo de dicho Decreto, se practicara en el

142 El artículo 37.1 de la Ley de 1994 disponía que «los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe», añadiendo que «la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito». Pero el apartado 2 de ese mismo artículo 37 se encarga, como se advierte en el texto, de salvar la primacía de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad, subrayando que «lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de los demás Registros públicos existentes». Sobre estas cuestiones, cfr. A. PAU PEDRÓN, «El Registro de Fundaciones», *RCDJ* 638 (1997), pp. 9-64; y M. I. POVEDA BERNAL, «Consideraciones críticas sobre el Registro de Fundaciones», en C. VATTIER FUENZALIDA (coord.) *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, 1999, pp. 169-193.

143 La respuesta más acertada es la negativa, siquiera sea por el simple contraste entre el artículo 18 de la Ley de 1994 y el artículo 20.2 de la Ley de 2002: mientras que el primero mencionaba expresamente la inscripción en dicho Registro, el segundo la omite. Si se parte de esta premisa, resulta contradictorio que la ley imponga que se hagan constar anualmente en el Registro de Fundaciones, al término del ejercicio económico, las enajenaciones o gravámenes de los bienes fundacionales (art. 21.4 de la Ley de 2002).

144 Véanse los apartados 3 y 4 del artículo 37 de la Ley de 2002, que coinciden en lo sustancial, respectivamente, con los apartados 1 y 2 del artículo homónimo de la Ley de 1994.

145 En efecto, las únicas referencias que en el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones de 2003 se encuentran a la inscripción del patrimonio de la asociación, o al depósito de la documentación relativa a dicho patrimonio, se refieren al destino que se da a ese patrimonio en caso de disolución de la asociación. Véanse en este sentido los artículos 23.2.d), 23.4.a), 25.3 y 37.1.e) del citado Reglamento.

Registro de Asociaciones una inscripción del patrimonio de la asociación¹⁴⁶. Por tanto, los bienes y derechos que integran el patrimonio de la asociación únicamente podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad, o en el Registro público con efectos jurídicos que corresponda en razón de la naturaleza del bien o derecho de que se trate, pero no en el de Asociaciones.

B) Las circunstancias de la inscripción a favor de las asociaciones

Las inscripciones practicadas en favor de personas jurídicas deben expresar las circunstancias recogidas en la letra *b)* del artículo 51.9ª RH: su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten. Aplicado este precepto a las asociaciones significa lo siguiente:

- La «clase» nos remite al tipo de persona jurídica de que se trate; en nuestro caso una asociación, aunque nade impide que se consigne en el Registro, si es el caso, el concreto tipo de asociación de que se trate (política, deportiva, sindical...). Será de hecho lo más frecuente, con la finalidad de identificar a la persona jurídica titular del modo más preciso posible.
- La «denominación» («razón social o denominación» según el art. 397 RH) que debe hacerse constar en el Registro es la que figure en los Estatutos de la asociación [art. 7.1.a) LODA].
- El «número de identificación fiscal» es el que se haya asignado a la asociación al amparo de la normativa específica reguladora de esta materia¹⁴⁷. El artículo 397 RH se refiere, en cambio, al «nú-

146 Conforme al artículo 7.2 del Decreto de 1965, cuando se inscribía la constitución de una asociación había que anotar el «patrimonio fundacional» [letra *ε*]. Es evidente, sin embargo, que este precepto fue tácitamente derogado por la LODA, dada su incompatibilidad con el nuevo régimen de actos y hechos inscribibles establecido en el artículo 28.1 LODA. De otro lado, y según el artículo 7.3 del citado Decreto, las modificaciones estatutarias sólo surtían efectos con respecto a terceros «a partir de su inscripción en el Registro» de Asociaciones.

147 Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, por el que se regula la composición y forma de utilización del Número de Identificación Fiscal (BOE nº 63, de 14 de marzo de 1990; corrección de errores en BOE nº 65, de 16 de marzo de 1990). Conforme a su artículo 1 I, «toda persona física o jurídica tendrá un Número de Identificación Fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria».

mero de su código de identificación». Este «código de identificación» es el previsto en el Decreto 2423/1975, de 25 de septiembre, por el que se regula el Código de Identificación de las personas jurídicas y Entidades en general¹⁴⁸. Pero ambos coinciden, pues para las personas jurídicas el número de identificación fiscal es, precisamente, el código de identificación que se les asigne de acuerdo con el Decreto 2423/1975 [cfr. art. 2.a) del Real Decreto 338/1990].

- La referencia a la «inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente» significa que en el Registro de la Propiedad se consignará la inscripción que haya causado la asociación en el correspondiente Registro de Asociaciones, ya se trate del Registro general de Asociaciones (el estatal o cualquiera de los autonómicos; arts. 25 y 26 LODA), ya se trate de cualquier otro Registro donde se inscriban tipos específicos de asociaciones (p.ej., Registro de Partidos Políticos, Registro de Entidades Religiosas...). Pero esta consignación es potestativa, como se desprende inequívocamente de la locución adverbial empleado por el precepto («en su caso»), no obligatoria. Se volverá más adelante sobre esta cuestión.
- La «nacionalidad» sólo se hará constar en el Registro de la Propiedad si la asociación a cuyo favor se inscribe la titularidad inmobiliaria es extranjera. No hace falta consignar nacionalidad alguna si es española. La nacionalidad de la asociación se determina conforme a la normativa general del artículo 28 CC, dada la ausencia en la LODA de precepto específicamente aplicable. La normativa hipotecaria no impone la obligación de consignar la vecindad civil de las asociaciones¹⁴⁹.
- El «domicilio» que se consigna en el Registro de la Propiedad es el que figura en los Estatutos de la asociación [art. 7.1.b) LODA].

148 BOE nº 253, de 22 de octubre de 1975.

149 Lo que seguramente se explica atendida la particular dificultad que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico existe para determinar este atributo de las personas jurídicas. Sobre esta cuestión, en general, A. VAQUER ALOY, «Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas», *RDP* 1996, pp. 615-634.

No obstante, la asociación podrá en cualquier momento instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio —distinto del estatutario, se entiende— a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito [art. 51.9^a.e) RH].

Con la finalidad de agilizar la constancia en el Registro de la Propiedad de los datos relativos a las personas jurídicas, el Reglamento Hipotecario prevé que, si las circunstancias de la asociación constan en otro asiento del mismo folio registral, podrá consignarse en el nuevo únicamente la clase y denominación de la asociación, añadiendo la referencia, para las demás circunstancias, al asiento anterior, expresando las variaciones que resulten de los documentos presentados [art. 51.9^a.d) RH].

C) La no necesidad de previa inscripción de la asociación en el Registro de Asociaciones

Como se acaba de indicar, el artículo 51.9^a, letra *b*), RH exige que la inscripción de una titularidad en favor de una persona jurídica haga referencia a la «inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente». Mas se trata de una referencia potestativa, pues no en todos los casos la persona jurídica estará por fuerza inscrita en un registro.

En el caso de las asociaciones sometidas al ámbito de aplicación de la LODA, y puesto que la inscripción es obligatoria (bien que «a los solos efectos de publicidad»; art. 10.4 LODA), la referencia se hará al Registro de Asociaciones, estatal o autonómico, general o especial, donde se halle inscrita la asociación que pretenda obtener una inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, dada la nueva función que la inscripción registral cumple en la LODA, el Registrador de la Propiedad no podrá negar la inscripción inmobiliaria a favor de una asociación aduciendo su falta de inscripción en el Registro de Asociaciones. Dicho en otras palabras, el carácter potestativo de la indicada referencia significa, en el caso de las asociaciones sujetas a la LODA, que, como quiera que obtienen la personalidad jurídica con independencia y al margen de su inscripción en el Registro de Asociaciones, simplemente con el otorgamiento del acta fundacional (art. 5.2 LODA), la inscripción de sus bienes en el Registro de la Propiedad no puede supeditarse a su previa inscripción en el

de Asociaciones¹⁵⁰. En consecuencia, quedan desprovistas de fundamento normativo las opiniones que, vigente la Ley de Asociaciones de 1964, exigían obligatoriamente la inscripción en el Registro de Asociaciones, y consiguientemente una referencia a la misma, como paso previo para la inscripción de titularidades inmobiliarias en el Registro de la Propiedad¹⁵¹.

Ello no impide, naturalmente, que el Registrador ejercite el control de legalidad en el momento de realizar la calificación registral, tal como le impone el artículo 18 LH. Pero su poder de calificación queda limitado tras la LODA en el sentido de que no podrá exigir a la asociación, como requisito para acreditar su capacidad, la previa inscripción en el Registro de Asociaciones. Al amparo de su facultad de calificación, en cambio, sí podrá -y deberá- controlar extremos tales como que el acta fundacional se ha otorgado en documento público o privado, que dicho documento es válido, que el acta contiene las exigencias impuestas por el artículo 6.1 LODA, que incorpora los Estatutos y que éstos tienen el contenido mínimo imperativo requerido por el artículo 7.1 LODA. Obviamente, también deberá controlar la legalidad del negocio o acto con trascendencia inmobiliaria que se pretende inscribir en el Registro por la asociación¹⁵².

Ante la terminante formulación contenida en el artículo 5.2 LODA, la exigencia de una previa inscripción en el Registro de Asociaciones tampoco

150 De acuerdo con esta opinión, aunque con alguna duda injustificada, S. DE SALAS MURILLO, «Acerca de la responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las personas que actúan en su nombre», *La Ley* 2004-3, D-152, p. 2061: «parece que el Registrador -máxime cuando los términos de la Ley orgánica son tan claros- no podrá denegar, por ese solo motivo [ausencia de inscripción en el Registro de Asociaciones], la inscripción de un bien a nombre de la asociación no inscrita».

151 En este sentido, por ejemplo, R. M^o. ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, IV, 8^a ed., 1997, p. 477, incluyen las asociaciones sometidas a la Ley de 1964 como uno de aquellos tipos de personas jurídicas para las que es necesaria la inscripción en el Registro de Asociaciones como requisito previo para la práctica en su favor de inscripciones en el Registro de la Propiedad.

152 Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 2004 (*BOE* n^o 36, de 11 de febrero de 2005), que resuelve el recurso gubernativo interpuesto por el Club Náutico Villa de San Juan del Pinatar contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de hipoteca sobre concesión administrativa, basada en que no se había tomado adecuadamente el acuerdo de la Asamblea General que decidió la celebración de ese negocio. La discrepancia consistía en que el Registrador consideraba que la mayoría de dos tercios exigida por los Estatutos era del total de asociados, mientras que el Club recurrente refería la mayoría a los asociados presentes o representados en la Asamblea General que adoptó el acuerdo. La Dirección General opta por esta última interpretación y, consiguientemente, revoca la nota del Registrador y ordena la inscripción.

puede basarse en una aplicación analógica del artículo 383 I RH («No podrá practicarse a favor de la Sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil»). En virtud de este precepto, la inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes inmuebles o derechos reales a favor de una sociedad mercantil está supeditada a la previa inscripción de ésta en el Registro Mercantil, pues es esta última inscripción la que confiere a la sociedad mercantil su personalidad jurídica (así, para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, arts. 7.1 I LSA y 11.1 LSRL). De ahí que, mientras la sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, no adquiere su personalidad jurídica y no pueden practicarse inscripciones a su favor en el de la Propiedad. Algo parecido ha de decirse en relación con las cooperativas, sin necesidad de indagar ahora sobre si son o no sociedades mercantiles. Las cooperativas adquieren personalidad jurídica en el momento de su inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 7 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas); antes de ese momento carecen de ese atributo y no cabe practicar a su favor inscripciones en el Registro de la Propiedad. El artículo 383 I RH parece también aplicable a las cooperativas, aunque el precepto, como demuestra la mención concreta que en él se hace al Registro Mercantil, tenga fundamentalmente a la vista las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Incluso podría discutirse sobre su aplicación a las fundaciones.

En aplicación del artículo 383 I RH, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha denegado en numerosas ocasiones la inscripción de adquisiciones inmobiliarias realizadas por sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Mercantil. Así, la Resolución de 28 de junio de 1985¹⁵³ deniega la inscripción de un inmueble adquirido en nombre de una sociedad no inscrita, con objeto mercantil pero que, según el recurrente, era de carácter civil por su constitución. Después de desautorizar esa posibilidad («para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las Sociedades es insuficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la Sociedad civil»), la Dirección General advierte que la sociedad mercantil «sólo alcanza plenitud de efectos frente a terceros cuando se cumplen los requisitos de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil» (Considerando cuarto) y

153 RJ 1985, 3501.

fundamenta la negativa a inscribir en el artículo 383 RH (Considerando quinto). Idéntica doctrina mantienen las Resoluciones de 1 de abril de 1997¹⁵⁴ y 30 de abril de 1997¹⁵⁵, que reiteran en sus mismos términos, y de modo prácticamente íntegro, las palabras de la anterior Resolución de 28 de junio de 1985. En los dos casos decididos por las Resoluciones de 1997 se deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición de un inmueble realizada en nombre de sendas sociedades no inscritas en el Registro Mercantil que, según entendían los recurrentes, eran de carácter civil por su constitución, pero cuyo objeto —la compraventa de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas— era mercantil para la DGRN y dotaba a la sociedad de esa misma naturaleza. Conviene subrayar que ni siquiera el reconocimiento normativo de la sociedad en formación (art. 15 LSA, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada *ex* art. 11.3 LSRL) ha servido para mitigar el rigor en la aplicación por la Dirección General del artículo 383 I RH a las sociedades anónimas y limitadas. Por tanto, si bien es cierto que cabe celebrar contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 15.1 LSA), cuyos efectos asume la sociedad una vez inscrita (art. 15.3 LSA), no es posible que, antes de acceder al Registro Mercantil, se practiquen asientos a su favor en el Registro de la Propiedad. En esta línea se sitúa la Resolución de 22 de abril de 2000¹⁵⁶. En

154 RJ 1997, 3586.

155 RJ 1997, 3599.

156 RJ 2000, 5835. Constituida una sociedad de responsabilidad limitada por escritura otorgada el 11 de abril de 1996, que se presentó a inscripción en el Registro Mercantil el 13 de ese mismo mes y año, el siguiente día 16 —cuando todavía la inscripción no se había practicado— compró un local comercial. La sociedad compradora actuó a través de su administradora única, según resulta de la escritura fundacional, y en virtud «de mandato específico» (art. 15.2 LSA) conferido por todos los socios de la entidad. Presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción la escritura de venta, el Registrador la suspende por el defecto consistente en no constar acreditada la inscripción de la sociedad limitada compradora en el Registro Mercantil, con la consiguiente falta de personalidad jurídica. La Dirección General revoca la nota del Registrador y ordena la inscripción, aunque no en favor de la sociedad limitada! Para la Dirección General, durante la pendencia de la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, la titularidad de los bienes aportados —o la de los que, en el desenvolvimiento de las actuaciones previstas en el artículo 15.2 LSA, hayan sustituido a aquellos o incrementado esa masa patrimonial— no es ya una titularidad individual de los respectivos socios aportantes, sino una titularidad común a todos ellos en la situación jurídica de provisionalidad definida anteriormente y, por consecuencia, ningún obstáculo debe haber para reflejar en el Registro de la Propiedad tal modificación jurídico-real inmobiliaria, «practicando la respectiva inscripción a favor de todos los constituyentes», si bien «la oportuna inscripción en el Registro Mercantil de la

el caso de las asociaciones sometidas al ámbito de aplicación de la LODA, la claridad del artículo 5.2 LODA impide de plano cualquier intento de aplicación analógica del artículo 383 I RH.

El hecho de que el acta fundacional de la asociación se haya otorgado en documento privado no constituye impedimento para la inscripción de bienes en su favor, aun cuando la asociación no conste inscrita en ningún Registro de Asociaciones. Es perfectamente aprovechable para las asociaciones la tesis mantenida para las sociedades civiles por la Resolución de 14 de febrero de 2001¹⁵⁷. Como es sabido, las Resoluciones de 31 de marzo de 1997¹⁵⁸ y 11 de diciembre de 1997¹⁵⁹ consideraron que la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades civiles se encontraba supeditada a su inscripción en el Registro Mercantil, por más que semejante exigencia no se contemplara en modo alguno en los artículos 35.2º y 1669 CC ni en el propio Reglamento del Registro Mercantil, que no mencionaba las sociedades civiles entre las entidades inscribibles, aunque fuera con carácter potestativo, en el Registro Mercantil (cfr. art. 81 RRM). En consecuencia, mientras no se produjera la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, carecía de personalidad jurídica y no podía obtener ninguna inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad. La tesis mantenida por las Resoluciones de 31 de marzo y 11 de diciembre de 1997 fue objeto de severas y unánimes críticas por la doctrina¹⁶⁰, que no sirvieron para impedir que, con el decidido in-

sociedad en cuanto evento que determina el fin de la situación de provisionalidad podrá reflejarse en el Registro de la Propiedad por medio de la correspondiente nota marginal (cfr. artículo 23 de la Ley Hipotecaria)» (Fundamento de Derecho cuarto).

157 RJ 2002, 2154. Sobre ella, R. CABANAS TREJO/R. BONARDELL LENZANO, «La RDGRN de 14 de febrero de 2001: el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles», *RdS* 17 (2001), pp. 337-345.

158 RJ 1997, 2049.

159 RJ 1997, 8822.

160 F. PANTALEÓN PRIETO, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la Resolución DGRN de 31 de marzo de 1997 (BOE de 26 de abril)», *La Ley* 1997-4, D-232, pp. 1376-1384, y, con un adenda, en *AAMN* 1999, pp. 9-46, por donde se cita en lo sucesivo; F. M. DE EIZAGUIRRE, «La personalidad jurídica de la sociedad civil (A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997)», *La Ley* 1997-6, D-358, pp. 1718-1724; F. VICENT CHULIÁ, «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles», *RGD* 640-641 (1998), pp. 651-665; F. J. GARCÍA MAS, «La sociedad civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN», *RCDI* 647 (1998), pp. 1165-1190; B. J. AGUIRRE FERNÁNDEZ, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolu-

tento de acomodar *ex post* el Derecho positivo a la tesis mantenida por dichas Resoluciones, se modificara el Reglamento del Registro Mercantil a fin de facilitar el acceso al mismo de las sociedades civiles¹⁶¹. Pero la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 24 de febrero de 2000¹⁶² puso las cosas en su sitio y anuló los nuevos artículos 81.3 y 269 bis RRM por infracción del principio de reserva de ley establecido en los artículos 16.1.5º CCom

ción de la DGRN de 31 de marzo de 1997», *RCDI* 647 (1998), pp. 1191-1208; y R. CABANAS TREJO/R. BONARDELL LENZANO, «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), pp. 357-389.

161 En efecto, la Disposición adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del Reglamento Hipotecario (*BOE* nº 233, de 29 de septiembre de 1998), adicionó dos artículos al Reglamento del Registro Mercantil para hacer posible la inscripción en el Registro Mercantil de todas las sociedades civiles. Se trataba del artículo 81.3 RRM («Podrán también inscribirse [en el Registro Mercantil] las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil») y del artículo 269 bis RRM («Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables»; a continuación se indicaban las circunstancias que había de consignar en la inscripción primera de las sociedades civiles). La explicación que la Exposición de Motivos del citado Real Decreto ofrece de esta modificación no deja ningún lugar a la duda sobre su relación con la doctrina establecida en las Resoluciones de 31 de marzo y 11 de diciembre de 1997: «Asimismo se ampara -a través de una disposición adicional que modifica el Reglamento del Registro Mercantil- la posibilidad de que las sociedades civiles sean objeto de inscripción en tal Registro, aunque no tengan forma mercantil, con la finalidad de que tales sociedades también puedan gozar de las ventajas del reconocimiento a través de un instrumento de publicidad «erga omnes». De esta manera —continúa la Exposición de Motivos— no sólo las sociedades civiles con forma mercantil sino también aquellas que tengan una forma puramente civil podrán gozar de las ventajas de inscripción en el Registro Mercantil, para poder después inscribir los bienes a su nombre en el Registro de la Propiedad. Se resuelve así el problema de las sociedades que realmente quieren regirse como sociedades civiles, sin adoptar una forma mercantil que las desvirtúe [...]».

162 RJ 2000, 2888. Véase su Fundamento de Derecho noveno. Sobre ella, Mª. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, «La sociedad civil no puede inscribirse (A propósito de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000)», *La Ley* 2000-6, D-196, pp. 1883-1888. La autora informa de que el Proyecto de Real Decreto de reforma del Reglamento Hipotecario proponía una nueva redacción del artículo 383 I RH que supeditara la inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad en favor de sociedades civiles a la previa inscripción de éstas en el Registro Mercantil. Es decir, se ampliaba el ámbito de aplicación del artículo 383 I RH, actualmente previsto sólo para las sociedades mercantiles, comprendiendo también a las civiles. El Consejo de Estado desaconsejó esta reforma del artículo 383 I RH, y de esa negativa, asumida por el Gobierno, nació la Disposición adicional única del Real Decreto 1867/1998, que no se encontraba en el Proyecto y no fue informada por el Consejo de Estado (Mª. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *La Ley* 2000-6, p. 1886). También I. SÁNCHEZ CID, «La personalidad jurídica de la sociedad civil (A propósito del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000)», *ArCiv.* 2001-II, pp. 2283-2322.

y 35.2º CC. La doctrina ya había subrayado la ilegalidad en que incurría la reforma del Reglamento de 1998 precisamente por la razón que luego apreció el Tribunal Supremo¹⁶³. De este modo, vueltos a la situación creada como consecuencia de las Resoluciones de 1997 y atendiendo las observaciones realizadas por la doctrina, la Resolución de 14 de febrero de 2001 rectifica el criterio sentado en aquéllas y admite que las sociedades civiles disfrutaban de personalidad jurídica sin necesidad de inscripción en registro alguno¹⁶⁴. En el plano registral, la consecuencia derivada de esa nueva orientación es la posibilidad de practicar inscripciones a su favor en el Registro de la Propiedad sin restricción alguna; en particular, sin resultarles de aplicación el artículo 383 I RH.

La inscripción en el Registro de la Propiedad es viable —y aquí es donde se relaciona la citada Resolución de 14 de febrero de 2001 con el artículo 5.2 LODA— incluso si la sociedad civil está constituida en documento privado. De hecho, en el caso zanjado por dicha Resolución, la sociedad civil que solicitaba la inscripción en el Registro de la Propiedad había sido constituida en documento privado. Por tanto, si la mencionada Resolución de 14 de febrero de 2001 accedió a la inscripción en favor de una sociedad civil constituida en documento privado y que no constaba en ningún registro público, lo mismo ha de suceder con una asociación constituida por acta fundacional otorgada en documento privado y no inscrita en el Registro de Asociaciones. Más aún cuando las dudas que ha albergado la Dirección General sobre el modo y el momento de adquisición de la personalidad jurídica por las sociedades civiles (parece que finalmente disipadas con la Resolución de 14 de

163 R. URÍA/A. MENÉNDEZ/C. PAZ-ARES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 1999, pp. 499-500; R. GARCÍA VILLAVARDE, «La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español», *RdS* 14 (2000), pp. 50-52 (y más referencias en el mismo sentido en nt. 13); J. M. DE EIZAGUIRRE, «La subjetivación de las sociedades de personas», *RdS* 14 (2000), pp. 101-102; y F. PANTALEÓN PRIETO, *AAMN* 1999, p. 43. En cambio, desde la órbita más cercana a la Dirección General de los Registros y del Notariado, no se apreciaba ningún inconveniente formal en exigir por vía reglamentaria la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles [con esta opinión, F. J. GARCÍA MAS, «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *RCDI* 657 (2000), pp. 1074-1075].

164 En relación con la Resolución de 14 de febrero de 2001, cfr. A. J. QUESADA SÁNCHEZ, «Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil», *La Ley* 2002-3, D-98, pp. 1785-1791; y A. MARTÍNEZ BALMASEDA, «La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *La Ley* 2002-3, D-84, pp. 1677-1683.

febrero de 2001) carecen por completo de sentido en relación con las asociaciones, dada la inequívoca claridad con que se pronuncia el artículo 5.2 LODA: las asociaciones adquieren personalidad jurídica con el otorgamiento del acta fundacional, recogida en documento público o privado, y sin necesidad de inscripción en el Registro de Asociaciones.

Es evidente, por último, que la negativa a practicar inscripciones en favor de una asociación no puede basarse en la doctrina que, en relación con una comunidad horizontal, la niega alegando que «la misma carece de personalidad jurídica, y, por tanto no cabe que ostente la titularidad registral»¹⁶⁵. A diferencia de lo que sucede con las comunidades de propietarios, las asociaciones gozan de personalidad jurídica en los términos del artículo 5.2 LODA, y de ahí que puedan practicarse inscripciones a su favor cualquiera que sea la forma en que la asociación esté constituida. También es inaplicable a las asociaciones la doctrina de la Resolución de 25 de marzo de 1993¹⁶⁶, que negó la posibilidad de practicar una inscripción en favor de una unión temporal de empresas porque no tiene personalidad jurídica (art. 7.2 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo), pero permitiendo en su lugar que se hiciera a favor de las dos sociedades integrantes de la unión haciendo constar en el Registro «la afectación social de los bienes adquiridos para la Unión», aunque sin que ello supusiera «que entre los socios quede constituido un condominio por cuotas sobre cada uno de los bienes» (FJ 3). La tesis de la Dirección General obedece en este caso al hecho de que la unión temporal de empresas carece de personalidad jurídica, algo que no sucede, vuelve a repetirse, con las asociaciones.

D) La singularidad de las asociaciones «especiales»

Las consideraciones que se han venido desarrollando hasta este momento en relación con la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos y bienes inmuebles de las asociaciones se refieren a las asociaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la LODA. Sin embargo, según vimos, permanecen vigentes las normas que regulan modalidades específicas de asociaciones, respecto de los cuales la LODA tiene una eficacia mera-

¹⁶⁵ Resolución de 23 de junio de 2001 (RJ 2001, 5686). En doctrina, M. GONZÁLEZ-MENESES, «Inscripciones y anotaciones a favor de entidades sin personalidad jurídica», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 78 (2001), pp. 3271-3275.

¹⁶⁶ RJ 1993, 2365.

mente supletoria (cfr. art. 1.3 I y Disposición final 2ª LODA). Algunas de dichas normas atribuyen la personalidad jurídica a las asociaciones en ellas contempladas como consecuencia de su inscripción en un Registro. Pues bien, cuando se trata de una asociación sometida a tales normas, para las cuales no rige el artículo 5.2 LODA, es lícito que el Registrador, en el ejercicio de su poder de calificación (art. 18 LH), exija la acreditación de la inscripción en el Registro de Asociaciones de que se trate antes de practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es en este género de caso, además, cuando cobra pleno sentido esa referencia a la «inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente» [art. 51.9ª, letra b), RH].

Esta es la tesis mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en un caso decidido antes de la vigencia de la LODA, pero que habría de encontrar la misma respuesta si el supuesto se planteara en la actualidad. La Resolución de 25 de junio de 1992¹⁶⁷ se enfrentó a la petición de inscripción realizada por la llamada Iglesia de Cristo del Nuevo Testamento, que en virtud de escritura otorgada el 13 de junio de 1990 había recibido la cesión gratuita de una finca urbana. La entidad había sido constituida el 2 de febrero de 1989 mediante escritura pública notarial y se encontraba inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. El Registrador suspendió la inscripción «por no acreditarse mediante la correspondiente documentación auténtica la existencia y la inscripción de la Asociación». La nota denegatoria es confirmada por la Dirección General en los siguientes términos:

«Puesto que la efectiva existencia de la persona jurídica adquirente es un requisito determinante de la validez del acto cuestionado, queda tal extremo sujeto a la calificación registral (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria); y como el artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece que las Entidades Religiosas sólo podrán justificar su personalidad mediante su inscripción en el Registro correspondiente (cfr. art. 5 de la Orden de 11 de mayo de 1984), ha de concluirse que es necesario acreditar fehacientemente al Registrador (art. 3 de la Ley Hipotecaria), la oportuna inscripción, en ese Registro, de la Entidad ahora adquirente, lo que exige inexcusablemente que o bien se acompañe al título calificado la corres-

167 RJ 1992, 5943. Con una exposición completa de los antecedentes puede consultarse en M. AMORÓS GUARDIOLA/V. BARRIGA RINCÓN/A. DELGADO GARCÍA/E. MADERO JARABO, *Jurisprudencia registral III (1991-1996)*, vol. 1º, 1997, pp. 411-413.

pondiente certificación registral (cfr. art. 5 de la Orden de 11 de mayo de 1984), o bien que haya testimonio notarial de los particulares de la misma que sean precisos al efecto, siendo evidente que tal testimonio precisa no sólo la relación del contenido del documento testimoniado, sino también la aseveración notarial de la correspondencia de lo relacionado con el original del que se toma y la reseña de sus datos identificadores» (Fundamento de Derecho segundo)

La solución denegatoria de la inscripción registral es correcta. En efecto, tratándose de una entidad (*in casu*, una Iglesia) que adquiere su personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (art. 5.1 LOLR), y que de hecho ya se encontraba inscrita en él, es preciso acreditar al Registrador dicha inscripción para acceder al Registro de la Propiedad. Sin embargo, no merece el mismo juicio favorable el razonamiento seguido por la Resolución para alcanzar esta conclusión.

A mi juicio, la Dirección General mantiene un criterio errado cuando afirma que el artículo 5 LOLR «establece que las Entidades Religiosas sólo podrán justificar su personalidad mediante su inscripción en el Registro correspondiente», citando a continuación el artículo 5 de la Orden de 11 de mayo de 1984. En efecto, basta con la simple lectura del artículo 5 LOLR para constatar que ninguno de sus tres apartados contiene las afirmaciones que le atribuye la Resolución. Por lo que se refiere al artículo 5 de la Orden de 11 de mayo de 1984, sobre publicidad del Registro de Entidades Religiosas¹⁶⁸, dispone que «la publicidad del Registro se lleva a cabo exclusivamente por medio de certificado, la cual es el único medio que acredita fehacientemente el contenido de aquél». El certificado del Registro de Entidades Religiosas es, por tanto, el único medio acreditativo del contenido del Registro, pero no, como parece dar a entender la Resolución de 25 de junio de 1982, el modo de justificar la personalidad jurídica ni, menos aún, el modo de adquirir dicha personalidad.

Un intento de fundamentar adecuadamente la solución alcanzada por la Resolución de 25 de junio de 1992 debía haber discurrido por otros caminos. Partiendo del hecho de que la Iglesia cesionaria estaba inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, el problema se reducía simplemente, como ya se ha apuntado, a acreditar dicha inscripción. El modo de acreditación es la certificación registral, que es el «único medio que acredita fehacientemente» el conte-

168 BOE n° 125, de 25 de mayo de 1984.

nido del Registro (art. 5 de la Orden de 11 de mayo de 1984). Acreditación de la inscripción es sinónimo de acreditación de la personalidad jurídica, pues ésta se infiere de la correspondiente certificación de hallarse inscrita en el Registro la entidad de que se trate (cfr. Disposición transitoria 1ª del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, aplicable únicamente a las entidades católicas, y Disposición transitoria 1ª LOLR, aplicable a cualesquiera entidades religiosas). La principal aportación que sobre esta materia realiza la Resolución de 25 de junio de 1992 consiste en que, a pesar de los términos utilizados por el artículo 5 de la Orden de 1984 («único medio que acredita fehacientemente»), la Resolución admite otra posibilidad de acreditar ante el Registro de la Propiedad la inscripción de la entidad en el Registro de Entidades Religiosas, a saber, el testimonio notarial de la certificación registral. Acreditada la inscripción en este Registro, el camino para obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad quedaría expedito¹⁶⁹.

Aunque la doctrina de la Resolución de 25 de junio de 1992 está sentada a propósito de una Iglesia, y, en el marco de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, es clara la distinción entre Iglesias (o Confesiones o Comunidades), de una parte, y asociaciones (o fundaciones), de otra, su criterio es igualmente válido para la eventual inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes a favor de una asociación religiosa.

E) La constancia registral de las circunstancias relativas a la representación de la asociación

Cuando se practica en el Registro de la Propiedad una inscripción a nombre de una asociación —o, más en general, de una persona jurídica—

169 Cuestión distinta sería, entonces, la de determinar bajo qué nombre concreto habría de practicarse la inscripción en éste. En relación con la Iglesia católica, la Resolución de 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9162) ha considerado que la inscripción en el Registro de la Propiedad no puede practicarse en favor de dicha Iglesia, sin más especificaciones, sino que es preciso indicar cuál de las concretas personas jurídicas que la integran es la verdadera adquirente del bien. Y ello porque, «en el orden civil, no resulta indiferente cuál sea la concreta persona jurídica eclesiástica que haya adquirido el bien de que se trate, lo que tendrá relevancia, también a efectos civiles, a la hora de cumplir los requisitos que para disponer del mismo establece la legislación canónica (cfr. artículos 37 del Código Civil y 1, apartado 4, párrafo segundo, del mencionado Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979)». La solución adoptada por la Dirección General en esta Resolución obedeció a la enorme complejidad estructural y organizativa de la Iglesia católica, que no es predicable de otras Iglesias.

hay que expresar las circunstancias de la representación legal o voluntaria de la asociación, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación y, cuando proceda, su inscripción en el Registro correspondiente [art. 51.9ª.c) RH]. El precepto, que resulta particularmente aplicable a las adquisiciones inmobiliarias realizadas por la asociación a través de sus representantes, impone el deber de consignar en el Registro de la Propiedad los siguientes datos:

- a) Las circunstancias de la representación legal o voluntaria de la asociación. El precepto alude a dos circunstancias diversas —representación «legal» o representación «voluntaria»— que deben ser analizadas por separado.

(i) El representante «legal» es su representante orgánico. La LODA deja en este punto un amplio juego a la autonomía de la asociación, que en sus Estatutos fijará las «atribuciones» de los «órganos de gobierno y representación» [art. 7.1.h) LODA], una de las cuales tendrá que ser forzosamente la indicación de quién o quiénes son los representantes legales de la asociación. El artículo 11.4 LODA aclara que el «órgano de representación» de la asociación «represent[a] los intereses de la asociación», lo que no deja de ser una redundancia que nada aclara sobre qué persona o personas físicas concretas son los representantes de la asociación. Aprobada la LODA, y por no ser contraria a la misma (cfr. su Disposición derogatoria única), cabía considerar vigente el artículo 10.2 del Decreto de Asociaciones de 1965, por lo que, salvo previsión estatutaria en contra, sería el Presidente quién ostentaría la representación legal de la asociación¹⁷⁰. Sin embargo, el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes Registros de Asociaciones, aprobado por Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, ha derogado expresamente el Decreto de 1965, por lo que la determinación del representante «le-

¹⁷⁰ Literalmente, el artículo 10.2 del Decreto de 1965 establecía que «el Presidente, y en su caso quienes estatutariamente se determine, ostentarán la representación legal de la Asociación, actuarán en su nombre y deberán ejecutar los acuerdos adoptados por la Asamblea general de asociados o por la Junta Directiva».

gal» de la asociación, así como el sistema que ha de seguirse para su designación, quedan remitidos en su totalidad a lo dispuesto en los Estatutos.

(ii) El representante «voluntario» de la asociación será el nombrado por ésta para la realización de uno o varios negocios jurídicos. Se trata de un apoderado de la asociación. Su existencia no es incompatible con la del representante legal.

- b) Las circunstancias personales del representante legal o voluntario de la asociación. Estas circunstancias las tomará el Registrador de la escritura pública donde esté documentado el negocio jurídico que se pretenda inscribir, donde constarán las «relativas a la personalidad del representante» (art. 165 del Reglamento Notarial).
- c) Los datos relativos al «poder o nombramiento» que confieran la representación. El término «poder» se refiere a la representación voluntaria, mientras que «nombramiento» se relaciona más bien con la representación legal, esto es, con la persona o personas elegidas por la asociación para integrar el órgano de representación de la misma.
- d) La inscripción del poder o nombramiento, cuando proceda, en el Registro correspondiente. Los apoderamientos otorgados por las asociaciones no son inscribibles en Registro alguno, por lo que esta exigencia no es aplicable a la representación voluntaria. Y lo mismo cabe decir del nombramiento del representante legal. Ciertamente, uno de los asientos que se practica en el Registro de Asociaciones tiene por objeto «la identidad de los titulares de los órganos de gobierno y representación» [art. 28.1.e) LODA], pero una cosa es inscribir quiénes forman parte de los órganos de gobierno y representación de la asociación, que es a lo que se refiere dicho precepto, y otra diferente —que no viene impuesta por la LODA— inscribir quién o quiénes de ellos ostentan la representación legal de la asociación. Por su parte, el citado Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones prevé la inscripción de «la identidad de titulares de la junta directiva u órgano de representación» de la asociación [art. 2.c) del Reglamento; sus arts. 11 y 12 desarrollan esta inscripción].

El otorgamiento de escrituras públicas por parte del representante legal o voluntario de la asociación se regula por los artículos 164 a 166 del Reglamento Notarial, aplicables a todas las personas jurídicas. Por tanto, si en nombre de la asociación interviene su representante legal, habrá de aportar «el documento del cual surge la representación» (art. 164 I RN), que será el acuerdo asociativo en virtud del cual se le nombra representante legal, y si en nombre de la asociación interviene un representante voluntario, la representación habrá de justificarse siempre (art. 164 II RN). El artículo 165 RN es particularmente aplicable a los representantes de las asociaciones, por más que éstas no aparezcan mencionadas de modo expreso en la anacrónica enumeración de personas jurídicas que realiza el precepto («Sociedad, establecimiento público, Corporación u otra persona social»). Consiguientemente, y en virtud de la aplicación de dicho precepto, en la escritura se consignarán la representación, las circunstancias relativas a la personalidad del representante, el nombre de la asociación y su domicilio y el título —nombramiento asociativo o poder— del cual resulte la representación. El representante suscribirá el documento con su propia firma, sin que sea necesario que anteponga el nombre ni use la firma o razón social de la entidad que representa. El Notario insertará en el cuerpo de la escritura, en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación (art. 166 I RN).

Como demuestra la Resolución de 25 de junio de 1992, antes examinada a otros efectos, el Registrador está habilitado para controlar las facultades representativas de quienes intervienen en nombre de la asociación en los negocios transmisivos que pretenden inscribirse en el Registro de la Propiedad. La solución defendida por dicha Resolución puede generalizarse para todas las asociaciones. En el escritura pública de cesión del inmueble, y en nombre de la Iglesia cesionaria, comparecieron cinco personas en su calidad de únicos miembros constituyentes de la entidad, constituidos en Asamblea General que por unanimidad acordaron celebrar en ese mismo acto, y también por unanimidad tomaron el acuerdo de otorgar la escritura pública (Hecho primero). El Registrador denegó la práctica de la inscripción solicitada porque, entre otras razones, no se acreditaba mediante documentación auténtica quiénes eran los socios que constituyeron la Iglesia cesionaria, apreciación que confirma la Dirección General:

«Con relación a la invocada representación de la citada Entidad a través de las cinco personas que comparecen en su nombre como los únicos miembros de la misma que reunidas en Asamblea general en el mismo momento de la escritura acuerdan su otorgamiento, es evidente que, con independencia de que tales personas sean o no en realidad sus únicos miembros, será necesario que se acompañe -inserte en lo pertinente- el documento auténtico de fundación o establecimiento en España de aquella Entidad, del que resulte su régimen de funcionamiento, y el de sus órganos representativos, con expresión de sus facultades, así como los documentos que acrediten la válida designación de las personas que han de desempeñarlos. El hecho de que pudiera tratarse de Junta o Asamblea universal de la Entidad —sin prejuzgar ahora sobre los requisitos para la apreciación de tal extremo— no supone legalmente que la misma sin más pueda arrogarse la representación de la Entidad, pues esta facultad puede estar conferida a otro órgano, cuya competencia debería ser respetada» (Fundamento de Derecho tercero)

Aun sin citarlos, lo que en última instancia viene a exigir la Resolución es que por parte de la asociación se respete el régimen de acreditación de la representación establecido en los artículos 164 a 166 RN¹⁷¹.

3. La capacidad sucesoria de las asociaciones

A) *Las asociaciones no son causantes de una sucesión*

Las asociaciones no pueden ser causantes de una sucesión *mortis causa*. Disuelta y extinguida la asociación, sus bienes y derechos remanentes tendrán el destino fijado en los Estatutos [arts. 7.1.k) y 17.2 LODA], pero las personas físicas o jurídicas que resulten adjudicatarias de esos bienes no son sucesoras de la asociación, ni como herederos ni como legatarios. Di-

171 Otra aplicación de esos mismos criterios, aunque no a los fines de celebrar un contrato sino de interponer un recurso, se encuentra en la Resolución de 26 de enero de 1988 (RJ 1988, 311), que inadmite un recurso gubernativo contra la calificación del Registrador porque «el poderdante -y, por ende, el apoderado- no ostenta, ni notoriamente, ni en virtud de la escritura acompañada, la representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña» (FJ 3). Se trataba de un vocal de la Junta de Gobierno del Colegio autorizado para otorgar poder notarial a efectos de interponer un concreto recurso contencioso-administrativo, pero para nada más.

chas personas serán beneficiarias del patrimonio remanente de la asociación disuelta, pero no sucesoras suyas. Tampoco cabe hablar de sucesión de una persona jurídica extinguida, por más que una terminología de esa naturaleza haya trascendido a normas positivas¹⁷² e incluso se haya producido en sede judicial algún intento de obtener la restitución de bienes amparada en la pretendida condición de sucesora de una persona jurídica extinta¹⁷³. Sólo en el caso de fusión existe un fenómeno parecido al de la sucesión de personas jurídicas (art. 233.1 LSA: la sociedad resultante de la fusión adquiere «por sucesión universal los derechos y obligaciones» de las fusionadas).

172 Cfr. artículo 40 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, rubricado «Sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad».

173 En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de octubre de 2000 (El Derecho 2000, 66845), los actores impugnaban cierto Decreto de la Comunidad Autónoma de Madrid que acordó interrumpir el proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid. Los recurrentes eran miembros de una asociación inscrita en 1995 en el Registro de Asociaciones de la Comunidad de Madrid, denominada «Cámara de la Propiedad Urbana». Alegaban, entre otras cuestiones, que esa asociación era la misma que había sido constituida en 1842 y que después, en 1907, había sido convertida en cámara oficial. Para el Tribunal Superior de Justicia, «nada hay en este momento que avale esta tesis, puesto que la Asociación como tal se supone extinguida al constituirse la Cámara oficial de la Propiedad Urbana» (Fundamento de Derecho quinto). Es muy probable que la Sentencia, Sala 3ª, de 5 de febrero de 1993 (RJ 1993, 964), con un muy complejo relato de hechos, responda en el fondo a una pretensión de esas mismas características. Se trataba de la solicitud formulada por una Asociación, constituida en 1984 con el mismo nombre que otra constituida en 1924, y que en 1939 sufrió el despojo de un inmueble que utilizaba como centro escolar, de que se anulara en vía administrativa cierto Decreto de 1953 que declaró urgente la expropiación forzosa del citado inmueble, a la sazón ocupado por el Instituto Nacional de Enseñanzas Medias «Menéndez Pelayo» de Barcelona. La Sentencia, Sala 3ª, 21 octubre 1991 (RJ 1991, 7630) desestima la petición de la Asociación Grande Oriente de España de restitución de los bienes confiscados por la Ley de 1 de marzo de 1940, sobre Represión de la Masonería y el Comunismo. En el proceso se personaron, como coadyuvantes de la Administración demandada, otras Logias masónicas como la Gran Logia Simbólica Española y el Supremo Consejo de España del Grado 33. El Supremo rechaza la petición porque entiende que para proceder a la restitución es preciso «una norma legal específica, de perfecta aplicabilidad al supuesto de autos, y con mayor razón cuando se discute incluso la titularidad de los bienes confiscados por las distintas Organizaciones masónicas personadas en autos». Véase también, al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de marzo de 1995 (RJ 1995, 6776), que desestima una demanda de devolución de bienes del «Centre Autonomista de Dependents del Comerç i la Indústria», el completo trabajo de J. RIBOT IGUALADA/A. RUDA GONZÁLEZ, «Notes sobre l'extinció i la successió de les associacions (A propòsit d'una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria de persones jurídiques)», en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions*, Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa, 1998, pp. 375-443.

B) La capacidad sucesoria de las asociaciones personas jurídicas

Las asociaciones con personalidad jurídica gozan de plena capacidad sucesoria para recibir bienes y derechos a título de herencia o de legado, ya siendo designadas *nominatim* como sucesoras, ya recibiendo los bienes como instituidas indirectamente¹⁷⁴. Así se desprende, con carácter general, de la amplia formulación del artículo 5.2 LODA («plena capacidad de obrar») y de la ausencia de restricción en el artículo 38 I CC en orden a los títulos adquisitivos en favor de las personas jurídicas. Y, en particular para la capacidad sucesoria, así se obtiene del artículo 746 CC, según el cual «las asociaciones autorizadas o reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38» del propio Código. La capacidad sucesoria de las asociaciones se determinará atendiendo al momento del fallecimiento del causante (art. 758 I CC). Las únicas asociaciones incapaces de suceder son las «no permitidas por la ley» (art. 745.2º CC). Previsiones análogas existen en los ordenamientos civiles, forales o especiales, con Derecho sucesorio propio¹⁷⁵.

Ahora bien, los términos literales empleados por los artículos 745.2º y 746 CC tienen que ser actualizados a la vista del régimen constitucional del derecho de asociación y de las previsiones de la LODA. En primer lugar, los adjetivos que emplea el artículo 746 CC en relación con las asociaciones con capacidad sucesoria («autorizadas o reconocidas por la ley») carecen hoy de sentido, en la medida en que las asociaciones no están sometidas a ningún

174 En el supuesto, naturalmente, de que esta posibilidad resulte viable. Acaso un supuesto de estas características pueda ser el descrito por L. F. REGLERO CAMPOS, *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, 1998, p. 77: «Desconocidas en nuestros textos legales y en nuestra práctica forense son otras instituciones de este tipo, como las que se otorgan en favor de los animales, de la naturaleza, etc., cuyos destinatarios serán, normalmente, las Asociaciones constituidas en su defensa».

175 Según el artículo 10 I del Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre (DOGCI n.º 1544, de 21 de enero de 1992), «tienen capacidad para suceder las personas jurídicas que hayan quedado constituidas legalmente al tiempo de la apertura de la sucesión»; conforme al artículo 2 I de dicho Código, la sucesión se abre en el momento del fallecimiento del causante. De modo prácticamente idéntico, el artículo 10.1 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón (BOA n.º 26, de 4 de marzo de 1999) dispone que «tienen capacidad sucesoria las personas jurídicas constituidas legalmente al tiempo de la apertura de la sucesión»; conforme al artículo 5.1 de dicha Ley 1/1999, la sucesión se abre en el momento de la muerte del causante.

trámite administrativo de autorización o reconocimiento, a diferencia de lo que preveía la normativa que se encontraba vigente en el momento en que fue promulgado el Código (cfr. arts. 4 a 6 de la Ley de Asociaciones de 1887). En la actualidad todas las asociaciones, tanto las que entran plenamente en el ámbito de aplicación de la LODA como aquellas otras para las que la LODA rige sólo supletoriamente, son el resultado del ejercicio del derecho fundamental consagrado en el artículo 22.1 CE, de modo que todas ellas están, si se quiere mantener la locución del artículo 746 CC, «autorizadas o reconocidas por la ley», por lo que todas tienen capacidad sucesoria una vez adquirida la personalidad jurídica.

En segundo lugar, las asociaciones «no permitidas por la ley» a las que se refiere el artículo 745.2º CC, y que carecen de capacidad sucesoria, son las asociaciones prohibidas, es decir, las asociaciones ilegales (art. 22.2 CE) o ilícitas (art. 515 CP), las secretas y de carácter paramilitar (art. 22.5 CE) y las declaradas ilegales en aplicación de alguna norma y siguiendo el procedimiento legalmente establecido (por ejemplo, art. 9.2 y concordantes de la Ley Orgánica de Partidos Políticos). Cualesquiera otras están legalmente permitidas y no caen bajo el ámbito de incapacidad del artículo 745.2º CC. Aunque en las leyes sucesorias que rigen en Cataluña y Aragón no hay ninguna previsión específica sobre incapacidad sucesoria de las asociaciones, parece claro que tampoco cabe reconocérsela bajo esas normas a las asociaciones ilegales o ilícitas y a las secretas o de carácter paramilitar. En efecto, puesto que tanto el artículo 10 I del Código de Sucesiones de Cataluña como el artículo 12.1 de la Ley aragonesa 1/1999 atribuyen capacidad a las personas jurídicas constituidas «legalmente», hay que entender que no se encuentran en esa situación las asociaciones incardinables en los artículos 22.2 y 5 CE y 515 CP.

C) La herencia ab intestato de las asociaciones

Las asociaciones no pueden heredar abintestato. Es cierto que en determinadas ocasiones perciben bienes de una herencia sin ser instituidas en testamento como herederas o legatarias. Así sucede en los casos contemplados por los artículos 747 (la mitad de la herencia en favor del alma será entregada a la Administración «para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia»), 788 (cualquier «establecimiento de beneficencia o de instrucción pública» puede ser benefi-

ciario de un modo testamentario) y 956 (un tercio de la herencia recibida por el Estado se asigna a «Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales, sean de carácter público o privado», y otro tercio a «Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado»), todos ellos del Código Civil.

Sin embargo, aunque el artículo 957 CC pareciera dar a entender, en el caso de sucesión del Estado, que las entidades asignatarias de los bienes hereditarios tienen la condición de herederos, en cuanto afirma que los derechos y obligaciones de las instituciones o entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes serán los mismos que los de «los demás herederos», lo cierto es que el único heredero en la hipótesis del artículo 956 CC es el Estado. Las citadas «instituciones o entidades» no son más que beneficiarias de la ulterior distribución que el Estado hace de la herencia recibida¹⁷⁶. Por la misma razón, la aclaración del artículo 957 CC en el sentido de que la herencia «se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ella, a los efectos que enumera el artículo 1023», no es aplicable más que al Estado en su condición de heredero, y no a las entidades o instituciones beneficiarias de la distribución de la herencia. De todos modos, como quiera que esas entidades o instituciones no son herederas, sino simplemente beneficiarias de la herencia, asignatarias de bienes hereditarios concretos, nunca responderán *ultra vires*.

D) La aceptación o repudiación de la herencia deferida a una asociación. La parcial derogación por la LODA del artículo 993 CC

Conforme al artículo 993 CC, «los legítimos representantes de las asociaciones [...] capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas

176 La distribución de la herencia del Estado corresponde a las Juntas Provinciales Distribuidoras de Herencias del Estado, contempladas en los artículos 25 a 28 del Decreto 1091/1971, de 13 de agosto, por el que se aprueba el régimen administrativo de la sucesión abintestato a favor del Estado (BOE nº 225, de 20 de septiembre de 1971; corrección de errores en BOE nº 254, de 23 de octubre de 1971). Entre otras atribuciones, compete a estas Juntas «designar, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 956 del Código civil, la institución o instituciones municipales y provinciales beneficiarias de la herencia, con indicación de las cuotas correspondientes en las mismas, dando cuenta al Delegado de Hacienda a los efectos previstos en el artículo 24» [art. 26.d) del Decreto 1091/1971]. Las reglas 2ª y 3ª del artículo 27 del mismo Decreto definen cuáles son las instituciones municipales y provinciales, de carácter público y privado, asignatarias de bienes hereditarios. Se trata de una regulación con una terminología anacrónica, necesitada de revisión y adaptación.

se dejare», aunque «para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal»¹⁷⁷. Quiénes sean los «legítimos representantes» de una asociación instituida heredera, a los efectos del artículo 993 CC, será cuestión determinada en sus Estatutos [art 7.1.h) LODA]. Pueden ostentar igualmente esa condición los representantes voluntarios de la asociación, apoderados especialmente por ésta para aceptar o repudiar una herencia.

La aceptación de la herencia por parte de una asociación se producirá a beneficio de inventario cuando así lo manifiesten sus representantes legítimos, sometándose en todo a las normas generales sobre esta modalidad de aceptación (arts. 1010-1034 CC). No trascendió a la versión definitiva del Código un precepto análogo al artículo 825 del Proyecto de 1851, que únicamente permitía («tan sólo») que la aceptación de las herencias deferidas a «corporaciones o establecimientos capaces de adquirir» fuera a beneficio de inventario, regla que se mantiene en algunos ordenamientos de nuestro entorno¹⁷⁸. Tampoco existe para las asociaciones norma semejante al artículo

177 Aunque se ha sostenido que las personas jurídicas extranjeras están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 993 CC [M. GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs. M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART), XIV-1º, 1989, p. 139], es más acertado entender, a la vista del artículo 27 CC, que recibirán el mismo trato que las personas jurídicas españolas. Lo que significa que valdrá también para aquéllas la interpretación que en relación con éstas se mantenga del artículo 993 CC. Cuentan con una norma propia sobre capacidad para aceptar y repudiar la herencia los Derechos civiles, forales o especiales, de Cataluña y de Aragón, respectivamente recogidas en el artículo 21 del Código de Sucesiones catalán («La capacidad y los requisitos para la aceptación y repudiación de las herencias deferidas a las personas jurídicas de derecho público o privado se regirán por sus respectivas normas reguladoras. A falta de éstas, se aplicarán las reglas referentes a los actos de disposición de bienes de la persona jurídica para la aceptación pura y simple y para la repudiación») y en el artículo 32 de la Ley aragonesa de Sucesiones («La capacidad y los requisitos para la aceptación y repudiación de las herencias deferidas a las personas jurídicas de derecho público o privado se rigen por las normas que específicamente les sean aplicables. A falta de éstas, se aplican a la aceptación las reglas de la persona jurídica relativas a los actos de administración y a la repudiación las reglas de los actos de disposición de bienes»).

178 Cfr. artículo 473 del *Codice* italiano: «L'accettazione delle eredità devolute alle persone giuridiche non può farsi che col beneficio d'inventario, osservate le disposizioni della legge circa l'autorizzazione governativa». Con todo, derogado en 1997 el artículo 17 del *Codice*, que sujetaba a autorización administrativa la adquisición de inmuebles por las personas jurídicas y la aceptación por su parte de donaciones, herencias o legados, la doctrina italiana está dividida sobre si el artículo 473 permanece vigente o hay que considerarlo tácitamente derogado. A favor de la subsistencia del precepto, D. VITTORIA, «L'abrogazione dell'art. 17 c.c.: l'incidenza sull'assetto normativo degli enti del I libro del codice civile», *Cont.Imp.* 1998-1, pp. 331-332; en contra, P. CARBONE, «Dopo l'abrogazione dell'art. 17 c.c., le persone giuridiche devono accettare l'eredità con beneficio di inventario?», *Cont.Imp.* 1999-1, pp. 70 ss.

22.1 de la Ley de Fundaciones de 2002, para el que la aceptación de herencias por las fundaciones «se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario» (en el mismo sentido, antes, art. 20.1 de la Ley de Fundaciones de 1994)¹⁷⁹. En materia de asociaciones, pues, para que la aceptación se produzca a beneficio de inventario tendrá que ser realizada precisamente en ese sentido por sus legítimos representantes, con observancia de las formas exigidas por el artículo 1011 CC. Y no resulta preceptiva¹⁸⁰, sin perjuicio de que se aconseje vivamente a los representantes como medida de protección del patrimonio asociativo frente a eventuales deudas hereditarias¹⁸¹.

En tanto que la capacidad de las asociaciones para aceptar la herencia, pura y simplemente o a beneficio de inventario, es absolutamente plena, el artículo 993 CC somete la repudiación al requisito de la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal. La «aprobación» de que habla el precepto es una autorización previa a la repudiación («autorización judicial» eran las palabras empleadas por el art. 825 del Proyecto de 1851), y no una simple ratificación de la repudiación ya realizada. Con todo, la ausencia del requisito de la previa autorización judicial es subsanable, de modo que la obtenida *a posteriori* sana el vicio de invalidez.

La generalidad de la doctrina estima que el requisito impuesto por el artículo 993 CC a la repudiación de las herencias dejadas a las asociaciones no es aplicable a todas ellas, y propone, con mayor o menor alcance, una interpretación reductora del precepto. Así, se ha afirmado que no rige para las sociedades civiles o mercantiles, ni para las asociaciones sin finalidad lucrativa¹⁸²; que sólo se aplica a las asociaciones de interés público, y no a

179 El artículo 22.1 de la Ley de Fundaciones es aplicable *ex art.* 149.1.8ª CE a todas las fundaciones, incluso a aquellas cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas, aunque sólo con carácter supletorio en las que tengan competencia en materia de Derecho civil, foral o especial [cfr. Disposición final 1ª, apartado 2.b), de la Ley de Fundaciones].

180 Crítico con la libertad que en este punto deja el Código a los representantes de las personas jurídicas, y favorable a someter a aprobación la aceptación pura y simple, Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, XVII, 5ª ed., 1944, p. 474.

181 Para M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*, 1951, p. 274, la aceptación a beneficio de inventario es «prácticamente recomendable», y para M. GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, cit., p. 139, «recomendable a todas luces». Ya al poco tiempo de promulgarse el Código se afirmaba que «lo ordinario» era que la aceptación de las herencias por las personas jurídicas se produjera con el beneficio (F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI-3º, 2ª ed., 1910, p. 1789).

182 A. VILLAGÓMEZ RODIL, «Comentario al artículo 993», en I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código civil*, vol. 5, 2000, p. 392.

sociedades civiles o mercantiles¹⁸³, o a las personas jurídicas de interés público y no a las de interés privado, entre las que se incluyen las asociaciones privadas sin ánimo de lucro y las sociedades mercantiles y civiles¹⁸⁴; o, en fin, que no es aplicable a las sociedades civiles y mercantiles¹⁸⁵, aunque sin expresar una opinión particular para las asociaciones. En otras posiciones, expuestas con más cuidado, se intenta aclarar en qué ha de consistir el «interés particular» o el «interés público» de las asociaciones en orden a la aplicación a ellas del artículo 993 CC¹⁸⁶. En favor de la inaplicación de este precepto a las asociaciones se han invocado incluso razones de constitucionalidad¹⁸⁷, aunque son también muchos los autores, antiguos y

183 J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, 2ª ed., 1992, p. 821; J. L. ALBÁCAR LÓPEZ/J. M. LETE DEL RÍO, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, 4ª ed., 1995, p. 1470. Para X. O'CALLAGHAN, «Comentario al artículo 993», en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES/L. DÍEZ-PICAZO/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR), I, 1991, p. 2359, sólo «si la persona jurídica es de Derecho público o tiene un interés público (muchas asociaciones y todas las fundaciones) es explicable y lógica esta limitación», pero no «si es de interés privado».

184 R. COLINA GAREA, «Comentario al artículo 993», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código civil*, 2001, p. 1147.

185 Mª. R. VALPUESTA en F. CAPILLA/A. M. LÓPEZ/E. ROCA/ Mª. R. VALPUESTA/V. L. MONTÉS (coords.), *Derecho de sucesiones*, 1992, p. 531; M. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, 1990, p. 18.

186 Para Q. M. SCAEVOLA, *Código civil*, cit., p. 474, el artículo 993 CC «no ha querido referirse a todas las asociaciones, sino sólo a las de interés público, comprendidas en el artículo 35 del mismo. Este interés público -añade- justifica la necesidad de la intervención judicial, a fin de que no pueda perjudicarsele con una renuncia caprichosa»; esta opinión quedaría reforzada con la intervención del Ministerio Fiscal exigida por el precepto, que carece de sentido «cuando se trate de los intereses de una sociedad puramente particular». Muy parecidamente, M. GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, cit., p. 138, aunque con cierta confusión, pues en un primer momento afirma que el artículo 993 CC sólo se aplica a las asociaciones «de interés público comprendidas en el artículo 35», y más adelante somete a la necesidad de aprobación judicial de la repudiación a «las asociaciones y corporaciones de Derecho público», siendo así que asociaciones «de interés público» y asociaciones «de Derecho público» no son, evidentemente, términos sinónimos. Para M. ALBALADEJO, «La repudiación de la herencia», *Act. Civ.* 1994-4, pp. 732-733, el artículo 993 CC se aplica a las asociaciones de interés público, entendiéndose por tales las del artículo 35.1º CC, es decir, las asociaciones «que desempeñan una actividad no de simple y sencillo interés de sus miembros, sino de interés público o utilidad social», incluidas las declaradas administrativamente de utilidad pública, con la advertencia de que «el interés público hay que juzgarlo como cuestión de hecho, y no como pertenencia de la entidad a una categoría formal de persona jurídica que legalmente se considere que lo promueve».

187 Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO/F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V, 1988, p. 102, para quienes «las sociedades civiles y mercantiles no están afectadas por esta limitación de la facultad de repudiar», y, «en cuanto a las asociaciones sin finalidad lucrativa creadas al amparo del derecho reconocido en el artículo 22 de la Constitución puede ser de dudosa

modernos, que se limitan a exponer el contenido del precepto y no se plantean mayores problemas sobre el alcance de su vigencia para las personas jurídicas privadas en general¹⁸⁸. Entre algunos estudiosos de las asociaciones no se ha dudado que el artículo 993 CC sólo se aplica a los establecimientos públicos¹⁸⁹.

El artículo 993 CC responde a la idea del legislador según la cual las personas jurídicas debían ser tratadas como si fueran menores de edad, lo que justificaría la necesidad de autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, para la repudiación de la herencia deferida en su favor. Es llamativo en este sentido que el artículo 166 II CC, aplicable a los menores, se oriente precisamente en esta misma dirección, comprendiendo en su ámbito tanto las herencias como los legados¹⁹⁰. Lo cierto, sin embargo, es que semejante entendimiento ha desaparecido en la actualidad, del mismo modo que lo ha hecho el disfavor con el que tradicionalmente fueron consideradas las personas jurídicas no lucrativas, en comparación con las socie-

constitucionalidad», a lo que añaden que, «por supuesto, deben entenderse derogados los límites del artículo 9 de la Ley de 24 diciembre 1964, que acaso podrían afectar a las atribuciones *mortis causa*». El artículo 9.1 de la Ley de Asociaciones de 1964 («Liberalidades en favor de las Asociaciones») supeditaba a «expresa autorización» de la Autoridad gubernativa la recepción por las asociaciones de las donaciones que excedieran de 50.000 pts. al año. En mi obra *Legislación sobre Asociaciones*, 1ª ed., 1994, nt. al art. 9.1, p. 133, mantuve que tras la Constitución no era preciso ningún género de autorización administrativa para aceptar donaciones, cualquiera que fuere su cuantía. Parecidamente, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6ª ed., 1993, p. 306, para quien el transcrito artículo 9 «no se halla en vigor, por inconstitucional, pues vulnera la autonomía de la asociación consagrada en el artículo 22 de la Constitución».

188 Guardan silencio sobre ella, al exponer la repudiación de las herencias, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., pp. 1789-1790, 1848; A. MARTÍNEZ RUIZ, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, VI, 1906, p. 310; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 1916, pp. 512, 518; M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 274; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI-1º, 9ª ed., 1989, p. 158; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-1º, 3ª ed., 1990, pp. 203, 207; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, 1984, p. 438.

189 J. GARCÍA PESARRODONA, *Régimen jurídico-administrativo de las asociaciones*, 1950, p. 122.

190 Aunque ha de recordarse, sin embargo, que la redacción vigente de este precepto procede de la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y que antes de ese momento, como quiera que en el Código no había referencia expresa alguna a la no aceptación de las atribuciones gratuitas en favor del hijo menor, la doctrina y la jurisprudencia entendieron, por aplicación del principio general de representación legal del padre o madre, que éstos podían no aceptar tales atribuciones sin necesidad de previa licencia judicial (R. BERCOVITZ, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, 1984, pp. 1119-1120).

dades —civiles o mercantiles— animadas por la finalidad de obtener ganancias y repartirlas entre los socios.

En virtud de estas consideraciones, parece razonable entender que el artículo 5.2 LODA, que reconoce a las asociaciones con personalidad jurídica «plena capacidad de obrar», ha derogado tácitamente la restricción que a dicha capacidad impone el artículo 993 CC¹⁹¹. Se trata de una simple aplicación de la regla *lex posterior derogat prior*. La necesidad de que la repudiación de la herencia deferida a una asociación vaya precedida de la aprobación del Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal, supone una indiscutible limitación a la capacidad de obrar de la asociación, incompatible con la «plena capacidad de obrar» que el artículo 5.2 LODA le garantiza. Por eso hay que entender derogada la mención que a las asociaciones hace el artículo 993 CC.

Es más discutible, en cambio, si la aludida derogación del artículo 993 CC puede fundarse en una aplicación directa del artículo 22.1 CE¹⁹². Semejante tesis sólo es admisible si se considera que dentro del «contenido esencial» del derecho fundamental de asociación, constitucionalmente garantizado (art. 53.1 CE), se encuentra el disfrute por las asociaciones constituidas a su amparo de una amplia capacidad sucesoria, tanto en lo relativo a la aceptación de las herencias —hipótesis para la que el Código Civil no introduce ningún condicionante— como para su repudiación. De entenderse el «contenido esencial» del derecho de asociación con este alcance, la restricción a la capacidad sucesoria establecida por el artículo 993 CC supondría con toda verosimilitud una conculcación de dicho contenido y, consecuentemente, sería inconstitucional. Con todo, resulta a mi juicio muy dudoso que el «contenido esencial» del derecho de asociación tenga ese alcance.

Sin llegar a plantearse en ningún momento su posible afectación por la Constitución, lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha posicionado en favor de una lectura restrictiva del artículo 993 CC, aunque no puede afirmarse que exista una jurisprudencia o «doctrina jurisprudencial» (art. 477.2 LEC) en sentido estricto sobre este punto. En el caso decidido por la Sentencia de 9

191 Conforme a su Disposición derogatoria única, la LODA deroga «cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley Orgánica». En ausencia de esta previsión, a la misma conclusión se llegaría *ex artículo 2.2 CC*.

192 Lo que supondría, como es lógico, entender que la derogación despliega sus efectos desde la entrada en vigor de la CE, y no desde la vigencia de la LODA.

de abril de 2001¹⁹³ el actor, arrendatario de un piso, pretendía que se declarase nula la repudiación de herencia formulada por la instituida heredera y codemandada Congregación de Religiosas de la Asunción, bien porque la misma no fue gratuita -según criterio del demandante encubría fraudulentamente una compraventa-, bien porque se hizo sin los requisitos canónicos oportunos con la finalidad de privarle del derecho de retracto arrendaticio que le correspondía, y que se declarase igualmente ilegítima y fraudulenta la adjudicación de la herencia en favor de los otros codemandados, herederos abintestato del causante. Desestimada la demanda en todas las instancias, el actor interpuso recurso de casación, en cuyo motivo segundo denunciaba la interpretación errónea del artículo 993 CC porque la repudiación por parte de la Congregación heredera se había realizado sin permiso o aprobación judicial para repudiar. El Tribunal Supremo desestima el motivo por los siguientes argumentos:

«Es doctrina común presente en la doctrina científica y en la jurisprudencia (vide Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998) que no toda persona jurídica, sino sólo las de Derecho Público o con interés público, pueden ser sometidas a la exigencia de aprobación judicial e intervención del Ministerio Fiscal ya que, en otro caso, las dichas limitaciones no tienen razón de ser. La sentencia recurrida establece, con toda rotundidad que “la repudiación de la herencia se llevó a cabo cumpliendo todos y cada uno de los requisitos legales para su validez” y el Ministerio Fiscal en su dictamen preliminar sobre la admisión se opuso a este motivo (también a los demás), en concreto, razonando —con criterios que compartimos—, “que no estamos ante una corporación ni asociación de derecho o interés público. Por otra parte la omisión de los requisitos que menciona el artículo 993 podría dar lugar a otra clase de acciones distintas de las ejercitadas, pero ni puede dar lugar a la declaración de fraude de ley ni a la acción de retracto”» (Fundamento de Derecho tercero).

El valor de esta Sentencia de 9 de abril de 2001 en orden a establecer una doctrina firme sobre la interpretación del artículo 993 CC no es mucho. En primer lugar, la cuestión controvertida no giraba realmente sobre la in-

193 RJ 2001, 3638.

fracción de ese precepto, que en el contexto general del litigio desempeña un papel más bien modesto, sino sobre el fraude de su derecho de retracto que el actor afirmaba haber sufrido. En segundo lugar, el precedente judicial que se cita (la Sentencia de 19 de septiembre de 1998) no parece que tenga existencia real¹⁹⁴. En tercer lugar, finalmente, la Sentencia es muy imprecisa a la hora de determinar las asociaciones sujetas al artículo 993 CC: decir que se aplica a las «de Derecho público o con interés público» exigiría determinar qué se entiende, a estos efectos, por «interés público» y, más concretamente, precisar si asociaciones «de interés público» son, a los efectos del artículo 993 CC, las mismas que se incluyen en el artículo 35.1º CC. Algo que el Tribunal Supremo no hace.

Tampoco la Resolución de 24 de mayo de 1930¹⁹⁵ brinda una especial utilidad a la hora de interpretar el artículo 993 CC en relación con las asociaciones. La testadora había legado su participación en una casa en favor de su sobrino, con sustitución en favor de las Conferencias de San Vicente de Paúl, a disposición de su Consejo de Señoras. Repudiado el legado por el primer instituido y deferido en favor de las Conferencias, la Presidenta de la Junta de Señoras de San Vicente de Paúl otorgó escritura de repudiación del legado, previo acuerdo de unanimidad tomado por el Consejo. El Registrador denegó la inscripción de esta escritura de repudiación porque se había otorgado sin la correspondiente autorización judicial. Pero la Dirección General acuerda estimar el recurso y revocar la nota del Registrador por estas razones:

«Primero, porque la repudiación de los legados se ha desenvuelto constantemente sobre bases distintas a las aplicables en la repudiación de la

194 En los repertorios jurisprudenciales al uso no existe ninguna Sentencia de la Sala Primera de esa fecha que aborde una cuestión relativa a la interpretación del artículo 993 CC. En el Repertorio Aranzadi se incluyen siete Sentencias con fecha 19 de septiembre 1998, de las cuales solamente una -con Ponencia del Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil- se refiere a Derecho de sucesiones, aunque sobre una materia (impugnación de un testamento por presunta incapacidad de la testadora) que nada tiene que ver con el artículo 993 CC. Con toda seguridad, la cita de esta Sentencia la toma el Ponente de la Sentencia de 9 de abril de 2001 -Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete- del trabajo de A. VILLAGÓMEZ RODIL, «Comentario al artículo 993», en I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código civil*, vol. 5, 2000, p. 393, obra preparada por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde sí aparece mencionada (aunque sin referenciar).

195 RJ 1930, 1831; R. Mº. ROCA SASTRE/J. DE MOLINA PUYOL, *Jurisprudencia registral*, VII, 1953, pp. 67-70.

herencia; segundo, porque es principio de derecho que en los casos dudosos ha de favorecerse el libre desenvolvimiento de la personalidad jurídica; tercero, porque los civilistas españoles dudan de que las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones a que se refiere el artículo, sean otras que las de interés público y reconocidas por la ley; cuarto, porque, en el supuesto de que se tratase de una persona moral eclesiástica, también podría discutirse la necesidad del expresado requisito, y quinto, porque las leyes prohibitivas no pueden extenderse ni ampliarse a otros casos y personas que a los comprendidos en ellas, conforme lo ha declarado repetidamente el Tribunal Supremo» (Considerando cuarto).

En realidad, de esta amalgama de motivos invocados por la Resolución para revocar la nota del Registrador, el realmente decisivo es el primero, esto es, la no aplicación del artículo 993 CC a la repudiación de los legados, sometida a reglas distintas de las que rigen la repudiación de la herencia. Por sí la literalidad del precepto no fuera bastante para entenderlo así, cualquier duda interpretativa sobre su alcance ha de resolverse del modo menos restrictivo para la capacidad de las personas jurídicas, tan generosamente reconocida por el Código Civil (arts. 37 y 38) y, para las asociaciones en concreto, por el artículo 5.2 LODA. Por tanto, si bien es cierto, como advierte la Resolución, que «los civilistas españoles dudan de que las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones a que se refiere el artículo, sean otras que las de interés público y reconocidas por la ley», la razón que justifica el pronunciamiento de la Dirección General no es esa opinión doctrinal, sino algo más simple, a saber, que el supuesto controvertido cae fuera del ámbito de aplicación de ese precepto.

E) La herencia deferida a una persona jurídica «en constitución»

El Tribunal Supremo ha venido manifestado un criterio ampliamente favorable a la posibilidad de nombrar sucesor a una persona jurídica «en constitución», es decir, a una entidad (asociación o fundación) no dotada de personalidad jurídica en el momento de fallecimiento del causante y apertura de la sucesión. En el caso de la Sentencia de 28 de noviembre de 1986¹⁹⁶, los

196 RJ 1986. 6622.

hechos eran los siguientes. El causante, en testamento otorgado el 31 de marzo de 1976, legaba a sus fieles sirvientes, que mencionaba nominalmente, el usufructo universal vitalicio y sin fianza de todos los bienes relictos, e instituía heredera universal en nuda propiedad de dichos bienes a la Cofradía citada, «pero con la inexcusable obligación de invertir la totalidad de la herencia en la construcción de un Santuario para la Virgen de G., respetando en todo lo más posible el existente, según decida la propia Cofradía, por mayoría de sus cofrades, debidamente asesorada», añadiendo el propio testamento que, «en cualquier caso, nunca podrá destinarse parte alguna de su herencia, por pequeña que ésta sea, a otro fin distinto, aunque también sea religioso de la edificación del antedicho Santuario». El testador falleció el 22 de abril de 1976. Con anterioridad, el 3 de octubre de 1972 había tenido lugar la erección canónica, por el Obispo de la Diócesis, de la Cofradía de Nuestra Señora de G. en la Iglesia parroquial de Nuestra Señora de la Asunción en San Sebastián de la Gomera. Dicha erección fue comunicada al Ministro de Justicia el 4 de octubre del mismo año 1972, y reiterada la comunicación dos veces después, el 1 de julio de 1974 y el 22 de enero de 1977. La Dirección General de Asuntos Eclesiásticos, con fecha 10 de marzo de 1977, acusó recibo de dicha comunicación al Canciller Secretario del Obispado de Tenerife. Por tanto, en el momento de fallecimiento del testador la Cofradía se encontraba canónicamente erigida, aunque el Estado no tomó conocimiento de ella hasta después del óbito.

Con base en estos hechos, el actor solicitó que se declarase la nulidad de la institución de heredero, en nuda propiedad, a favor de la Cofradía, dado que carecía de personalidad jurídica, y que se declarase que era el demandante el único heredero del causante, al que debía suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, en nuda propiedad, al quedar subsistentes los testamentos en cuanto a los legados en usufructo vitalicio que se hicieron en favor de los servidores del testador. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por entender esencialmente que la Cofradía instituida heredera era al menos una asociación de hecho con existencia real al fallecer el testador en 22 de abril de 1976 y porque el demandante no asumía la carga modal impuesta por el testador de destinar íntegramente los bienes relictos a la construcción de un Santuario a la Virgen de G. En segunda instancia se dio lugar al recurso de apelación, declarándose «heredero al actor con la carga modal establecida en el testamento de Antonio B. M., anulándose la institución hecha a favor de la Cofradía de Nuestra Señora de G., al no existir civilmente

en el momento de la defunción del testador» (Fundamento de Derecho primero). Interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo lo acoge¹⁹⁷.

Dados estos hechos, «la controversia gira -precisa el Tribunal- en torno a si la personalidad jurídica de la Cofradía recurrente comienza al ser remitida dicha comunicación de 10 de marzo de 1977 por la Dirección General mencionada, o si dicha personalidad arranca del Decreto de erección canónica de 3 de marzo de 1972». El Tribunal se inclina por la segunda de estas alternativas en virtud de estas razones:

«a) Porque el artículo 38, párrafo segundo, del Código Civil manda atenderse a la legislación concordada entre la Iglesia católica y el Estado español, y esta legislación, Concordato a la sazón vigente de 27 de agosto de 1953 (artículo IV, apartado 2), reconoce personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a las entidades, entre otras, Congregaciones religiosas e Institutos seculares de perfección cristiana que sean erigidas o aprobadas después del Concordato por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el Decreto de erección sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado. Condición esta última que se cumplió desde el día siguiente a dicha erección canónica, aunque sólo muy tardíamente la Autoridad civil contestase a la correspondiente comunicación. b) En todo caso esta comunicación del Ministerio de Justicia no es constitutiva de la personalidad, sino meramente administrativa o de control estatal de estas instituciones, sin que la Cofradía haya de soportar perjuicio alguno por el retraso de la Autoridad Ministerial en acusar recibo de su comunicación. Significa un medio de prueba de la erección canónica, pero no sustituye a ésta, ni elimina el efecto de que la entidad se constituya en la fecha de la aprobación por la Autoridad eclesiástica competente para ella. c) Nada se opone a la conclusión establecida en el Decreto de 12 de marzo de 1959, publicado por la autoridad estatal para de-

197 No se llegan a apreciar las razones por las que el actor dirigió sus pretensiones no sólo contra los beneficiarios de la institución hereditaria cuya nulidad solicitaba, sino también contra el Ministerio Fiscal (que sería a la postre el único recurrente en casación). Igualmente llama la atención que la cofradía heredera, que en un primer momento formuló también recurso de casación, desistiera posteriormente de él.

sarrollar, dentro de su ámbito, la actividad de las entidades eclesiásticas de referencia, pero sin carácter de legislación concordada, que es a la que únicamente se refiere el párrafo segundo del artículo 38 del Código civil, ni establecer requisitos suplementarios para su debida constitución, que figuran solamente en el Concordato referido. Por todo ello procede la estimación de los motivos expresados (motivos 3º del recurso desistido formulado por la Cofradía y 2º y 4º de los formulados por el Ministerio Fiscal), en cuanto para este último la sentencia recurrida ha infringido por inaplicación el artículo 746 del Código Civil que reconoce capacidad para adquirir por testamento a instituciones de la clase de la Cofradía recurrente» (Fundamento de Derecho tercero).

La institución de la Cofradía como heredera, añade el Supremo «no infringe el artículo 745.2º del Código civil, al tratarse de asociación permitida por la ley, con existencia de hecho y jurídica desde su erección o aprobación por el Obispado de Tenerife, con independencia de que la Autoridad civil no acusase recibo de la comunicación sobre esa aprobación sino con mucho retraso» (Fundamento de Derecho cuarto).

La tesis mantenida por el Tribunal es correcta atendida la legislación vigente en el momento en que ocurrieron los hechos. Efectivamente, como tuvimos oportunidad de ver en un momento anterior de este trabajo, el artículo IV.2 del Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 reconocía «la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir y administrar toda clase de bienes» a todas las instituciones y asociaciones religiosas erigidas o aprobadas en España por las Autoridades Eclesiásticas competentes, «con la sola condición de que el Decreto de erección o aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las Autoridades competentes del Estado». Esta norma convencional resultaba de aplicación preferente por la remisión del artículo 38 II CC a «lo concordado» entre el Estado y la Iglesia católica. De ella se desprende un sistema de adquisición automática de la personalidad jurídica civil por parte de las instituciones y asociaciones religiosas, sin necesidad de inscripción en registro alguno, y siempre que el decreto canónico de erección de la institución o asociación sea comunicada al órgano competente del Estado. Como sostiene el Tribunal Supremo, la comunicación de la erección al Estado «no es constitutiva de la personalidad» (civil, se entiende), pues significa únicamente «un medio de prueba» de dicha erección, que «no sustituye a ésta, ni elimina el efecto de que la entidad se constituya en la fecha

de la aprobación por la Autoridad eclesiástica competente para ella». Por consiguiente, la cofradía instituida heredera adquirió su personalidad jurídica civil el 3 de enero de 1972, y no cuando su erección fue comunicada al Ministerio de Justicia (4 de octubre de 1972), o cuando se reiteraron esas comunicaciones (1 de julio de 1974 y 22 de enero de 1977) o, en fin, cuando el Ministerio acusó recibo de las mismas (10 de marzo de 1977), por lo que, cuando se produjo el fallecimiento del testador (22 de abril de 1986), momento al que hay que estar para valorar la capacidad de los instituidos (art. 758 I), la Cofradía tenía personalidad jurídica civil y podía válidamente ser nombrada heredera.

El razonamiento de la Sentencia de 28 de noviembre de 1986 bien podía haber terminado en este punto, ofreciendo una solución satisfactoria y correcta al litigio planteado. Con todo, el Tribunal va más allá y, expresamente con el carácter de *obiter dictum*, reconoce la capacidad sucesoria a las asociaciones que, en el momento del fallecimiento del causante, se encuentran «en fase de constitución»:

«Pero es que a mayor abundamiento aunque se sostuviese el comienzo de su personalidad por el cumplimiento de ese requisito administrativo, no podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento siempre que llegue válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (artículos 29, 959, 964, 644, párrafo 1, y 966 del Código Civil) y también para los no concebidos en algunos casos, como en las sustituciones fideicomisarias (artículo 781). E incluso es frecuente que los nudos propietarios designados en esas sustituciones sean personas no concebidas. La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los "concepturus" [*rectius*: "concepturi"] sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución. O se ha permitido -caso de la Sentencia de 2 de junio de 1952-, atendiendo a la voluntad del testador, que una vez cesado un usufructo se interprete aquella voluntad a través de la creación de una fundación como medio de cumplirla. Y en ningún momento en el caso de la litis se dudó de la certidumbre de la entidad instituida heredera y de su identificación» (Fundamento de Derecho cuarto).

Confirma la tesis jurisprudencial favorable a la posibilidad de nombrar como sucesor a una entidad (*in casu* una fundación) no dotada de personalidad jurídica la Sentencia de 18 de octubre de 2001¹⁹⁸. En testamento se nombró heredera usufructuaria a cierta persona, a cuyo fallecimiento el bien usufructuado pasaría a una fundación piadosa cuya constitución ordenaba la testadora. La heredera usufructuaria, a la que los albaceas adjudicaron el inmueble litigioso por escritura de 2 de agosto de 1919, falleció el 9 de febrero de 1937. Sin embargo, los albaceas no constituyeron la fundación hasta pasados ¡cincuenta y tres años! de ese fallecimiento. En concreto hasta el 27 de abril de 1990, en cuyo momento otorgaron escritura de aceptación de herencia, ratificación y formalización de constitución de la fundación, que había sido erigida canónicamente el 15 de octubre de 1989. El Estado interpuso demanda contra la fundación y otras dos personas físicas, solicitando que se declarara el bien inmueble como vacante y, consiguientemente, propiedad del Estado (art. 21 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964)¹⁹⁹, así como la cancelación de los asientos registrales contradictorios. Rechazada la demanda en las dos instancias, el Tribunal desestima el recurso de casación y reconoce con amplitud la capacidad sucesoria de las personas jurídicas no constituidas en el momento de fallecimiento del causante:

«De este modo el heredero final, en condición de titular dominical, es la Fundación, al ostentar dicha cualidad de heredero desde el momento del fallecimiento de la causante, aunque formalmente no estuviera constituida, pero sí instituida por la testadora, que la nominó y designó los bienes con los que pudiera desarrollar los cometidos encomendados. El problema que presentan estas personas jurídicas, en situación de herencia deferida y no constituidas formalmente, encuentra solución en dotarlas de personalidad jurídica expectante desde el mismo momento de la muerte de

198 RJ 2001, 8648; com. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC* 58 (2002), § 1580, pp. 351-362.

199 La propiedad del Estado sobre los bienes inmuebles vacantes se mantiene, una vez derogada la Ley de Patrimonio del Estado, en el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Precepto que se dicta al amparo del artículo 149.1.8° CE y es de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan (cfr. Disposición final 2ª.2 de la Ley 33/2003). Esta salvedad en favor de los derechos civiles, forales o especiales, no permite sin embargo a las leyes civiles de las Comunidades Autónomas atribuirse la propiedad de los bienes vacantes, pues a ello se opone la doctrina sentada en la Sentencia 58/1982, de 27 de julio. Un reciente estudio sobre la adquisición de la propiedad de tales bienes por el Estado puede verse en C. CHINCHILLA MARÍN, *Bienes patrimoniales del Estado (Concepto y formas de adquisición por atribución de ley)*, 2001, pp. 175 ss.

la testadora, teniendo existencia legal, lo que conlleva ser reputados herederos, aunque más bien se trata de una personalidad condicionada a la preceptiva formalización, pero que no excluye que los bienes asignados carecieran de titular efectivo en el caso de autos, ya que corresponden a la Fundación demandada al resultar ser la heredera definitiva, pues el artículo 746 del Código Civil les reconoce capacidad para adquirir por testamento. Su constitución canónica y civil opera a los efectos de consolidar legalmente la personalidad con la que las dotó institucionalmente la testadora y de este modo poder llevar a cabo actos, con dotación de capacidad plena y, en este orden, una vez asistida la Fundación Cao Cerrado de las formalidades legales que la hacían operativa en el tráfico jurídico, es cuando pudo manifestar su decisión de aceptar expresamente la herencia, lo que tuvo lugar por medio de la escritura de 27 de abril de 1990, con anterioridad a que el Estado promoviese la demanda reivindicatoria que creó el pleito, jugando desde entonces su decisión de consolidarse como heredera, con la toma de la posesión del bien, lo que autoriza el artículo 993 del Código Civil, o la voluntad contraria de no hacerse cargo del mismo y no ser tenida como heredera, a efectos del cómputo del plazo prescriptivo» (Fundamento de Derecho primero).

En definitiva, la demanda se desestima porque el bien no era vacante, sino propiedad de la fundación, por más que ésta fuera constituida y adquiriera la personalidad jurídica mucho tiempo después de la apertura de la sucesión.

Una vez vigente la LODA, los trámites que han de seguirse para que una asociación adquiera personalidad jurídica son de hecho inexistentes, pues basta el solo otorgamiento del acta fundacional de la asociación para que ésta disfrute, a partir de ese mismo momento, de aquel atributo. Por tanto, los supuestos de herencia deferida a una asociación sin personalidad jurídica serán sensiblemente menores que si el legislador hubiera optado por hacer depender la adquisición de la personalidad de la inscripción registral²⁰⁰. Aun así, la asociación se encontrará inevitablemente «en fase de constitución» en el periodo anterior al otorgamiento del acta fundacional. En mi opinión, son perfectamente válidas las instituciones hereditarias realizadas en favor de una asociación «en fase de constitución», o incluso de una asociación que el causante ordena constituir en

200 Con todo, para las asociaciones en que así sucede según su normativa específica (asociaciones religiosas, partidos políticos...), vale también lo que en el texto se dice para las asociaciones «en fase de constitución» sometidas al ámbito de aplicación de la LODA.

su testamento —es decir, de una asociación que ni siquiera en el momento de la apertura de la sucesión se encuentre «en fase de constitución»—, sin necesidad de que la institución como heredera se realice bajo condición²⁰¹. La validez de estas instituciones se basa tanto en las afirmaciones realizadas como *obiter* por la Sentencia de 28 de noviembre de 1986 como en la deseable aplicación analógica a las sucesiones sometidas al Código Civil de los artículos 10 II del Código de Sucesiones de Cataluña y 12.2 de la Ley aragonesa de Sucesiones²⁰², más perfectos desde el punto de vista técnico y que constituyen una versión en derecho positivo de la solución ofrecida por las Sentencias de 28 de noviembre de 1986 y 17 de octubre de 2001.

4. La capacidad procesal y la capacidad para ser parte de las asociaciones

A) Las asociaciones con personalidad jurídica

En el análisis de la capacidad procesal y de la capacidad para ser parte de las asociaciones es conveniente distinguir según que esas asociaciones sean o no personas jurídicas. Para las primeras, el artículo 38 I CC dispone que las personas jurídicas pueden «ejercitar acciones civiles o criminales». En el proceso civil, el artículo 6.1.3º LEC reconoce capacidad para ser parte a «las personas jurídicas», que comparecerán en juicio a través de «quienes legalmente las representen» (art. 7.4 LEC; antes, en el mismo sentido, art. 2 III LEC 1881). Esos representantes legales serán también los encargados de otorgar el poder al procurador que comparezca en juicio en nombre de la asociación (art. 23.1

201 De esta opinión, empero, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Comentario al artículo 993», en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES/L. DÍEZ-PICAZO/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR), I, 1991, p. 2360: «si quiere nombrar heredera a una asociación aún no formada, la única solución es que la instituya como heredera condicional: la nombra heredera *si* llega a constituirse» (La cursiva es del propio autor).

202 Según el artículo 10 II del Código de Sucesiones de Cataluña, «si el causante ordena crear una persona jurídica en su disposición por causa de muerte, que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, la persona jurídica tendrá capacidad para adquirir las atribuciones patrimoniales ordenadas por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación». El artículo 12.2 de Ley aragonesa de Sucesiones es extraordinariamente similar: «Si el causante, en su disposición por causa de muerte, crea u ordena crear una persona jurídica que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, ésta tendrá capacidad para adquirir las atribuciones patrimoniales ordenadas por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación».

LEC)²⁰³. La modificación de la composición del órgano de representación y administración de la asociación no extingue el poder del procurador ni da lugar a una nueva personación (art. 30.2 LEC), pues la persona jurídica subsiste en su identidad y es la misma a pesar de esa modificación. La capacidad para ser parte que el artículo 6.1.3º LEC reconoce a las asociaciones con personalidad jurídica significa que están legitimadas procesalmente para ejercitar acciones como demandantes y para soportarlas como demandadas²⁰⁴. Obviamente carecen de esa capacidad si no se trata de un asociación-persona jurídica²⁰⁵.

203 En la SAP Madrid de 17 de junio de 2003 (AC 2003, 2255) se discutía precisamente —merced a la excepción de falta de personalidad articulada por la demandada— si el presidente de la demandante (Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo) estaba autorizado para otorgar el poder para pleitos. La Audiencia responde afirmativamente, argumentando que no pueden incardinarse en el contenido de dicha excepción las relaciones internas y estatutarias entre el presidente y los órganos representativos de la asociación.

204 Cuestión diferente, que no afecta a la capacidad para ser parte sino a la organización interna de la asociación y al reparto de competencias entre sus distintos órganos, es quién o cómo deba decidirse en el seno de la asociación el ejercicio de una concreta acción judicial. En el caso de la Sentencia de 20 de junio de 2002 (RJ 2002, 5229), una comunidad de propietarios —así llamada en la sentencia, aunque realmente se trataba de una asociación— interpuso una demanda de reclamación de cantidad, que fue acogida en las dos instancias. La demandada denunció en casación infracción de los artículos 6 de la Ley de 1964 y 10 del Decreto de 1965, en relación con los artículos 2 y 533.2º LEC 1881, planteando la excepción de falta de legitimación *ad processum* de la actora en su versión de capacidad para actuar en juicio. Pero esa fue la forma procesal de articular casacionalmente la cuestión controvertida, que no era otra que saber, en palabras de la propia Sentencia, «si resulta suficiente el acuerdo de la Junta Directiva para el ejercicio de la acción que dio lugar al proceso, o por el contrario resulta precisa (como entiende la parte recurrente) la autorización o acuerdo de la Asamblea General de la asociación» (FJ 2). El Supremo se inclina por la primera alternativa a la vista de lo establecido en la Ley de Asociaciones de 1964, el Decreto de 1965 y los Estatutos de la actora («al no deducirse otra cosa de los Estatutos, hay que entender que corresponde a la Junta Directiva lo que no esté atribuido a la Asamblea u otro órgano, siempre que se relacione con el objeto o finalidad de la asociación»; FJ 2). En la LODA, su artículo 12.d) dispone que «las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran, conforme a los Estatutos, autorización expresa de la Asamblea General». Aunque se trata de norma dispositiva («Si lo Estatutos no lo disponen de otro modo», advierte en su inciso inicial el art. 12 LODA). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003, 262748) inadmitió el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Axentes Forestais porque no consta el acuerdo asociativo acreditativo de la voluntad de ejercer la acción judicial. En apoyo de su criterio cita Sentencias del Tribunal Supremo en ese mismo sentido, demostrativas de que dicha omisión no puede salvarse apelando al principio *pro actione*.

205 Un ejemplo en este sentido constituye la SAP Córdoba de 9 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2468), que considera que la Delegación Provincial de Córdoba de la Asociación de Empresarios Feriantes de Andalucía, Ceuta y Melilla no tiene personalidad jurídica (únicamente la tiene la Asociación en cuanto tal) y, en consecuencia, aprecia la excepción de falta de personalidad esgrimida por la Delegación demandada.

Puesto que, conforme al artículo 5.2 LODA, las asociaciones adquieren personalidad jurídica y plena capacidad de obrar con el otorgamiento del acta fundacional, es a partir de ese momento, sin necesidad de inscripción registral, cuando disfrutan de la capacidad para ser parte reconocida por el artículo 6.1.3º LEC. Ello significa que las asociaciones no tienen que aportar junto con la demanda, para acreditar su personalidad jurídica, una certificación del registro donde, en su caso, consten inscritas, sino únicamente una copia del acta fundacional.

Tienen también capacidad para ser parte «las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte» (art. 6.1.5º LEC). Por estas entidades comparecerán en juicio «las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades» (art. 7.6 LEC). El precepto no tiene aplicación en relación con las asociaciones sometidas al ámbito de aplicación de la LODA. En efecto, puesto que el solo otorgamiento del acta fundacional les confiere personalidad jurídica, es claro que, obtenida ésta, su capacidad para ser parte les viene dada por el número 3º del artículo 6.1 LEC, y no por su número 5º.

B) Las cuestaciones y suscripciones públicas

La Disposición final 4ª LODA se refiere a las cuestaciones y suscripciones públicas, que se configuran a imagen y semejanza de las que bajo la Ley de Asociaciones de 1964 se denominaban «asociaciones de hecho de carácter temporal»²⁰⁶. Estas cuestaciones y suscripciones públicas carecen de capacidad para ser parte. No la tienen al amparo del artículo 6.1.5º LEC, pues el precepto supedita dicha capacidad a la existencia de una ley que se la reconozca y, en el momento presente, no existe ninguna

206 La semejanza entre ambas figuras es indudable. La Disposición final 4ª LODA se refiere a las «cuestaciones y suscripciones públicas, actos benéficos y otras iniciativas análogas de carácter temporal, destinadas a recaudar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada». La Disposición adicional 3ª de la Ley de 1964 contemplaba «aquellas actividades que den lugar a Asociaciones de hecho de carácter temporal, tales como cuestaciones y suscripciones públicas». Con mayor concreción, el artículo 19.1 del Decreto de 1965 aludía a las «suscripciones o cuestaciones públicas, festivas benéficas e iniciativas análogas destinadas a arbitrar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada». Sobre la posible protección de dichas asociaciones por la vía del derecho fundamental de reunión -que se niega-, cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1988, de 28 de abril.

ley de esas características²⁰⁷. Tampoco la tienen al amparo del artículo 6.1.4º LEC, que la atribuye a «las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración», dado que las cuestaciones y suscripciones públicas no son «patrimonios separados» en el sentido en que habitualmente se entiende esta expresión y, aunque pueda admitirse su calificación como «masas patrimoniales», ni carecen transitoriamente de titular (lo que sucede, por ejemplo, con la herencia yacente) ni tienen un titular privado temporalmente de sus facultades de disposición y administración. Visto lo anterior, las cuestaciones y suscripciones públicas únicamente pueden intervenir como demandantes si la demanda es interpuesta por todos sus promotores, o por alguno o algunos de ellos en representación de los demás. En este segundo caso el demandante o demandantes habrán de acompañar a la demanda los documentos que acrediten la representación de los restantes (art. 264.2º LEC). La sentencia que se dicte en el proceso producirá en este caso efectos de cosa juzgada para todos los promotores de la cuestación o suscripción.

No obstante lo anterior, las cuestiones y suscripciones públicas sí tienen capacidad para ser parte como demandadas. En efecto, según el artículo 6.2 LEC, sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, «podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». Las cuestaciones y suscripciones públicas cumplen estos requisitos, pues, de una parte, no se han constituido como asociaciones dotadas de personalidad jurídica (es decir, no han otorgado el acta fundacional; si lo hubieran hecho

207 La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (*BIMJ*, suplemento al nº 1912, 1 de marzo de 2002, pp. 927-974), parece optar por una interpretación más flexible del artículo 6.1.5º LEC. Y así, al exponer la legitimación en el proceso de protección civil de los derechos fundamentales de la persona, señala: «No resulta ocioso poner de manifiesto que la inclusión en el artículo 6.1.5º de las entidades sin personalidad jurídica, supone reconocer a tales entes legitimación activa, plasmando la doctrina del Tribunal Constitucional de conceder tal legitimación a miembros de etnias, colectividades de extranjeros, etc., surgida a raíz de la sentencia 214/1991» (p. 967). Es sabido, sin embargo, que la Sentencia 214/1991 (caso Violeta Friedman) respondió a un supuesto absolutamente excepcional que no admite una fácil generalización, al modo en que parece hacerlo la Fiscalía General del Estado.

tendrían personalidad jurídica *ex art. 5.2 LODA* y capacidad para ser parte — como demandantes y como demandadas— *ex art. 6.1.3º LEC*), y, de otra, concurren en ellas una pluralidad de elementos personales, un patrimonio y un fin determinado, que son, respectivamente y empleando los términos de la Disposición adicional 4ª LODA, los «promotores» de la cuestión o suscripción, las «cantidades recaudadas» por tales promotores y la «finalidad lícita y determinada» perseguida por ellos. De ahí que las cuestaciones y suscripciones públicas puedan ser demandadas *ex artículo 6.2 LEC*²⁰⁸. La demanda habrá de dirigirse contra la propia cuestación o suscripción pública, o bien contra sus

208 Aunque sin referencia específica a las cuestaciones y suscripciones públicas de la LODA, y en el marco de un tratamiento más general sobre las uniones sin personalidad, la distinción entre su capacidad para ser parte como demandantes (que se niega) y como demandadas (que se reconoce) está admitida entre los procesalistas. Cfr. C. SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, 2000, p. 21; A. DE LA OLIVA SANTOS/I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 2001, p. 118; V. MORENO CATENA en F. ESCRIBANO MORA (coord.), *El proceso civil*, I, 2001, p. 73; y J. F. GARNICA MARTÍN en M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS/J. Mª. RIFÁ SOLER/J. F. VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2000, pp. 128, 130. De hecho, algunos de los supuestos de uniones sin personalidad que mencionan estos autores (comisión organizadora de un viaje de fin de curso o de un congreso científico, comisión de fiestas, junta para un homenaje, organización de un acto para recaudar fondos con destino a un fin benéfico...) son en realidad cuestaciones y suscripciones públicas en el sentido de la Disposición adicional 4ª LODA.

La jurisprudencia ha admitido también la capacidad para ser parte, como demandadas, de las uniones sin personalidad. La Sentencia de 26 de julio de 1994 (RJ 1994, 6778) resuelve una demanda interpuesta por la Diputación de Barcelona contra el Gremio de Fabricantes de Sabadell y el Instituto Industrial de Tarrasa, en reclamación del importe de un préstamo concedido a dichas instituciones pero ulteriormente repartido por éstas entre sus asociados para la reparación de los daños causados por las inundaciones del Vallès. Opuesta por los demandados la excepción de falta de legitimación pasiva, el Tribunal la rechaza porque -además de otros argumentos históricos relacionados con su consideración de entes sindicales del régimen franquista- son asociaciones «sin personalidad jurídica a la sazón pero evidentes uniones sin personalidad» (FJ 2). La Sentencia de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8961) pone fin a un proceso dirigido contra la Corporación de Prácticos del Puerto de La Luz y Las Palmas, alegando los actores su condición de beneficiarios de la Asociación Mutua de los Prácticos de los Puertos de La Luz y de Las Palmas por ser prácticos jubilados y viudas de prácticos, y reclamando el pago de las percepciones que les correspondían. La demanda fue posteriormente ampliada dirigiéndola a título individual contra los prácticos de la Corporación demandada, a fin de que fuesen condenados a pagar mancomunadamente, en la parte que les correspondiera, las prestaciones reclamadas, en defecto de la Corporación. El Tribunal desestima la demanda contra la Corporación porque «falta la más mínima demostración de que la Asociación Mutua fuese en realidad la misma Corporación», y también contra los prácticos porque «falta de nuevo toda prueba de que se hubiesen obligado con su propio patrimonio al cumplimiento de las prestaciones sociales que se les reclaman a título individual y mancomunadamente». Pero lo más relevante a los efectos de nuestro estudio es la caracterización que el Tribunal hace de la asociación, diciendo que se trata de «una mutualidad de hecho, laboral y privada, de una especie de asociación de socorros mutuos sin personalidad jurídica, aunque con un patrimonio dirigido a la prestación de los mismos» (FJ 3). Aunque en

promotores en su condición de tales. Por ellas comparecerán en juicio «las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros» (art. 7.2 LEC). Es decir, sus promotores o representantes.

C) El caso singular del Derecho foral de Navarra

Una mención especial merece en este punto el Derecho civil foral de Navarra. La ley 49 I del Fuero Nuevo dispone que «las sociedades u otras agrupaciones cuya personalidad no haya sido reconocida pueden, sin embargo, actuar como sujetos de derecho por mediación de quienes ostenten una representación expresa o tácitamente conferida». Una lectura en clave procesal del precepto ha permitido mantener que la actuación como sujetos de derecho de estas sociedades o agrupaciones sin personalidad, a través de quienes tengan conferida de modo expreso o tácito su representación, comprende la posibilidad de interponer demandas²⁰⁹. En consecuencia, podría

relación con una sociedad, y no una asociación, la SAP Baleares de 10 de enero de 2003 (Act.Civ. 2003, @398) considera que una sociedad civil constituida irregularmente carece de capacidad para ejercitar acción alguna al haber incumplido con los requisitos legales para constituirse en persona jurídica, aunque sí puede ser demandada al objeto de evitar que pueda ocasionar perjuicios a terceros.

Pero un criterio más estricto, difícilmente compatible ahora con el del artículo 6.2 LEC, mantiene la SAP Pontevedra de 30 de julio de 2001 (AC 2001, 1615), que resuelve una demanda de reclamación de cantidad interpuesta contra una persona física (D. José Manuel) y la Comisión de Fiestas de Santa Rita del año 2000, que permaneció en rebeldía. El Juzgado condenó a los codemandados al pago de 525.000 pts., pero la sentencia fue recurrida en apelación por don José Manuel. La Audiencia entiende que la Comisión es una asociación carente de personalidad jurídica, «pues no consta formalmente constituida ni al amparo de la Ley de Asociaciones, ni como sociedad civil o mercantil», y la absuelve de la pretensión dirigida contra ella porque no ostenta «personalidad procesal o capacidad para ser parte en el proceso». Para nada se menciona la regulación anterior a la LODA sobre las asociaciones de hecho de carácter temporal. En cuanto al fondo, aplica las normas sobre responsabilidad propias de la sociedad irregular y concluye que la responsabilidad de los socios es solidaria, por lo que condena únicamente a don José Manuel, sin perjuicio del derecho de repetición que le corresponde como codeudor solidario frente a los restantes miembros integrantes de la Comisión.

209 En este sentido, F. CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 6», en F. CORDÓN MORENO/T. ARMENTA DEU/J. J. MUERZA ESPARZA/I. TAPIA FERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2001, pp. 106-107, donde se menciona por dos veces la ley 49 del Fuero Nuevo. Antes de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1966, 8077) reconoció capacidad para ser parte como demandante, al amparo de esta ley 49 I, a una agrupación sin personalidad (la Asociación Cultural Banda de Música de Pamplona «La Pamplonesa», pendiente de inscripción registral) que actuaba en defensa de los derechos de propiedad intelectual de los artistas músicos que agrupaba. Para el Tribunal, «la sola carencia de personalidad jurídica no impedía a la asociación ejercitar colectivamente por medio de un representante los derechos adquiridos por el conjunto de sus miembros de resultas de su participación en la interpretación o ejecución de determinadas obras musicales».

mantenerse la capacidad para ser parte como demandantes de las cuestiones o suscripciones públicas, siempre que, como es lógico, les resultara de aplicación dicho Fuero (es decir, siempre que tuvieran vecindad civil navarra; art. 14.1 CC en relación con la ley 15 del Fuero, aplicable por analogía a las uniones sin personalidad).

Ahora bien, semejante conclusión, favorable al reconocimiento de capacidad para ser parte como demandantes de las cuestiones o suscripciones públicas, de las uniones («agrupaciones») sin personalidad en general, sujetas al Derecho civil navarro, resulta contraria a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si se tiene en cuenta que esta Ley es una norma competencialmente amparada en el artículo 149.1.6ª CE (cfr. Disposición adicional 1ª LEC), que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de «legislación procesal», hay que cuestionarse la subsistencia, tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de la norma recogida en la ley 49 I del Fuero Nuevo de Navarra.

En mi opinión, la salvaguarda de la norma foral puede mantenerse por dos vías, una de tipo competencial y otra de orden puramente legal. Desde la primera perspectiva (la competencial), la ley 49 I del Fuero Nuevo de Navarra representa una de esas «necesarias especialidades» de orden procesal, derivada de «las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», que modulan la competencia exclusiva del Estado en materia de «legislación procesal». La particularidad sustantiva del Derecho civil navarro consiste en un amplio y generoso reconocimiento de capacidad de obrar en favor de las agrupaciones sin personalidad²¹⁰. La necesaria consecuencia procesal de esa particularidad sustantiva es el reconocimiento en los mismos términos de capacidad para ser parte como demandantes. Desde la segunda perspectiva (la legal), como quiera que las entidades sin personalidad jurídica tienen capacidad para ser parte cuando «la ley» se la reconozca (art. 6.1.5ª LEC), la norma contenida en la ley 49 I del Fuero Nuevo de Navarra proporciona la necesaria cobertura formal (norma con rango de ley) para reconocer

210 Lo que se deduce de su Exposición de Motivos del Fuero Nuevo de Navarra, donde se explica la regulación de su Libro I indicando que, tras un primer título sobre las personas jurídicas, en el que se hace constar aquellas instituciones navarras que tradicionalmente la tienen reconocida, «versa el segundo sobre una realidad desatendida por la legislación, pero de insoslayable vigencia, cual es los sujetos colectivos sin personalidad jurídica».

capacidad para ser parte como demandantes a las agrupaciones sin personalidad jurídica regidas por el Derecho civil navarro.

Por ambas vías se alcanza la misma conclusión, favorable al mantenimiento (no derogación, pero tampoco desplazamiento de su aplicación) de la ley 49 I del Fuero Nuevo de Navarra después de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Las agrupaciones sin personalidad previstas en dicho precepto actuarán en juicio a través de quienes ostenten su representación expresa o tácitamente (mediante actos concluyentes en las relaciones con terceros, actuando en nombre de la agrupación).

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES Y DE LOS ASOCIADOS

1. Planteamiento

Las asociaciones, como cualesquiera otras personas que intervienen en la vida económica y social, pueden contraer responsabilidades contractuales o extracontractuales (pero también administrativas) de cuyas consecuencias dañosas deban responder. Un superficial examen de las decisiones dictadas por nuestros Tribunales demuestra la existencia de unos ciertos supuestos típicos que desencadenan la responsabilidad de las asociaciones:

1) Responsabilidad por la colisión de vehículos con animales. Son multitud las sentencias de apelación sobre estos hechos que condenan a asociaciones en su condición de titulares de aprovechamientos cinegéticos o de propietarias de los terrenos acotados (cfr. art. 33.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza). La SAP Palencia de 26 de noviembre de 2001²¹¹ confirma la condena a la Asociación de Cazadores San Miguel al pago de 76.992 pesetas, importe de los daños causados al vehículo del actor cuando colisionó con un zorro procedente de un coto de la demandada. La SAP Navarra de 31 de diciembre de 2003²¹² condena a la Asociación Local de Cazadores de Marcilla al pago de 3.874'91 • (solidariamente con la empresa titular de la

211 JUR 2002, 43135.

212 JUR 2004, 110329.

autopista donde se produjo la colisión con un jabalí) por unos hechos análogos²¹³. La SAP Navarra de 21 de febrero de 2002²¹⁴ (indemnización de 94.575 pts. por colisión con jabalí), condena a la Asociación Local de Cazadores de Corella. La SAP Barcelona de 10 de abril de 2003²¹⁵ condena a la Associació de Caçadors de Santa Agnès al pago de 1.082.884 pts. (colisión con jabalí). La SAP Ciudad Real de 21 de octubre de 1998²¹⁶ condena a la Asociación Deportiva de Monteros de Fuencaliente al pago de 267.366 pts. (daños derivados de la irrupción de un ciervo en la calzada). La SAP Cáceres de 16 de febrero de 2004²¹⁷ condena a la Asociación Deportiva Peña Galgera de Brozas al pago de 663,83 • (irrupción de un zorro en la calzada).

2) Responsabilidad por organización de espectáculos deportivos. La SAP Murcia de 26 de julio de 2003²¹⁸ condena a la Asociación Ciclista El Pistón, solidariamente con una aseguradora, al pago de 3.825.992 pts. por los daños derivados de un accidente acaecido en una prueba ciclista organizada por dicha asociación («el accidente tuvo una causa muy directamente relacionada con el estado de la calzada por donde transitaban los ciclistas y evidentemente tal recorrido fue auspiciado por la asociación organizadora»). La SAP Alicante de 11 de abril de 2001²¹⁹ condena a la Asociación de Vecinos Juan XXIII, de manera solidaria con otras personas, al pago de una indemnización de 591.696 pts., por los daños sufridos por uno de los participantes en un torneo de fútbol al caerle encima un cartel publicitario (la asociación «eligió el recinto y las instalaciones en que el evento deportivo iba a tener lugar y la que, en definitiva, lo organizó en su propio interés y beneficio»). La SAP Vizcaya de 2 de febrero de 1999²²⁰ condena a la Asociación Deportiva Abadiñoko Txirrindulari Elkarte —así como a la Federación Vizcaína de Ciclismo y a una aseguradora— al pago de una indemnización de 6.042.150 pts., importe de los daños sufridos por el actor como consecuencia de la caída que sufrió

213 Pero véanse, dictadas en casación, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de febrero de 2002 (tres de esa fecha; RJ 2002, 5018, 5019 y 5020) y 19 de febrero de 2002 (RJ 2002, 5022), relativas a la interpretación del artículo 33.1 de la Ley de Caza, y que cuentan con sendos votos particulares.

214 AC 2002, 738.

215 JUR 2003, 245564.

216 AC 1998, 7911.

217 JUR 2004, 82908.

218 JUR 2003, 235344.

219 AC 2001, 2132.

220 AC 1999, 439.

mientras participaba, en la modalidad de descenso, en la bajada de «mountain bike» de Abadiño («el recorrido estaba sin señalizar en los lugares peligrosos, que tampoco estaban protegidos, habiéndose producido la caída del demandante en una zanja de la que no se daba aviso y en la que también se fueron al suelo otros corredores, encontrándose todo el recorrido en muy mal estado, siendo tan grandes las dificultades existentes y tan numerosas las caídas de los participantes que la prueba hubo de suspenderse»; FJ 2).

3) Responsabilidad por la organización de festejos. La Sentencia de 24 de abril de 2002²²¹ condena a un Ayuntamiento y a los miembros de una comisión de festejos por las lesiones ocasionadas a dos mujeres por la explosión de material pirotécnico. La SAP Murcia de 25 de septiembre de 2003²²² confirma la condena a la Asociación de Vecinos Virgen de la Peña al pago de 3.134'75 ¢ por los daños causados al actor, en cuyo cuerpo impactó un cohete lanzado en el curso de los festejos organizados por la asociación demandada («no se adoptaron las medidas de vigilancia necesarias para que nadie accediese a un lugar vedado para personal ajeno a la comisión de festejos»). La SAP Las Palmas de 25 de enero de 1999²²³ condena a la Asociación de Vecinos Nuestra Señora de La Candelaria, conjuntamente con un Ayuntamiento, al pago de una indemnización reparadora de los daños padecidos por una persona lesionada por un caballo en el curso de los festejos organizados por la citada Asociación («la Asociación de Vecinos debe responder del resultado lesivo producido en un acto organizado por la propia Asociación»; FJ 6).

4) Responsabilidad en actividades de voluntariado. La Sentencia de 3 de julio de 1998²²⁴ condenó a don Hipólito, director de un centro de atención de discapacitados, y a la Asociación de Padres de Niños Autistas a pagar una pensión vitalicia mensual de 100.000 pts. para atender a Francisco Javier, un joven autista de 22 años de edad que sufrió atrofia de un nervio ocular y pérdida de visión de un ojo (el único que tenía útil, pues era ciego del otro por autolesión que se causó a los 11 años) cuando cayó mientras transportaba, por encargo de dicha persona física, una balda metálica en el mencionado centro de asistencia (véase el espléndido relato de hechos recogido en el Fundamento Jurídico primero). Para el Supremo, «la responsabilidad por

221 RJ 2002, 5105.

222 JUR 2003, 251311.

223 AC 1999, 4105.

224 RJ 1998, 5411.

hecho ajeno del párrafo cuarto del artículo 1903 CC abarca a la Asociación de Padres de Niños Autistas, por culpa *in eligendo* o *in vigilando* al ser don Hipólito dependiente jerárquico suyo» (FJ 4). La SAP Zaragoza de 7 de diciembre de 2000²²⁵ condena a la Asociación Asistencia a la Infancia; el actor era un ciclista que durante la celebración de cierta prueba deportiva cayó al suelo al irrumpir en la calzada un niño de forma inesperada, causándole lesiones personales y daños materiales en la bicicleta que montaba, por un importe de 790.862 pts.; la Sentencia de apelación condena a la acogedora temporal del menor, a una aseguradora y también a la Asociación Asistencia a la Infancia, «que es la entidad de carácter benéfico que organizó el viaje del menor a España, tramitando su estancia, y encomendó su guarda y custodia, a través del organismo público adecuado, a determinadas familias, por cuya condición le es de atribuir una falta de diligencia *in eligendo* o *in vigilando* que facilitó el resultado dañoso» (FJ 1). La SAP Córdoba de 5 de octubre de 1998²²⁶ condenó a la Asociación de Parados Mayores de 40 años de Córdoba al pago de una indemnización de 105.534 pts., importe de los daños padecidos por el actor (rotura de cristales de su vehículo y sustracción de cosas que se encontraban en su interior) cuando su vehículo se encontraba estacionado, bajo vigilancia de un operario de dicha asociación y previo pago de precio, en una explanada de Córdoba; la Asociación realizaba esa actividad con autorización del Ayuntamiento de Córdoba, que no fue demandado. La SAP Toledo de 21 de diciembre de 1994²²⁷ condena a la Asociación Protectora de Adultos Deficientes Mentales de Talavera de la Reina, junto con otros, al pago de una indemnización de 16.000.000 pts. por el fallecimiento de un interno que padecía oligofrenia severa con brotes psicóticos, se fugó del establecimiento donde estaba internado y murió atropellado («ausencia de adopción de las cautelas necesarias para impedir el riesgo que se materializó en la marcha del deficiente, y, en todo caso, los cuidados asumidos se revelaron insuficientes en cuanto tuvo ocasión de suceder el evento prevenido»; FJ 4). La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander de 25 de enero de 2003²²⁸ desestima la demanda interpuesta contra la Asociación Reto a la Esperanza, dedicada de modo altruista, gratuito y voluntario a la ayuda moral, espiritual y material a distintos colectivos marginados, espe-

225 JUR 2001, 54284.

226 AC 1998, 1999.

227 AC 1994, 2273.

228 JUR 2003, 60026.

cialmente toxicómanos y drogodependientes, por el fallecimiento en uno de sus centros de un interno al precipitarse por unas escaleras y sufrir un traumatismo cráneo-encefálico.

5) Responsabilidad de asociación de propietarios. La SAP Málaga de 24 de abril de 2002²²⁹ absuelve a la Asociación de Vecinos de Urbanización Tabico Alto de la solicitud de indemnización formulada en su contra por una aseguradora (subrogada *ex art.* 43 LCS en el crédito del asegurado lesionado) por los daños derivados de una sobretensión en una red eléctrica de la que la asociación era propietaria.

6) Responsabilidad por defectuosa prestación de servicios a los asociados. La SAP Zaragoza de 10 de julio de 2000²³⁰ ratifica la condena impuesta en primera instancia a la Asociación Nacional de Empresarios de Salones Recreativos al pago de una indemnización de 3.732.000 pts. por el incumplimiento del encargo asumido en relación con uno de sus asociados; la asociación aceptó el encargo de su asociada de preparar el escrito para la interposición en plazo de una reclamación económico-administrativa, lo que no hizo «incurriendo en grave negligencia al efectuarlo una vez transcurrido dicho plazo, determinando la inadmisibilidad de dicha reclamación» (FI 2). La SAP Vizcaya de 26 de enero de 1998²³¹ desestima la demanda de un miembro de la Asociación de Radio Taxi de Vizcaya-Tele Taxi en la que solicitaba a los integrantes de su Junta Directiva, demandados en su condición de tales, una indemnización de 735.000 pts. en concepto de perjuicios materiales y morales derivados de la suspensión del servicio de radio taxi con que la Asociación sancionó al actor. Aunque no se trata de la prestación de servicios a uno de sus asociados, sino a un cliente externo, también es interesante, en cuanto puede generar la responsabilidad de una asociación profesional, la SAP Girona de 29 de junio de 2001²³².

7) Responsabilidad civil derivada de delito. Son supuestos de esta naturaleza las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 19 de mayo de

229 JUR 2002, 197406.

230 JUR 2000, 271684.

231 AC 1998, 4204.

232 AC 2001, 1419. La actora (Frutícola de Sant Pere Pescador) reclamaba una indemnización por los daños derivados de la conducta de un técnico tributario en el cumplimiento del contrato de prestación de servicios de asesoría fiscal, derivados de la aplicación errónea de los tipos del IVA y de haber facturado y cobrado determinadas declaraciones tributarias que realmente no llegó a presentar. Estos errores motivaron una serie de sanciones y multas que la Hacienda Pública impuso a la actora, que se vio en la necesidad de contratar a otros terceros para la defensa de sus

1992²³³ (responsabilidad civil subsidiaria de una asociación que tiene concedido el uso de una finca para la práctica de tiro al plato por los daños derivados de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones); de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2001²³⁴ (responsabilidad civil subsidiaria del sindicato Unión General de Trabajadores por los daños derivados de un delito de apropiación indebida); de las Audiencias Provinciales de Tarragona de 4 de junio de 2001²³⁵ (responsabilidad civil subsidiaria de una asociación de vecinos por los daños derivados de una falta de lesiones por imprudencia leve) y de Salamanca de 12 de marzo de 2001²³⁶ (responsabilidad civil subsidiaria de la Asociación Charra del Compact por los daños derivados de un delito contra la propiedad intelectual); o, en fin, del Juzgado de lo Penal de Manresa nº 1 de 8 de marzo de 2004²³⁷ (responsabilidad civil subsidiaria de una asociación de madres y padres de alumnos por los daños derivados de dos delitos de homicidio por imprudencia).

8) Multas dinerarias por infracciones administrativas. Son numerosísimas las ocasiones en las que, al amparo de la correspondiente norma, la Administración puede sancionar a una asociación con la imposición de una multa, cuyo pago habrá de ser satisfecho con cargo al patrimonio asociativo. Aunque la

intereses. La Sentencia de instancia condenó al asesor tributario, a la sociedad limitada de la cual era representante y a una aseguradora, aunque absolvió a la también demandada Associació Professional de Tècnics Tributaris de Catalunya. La demandante pretendió en su recurso la condena de dicha Asociación «por entender que siendo función de la sociedad vigilar por la ética y la dignidad profesional de los asociaciones y procurar que los asociados cumplan las leyes, no lo ha cumplido, ni acreditado que el asociado señor X esté en posesión de título alguno profesional de asesoramiento y gestión técnica tributaria y a pesar de ello permite que el señor X opere en el mercado dándose a conocer como miembro de aquella Asociación, lo que induce a error por parte de los clientes de que es una persona capacitada para ejercitar dichas gestiones». Pero la Audiencia Provincial rechaza este argumento y mantiene la desestimación de la demanda en relación con la mencionada Associació, pues, de un lado, «ningún vínculo contractual ha tenido con la actora y apelante», y, de otro, «el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato por parte de un profesional no comporta, sin más, una automática inidoneidad para el desempeño de la profesión, hecho que requeriría un superior acervo probatorio, y que en sí lo que genera es la responsabilidad contractual invocada en la demanda, a cuya demostración han tendido los elementos de prueba como lógica correlación con la clase de acción ejercitada, y no a la eventual negligencia de la Asociación profesional a la que el técnico codemandado pertenece, cuya negligencia o culpa con relevancia causal en el incumplimiento contractual no ha sido probada» (FJ 2).

233 RJ 1992, 4185.

234 JUR 2001, 205441.

235 JUR 2001, 285189.

236 ARP 2001, 418.

237 ARP 2004, 60.

cuantía de la multa sea de tal entidad que ponga en peligro la estabilidad patrimonial de la asociación, y pueda incluso provocar su insolvencia patrimonial, no por eso el acto administrativo de imposición lesiona el derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE²³⁸. Determinadas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, que imponen una multa a una Asociación por la comisión de una práctica restrictiva de la competencia, ordenan en su parte dispositiva que la Asociación traslade a sus asociados el acuerdo sancionador²³⁹. Esa comunicación a los asociados no constituye obviamente una traslación a ellos de la responsabilidad de la asociación, ni hace recaer sobre los miembros la obligación de pagar la sanción. La eventual responsabilidad de los asociados, en caso de falta de patrimonio de la asociación para afrontar el pago de la multa, se rige por las normas generales de la LODA. La Sentencia, Sala 3ª, de 29 de mayo de 1998²⁴⁰ ratifica la resolución administrativa por infracción de contrabando que impone sendas multas a dos personas físicas y además declara a la Asociación Internacional de Transporte por Carretera responsable conjunta y solidariamente de dichas sanciones. La multa se impone en aplicación del Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR)²⁴¹. Un convenio internacional puede establecer un régimen

238 En el caso resuelto por la Sentencia, Sala 3ª, de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003, 5474), la recurrente en casación, la Federación de Asociaciones de Concesionarios de la Automoción, se oponía a la multa global de 71.000.000 pts. impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia por la comisión de tres infracciones contra la legislación antimonopolio alegando la infracción del derecho de asociación, dado que la ejecución de la multa supondría de hecho su liquidación porque sus ingresos anuales (18.983.252 pts. en 1994) eran muy inferiores al importe de la sanción. Invocaba al efecto del artículo 22.4 CE («Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada»). El Tribunal desestima con razón el motivo, argumentando que «en nada afecta a este derecho el que se imponga una sanción de multa a una asociación. Entender lo contrario —añade— equivaldría a dar patente para cometer infracciones que siempre tendrían como tope los recursos propios de la entidad, lo que indudablemente no constituye el contenido esencial de este derecho, como no lo es la pena de prisión en el derecho de libertad de la persona» (FJ 6).

239 Véanse en este sentido, entre otras, la Resolución de 23 de mayo de 2000 (AC 2000, 1573), que sanciona a la Asociación Provincial de Autoescuelas de Santa Cruz de Tenerife, y la de 22 de julio de 1999 (AC 2000, 2826), que hace lo propio con la Unión de Criadores de Toros de Lidia, la Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, Ganaderos de Lidia Unidos y la Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas.

240 RJ 1998, 4154.

241 Se trata del Convenio Aduanero de 14 de noviembre de 1975, al que España se adhirió por Instrumento de 14 de julio de 1982 (BOE nº 34, de 9 de febrero de 1983). La letra I) del artículo 1 define la «asociación garante» (*in casu*, la mencionada Asociación Internacional de

de responsabilidad de las asociaciones y sus asociados diferente al previsto en la LODA, dada la superior jerarquía normativa de los tratados respecto de las normas internas. También una norma de Derecho comunitario, que forma parte a todos los efectos del Derecho español²⁴².

2. La situación normativa anterior a la LODA

Ninguna de nuestras normas históricas sobre asociaciones (Ley de 30 de junio de 1887, Decreto de 25 de enero de 1941 y Ley 191/1964, de 24 de diciembre), se refieren en momento alguno a la responsabilidad civil de la asociación o

Transporte por Carretera) como aquella asociación «autorizada por las autoridades aduaneras de una Parte Contratante para constituirse en fiadora de las personas que utilicen el procedimiento TIR». La imposición de responsabilidad a la asociación garante se basa en el artículo 8.1 del Convenio, en cuya virtud la asociación garante se compromete a pagar los derechos e impuestos de importación o exportación que sean exigibles, aumentados, si a ello hubiera lugar, con los intereses moratorios que hayan de pagarse en virtud de las leyes y los reglamentos de Aduanas del país en el que se haya registrado una irregularidad en relación con una operación TIR. El carácter de la responsabilidad de la asociación viene establecido en el propio precepto: «La asociación será responsable, mancomunada y solidariamente con las personas deudoras de las cantidades anteriormente mencionadas, del pago de dichas sumas». Pero la responsabilidad de la asociación más bien parece subsidiaria de la de los infractores directos, pues conforme al apartado 7 del artículo 8 del Convenio, «las autoridades competentes deberán en lo posible, requerir para el pago de esas sumas a las personas directamente responsables antes de reclamarlas a la asociación garante».

242 Cfr. artículo 23.4 del Reglamento nº 1 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE nº L 1, de 4 de enero de 2003), que establece el modo de pago por las asociaciones de las multas impuestas en aplicación de las normas de defensa de la competencia. El apartado 30 del preámbulo de este Reglamento advierte de la necesidad de instaurar mecanismos eficaces para garantizar el cobro de las multas impuestas en aplicación de las normas de defensa de la competencia. El apartado 30 del preámbulo de este Reglamento advierte de la necesidad de instaurar mecanismos eficaces para garantizar el cobro de la multa cuando la asociación sea insolvente. Allí se afirma que, «con objeto de garantizar el cobro efectivo de las multas impuestas a las asociaciones de empresas por las infracciones que hayan cometido, es necesario establecer las condiciones en las cuales la Comisión puede exigir el pago de la multa a los miembros de la asociación en caso de que la asociación sea insolvente», lo que se hará teniendo en cuenta «las dimensiones relativas de las empresas que pertenezcan a la asociación y, en particular, de la situación de las pequeñas y medianas empresas. El pago de la multa por parte de uno o varios miembros de una asociación —concluye este pasaje del preámbulo— se entiende sin perjuicio de las normas de Derecho nacional que prevean el cobro del importe pagado a otros miembros de la asociación». El artículo 23.4 del Reglamento desarrolla esta idea en los siguientes términos:

«Cuando se imponga una multa a una asociación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.

de los asociados. Ante este silencio, los materiales que proporciona el Código Civil para dar respuesta a esta cuestión son de utilidad diversa en un caso o en otro.

En lo que se refiere al régimen de *responsabilidad de la asociación* se sujetará, como en el supuesto de cualquier otra persona (física o jurídica), al artículo 1911 CC, de manera que la asociación responderá de las obligaciones contraídas con todos sus bienes, presentes y futuros; tratándose de responsabilidad contractual, a la asociación le será de aplicación el régimen general de los artículos 1101 y concordantes del Código Civil. Con todo, incluso en este supuesto de responsabilidad de la asociación, el problema consistirá en saber cuándo la asociación constituye un centro de imputación de obligaciones propio y autónomo, independiente del de sus miembros asociados. Normalmente, aunque más sobre la base de la intuición y de la analogía con lo dispuesto en materia de sociedades anónimas que tras la realización de un riguroso análisis de la normativa sobre asociaciones, tradicionalmente se ha considerado que la adquisición de la personalidad jurídica era el elemento que permitía erigir a la asociación en un centro propio y autónomo de imputación de obligaciones, por lo que en última instancia se decía que los artículos 1911 y 1101 ss. CC eran aplicables a las asociaciones con personalidad jurídica. De este modo, el problema quedaba desplazado a la determinación del momento y el modo en que las asociaciones adquirían esa cualidad.

Si los artículos 1911 y 1101 ss. CC podían proporcionar una respuesta, aun poco satisfactoria y sólo parcial, a la pregunta relacionada con el régimen de responsabilidad de la asociación, nada había en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la LODA a propósito de la *responsabilidad de los asociados*. El silencio legal, y la consiguiente confusión de los intérpretes, eran totales a la hora de decidir problemas tales como los siguientes:

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado por la Comisión, la Comisión podrá exigir el pago de la multa directamente a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de que se trate dentro de la asociación de que se trate.

Una vez que la Comisión haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que opere en el mercado en el que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.

No obstante, la Comisión no exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo o tercero a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso.

La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10% de su volumen de negocios total realizado en el ejercicio social anterior».

¿responden los asociados personalmente con sus bienes de las deudas contraídas por la asociación?; si es así, ¿en qué caso o casos, y sobre la base de qué criterios, se produce esa responsabilidad personal de los asociados?; si por el contrario los asociados no responden nunca personalmente de las deudas de la asociación, ¿en qué precepto legal puede basarse semejante conclusión?; la limitación de responsabilidad de los asociados, ¿depende de la inscripción de la asociación en el Registro administrativo correspondiente o es un simple derivado de la adquisición de la personalidad jurídica por parte de la asociación —en el supuesto de que esa atribución se produzca por mecanismo distinto al de la inscripción registral del grupo?; ¿cabe la responsabilidad personal de los asociados respecto de una asociación inscrita?; ¿existe un distinto régimen de responsabilidad de los asociados en función de que la asociación se encuentre o no inscrita?; en fin, si los asociados responden de las deudas de la asociación, ¿lo hacen solidariamente con ésta o subsidiariamente? Estas dudas, con un evidente interés práctico, no han tenido respuesta entre nosotros hasta la entrada en vigor de la LODA.

Con todo, la ausencia de responsabilidad de los asociados por las deudas de la asociación había sido defendida durante la vigencia de la Ley de 1964, a pesar de que no existía ninguna norma en esa Ley que sirviera de fundamento a esta opinión²⁴³. Esta irresponsabilidad de los asociados se relacionaba con la autonomía patrimonial propia de las personas jurídicas²⁴⁴, o

243 En este sentido, categóricamente, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *Sistema...*, cit., I, 9ª ed., 1997, p. 621: «No existe base legal alguna en la actualidad para imponer a éstos [los asociados] una responsabilidad subsidiaria por las deudas de la asociación». Mucho antes, en el mismo sentido, *Sistema...*, cit., I, 1975, p. 355: «Ha de estimarse que el patrimonio de la persona jurídica será el que únicamente quede afectado por ellas, y en ningún caso, salvo que se hayan obligado expresamente, el particular de los asociados».

244 Según F. Capilla Roncero, *La persona jurídica...*, cit., pp. 103-104, cuando hablamos de autonomía patrimonial en materia de personas jurídicas decimos que, «en el ámbito de la responsabilidad supone que el patrimonio privativo de tales sujetos no responde de las deudas del ente personificado y, a la viceversa, que el patrimonio de la persona jurídica tampoco se vería afectado por las responsabilidades en que incurrieran los sujetos integrantes del sustrato de la misma». Lo único que sí comporta la atribución de la personalidad jurídica «es la creación de un patrimonio *separado* respecto de los patrimonios de los sujetos implicados; pero el grado y alcance de la separación es otra cuestión diferente que debe ser resuelta caso por caso» (p. 105; la cursiva es del propio autor). Y refiriéndose concretamente a las asociaciones afirma: «Ocurre sin embargo que, con cierta frecuencia, la separación patrimonial entendida hasta el grado de irresponsabilidad de los sujetos implicados por las deudas contraídas trámite la persona jurídica es presupuesta por la propia ley, al otorgar la personalidad jurídica. Y así, ningún precepto de la Ley de Asociaciones dispone taxativamente que los asociados no respondan por las deudas de la asociación, a pesar de lo cual es opinión unánime a eso efectivamente es así» (pp. 105-106).

simplemente se explicaba por razones puramente pragmáticas y casi de sentido común²⁴⁵. Y la misma tesis se mantuvo, también sin base normativa explícita, durante la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887²⁴⁶.

Si nos atenemos al Derecho positivo, la única alusión que en el Derecho estatal anterior a la LODA podía encontrarse en materia de responsabilidad era una tangencial referencia en sede de asociaciones de hecho de carácter temporal, concretamente en la Disposición adicional 3ª de la Ley de Asociaciones de 1964, que remitió a la vía reglamentaria la regulación de «los requisitos, procedimientos y régimen jurídico y económico de aquellas actividades que den lugar a Asociaciones de hecho de carácter temporal, tales como cuestaciones y suscripciones públicas». Los artículos 19 y 20 del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, atendieron ese mandato y regularon esta clase de asociaciones. Sin embargo, se trata de una regla de importancia muy marginal.

El supuesto de hecho de esta regulación —las denominadas asociaciones de hecho de carácter temporal— se identifica en el artículo 19.1 del Decreto con «las personas naturales o jurídicas que pretendan promover suscripciones o cuestaciones públicas, festivales benéficos e iniciativas análogas destinadas a arbitral fondos para cualquier finalidad lícita y determinada». La realización de estas actividades debía ser puesta en conocimiento de la Administración competente antes de su inicio, so pena de ilicitud²⁴⁷. El reglamento se mostraba particularmente preocupado por asegurar que las cantidades obtenidas como consecuencia de las cuestaciones públicas, los festi-

245 F. CARPIO MATEOS, «El patrimonio de la asociación y los derechos de los asociados», RCDI 491 (1972), p. 787, niega la aplicación del artículo 1698 CC a los asociados de una asociación, indicando que «la protección de los intereses en juego no sólo no exige comunicación de responsabilidades, sino que, contrariamente, exige dejar a salvo el patrimonio del asociado. Al igual que en la sociedad anónima —agrega—, nos encontramos con una sociedad abierta, de la que pueden llegar a formar parte miles de personas, en un orden normal de acontecimientos, ninguna de éstas se preocupa de investigar el celo y la diligencia de los directivos de la asociación como administradores de su patrimonio ni llega a imaginar siquiera que por una desafortunada gestión de aquéllos pueda verse comprometido su patrimonio, lo que, de admitirse, sería una solución sumamente perturbadora y capaz de ahogar el espíritu asociativo que debe campar en una nación cultural y espiritualmente bien desarrollada».

246 P. CLARTE MARTÍ, *Las asociaciones. Su régimen jurídico*, 1941, p. 68: «Respecto a las deudas de la Asociación y créditos que le puedan competir, los socios no son responsables personalmente de las deudas, ni tienen derecho sobre los créditos, y esto se deduce del carácter de personas jurídicas que, diferente de la de sus socios, ostenta la Asociación».

247 Tras la entrada en vigor de la Constitución, es dudoso que semejante exigencia pueda ser mantenida. De hecho, la Disposición adicional 4ª LODA, relativa a cuestaciones y suscripciones públicas (tal es la rúbrica del precepto), no exige ya ninguna comunicación administrativa previa al inicio de la actividad.

vales benéficos u otras iniciativas análogas fueran realmente destinadas a la satisfacción del fin lícito y determinado que los promotores comunicaron a la Administración. Por tal razón, el artículo 20.3 del Decreto disponía que, «transcurrido el plazo previsto por los organizadores o, en su defecto, el prudencial que fije la Autoridad gubernativa, deberá darse a las cantidades recaudadas el destino previsto. En ningún caso -proseguía el precepto-, salvo que expresamente se conceda una prórroga, podrá demorarse más de seis meses la aplicación de dichos fondos». Y en el supuesto de que no se procediera así, el mismo artículo 20.3 ordenaba que los fondos se pusieran a disposición de la Administración, «quien las destinará a atenciones análogas, o, de no ser posible, a fines de asistencia social o de beneficencia». De igual forma habría de procederse «cuando las recaudaciones se hayan efectuado sin previa comunicación, o cuando los actos o iniciativas hubieran sido prohibidos, o bien cuando los fondos obtenidos fueran manifiestamente insuficientes para los objetivos propuestos».

La regla de responsabilidad se recoge en el artículo 20.4 del Decreto 1440/1965, y resulta de aplicación a los «organizadores» de las cuestaciones públicas, festivales benéficos o iniciativas análogas. Conforme a dicho precepto, «los organizadores serán, personal y solidariamente, responsables de la administración o inversión de las cantidades recaudadas», debiendo rendir a los Gobiernos civiles o Ministerio de la Gobernación²⁴⁸, según los casos, las cuentas correspondientes a su gestión. Caso de no hacerlo así o de aplicar indebidamente los fondos, «incurrirán en las responsabilidades administrativas, civiles, o penales que procedan». Pero la utilidad de este precepto es bastante reducida. En primer lugar, porque no se aplica a cualesquiera asociaciones constituidas al amparo de la Ley de 1964, sino únicamente a un tipo muy específico —y de contornos bastante difusos— de ellas, como es el caso de las denominadas asociaciones de hecho de carácter temporal²⁴⁹. En segundo lugar, porque la responsabilidad personal y solidaria que establece no lo es por razón de las deudas contraídas por los organizadores con terceros en el ejercicio de la actividad propia de la asociación de hecho de carác-

248 Desaparecidos estos órganos, a la Administración con competencias en la materia, sea estatal o autonómica.

249 En las que, por otro lado, predominan los aspectos fundacionales (allegar recursos para la consecución de un fin, bien que no necesariamente «de interés general» en el sentido de los arts. 34.1 CE y 3.1 LF) sobre los puramente asociativos. Las asociaciones de hecho de carácter temporal se parecen mucho más a una fundación que a una asociación.

ter temporal, sino por la indebida administración o inversión de las cantidades recaudadas. Y en tercer lugar, porque no establece en puridad ningún régimen propio de responsabilidad civil de los organizadores o promotores de tales asociaciones, pues se limita a recordar la aplicación, en los casos indicados, de las «responsabilidades [...] civiles [...] que procedan», lo que supone dejar la materia en la más absoluta incertidumbre.

3. La praxis de los Tribunales

Aun en ausencia de norma legal aplicable, los Tribunales se encontraron a veces obligados a resolver controversias relacionadas con las preguntas que se acaban de formular. Pero se trata de sentencias aisladas, procedentes de los más variados órganos judiciales, lo que impide hablar de la existencia de una corriente jurisprudencial orientada mayoritariamente en un sentido o en otro.

Un primer caso es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 2004²⁵⁰. Don Ricardo interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Les Borges Blanques (Lleida) y contra siete personas físicas, integrantes —según parece— de la Asociación Grup de Diables de Sant Andreu «Tria la Via»²⁵¹. Los hechos son los siguientes. El 3 de septiembre de 1994, don Ricardo, que asistía a un espectáculo pirotécnico en la localidad de Les Borges Blanques organizado por el mencionado Grup de Diables, sufrió graves quemaduras que le afectaron al ojo izquierdo al ser embestido por uno de los miembros de aquel grupo —concretamente don Jesús Carlos—, que portaba una especie de casco con cuernos encendidos en sus extremos. Incoado juicio de faltas por tales hechos, terminó por Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida en fecha 25 de febrero de 1997, por la que se condenaba al citado Jesús Carlos a pagar al dañado la cantidad de 21.036.999 pts., con responsabilidad civil subsidiaria de la Asociación Grup de Diables, y civil directa y solidaria de la aseguradora Lagun-Aro, dentro de los límites del seguro concertado. En el curso de la ejecución de la precitada sentencia, la aseguradora abonó al perjudicado 10.000.000 de

250 RJ 2004, 5535.

251 No hay ninguna declaración en la Sentencia acerca de si esta Asociación se encontraba o no inscrita en el Registro de Asociaciones de Cataluña. Del mismo modo, tampoco se señala si tenía o no personalidad jurídica.

pts., límite del seguro, declarándose la insolvencia del responsable directo en fecha 6 de abril de 1998 y no hallándose bien alguno que embargar al Grup de Diables. El 10 de junio de 1998 la víctima interpuso demanda de menor cuantía contra el Ayuntamiento de Les Borges Blanques, en concepto de responsable civil directo, y contra siete personas, miembros de la Junta Directiva de la Asociación Grup de Diables, como responsables civiles subsidiarios. El Juzgado desestimó la demanda al apreciar la excepción de cosa juzgada, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación (que después de algunas peripecias procesales acabó en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), éste lo desestima. En el recurso, don Ricardo denunciaba infracción de los artículos 21 y 29 de la Ley catalana de Asociaciones, relativos, respectivamente, a la responsabilidad de los órganos de gobierno de la asociación (art. 21) y de dichos órganos o de los liquidadores en caso de demora en la solicitud del concurso de la asociación cuando fuera insolvente (art. 29). La Audiencia Provincial rechazó la aplicación de estos preceptos argumentando que la Ley catalana de Asociaciones no se encontraba vigente en el momento en que ocurrieron los hechos enjuiciados, extremo confirmado por el Tribunal («sin que pueda aplicarse retroactivamente el régimen de responsabilidad de los asociados que la misma establece *ex novo*»), que añade que, aun cuando hubiera sido aplicable dicha Ley, el recurso del actor no podría ser acogido: «En primer lugar, faltaría la determinación, fijación y acreditación explícita de los actos de los miembros de la Junta Directiva de la Asociación Diables de Sant Andreu que fueran contrarios a la Ley, a los Estatutos o que, dolosa o imprudentemente, hubieran derivado en daños a terceros (en el presente caso y según la parte recurrente, la creación de un estado de insolvencia, que no los hechos lesivos, en cuanto fueron juzgados ya en su momento) y, en segundo término, faltaría la acreditación de que, con una liquidación ordenada del patrimonio social, o, más concretamente, con la declaración del concurso posterior a la insolvencia, se hubiera logrado cubrir las consecuencias del daño, lo que no parece posible a tenor de los datos económicos que suministra la sentencia que se combate»²⁵². Por otro lado, la excepción de cosa juzgada, opuesta por las

252 En términos parecidos se había pronunciado la Sentencia de apelación: «faltaría por acreditar la relación de causalidad existente entre el incumplimiento del deber de promover el concurso por parte de los miembros de la Junta Directiva de la Asociación y el daño producido (impago de la indemnización), pues en el caso no se ha probado que la Asociación tuviera patrimonio suficiente para hacer surgir en el acreedor ahora demandante expectativas de cobro si se liquidaba ordena-

personas físicas demandadas, no es estimada por el Tribunal dado que en el proceso penal previo la condena civil se impuso a la Asociación en cuanto tal, y no a dichas personas físicas²⁵³.

Mucho más gravosa para los asociados es la solución adoptada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de junio de 2000²⁵⁴. En primera instancia se condenó solidariamente a los demandados (un Ayuntamiento y una Asociación de Padres) a readmitir a la actora en su puesto de trabajo o, a su opción, indemnizarla en 3.029.244 pesetas. La actora interpuso recurso de suplicación solicitando que la condena solidaria se hiciera extensiva a todos los miembros de la Asociación, carente de personalidad jurídica. El Tribunal estima el recurso, al tener en cuenta «que la Asociación de Padres no consta formalmente inscrita y, por tanto, no tiene personalidad jurídica propia», lo que «comportaría la exclusión de un centro de responsabilidad, que siempre ha de estar referido en nuestro ordenamiento jurídico a entes dotados de personalidad, como lo serían la de las personas individuales que integran dicha comunidad, debiendo atribuirse solidariamente a los integrantes de la misma la responsabilidad inherente a la declaración de despido improcedente de la demandante, lo que obliga a matizar la parte dispositiva de la sentencia de instancia, en el sentido de que las personas que en ella se citan como integrantes del ente carente de personalidad se entien-

damente, constando tan sólo un documento de la declaración del Impuesto sobre Sociedades del año 1996 con un resultado de 544.736 pts.».

253 En concreto, el razonamiento seguido por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la excepción de cosa juzgada respecto de tales personas es el siguiente: «En lo que atañe a las personas físicas demandadas, en su condición de miembros de la Junta Directiva de la Asociación de Diables de Sant Andreu, son, efectivamente, partes diferentes a la Asociación misma, que no pudieron ser llamadas como responsables en el proceso penal». Con carácter general ha de afirmarse que las sentencias y demás resoluciones judiciales sólo producen efecto de cosa juzgada para las asociaciones si son éstas las que comparecen e intervienen en el proceso a través de sus representantes legales, pero no en otro caso. Como señala la Sentencia de 5 de julio de 1996 (RJ 1996, 5576), partiendo de la premisa de que es necesario «para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio (en el que hoy nos ocupa en casación), que concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, es obvio que los hoy recurrentes, que alegan en el primer motivo la cualidad de Asociación de la demandante, no pueden ahora pretender que actuaron para ella, en la cognición, dos comuneros en su beneficio, pues las asociaciones tienen personalidad jurídica propia y sólo pueden actuar por ellas sus representantes orgánicos, de forma que falla la identidad de las personas, según tesis de los propios recurrentes; además, si se atiende al «substratum» de comunidad de bienes, sabido es que los comuneros pueden actuar en beneficio de ella (aquí no podía ocurrir, pero sólo le afecta cuanto» (FJ 6).

254 AS 2000, 2106.

de que son los condenados y no la Asociación, máxime cuando tanto de los hechos probados como de la fundamentación jurídica puede deducirse que es a ésta a quien se atribuye la condición de empleador —no sólo al Ajuntament— y de que no existen suficientes elementos para excluir que aquélla no ostentara dicha cualidad» (FJ 3). Nótese cómo el Tribunal opta por sustituir la condena que la sentencia de instancia imponía a la asociación por otra que recae personal y directamente sobre todos sus asociados. Con todo, hubiera sido más razonable condenar en primer lugar a la asociación —solidariamente con el Ajuntament— y subsidiariamente, en caso de insolvencia patrimonial de la asociación, a los asociados. Pues en definitiva, el hecho de que la asociación carezca de personalidad jurídica no significa que no tenga un patrimonio propio, destinado al cumplimiento de sus fines, con el que responder de los daños causados en el ejercicio de las actividades sociales.

La Sentencia de 5 de febrero de 1996²⁵⁵ nos pone en la pista de un inédito mecanismo al servicio de los acreedores que no pueden cobrar de asociaciones insolventes las deudas sociales: la acción subrogatoria del artículo 1111 CC. En el caso zanjado por esta sentencia, la Agrupación de Empresas de Piedra y Mármol de Vizcaya encargó a un abogado la realización de ciertas gestiones en relación con un convenio colectivo, que culminaron con su impugnación ante el orden contencioso-administrativo. De resultados de su trabajo, el letrado giró una minuta por importe de 8.387.025 pts., que la asociación no pagó ni siquiera después de haberse seguido contra ella un procedimiento de jura de cuentas, evidentemente por no hallarse bienes asociativos que embargar. En esta tesitura, el acreedor interpuso demanda contra la Agrupación deudora y contra las cuarenta y tres empresas que la integraban, en solicitud de que se condenase a la asociación al pago de la cantidad minutada y, subsidiariamente, por su insolvencia total o parcial, a las empresas demandadas por partes iguales. La petición se basaba en los artículos 1544 y siguientes del Código Civil, relativos al arrendamiento de servicios, pero también en el artículo 1111 CC, argumentando el actor que ejercitaba la acción que correspondía a la asociación (su deudora) contra los miembros de ésta (deudores de su deudora), que en su criterio debían, ante la insolvencia de la asociación, haber realizado el desembolso de una cuota o derrama ex-

255 RJ 1996, 1087.

traordinaria para atender el crédito del demandante. La demanda fue acogida íntegramente por el Juzgado, y revocada por la Audiencia en el único extremo de establecer que la responsabilidad de las empresas asociadas para el pago de la deuda reclamada sería no por partes iguales, sino proporcional a sus cuotas de participación; además, la Audiencia absolvió a las empresas que habían abandonado la asociación antes de la contratación del abogado demandante. El TS, sin citar precepto alguno de la Ley de Asociaciones de 1964 (o, en su caso, de las normas específicamente aplicables a las asociaciones empresariales o profesionales —en las que, sin embargo, no hay norma alguna sobre responsabilidad de los asociados), confirma la sentencia de la Audiencia.

También resulta de interés en esta sede, y para completar el panorama jurisprudencial anterior a la LODA, hacer mención a la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1991, de 2 de abril, por más que en este caso la cuestión que analizamos fuera abordada sólo de modo tangencial y, como es lógico, desde la perspectiva constitucional propia de un recurso de amparo. En un proceso civil emprendido contra una asociación inscrita y con personalidad jurídica (en concreto un partido político: el Partido Reformista Democrático, PRD), que permaneció en rebeldía, se dictó sentencia condenatoria al pago de cierta cantidad. Instada la ejecución por el acreedor, y ante el resultado negativo de la diligencia de requerimiento de pago y embargo de los bienes del partido demandado, el Juzgado acordó mediante providencia requerir de pago al ex secretario general del partido y a ciertos integrantes de su comisión delegada para que abonaran las responsabilidades exigidas o, en caso contrario, designaran bienes suficientes para atender el embargo. Los requeridos interpusieron recurso de reposición contra la providencia, que fue desestimado «por no estar los recurrentes debidamente legitimados, sin perjuicio de que puedan entablar las acciones legales correspondientes contra el PRD, del que forman la Comisión Delegada» (Antecedente de Hecho primero). Contra esta negativa formularon recurso de amparo, que el Tribunal acoge reconociendo el derecho de los impugnantes a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y declarando la nulidad «del requerimiento de pago o designación de bienes que no sean los propios del Partido condenado» (apartado 2º del Fallo).

Para el Constitucional, mediante la providencia recurrida en amparo se trataba de hacer efectiva la sentencia que condenó al partido político al pago de una determinada cantidad, «no en el patrimonio de esa persona jurídica

condenada, sino en los bienes de los ahora recurrentes, que no habían sido condenados y ni siquiera parte y a quienes la propia providencia impugnada negó la legitimación cuando trataron de recurrirla, fundándose en que ostentaban cargos directivos en dicho Partido». En el caso, «habiéndose demandado y condenado -como único deudor- al PRD, se pretende por el órgano judicial extender el efecto de la ejecutoria a quienes, sin haber sido demandados en el proceso, figuran como gestores o representantes de la Entidad; y ello sin ni siquiera haberlos emplazado, ni menos fundamentar adecuadamente los motivos de tenerles por responsables de las deudas del Partido», de donde se deduce «con claridad que la pretendida realización material de ésta [la sentencia condenatoria] excede de lo dispuesto en la condena, al exigir la realización en el patrimonio de personas distintas de las que fueron condenadas». La relación jurídico procesal, agrega el Tribunal, «se constituyó por la demandante del juicio declarativo con el Partido político demandado, persona jurídica distinta de la de sus gestores en cuanto tal y no contra dichos dirigentes del mismo, a quienes no se convocó a título personal», por lo que carece de relevancia el que dejaran de comparecer.

En esta tesitura, el Tribunal aprecia la conculcación del derecho de los recurrentes a no padecer indefensión: «Mediante la providencia de 3 de octubre de 1988 se colocó a los demandantes de amparo en una situación de indefensión que vulnera el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto dirige el requerimiento de pago y apremio contra personas que no fueron demandadas, condenadas, ni oídas en el juicio, ampliando respecto de ellas la eficacia de la Sentencia condenatoria pronunciada en un proceso extraño y debe declararse la nulidad de dicha providencia en este punto, o sea, en lo relativo a la ejecución de la Sentencia sobre los bienes patrimonio de don Joaquín Satrustegui Fernández, don Miguel Ángel Albadalejo Campoy y don Florentino Pérez Rodríguez —miembros integrantes de la Comisión Delegada y ex Secretario general del PRD respectivamente—; y también de las providencias de 26 de octubre y 8 de noviembre de 1988 en cuanto confirmaron el anterior pronunciamiento. Nulidad que, por lo dicho, debe limitarse a los efectos del requerimiento en su propio patrimonio, y no, naturalmente, en lo relativo al pago en nombre del Partido o designación de bienes de éste o a la entrega de los libros» (Fundamento Jurídico cuarto).

La solución del Tribunal no admite ninguna discusión. No obstante, queda en la duda saber qué habría sucedido si la demanda de reclamación del crédito se hubiera interpuesto no sólo contra el partido persona jurídica, sino

también contra los miembros de su junta directiva. Es muy verosímil pensar que en tal caso el recurso de amparo no habría prosperado porque no se habrían producido los vicios señalados por el Tribunal. Pero, en ausencia en la Ley de Asociaciones de 1964 y en las leyes de partidos políticos vigentes a la sazón (Leyes 21/1976, de 14 de junio, y 54/1978, de 4 de diciembre, ambas derogadas por la Ley Orgánica 6/2002) de una norma que permitiera hacer responsables a los miembros de la junta directiva por las deudas contraídas por un partido político dotado de personalidad jurídica, ¿podría haber llegado a dictarse una condena al pago de tales deudas a cargo de los directivos?

Por último, la SAP Vizcaya de 9 de febrero de 1998²⁵⁶ hace responder solidariamente a todos los miembros de una comisión de fiestas de los débitos derivados de un contrato de cuenta corriente celebrado a nombre de la comisión, que no se encontraba inscrita en ningún registro²⁵⁷. Y la SAP Zaragoza de 10 de marzo de 1995²⁵⁸ entiende que los asociados no son responsables del impago de una deuda social (en el caso se trataba de una deuda contraída por el presidente de una asociación, actuando en nombre de ésta, al librar unas cambiales por unas obras realizadas en el local social).

4. La solución de la LODA

El artículo 5.2 LODA, después de subrayar que con el otorgamiento del acta fundacional la asociación adquiere su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, añade: «sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10». ¿Cuáles son tales efectos? En apariencia, únicamente «los solos efectos de publicidad» mencionados en el artículo 22.3 CE. En efecto, el artículo 10, bajo la rúbrica «Inscripción en el Registro», reitera en su apartado 1 las previsiones del indicado precepto constitucional, al disponer que «las asociaciones reguladas en la presente Ley deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad»²⁵⁹. No se ofrecería, sin embargo, una visión completa de los efectos que la LODA anuda

256 *Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales* 1998, 1373.

257 Es muy probable que la comisión de fiestas deba ser considerada una asociación de hecho de carácter temporal en el sentido del artículo 20.4 del Decreto 1440/1965.

258 *Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales* 1995, 307.

259 Este artículo 10.1 tiene rango de ley orgánica porque constituye desarrollo del derecho fundamental de asociación (cfr. Disposición final 1ª, apartado 1, LODA).

a la inscripción registral de las asociaciones si nuestro examen se detuviera en este punto. Pues ciertamente, los efectos derivados de la inscripción no son únicamente «los solos efectos de publicidad» a que hacen mención los artículos 22.3 CE y 10.1 LODA (y también el art. 4.1 del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones), sino también otros de mayor importancia. Concretamente, los dos que seguidamente se indican.

En primer lugar, «la inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros» (art. 10.2 LODA, reiterado por el art. 4.2 del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones)²⁶⁰. El artículo 10.2 LODA está tomado por el legislador estatal del artículo 9 de la Ley vasca de Asociaciones, con el que coincide exactamente²⁶¹. Lo que significa que es acreedor de las mismas críticas que cabía dirigir a éste, y que se concretan en la indefinición de esa «garantía» que, tanto para los terceros como para los asociados, supone la inscripción. Es evidente que el término «garantía» se emplea en estos preceptos en sentido impropio, y no en un sentido técnico-jurídico. A mi juicio, lo más adecuado es relacionar esa «garantía» derivada de la inscripción (tanto para los terceros como para los asociados) con el diverso sistema de responsabilidad (de la asociación y de los asociados) que la LODA articula para las asociaciones inscritas y para las asociaciones no inscritas.

En segundo lugar, y éste es el verdadero y capital efecto de la inscripción (y no «los solos efectos de publicidad» proclamados por los arts. 22.3 y 10.1 LODA), el régimen de responsabilidad de la asociación inscrita difiere sensiblemente del de la asociación no inscrita, no tanto en lo que se refiere a la responsabilidad de la propia asociación, sino sobre todo en lo tocante a la responsabilidad de los asociados. En efecto, mientras que en el caso de la asociación inscrita «los asociados no responden personalmente de las deudas de la asociación» (art. 15.2 LODA), en el caso de la asociación no inscrita cabe que, bajo determinados presupuestos, los asociados respondan por las

260 El artículo 10.2 LODA es de aplicación directa en todo el Estado al amparo del artículo 149.1.1º CE (Disposición final 1ª, apartado 2, LODA), es decir, constituye una de las «condiciones básicas» del ejercicio del derecho fundamental de asociación. Esta calificación competencial es conforme con la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, de 23 de julio [FJ 14. f)].

261 El artículo 9.2 de la Ley catalana de Asociaciones, siguiendo igualmente la estela marcada por la Ley vasca, también dispone que «la inscripción es garantía, tanto para terceras personas que se relacionan con las mismas como para sus propios miembros».

deudas de la asociación (v. art. 10.4 LODA)²⁶². Entendiéndola, pues, en clave de responsabilidad, la «garantía» derivada de la inscripción consistiría, desde el punto de vista de los asociados, en la limitación de responsabilidad por las deudas asociativas cuando la asociación esté inscrita, «garantía» de la que no gozarían los asociados de una asociación no inscrita. Pero, incluso entendiéndola en estos términos, la «garantía» que para los asociados supone la inscripción, para los acreedores significa cabalmente lo contrario, pues dejan de disfrutar de la «garantía» que para el cobro de sus créditos contra la asociación comporta la responsabilidad ilimitada de los asociados.

Se examinan a continuación, por separado, los regímenes de responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las no inscritas.

5. La responsabilidad de las asociaciones inscritas

A) Los efectos patrimoniales de la inscripción

El artículo 15 LODA, rubricado «Responsabilidad de las asociaciones inscritas», consta de seis apartados²⁶³. El primero de ellos («Las asociaciones inscritas responden de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros») constituye un trasunto del artículo 1911 CC y procede del artículo 17 de la Ley vasca de Asociaciones²⁶⁴. El apartado 2, antes visto, es el que proclama la irresponsabilidad personal de los asociados por las deudas de la asociación²⁶⁵.

Al igual que sucedía en la Ley vasca de Asociaciones²⁶⁶, los principales efectos derivados de la inscripción no son los de publicidad (arts. 22.3

262 La responsabilidad en determinados casos de los asociados de una asociación no inscrita no es en modo alguno inconstitucional, por más que semejante posibilidad haya sido insinuada sin mucho fundamento y partiendo de un preconcepto de personalidad jurídica; cfr. F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, «Unas notas en torno a la asociación. En especial, la nueva Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación», *RCDI* 674 (2002), pp. 2171-2172.

263 Queda fuera de nuestra atención el último de ellos, consagrado a la responsabilidad penal y de carácter meramente remisorio («La responsabilidad penal se regirá por lo establecido en las leyes penales»).

264 El artículo 15.1 LODA ya se encontraba en el Anteproyecto de 1997 (entonces como art. 14.1). No sufrió ninguna enmienda a lo largo de la tramitación parlamentaria.

265 El artículo 15.2 LODA fue introducido en el Anteproyecto de 2000 (entonces como art. 13.2) y de ahí pasó al Proyecto de 2001. No sufrió ninguna enmienda a lo largo de la tramitación parlamentaria.

266 Cfr. J. J. MARÍN LÓPEZ, «Sobre la Ley vasca de Asociaciones: reparto competencial y principios generales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 16 (1992), pp. 147 ss.

CE y 10.1 LODA), sino los de absoluta separación de patrimonios y limitación de responsabilidad de los asociados. En efecto, la inscripción de la asociación supone, de un lado, la absoluta separación del patrimonio de la asociación y del patrimonio de sus asociados, evidenciada en el hecho de que la responsabilidad de la asociación por sus obligaciones se hace efectiva sobre todos sus bienes presentes y futuros (art. 15.1 LODA), y, de otro, la limitación de responsabilidad de los asociados, que no responden personalmente de las deudas de la asociación (art. 15.2 LODA). Los asociados responderán, a lo sumo, con los «medios» puestos en común al constituir la asociación (art. 5.1 LODA) y con las «cuotas» desembolsadas o pendientes de serlo [art. 7.1.e) LODA], pero nunca con su propio patrimonio. Esta limitación de responsabilidad no puede ser burlada por los acreedores de la asociación mediante el recurso a vías indirectas de cobro a los asociados, como es el caso de la acción subrogatoria ejercitada en el caso resuelto por la Sentencia de 5 de febrero de 1996, antes examinada, sin perjuicio, claro es, de la viabilidad de dicha acción para reclamar las deudas de los asociados ya vencidas pero no pagadas.

Así las cosas, la LODA ha dado definitivamente al traste con la asimilación que en tema de asociaciones se vino manteniendo durante mucho tiempo, y conforme a la cual la adquisición por la asociación de personalidad jurídica significaba la limitación de responsabilidad de los asociados. En la actualidad, la «garantía» que para los asociados supone su irresponsabilidad personal por las deudas de la asociación no se deriva del hecho de que la asociación adquiera personalidad jurídica, sino de su inscripción registral. Caben, pues, hipótesis de asociaciones con personalidad jurídica pero en las que los asociados no gozan del beneficio de la limitación de responsabilidad. La LODA, en definitiva, ha roto la ecuación según la que personalidad jurídica = responsabilidad limitada, optando por otra, a saber, inscripción registral = responsabilidad limitada. El régimen de responsabilidad queda disociado de la personalidad jurídica, y ligado a la inscripción²⁶⁷.

Por ello no es correcto afirmar que el artículo 15.1 LODA es una norma «de carácter innecesario» porque constituye una repetición de lo que con

267 Este es el motivo por el que, en mi opinión, no cabe afirmar que el régimen de responsabilidad por deudas frente a tercero es un «aspecto fundamental para establecer la existencia o no de personalidad jurídica independiente» (C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, cit., I, 10ª ed., 2004, p. 359).

vocación general dispone para todos los deudores el artículo 1911 CC, «y, si la asociación es una persona jurídica, el mencionado artículo del Código Civil le es aplicable sin necesidad de ninguna reiteración»²⁶⁸. Según acabamos de indicar, y se deduce de la propia literalidad del artículo 15.1 LODA («las asociaciones *inscritas*») y de la rúbrica general del citado precepto («Responsabilidad de las asociaciones *inscritas*»), el precepto no se aplica a la asociación persona jurídica, sino -lo que es cosa bien distinta- a la asociación inscrita. Precisamente la virtualidad de ese precepto de la LODA es establecer el régimen de responsabilidad de las asociaciones que, sobre ser personas jurídicas *ex* artículo 5.2 LODA, se inscriben en el Registro de Asociaciones²⁶⁹.

La asociación no inscrita tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, un patrimonio propio distinto del de sus asociados. Ello no es incompatible con el hecho de que éstos sean, en determinadas circunstancias, responsables por las deudas de la asociación. La personalidad jurídica no exige de suyo la irresponsabilidad de los asociados por deudas sociales, sino que compete al legislador establecer en cada caso cuáles son las consecuencias que, en términos de responsabilidad, se derivan de la inscripción. Desde esta perspectiva ha de ser entendida la afirmación de la Exposición de Motivos de la LODA de que «la consecuencia de la inscripción en el Registro será la separación entre el patrimonio de la asociación y el patrimonio de los asociados», con la importante matización que a renglón seguido hace el propio legislador: «sin perjuicio de la existencia, y posibilidad de exigencia, de la responsabilidad de aquéllos que, con sus actos u omisiones causen a la asociación o a terceros daños o perjuicios».

B) El alcance competencial de la opción de la LODA

Desde el punto de vista del reparto competencial, el artículo 15 LODA es de aplicación directa en todo el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE

²⁶⁸ En este sentido, L. DÍEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema...*, cit., I, 11ª ed., 2003, p. 610.

²⁶⁹ El defectuoso entendimiento de la articulación entre la adquisición de la personalidad jurídica y la inscripción de las asociaciones en la LODA queda igualmente patente en la obra citada cuando a renglón seguido se afirma que «personalidad jurídica e inscripción no son términos que coincidan necesariamente» (p. 610). Bien miradas las cosas, no es que ambos términos no coincidan necesariamente, sino que no coincidirán nunca: la asociación adquirirá la personalidad jurídica con el otorgamiento del acta fundacional, mientras que la inscripción servirá a otros fines y para otras cosas.

(cfr. Disposición final 1ª, apartado 2, LODA)²⁷⁰. Ello significa que, para el legislador estatal, el régimen de responsabilidad de las asociaciones inscritas es una «condición básica» del ejercicio del derecho de asociación, cuya regulación se encuentra constitucionalmente reservada en exclusiva en favor del Estado.

La principal consecuencia que se desprende de esta calificación competencial es que la regulación contenida en el artículo 15 LODA (y también —anticipando lo que más adelante examinaremos— la recogida en el art. 10.4 LODA para las asociaciones no inscritas) desplaza las previsiones que en materia de responsabilidad de las asociaciones —inscritas o no— se contiene en las leyes autonómicas de asociaciones, y en su lugar se aplicará el régimen de la LODA²⁷¹. Estas previsiones, perfectamente aplicables antes de que el Estado ejercitara sus títulos competenciales exclusivos en materia de asociaciones, resultan ahora sobrevenidamente invasoras de dichos títulos y, en consecuencia, dejan de tener aplicación. En el plano práctico, ello significa, entre otros posibles ejemplos, que el artículo 11.4 de la Ley catalana de Asociaciones, que prevé, en un determinado supuesto, la responsabilidad de los asociados de una asociación inscrita, deja de ser aplicable tras la LODA en la medida en que ignora la limitación de responsabilidad de la que, conforme a la LODA, disfrutaban los miembros de una asociación inscrita²⁷².

270 Esta calificación competencial del artículo 15 LODA no ha sido discutida en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra determinados preceptos de la LODA.

271 La consecuencia que se señala en el texto (no aplicación de las leyes autonómicas) se mantiene incluso si en algún momento una norma comunitaria autoriza, en determinados supuestos, la aplicación de tales leyes. El artículo 6.2 del Proyecto de Estatuto de la Asociación Europea dispone que, «cuando un Estado miembro comprenda diversas unidades territoriales y cada una de ellas tenga su propia normativa aplicable a las materias contempladas en el apartado 1 [una de las cuales puede ser la responsabilidad de los asociados], cada unidad territorial se considerará como un Estado miembro a efectos de la determinación de la legislación aplicable, en virtud de dicho apartado». Conforme a este precepto, y dado que es aplicable la legislación de cada «unidad territorial» (en el caso español, cada Comunidad Autónoma), podría pensarse en la aplicación de las normas sobre responsabilidad incluidas en la legislación de dicha «unidad territorial». Ahora bien, como quiera que el artículo 15 LODA —y también, según veremos más adelante, su artículo 10.4— se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.1ª CE, no podrán aplicarse las previsiones que en materia de responsabilidad de los asociados contienen las distintas leyes autonómicas sobre asociaciones.

272 Según el artículo 11.4 de la Ley catalana de Asociaciones, «tienen la responsabilidad establecida en el apartado 1 [responsabilidad personal y solidaria por las obligaciones contraídas

El régimen de responsabilidad instaurado por el artículo 15 LODA se aplica también a las asociaciones «especiales», entendiendo por tales aquellas que se rigen principalmente por una normativa específica y respecto de las cuales la LODA tiene una aplicación meramente supletoria (cfr. art. 1.3 LODA). Esa normativa específica no contiene reglas sobre responsabilidad, y de ahí que entre en juego la aplicación supletoria de la LODA. Por tanto, cuando una asociación «especial» se ha inscrito en el correspondiente registro, su responsabilidad se rige por el artículo 15 LODA, y lo mismo ha de decirse de aquellas otras asociaciones para las que la normativa específica no prevé su inscripción, sino el depósito de cierta documentación suya en una oficina pública.

Incluso cabe interrogarse, dando un paso más, sobre la posible aplicación analógica del artículo 15 LODA, particularmente de sus apartados 3, 4 y 5, a aquellas corporaciones públicas de base asociativa (cámaras de comercio, colegios profesionales, cofradías de pescadores...) en cuyas normas reguladoras no existe ninguna disposición relativa a la posible responsabilidad de sus órganos de gobierno y representación. Téngase en cuenta en este sentido que la Sentencia de 12 de junio de 1990²⁷³, en una cuestión de estricta índole civil (consecuencias patrimoniales de la segregación de un colegio), no tuvo inconveniente en aplicar analógicamente las normas propias de las asociaciones de interés particular²⁷⁴.

C) La responsabilidad de los administradores y representantes

Los apartados 3, 4 y 5 del artículo 15 LODA constituyen un auténtico desatino, fruto del acarreo de materiales prelegislativos de diferente origen. De ahí que susciten enormes problemas no sólo de correcta determinación de los supuestos fácticos a los que se aplica cada uno de esos apartados,

con terceras personas por parte de cualquiera de sus asociados o asociadas que hayan manifestado actuar en nombre de la colectividad], sin perjuicio de lo establecido en los puntos anteriores, quienes, actuando en nombre de asociaciones no inscritas o *inscritas*, realizan suscripciones o colectas públicas, festivales benéficos o iniciativas análogas, sin tener su autorización o los permisos establecidos reglamentariamente» (la cursiva es mía).

273 RJ 1990, 4758; com. J. J. MARÍN LÓPEZ, *CCJC* 23 (1990), § 619, pp. 749-759.

274 Véase la Sentencia de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2278), que niega la aplicación analógica a la convocatoria de la junta general de un colegio de los requisitos de publicidad exigidos por la LSA para la convocatoria de la junta de accionistas.

sino también de coordinación entre ellos y de interpretación. El apartado 3 señala que «los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes»; el apartado 4, que «las personas a que se refiere el apartado anterior responderán civil y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiesen votado, frente a terceros, a la asociación y a los asociados», y el apartado 5, en fin, que «cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas».

Con algunas variantes, los apartados 3 y 4 ya se encontraban en el Anteproyecto de 2000 (en su entonces art. 13) y recibieron serias críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado. El primero, en su Dictamen de 7 de marzo de 2001, señaló que «la regulación contenida en los apartados 3 y 4 [del art. 13] puede considerarse redundante si se tiene en cuenta el hecho de que en aquél se alude a la responsabilidad de los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación por los daños causados y las deudas contraídas por actos culposos, dolosos o negligentes, mientras que en éste se hace referencia a la responsabilidad civil, administrativa y penal de esas mismas personas, pues aquellos daños y deudas han de estar necesariamente incluidos en algunos de estos tipos de responsabilidad últimamente mencionados» (página 12 del texto original del Dictamen). Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 9 de mayo de 2001, se orientaba en un sentido similar: «La regulación del artículo 13 podría mejorarse. En primer lugar, como recuerda el Consejo General del Poder Judicial podría suscitar alguna confusión por cierta imprecisión terminológica. En segundo lugar, es conveniente distinguir los supuestos ya diferenciados en materia de responsabilidad. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad no es (apartado 4) por los acuerdos votados favorablemente, sino por aquellos en que habiéndose votado así resulten contrarios a la Ley o Estatutos o sean lesivos para la asociación» (página 34 del texto original del Dictamen). Pero el Gobierno desatendió estas advertencias y

aprobó el Proyecto de 2001 en términos prácticamente idénticos a los del Anteproyecto de 2000. De hecho, el apartado 4 del artículo 13 del Proyecto coincide exactamente con su homónimo del Anteproyecto de 2000, en tanto que el apartado 3 presentaba variaciones aparentemente poco relevantes en relación con el texto de 2000.

La tramitación parlamentaria no contribuyó precisamente a aclarar el sentido del precepto, sino más bien todo lo contrario. En el Congreso de los Diputados, la enmienda nº 75, del Grupo Parlamentario Mixto (doña Begoña Lasagabaster Olazábal, de Eusko Alkartasuna), pretendió establecer para los gestores de las asociaciones la franquicia de la negligencia leve, haciéndoles responder únicamente por dolo o culpa grave, con la justificación de que «parece excesivamente gravoso el régimen de responsabilidad establecido en los apartados 3 y 4 para los miembros de los órganos de gobierno y representación, pues se les hace responder solidariamente, ante los asociados y ante terceros, por los daños causados y las deudas contraídas incluso a título de simple negligencia», por lo que «se impone un replanteamiento de la regulación establecida en este artículo, que no desestime a los asociados a acceder a los órganos de gobierno y representación y por ello se propone un régimen de responsabilidad más equilibrado»²⁷⁵. A tal efecto se ofrecía una nueva redacción del apartado 3 del artículo 13. También proponía la reformulación del apartado 4, haciéndose eco de alguna de las consideraciones hechas por el Consejo de Estado²⁷⁶. Esta enmienda nº 75 fue rechazada.

El mismo destino corrió la nº 119, también del Grupo Parlamentario Mixto (don Joan Puigcercós i Boixassa, de Esquerra Republicana de Catalunya), que proponía añadir al artículo 13.3 un inciso en que se contemplara el caso en que la responsabilidad no pudiera ser imputable personalmente a ninguna persona o personas concretas del órgano de gobierno de la asociación, en cuyo caso responderían «todos sus miembros solidariamente, excepto los que prueben que desconocían los hechos, que hicieron todo lo posible para evitar

275 *BOCG*. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 61.

276 En particular, la relativa a la necesidad de especificar que la responsabilidad derivaba de los actos y omisiones contrarios a los Estatutos o a los acuerdos asociativos. La redacción del precepto propuesta por esta enmienda de Eusko Alkartasuna era la siguiente: «Los miembros de los órganos de gobierno y representación responderán civil, administrativa y penalmente, frente a terceros, la asociación y los asociados, por los actos y omisiones realizados en contra de los estatutos o de los acuerdos societarios».

dichos actos o que se opusieron expresamente»²⁷⁷. Aunque esta enmienda, según se ha dicho, no prosperó, lo cierto es que, merced a la incorporación de otra, el vigente apartado 5 del artículo 15 LODA se refiere precisamente al caso de imposibilidad de imputación personal de la responsabilidad.

La Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso, en cambio, aceptó la enmienda nº 186, y, «en espíritu», también las nº 184 y 185, todas ellas del Grupo Parlamentario Catalán-CiU²⁷⁸. La enmienda nº 186 proponía la incorporación de un nuevo apartado 5 al entonces artículo 13 y coincidía en su *ratio* con la nº 119, acabada de examinar, en cuanto se refería al caso en que la responsabilidad no pudiera ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de representación y gobierno; entonces, según la enmienda nº 186, «responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su realización y ejecución, así como que desconocían la realización de los mismos o bien que, conociéndolos, intentaron evitar su realización, o al menos se opusieron expresamente». La propuesta se justificaba en la necesidad de «delimitar el régimen de responsabilidad de los miembros y titulares de los órganos de gobierno y representación de las asociaciones»²⁷⁹. La aceptación de esta enmienda nº 186 no fue, empero, absolutamente literal: la enumeración de las razones de exclusión de responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno y representación, relativamente amplia en la enmienda («a menos que puedan acreditar que no han participado en su realización y ejecución, así como que desconocían la realización de los mismos o bien que, conociéndolos, intentaron evitar su realización, o al menos se opusieron expresamente»), directamente inspirada en la redacción del artículo 133.2 LSA (actualmente, tras la reforma operada por la Ley 26/2003, art. 133.3 LSA), fue recortada en el texto aprobado por la Ponencia («a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o [que] expresamente se opusieron a ellas»). Esta redacción de la Ponencia es la que hoy luce en el artículo 15.5 LODA. La enmienda nº 184 proponía suprimir en el artículo 13.3 del Proyecto el adverbio «solidariamen-

²⁷⁷ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, pp. 73-74.

²⁷⁸ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-9, 30 de octubre de 2001, p. 110.

²⁷⁹ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 92.

te», lo que se explicaba por «coherencia con la enmienda de adición de un nuevo apartado 5 del artículo 13»²⁸⁰. La nº 185, en fin, sugería adicionar un texto en el artículo 13.4, que quedaría con la siguiente redacción: «Las personas a que se refiere .../... y por los acuerdos que hubiesen votado frente a terceros, a la asociación y a los asociados». La explicación de este retoque fue la socorrida, aunque en este caso cierta, «mejora gramatical»²⁸¹.

En definitiva, la aceptación de las enmiendas del Grupo Parlamentario Catalán-CiU se tradujo en lo siguiente: primero, en la desaparición del adverbio «solidariamente» del artículo 13.3 del Proyecto; segundo, en la mejora del inciso final del artículo 13.4 (de «frente a terceros, la asociación y los asociados» se pasó a «frente a terceros, a la asociación y a los asociados»); tercero, en la supresión en el artículo 13.4 de la responsabilidad penal, que quedó desplazada a un nuevo apartado 6 del mismo artículo 13; y cuarto, en la incorporación al citado artículo 13 de un nuevo apartado 5, referido a la hipótesis en que la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación. El Pleno del Congreso otorgó al precepto la que sería su numeración definitiva como artículo 15²⁸², y su redacción no sufrió ya ninguna modificación posterior. En el Senado, el ya artículo 15 fue objeto de una única enmienda, la nº 22, del Grupo Parlamentario Mixto (doña Inmaculada de Boneta y Piedra, de Eusko Alkartasuna), coincidente en su literalidad y en su justificación con la nº 75 del Congreso, que fue rechazada²⁸³.

El repertorio de cuestiones problemáticas que plantean los apartados 3, 4 y 5 del artículo 15 LODA es verdaderamente amplio, y su estudio no puede ser abordado en esta sede con todo el detalle que sería preciso²⁸⁴. Es

280 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, pp. 91-92.

281 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 92.

282 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-11, 28 de noviembre de 2001.

283 *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, nº 44 (c), 19 de diciembre de 2001, p. 27.

284 Un primer trabajo sobre esta materia puede verse en S. DE SALAS MURILLO, «Acerca de la responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las personas que actúan en su nombre», *La Ley* 2004-3, D-152, pp. 2060-2069. En los Tribunales, la SAP Murcia de 5 de julio de 2004 (JUR 2004, 244126) estima que el régimen de responsabilidad solidaria establecido en el artículo 15.3 LODA no es retroactivamente aplicable a responsabilidades contraídas por los directivos de la asociación antes de su entrada en vigor. En el caso, después de comprobar que en la legislación sobre asociaciones anterior a la LODA no había normas sobre responsabilidad, aplica el artículo 1698 CC.

además un régimen que presenta lagunas normativas²⁸⁵. En mi opinión, el correcto entendimiento de esos apartados ha de partir de las siguientes ideas esenciales:

Primera. Los sujetos (pasivos) afectados por dicho régimen pueden agruparse en dos bloques. El primer bloque está constituido por «los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación», es decir, por aquellos que hayan sido designados para tales cargos en el acta fundacional de la asociación [art. 6.1.e) LODA] o hayan sido elegidos siguiendo el procedimiento establecido en los Estatutos [art. 7.1.h) LODA]. El segundo está constituido por «las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación», sin formar parte —pues en caso contrario las dos hipótesis se superpondrían inútilmente— del órgano de gobierno y representación de la asociación (p.ej., un apoderado singular designado por la asociación). Es muy posible, con todo, que entre los sujetos responsables haya que incluir también, aun a falta de mención expresa, a quienes *de facto* —es decir, sin el oportuno nombramiento, designación o apoderamiento— realicen funciones de gobierno y administración de la asociación, u obren en su nombre y la representen. Anima a sostener esta opinión la aplicación analógica en Derecho de asociaciones del artículo 133.2 LSA, en la redacción dada por la Ley 26/2003, de 17 de julio.

Segunda. Los hechos que determinan el nacimiento de la responsabilidad a cargo de los sujetos precedentemente mencionados pueden clasificarse en cuatro grupos:

En primer lugar, «los daños causados» (art. 15.3 LODA). Se trata del supuesto típico de responsabilidad civil extracontractual.

En segundo lugar, «las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes» (art. 15.3 LODA). Este supuesto se superpone al anterior. Los «actos» a que hace mención el precepto son en realidad «hechos» realizados

285 Por ejemplo, la relativa al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de la asociación. Es realmente desolador comprobar a veces la torpeza o la desidia (o ambas cosas a la vez) del legislador, que no aprende de sus precedentes errores. Una de las cuestiones más controvertidas en la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores sociales establecido en el artículo 133 LSA es el relativo al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad. La incertidumbre sobre esta materia ha sido considerable. El legislador de la LODA debería haber tomado buena nota de esta situación y haberla remediado en el artículo 15.

de modo doloso, culposo o negligente por los miembros o titulares del órgano de gobierno y representación de la asociación, o por alguna otra persona que obra en nombre y representación de la asociación, que causan un daño y de los que nace la «deuda» consistente en reparar el daño causado. No obstante, con la finalidad de dotar de cierta racionalidad al sistema, parece aconsejable reducir el supuesto que ahora analizamos a los casos de responsabilidad civil contractual.

En tercer lugar, «los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones» (art. 15.4 LODA). Se trata de la responsabilidad orgánica por un negligente desempeño del cargo por parte de los miembros o titulares del órgano de gobierno o representación de la asociación, de resultas del cual se causa un daño. La responsabilidad obedece en este caso a la realización de dichos actos u omisiones «incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo» (art. 133.1 LSA, en la redacción dada por la Ley 26/2003, de 17 de julio), o «sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (art. 133.1 LSA, en su redacción originaria). Aunque la LODA no lo exige, parece que es preciso que el acto u omisión desencadenante de la responsabilidad sea contrario a la ley o a los Estatutos (en este sentido, art. 133.1 LSA, tanto antes como después de la Ley 26/2003).

En cuarto lugar, por último, «los acuerdos que hubiesen votado» (art. 15.4 LODA). Es necesario, como elemental presupuesto de toda responsabilidad, que los mencionados acuerdos hayan causado un daño. Pero la simple votación de un acuerdo difícilmente causará un daño si no va acompañada de actos materiales de ejecución del mismo, por lo que, en última instancia, será por tales actos «materiales» por los que, en su caso, responderán los integrantes del órgano de gobierno y representación de la asociación, o quienes actúen en su nombre y representación, y no por el hecho «jurídico» de haber adoptado un acuerdo. Quiere con ello decirse que esta hipótesis de responsabilidad quedará de ordinario subsumida en alguna de las otras tres que precedentemente se han examinado, salvo cuando la propia adopción de un acuerdo pueda generar un daño (p.ej., el acuerdo lesivo para el derecho al honor de un tercero; aun así, será el hecho «material» de divulgar y publicar ese acuerdo, y no el «jurídico» de haberlo adoptado, lo que hará nacer, en su caso, la responsabilidad).

Tercera. Los sujetos activos del régimen de responsabilidad contenido en los apartados 4 y 5 del artículo 15 LODA son la asociación, los asociados y los terceros. En función del supuesto dañoso de que se trate (y el aspecto

de casos en que puede pensarse es considerablemente amplio), la acción para reclamar la reparación del daño causado corresponderá a la asociación, a sus asociados o a los terceros.

Cuarta. A falta de cualquier manifestación legal en contra, el régimen de responsabilidad establecido en los apartados 4 y 5 del artículo 15 LODA es un sistema de responsabilidad por culpa o negligencia, y no de responsabilidad objetiva. Es decir, se requiere la concurrencia de culpa o negligencia en el o los sujetos causantes del daño. La culpa leve no exime de responsabilidad.

Quinta. En el apartado 5 del artículo 15 LODA se establece una regla de imputación de la responsabilidad que únicamente tiene sentido cuando el órgano de gobierno y representación de la asociación está integrado por más de una persona, es decir, cuando se trata de un órgano colegiado. En el supuesto de órgano unipersonal la regla de imputación carece por completo de sentido. Conforme a dicha regla, los sujetos pasivos del daño responden solidariamente. Quedan exceptuados de responsabilidad quienes acrediten que no han participado en la aprobación y ejecución de la actuación dañosa (p.ej., el miembro del órgano de gobierno de la asociación que no asistió a la reunión en la que se adoptó el acuerdo cuya ejecución causó el daño), o que expresamente se opusieron a ella (p.ej., el miembro del órgano de gobierno que, habiendo asistido a la reunión, votó en contra del citado acuerdo).

Una última consideración. El artículo 15 LODA no articula debidamente la responsabilidad de los titulares del órgano de gobierno y representación de la asociación con la responsabilidad de la propia asociación. Evidentemente, la carencia de esa articulación sólo es relevante cuando quien ha padecido el daño es alguien distinto de la propia asociación, pues si quien sufre el daño como consecuencia de la actuación de dichos titulares es la asociación, ésta podrá exigir la oportuna responsabilidad a esos titulares sin que, evidentemente, la asociación contraiga ninguna responsabilidad en cuanto tal. Por tanto, el problema indicado únicamente se plantea cuando los lesionados por la actuación de los titulares del órgano de gobierno y representación de la asociación son los asociados o los terceros, pero no la propia asociación.

En tales casos, la solución más apropiada es la de considerar, frente a los asociados y a los terceros, solidariamente responsables a la asociación (con su patrimonio: art. 15.1 LODA) y a los titulares del órgano de gobierno y representación de la asociación, o de quien obre en su nombre y representación (si hubiera varios titulares, responderán solidariamente entre sí, en los

términos del artículo 15.5 LODA). Esta opción por la responsabilidad solidaria es preferible a entender que en primer lugar responde la asociación con todos sus bienes presentes y futuros y que, sólo en caso de insuficiencia de éstos, puede activarse la responsabilidad de los titulares del órgano de gobierno y representación de la asociación, o de quien obre en su nombre y representación. Y ello porque, de ser llevada a sus últimos extremos la opción que se rechaza (responsabilidad principal de la asociación, y sólo subsidiaria de los titulares del órgano de gobierno y representación o de los representantes de la asociación), podría suponer el vaciamiento patrimonial de la asociación, con todas las secuelas negativas que ello comporta, y la consiguiente irresponsabilidad, en términos reales, de los auténticos causantes del daño.

6. La responsabilidad de las asociaciones no inscritas

A) El artículo 10.4 LODA y su tramitación parlamentaria

Conforme al artículo 10.4 LODA, «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 —prosigue el precepto—, 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». El apartado 3 de ese mismo artículo 10 LODA impone a los promotores de la asociación la realización de las actuaciones que sean precisas, a efectos de la inscripción, «respondiendo en caso contrario de las consecuencias de la falta de la misma».

El artículo 10 LODA tiene su origen en el artículo 9 del Anteproyecto de 1997, que imponía a los promotores de la asociación la obligación de promover las actuaciones que fueran precisas para la inscripción, «respondiendo en caso contrario de las consecuencias de la falta de inscripción» (art. 9.1), y advertía que «no beneficiarán a las entidades asociativas no inscritas las garantías y derechos regulados en la presente ley; y los promotores responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros» (art. 9.2). El Anteproyecto de 2000 mantuvo estos preceptos, y además estableció la responsabilidad solidaria de los asociados por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros siempre que hubieran mani-

festado actuar en nombre de la asociación (art. 9.4). Los Dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial no formularon ninguna observación sobre este régimen de responsabilidad de las asociaciones no inscritas. Lo que explica la identidad entre el artículo 9.3 del Proyecto de 2001 y su homónimo del Anteproyecto de 2000 («Los promotores realizarán las actuaciones que sean precisas, a efectos de la inscripción, respondiendo en caso contrario de las consecuencias de la falta de la misma») y la gran similitud entre el artículo 9.4 del Proyecto y su homónimo del Anteproyecto, con el añadido que el Proyecto hace a la responsabilidad de la propia asociación no inscrita («No beneficiarán a las entidades asociativas no inscritas las garantías y derechos regulados en la presente Ley. Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, sus promotores responderán, personal y subsidiariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. 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 desaparición del inciso inicial del artículo 9.4 del Proyecto («No beneficiarán a las entidades asociativas no inscritas las garantías y derechos regulados en la presente Ley») se debe a la aceptación en el Congreso de los Diputados de la enmienda nº 20, planteada por el Grupo Parlamentario Vasco, y basada en que «es desproporcionado y contrario a la configuración constitucional del derecho de asociación negar a las asociaciones no inscritas las garantías y derechos regulados en la Ley»²⁸⁶. También fue aceptada, en «espíritu»²⁸⁷, la enmienda nº 181, del Grupo Parlamentario Catalán-CiU, que proponía «concretar que el régimen de responsabilidad que se establece en este apartado 4 se refiere sólo al supuesto de no inscripción de las asociaciones»²⁸⁸; nada había en el Proyecto, sin embargo, que permitiera albergar dudas sobre este extremo. No fue asumida, en cambio, la enmienda nº 71, del Grupo Parlamentario Mixto (doña Begoña Lasagabaster Olazábal, de Eusko Alkartasuna), que proponía una nueva redacción del artículo 9.4 («Los asociados que hubieran manifestado a terceros actuar en nombre de la asocia-

286 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 43.

287 Así se asevera en el Informe de la Ponencia; cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-9, 30 de octubre de 2001, p. 110.

288 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 91.

ción responderán solidariamente por las obligaciones contraídas con dichos terceros»), que se justificaba en el deseo de «extender exclusivamente la responsabilidad solidaria, caso de asociaciones no inscritas, a quienes actúan ante terceros en nombre de la asociación», pero «no extender, por injustificado y excesivamente gravoso, este agravamiento de responsabilidad a todos los asociados en general»²⁸⁹.

La Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados dio al artículo 9.4 del Proyecto una nueva redacción, resultante de la aceptación de las mencionadas enmiendas nº 20 y 181²⁹⁰. El precepto ya no sufrió ninguna modificación ulterior, salvo la irrelevante de ser reenumerado como artículo 10.4 en el texto aprobado por el Pleno del Congreso²⁹¹. En el Senado, la enmienda nº 20, del Grupo Parlamentario Mixto (doña Inmaculada de Boneta y Piedra, de Eusko Alkartasuna), con el mismo contenido y la misma justificación que la nº 71 del Congreso²⁹², corrió también la misma suerte adversa.

B) El alcance competencial de la opción de la LODA

El artículo 10.4 LODA se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª CE (cfr. Disposición final 1ª, apartado 2, LODA), por lo que se aplica en todo el territorio estatal, desplazando el régimen de responsabilidad de las asociaciones no inscritas eventualmente recogido en las leyes autonómicas aprobadas hasta la fecha.

Parece razonable entender que el régimen del artículo 10.4 LODA se aplica también a las asociaciones «especiales» enumeradas en el artículo 1.3 LODA, salvo que en su respectiva normativa existe una norma específica sobre responsabilidad de la asociación no inscrita (como sucede, por ejemplo, en el caso de los partidos políticos)²⁹³.

289 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-6, 17 de octubre de 2001, p. 60.

290 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-9, 30 de octubre de 2001.

291 *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 41-11, 28 de noviembre de 2001.

292 *BOCG*, Senado, VII Legislatura, Serie II, nº 44 (c), 19 de diciembre de 2001, p. 27.

293 En efecto, el artículo 4.1 LOPP, después de imponer a los promotores la realización de las actuaciones necesarias para la inscripción del partido, advierte que «los promotores de partidos no inscritos responderán personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceros, cuando hubieren manifestado actuar en nombre del partido».

C) La ampliación por vía reglamentaria del ámbito de aplicación del artículo 10.4 LODA y su dudosa legalidad

Como se ha indicado, el régimen de responsabilidad del artículo 10.4 LODA se aplica a las asociaciones no inscritas. Sin embargo, por vía reglamentaria se ha producido una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de dicho régimen.

La Disposición transitoria única del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones, aprobado por el Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, se refiere a la adaptación a la LODA de las asociaciones que se encontraran inscritas en el correspondiente registro antes de la vigencia de ésta²⁹⁴. Conforme a su apartado 1, estas asociaciones deben adaptar sus Estatutos a la LODA en el plazo de dos años, por acuerdo de la asamblea general, presentando a tales efectos en el registro de asociaciones correspondiente, dentro del término de un mes desde que se acordó la adaptación, la documentación que especifica el Reglamento. El apartado 2 de la Disposición transitoria única del Reglamento establece un efecto de cierre registral en caso de no adaptación de los Estatutos («Transcurrido el plazo de dos años, no se inscribirá en el correspondiente registro documento alguno de las asociaciones no adaptadas, hasta que se haya efectuado ante el registro la acreditación en forma de los extremos a que se refiere el apartado 1»).

Sin embargo, lo más llamativo es el apartado 3 de la mencionada Disposición transitoria única del Reglamento, que establece consecuencias sustantivas para el supuesto de no adaptación, cifradas en una agravación de la responsabilidad de los administradores y de los asociados y equiparando su régimen al de las asociaciones no inscritas con una remisión expresa al artículo 10 LODA. Según ese apartado 3, «las asociaciones no adaptadas, ni disueltas, que actúen, en su caso, sin haber regularizado su situación registral se asimilarán a las asociaciones no inscritas a los efectos previstos en el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo». La mención al artículo 10 LODA significa, en lo que ahora interesa, que el régimen de responsabilidad previsto en su apartado 4 es aplicable a las asociaciones que, encontrándose inscritas antes de la entrada en vigor de la LODA, no se han adaptado a ésta en el plazo exigido.

²⁹⁴ Conforme a la Disposición final única, apartado 1. del Reglamento, la mencionada Disposición transitoria se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª CE.

Hubiera sido deseable que este régimen de responsabilidad agravado de las asociaciones inscritas que no se adaptan a la LODA (responsabilidad que, como enseguida se verá, puede llegar al punto de comprometer el patrimonio personal de los asociados) se hubiera previsto en la propia LODA, y no en una norma de rango meramente reglamentario. De hecho, es bien llamativo que los apartados 1 y 2 de la Disposición transitoria única del Reglamento constituyan prácticamente una reproducción de la Disposición transitoria 1ª LODA y, sin embargo, su polémico apartado 3 sea introducido *ex novo* por el Reglamento. De ahí su dudosa legalidad.

D) Los rasgos esenciales del régimen de responsabilidad de la asociación no inscrita

El régimen de responsabilidad instaurado por el artículo 10.4 LODA, cuyo estudio en profundidad no vamos a abordar en este momento, se caracteriza por los siguientes rasgos esenciales.

Primero. Los sujetos pasivos de dicho régimen son, en primer lugar, los promotores de las asociaciones no inscritas. Esta responsabilidad se superpone a —y, en lo contrario, deroga— las previsiones del Real Decreto 713/1977, de 1 de abril, regulador de las denominaciones de las Asociaciones y sobre régimen jurídico de sus promotores²⁹⁵. La responsabilidad de los promotores impuesta por el artículo 10.4 LODA tiene su razón de ser en el incumplimiento por tales promotores del deber de inscripción que le impone el apartado 3 de ese mismo artículo 10 («Los promotores -señala ese apartado- realizarán las actuaciones que sean precisas, a efectos de la inscripción, respondiendo en caso contrario de las consecuencias de la falta de la misma»). La inscripción se configura como una carga que tiene que ser satisfecha por los promotores de la asociación, quienes en caso de omisión responderán civilmente en los términos que establece el artículo 10.4 LODA. A los efectos de este precepto, son promotores los que como tales figuren en el acta fundacional, identificados con esa condición [art. 6.1.a) LODA] y manifestando en ella su voluntad de constituir una asociación [art. 6.1.d) LODA].

La responsabilidad de los promotores lo es por «las obligaciones contraídas con terceros» (art. 10.4 LODA). En el término «obligaciones» se in-

²⁹⁵ La situación ha quedado simplificada con la derogación expresa de este Real Decreto 713/1977 por el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones.

cluyen tanto las contractuales como las extracontractuales. La LODA no exige que se trate de obligaciones precisamente contraídas por los propios promotores (a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad de los asociados de la asociación no inscrita que contempla el propio art. 10.4 LODA: «los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas *por cualquiera de ellos* frente a terceros»). En ausencia de esta previsión normativa, cabe plantear si se hace responder a los promotores de la asociación no inscrita no sólo por las obligaciones contraídas con terceros por cualquiera de los promotores, sino también por las contraídas por cualquiera de los asociados que actúe en nombre de la asociación.

La responsabilidad de los promotores es «personal y solidaria» (art. 10.4 LODA). Ello significa que los promotores responden solidariamente entre sí por las obligaciones que cualquiera de ellos haya contraído con terceros. Sin embargo, esta responsabilidad de los promotores se entiende «sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación» (art. 10.4 LODA), por lo que, además de —o junto con— los promotores, la asociación no inscrita también responde. La LODA no aclara cómo ha de coordinarse la responsabilidad de la asociación no inscrita con la responsabilidad de los promotores. En mi opinión, lo más adecuado es entender que la responsabilidad (solidaria entre sí) de los promotores concurre con la responsabilidad, igualmente solidaria, de la asociación no inscrita. En definitiva, por razón de las obligaciones contraídas con terceros por cualquiera de los promotores responden solidariamente la asociación no inscrita y dichos promotores, y éstos, a su vez, solidariamente entre sí.

Segundo. Además de los promotores, el artículo 10.4 LODA establece, como se anticipó, una responsabilidad de los asociados de la asociación no inscrita. Esta responsabilidad de los asociados se desencadena cuando cualquiera de ellos contrae una obligación -contractual o extracontractual- con terceros manifestando actuar en nombre de la asociación. Se trata de un régimen más estricto para los asociados que el previsto para los socios de la sociedad civil por el artículo 1698 CC. En tal caso, no sólo responde, frente al tercero, el asociado que contrae la obligación, sino todos los asociados. La responsabilidad entre todos ellos es solidaria. Esta responsabilidad de los asociados se entiende «sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación» (art. 10.4 LODA), si bien, como sucedía en el caso precedentemente examinado de responsabilidad de los promotores, la LODA no se ha cuidado de coordinar la responsabilidad de los asociados con la responsabilidad de la

asociación no inscrita. Aunque la cuestión es discutible, lo más adecuado es entender que los asociados y la asociación no inscrita no responden al mismo nivel, sino que la responsabilidad de la asociación no inscrita es principal, en tanto que la responsabilidad de los asociados es subsidiaria. Dicho en otras palabras, los asociados sólo responden en caso de que el patrimonio de la asociación no inscrita sea insuficiente para atender el pago de los créditos de los acreedores asociativos. En el plano procesal, el artículo 544 LEC se refiere a los títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad jurídica²⁹⁶.

Tercero. La LODA tampoco se ha preocupado de coordinar la responsabilidad de los promotores con la responsabilidad de los asociados, en aquellos casos de obligaciones contraídas con terceros por alguno de los asociados manifestando actuar en nombre de la asociación²⁹⁷. La omisión legislativa en este aspecto se presta a todo tipo de conjeturas. En mi opinión, y dejando ahora al margen la indiscutible responsabilidad de la asociación no inscrita, los promotores son también responsables de las obligaciones que haya contraído con terceros cualquier asociado que haya manifestado actuar en nombre de la asociación. Y ello porque, con carácter general, el sistema de responsabilidad (tanto de los promotores como de los asociados) diseñado en el artículo 10.4 LODA obedece en última instancia a la omisión por parte de los promotores de la observancia de la carga de la inscripción registral, por lo que es razonable que su responsabilidad se extienda también a aquellos casos en que el hecho desencadenante no sea una obligación contraída con terceros por cualquiera de ellos, sino por un asociado que manifieste actuar en nombre de la asociación.

Si se suscribe la anterior opinión, quedaría aún por resolver la articulación entre la responsabilidad de los promotores y la de los asociados. La

296 Dictada antes de la LEC, L. MUÑOZ SABATÉ, «Embargo a entes sin personalidad (Comentario al Auto de 4 de diciembre de 1998 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona)», *RJC* 1999, pp. 1187-1188, valoró positivamente la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Barcelona en ese Auto. En el juicio declarativo la sentencia de condena había sido dictada contra una sociedad civil. Como quiera que en la vía ejecutiva no se hallaban bienes sociales suficientes, se solicitó que la ejecución se siguiera contra los dos socios integrantes de la sociedad. La Audiencia accedió al despacho de la ejecución contra los socios pese a que éstos no habían sido parte demandada en el proceso declarativo. A favor de esta solución, la Audiencia invocó el entonces artículo 546 del Proyecto de LEC, antecedente directo del artículo 544 LEC.

297 Evidentemente, si la obligación con terceros ha sido contraída por alguno de los promotores la indicada concurrencia no se produce porque en tal caso los asociados no responden, sino únicamente los promotores (solidariamente entre sí) y la asociación no inscrita, unos y otros solidariamente.

decisión sobre este punto tiene que estar presidida por el principio, ya apuntado, de que el régimen de responsabilidad del artículo 10.4 LODA tiene su razón de ser en el incumplimiento por los promotores de su deber de promover la inscripción registral de la asociación. De ahí que no resulte justo, en una primera aproximación, colocar al mismo nivel la responsabilidad de los promotores y la de los asociados, y que parezca más atinado anteponer la de aquéllos a la de éstos. Por este motivo, lo más adecuado es sostener que la responsabilidad de los asociados es subsidiaria respecto de la responsabilidad de los promotores²⁹⁸. En conclusión, de las obligaciones contraídas con terceros por un asociado que manifieste actuar en nombre de la asociación no inscrita responderán, en primer lugar, y solidariamente entre sí, la asociación no inscrita y los promotores (éstos, a su vez, solidariamente entre sí), y, en segundo lugar y con carácter subsidiario, todos los asociados, solidariamente entre sí.

E) La responsabilidad de las cuestaciones y suscripciones públicas

La Disposición final 4ª LODA reglamenta las cuestaciones y suscripciones públicas, herederas de las antes denominadas asociaciones de hecho de carácter temporal (cfr. Disposición adicional 3ª de la Ley de 1964 y arts. 19 y 20 del Decreto de 1965)²⁹⁹. La regulación que, en términos de responsabilidad civil, contiene esa Disposición final 4ª LODA es bastante

298 No hay que desconocer, empero, que puede haber motivos que aconsejen -ya con carácter general, ya en determinados casos específicos- colocar al mismo nivel la responsabilidad de los asociados y la de los promotores. En primer lugar, cabe razonar que el asociado que contrae una obligación con terceros manifestando actuar en nombre de la asociación se inmiscuye de alguna manera en el terreno de actuación propio de los promotores, que son quienes normalmente integrarán el órgano provisional de gobierno [cfr. art. 6.1.e) LODA]; los promotores no esperarán razonablemente que ningún asociado actúe externamente en nombre de la asociación y contraiga obligaciones con terceros. En segundo lugar, las actividades conducentes a la práctica de la inscripción precisarán normalmente algún tiempo (advuértase que el plazo para que opere el silencio administrativo positivo ante la petición de inscripción de la asociación es de tres meses; art. 30.1 LODA), durante el cual los promotores harán todo lo posible por no contraer ninguna obligación con terceros. Así las cosas, cabría considerar que no es justo que los promotores, aun siendo absolutamente diligentes en la realización de todas las actuaciones precisas para obtener la inscripción en el menor plazo posible, se vean sorprendidos con la contracción por un asociado de una obligación de la que ellos acaben siendo principalmente responsables.

299 Desde el punto de vista competencial, la citada Disposición adicional 4ª LODA es de aplicación directa en todo el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE (cfr. Disposición final 1ª, apartado 2, LODA).

decepcionante, por lo que tiene de continuista con la que proporcionaba el Derecho previgente. Es cierto que en ella se establece una responsabilidad personal y solidaria de los promotores de cuestaciones y suscripciones públicas, actos benéficos y otras iniciativas análogas de carácter temporal, destinadas a recaudar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, frente a las personas que hayan contribuido, pero es una responsabilidad «por la administración y la inversión de las cantidades recaudadas», y no por las deudas contraídas por terceros.

En mi opinión, y en relación con tales deudas, procede aplicar por analogía a las cuestaciones y suscripciones públicas el artículo 10.4 LODA. Ello significa, en primer lugar, que los promotores responden con carácter solidario, y, en segundo lugar, que el patrimonio propio de la cuestión o suscripción pública, caso de existir, responde también, solidariamente con los promotores, de dichas deudas.

7. El concurso de las asociaciones

Conforme al artículo 18.4 LODA, «en caso de insolvencia de la asociación, el órgano de representación o, si es el caso, los liquidadores han de promover inmediatamente el oportuno procedimiento concursal ante el juez competente». El precedente de este precepto se encuentra en el artículo 29.1 de la Ley catalana de Asociaciones, del que es una copia casi literal. Sin embargo, el contraste entre ambas normas plantea un curioso problema competencial.

La Ley catalana establece en el apartado 2 del citado artículo 29 una norma de responsabilidad civil para el caso en que el órgano de gobierno o los liquidadores demoraran injustificadamente la solicitud del concurso. En esta hipótesis, uno u otros responden «solidariamente ante los acreedores de la asociación por los daños que se deriven» de la demora. La LODA no ha incorporado ninguna norma de responsabilidad, por lo que son aplicables las reglas generales de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³⁰⁰. Conforme al artículo 164.1 de esta Ley, el concurso será calificado como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia «hubiere

³⁰⁰ El artículo 18.4 LODA, que se corresponde con el artículo 17.4 del Proyecto presentado por el Gobierno, no recibió ninguna enmienda a lo largo de su tramitación parlamentaria, ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado.

mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho». La existencia de dolo o culpa grave se presume, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso (art. 165.1º LC). En tal caso, la sentencia que califique el concurso como culpable puede extender dicha calificación al administrador o liquidador de la persona jurídica deudora (art. 172.2.1º LC), con la consecuencia de que dichas personas deberán indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.º *in fine* LC). Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC).

Estos preceptos de la Ley Concursal establecen un completo sistema de responsabilidad de los administradores o liquidadores de la persona jurídica (incluida la del tipo asociación) que no cumplan con el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1 LC)³⁰¹. Y puesto que la Ley Concursal se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6º y 8º CE (cfr. Disposición final 32ª LC), es dable sostener que la norma de responsabilidad recogida en el apartado 2 del artículo 29 de la Ley catalana de Asociaciones resulta probablemente inconstitucional por invasión de competencias exclusivas del Estado. Es verdad que la Ley Concursal salva de estas competencias exclusivas las necesarias especialidades que en el orden procesal se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, pero la mencionada norma de responsabilidad de la Ley catalana de Asociaciones no es procesal, sino sustantiva civil.

301 Existe una diferencia entre la LODA y la LC en cuanto al tiempo en que la declaración de concurso debe ser solicitada: mientras que la LODA exige la promoción del procedimiento concursal «inmediatamente» (art. 13.4), la LC requiere la solicitud de declaración «dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que [el deudor] hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia» (art. 5.1).

FRAGMENTOS DE UN ESTUDIO SOBRE LAS FUNDACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL, DESPUES DE LA LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE

VICENTE L. MONTÉS

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Valencia

SUMARIO: **I. Introducción.** 1. La relativa novedad de las soluciones que se contienen en los preceptos de la Ley 50/2002. 2. El carácter de las normas: preceptos básicos. 3. Las competencias estatales y autonómicas y el criterio de atribución de las competencias. 4. Apunte sobre las diferencias de tratamiento en la Ley estatal y en las leyes autonómicas. 5. La nueva Ley en el contexto europeo. **II. El «derecho de fundación» en el artículo 34 CE.** 6. La cuestión en torno al carácter de derecho subjetivo o de garantía institucional. 7. El «contenido esencial» del derecho de fundación. 8. Alcance del derecho de fundación. **III. La fundación como persona jurídica.** 9. El significado de la personificación. 10. Sobre la posibilidad de una fundación irregular o no reconocida en nuestro Derecho. 11. Las teorías sobre el sentido de la personificación. **IV. Los elementos de la fundación.** 12. La voluntad del fundador. 13. El fin fundacional. 14. La dotación. 15. La titularidad dotacional como estatuto dominical. 16. La organización. 17. Los beneficiarios. **V. Las actividades económicas que puede desarrollar la fundación.** 18. La fundación y el fin de lucro. 19. La fundación como operador económico. 20. La «fundación-empresa». **VI. Epílogo.**

I. INTRODUCCION

He recibido de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho civil el honroso encargo de redactar y exponer una Ponencia sobre el estado de la cuestión de las Fundaciones en el Derecho español después de la vigencia de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. Al estudiar esta norma, que sigue a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, no me ha parecido conveniente retomar *da capo* las cuestiones imbricadas en el tratamiento de un tema clásico sobre el que precisamente se había producido un intenso debate, con amplia literatura, cuando se preparaba una Ley del Estado, después de la vigencia de la Constitución, en cuyo texto se apunta como una suerte de *derecho fundamental*, con el sentido y alcance que más adelante veremos, el llamado «derecho de fundación». La Ley estatal, dictada dieciséis años después de la Constitución, servía para refundir y ordenar una legislación histórica que había merecido de una autorizada opinión¹ los calificativos de «asistemática, confusa, fragmentaria, tributaria de concep-

1 GARCÍA DE ENTERRIA, E.: «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en RAP, nº 122 (1990), pp. 235 y sigs., 238. Sabido es que la Ley de 27 de septiembre de 1820, sancionada en 11 de octubre de 1820, suprimió los «mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de los absolutamente libres» (Art. 1º), en tanto que el Art. 14 prohibía su fundación para el futuro, y los arts. 15 y 16 impedían las adquisiciones por parte de las *manos muertas*. La Ley de 27 de diciembre de 1821 exceptuó de la disolución automática los establecimientos de beneficencia. La Ley de beneficencia de 20 de junio de 1849, que sucedió a la de 1822, excluyó de las leyes desvinculadoras a ciertas fundaciones privadas, exigiendo que tuvieron una finalidad benéfica en sentido estricto. El trato hacia las fundaciones, en cuanto vinculaciones, fue matizado después del Concordato de 1851 respecto de las fundaciones benéficas cuya actividad no se dirigía a favorecer ciertas y determinadas personas, sino a las clases más menesterosas o dignas de protección (RD de 5 de julio de 1861). Así se llega al Código (arts. 35 a 39) que, a través del expediente de la personificación, parece alejarse del tratamiento en clave de «vinculación», que seguía siendo de tono restrictivo (arts. 781 y 785 CC). Después del CC, el desarrollo se efectúa por vía reglamentaria y casuística: RD de 14 de marzo de 1899 sobre beneficencia general y particular; Instrucción de la misma fecha para fundaciones asistenciales, puras y mixtas. Me he ocupado de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras en otro lugar: MONTES, V.L.: *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, Cap. II, pp. 51 y sigs., con referencias de bibliografía. Pueden verse, para seguir el proceso, DE CASTRO, F.: *La persona jurídica*, 2ª reimp., Madrid, 1991, pp. 95 y sigs.; MALUQUER DE MOTES, C.: *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983; DE PRADA GONZALEZ, J.M.: «Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», en RJN, 1994, nº 11, pp. 222.

ciones jurídicas, sociales y económicas y políticas hoy totalmente superadas». Y venía, además, a contribuir a la armonización de los desarrollos que ya se habían llevado a cabo en determinadas Comunidades Autónomas.

Al hilo de la formación de la Ley 30/1994 se debatieron en profundidad la mayor parte de las cuestiones que se contienen en los tratamientos del clásico tema de «Fundaciones» que aparece en los manuales y tratados al uso como una variante de la *persona jurídica*, en una impostación que el artículo 35.1 CC presenta con tres componentes (Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones), en obsequio a la tradición de base francesa. No parece que sea ahora conveniente, pues, una revisión puntual de cuanto se ha dicho en los últimos tiempos, que entre nosotros ha sido mucho y muy variado. De ahí que esta Ponencia esté orientada hacia una relectura de aspectos concretos y puntuales, unas veces con base en las mutaciones de los textos legales, que en ocasiones son textos de Derecho extranjero, otras en las posiciones de la última jurisprudencia, sin descartar tampoco que puedan tener origen en opiniones formuladas o recibidas más o menos recientemente.

Tiene, por ello, este estudio carácter fragmentario, lo que significa que en ningún caso intenta «tocar» todos los problemas de la fundación, ni menos resolverlos, sino ofrecer una visión que, por más que formada a partir de análisis puntuales, permita un panorama del «estado de la cuestión» en materia de fundaciones después de la Ley 50/2002.

1. La relativa novedad de las soluciones que se contienen en los preceptos de la Ley 50/2002

La Ley 30/1994 supuso un considerable avance respecto de la situación anterior, aún cuando su retraso de dieciséis años respecto de la Constitución había permitido a determinadas Comunidades autónomas el desarrollo de sus competencias, después de la distribución constitucional y de las atribuciones producidas en los respectivos Estatutos de Autonomía, configurando una pluralidad legislativa que se ha de asumir como inevitable, sin tener un modelo central de la institución².

2 Puede verse el *Estudio Preliminar* de TOMAS Y VALIENTE, en AAVV (DE LORENZO, Coord.) *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Madrid, 1995, XXXIII. A juicio de este autor la Ley de 1994 «contiene el régimen general, una regulación sistemática y aplicable a todos los tipos de fundaciones».

Esta Ley era todavía tributaria de la tradición intervencionista, en la que se presenta la fundación como un supuesto excepcional de vinculación de bienes al cumplimiento de fines de interés general, potencialmente perpetua, que se ha de admitir por el Estado y que ha de funcionar bajo la estricta vigilancia de la Administración Pública.

Además, adolecía de heterogeneidad de contenido, pues la regulación de las fundaciones aparecía contextualizada con el régimen de los incentivos fiscales que habían de permitir el fomento de la participación privada en actividades de interés general. De lo que, ciertamente, las fundaciones constituyen un claro ejemplo, aunque tienen entidad y densidad que desborda su tratamiento como meros casos de actividad en el sector de las *non-profit organizations*. Además de que un tratamiento fiscal determinado no es, a veces, aplicable a las fundaciones y es en cambio exigible en otro tipo de organizaciones, o que puede darse una verdadera fundación a la que no quepa aplicar ese tratamiento.

La Ley de 1994 nació en momento en que proliferaba la creación de fundaciones, pues buena parte de ellas se han constituido en la década de los años 90 del siglo pasado. No parece, sin embargo, que el auge creativo se conectara a la aprobación de la ley, sino más bien que el crecimiento del número de fundaciones deriva del progreso económico experimentado en esa década y de la apertura internacional de nuestro país³.

La Ley 50/2002 se propone, según la Exposición de Motivos, un tratamiento sustantivo y procedimental de las fundaciones, ya no contaminado por el tema de los incentivos fiscales que pudieran o no serles de aplicación o tener otros destinatarios. E intenta la mejora de la regulación a través de tres objetivos:

- (a) La reducción de la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones. Lo que se traduce en la sustitución del régimen *de autorización previa* de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por lo que califica de *simple comuni-*

3 Así lo piensa VERDERA SERVER, en el Comentario al artículo 1 de la Ley 50/2002 que está preparando, aún inédito, y que he podido consultar por amabilidad del autor, que desde aquí agradezco públicamente. El autor citado ha tenido a la vista el estudio de DOMÍNGUEZ VÁZQUEZ, I.- CERRATO ALLENDE, J. y GARCÍA GARCÍA, I.: *La realidad de las fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico*, Santander, 2001, pp. 199-202.

cación al Protectorado, a efectos de que pueda impugnarlo, si estima que es contrario a Derecho, o ejercitar las acciones de responsabilidad.

- (b) La flexibilización y la simplificación de los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero.
- (c) La dinamización y la potenciación del «fenómeno fundacional» como cauce de colaboración de la sociedad civil con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general, lo que es coherente con las recomendaciones de la Resolución del Parlamento Europeo sobre las fundaciones en Europa (RA 304/93) y con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero) en que se apunta como característica del «Estado social de Derecho» que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el estado y los agentes sociales.

Tales objetivos se intentan alcanzar a través de las mutaciones que señala la propia Exposición de Motivos. Esas *novedades* son de muy diverso alcance y significado, y podrían esquematizarse como sigue:

- (a) En el Capítulo I, *Disposiciones generales*: (i) se introduce la regulación de las *fundaciones extranjeras* y se especifica qué Registro es el competente para su inscripción; y (ii) se da nueva regulación a la *denominación* de las fundaciones.
- (b) En el Capítulo II, *Constitución de la Fundación*: (iii) se establece la *presunción de suficiencia de la dotación* a partir de 30.000 *; (iv) se prevé el *cese de los patronos* que no hubiesen instado la inscripción de la entidad en seis meses.
- (c) En el Capítulo III, *Gobierno de la fundación*: (v) se establece la obligatoriedad de la figura del *Secretario*; (vi) se prevé que los *patronos puedan ser representados* por otros miembros; y (vii) se admite la posibilidad de *retribución adecuada a los patronos por otros servicios*, distintos de los que les corresponden como miembros del Patronato, siempre que el fundador no lo hubiese prohibido.
- (d) El Capítulo IV, *Patrimonio de la Fundación*: (viii) se sustituye en determinados supuestos el régimen de *autorización* por la *simple comunicación* al Patronato del acto o negocio realizado.

- (e) En el Capítulo V, *Funcionamiento y Actividad de la Fundación*: (ix) se recoge la posibilidad de que la fundación pueda desarrollar por sí misma *actividades económicas*, relacionadas, accesorias o complementarias de los fines fundacionales; (x) se autoriza la utilización de *modelos abreviados* de rendición de cuentas, y de *modelos simplificados* de contabilidad para las fundaciones de reducido tamaño; (xi) se sustituye la obligación de aprobar un presupuesto anual por la de presentar un *plan de actuación*.
- (f) En el Capítulo VII, sobre *el Protectorado*: (xii) se reformulan las *funciones* del Protectorado potenciando las de apoyo y asesoramiento.
- (g) En el Capítulo VIII, sobre *Registro de Fundaciones de competencia estatal*: (xiii) se crea una *sección de denominaciones*; (xiv) se crea una Comisión de cooperación e información registral en el Consejo Superior de Fundaciones.
- (h) En el Capítulo XI, *Fundaciones del sector público estatal*: (xv) se diseña el régimen aplicable a las *fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del sector público estatal*, pues así se entiende aplicar la técnica fundacional al ámbito de la gestión pública.
- (i) En las *Disposiciones Adicionales y Finales*: (xvi) se excluye la aplicación de la *Ley* a las fundaciones gobernadas por el Patrimonio Nacional, denominadas Reales Patronatos; (xvii) se dispone el estricto respeto a los convenios y acuerdos suscritos por el Estado con la Iglesia Católica y con otras Iglesias y confesiones; (xviii) se prevé la subsistencia temporal de los actuales Registros de fundaciones.
- (j) Finalmente, la *Disposición Final Primera* trata de delimitar de modo preciso los distintos tipos de normas, enumerando los preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, estatales o autonómicas, como después veremos.

Las «novedades» que acabamos de señalar no ofrecen, en general, cambios de profundidad dogmática o de intensidad teórica que pudieran justificar un replanteamiento general, sin perjuicio de su virtualidad en la agilización o en la dinamización funcional de las fundaciones. Se trata más bien de ajustes o de mejoras que podrán, seguramente, tener importancia, incluso decisiva, en la vida de las fundaciones, pero que no justificarían un nuevo Tratado de la Fundación.

Con ese sentimiento, si se me permite la expresión, vamos a abordar el estudio de lo que nos ha parecido más significativo, sin que ello nos obligue, salvo en ocasiones que se señalarán, a revisiones doctrinales muy de fondo.

2. El carácter de las normas: preceptos básicos

La Disposición Final Primera, bajo la rúbrica «Aplicación de la Ley», señala qué preceptos han de ser considerados básicos, en base a tres títulos competenciales señalados en la Constitución:

- (a) En primer lugar, el artículo 149.1.1^a atribuye competencia exclusiva al Estado en la *regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*. De donde deriva el carácter básico, que afecta a todas las Comunidades Autónomas, de los preceptos contenidos en los arts. 2; 3.1,2 y 3; 4; 14; 31 y 34.1 puesto que en todos estos casos se está desarrollando el ejercicio del derecho de fundación reconocido en los arts. 34.1 en relación con el 53.1 de la CE⁴.
- (b) En segundo lugar, se produce concurrencia competencial, con los mismos efectos, en los preceptos contenidos en los arts. 6;7 y 37.4, que son normas básicas tanto desde el punto de vista de la atribución indicada en el párrafo anterior cuanto en la medida en que se exceptúan en el artículo 149.1.8^a de la posibilidad de conservación modificación y desarrollo por las CCAA en las que exista «derecho foral o especial».
- (c) Otros preceptos son básicos y han de ser respetados por las CCAA en las que no existe atribución de competencia para la «conserva-

4 Este precepto constitucional ha sido empleado como criterio interpretativo del contenido de las competencias estatales (STC 32/1983, de 28 de abril) y como límite a las competencias de las CCAA en defecto de título estatal sustantivo (SSTC 87/1985 de 16 de julio; 152/1988, etc.) y como título complementario para reforzar la competencia estatal (STC 152/1988 de 20 de julio). Lo que se viene a tutelar es que el despliegue de las competencias por las CCAA *no cree rupturas en las «condiciones básicas» de igualdad de todos los españoles para el ejercicio de los derechos y para el cumplimiento de los deberes constitucionales*. Tales «rupturas» no son otra cosa que *divergencias irrazonables y desproporcionadas* (STC 48/ 1988), como dice la STC 75/ 1990 de 26 de abril. Pueden verse las decisiones aludidas en PULIDO QUECEDO, M.: *La Constitución española*, Pamplona, 1993, pp. 1509 y sigs.

ción, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial». Son los contenidos en los artículos 5;8;9;10;11;12;13;17.1 y 2;18.1, 2 y 4, 19.1;22,1 y 2 excepto el último inciso; 29,1,2,3 y 5;30.1,3 y 4;32 y 42.

- (d) Finalmente, son básicos, sin excepción y afectando a todas las CCAA, los preceptos contenidos en los artículos 17.3;18.3;21.3 segundo párrafo;22.2, último inciso;35.2 y 43, en cuanto constituyen legislación procesal y son de aplicación general puesto que se atribuye competencia exclusiva al Estado sobre *legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades autónomas*(Art. 149.1.6ª CE).⁵

La DF1ª no cita, pero ha de tenerse en cuenta, la competencia del Estado sobre las Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común⁶.

5 No puede olvidarse que, en esta competencia, ha de respetarse la asunción por las CCAA de competencia para dictar *normas procesales y de procedimiento administrativo derivadas de las particularidades del Derecho sustantivo* propio de cada una de las CCAA.

6 Vide VERDERA SERVER, *Comentario al artículo 1*, inédito, antes citado. F. J. DÍAZ BRITO («A propósito de la disposición final primera de la ley de fundaciones y mecenazgo», AC, XXVI 1997, pp. 571 y sigs.) ha criticado severamente la DF 1ª de la ley 30/1994, directo precedente de la de la ley 50/2002, si bien ésta última ha sufrido retoques que la aclaran, al menos en parte. Piense el autor que era inconstitucional aquella, al menos en el apartado primero (p. 573 y 577), pues a su juicio esta norma, contenida en una ley ordinaria, «pretende delimitar la competencia del Estado y de la CC AA en materia de fundaciones». Sin perjuicio de señalar que alguna de las críticas formuladas podría aceptarse, con proyección sobre la actual DF1ª Ley 50/2002, entiendo que esta opinión no es compartible. La Ley 50/2002 no delimita competencias: diseña las condiciones básicas de desarrollo del derecho (fundamental) de fundación que el art. 34.1 CE consagra, en base a una competencia exclusiva que tiene el Estado ex art. 149. 1 1ª CE que, en efecto, se refiere a las «condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles» y no a las «condiciones básicas del derecho de fundación». Pero, aparte de que el texto actual dice «condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación», las fórmulas o expresiones antes indicadas tienen significado equivalente, pues si la institución a que se refiere («fundación») es diversa en cada una, o en algunas, de las CC AA y en el Estado, los españoles no estaremos en condiciones de igualdad.

La STC 48/1988, de 22 de marzo señaló que las fundaciones no aparecen en los arts. 148 y 149 CE como materia específica a efecto competencial, aunque si aparecen en los Estatutos de Autonomía, bajo el criterio de que se trata de fundaciones que desarrollen las actividades «principalmente» (el de Canarias dice «esencialmente») en la Comunidad Autónoma. Con dos excepciones: Galicia, cuyo título competencial se define por el «interés gallego»; y Navarra, donde se trata de que «hayan sido constituidas con arreglo a las normas del Derecho foral navarro».

Se configura de este modo un modelo central de fundación que es directamente aplicable a las de competencia estatal, y que, además, contiene reglas y principios que se han de respetar incluso en los modelos creados en las CCAA que han asumido competencias, si bien de dos modos distintos: uno, en las CCAA que tienen competencias para la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil propio (llamado en la CE «especial o foral»), con posibilidades de divergencia y de peculiaridad en muchos aspectos; y otro, en las demás CCAA, con escasas posibilidades de construcción de un modelo fundacional que se separe de las normas y principios que, por su carácter básico, han de regir también en cada uno de los modelos «autonómicos». En este último caso, solo son susceptibles de variación las disposiciones que carecen del carácter básico que señala esta Disposición Final Primera⁷.

Acierta quien señala que la DF1ª de la Ley 50/2002, tal y como está redactada, pone de relieve que el legislador estatal estima que se da una concurrencia en títulos competenciales en materia de fundaciones⁸.

7 Problemático es, como veremos, el caso de la Comunidad Valenciana, a la que generalmente no se tiene como Comunidad Autónoma con competencia sobre Derecho civil foral o especial, no obstante haber iniciado, bien que tímidamente, el desarrollo de un Derecho civil propio mediante la conocida Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos, Ley valenciana 6/1986 de 15 de diciembre, cuya constitucionalidad quedó establecida en la STC 121/1992, de 28 de septiembre. La competencia ha sido asumida por el Estatuto de Autonomía (LO 5/1982, de 1º de julio), que, en su artículo 31.23 declara que la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre *fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad*. Como ha dicho VERDERA SERVER («Régimen Jurídico de las fundaciones en el Derecho civil valenciano», en AAVV (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., Coord.) *Curso de Derecho civil valenciano*, Valencia, 2000, pp. 451 y sigs, 456) la competencia no puede referirse a cualquier fundación (STC 173/1998, de 23 de julio) sino a las que correspondan con un modelo que ha de tener respeto reverencial a los criterios de las DF 1ª sobre normas básicas. Tal vez se ha de concluir, con la invocada STC, que los títulos competenciales posibles para el desarrollo de un «Derecho civil valenciano» se han de encontrar en la existencia de costumbres o en el desarrollo, por conexidad, de instituciones sobre las que se ejerzan competencias. En ningún caso parece, pues, que pueda darse una posibilidad de que una fundación valenciana se separe del modelo estatal en puntos cuyo carácter básico haya sido establecido por la DF1ª Ley 50/2002. El Consejo Consultivo de la Generalitat Valenciana, en efecto, no ha asumido el carácter «foral o especial» del Derecho civil valenciano, ni la posibilidad del desarrollo de la legislación sobre fundaciones en base a la regla 8ª del artículo 149.1 CE. Una exposición clara y lineal de los criterios de atribución de competencia en SERRA RODRIGUEZ, A.: *Las fundaciones: elementos esenciales y constitución*. Valencia, 1995, pp. 23 y sigs.

8 VAQUER ALOY, A.: «Fundacions de competència estatal, fundacions de competència autonòmica i desenvolupament dels drets civils autonòmics», en AAVV *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya: associacions i fundacions (Materials de les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa)*. València, 1998, pp. 310 y sigs.

3. Las competencias estatales y autonómicas y el criterio de atribución de competencias

Hay que convenir con quien destaca que el criterio de atribución de competencias entre el Estado y las CCAA se conecta a un dato que queda al arbitrio del fundador: el ámbito territorial en que la fundación ha de realizar principalmente sus funciones⁹. El mismo criterio se utiliza para la inscripción de las fundaciones extranjeras (art. 7.1). Los Estatutos de Autonomía coinciden en la asunción de competencias sobre fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas.

El concepto de fundación de competencia estatal se deduce del artículo 36.1 de la Ley 50/2002, en que se refiere al «Registro de Fundaciones de competencia estatal» y se dice que en tal Registro, dependiente del Ministerio de Justicia, «se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado, o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma. Por esa razón el artículo 11,c) ordena que en los Estatutos se haga constar el domicilio de la fundación «y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades».

Pero creo que hay una cierta confusión entre las ideas de *fundación de competencia estatal* y régimen (estatal o autonómico) de cada fundación. Tal y como se presenta, se trata de dos categorías de fundaciones: unas estatales y otras autonómicas (de las CCAA que hayan asumido y desarrollado la competencia). Y así, si el ámbito geográfico fundamental de actuación se señala en una Comunidad Autónoma, el régimen, sea cual fuere el domicilio, será el de la comunidad en que vaya a desarrollar la actividad. Si en más de una, se acudirá al régimen estatal. Los regímenes son, por ahora, bastante aproximados, pero hay, como veremos, diferencias. El sistema gira alrededor de un criterio que además de subjetivo y voluntarista puede ser muy cambiante. Como quiera que de esa determinación de principio sobre el ámbito zonal de la actividad deriva el Registro en que se ha de inscribir y, en definitiva, el régimen aplicable, podrá darse con frecuencia que fundaciones

9 VERDERA SERVER: *ult. loc. cit.*, p. 456. No ocurre así en Galicia, ni en Navarra, ni la asunción de competencias ni la determinación de la norma aplicable se basan en este criterio, sino en la idea del «interés gallego» y en la conformación de acuerdo con la ley Navarra.

nacidas para operar en una determinada zona se encuentren sometidas a un régimen que no se corresponde ni con su domicilio ni con el espacio de su actividad en un momento determinado¹⁰.

4. Apunte sobre las diferencias de tratamiento en la Ley estatal y en las leyes autonómicas

Las CCAA han hecho un uso prudente, hasta ahora, de sus competencias, y los modelos que se deducen u observan en su legislación no se separan sensiblemente de las soluciones que recoge la norma estatal, aunque no dejan de percibirse algunas diferencias. Sin pretensión alguna de exhaustividad, podríamos señalar, respecto de cada una de las normas autonómicas, cuanto a continuación exponemos.

- (a) En Aragón está vigente el Decreto 276/1995, de 19 de diciembre, que contiene un reglamento administrativo sobre el ejercicio de las competencias de protectorado sobre las fundaciones, pero no afecta a la regulación básica de las fundaciones.
- (b) En Canarias, la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias contiene pequeñas diferencias con la ley estatal. Entre ellas:
 - el artículo 5.3, en materia de constitución por acto *mortis causa* antepone a la *persona que designe el testador* al albacea testamentario, que según el artículo 9.4 de la ley estatal, que es norma básica para las CCAA que carecen de competencias en materia de Derecho civil.
 - El art. 6. En los puntos 1 a) y c) contiene mínimas diferencias con el artículo 10 de la ley estatal al referirse al contenido de la escritura de constitución. No se alude al NIF y se añade la «descripción y naturaleza de los bienes y derechos» que integran la

10 No ocurre así en Alemania, donde se percibe con claridad el carácter estatal, no federal, de la regulación. No hay allí dos categorías de fundaciones, sino que según el domicilio se aplican a la fundación las normas del Land y las federales básicas o complementarias. Más claro aún después de la Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts de 15 de julio de 2002. Puede verse información en FERRER I RIBA, J.: «La modernización del derecho alemán de fundaciones» en *Indret*, 120 w.p., 2003, www.indret.com

dotación, referencia que no existe en la norma estatal, que es básica por el art. 149.1.8ª CE. No hay, pues, oposición, sino complementariedad.

- El art. 6.2 admite la posibilidad de que la escritura de constitución tenga el carácter de *carta fundacional*, con el fin de que puedan adherirse otras personas como fundadores, posibilidad que no está expresa en la norma estatal, cuyo carácter básico ya hemos señalado.
 - En el artículo 7 no hay referencia al tratamiento que el artículo 11. 2 de la Ley estatal,, que es básica conforme al art. 149.1.8ª, da a los supuestos de manifestaciones de voluntad contrarias a la ley¹¹.
 - El artículo 9 añade la necesidad de un Informe preceptivo de la Dirección General de Servicios Jurídicos que no se requiere en las Fundaciones de competencia estatal.
 - El artículo 12 no recoge la presunción de suficiencia de la dotación que la ley estatal fija en 30.000 €. El artículo 12 de la Ley 50/2002 es básico para Canarias, y debe aplicarse también en este punto.
 - El artículo 12 extiende la posibilidad de aportación sucesiva a las aportaciones no dinerarias, en tanto que el art 12 de la ley del Estado sólo acepta la aportación sucesiva para el supuesto de las aportaciones dinerarias. El precepto estatal es básico por el artículo 149.1.8ª CE.
 - El artículo 14 no recoge la regla de responsabilidad de los patronos por la pérdida del beneficio de inventario que establece el artículo 22. 1, que es básico para Canarias por el artículo 149.1.8ª. Entiendo que se aplicará la norma estatal.
- (c) En *Castilla y León* está vigente la Ley 13/2002, de 15 de julio, que en general es respetuosa con el contenido básico señalado en la Ley estatal, salvo alguna excepción, como la que cabe señalar en punto a la aportación sucesiva de bienes de la dotación, ya que el artículo 9.1 admite que se realice incluso para aportaciones no dinerarias,

11 Pero es claro que debe aplicarse la Ley estatal en este punto.

lo que, como sabemos, se excluye en el artículo 12.2 de la Ley estatal, que es básica por el artículo 149.1.8ª CE (Remitimos a la nota 18).

- (d) En *Cataluña*, la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, se separa de la estatal en concretos puntos, pero en general, dada la competencia en materia de Derecho civil claramente atribuida y abundantemente ejercida, carecen de importancia. Cabe señalar algún escollo, como el que deriva de que el artículo 4 no contempla, en materia de fines, las exclusiones del artículo 3, puntos 2 y 3, de la Ley estatal¹². El artículo 3, puntos 2 y 3, es básico de acuerdo con la competencia estatal establecida por el artículo 149.1.1ª CE. Pero el texto del artículo 4 de la Ley catalana, con una formulación muy general, puede ser interpretado en ese mismo sentido¹³. Y lo mismo ocurre con el artículo 21.3, que trata del ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos, con alguna leve variante respecto del texto del artículo 17.3 de la Ley estatal, que es básico de acuerdo con el artículo 149.1.6ª, y puesto que no se aprecia aquí cual sería la institución de Derecho sustantivo que daría soporte a la particularidad procesal. Pero la diferencia estriba en la alusión a las personas *que estén legitimadas de acuerdo con las leyes* y a la posibilidad de que ejerza la acción algún miembro del Patronato aún cuando no concorra la circunstancia de que sea disidente o esté ausente, como requiere la Ley estatal. Además de que esta última admite el ejercicio por el fundador, cuando no sea patrono. Cabe, entiendo, una lectura armónica de ambos preceptos¹⁴.
- (e) En la *Comunidad Valenciana*, la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones, es altamente respetuosa con las determinaciones

12 El artículo 3.2 sólo admite que los beneficiarios sean *colectividades genéricas* de personas, y el art. 3.3 excluye la posibilidad de fundaciones cuya finalidad principal consista en *destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan bienes de interés general*.

13 «Las finalidades fundacionales han de ser lícitas, de interés general y sus actividades han de beneficiar a colectivos genéricos de personas»

14 Así, el fundador no patrono sería una persona *legitimada por las leyes*, y el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de patronos que han aprobado el acto generador o que han de estar incurso en la responsabilidad que se establece con el carácter de solidaria, es sencillamente inadmisibile, cuando no imposible.

de la Ley estatal. Con todo, hay alguna disonancia, pero es más aparente que real. Así:

- El artículo 1.2.b) establece que se regirán por la Ley valenciana «las delegaciones de las fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de la Comunidad Valenciana». A parte de que es difícil saber qué significa que se rija por la ley valenciana una «delegación de fundación extranjera», se ha de tener en cuenta el artículo 7 de la Ley estatal, que, como hemos visto antes, se tiene por básico en cuanto que la atribución de competencia al Estado deriva de las reglas 1ª y 8ª del artículo 149.1 CE. Y lo que dice el precepto estatal es que se inscribirán en el Registro competente (art. 7.1), que quedarán sometidas al Protectorado (art. 7.4) y añade: *siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas*. La Ley valenciana concluye que el régimen previsto por razón del ámbito de sus actividades es el que se contiene en esta misma ley¹⁵.
- El artículo 3.3 establece que los beneficiarios «serán seleccionados por las fundaciones democráticamente con criterios de imparcialidad, no discriminación y objetividad, de acuerdo con las bases, normas o reglas que se elaboren para su selección. Las fundaciones deberán dar, a tal efecto, la mayor publicidad e información a sus propios fines y actividades». El artículo 3 de la ley valenciana es coherente con el 3 de la estatal, en sus puntos 1,2,4 y 5. La norma estatal es básica por el artículo 149.1.1ª CE. El problema de esta «selección de beneficiarios» es que no se

15 La cuestión es, desde luego, más compleja. Una fundación extranjera que trate de operar en España, una vez inscrita en el Registro español correspondiente ¿Queda en todo sometida a la ley española estatal o autonómica según el ámbito territorial en que desarrolle principalmente sus actividades? ¿O se trata de la aplicación de los sistemas de control a través del Protectorado? ¿Esto es, si según la legislación del país de origen cabe un tipo de actividad más estricta, aquí puede ampliar sus objetivos, se aplican las reglas de patronato, la responsabilidad de los patronos, etc, etc.? La afirmativa no tiene sentido para una «delegación», pero menos para extender esa solución, así entendida, a la propia Fundación extranjera *in toto*. La aplicación de la ley española correspondiente se deberá ceñir a los presupuestos de identificación, a las reglas básicas de actuación (interés general, dotación, control)

entiende, si es que no es un texto meramente reduplicativo o pleonástico, para apoyar el carácter de interés general y la idea de beneficiar a colectividades genéricas de personas¹⁶.

- El artículo 22 somete a autorización previa actos y contratos para los que ahora la Ley 50/2002 sólo exige comunicación posterior. Pero la norma del art. 23.2.I no es básica. Si lo es, en cambio, la del artículo 23.2.II, que previene que el Protectorado pueda ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos cuando los acuerdos del Patronato fueran lesivos para la fundación; y es básica por el artículo 149.1.6ª CE

(d) En *Galicia*, la Ley 11/1991, de 8 de noviembre modifica la Ley 7/1983, de 22 de junio. Ambas son anteriores a la Ley 30/1994 y a la actualmente vigente, y presentan puntos de discordia o disonancia. Entre otras:

- La aplicación de la ley gallega por razón del domicilio de las fundaciones (art. 1.1 Ley 1991). Ha de tenerse en cuenta que la asunción de la competencia sobre fundaciones en el Estatuto de Autonomía de Galicia (art. 27.26) se produce respecto del *régimen de las fundaciones de interés gallego*. Y no por razón del desarrollo de actividades. El artículo 2º de la Ley de 1983 decía que «la finalidad de la fundación debe ser lícita..., servir al *interés general de Galicia*...». Pero acaso la cuestión se aclara en el artículo 8 de la Ley de 1991, cuando se dice que «se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de carta de fundación en escritura pública, siempre que, *una vez reconocida por la Consejería competente*, se inscriba en el Registro de Fundaciones»¹⁷. Pero sea de ello lo que fuere, el carácter básico del artículo 3, puntos 1,2 y 3, de la ley estatal, que deriva del artículo 149.1.1ª CE, se ha

16 Una selección *democrática* de los beneficiarios en temas de beneficencia pura, o en temas de protección de la cultura ¿Significa que ha de establecerse un sistema de participación de los propios beneficiarios, o que han de intervenir las Cortes? Acaso todo el precepto se reduciría a señalar que no cabe, por la vía de la selección de beneficiarios, introducir el favor a los fundadores, a su familia o a personas determinadas.

17 Luego el «interés gallego» que es título competencial y criterio de determinación de la ley aplicable, sería el interés general de Galicia, reconocido por la Consejería.

de imponer, provocando en primer lugar una lectura de los preceptos en esta clave, y después la aplicación directa de los preceptos estatales en cuanto se hallen en contradicción, además de una aplicación subsidiaria, en defecto de regulación autonómica.

- Hay, después, otras diferencias acaso de menor entidad. Como la posibilidad de designar la persona que firme la carta fundacional (art 4º) en la fundación mortis causa, o la composición de los órganos de gobierno, o el sistema de delegación y sustitución, etc., etc. Pero dada la competencia en materia de Derecho civil, la libertad de conformación de Galicia es muy amplia y no se presentan cuestiones de oposición franca al modelo de desarrollo del derecho de fundación.
- (e) En el *País Vasco*, la Ley 12/1994, de 17 de junio también presenta escasas desviaciones respecto de lo que venimos considerando el modelo de fundación delineado por la ley estatal. Hay, desde luego, alguna discordancia de tono menor, como la que se produce cuando el artículo 10.1 admite un órgano de gobierno «similar», en tanto que el artículo 14 de la ley estatal, que es básico de acuerdo con la regla 1ª del artículo 149.1 CE señala que «en toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación ... que adoptará sus acuerdos por mayoría...». Del mismo modo, cuando el artículo 10.4 permite que el fundador persona física se reserve las facultades todas del órgano, con carácter vitalicio. Pero el artículo 15 de la Ley estatal no es norma básica. O cuando el artículo 6.f) admite una carta fundacional, pero el artículo 10 de la ley estatal sólo es básico para las CCAA sin competencias en materia de Derecho civil, y además el precepto estatal sólo determina el contenido mínimo de la escritura.
- (f) En *Navarra*, la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio establece el régimen tributario de las Fundaciones, cuya regulación básica se encuentra en la Leyes 44 a 47 de la Compilación o Fuero Nuevo, cuyo texto (en el apartado dedicado a la extinción de la Ley 47) fue modificado por Ley Foral 5/1987, de 1º de abril. Evidentemente en Navarra sólo tienen aplicación preferente o forzosa los preceptos contenidos en la ley estatal dictados por razón de competencias

atribuidas al Estado por el artículo 149.1. regla 1ª CE o por la regla 6ª del mismo artículo, en cuanto no se trate de una variante procesal que derive de una peculiaridad de Derecho sustantivo. Sin olvidar, por otra parte, que, de acuerdo con la Ley 15, la condición foral Navarra, y la aplicación de la legislación foral, se conecta al domicilio.

- (g) En *Madrid*, la Ley 1/1998, de 2 de marzo recoge fórmulas ajustadas a la Ley estatal en los preceptos que son básicos. Alguna disonancia, sin embargo, cabe observar. Así, en el artículo 3.2 se admite que los beneficiarios puedan ser parientes o familiares del fundador o de los directivos, patronos o administradores, incluso dentro del cuarto grado, cuando «formen parte de las colectividades genéricas de personas destinatarias de la finalidad fundacional». En cuyo caso, fundadores, patronos, directivos o administradores «se abstendrán de conocer en los procesos o decisiones previstas en el párrafo anterior, siendo nulas de pleno derecho las adjudicaciones o rentas con infracción de la presente disposición». A parte de que no se sabe muy bien a qué «párrafo» se refiere, pues en los anteriores no se habla de ningún proceso, la excepción no se contiene en el artículo 3.3 de la ley estatal, que es precepto básico por razón de la regla 1ª del artículo 149.1 CE. Pero la armonización es posible, ya que el indicado precepto de la ley estatal veta que la fundación tenga el favor de los parientes como «finalidad principal», lo que está claro que aquí no ocurriría. Se trata más bien de una interpretación posible incluso desde la ley estatal. El artículo 5.4 admite que la dotación se aporte en forma sucesiva, incluso cuando no se trate de aportación pecuniaria, lo que, como ya hemos visto, no parece admitir el artículo 12.2 de la ley estatal, cuyo precepto es básico para esta Comunidad Autónoma¹⁸.

18 Es también, pienso, materia de interpretación. Exactamente lo que ocurre es que el precepto del artículo 12.2 de la Ley 50/2002 no se refiere al caso de aportación no dineraria al referirse a la aportación sucesiva. Pero la cuestión es resoluble si se entiende que, no obstante la dicción literal del precepto, no estamos ante un supuesto de aplicación del brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*, sino que la ratio del precepto se encuentra en la necesidad de asegurar al menos un 25% de desembolso y un plazo máximo para el resto de 5 años. Puesto que las aportaciones no dinerarias han de ser tasadas (art. 12.2. II), no veo inconveniente en que los bienes aportados cubran un 25% de la dotación, y que el resto se vaya realizando hasta en cinco años, acreditándose o garantizándose ante el Notario autorizante (art. 12.2.III)

Las diferencias, apreciables pero no importantes, en los diversos regímenes autonómicos, entre sí y respecto del modelo estatal, permiten la prosecución del estudio referido fundamentalmente a la fundación según la ley estatal, sin perjuicio de ir subrayando, cuando proceda, diferencias o matices.

Alguna cuestión cabe plantear, con sensible dificultad: ¿qué ley es la competente, por ejemplo, para regir una Fundación que pretende desarrollar principalmente las actividades en Navarra o Galicia y está domiciliada en otra comunidad? ¿Y cuál a una fundación constituida según la ley Navarra que se proponga desarrollar actividad en el País Vasco o en otra CCAA? Pero son cuestiones más bien teóricas. En la práctica, primero se constituye y se inscribe y, ya con régimen definido, se entra en actividad. Cuando la actividad se va a desarrollar en más de una CCAA, estamos ante una fundación de competencia estatal.

5. La nueva ley en el contexto europeo

Poco se ha avanzado en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho internacional, en materia de *non profit organizations*. Se cita habitualmente la Convención, en el seno de la Conferencia de La Haya sobre reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras (1956), que no ha entrado en vigor, o la Convención del Consejo de Europa sobre reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones no gubernamentales (1986), que tampoco está en vigor¹⁹.

De los países de sistemas más próximos, Francia, cuyo punto de partida era el *master* de donde hemos partido también nosotros, bajo la influencia de las ideas individualistas y racionalistas que están en el origen de los planteamientos liberales, combatió la amortización y la vinculación de la propiedad, hasta el punto de hacer desaparecer del Code las sustituciones fideicomisarias y toda suerte de vinculaciones. Desde la Ordenanza de Luis XIV en 1666, pasando por la famosa opinión de Turgot que dio pie al Decreto del Canciller Daguesseau en 1749 y se incorporó a la Enciclopedia de Diderot, hasta época reciente, no se había dictado una reglamentación general, que ahora se contiene en las Ley 87-571 de 23 de julio de 1987, modifi-

¹⁹ Sobre todo ello, GARCIA RUBIO, M.P.: «Persona jurídica sin ánimo de lucro» en CAMARA LAPUENTE, Coord.: *Derecho privado europeo*, 2004, pp. 261 y sigs.

cada por la Ley 90-559 de 4 de julio de 1990²⁰. En el artículo 18 de la mencionada Ley de 1987 se ofrece una definición de *fundación* muy cercana a la idea que preside el modelo consolidado en nuestro Derecho. Dice el precepto:

«...la fundación es el acto por el que una o varias personas físicas o morales deciden la afectación irrevocable de bienes, derechos o recursos a la realización de una obra de interés general y de fin no lucrativo. Cuando el acto de fundación tiene por objeto la creación de una persona moral, la fundación no goza de capacidad jurídica más que a partir de la fecha de entrada en vigor del decreto del Consejo de Estado acordando el reconocimiento de utilidad pública. Entonces adquiere el estatuto de fundación reconocida de utilidad pública...»²¹

Es interesante destacar que las leyes francesas admiten la creación de lo que denominan «fundación de empresa». El artículo 19 de la Ley 87-571, modificado por la Ley 90-559 de 4 de julio de 1990, se refiere al tema, señalando que las sociedades civiles o mercantiles, los establecimientos públicos de carácter industrial y comercial, las cooperativas o las mutuas pueden crear, para la realización de una obra de interés general, una persona jurídica de finalidad no lucrativa, denominada *fundación de empresa*. Esta fundación gozará de capacidad jurídica a contar desde la publicación en el Diario Oficial de la autorización administrativa que le confiere este estatuto.

Cabe en Derecho francés que una «fundación» no goce de personalidad jurídica. El artículo 20 de la Ley de 1987, modificado por la también indicada Ley de 1990, contempla esta posibilidad cuando dice que sólo las fun-

20 Decía DAVID («La vie des fondations» RTrim DC, 1959, p. 665) «.. les inquiétudes de Turgot, la crainte de la main morte, la pensée atomistique de la Révolution... ont disparu, mais la difficulté de la matière continue à arrêter le législateur...». El proceso francés puede verse en LOPEZ JACOISTE, J.J.: «La fundación y su estructura a la luz de las nuevas funciones» RDP, XLIX (1965), pp. 567 y sigs., 571-573. También en COSTI, R.: «Fondazione e impresa», Riv. Dir. Civ., 1968, I, 3 y sigs.

21 Sobre la «formación del dogma» en Derecho francés, y la larga marcha hacia la admisión de «cuerpos intermedios», Vide SALEILLES, *De la personnalité juridique (Histoire et Théories)*, París, 1910; MICHOD: *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, París, 1906-1909; SAUVEL: «Les fondations, leur origine, leur évolution», Rev. Dr. Public et Science Pol., 1954, pp. 326 y sigs; DAVID «La vie des fondations...», cit., pags 665 y sigs; MARTIN: «Personne et sujet de droit», en RTDr.Civ, 1981, pags 796 y sigs. GASTAUD: *Personnalité morale et droit subjectif*, París, 1977.

daciones reconocidas de utilidad pública pueden usar, en su membrete, en sus estatutos, contratos, documentos o publicidad la denominación de fundación. Y añade que, sin embargo, puede igualmente ser denominada fundación la afectación irrevocable, para la realización de una obra de interés general y de fin no lucrativo, de bienes, derechos o recursos a una fundación reconocida de utilidad pública cuyos estatutos hayan sido aprobados a este efecto, y de este modo los bienes, derechos o recursos son gestionados directamente por la fundación destinataria (de la afección, atributaria), sin que se cree a este fin una persona jurídica distinta.

En Italia, subsiste prácticamente intocado el régimen establecido en los arts. 12 y 14 a 35 de Codice civile de 1942. Destaca, entre otros aspectos que más tarde serán puestos de relieve, la idea de personalidad jurídica adquirida mediante reconocimiento (arts. 12 y 33), la ausencia de indicación sobre la necesidad de fines de interés general o de referencias a la inexistencia de ánimo de lucro²², la necesidad de autorización gubernativa para adquirir inmuebles, aceptar donaciones o herencias, que en caso de no obtenerla quedarían sin efecto (art. 17). La gestión se configura mediante una administración asimilada al mandato, a cuyo sistema de responsabilidad se remite expresamente (art. 18), previendo el ejercicio de las acciones pertinentes (art. 25 III in fine), que han de ser autorizadas por la autoridad gubernativa que ejerce el control y la vigilancia sobre la administración de las fundaciones (art. 25). Se prevén los supuestos de extinción, de transformación y de reversión de los bienes (Arts. 27, 28, 31 y 32), entre otros aspectos en los que no parece necesario entrar por ahora²³.

22 Por el contrario, el artículo 16 I in fine prevé que los estatutos determinen «los criterios y las modalidades de erogación de las rentas»

23 La literatura jurídica italiana es muy abundante. A los efectos que aquí interesan pueden consultarse RESCIGNO, P.: voz «Fondazione (Diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, 1968, pp. 790 y sigs; PONZANELLI, G.: voz «Fondazione in Diritto comparato», *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. Civile, VIII, Turín, 1992, pp. 367 y sigs; AAVV (RESCIGNO, Coord.): *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padua, 1989; ALPA, G.: «Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia. Considerazioni preliminari», en AAVV (ALPA, Coord.) *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padua, 1988; BASILE, M. y FALZEA, A.: voz «Persona giuridica (Dir. Privato)» en *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983, pags 234 y sigs; GALGANO, F.: «Delle persone giuridiche» en SCIALOJA, A. y BRANCA, G.: *Commentario del Codice civile. Libro Primo: Delle persone e della famiglia (Arts. 11 a 35)*, Bologna-Roma, 1969, pp. 210 y sigs; GALGANO, F.: voz «Persona Giuridica» en *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. Civile, XIII, Turín, 1995, pp. 392 y sigs; FUSARO, A. «Fondazione» *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. Civile, VIII, Turín, 1992, pp. 359 y sigs.

En Alemania, como ya habíamos apuntado, la reciente Ley de modernización de las Fundaciones, de 15 de julio de 2002, ha puesto fin a un largo debate, que se inició en el 40. Justristentag de 1962. La Ley ha sido preparada por un grupo de trabajo compuesto por representantes del Estado federal y de los Länder²⁴, cuyas recomendaciones han sido seguidas.

En el Derecho alemán, los parágrafos 80 a 88 BGB disponían un sistema en que la capacidad jurídica, la personificación de la fundación, se basaba en la autorización del Estado en cuyo territorio fuera a tener su sede, o del Consejo Federal. El objeto o fin fundacional, establecido por el fundador en el acto o negocio fundacional, ha de ser duradero, y puede ser de utilidad común o privada. En todo caso, se destacaba la necesidad de un patrimonio afectado a la consecución del fin, y de una organización. Con diversa formulación, según cada Estado, y no sin polémica doctrinal, se habían admitido las *fundaciones familiares*, cuyo objeto consiste precisamente en servir intereses de carácter familiar, con beneficiarios más o menos determinados. También la fundación-empresa (*Unternehmensträgerstiftung*), a la que también cabría denominar «fundación portadora de empresa», ya que desarrolla una actividad empresarial o bien sostiene o está conectada a una empresa que la lleva a efecto (como hemos de ver más adelante)²⁵.

El grupo de trabajo hizo tres recomendaciones: (i) Pasar de la idea de autorización (*Genehmigung*) o concesión, a la de «reconocimiento» (*Anerkennung*), a fin de poner de relieve que hay una pretensión para obtener el reconocimiento y que no se trata de una mera o graciable concesión; (ii) que se dictara una regulación unitaria, a nivel federal, de los presupuestos

24 La Memoria de este grupo de trabajo, *Zusammenfassung des Berichts des Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, de 19 de octubre de 2001, puede consultarse en <http://www.engagement.de/downloads.html>. Remito a la información clara y detallada de FERRER RIBA: *loc. Cit. (InDret)*.

25 De la literatura alemana, dejando para más adelante el concreto problema de la fundación-empresa, puede consultarse KARPEN, V.: *Gemeinnützige Stiftungen in pluralistischen Rechtsstaad*, Frankfurt, 1980; KRONKE, H.: *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1980; LIERMANN: *Handbuch des Stiftungsrechts*, I, Tübingen, 1963, pp. 169 y sigs; RAWERT, «Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale Stiftungswerk, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation» en HOPT, KJ y REUTER, D.: *Stiftungsrecht in Europa*, Köln, 2001; REUTER, D.: vor §§ 80-89, en *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 4ª ed., 2001, pp. 434 y sigs; STRICKRODT, G.: *Stiftungsrecht*, Baden Baden, 1977; SEIFART, W.: y von CAMPENHAUSEN, AF: *Handbuch des Stiftungsrechts*, 2ª ed., München, 1999; STRICKRODT, G.: «Stiftungsrecht und Stiftungswirklichkeit», *Juristenzeitung*, 1961, pp. 111 y sigs.

necesarios para obtener el reconocimiento (y con él, la personificación); (iii) mantener el principio de libertad de creación para cualesquiera finalidades lícitas, incluso las de interés particular²⁶.

Después de la Ley de Modernización, el texto del pgr. 80 BGB viene a decir que el negocio fundacional ha de satisfacer las exigencias del pgr. 81: forma escrita; declaración vinculante del fundador de dedicar un patrimonio al cumplimiento de una finalidad determinada por él; Estatutos con reglas sobre nombre, domicilio, finalidad, patrimonio, etc. Además, ha de aparecer asegurado el cumplimiento duradero y persistente de la finalidad. Se trata de un fin que no ha de poner en peligro el bien común. Un fin lícito, pero nada se dice de un fin de interés público o general.

De este modo, se potencia la idea de libertad general de actuación, que se conecta al reconocimiento del derecho de propiedad (art. 2.1 de la Ley Fundamental) y de la herencia (art. 14.1 de la Grundnorm).

En los sistemas más próximos, pues, se presenta una idea de fundación homologable con las que han regido el debate entre nosotros. Con soluciones a problemas que también entre nosotros han sido planteados, tales como la posibilidad de fundaciones irregulares o carentes de personalidad, o activas en el plano empresarial, con objetivos de protección a intereses no generales. Cuestiones todas que, como vamos a ver, preocupan también a la doctrina española.

II. EL DERECHO DE FUNDACIÓN EN EL ARTÍCULO 34 DE LA CONSTITUCIÓN

El art. 34.1 de la CE reconoce el *derecho de fundación* «para fines de interés general» con arreglo a la ley. El nº 2 del mismo precepto declara aplicable a este derecho lo previsto en los apartados 2 y 4 del art. 22²⁷.

26 El poder discrecional para el reconocimiento había sido característico. Vide PONZANELLI: voz «Fundazione», cit., 387; también «Le fondazioni in diritto straniero» en AAVV (RESCIGNO,Coord.) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., pp. 359 y sigs.; pero, como advierte FERRER RIBA – a quien sigo en este punto – ya se había llegado en la práctica a entender que el «reconocimiento» derivaba de un acto reglado. Se gana ahora en claridad y en seguridad.

27 Se trata de impedir que se persigan fines o que se utilicen medios tipificados como delito, por una parte; y por otra, de garantizar que sólo una Resolución judicial motivada pueda disolver o suspender en sus actividades a la entidad. Del mismo modo que sucede en materia de asociaciones.

El reconocimiento de este llamado «derecho de fundación» sucede al que se efectúa en el artículo anterior a la propiedad privada y a la herencia, y no es difícil por ello establecer que se trata de un derecho vinculado al de propiedad, como una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto de los bienes.

A pesar de que el texto apunta hacia una contextualización o un marco de referencia que estaría en la ley, la jurisprudencia constitucional ha venido a aclarar que esta *interpositio legislatoris* no puede lesionar un derecho reconocido en la Constitución (STC 15/1982, de 23 de abril).

De este modo, ni el legislador ni la Administración Pública pueden desconocer las Fundaciones, ni cabe que los particulares pretendan un reconocimiento cuando se trata de crear una Fundación para fines que no sean de interés general.

El precepto no tiene precedentes ni paralelo en los sistemas próximos, sin perjuicio de señalar que la Ley Fundamental de Bonn alude a «formaciones sociales» y la Constitución italiana a personas jurídicas. Por otra parte, se opondría, dando un giro copernicano, a toda la tradición desvinculadora y desamortizadora si no contuviera la referencia a «fines de interés general»²⁸.

6. La cuestión en torno al carácter de derecho subjetivo o de garantía institucional

La protección que el art. 34.1, en relación con el art. 53.1 CE, ofrece respecto de la libertad de creación de fundaciones es fácilmente comprensible. Los ciudadanos podemos crear fundaciones, en ejercicio de un derecho que será modulado por la ley ordinaria, pero esa ley, que puede ser también autonómica, ha de respetar el contenido esencial de ese derecho, esto es, que el legislador no podrá establecer un sistema que en la práctica disminuya el

28 Sobre la formación del texto y su sentido general, véase PIÑAR MAÑAS.: «Las fundaciones y la Constitución española» en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, 1991, pp. 1301 y sigs. También, MARTÍN-RETORTILLO, L. *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, pp. 183 y sigs. Sobre el sentido del reconocimiento de la propiedad privada en el art. 33 CE, LÓPEZ LÓPEZ, A. *La disciplina constitucional de la propiedad*, Madrid, 1988; Díez-PICAZO, L.: «Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución», en los *Estudios García de Enterría*, II, cit, 1257 y sigs; MONTÉS, VL. *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, cit, pp. 151 y sigs.

contenido o ámbito de libertad por debajo de un mínimo contenido. Lo que se pone en duda es el carácter de esta garantía, ya que según alguna opinión no se trata de un verdadero derecho subjetivo, sino de una mera «garantía de instituto» o garantía institucional.

Según esta concepción²⁹, la garantía institucional no aseguraría un contenido concreto o un ámbito competencial determinado o fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

Pero, por una parte, es cierto que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyen, como ha dicho la STC de 26/1987 de 27 de febrero, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque ciertamente existan garantías institucionales (como la autonomía local) que no están configuradas como derechos fundamentales³⁰.

Y además, por otra parte la contraposición entre Derechos fundamentales y garantías institucionales no es acertada, como se ha puesto de relieve³¹, ya que no se trata de categorías comparables, sino que más bien las nociones de derecho subjetivo y de garantía institucional se entrelazan y con-

29 Que tiene origen en la ideas de MARTIN WOLFF, desarrolladas después por CARL SCHMIDT, y presentada entre nosotros por el prof. RUBIO LLORENTE, al que ha seguido algún constitucionalista como JIMÉNEZ-BLANCO, en las Constituciones se consagran como derechos fundamentales libertades naturales de los hombres: una calificación cuyo verdadero sentido es el de señalar un límite al Estado. La propiedad privada no sería una libertad, sino un instituto jurídico, algo que sólo existe en la medida en que el derecho lo cree y lo proteja. La Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios institucionales estableciendo en ellas un núcleo o reducto inexpugnable por el legislador (contenido esencial). He transcrito el texto de DE LORENZO, R. *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, p. 128

30 En su voto particular a la referida Sentencia, el Prof. DÍEZ-PICAZO señalaba que los derechos fundamentales suponen siempre garantías institucionales «si bien, como es lógico, no las agotan». Véase JIMÉNEZ-BLANCO «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución» *Estudios García de Enterría*, II, cit, p. 635 y sigs, 642.

31 BAÑO LEÓN, J.M. «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española» en *Revista de Derecho Constitucional* n° 24 (1988), pp. 155 y sigs, 170-171. Recoge esta opinión DE LORENZO: *El nuevo derecho*, cit., 130. Véase también MUÑOZ MACHADO: «Las fundaciones en la Constitución» en DE LORENZO, R. y CABRA DE LUNA, M. A.: *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid 1990, pp. 19 y sigs. A juicio del Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Constitución, fundaciones...*, cit, 236), el derecho de fundación es un derecho

funden en los derechos fundamentales. La garantía institucional ha podido ser calificada como una «garantía dogmática». Pervive la institución, nada más. Pero los derechos fundamentales garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones, por ello encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador. Pero de otro lado, ambos conceptos responden a la misma idea: erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador.

La garantía, pues, se encuentra en que el legislador, que ciertamente puede modular o puede determinar el concreto contenido del derecho, ha de respetar un mínimo contenido, pues el *contenido esencial* del derecho constituye, de una parte, el límite de la intervención del Estado. De otra parte, es el criterio que nos ha de permitir la distinción entre configuración de los derechos y privación o ablación de los mismos³².

7. El «contenido esencial» del derecho de fundación

Nos ha enseñado la jurisprudencia constitucional que contenido esencial es aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad; o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido del derecho que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga³³.

Desde esta perspectiva, el contenido esencial del derecho de fundación se habría de traducir en la posibilidad de crear fundaciones y de establecer sus fines, su patrimonio y su organización. Crear una *fundación*, de acuerdo con la tradición jurídica española, sobre la que opera el texto constitucional, puesto que la utilización de la concreta expresión que emplea no es indife-

subjeto garantizado por la Constitución en su contenido esencial. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre. Y concluye que el art. 34 consagra un derecho fundamental que es un derecho subjetivo y concretamente un derecho de libertad.

32 Me he ocupado de este tema, a propósito del contenido esencial del dominio, en *La propiedad privada...*, cit, p. 164 y sigs. Para una exposición sucinta pero bien orientada, SERRA RODRÍGUEZ: *Las fundaciones*, cit, 13 y sigs.

33 SSTC 11/1981 de 5 de abril; 13/1984 de 3 de febrero; 196/1987 de 11 de diciembre; 49/1988 de 22 de marzo.

rente, ya que de otro modo no se reconocería la institución que se garantiza, significa el poder de vinculación de una masa de bienes que realiza el fundador afectándolos a un fin de interés general. Esto es que la creación de una fundación nace de un acto de disposición que puede realizarse en cuanto que las facultades de utilización de los bienes quedan ya pregarantizadas por el art. 33 anterior, y una de las posibilidades de que dispone el propietario es la de realizar la afectación de los bienes. Un poder, esto es, un ámbito de libertad que sólo se reconoce y garantiza para la consecución de fines de interés general.

Pero el derecho de fundación sólo supone el poder de creación de una persona jurídica en cuanto la personificación es el expediente técnico adecuado para conseguir una vinculación permanente, al servicio de un fin de interés público o general que también se concibe como duradero o permanente. Pues el objetivo de vinculación de bienes a la consecución de fines que también pueden ser de interés general, puede conseguirse con carácter temporal, aunque más o menos prolongado en el tiempo, a través de otros recursos técnicos, que pueden consistir en la creación de deberes de comportamiento de carácter relativo (obligaciones), como ocurre en los supuestos de herencia o legado modal (art. 797 CC) o en las cargas testamentarias (art. 788 CC), sea cual fuere la naturaleza que se les atribuya, así como también en la constitución de cargas reales, por vía de sustitución fideicomisaria (arts. 781, 785 CC, 26 y 27 LH), etc. Pero en todos estos casos, la tradición antivinculadora y antimortizadora impone un límite que se encuentra en que no pasen del segundo grado, o se realicen en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento. Nuestro derecho desconoce las vinculaciones perpetuas, con una excepción, que es precisamente la que estamos contemplando: la posibilidad de vincular bienes para la persecución de fines de interés general³⁴.

34 Sobre todo ello, vide DE LORENZO *El nuevo derecho...*, cit, pp. 132 a 148; También, respecto del contenido del derecho de fundación y la potestad reglamentaria de la Admón Pública, PIÑAR MAÑAS: «Las fundaciones y la Constitución española», cit p. 1319. Tiene razón este autor cuando señala que el juego de los preceptos contenidos en los arts. 34.1 y 53.1 CE implica una reserva de ley absoluta, que puede cumplirse con ley autonómica, pero que no es posible la deslegalización, aunque pueden utilizarse los decretos legislativos (STC 99/1987, de 11 de junio). La reserva es de ley ordinaria, no orgánica, salvo en ciertos aspectos, como los que derivan de la aplicación de los apartados 2 y 4 del art. 22 CE, al que remite el art. 34.2, en relación con el art. 81, todos ellos de la Constitución.

Esto es que el carácter de los fines impone la técnica de vinculación, que consiste en la creación de una persona jurídica que será su titular. En esa medida, bien puede decirse que el derecho de fundación, ejercitado conforme a la tradición jurídica y a las pautas constitucionales, implica la posibilidad de creación de una persona jurídica.

8. Alcance del derecho de fundación

Una cuestión queda por dilucidar, y es la que cabe presentar como extensión del derecho de fundación en punto a la organización preconstituida por el fundador al servicio de los fines que se proponen. Evidentemente, los fines han de tener el carácter de interés público que reiteradamente venimos señalando. Este carácter implica que no se disponga una organización de medios para favorecer a concretos beneficiarios. Es lógico que la Administración Pública controle que, en efecto, no sólo sea previsto así, sino que se está funcionando de este modo. A ello obedece, en buena medida, que se establezca un control o un sistema de vigilancia, ejerciendo lo que se denomina el protectorado de la fundación. La pregunta consiste en determinar si puede el fundador, habiendo señalado un fin de interés general, y habiéndose producido la vinculación de bienes que es efecto típico de la fundación, impedir el control o la vigilancia por parte de los poderes públicos, de modo tal que quede el funcionamiento de la fundación absolutamente confiado a la discreción o a la acción prudencial de los patronos. Es lo que ocurre en las llamadas *fundaciones a fe y conciencia* que ha conocido nuestro Derecho histórico y que se han definido señalando que «en las fundaciones a fe y conciencia, el fundador prohíbe la intervención del poder público en la vida y actividades de la fundación, disponiendo frecuentemente que ésta se extinguirá si dicha intervención se produce»³⁵.

35 LÓPEZ QUETGLAS, I.: «Incidencia de la ley 30/1994 sobre las fundaciones a fe y conciencia» en REAL PÉREZ, A. (dir) *Constitución y extinción de fundaciones*, Valencia 1999, p. 26. La reducción de las facultades del protectorado, y la presencia de casos o ejemplos de este tipo de fundaciones, puede verse en la jurisprudencia, como señala esta misma autora: SSTs 26 de diciembre 1947, RA 1948; 12 de diciembre de 1963, RA 5235; 24 de febrero de 1955, RA 862; 24 de febrero de 1955, RA 862 y 22 de diciembre de 1955, RA 3758. El criterio de la autora respecto de la imposibilidad de este tipo de fundaciones después de la ley 30/1994, es el que comparto. Vide p. 76.

Entiendo que las normas que imponen el control a través del protectorado son derecho cogente, y que no cabría ahora y en adelante, al menos a partir de la ley 30/1994 una fundación «a fe y conciencia». Respecto de las fundaciones constituidas con anterioridad, por más que una suerte de principio de conservación de la institución tienda a impedir la aplicación de la cláusula resolutoria que frecuentemente las acompaña, se ha de aplicar el principio según el cual, la manifestación de voluntad del fundador contraria a la ley se tendrá por no puesta, que ahora se recoge en el art. 11.2 de la ley 50/2002 y, en último término no puede descartarse una función directiva del propio protectorado con base en el principio que ahora inspira el art. 35.1.g) de la ley vigente.

III. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA

El art. 2 de la ley 50/2002, de 26 de diciembre, ofrece un concepto de fundación. En sus elementos, coincide prácticamente con el que se deducía del art. 1 de la ley 30/1994, con el único cambio de sustituir «ánimo de lucro» por la expresión «fin de lucro». Dice el precepto: *1.- Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.* A esta «organización», así constituida se la personifica en el art. 4.1 de la misma ley, que dice: *4.1 Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la Escritura pública de su constitución en el correspondiente registro de fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha Escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley.*

Si desde el punto de vista conceptual no parece haber diferencia entre la figura que se delineaba bajo la ley 30/1994 y la que ahora se presenta, y por tanto cabe recoger la amplia doctrina, a la que iremos haciendo referencia, generada con vistas a la ley o como comentario o exégesis de la norma, por el contrario entiendo conveniente realizar algunas precisiones sobre el sentido de la declaración que la ley efectúa respecto de la personalidad jurídica de la fundación.

Antes, hemos de subrayar que la ley trata de establecer un arquetipo o modelo, con dos proyecciones. La primera, para su vigencia directa en las fundaciones de competencia estatal. Pero, además, también como el parámetro desde el que hay que medir la conformación de las fundaciones realizada por

las leyes autonómicas. Esto es, que hay una suerte de esquema básico de fundación que se ha de respetar, y que en el supuesto de CCAA con competencias en materia de Derecho civil tiene menos elementos, esto es, aparece como un esquema de menor contenido, y en el supuesto de las CCAA sin competencias en materia de Derecho civil ofrece mayor contenido, es decir, una figura más acabada, con menos vacíos o huecos que rellenar.

En todo caso, el modelo se caracteriza, a la manera clásica, según se ha recibido de nuestra tradición jurídica, como puede comprobarse no obstante la parca referencia que se contiene en el art. 35 CC, en la doctrina más generalizada³⁶. Se caracteriza por las siguientes notas: i) atribución de personalidad jurídica; ii) creación a través de un negocio fundacional que se presenta como un acto de destinación cuya consecuencia básica es la afectación del patrimonio fundacional al cumplimiento de los fines que señale el fundador; iii) creación de un organismo de administración heterónomo, al que se confiere el encargo de gestionar el patrimonio y ejecutar la voluntad fundacional; iv) establecimiento de un control externo³⁷.

Al lado de las fundaciones clásicas, a las que se ha llamado «fundaciones de dotación», se han generado fundaciones que se organizan y desarrollan su actividad de una manera distinta. Hay fundaciones financiadas con el producto de actividades mercantiles, y también fundaciones financiadas con aportaciones públicas o con aportaciones denominadas «de mecenazgo empresarial», que van formando una red tupida y diversa de lo que se denomina en el mundo anglosajón *non profit organization*³⁸.

Este conjunto abigarrado y variopinto de sujetos actúa en el tráfico como una parte cada vez más significativa de los operadores económicos, y desde

36 Puede servir de pauta la versión de DE DIEGO, F. C.: *Instituciones de Derecho civil español*, I, Madrid, 1959. Se trata de la nueva edición que pusieron al día los profesores COSSÍO Y GULLÓN, pero la idea que se trasluce en las pp. 240 y sigs procede de la edición de 1929. Decía D. FELIPE CLEMENTE: «Fundación significa el acto por el que se trae a la vida o se establece o se erige algo... y también significa la institución misma: establecimiento o cosa traída a la vida por la voluntad de una persona. Si esa institución se manifiesta por un organismo social más o menos elemental y permanente puesto al servicio de la misma para la aplicación de los medios a los fines, y en tal supuesto es reconocida por el Derecho objetivo con capacidad para ser sujeto activo y pasivo de derechos, entonces tenemos propiamente la fundación como persona jurídica».

37 Sigo la ordenación y el planteamiento de VERDERA SERVER: *Comentario al art. 2*, inédito, al que antes ya me he referido.

38 Las más de las veces, recibiendo financiación indirecta o implícita a través de los beneficios fiscales regulados por la ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo

esta perspectiva hemos de revisar si su presencia y su actividad pueden ser explicadas desde los esquemas clásicos doctrinales y jurisprudenciales.

9. El significado de la personificación

Es un tema, desde luego, difícil. Un ilustre autor calificaba el intento de abordar el problema de la personalidad jurídica como *temerario*, después de tan reiterada atención por la doctrina y, añadía, posiblemente agotado en la pluralidad de sus aspectos hasta el extremo de no existir problema que se relacione con la cuestión, por mínimo que sea, que no haya sido estudiado³⁹.

El tema, sin embargo, es importante, puesto que en nuestro Derecho no hay fundaciones carentes de personalidad jurídica, aunque alguna opinión doctrinal lo haya pretendido, como veremos, y cabe decir que es atributo esencial de toda fundación contar con personalidad jurídica, ya que, como se ha dicho justamente, la atribución de personalidad a las organizaciones sociales es una consecuencia del sistema subjetivista de configurar la atribución de situaciones de poder y sumisión que está en la base de los esquemas de relación en los ordenamientos modernos⁴⁰.

Las fundaciones son siempre, pues, personas jurídicas. Al menos, tal es la descripción de la figura que hemos recibido de la tradición doctrinal y jurisprudencial. Nos preguntamos cuál es la razón de que así sea, qué alcance tiene esta concepción y qué proyección cabe hacer de ella para la atención de las nuevas funciones y de las nuevas necesidades sociales.

Desde luego, al establecerse la personalidad jurídica de la fundación se obtiene un poder de autoorganización, al propio tiempo que se instaura un

39 COSSÍO, A.: «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», ADC, 1954, pp. 623 y sigs. El inicio de la expresión «persona jurídica», como es sabido, se encuentra en HUGO: *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin, 1798, p. 45. Pero la primera elaboración se debe a HEISE: *Grundriss eines Systems des gemeinen civilrechts*, Heidelberg, 1807, pp. 8 y sigs.

40 CAPILLA RONCERO, sub arts 35 y 36 CC en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, I, 3º, 2ª ed., 1993, 826 y sigs, pp. 833 y 898-99. Coincide en ello con FERRARA (*Teoría de las personas jurídicas*, Traducción española de la 2ª edición italiana, Madrid, 1929, nº 48 y 63, pp. 227 y 313, nº 66, p. 330). Dice FERRARA, aunque es tema que, como veremos, viene siendo discutido, la personalidad es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del derecho objetivo. A su juicio, la subjetividad no está innata en el hombre, no es una cualidad inherente al individuo, sino una realidad ideal que sin el orden jurídico es inconcebible. Sobre el elemento personalidad jurídica como esencial en la definición, nº 74, p. 359.

particular mecanismo de gestión y representación de los intereses así aunados y vinculados y se consigue la afectación de un conjunto de elementos patrimoniales que se ponen al servicio de un fin de carácter permanente.

Esta afectación, que se establece en base a una conexión lógica entre patrimonio y titular, que es la más fuerte de las posibles tiene, en tema de fundaciones, dos rasgos característicos de importancia:

- (a) El vínculo de destinación establecido por el fundador y consolidado a través de la personificación no se traduce en una titularidad plena, y se separa del modelo básico de derecho subjetivo como ámbito de poder y espacio de libertad en función de los fines (egoístas) de la persona titular. La propiedad de la fundación persona jurídica no es homologable exactamente a la propiedad de una persona física en el estatuto central o figura central del dominio del art. 348 CC. Se trata más bien de una propiedad vinculada, o finalista, o teleológicamente señalada. Un estatuto dominical de los que permite el art. 33.2 CE, que en este caso se traduce en una funcionalización de la posición del titular en razón de los fines que se han de cumplir. Volveremos sobre ello.
- (b) La persecución de los fines fundacionales se encomienda al Patronato u órgano de gobierno compuesto por personas que no pueden ser considerados titulares de los elementos que componen el patrimonio fundacional. Para que este Patrimonio tenga un titular y para que no tengamos por qué acudir a la figura de los derechos sin sujeto, utilizamos también la figura de la persona jurídica⁴¹.
- (c) Otro elemento que contribuye a dar sentido a la personificación lo podemos encontrar en el carácter indeterminado de los beneficiarios de la actividad de la fundación. El art. 3.2 señala que la finalidad fundacional «debe beneficiar a las colectividades genéricas de personas». El art. 3.3 prohíbe que las prestaciones de la fundación se destinen al fundador, a los directivos, a sus parientes o a personas jurídicas singularizadas. Como certeramente se ha observado,

41 Sobre todo ello, CAPILLA RONCERO: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, pp. 76 a 78, 98 a 101 y 133 y sigs. Con razón señala el autor que la personalidad jurídica por una parte cohonesta las exigencias del concepto de derecho subjetivo, y por otra parte permite desbordar los límites temporales de la propiedad vinculada, que establecen los artículos 681 y 685 CC y 26 y 27 LH.

si los destinatarios o beneficiarios son fijos o determinados, la personalidad intermedia del ente fundacional carece de sentido⁴².

- (d) Finalmente, cabe decir que la personalidad jurídica de la fundación permite distinguir la atribución de bienes de una liberalidad en sentido propio, entendida esto es, como transmisión patrimonial gratuita que provoca un enriquecimiento del destinatario. En el caso de la fundación, la persona jurídica ofrece un significado instrumental: hay liberalidad, y hay atribución, pero no hay enriquecimiento del destinatario⁴³.

La personalidad jurídica, en cuanto condición esencial de la fundación no es una concesión del Estado, al menos, en nuestro Derecho. El art. 4.1 señala un momento de eficacia o diligencia de la personalidad, pero indica también que hay una pretensión que sólo puede ser denegada cuando la constitución es irregular. El sistema se aproxima al alemán, después de la Ley de modernización, a su vez derivada de las recomendaciones del grupo de trabajo a que hemos hecho referencia anteriormente (vide antes, nº 5). La idea de un reconocimiento como concesión o de la necesidad de una aprobación sigue muy presente en los Derechos francés e italiano. En este último, se admite por alguna opinión la existencia de fundaciones que no son personas, denominadas «fundaciones no reconocidas»⁴⁴.

La personificación, de este modo, trasciende la cuestión de crear un sujeto con capacidad, o un centro de imputación de intereses⁴⁵, sino que, según

42 LÓPEZ JACOISTE: «Las fundaciones...», cit 580 a 584. Es la diferencia que se encuentra en otras técnicas de vinculación como por ejemplo en los fideicomisos, en que los destinatarios de los bienes fideicomitivos son fijos, y han sido determinados individualizada e infungiblemente, aún cuando cabe la indeterminación relativa. Algunas sentencias, antiguas, del Tribunal Supremo contemplaron problemas de fundaciones familiares, como las de 30 de junio de 1855, 10 de marzo de 1858, 26 de abril de 1889 o 14 de julio de 1890. Uno de los criterios utilizados para la identificación de una fundación fue precisamente la de determinación o indeterminación de los beneficiarios.

43 Sobre todo ello, LÓPEZ JACOISTE, ult loc cit, 584.

44 Y de este modo, se impone el carácter constitutivo del reconocimiento, pero no en el sentido de que cree el ente, sino en el de que se confiere una calificación particular. Vide FERRARA, op cit nº 78, p. 383; PONZANELLI: «Le fondazioni...», cit, 361; BASILE-FALZEA op cit, 249; pero ya PUGLIATTI: *Gli istituti del Diritto Civile*, Milán 1943, pp. 120 y sigs.

45 Ya no preocupa el problema de si puede aceptarse en las personas jurídicas una capacidad jurídica general que trascienda la esfera del patrimonio y penetre en el derecho personal y en el derecho público, salvo las limitaciones impuestas en el derecho objetivo o que nacen de la misma naturaleza de las relaciones. Vide FERRARA, loc cit nº 115, p. 781; BASILE-BALZEA op cit, 245-249.

vamos viendo, a través de la persona jurídica se consigue un titular de los elementos patrimoniales y un mecanismo de vinculación de los bienes y un instrumento que asegura la difusión social de las liberalidades obtenidas a través de las atribuciones que se efectúan en la fundación⁴⁶.

Tradicionalmente, se ha venido diciendo que la personificación se produce cayendo sobre el patrimonio o, como suele repetirse con cierta impropiedad, que en la fundación se personifica un patrimonio. Pero podría decirse también que se personifica una organización, o incluso la actividad dirigida a la consecución del fin⁴⁷.

Todos estos puntos de vista aciertan parcialmente. Pero la fundación es una forma jurídica, no un ente en sí, como autorizadísimo se había dicho: una forma de regulación, un procedimiento de unificación, la forma legal que ciertos fenómenos de organización social reciben del derecho objetivo⁴⁸. Se trata, en definitiva, de una técnica para organizar una actividad⁴⁹.

46 Como había dicho COSSÍO (loc cit, 653), el problema de la personificación es un problema de carácter externo, que va íntimamente vinculado a la titularidad de derechos y obligaciones, y en tal sentido es un centro de imputación de relaciones jurídicas, más que una verdadera unidad de poder, y la masa de sus derechos y de sus bienes, en cuanto estén afectos a una determinada finalidad, vienen a constituir su substrato leal y efectivo. El carácter técnico-instrumental de la personalidad jurídica fue puesto de relieve también por VALERO AGUNDEZ, U.: *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, pp. 57 y sigs. A su juicio, a través de la personalidad jurídica, se obtiene los siguientes efectos: se substraen la masa patrimonial aplicada al fin fundacional al poder de disposición en utilidad propia y a toda titularidad de personas individuales que pudieran desviar el destino (propiedad vinculada); se configura un centro de actividad para el logro del fin propuesto; se asegura la permanencia en el tiempo, y el cumplimiento de la voluntad del fundador, que ha de poder contar con la posibilidad de conformar la legalidad interna.

47 Como dice LÓPEZ JACOISTE (loc cit, pp. 595-596). «Lo que en la fundación se personifica es la actividad dirigida a la consecución del fin, esto es, la conducta humana orientada en tal sentido. Esta conducta, en cuanto unificada estatutariamente, resulta ordenada y coherente, esto es, organizada». Se lo pregunta también FERRARA (*Teoría...cit* n° 72 p. 352). A su juicio, no es el patrimonio, ni el fin, ni la voluntad. Es acaso la obra, el establecimiento, la institución, que no es más que la encarnación y la objetivización del fin de la fundación (p. 356). Otros autores sostienen que lo que se personifica es la organización, más allá de la *Universitas bonorum*. Por ejemplo, MORILLO GONZÁLEZ, F. *El proceso de creación de una fundación*, 2ª ed., Pamplona 2003, p. 27.

48 FERRARA: *Teoría...cit*, n° 69, p. 342. «La persona jurídica no es una cosa, sino un modo de ser de las cosas».

49 Se había producido una disociación entre el significado técnico-jurídico y el concepto doctrinal: una deformación, por aplicación de la idea o del concepto doctrinal a categorías en que no se había previsto, una simplificación generalizada del concepto de persona jurídica por exceso de conceptualismo, como señaló DE CASTRO: «Formación y deformación del concepto de persona jurídica» en *Centenario de la ley del notariado*, I, Madrid, 1964, pp. 19 y sigs 112; también VALERO

Pero la mayor parte de los autores, compartimos una visión compleja, en la que se subrayan, como notas distintivas de la personalidad jurídica fundacional, las siguientes: (i) la fundación tiene por base una obra o un establecimiento, que a veces se denomina institución; (ii) persigue intereses ajenos a ella, y sirve a la generalidad o a un grupo de interesados indeterminados; (iii) su fin ha sido fijado por la voluntad del fundador, que no entra a formar parte del ente; (iv) la fundación sólo de modo muy limitado depende de la voluntad de sus miembros, pues en general, la voluntad que decide es externa y sólo la Administración Pública puede modificarla o extinguirla.

En cambio, dotación y organización no se presentan ahora como características identificadoras, salvo, en cuanto atañe a la organización, por aplicación de muy limitados principios, como después veremos.

10. Sobre la posibilidad de una fundación irregular o no reconocida en nuestro Derecho

Habría, como antes hemos dicho, otras técnicas para la vinculación de bienes a la consecución de determinados fines, desde la simple imposición de una obligación personal a cargo de aquél a quien viene transferida la titularidad de un patrimonio, pasando por la posibilidad de un vínculo de naturaleza real, hasta llegar a la personificación de un ente gestor de la masa de bienes con titularidad instrumentalmente establecida para la persecución. La vinculación a través de una mera obligación personal no ofrece ninguna garantía, en cuanto que no sería suficiente para impedir la acción de los eventuales acreedores del obligado, ni los eventuales abusos en que pudiera incurrir en el ejercicio del poder de disposición. Además, en nuestro Derecho, tanto los vínculos personales, cuanto los reales tienen duración determinada y carecen de la nota de perpetuidad que a veces conviene para el logro de determinados fines. Desde este punto de vista, sólo de modo muy limitado puede admitirse lo que algún autor ha llamado «fundaciones fiduciarias», con las que se pretende la consecución de fines altruistas apoyándose en la persona del

AGUNDEZ, loc cit, 51. Con justeza, CAPILLA RONCERO, sub arts 35 y 36, cit 829; y SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R. *El patronato de la fundación*, Pamplona 1997, pp. 21 y sigs. Los autores identifican otro supuesto de técnica de vinculación en la sociedad unipersonal que, en efecto, desde este punto de vista, guarda cierta relación, pero entiendo que la fundación desborda, como hemos visto la pura cuestión de la vinculación de los bienes.

beneficiario de una atribución patrimonial que puede realizarse mortis causa a través de una atribución a título universal o singular, o incluso inter vivos a través de una transmisión a título lucrativo.

La vinculación permanente exige fines altruistas, beneficiarios indeterminados, una organización a su servicio y un control del cumplimiento. De este modo, se alcanza la máxima vinculación y se consolida la organización, todo ello a través de la persona jurídica, que presupone la inscripción en el registro correspondiente.

Cuando la inscripción no se ha producido, cabría que nos encontráramos con organizaciones dotadas, con fines correctamente señalados, que actuaran de facto en el tráfico, sin haber sido promovida su inscripción. Son las llamadas «fundaciones irregulares» a las que la doctrina italiana denominó «fundaciones no reconocidas»⁵⁰.

La ley 50/2002, que hace responsable a los patronos, contempla en el art. 13 a la fundación en proceso de formación, período durante el cual, el Patrono ha de realizar los actos necesarios para la inscripción y fuera de ellos, únicamente los actos meramente conservativos que no admitan demora. De cualesquiera otros, habrán de responder solidariamente, ya que antes de la inscripción no puede haberse producido la separación de Patrimonios. Creo que la ley contempla únicamente una situación transitoria de carencia de personalidad. Transcurridos 6 meses desde el otorgamiento de la escritura fundacional, dice el art. 13.2, el protectorado procederá a cesar a los patronos que no hubiesen instado la inscripción, y señala que éstos «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción»⁵¹.

50 REAL PÉREZ, A. «Las fundaciones en proceso de formación», en REAL PÉREZ, A. (dir: *Constitución y extinción de fundaciones*, cit, pp. 149 y sigs. ,p. 148-208. Sobre las fundaciones fiduciarias, vide BADENES GASSET, R.: *Las fundaciones de derecho privado*, 1, 3ª ed. , Barcelona 1986, pp. 299 y sigs. La idea de *fundación no reconocida* procede de los estudios de GALGANO, F.: «Per una ipotesi sulla natura giuridica dei comitati» en *JUS*, 1988, 69 y sigs; «Sulla ammissibilità di una fondazione non riconosciuta», *Rif dir civ* 1963, III, 172 y sigs. Se inspira en los «comitati» de los arts. 39 y sigs Código Civil italiano. El art. 41 considera el caso de que el *comitato* no haya obtenido la personalidad jurídica.

51 Yo no creo, en vista de la ley vigente, que se reconozca la existencia de un ente autónomo antes de la inscripción. Opina lo contrario REAL PÉREZ, loc cit, p. 208. Ni creo tampoco que nuestro Derecho admita la constitución de un vínculo de destino de naturaleza real, que pueda homologarse a una fundación. Vide para el Derecho italiano. COSTI *Fondazione e impresa*, cit, pp. 30 a 32; PONZANELLI: «Le fondazioni», cit 361; RESCIGNO, P.: «Fondazione e impresa»,

Aún aceptando el limitado efecto de una vinculación fiduciaria de bienes, con efectos reales, a la consecución de fines de interés general, entiendo que carece de interés, en este caso, el recurso o concepto de fundación, pues las técnicas de vinculación, el alcance de la titularidad sobre patrimonio, el sistema de gestión, los mecanismos de responsabilidad, etc. han de ser distintos y se han de subsumir en instituciones diversas.

11. Las teorías sobre el sentido de la personificación

La dificultad de la materia ha sido autorizadísimamente advertida⁵², pero a estas alturas convendría saber cual es el sentido dogmático de la personificación. No sólo qué efectos se consiguen con ella, sino qué significado hay que dar a la idea de una fundación persona jurídica.

La profunda y enmarañada polémica, iniciada a principios del siglo XIX, todavía no se ha apagado, y alguna de las posiciones doctrinales sigue presente en la explicación sistemática del Derecho Civil. Fue primeramente presentada la persona jurídica como una *ficción*⁵³, un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio. La ficción venía a ser el elemento aglutinador que trascendía el conjunto de relaciones⁵⁴ y era un puro fenómeno normativo. Porque se trataba, fundamentalmente, de salvar el escollo de la titularidad de los derechos, que requería, por exigencia lógica, un

en RS, 1967, 812 y sigs, p. 818. También este autor considera que las denominadas «fundaciones no reconocidas», que son las *unselbständige Stiftungen*, asimilables al esquema de la fiducia pueden vincular realmente los bienes y operar en el tráfico como una fundación fiduciaria o no autónoma. En España, era de opinión semejante. ESPINOSA ANTA, J.L.: «La fundación. El negocio jurídico fundacional» en *Estudios de Derecho privado* (dir A. DE LA ESPERANZA, MARTÍNEZ-RADÍO), I, Madrid, 1962, pp. 242 y sigs, 244. Decía este autor que la fundación se presenta normalmente como un patrimonio destinado a un fin, pero existiendo tal substrato puede faltar la personalidad. Y es que para realizar el fin, añade, «además de un ente autónomo, puede uno servirse de una disposición modal».

52 FERRARA, loc. cit., n° 30, p. 122. Advierte que las teorías se han multiplicado y entrelazado hasta embrollar la doctrina.

53 Formulada por SAVIGNY (*Sistema del Derecho Romano actual*, II, &60, & 85 y sigs) fue ampliamente seguida en Alemania, pero también en Francia (vgr., AUBRY-RAU: *tours de Droit civil français*, 5ª ed., I, & 54) y en España: Vide MALUQUER: *La fundación como persona jurídica...*, cit., pp. 197 y sigs; FERRARA: *Teoría...*, cit., n° 31, p. 125.

54 Decía WOLFF (*Organschaft und juristische Person*, I, Berlin, 1933, 229), como recuerda BASILE-FALZEA (loc. Cit., 255): «... ohne Fiktion ist die juristische Person nur ein Komplex von Rechtsbeziehungen, die durch ihre Satzung un deren Ergänzung und Legalisierung durch die übergeordnete Rechtsordnung (insgesamt: «Organisation») nurmiert sind...»; vide también GALGANO, F.: voz «persona jurídica», cit., 393-394.

sujeto, pues no debía admitirse un derecho sin sujeto, que es precisamente lo que decían quienes preferían pensar que en el caso de las personas jurídicas lo que se encuentra es un *patrimonio destinado a un fin*⁵⁵ Reaccionaron contra esta teoría desde diversos puntos de vista. Por una parte, las teorías llamadas *realistas*, conducidas desde el planteamiento de base germanista, presentando la corporación como persona real colectiva, formada por hombres reunidos y organizados para la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales, y afirmando que las personas jurídicas son «unidades colectivas sociales, portadores reales de voluntad, capaces de una propia subjetividad jurídica»⁵⁶.

Frente a esta concepción, se adujo que no existe un «yo colectivo» distinto de la totalidad de los individuos, que la construcción es metafísica, o que se basa en la idea mística de atribuir el querer y el obrar en sentido psicológico a un ente colectivo, o se dudó de cómo una voluntad puede trasplantarse de su portador a un organismo institucional. Pero hubo muchas derivaciones: unas, destacaban la presencia de un interés distinto de los individuales concurrentes, o sea, un «interés colectivo y permanente»; o subrayaban que se trata de que el grupo tenga una organización capaz de desarrollar una voluntad colectiva⁵⁷; mientras que otros ponían de relieve que se trata de una persona «real ideal», esto es «una unidad ideal, intelectual, y al mismo tiempo real»⁵⁸ Por donde, apoyándose en la idea de fin como punto central en torno

55 Por ejemplo, BEKKER (*Pandekten*, I, n° 60) o WINDSCHEID (*Pandekten*, I, n° 49)

56 La frase es de FERRARA, loc. cit., n° 43, p. 190. El gran fautor de esta teoría fue GIERKE: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. I (Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868); II (Geschichte des deutschen Körpergeschaftsbegriff, 1873); III (Die Staats und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters, 1881). Se les incorpora (a las unidades colectivas sociales) «una voluntad independiente de las voluntades singulares». La doctrina tuvo múltiples seguidores en Alemania (REGELSBERGER, ENDEMANN), en Francia (HAURIUO), en Italia (GIORGI) y en España (GINER, POSADA). Una exposición y un detalle de las posiciones de sus seguidores en FERRARA: *Teoría*, cit., n° 43. Según esta posición, como dijo ZITELMANN (*Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873, pp. 12 y sigs). «una pluralidad de individuos, en cuanto está orgánicamente reunida, se convierte en una unidad nueva y distinta de los individuos que la componen». En el caso de las fundaciones, «la voluntad del fundador, objetivada, permanece viva y activa».

57 Vide FERRARA, *Teoría*, cit., n° 48. Por ejemplo, decía MICHOU (La *théorie de la personnalité morale*, cit., p. 225): el titular del derecho es el ente colectivo o individual cuyo interés está jurídicamente garantizado por medio del poder reconocido a una voluntad de representarla y defenderla... el Derecho garantiza no sólo los intereses individuales, sino también los intereses colectivos y permanentes de los grupos humanos.

58 Que en las fundaciones está ligada al patrimonio. DERNBURG: *Das bürgerlichen Recht*, (1906), 3,I, pp. 180 y sigs.

al cual viene a constituirse un patrimonio destinado a su servicio, se llega a la personificación del patrimonio mismo⁵⁹. O bien se trata de la *organización* que está en la base⁶⁰.

Las teorías no son absolutamente satisfactorias, y en el análisis del concepto de persona jurídica se deja ver una cierta artificialidad, un exceso de conceptualismo. Por donde aparecen las teorías llamadas *individualistas*⁶¹ que, aplicadas a las fundaciones, vienen a decir que el fin y el centro de gravedad de todas las ruedas que generan el movimiento, el *pivot* de su mecanismo son las personas naturales, ya que las fundaciones no lo son por sí mismas y, de este modo, la personificación no es más que una forma de aproximación de un patrimonio a los intereses y a los fines de personas indeterminadas.

De donde resulta que después de ese recorrido todo puede reducirse a unas pocas posiciones: o la personificación es una mera ficción; o se trata de una idealización recayente sobre una agrupación u organismo social que ciertamente existe, cuyo elemento esencial es ya el substrato patrimonial o la propia organización, o es más bien un modo de tratar a las personas físicas que intervienen.

Ante el descrédito de las grandes construcciones, se asiste en los últimos tiempos a lo que se ha denominado *crisis de la técnica legislativa de la personificación*⁶², pues se pone en duda la utilidad de la personificación para alcanzar los efectos que se proponen, y se piensa que «la armonía de los derechos individuales basta para justificar de manera racional todos los resultados que se deducen de la existencia de una persona jurídica»⁶³. Se

59 BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, II, && 226, p. 979; FERRARA, *Teoría*, n.º 33, p. 142

60 ENNECCERUS: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 3.ª ed., 1904, & 96. Fue seguido, entre otros, por KOHLER, LEONHART, BEHRENDT. Vide FERRARA, loc. Cit., n.º 61, p. 299

61 Que arrancan de JHERING: *Geist des römischen Rechts*, III, 5.ª ed., t. 1, pp. 356 y sigs.; FERRARA, *Teoría*, cit., n.º 48, p. 235; vide VAREILLES-SOMMIÈRES, M. de: *Les personnes morales*, Paris, 1919: los verdaderos sujetos de derecho son los miembros de la asociación y los beneficiarios de la fundación.

62 BASILE-FALZEA: loc. cit., n.º 6, p. 250.

63 *Ibidem*. Se recoge aquí la opinión de VAN DEN HEUVEL (*De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2.ª ed., Paris, 1884, p. 42). Según este autor de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles se dicen derivar tres efectos: la naturaleza mobiliaria del derecho de los socios; la legitimación procesal del administrador; la separación entre patrimonio social y patrimonio de los socios. Pero para obtener tales efectos no hace falta la personificación.

encuentran en esa dirección posiciones normativistas⁶⁴ y teorías nominalistas⁶⁵, aunque se adhieren a estas tesis juristas procedentes de un pensamiento realista e incluso muy sensible a los fenómenos económicos y sociales⁶⁶. Se excluye que el fenómeno designado por el legislador como persona jurídica asuma la posición de un «sujeto ulterior» respecto de la persona física, y se concluye que la persona jurídica no es otra cosa que una construcción doctrinal, recibida como tal en el lenguaje legislativo y traducible, con perfecta congruencia lógica, en una diversa construcción doctrinal que acoja el postulado de que las relaciones jurídicas no son imputables más que a personas físicas.

Se piensa, según esta corriente, que la construcción de la personalidad jurídica identificaría sólo el derecho especial de algunos grupos, y carecería de utilidad, además, por cuanto no sería posible formular una noción unitaria. En definitiva, las reglas dirigidas a las personas jurídicas serían fórmulas elípticas o indirectas para la designación de las personas físicas, puesto que la norma jurídica es norma de conducta, pero también es cierto que para ser sujetos de Derecho se debe estar en disposición de adoptar la conducta prescrita por la norma. Puesto que, al fin y a la postre, al mismo resultado se llegará duplicando la categoría de los sujetos que duplicando la categoría de las relaciones jurídicas, en tanto que se mantiene firme la unidad del sujeto⁶⁷.

64 Así, KELSEN: *Lineamenti della dottrina pura del Diritto*, trad. Italiana de *Reine Rechtslehre* (Viena, 1934), Milan, 1952, p. 89; «... las obligaciones y los derechos de una persona jurídica han de resolverse en obligaciones y derecho del hombre, esto es, en comportamientos humanos regulados por normas... cuando se hable de acciones u omisiones de una persona jurídica, debe tratarse de acciones y omisiones de seres humanos...». También WOLFF: *Organschaft*, cit., 170.

65 Especialmente los teóricos del «análisis del lenguaje», entre los que BASILE-FALZEA (loc. cit., 257) citan a HART (*Definition and Theory in Jurisprudence*, trad. Italiana *Contributi all'analisi del diritto*, Milan, 1964), a SCARPELLI (*Contributo alla semántica del linguaggio normativo*, Turín, 1959) y D'ALESSANDRO («Persona jurídica e analisi del linguaggio» en *Studi in Memoria di T. Ascarelli*, I, Milan, 1969, pp. 246 y sigs.).

66 Son los casos de ASCARELLI y de GALGANO. El primero de ellos, influido, según BASILE-FALZEA (op. Cit., 255) por HÖLDER y por IHERING. HÖLDER (*Natürliche und juristische Person*, Leipzig, 1905) había descrito la fundación como una *Amisverhältniss*, en el sentido de que los derechos y obligaciones de la fundación se resuelven en derechos y obligaciones de los hombres que participan en ella. Vide ASCARELLI: «Considerazioni in tema di società e personalità giuridica», en *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, pp. 333 y sigs.; «Personalità giuridica e problemi della società» *Problemi Giuridici*, I, Milan, 1959, pp. 235 y sigs.; GALGANO, F. «Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica» *Riv. Dir. Civ.*, 1965, pp. 553 y sigs.; «Delle persone», en SCIALOJA-BRANCA: *Comentario del Codice civile*, cit., 3 y sigs.

67 GALGANO, F.: voz «Fondazione», cit., 395.

Por lo que, desde esta perspectiva, se llega a la conclusión de que la persona jurídica es un concepto que explica sólo la analogía perceptible entre la condición jurídica de una organización colectiva y la condición jurídica de la persona humana⁶⁸.

Contra estas posiciones, puede afirmarse que las situaciones jurídicas de las personas jurídicas no siempre se traducen en situaciones jurídicas subjetivas de sus miembros, o bien que los hombres establecen sus relaciones a través de organizaciones colectivas, y se requieren centros de imputación de situaciones, de actividades o de intereses como puntos de referencia autónomos⁶⁹. Esto es, que el instrumento es útil para simplificar y agilizar el tráfico. Pero no deja de ser cierto que detrás de la fórmula que compendia el haz de las relaciones están los intereses, las conductas y las posiciones de los sujetos humanos que intervienen. La personalidad jurídica no transforma la realidad social, simplemente ayuda al operador jurídico mediante una simplificación.

IV. LOS ELEMENTOS DE LA FUNDACIÓN

En la doctrina usual, la fundación se presenta como la creación de un sujeto de derecho para el cumplimiento de un fin duradero de interés público mediante la destinación y la organización de un patrimonio al efecto. Se destacan de este modo tres elementos constitutivos que han de remitirse a la decisión del fundador: el fin, una «misión permanente» que le haya encomendado el que la instituyó; la organización, que en muy buena medida (salvo el sistema de control, y alguna norma imperativa en materia de patronato) depende también de una decisión del fundador; como, desde luego, la provisión

68 Ibidem., 401. La persona jurídica sería, así, sólo un instrumento del lenguaje jurídico útil para resumir —insustituible más bien en esa función sistemática— un complejo normativo de relaciones entre personas físicas. No cabe superar la crítica de KELSEN sobre la base de un neoficcionismo, que consistiría en afirmar que toda forma de subjetividad jurídica, incluso la de las personas físicas, es creación artificial del ordenamiento. Contra, FALZEA: *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milan, 1939, p. 64. Ahora BASILE-FALZEA, voz «Fondazione», cit., 266.

69 BASILE-FALZEA, loc. cit., 266-267. Invocan la necesidad de este instrumento, que ya empleaban los juristas romanos. Así, ULPIANO, en Dig. 3,4,7,1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent*. Sobre la técnica romana en la Época moderna, ORESTANO: «Persona e persona giuridica nell'Età moderna», en *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 210.

de recursos⁷⁰. Pero ahora, además, el artículo 2.2 de la Ley señala a la voluntad del fundador es la primera de las fuentes de las reglas que se han de aplicar a la fundación, que, a tenor de este precepto, *se rige por la voluntad del fundador, por los Estatutos y, en todo caso, por la Ley.*

12. La voluntad del fundador

Es, como venimos diciendo, decisiva en la determinación de los Estatutos, de la dotación, de la organización, incluso del funcionamiento, y hasta de la extinción⁷¹, pero ha de ser, en principio, la voluntad del fundador reflejada en los Estatutos, pues de otro modo no se acaba de entender a través de qué mecanismos será efectiva tal voluntad. Las referencias, de diverso signo y grado, que en la Ley se contienen a la voluntad del fundador exigen, las más de las veces, que esa decisión, opción o determinación del fundador se haya llevado a los Estatutos.

Así, sin pretensión de exhaustividad, en los preceptos siguientes:

- (a) En el artículo 12.1, II, para justificar la adecuación y suficiencia de la dotación inferior a 30.000*, puede presentar un primer programa de actuación con un estudio de viabilidad.
- (b) En el artículo 15.4.II, la retribución a los patronos por servicios distintos depende de que el fundador no haya dispuesto lo contrario.
- (c) En el artículo 17.3.c), el fundador no patrono está legitimado para ejercer la acción de responsabilidad.
- (d) En el artículo 21. 2, una declaración expresa del fundador decide la vinculación de bienes y derechos al cumplimiento de los fines fundacionales.
- (e) En el artículo 29.1 la prohibición del fundador impide que el Patronato pueda acordar la modificación de los Estatutos.
- (f) En el artículo 30.1 la prohibición del fundador impide la fusión.
- (g) En el artículo 34.4, la prohibición del fundador impide la fusión en el supuesto de que la fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines.

70 Por todos, ESPINOSA ANTA, loc. cit., 248; PUIG BRUTAUJ.: *Compendio de Derecho Civil*, I, Barcelona, 1987, p. 291.

71 CAFFARENA LAPORTA: «Comentario al artículo 9 de la Ley 30/1994» en DE LORENZO (Coord.) *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, I, cit., 73 y sigs.

- (h) En el artículo 33.2, la autorización del fundador permite al Patronato decidir el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación.

De modo que en cinco casos (sub. b,e,f,g,h) la *electio* del fundador parece exigir su constancia en el texto de los Estatutos. En el supuesto sub. a), es una posibilidad que tiene su sentido en el trámite de inscripción y de calificación previa. El caso sub. c) se actúa fuera de Estatutos, pues creo que la legitimación se produce con independencia y una previsión estatutaria en contra implicaría una renuncia anticipada, inválida frente a una norma que parece tener carácter imperativo (art. 6.2 CC). El supuesto indicado sub. d) se refiere a un contenido del negocio fundacional o de un negocio de aportación. Pero en ninguno de los supuestos (a, c, d) en que no parece exigirse que la determinación se haya incorporado a los Estatutos podemos decir que se trate de un elemento que conforme el régimen de la fundación. Parecen más bien efectos directos o reflejos del negocio fundacional o de los negocios de dotación (supuestos sub. a y sub. d) o una previsión de tono imperativo sobre ejercicio de la acción de responsabilidad, y por tanto un ejemplo del régimen legal de la fundación.

Estas menciones contrastan con las alusiones a las determinaciones de voluntad que pueden incorporarse como normas estatutarias, además de las indicadas en el artículo 11. Así, sobre composición, funcionamiento y sustitución del Patronato (arts. 11.1.e); 14.1;15.I. I;15.2.II;16.2;18.2.i),etc.) o sobre destino del patrimonio (23.a), causas de extinción (31.e), etc.

En definitiva, el art. 2.2 puede ser interpretado en el sentido de una relevancia de la voluntad del fundador que fundamentalmente se contiene en los Estatutos, pero que alcanza a tener influencia incluso en decisiones que operan fuera del contenido estrictamente normativo⁷².

72 La relevancia de la voluntad del fundador es afirmada por gran parte de la doctrina subrayando su permanencia. Por ejemplo, RESCIGNO: voz «Fondazione», cit. N° 9, p. 803: una voluntad objetivada, que sirve de criterio para el juicio de la actividad y su conformidad con el fin, de modo que «staccata dal fondatore, rimane a indirizzare costantemente la vita della persona giuridica». Entre nosotros, COSSIO: «Hacia un nuevo concepto...», cit., 642. Pero son acaso proclamaciones generales. Discrepa MORILLO (*El proceso de creación...*, cit.,31), para quien la voluntad del fundador sólo es creadora de la fundación y, una vez constituida, deja de tener trascendencia para el desarrollo de la misma más allá de lo que dispongan los Estatutos.

La voluntad del fundador, en todo caso, no es inmutable, y ha de ser muchas veces interpretada y/o adaptada a las mutaciones sociales producidas con el tiempo. La STS (4ª) de 2 de febrero de 1985, RA 941 se ocupó de un supuesto de refundición de la fundación «Romero Blanco» de Villar de Tallora a la denominada «Monroy» de Noya, una de las cuales se oponía invocando la voluntad de la fundadora. Entendió la Sala que se ha de respetar, en efecto, la voluntad de la fundadora, pero que la Administración Pública tiene la potestad de armonizar dicha voluntad con las nuevas conveniencias sociales.. En la STS (4ª) de 24 de diciembre de 1985, RA 6404, en un caso en que el fundador había previsto un número variable de patronos, y el Protectorado había señalado uno de los posibles, la Sala decía que la voluntad del fundador ha de ser respetada, pero es interpretable «valorando también el interés de los destinatarios en cuyo favor el fundador estableció la institución».

Por lo demás, la presencia y la influencia de la voluntad fundacional presentan caracteres específicos cuando el fundador es persona jurídica o cuando, incluso sin serlo pero por el tiempo de vida del fundador persona física, los propios Estatutos contienen reservas o establecen vínculos de conexión. Lo que, como veremos, es especialmente importante en materia de la llamada «fundación- empresa» y en todos los casos en que quepa admitir una fundación al servicio de fines que beneficien a personas determinadas.

13. El fin fundacional

El artículo 3 de la Ley 50/2002 contiene, con carácter básico, de acuerdo con lo que se dice en la DFIª, por tratarse del desarrollo del derecho de fundación que, según el art. 149.1.1ª CE, determina la competencia del Estado; dos reglas formuladas con generalidad, y dos proyecciones o aplicaciones, de las cuales una forma el apartado 3, y la otra el segundo inciso del número 2. El apartado 4 contiene una aplicación de la regla 2, pero no se le atribuye carácter básico. Las reglas son las siguientes:

- (1) *Las fundaciones habrán de perseguir fines de interés general.*
A lo que sigue la enumeración de un elenco de fines, con carácter enunciativo.
- (2) *La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas.* La disposición, acto seguido, ejemplariza, para

evitar dudas, uno de los supuestos posibles: los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares se han de considerar como un supuesto de colectividad genérica. Y sigue la proyección de la regla en el aparatado siguiente.

- (3) *En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.* Esto es, la regla aquí ejemplariza en negativo, y proyecta su mismo principio a la prohibición de supuestos que pudieran entenderse amparados por la norma anterior.

Así, pues, se establece la necesidad de que las fundaciones persigan fines de interés general y de que, asimismo, beneficien colectividades genéricas de personas; se señalan supuestos que se consideran contenidos en las reglas, y casos que no cabe subsumir en los supuestos de hecho. A parte de que la proyección de las reglas generales matizan e incluso desvirtúan los postulados generales de las reglas, como ocurre cuando se trata de incluir en las colectividades genéricas a los colectivos de trabajadores («de una o varias empresas, y a sus familiares»), hasta el punto de que se alcanza aquí una verdadera excepción⁷³, de modo que, en realidad, el propio precepto formula tres excepciones de interés a la regla que establece la necesidad de que las actividades de la fundación beneficien a colectivos genéricos:

- (a) Una, a favor de colectivos concretos de trabajadores, que se consideran genéricos, para que puedan ser subsumidos, cuando no lo

73 Lo mismo ocurre con la proyección que realiza el número 4, al menos si se la entiende como referida a la previsión del número 3 in toto: si *en ningún caso* pueden destinarse las prestaciones al fundador o a los directivos, y sus respectivos parientes, ni a personas jurídicas singularizadas (atención: *que no persigan fines de interés general*), una fundación *cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español* ¿Puede destinar sus prestaciones a las personas señaladas en el número 3, es decir al fundador, a sus parientes, etc.? Puede tratarse, pues, de una verdadera «fundación familiar», y en todo caso hay aquí una excepción que no cabe disimular bajo la fórmula «No se incluyen en el apartado anterior», cuando lo que se está diciendo es que se exceptúan de la regla del beneficio a colectividades genéricas (art. 3.2) al no incluirse entre los supuestos de prohibición, que son el negativo, ejemplarizado, de la misma regla.

son o pueden no serlo⁷⁴. Se contiene en el inciso segundo del número 2 del artículo 3.

- (b) Otra, a favor de una «persona jurídica singularizada» (¿Otra fundación? ¿Una asociación?) que *persiga fines de interés general*. Está en el inciso final del número 3 del artículo 3.
- (c) Otra, finalmente, en apartado 4, para el caso de fundaciones dedicadas exclusiva o principalmente a la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español. Esta se aplica a las fundaciones de competencia estatal, y puede haber sido incorporada o no a las de competencia autonómica.

De este modo, el precepto que comentamos parece flexibilizar la regla general que es la correspondiente a la visión tradicional de las fundaciones en nuestro Derecho. Obsérvese que las excepciones no se establecen respecto de los fines, sino de los beneficios. Podrá decirse que, en definitiva, por el beneficio se revela el fin, y que no cabe un fin general con beneficio singularizado, pero la correlación no es exacta: caben fines de interés general con beneficio singularizado, como lo revelan las excepciones antes señaladas, y muchos otros ejemplos que cabe traer a colación⁷⁵. Por esta puerta penetra el problema de una actividad industrial o mercantil que cabe conectar o enlazar con una fundación.

En varios preceptos se corrobora la importancia de los fines⁷⁶. Así, en el art. 5.1.e) cuando se prohíbe la adopción de denominaciones que hagan

74 No es, creo, buena técnica que el legislador, que no puede conformar la realidad exterior, aunque puede tomarla como supuesto de hecho de una regla, se empeñe en actuar sobre el presupuesto fáctico en vez de hacerlo sobre la consecuencia jurídica. La disposición que contemplamos debería formularse diciendo que la regla que impone «beneficiar a colectividades genéricas» no se aplica a los colectivos de trabajadores.

75 Se encuentran en las Reales Fábricas, que incorporaron técnicas o realizaron desarrollos técnicos o artísticos de interés general, con beneficios singularizados; o en el desarrollo de patentes o de modelos de utilidad, cuyo fomento y potenciación puede ser de interés general aún cuando obtengan beneficios directamente personas concretas. A juicio de LÓPEZ JACOISTE («Las fundaciones y su estructura...», cit., 592) «existe perfecta coherencia entre el fin fundacional y el interés público mencionado por el artículo 35 del CC. El interés público no es sino la expresión de una demanda colectiva, a la que provee el fundador eligiéndola como designio fundacional. Así, el fin fundacional constituye la causa del negocio. El fin es, por lo mismo, verdadera *causa liberalitatis*...»

76 El señalamiento del fin, se ha dicho, es esencial. Vide LOPEZ JACOISTE, loc. cit., 593. También BONET RAMON: Comentario STS de 9 de febrero de 1948, en RDP, XXXII (1952), pp. 567 y sigs. La STS de 28 de junio de 1964 decía que el contenido esencial del acto de fundación

referencia a actividades que no se corresponden con los fines fundacionales. O el artículo 12.1, que exige que la dotación sea suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. En el artículo 14.2, en relación con el 17.2, los fines fundacionales delimitan la actuación del Patronato, encargado de cumplirlos bajo su responsabilidad. El artículo 23 a) obliga a destinar efectivamente bienes y rentas al cumplimiento de los fines, y el artículo 27.1, al menos el 70% de los resultados. Etc.

La exigencia de un interés general o público en los fines de la fundación, que ya se recoge en la protección constitucional del derecho de fundación (art. 34.1 CE), y se citaba en el artículo 35 del Código civil, deriva, como tan autorizadamente se ha puesto de relieve⁷⁷, de los postulados del sistema liberal, presidido por la idea de libertad del dominio, hasta el punto de que las leyes desvinculadoras vedaron terminantemente y del modo más general las vinculaciones y las prohibiciones de disponer, con la sola excepción de las fundaciones benéficas, porque en ellas se atiende a los intereses colectivos o intereses públicos, que ahora se recogen en el artículo 3, en una cláusula abierta, que ha hecho desaparecer el principio de tipificación⁷⁸.

Creo que, como antes ya apuntaba, hay una cierta confusión entre un fin «de interés público o general» y una atribución de beneficio o de rendimiento a personas singularizadas. Evidentemente, hay un círculo en que se encuentran: es de interés general o público que una entidad desarrolle actividades en beneficio de colectividades genéricas, procurándolas servicios o

es dado por la determinación del fin, que comunica un sello y una fisonomía propia del nuevo ente. Insiste en esa idea MADRUGA MENDEZ, J. «Las fundaciones privadas de interés público», ADC 1968, pp. 413 y sigs, en cuya opinión «el contenido esencial del acto jurídico fundacional viene dado por la determinación del fin en cuanto elemento causal».

77 DE CASTRO: *La persona jurídica*, 2ª reimp., Madrid, 1991, pags 95 y sigs; COSSIO, A de: «Hacia un nuevo concepto...», cit., 643. Vide también FERRER I RIBA, «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació» en *Les persones jurídiques en el Dret civil de Catalunya*, cit., 138.

78 GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit., 246. Valorando como «conceptos jurídicos indeterminados» los fines de interés general, MORILLO, loc. cit., pag. 34. Destaca también el carácter abierto de la enumeración. Algún problema se presenta, en la práctica, respecto de los beneficios fiscales que concede la ley 29/2002, antes citada.. Como dice MARTINEZ LAFUENTE (*Fundaciones y Mecenazgo*, 3ª ed., Pamplona, 1999, pp. 26 a 29) no hay exacta armonización entre la leyes fiscales y la de fundaciones, y puede haber fundaciones de protección fiscal limitada no porque se trate de fundaciones de interés particular, sino porque no persigan finalidades de interés público tipificadas o reconocidas como tales, y se ha de estar a lo que resulte de una aplicación analógica de la norma.

atenciones útiles para la vida, la salud, la educación o la cultura, pongo por caso. Nadie puede poner en duda que es de interés público un hospital para pobres o un centro de enseñanza para inmigrantes. Aquí, la actividad, en cuanto produce una utilidad que se dirige a la satisfacción de intereses conectados a los bienes esenciales, es en sí por sí «de interés general» y el fin de establecer una institución que persiga esa utilidad, también. Pero si fijamos la atención en otros segmentos de las actividades humanas, las cosas pueden cambiar, provocándose una disociación entre una actividad que por ella misma sea de interés general (vgr., el desarrollo de la ciencia o de la técnica en algún punto concreto, la protección del arte), pero genere rendimientos que pueden favorecer a personas concretas.

Las posiciones clásicas presentaron siempre en íntima conexión el fin, el interés, la actividad y el beneficio⁷⁹. Pero, mientras no cabe duda respecto de que las fundaciones han de desarrollar una actividad que de alguna manera se conecte con la promoción de intereses generales de la vida social, y desde ese punto de vista los *beneficiarios* de la actividad han de ser colectivos indeterminados, con las excepciones que hemos visto, cabe que se generen otros frutos, rendimientos o beneficios que pueden ser atribuidos a personas determinadas, bajo ciertas condiciones, siempre que esa percepción no sea equivalente al lucro mercantil, asumido como fin, que excluye el artículo 2.1 de la ley⁸⁰. Desde esta perspectiva se ha de replantear el problema de las *fundaciones familiares* como fundaciones «de interés particular» que

79 LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., 577-578. A su juicio, «La liberalidad en que consiste (la actividad de la fundación, o la fundación en sí misma) se dirige a satisfacer un orden de necesidades que es común a muchas y diversas personas, las cuales entran en consideración no de modo individual y actual, sino por su potencial inclusión en el círculo preciso de la necesidad contemplada...cuando un designio pasa de ser necesidad personal a menester colectivo o amplio suele traducirse en fin. El interés público constituye un rasgo que el Derecho positivo eleva a condición inexcusable para conferir personalidad a la fundación. Su contenido debe estimarse equivalente al de interés social». Y, más adelante, «El interés público exige un destinatario popular, colectivo» de modo que «sea compartible por un amplio círculo de personas». Pero, decía COSSIO (loc. cit., 649) que la distinción entre interés público e interés particular va perdiendo contornos precisos.

80 Vide VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 25. Vide, para argumentar el juego del interés público, CAFFARENA LAPORTA, J.: *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Madrid, 1991, pp. 77 y sigs.; SERRA RODRÍGUEZ (*Las fundaciones*, cit., p. 35) dice que cabe como interés general cualquier actividad que beneficie a un número indeterminado de personas, aunque sea reducido, y que lo que se exige es la generalidad del interés en potencia, aunque in actu sean pocos los beneficiarios. Por interés general cabe entender «cualquier interés social relevante».

se opondría al «interés público»⁸¹. En efecto, una fundación cuya actividad se dirigiera a beneficiar directamente a los miembros de una familia, no sería admisible, en vista de cuanto se dice en los arts. 34.1 CE, 2.1 y 3.3 LF, pero una fundación cuya actividad beneficiara a colectivos indeterminados de personas podría ser admisible aún cuando entre las personas del colectivo estuvieran los miembros de la familia del fundador, pues en este caso ya no sería el beneficio de la familia «la finalidad principal», o incluso cuando esa actividad que tiene por beneficiarios a la sociedad o a colectivos indeterminados generara réditos que pudieran tener perceptores determinados, puesto que, tal y como aparece legalmente especificado. Pero hemos de volver sobre ello a propósito de las actividades mercantiles o industriales que puede llevar a cabo la fundación⁸².

En la jurisprudencia, algunas decisiones han venido a perfilar la función del fin en la fundación, señalando su adaptabilidad a las mutaciones sociales, en el mismo sentido que antes habíamos señalado respecto de la voluntad del fundador, según la conocida posición de la jurisprudencia, que queda consolidada en las resoluciones a que nos vamos a referir.

La STS (1ª) de 21 de junio de 2003, RA 5388 conoció de un supuesto en que la fundadora había señalado un fin que consideraba inalterable⁸³. La solución fue interpretar la voluntad del fundador y considerar aceptable los

81 CARDENAS («Las fundaciones familiares en Derecho privado», ADC, 1952, pp. 584 y sigs.) había admitido, como se admiten las sociedades respecto de las asociaciones, la posibilidad de fundaciones de interés familiar, en base a una interpretación del artículo 4º de la Instrucción de 12 de marzo de 1899. Se opuso DE CASTRO («Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», ADC, 1953, pp. 623 y sigs), argumentando sobre las leyes desvinculadoras, que solo admiten como excepción las fundaciones benéficas, y sobre el carácter de negocio indirecto de la fundación familiar. Las SSTS de 20 de septiembre de 1864 y 5 de julio de 1875 declararon nulas las fundaciones para socorro y alivio de los parientes del fundador y las que excluyan a extraños. Vide también ESPINOSA ANTA, «La fundación...», cit., pp. 258-259; LOPEZ JACOISTE, loc. cit., pp. 579-580; SERRA RODRÍGUEZ, loc. cit., p. 35. Las fundaciones familiares se traducirían «en un vínculo de destino señalado por el fundador, inmutable y potencialmente perpetuo, en contraste con los principios de política económica que informan los ordenamientos, de libre circulación y disfrute de los bienes».

82 Con mayor precisión, CAPILLA RONCERO: sub arts. 37-38 CC, en *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, Dirs. M. ALBALADEJO y S. DIAZ-ALABART, I-3, cit., p. 903. Dice el autor que la fundación ha de tener un fin no lucrativo para sus beneficiarios, impersonal, de interés general, permanente, determinado.

83 La conocida como «Fundación Yanduri», llamada «Obrador de San Pedro y Santa Teresa» fue fundada «para mantener un obrador de ropa blanca» advirtiendo la fundadora «no tendrá nunca otro objeto». Unos parientes de los que podrían recibir, en reversión, los bienes afectos, demandaron la extinción y la reversión de los bienes al caudal de la herencia de la que procedían porque la

cambios denunciados, ante la mutación de las circunstancias sociales, y a favor de los beneficiarios de la actividad de la fundación. La STS (3ª, sec.7) de 27 de abril de 2000, RA 4464 aceptó como fines de interés general «la promoción y difusión de las enseñanzas concretas de un filósofo, conferenciante y educador»⁸⁴. La STS (3ª, sec. 6) de 4 de abril de 2003, RA 3672, en cambio, no ha aceptado como fin de interés general el propuesto por una fundación en defensa de los intereses de los asociados, no abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines, por lo que, en definitiva, se estima que no intenta la promoción de un fin de interés general⁸⁵.

Se percibe a nivel europeo una tendencia hacia lo que se ha denominado la *neutralidad de fines*, que acentúa la instrumentalidad de la forma jurídica «fundación» y remite a las leyes fiscales el encauzamiento de la política fundacional. Así ocurre en Alemania, como sabemos, donde basta con que la finalidad no ponga en peligro el bien común. También en Suiza, donde es más importante la determinación del fin (art. 80 ZGB), pero se permite la pluralidad de fines, a perseguir por la fundación simultánea o sucesivamente⁸⁶. En Italia, se extiende la opinión de quienes entienden que la fundación

fundación no cumplía sus fines (dar educación cristiana y preparación para una actividad remunerada y decorosa a obreras jóvenes) en la sede señalada, que se había abandonado, y debe volver a la comunidad de derecho-habientes de la fundadora. Desestimada en 1ª instancia al acogerse la excepción de cosa juzgada, se desestimó después en Apelación, que entró en el fondo, y absolvió a la fundación demandada. No prosperó el recurso de casación. En uno de sus motivos, se invocaban las STS(4ª) de 2 de febrero de 1985 y 24 de diciembre de 1985, que antes hemos visto. La Sala consideró que el tema planteado en éste caso sólo había sido contemplado en las anteriores sentencias como un *obiter dictum*. No considera la sala aplicable el artículo 790 CC en tema de legados modales, y estima que estamos en sede de fundaciones, y que ante el cambio de las circunstancias sociales que se ha producido, ha de interpretarse la voluntad del fundador valorando también el interés de los destinatarios, en cuyo favor se estableció, conforme a lo que había dicho ya la STS (4ª) de 24 de diciembre de 1985, RA 6404.

84 Era la «Fundación Krishnamurti Hispanoamericana». Dice la Sala que «cultura» es civilización, conocimiento, saberes, y no requiere un fin de impartir o de proporcionar.

85 «Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicación»

86 Vide CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico de la fundación*, cit., pp. 77 a 79. El BGB (y cabe decirlo también después de la reforma: vide bibliografía indicada en Notas 24 y 25) ha dejado abierta la cuestión de los fines fundacionales admisibles, dice este autor, y hay que estar a los preceptos de la Ley Fundamental (arts. 2, 14, 19, etc.), así como que «la decisión sobre la determinación del fin de un patrimonio determinado es una manifestación del derecho de propiedad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad». Sólo las fundaciones consideradas de utilidad pública reciben un tratamiento fiscal favorable.

haya de perseguir fines altruistas, y se tiende a admitir la posibilidad de fundaciones dirigidas a proporcionar ventajas a los fundadores, caminando hacia la neutralidad del instrumento organizativo, que es la fundación, frente a los fines⁸⁷.

14. La dotación

Es una parte del patrimonio de la fundación (argumento ex artículos 19.1, 21.1 y 2, y 12 LF) constituida por una masa de bienes (que comprende también derechos) aportados por el fundador o por terceros que quedan directamente vinculados al cumplimiento de los fines y, a este efecto, sometidos a un régimen especial de gestión y de disposición.

La dotación se perfila en los preceptos que acto seguido pasamos a exponer:

- (a) El artículo 10 c) exige que se indique en la escritura de constitución, *la dotación, su valoración y la forma y realidad de la aportación.*
- (b) El artículo 11 d) ordena que en los Estatutos de la fundación se haga constar *las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.*
- (c) El art. 12.1, inciso primero, determina que la dotación pueda consistir *en bienes y derechos de cualquier clase.*
- (d) El artículo 12.1, inciso final y 12.1.II se refieren a la *suficiencia y adecuación* de la dotación, y establecen que se la tendrá por suficiente si excede de 30.000* pero que, cuando sea inferior, podrá el fundador justificar la adecuación y la suficiencia mediante la presentación del primer programa de actuación con un estudio de viabilidad.
- (e) El artículo 12.2, párrafos I y II contiene dos reglas sobre la aportación: (i) si es *dineraria*, podrá efectuarse en forma *sucesiva*, con

87 Vide COSTI: «Fondazione e impresa», cit., pp. 14 a 17; GALGANO . voz «Fondazione. I) Diritto civile», en *Enciclopedia Giuridica*, XIV, Roma, 1989, pp. 1 sigs; FUSARO: voz «Fondazione», cit., 362. Pesa, sin embargo, el juicio discrecional de la autoridad administrativa, en un sistema que se basa todavía en el reconocimiento.

un desembolso inicial del 25%, y el resto en plazo no superior a cinco años desde el otorgamiento de la escritura de fundación; (ii) si *no es dineraria*, deberá incorporarse a la escritura de constitución *tasación* realizada por experto independiente⁸⁸.

- (f) El artículo 12.2.III ordena que *se acredite o garantice* la realidad de las aportaciones ante el Notario autorizante «en los términos que reglamentariamente se establezcan».
- (g) El artículo 12, en sus números 3, 4 y 5, contiene tres reglas sobre composición del patrimonio dotacional: (i) Cabe integrar en la dotación un *compromiso de aportaciones por tercero* siempre que esa obligación conste en títulos que lleven aparejada la ejecución; (ii) Formarán parte de la dotación *los bienes y derechos de contenido patrimonial* que se aporten por el Fundador, o por un Tercero, o *se afecten por el Patronato* con carácter permanente a los fines fundacionales.;(iii) No se integra en la dotación *el mero propósito de recaudar donativos*⁸⁹.
- (h) El artículo 21.1, en materia de «Enajenación y Gravamen» dice que «La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, *requerirán la previa autorización del Protectorado*, que se concederá si existe justa causa debidamente justificada».
- (i) El artículo 21. 4 ordena que tales enajenaciones o gravámenes se hagan constar en el Registro de Fundaciones, en el Registro de la Propiedad o en el Registro Público que corresponda por razón del objeto, y se reflejen en el Libro Inventario, información suficiente de sus actividades
- (j) El artículo 22 obliga a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales (ap. a), así como a dar información suficiente (ap. b).

En vista de los preceptos a que nos hemos referido, no es fácil de sostener la distinción entre *dotación* y *bienes directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales* (art. 21.1), como no sea para señalar que la dotación es una componente del acto fundacional (art. 10 c) y que es

88 Sobre la discordancia con preceptos de las leyes autonómicas, vide antes nº 4 y Nota 18.

objeto de valoración, desde el punto de vista de su adecuación y suficiencia, en tanto que otros bienes no aportados en el momento fundacional pueden ser considerados directamente vinculados aún cuando no se integren formalmente en la dotación. Me pregunto si no sería mejor decir que en base a la declaración de vinculación, que puede realizar el fundador, un tercero aportante, el Patronato, el Protectorado (por resolución motivada) o la autoridad judicial, los bienes (o derechos) se integran en esa suerte de *peculio* que es lo que se denomina *dotación*. Porque en todo caso, el tratamiento desde el punto de vista de gestión y disposición es el mismo: necesidad de inscribir y documentar, constancia en Inventario, obligación de destino efectivo, y autorización del Protectorado, por justa causa acreditada, para su gravamen y enajenación⁹⁰.

La dotación, como digo, se ha de efectuar, al menos en una parte, en el negocio fundacional. Este es un negocio típico, unilateral, que tiene el doble aspecto personal y patrimonial, puede ser intervivos o mortis causa y tiene, en el fondo, naturaleza de acto de liberalidad, lo que comporta la aplicación analógica de ciertos preceptos de la donación, aunque no sea exactamente un negocio a título lucrativo equivalente a la donación. Como, por ejemplo, las normas relativas a protección de legitimarios y acreedores y los que se refieren a la responsabilidad del donante (arts. 632,633, 645,643 CC). Es, en todo caso, en nuestro Derecho un negocio único, y comprende el acto de destinación patrimonial y el de creación de una persona jurídica⁹¹.

89 La regla del art 12. 4, inciso final sobre afectación de los bienes ha de ser completada con la que se contiene en el artículo 21.2 cuando señala que «se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados a los fines fundacionales, cuando dicha vinculación está contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, *del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice la aportación voluntaria a la fundación*, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados». Y añade el párrafo II: «asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse *por resolución motivada del Protectorado o por la autoridad judicial*»

90 Que creo ha de comprender también la renuncia; es decir, todos los actos de disposición, e incluso los de riesgo, como el de garantizar bajo fórmulas que no puedan considerarse exactamente equivalentes a gravamen. En opinión de MORILLO GONZALEZ: *El proceso de creación...*, cit., p. 39 «forman parte de la dotación el conjunto de bienes y derechos afectados con carácter permanente y estable a fines fundacionales, que sirven de fondo patrimonial para la producción de rentas o medios económicos que hagan posible la realización de los fines, y cuya posibilidad de disposición queda supeditada, en todo caso, a la previa autorización del Protectorado».

91 Puede verse CAFFARENA LAPORTA: «El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones», AAMN, XXXIV, 1995, pp. 83 y sigs., 93; también en *El régimen jurídico de las fundaciones*, cit., 109 y sigs. Comparto también la opinión de que no es aplicable el régimen de

La STS de 23 de junio de 1964⁹² explicaba el negocio fundacional diciendo: «.. la fundación, en el campo estrictamente privado, es promovida por la voluntad individual del fundador: el instituyente declara querer que un cierto instituto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento, acto al que se denomina negocio de fundación...». La STS (1^a) de 22 de marzo de 1983, RA 1607 enfatizó la necesidad de escritura pública, al rechazar la legitimación de quien actuaba en nombre de una fundación que, dijo, no se había constituido.

La dotación en el acto fundacional es necesaria de acuerdo con el Derecho suizo (arts. 80 y 82 ZGB), y se trata como una donación a efectos de impugnación por herederos y acreedores. En el Derecho alemán puede no realizarse en el acto fundacional (§ 82 BGB). En el Derecho italiano, se sostiene la distinción entre negocio de fundación y acto de dotación, pero se subraya su estrecha interdependencia⁹³.

15. La titularidad dotacional como estatuto dominical

La personificación de la fundación significa, como anteriormente hemos destacado, un específico mecanismo de vinculación de bienes al cumplimiento de los fines, y determina un régimen especial de tenencia y disfrute. Los sistemas de vinculación posibles en nuestro Derecho, desde los que se basan

revocación de donaciones. Lo duda también COBO GALVEZ: Sub art. 17 Ley 30/1994, en DE LORENZO et alii: *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, I, cit., pp. 147 y sigs; también, con análisis comparativo respecto de la regulación en las Leyes catalana (art. 3), gallega (art. 7) y del País Vasco (art. 4.2). DURAN RIVACOBA: *El negocio jurídico fundacional*, Pamplona, 1996, pp. 96-97; Vide también ESPINOSA ANTA: loc. cit., pp. 263-264. El carácter unitario, en la línea del texto, y los reseñados caracteres en MARTINEZ-ECHEVARRIA CASTILLO: «Constitución condicional de fundaciones», en REAL PEREZ, A. (Coord.) *Constitución y extinción de fundaciones*, Valencia, 1999, pags.83 y sigs.; también en COBO GALVEZ (Ibidem, 87 y sigs). El análisis del negocio fundacional como liberalidad y su *causa liberalitatis* en LOPEZ JACOISTE, loc. cit.,588. Sobre los negocios de destinación, BEKKER: *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1886, pp. 275 y sigs.

92 La recoge LOPEZ JACOISTE, loc. cit., 597. Vide también, sobre el carácter del negocio fundacional, NART, I: «La fundación», RDP 1955, pags.495 y sigs.

93 Vide CAFFARENA LAPORTA: *El régimen jurídico...*, cit.,100 a 102; RESCIGNO, P: voz «Fondazione», cit., nº 8, p. 801; FUSARO: voz «Fondazione», cit., 360; PONZANELLI: «Le fondazioni...», cit., p. 363. La doctrina italiana considera que el acto de dotación es un negocio de destinación, autónomo, de naturaleza gratuita, que forma parte integrante del negocio fundacional.

en la imposición de un deber, con mero carácter obligacional, hasta los que generan una carga real, y por ello oponible a terceros, presentan las notas de temporalidad forzosa y de necesaria reversión en caso de incumplimiento y, en todo caso, de carencia de un control efectivo sobre destinación, con los correspondientes resortes o remedios para evitar los eventuales abusos⁹⁴. El más sólido de los medios técnicos es, como hemos visto, la creación de una persona jurídica.

Ahora bien, la afectación, como se ha observado desde muy distintos puntos de vista, opera como una suerte de limitación al ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes, porque somete a los bienes a un régimen especial de tenencia y, sobre todo, de disposición. Un efecto que, además, deriva de una distorsión en el *ánima* del derecho subjetivo por excelencia (el «terrible derecho») que es la propiedad. Porque, ya se conciba el derecho subjetivo como un poder de la voluntad, como un interés protegido, como la protección de ese interés, o como un ámbito de poder y libertad que para la satisfacción de los intereses propios es concedido y protegido por el ordenamiento jurídico, es el caso que en la fundación actúa quien no es exactamente titular (el Patronato) pero en todo caso no en función de su interés libremente valorado. De ahí que en doctrina se haya observado que se trata de un poder más limitado que el correspondería a la figura del propietario persona-física⁹⁵, o que se trata de una modalidad «particularísima» en la titularidad, en cuanto que su titular lo es en la medida en que ha sido creado por el ordenamiento para la realización del fin con la afectación de los bienes⁹⁶, o que se trata de una titularidad fiduciaria, por cuanto, siendo el derecho subjetivo un poder de la voluntad al servicio del propio interés, aquí resulta que el titular no es portador del interés⁹⁷, o incluso que la propiedad de las fundaciones asume caracteres tales que hacen dudar de la posibilidad de conside-

94 Vide VALERO AGUNDEZ: *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 44 y 45. Los medios técnicos para realizar una afectación permanente de un patrimonio a un fin serían: donación; legado sub modo; propiedad fiduciaria; imposición de una carga real; donación o legado a favor de una persona jurídica cuyo fin institucional coincida con el propósito del transmitente; o creación de una persona jurídica.

95 MORILLO GONZALEZ: *El proceso de creación*, cit., 260.

96 VALERO AGUNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 46. Se apoya en SALEILLES: *De la personnalité juridique*, cit., 125.

97 LÓPEZ JACOISTE: *Las fundaciones y su estructura*, cit., 601-602. A su juicio, se presenta un paralelismo con la figura del *trust*.

ría un derecho subjetivo en sentido técnico para asumir los caracteres de la *función*⁹⁸ por cuanto la propiedad «deja de ser expresión de libertad y asume contenidos de obligatoriedad que son típicos de los poderes-deberes, de las funciones, hasta llegar a configurar el caso como un supuesto de «función», que da vida a «un particular tipo de propiedad o a una situación subjetiva que no puede ser reconducido al instituto de la propiedad»⁹⁹. De este modo, la finalidad desplaza al interés, a satisfacer un interés difuso, que sólo quedará determinado por la realización de actos de cumplimiento de la finalidad: el derecho subjetivo mudaría a «potestad» y el Patronato sería titular de un oficio de derecho privado, un poder meramente funcional, un caso de funcionalización de la propiedad¹⁰⁰.

Como veremos más adelante, al hablar de la fundación-empresa, en la fundación el poder de la voluntad y el interés se encuentran escindidos. El poder se atribuye a determinadas personas (los administradores), mientras que el goce, como manifestación del interés, corresponde a la colectividad, en la medida que ha de ser tratado como un interés general.

98 COSTI: *Fondazione e impresa*, cit., pp. 8 a 10. Y señala este autor: «así, en el poder de disposición, ya se coloque en el interior o en el exterior del derecho de propiedad, la fundación no puede modificar el destino del propio patrimonio y, menos, renunciar, desde el momento en que debe perseguir cierto objetivo. No puede decidir su fin, aunque puede proceder a todas las reconversiones de su patrimonio». No puede obtener, añade, del patrimonio todas las utilidades de que sea abstractamente capaz: solo las utilidades que sean instrumentales para la consecución de sus fines estatutarios y, por otra parte, debe utilizar en esa dirección los propios bienes.

99 GALGANO: por último, voz «Persona Jurídica», cit., pp. 403, nota 51. Añade este autor que «...sún cuando, por comodidad, siga siendo indicada con esa expresión» (propiedad). Ya había dicho SCALFI (*L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milan, 1968) que en la fundación son titulares los administradores, como elemento personal de la persona jurídica, en cuanto *funcionarios*. Desde otro punto de vista, puede afirmarse que se produce en la fundación la misma crisis que se detecta en la propiedad de las grandes sociedades anónimas, en las que los poderes de gestión y control efectivo no tienen su fuente ni su legitimación en las facultades de goce y disposición. La titularidad de la propiedad que corresponde a la fundación, ejercitado por sus órganos, da el poder de gestión de la empresa de fundación, pero no da las ventajas y las desventajas que de ello derivan, con una fuerte analogía con el *trust*. En particular, permanece en la titularidad el contenido político-administrativo de la propiedad, mientras el económico corresponde a sujetos que no son propietarios. Vide COSTI: «Fondazione e impresa», cit., pp. 1 y 10; ROSSI, G.: *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*. Milán, 1967, pp. 13 y sigs; 97 y sigs.

100 FERRER I RIBA, J.: *Formes jurídiques de destinació fundacional em el Dret civil de Catalunya*. Tesis doctoral inédita en la Universidad de Barcelona, 1989. Conocía la tesis por haber formado parte de la Comisión que la juzgó, con la máxima calificación, por cierto. Agradezco la cortesía del autor que me ha permitido publicar las referencias.

A mi juicio, se trata de un estatuto dominical, que autoriza el artículo 33.2 CE, bajo la reserva de ley del artículo 53.1 de la propia Constitución. Se trata de una propiedad, en efecto, funcionalizada, de un derecho instrumental al servicio del interés fundacional, bajo control de la Administración Pública. Un derecho que se ejercita por verdaderos funcionarios, que son los miembros del Patronato. Y así el ámbito de poder no sólo se estrecha, sino que se hace depender de un vínculo de destino, cuyo incumplimiento ha de determinar la remoción del titular (art. 18.2,d) y se convierte en una titularidad especial, caracterizada por una gestión que ha de ser efectiva en orden a la realización de los fines, transparente, documentada, en la que se carece de poder de disposición libre, ya que se requiere autorización por justa causa acreditada¹⁰¹.

16. La organización

La LF parece dar relieve a la necesaria organización de medios y recursos que la fundación implica, superando de este modo la idea clásica de una *universitas bonorum*, o de un substrato formado por un patrimonio destinado a un fin, no obstante la configuración tradicional que ofrece, con escasas variantes respecto de la definición que se contenía en la ley 30/1994 (fin de lucro por «ánimo de lucro») en el artículo 2.1. Y así se aprecia en la posibilidad de proceder a una dotación sucesiva, o en la importancia que se concede al gobierno de la fundación, y a las funciones del Patronato, en la apertura a las actividades mercantiles¹⁰². A lo que hay que añadir, porque ha sido justamente observado, que se ha producido una traslación de principios y normas del Derecho de sociedades de capital a la fundación¹⁰³. Se percibe en el tratamiento de múltiples aspectos, de los que vamos a seleccionar *hic et nunc* los que nos parecen más importantes:

101 Me he ocupado de la función social y de la propiedad funcionarizada en la ya citada *La propiedad en el sistema del Derecho civil contemporáneo*. Remito a ese lugar.

102 Vide PIÑAR MAÑAS: «Comentario...», cit, pags 7-8; DURAN RIVACOBIA: *El negocio jurídico*, cit., 58; MORILLO GONZALEZ: loc. cit., 31.

103 EMBID IRUJO, J.M.: «Notas sobre el Régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores» en RVEH nº 7 (2003), pp. 79 y sigs.

- (a) Respecto del Patronato, como órgano gestor y representativo, tanto el principio de unidad orgánica, cuanto la delegación de facultades, el sistema de concesión y revocación de poderes.
- (b) En cuanto a la responsabilidad de los patronos, desde el supuesto básico del artículo 17.2 LF, que es equivalente al artículo 133.2 LSA, aunque es distinto el Standard de diligencia («representante leal» en el artículo 17.1 LF; «ordenado empresario», arts. 127.1 LSA, 62.1 LSRL); pero ambas se basan en el elemento subjetivo de la culpa; se aparta más el ejercicio de la acción de responsabilidad, que aquí puede ser ejercitada por el Protectorado (art. 35.2 LF) o por el fundador no patrono (art. 17.3); en el mecanismo de exoneración, el artículo 17. 2 LF evoca el mismo tratamiento en sociedades de capital.
- (c) En la constitución: desde la distinción entre el momento negocial (dotación) y el momento institucional (Estatutos), pasando por la aportación o desembolso, y por el tratamiento de la «fundación en formación»¹⁰⁴.

La estructura interna de la fundación está marcada por la intervención del Patronato, además de por la necesidad del recurso al control judicial, que en el caso de las fundaciones se acentúa acaso por un efecto reflejo de los intereses en juego, que quedan lejos de la disponibilidad de los sujetos que actúan. La presencia del Protectorado, que gestiona y representa los intereses públicos, plantea cuestiones de límites, pues si es cierto que le corresponden atribuciones respecto del cumplimiento de los fines, o del control de legalidad en el orden interno, además de competencias puntuales en orden a la designación de los órganos de gobierno o a promover la modificación de los estatutos, etc., no hay, como ha dicho la STS (3ª, s. 7) de 20 de diciembre de 2003, RA 2004/614, un control ilimitado del Protectorado sobre el funcionamiento interno, sino únicamente una intervención extrema en casos excep-

104 Sobre todo ello, EMBID IRUJO, a quien he seguido en el texto: *Ibidem.*, pp. 85 a 98.; vide también SALELLES-VERDERA: *El patronato de la fundación*, cit., 175-180. Destacan estos autores el dato de que en la responsabilidad de los patronos hay elementos diferenciales de interés, como el hecho de que carezcan de retribución. Consideran que se trata de una responsabilidad orgánica regida por reglas de derecho necesario.

cionales especialmente previstos, y las controversias sobre el funcionamiento interno de las fundaciones privadas han de tener su sede natural en el orden jurisdiccional civil.

La nueva ley ha definido con mejor técnica la competencia de los tribunales del orden civil (art. 43. 3) y de este modo ha dejado claro que las fundaciones privadas pertenecen a la esfera particular, y consiguientemente tienen su sede natural en el orden civil, en tanto que la intervención administrativa, como ha dicho la STS a la que acabamos de aludir, se produce en la constitución, para constatar la presencia de los elementos estructurales, y en el funcionamiento, para vigilar que la actuación externa no se aparte de los intereses generados que encarnan los fines fundacionales. Pueden verse también las SSTs (4ª) de 21 de abril de 1999, RA 4178 y (3ª) de 24 de enero de 2000, RA 315.

17. Los beneficiarios

La LF, como ya hemos visto, exige que la actividad desarrollada por la fundación tenga por beneficiarios colectividades indeterminadas de personas. Una expresión que la doctrina trata de flexibilizar, aceptando que su núcleo duro se encuentra en la exclusión de que una concreción de los beneficiarios suponga cualquier tipo de parcialidad o discriminación (art. 23 c)¹⁰⁵.

Ahora bien, tales colectividades más o menos diferenciadas ¿Tienen alguna otra presencia en la fundación? Cuando la ley señala que los gestores han de actuar «con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios», que son en definitiva los destinatarios de la actividad, ¿Les concede algún derecho? ¿Un interés legítimo, al menos, acaso tutelable de acuerdo con el principio que inspira el artículo 24.1 CE?

En alguna posición doctrinal, como antes hemos apuntado, se introducía a los beneficiarios en el esquema de funcionamiento, atribuyéndoles incluso la condición de titulares del patrimonio fundacional, o al menos la de verdadero substrato de la persona jurídica. Pero este tipo de declaraciones generales no conducen a parte alguna. Se trata de saber, mucho más en concreto,

¹⁰⁵ Se entendió que la referencia a colectividades genéricas de personas excluía la fundaciones con destinatarios individualizados, evitando así las llamadas fundaciones familiares. Ya hemos hablado sobre ello (nº 13, nota 39). Vide también LOPEZ-NIETO MALLO: *Manual de fundaciones*, Barcelona, 1996, p. 196.

si los beneficiarios potenciales pueden esgrimir, y por qué vía, alguna pretensión frente a la fundación, por ejemplo para que se actúe con los criterios indicados por el artículo 23.c), o para exigir que se les tenga por destinatarios, o para ejercer un control sobre la actividad de la fundación.

En la doctrina italiana, el tema se ha planteado, y ha recibido una respuesta dubitativa. Algún autor ha visto la posibilidad en cuanto el beneficiario sea identificable, esto es, que los Estatutos indiquen con exactitud los caracteres, y siempre que el fundador lo haya previsto¹⁰⁶. Piensan otros autores que cabría una acción o pretensión para obtener las prestaciones cuando el ámbito está objetivamente delimitado en los Estatutos y no se concede a los órganos una facultad de elección¹⁰⁷. En cuanto al derecho a controlar la administración del ente para que la actividad se desarrolle de conformidad con la ley y los Estatutos, la respuesta habría de ser positiva, siempre que los beneficiarios puedan ser identificados como tales, aún cuando no individualizados, por aplicación de los propios Estatutos.

En nuestro Derecho hay que responder afirmativamente, a mi juicio, a las dos cuestiones. En cuanto a la solicitud para que se tenga a alguien como beneficiario, siempre que no haya una facultad de elección más o menos discrecional, y hayan quedado objetivamente perfilados los caracteres o las condiciones del receptor. Se trata de una acción individual, que a mi juicio es ejercitable ante la jurisdicción ordinaria. Cabe también una acción dirigida a evitar la desviación de los órganos respecto de los criterios de funcionamiento (los del art. 23 c) en las de competencia estatal, o los que se hayan establecido en las leyes autonómicas para las fundaciones de su competencia). Esta acción puede emprenderse en vía administrativa, mediante denuncia al Protectorado, para que ejerza sus labores de vigilancia, y podrá proseguirse en vía contencioso-administrativa contra los acuerdos que, en su caso, haya adoptado el Protectorado. Cabría también, a mi juicio, una acción en defensa de un interés difuso, del tipo de las class-actions, que ahora autoriza limitadamente, para específicos supuestos, la nueva Ley de Enjuiciamiento civil (arts.6.1 7º y 11.2) en nombre de un colectivo de beneficiarios potenciales,

106 Vide ALPA,G.:«Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia.Considerazioni preliminari», en AAVV (ALPA, Coord) *Le fondazioni*, cit., p. 25.

107 Por otra parte, se plantea la naturaleza de la entrega, que no es exactamente una liberalidad, sin perjuicio de que los beneficiarios adquieran a título gratuito. La posición se aproxima a la de los destinatarios de una promesa al público. Vide RESCIGNO,P.: voz «*Fondazione*», cit., nº 18, p. 813.

para evitar el abuso o la desviación de poder que significa una actividad de la fundación apartada de los fines fundacionales, o bien la mera carencia o falta de actividad, al menos, en la medida en que se puede probar que se ha causado un daño. Esta acción sería ejercitable ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso administrativa, después de una petición ante el Protectorado (art. 35.1.e). Deriva ello de lo establecido en el art. 22.1º LOPJ y en el art. 1.1 y 1.2. b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de señalar que, asumido el Protectorado por la Administración General del Estado (art. 34.2) se abre para los administrados la posibilidad de acudir a la vía administrativa, y después a la Jurisdicción contencioso-administrativa, al menos, en vía de principio. (Obsérvese que el art. 35 e) señala como función del Protectorado «velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales», lo que, adecuadamente interpretado, parece dar la posibilidad de que un administrado denuncie o manifieste ante el Protectorado, incitando su actuación. Habrá que tener en cuenta en todo ello, desde luego, lo que digan los Estatutos).

Pero pienso, en principio, la sede natural de una reclamación de un eventual beneficiario (o de un beneficiario in actu) ha de ser la vía civil, en cuanto se trata de una cuestión de validez y/o eficacia de un acuerdo o decisión de un órgano de la persona jurídica.

Recientemente, la STS (3ª s. 7) de 20 de diciembre de 2003, RA 2004/614, a la que ya nos hemos referido, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la desestimación del recurso contencioso-administrativo a su vez deducido contra resoluciones de la Secretaría General del Protectorado de Fundaciones. La Sala recuerda el tenor del art 22.1 LOPJ y considera que la Jurisdicción civil es la sede natural. Considera que el Protectorado tiene funciones de control de legalidad y la que antes recordábamos del art. 35. e) En ese ámbito concreto, parece deducirse de la Sentencia, cabría un recurso en la vía contencioso-administrativo. Pero las controversias sobre el funcionamiento interno se han de juzgar ante la jurisdicción ordinaria y las exteriores, salvo las que tiene atribuidas en concreto el Protectorado.

V. LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS QUE PUEDE DESARROLLAR LA FUNDACIÓN

El artículo 24 LF, que sucede, con algunos cambios, al artículo 22 de la Ley 30/1994, se refiere a las actividades económicas que pueden desarrollar

las fundaciones. Al efecto, establece dos reglas generales, una de las cuales se desdobra en dos proyecciones. Son las siguientes:

- (a) Las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, *con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia* (art. 24.1.I)
- (b) Podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas *a través de su participación en sociedades* con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados (Art. 24.1.II).

Esta última regla se desdobra en dos aplicaciones o reglas derivadas:

- (ba) Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles *en las que no se responda personalmente de las deudas sociales*. Cuando esta participación sea mayoritaria, deberán dar cuenta al Protectorado (Art. 24.2)
- (bb) Si la fundación recibiera por algún título, bien en la dotación inicial bien posteriormente, alguna participación en sociedades en las que se deba responder personalmente de las deudas sociales, *deberá enajenar dicha participación* salvo que, en el plazo máximo de un año, *se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.*(Art. 24. 3).

Es decir, la fundación puede desarrollar actividad conexas con los fines, complementaria o accesorias, y en tal caso queda sometida a las leyes de defensa de la libre competencia. Y sin tales límites (relación, complemento o accesoria respecto de los fines) puede participar en sociedades de capital, que tengan limitada la responsabilidad de todos los socios, o de la fundación (anónimas, limitadas, comanditarias simples o por acciones como socio comanditario), y temporalmente en sociedades cuyos socios tengan responsabilidad ilimitada (civiles, regulares colectivas, comanditarias como socio colectivo), hasta que las participaciones se vendan o la sociedad se transforme en el plazo máximo de un año.

Hay que conectar esta posibilidad, ahora reconocida por la ley, con el derecho de fundación del artículo 34.1 CE, y con la libertad de empresa del artículo 38 CE. Por la doctrina se ha puesto de relieve que las razones que

determinan esta decisión del legislador se encuentran en la posibilidad de que integren el patrimonio de la fundación toda clase de bienes y derechos (art. 12.1), y en la necesidad eventual de que el patrimonio de una fundación exija el desarrollo de una actividad empresarial para captar recursos o la creación de empresas instrumentales para la mejor consecución de los fines fundacionales¹⁰⁸.

La libertad de creación de empresas, la libre iniciativa económica privada que reconoce el artículo 38 CE parece ha de comprender también a las fundaciones, como finalmente parece pacífico que ha de extenderse la libertad de establecimiento que protege y ampara el artículo 43 del Tratado de la Unión Europea¹⁰⁹.

La fundación es, en definitiva, lo que ahora se llama un *operador económico* y su presencia en el mercado puede ser hasta cierto punto inevitable.

Las leyes autonómicas también admiten el desarrollo de actividades económicas:

- (a) La ley catalana, en sus artículos 3 y 4.4: se admite la inversión en empresas, y se requiere la autorización del protectorado para adquirir la condición de comerciante.
- (b) Las leyes gallegas, en los artículos 19 de la ley y 21 del Reglamento aprobado por Decreto 193/1984. Se admiten las actividades industriales y mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional.

108 Así, LÓPEZ-NIETO, loc. cit., pp. 242-243; SERRA RODRIGUEZ, loc. cit., p. 40; CARRANCHO HERRERO: «El problema del ejercicio de actividades económicas por fundaciones», en RDP, 1991, pp. 94 y sigs., 106-107; CABRA DE LUNA: Sun art. 22 Ley 30/1994, en DE LORENZO et alii: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 182 y sigs.

109 Vide GARCIA RUBIO: «Persona jurídica sin ánimo de lucro», cit. pp. 264 a 267. Recoge esta autora la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Maatshcappij Drijvende Bokken BV C-219/97 I-6/21* decfa: «... La falta de ánimo de lucro... no basta para privar al Fondo sectorial de pensiones de su carácter de empresa en el sentido de las normas de competencia del Tratado... el Fondo es una empresa en el sentido de los arts. 85 y 86 del Tratado...» (y en el sentido del artículo 90.1). Sin embargo, sigue muy asentado en la doctrina que son titulares del derecho de establecimiento a las personas físicas y a las personas jurídicas que tengan la consideración de sociedad según el actual artículo 48 TUE (antes, 58). La STJCE de 29 de junio de 1999, *Comisión v. Belgique*, extiende la libertad de establecimiento a las fundaciones, en base al argumento del Abogado General, según el cual tales entidades participan en la vida económica, en el sentido del art. 58 TUE. Vide también LOPEZ-ESCUADERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE MANZANARES, J.: (Coords.) *Derecho Comunitario material*, Madrid, 2000; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.: *Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades en la CEE*. Madrid, 1988, pp. 49 y sigs.

- (c) En Navarra, las Leyes forales vienen a coincidir con el artículo 22 de la Ley 30/1994.
- (d) En el País Vasco, el artículo 25 de la ley admite las actividades empresariales que tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos, y cabe que las ejercite la fundación por sí misma o por medio de sociedades.
- (e) La Comunidad Valenciana coincide con el tenor del artículo 22 de la Ley 30/1994.
- (f) Lo mismo ocurre en la Comunidad de Madrid¹¹⁰.

El ejemplo más claro de fundaciones operando en el tráfico se encuentra en Alemania, donde una fundación puede ser titular de una empresa, y en tal caso es empresario y debe asumir y cumplir los deberes que como tal le corresponden, o puede ejercitar una actividad mercantil adquiriendo una participación accionarial o social en una sociedad de capital. Hay, así, fundaciones que se limitan a distribuir las rentas de un patrimonio (Hauptgeldstiftung) y fundaciones que dan vida a una institución ajena a su estructura mediante la cual cumple su fin (Anstaltstiftung), esto es, fundaciones titulares de capitales, titulares de un establecimiento, e incluso fundaciones que ejercen un oficio o una función o una empresa (Stiftungsunternehmen)¹¹¹.

De este modo, las actividades económicas desarrolladas por la fundación pueden proceder de haberse aportado a la dotación, del hecho de haber creado empresas instrumentales que sirvan para el cumplimiento de los fines,

110 Vide CABRA DE LUNA, loc. cit., p. 182; DE PRADA, J.M.: «Actividades mercantiles de las fundaciones» en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, I, Madrid, 2002, pp. 53 y sigs., 61.

111 Es notorio el ejemplo de la Carl Zeiss Stiftung, fundada en 1896, en Jena. Puede verse un análisis en GOYDER: *L'avvenire della impresa privata*, trad. Ital., Milan, 1955; STRICKRODT: *Unternehmen unter frei gewählter Stiftungssatzung*, Baden Baden – Frankfurt, 1956, pp. 2 y sigs.. La fundación se realizó para la gestión, vinculada a algunos objetivos estatutariamente determinados, de las grandes empresas cristaleras y ópticas Abbe existentes en Jena. En sus Estatutos se establecía el deber de contribuir al perfeccionamiento de varias ramas de la industria técnica de precisión; la de cuidar la seguridad económica de la empresa y la de cumplir deberes sociales más elevados. Después de la Guerra Mundial, se suscitó una amplia polémica sobre la posibilidad de que la fundación fuera utilizada para la socialización de empresas. En España da noticia de la Carl Zeiss Stiftung BADENES GASSET: *Las fundaciones de Derecho privado*, cit., I, p. 88. Vide también PONZANELLI: «La fondazioni in diritto straniero», en RESCIGNO (Coord.): *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., 359 y sigs., 393-94; RESCIGNO: *Voz «Fondazione»*, cit., nº 15, p. 809; COSTI: «Fondazione e impresa», cit., pp. 3-4.

o de la pura y simple creación de empresas para captar recursos que se alleguen como ingresos. Unánimemente se admite que la fundación desarrolle actividades mercantiles como socio o partícipe, incluso mayoritario, en una empresa gestionada por una sociedad de capital. Es también ampliamente compartida la admisión de la fundación en la creación o en el sostenimiento de empresas, con tal de que los rendimientos obtenidos se dediquen al fin fundacional¹¹².

Cuando la fundación asume una participación en la actividad económica sin ser titular inmediato de la empresa, como ocurre en el supuesto de la posición de socio en sociedades capitalistas, y temporalmente en las que comportan la responsabilidad personal ilimitada, dado el tenor del precepto que hemos examinado, no parece haber problema. La Ley 50/2002 ha corregido el texto anterior, que no daba salida al caso de adquirir la posición de socio en las sociedades personalistas, señalando que se había de provocar la transformación, lo que muchas veces era imposible, salvo acuerdo con los mayoritarios, en cuyo caso se dudaba si cabría la disolución parcial, la separación o la disolución, pon donde se había de llegar a una interpretación de los deberes de la fundación en clave de buena fe (art. 1258 CC)¹¹³. No parece tampoco que pueda haber problema cuando la actividad que se desarrolla se dirige directamente al cumplimiento de un fin fundacional¹¹⁴.

El problema alcanza gravedad en los supuestos de actividades no ligadas al fin fundacional. Se trataría de establecimientos mercantiles que sirvan para generar recursos., hasta llegar incluso al grado máximo: cuando la totalidad del patrimonio de la fundación está constituido por la empresa o empresas que le pertenecen¹¹⁵. El problema consiste en dilucidar si es posible, y bajo qué parámetros, la presencia de la fundación en el mercado.

112 CABRA DE LUNA, *ult. loc. cit.*, p.188, CARRANCHO HERRERO: *loc. cit.*, 107; LINARES ANDRES.L. «La actividad económica de las fundaciones», *IX Jornades de Pret civil català a Tossa*, cit., 7/27.

113 DE PRADA, *loc. cit.*, 67 y sigs.

114 Dice DE PRADA (*Ibidem*, p. 70) que se han de ceñir a las actividades necesarias para el mejor funcionamiento del fin fundacional, citando en su apoyo el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, que se refería a «fundaciones de servicio que tienen por objeto el sostenimiento del establecimiento». En tales casos, se ha de poder cobrar y obtener un rendimiento.

115 VALERO AGUNDEZ: *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 124; DE PRADA. «Actividades mercantiles de las fundaciones», cit., 71-72.

18. La fundación y el fin de lucro

La primera de las dificultades que se han de vencer se encuentra en el artículo 2.1 de la LF, en que se describe a las fundaciones como «organizaciones constituidas sin fin de lucro». El precepto paralelo de la Ley 30/1994 se refería al «ánimo de lucro». El cambio no parece significativo a menos que, a mucho estirar, pudiéramos encontrar la clave en que el fin que ha de perseguir la fundación, entendido como objetivo, será siempre un fin de interés general, pero ello no impide que haya un «ánimo de lucro» en el desarrollo de las actividades cuyo rendimiento contribuirá al sostenimiento de la institución o a la consecución del fin¹¹⁶.

Cierto es, además, que el lucro viene estando desdibujado, incluso desaparecido del tipo de sociedad, a pesar de la dicción del artículo 1665 CC, en su inciso final («con ánimo de partir entre sí las ganancias»), uno de los preceptos que configuran el «tipo central» o modelo, que tiene función residual y supletoria, de sociedad¹¹⁷. Creo que hay que convenir con quienes advierten

116 No parece necesario ofrecer muchos ejemplos. Pensemos que la fundación regenta un hospital para niños aquejados de enfermedad incurable, a los que no cobra. Es titular de una empresa de material quirúrgico, o tiene una librería, o explota un import-export de frutas y verduras. La fundación no tiene «fin de lucro», porque su objetivo se encuentra en la atención de los niños enfermos. Pero en el desarrollo de las otras actividades puede tener, y tiene, «ánimo de lucro», esto es, propósito de obtener ganancias. Que es lo que se supone que tiene un empresario y un operador en el mercado.

117 No es éste, a mi juicio, el momento idóneo para repasar la densa doctrina mercantil sobre el lucro y su presencia en los operadores del tráfico y en las sociedades. Remito al magnífico Comentario de PAZ-ARES a los artículos 1665 y sigs. En *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, II, 1991, pags.1299 y sigs, esp 1307 y sigs donde demuestra «la constante erosión del requisito del ánimo de lucro» en el derecho de sociedades, en un camino hacia la «neutralidad causal» que ahora parece ser exigencia del sistema, hasta llegar a la «irrelevancia sustancial del ánimo de lucro dentro de la estructura del contrato de sociedad». Del mismo autor, «La sociedad en general. Caracterización del contrato de sociedad» en URÍA, R y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pp. 429 y sigs, donde dedica un apartado al «ánimo de lucro», en el que pasa revista a los argumentos a favor y en contra de sostener la necesidad del fin de lucro como elemento esencial del contrato de sociedad, y demuestra que carece de idoneidad o aptitud causal para seleccionar la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos. En paralelo, aunque no sea posible una construcción «en espejo» en materia de fundaciones, diríamos que la ausencia de fin de lucro no puede caracterizar a una institución cuando es posible tener una finalidad altruista o caritativa a través de una estructura jurídica societario-capitalista. Sobre la visión fiscal del problema en tema de fundaciones es útil la consulta de MARTÍNEZ LAFUENTE: *Fundaciones y Mecenazgo*, cit., pp. 35 a 43. Concluye que, desde su perspectiva, las actividades económicas nunca pueden ser la actividad principal de una entidad no lucrativa, sino un medio para obtener recursos con que atender al cumplimiento de sus fines.

que para ejercer la actividad propia de la empresa, y la condición de empresario, no es necesario perseguir un lucro subjetivo, sino que se han de asumir los deberes de comportamiento que se integran el status de empresario¹¹⁸. En todo caso, el fin de lucro, o el ánimo de lucro, si se prefiere, no estará en la fundación, sino en la empresa que gestiona. Hasta aquí, creo que no habrá problema. Otro puede ser el caso de una fundación que consiste en una forma o sistema de organizar la empresa misma.

En algunas sentencias, nuestra jurisprudencia no ha visto inconveniente en reconocer una actividad empresarial en ciertas fundaciones, ni, claro está, en aplicar al caso la regulación general dictada para las empresas. Así, en la STS (3ª, s.5) de 5 de abril de 2000, RA 4014, referente a un Hospital gestionado por una Fundación, considera que la actividad derivada del concierto con la Seguridad Social es una verdadera actividad empresarial, realizada con carácter principal por la fundación, más allá de la beneficencia contemplada por el RD de 12 de marzo de 1899, por lo que considera embargables los fondos obtenidos por razón de la actividad para hacer pago a la Seguridad social de las cuotas patronales pendientes. Decía el TS:

«.. una actividad permanente propiamente empresarial (actividades económicas realizadas con ánimo de lucro) que surgen frecuentemente en el ámbito de las fundaciones como medio para conseguir su subsistencia, mediante actividades económicas adecuadas, o al menos no incompatibles con la actividad del fin fundacional, e incluso en ocasiones como instrumento adecuado para aquel fin, estableciendo empresas específicas con un alto componente de investigación, etc., con lo que se ha tratado de distinguir entre actividades empresariales de las fundaciones y la fundación-empresa...»

Una posición idéntica se encuentra en la STS (3ª, s.4) de 9 e julio de 2002, RA 7989, que reitera la anterior doctrina y aún añade: que la Fundación Zeiss fue un paradigma de fundación-empresa y que las empresas establecidas por las fundaciones y que éstas han podido ser utilizadas para conseguir la reactivación de la empresas industriales después de conflictos bélicos, mediante una amplia implicación económica y laboral de la sociedad.

118 Por ejemplo, COSTI: «Fondazione e impresa», cit., pp. 21 a 23.

Pueden considerarse como precedentes las STS de 7 de julio de 1999, RA 6329; de 15 de febrero de 2000, RA 1886; 16 de mayo de 2000, RA 4310.

19. La fundación como operador económico

No es difícil obtener, de la mera lectura del texto legal, la conclusión de que la fundación es un verdadero operador económico, incluso cuando no ha constituido una empresa conexas, instrumental o auxiliar. Con mucho mayor motivo, cuando ha buscado en la actividad empresarial los recursos que necesita, bien porque su patrimonio exige una gestión empresarial, bien porque se ha encontrado un sector o segmento de la producción o el intercambio de bienes y servicios en que la fundación puede actuar con éxito.

Si la fundación puede tener en su patrimonio acciones o participaciones, incluso ser socio mayoritario, en cuyo caso no veo cómo podrá obviar la dirección última de la empresa (art. 24.2), y en tal caso sólo debe dar cuenta al Patronato. Si puede adquirir y tener toda suerte de bienes y derechos (art. 21.1), y puede, por tanto, haber adquirido un establecimiento cuyo único desarrollo posible sea la gestión empresarial, deberíamos concluir que la condición de operador económico de la fundación no tiene discusión, y deducir de ello que le serán de aplicación las normas que regulan la actividad económica general y, en su caso, las del status de empresario. Consciente de ello, el legislador advierte (art. 24. 1) que se han de someter a las reglas de defensa de la competencia¹¹⁹.

El tenor del artículo 24 da pie a otras consideraciones, diríamos, «de detalle»- Así, parece que la idea del legislador es que la fundación «pueda desarrollar» actividades «cuyo objeto» esté relacionado o sea complementario o accesorio del fin; en tanto que «puede intervenir» en *cualesquiera* actividades (esto es, según esta cuestión de matiz) no asumiendo el protagonismo. De esta lectura obtendríamos que la fundación sólo *desarrolla*, es decir ejerce, conduce, actividades imbricadas en el fin social, en tanto que *interviene* en las demás.

119 En la doctrina, muchas opiniones defienden la posibilidad de que la fundación sea titular directa de una empresa. Vgr., además de las que citaremos en el ap. siguiente, LINARES ANDRES, últ. Loc. cit., pp. 6 y sigs; CARRANCHO HERRERO, loc. cit, p. 95. Sigue pesando la idea de que el rendimiento o las ganancias se inviertan en la realización de fines de interés general.

Pero, claro, el texto no es compacto: no se sabe qué puede significar que una actividad esté *relacionada* con el objeto de la fundación, o si es bastante «relación» que, en definitiva, los rendimientos se apliquen al fin social. Y, por otra parte, si cabe que se adquiera y se detente la mayoría de una sociedad de capital (o incluso personalista, durante el tiempo en que tarde a venderse o a transformarse) esa *intervención*, digamos, será muy significativa.

La cuestión es, pues, si es posible admitir que la fundación y la empresa se fundan, de modo tal que la empresa sea desarrollada por la fundación o, en el grado sumo, que la fundación tenga por fin desarrollar la empresa.

20. La «fundación empresa»

La hipótesis de estudio es la de una fundación que ejerce como empresario o comerciante. Cabrían aquí dos figuras: la de una fundación que tiene, dirige o gestiona una empresa (o más). De ella ya hemos hablado: el problema consiste en saber qué tipo de conexión ha de tener con los fines fundacionales y, en especial, si es bastante que la fundación destine los rendimientos a la promoción de los fines que les son propios. Aquí la empresa tiene un carácter *dotacional*, esto es, es un activo de la fundación, forma parte de su patrimonio. Una parte más o menos importante, pero la fundación tiene fines que no se «encarnan» en la empresa, que la trascienden.

Pero otro es el caso de las fundaciones que tienen por fin fundacional, bien de modo exclusivo, bien cumulativamente con otras finalidades, el desarrollo de la actividad de la empresa de la que son titulares inmediatos¹²⁰.

120 Esto es, «tienen como fin fundacional... la realización permanente de la actividad económica en sí misma, según una directrices beneficiosas para el interés común, impuestas por el fundador», como dice VALERO AGUNDEZ (*La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 122-124). Lo recoge DE PRADA, «Actividades mercantiles de las fundaciones», cit., 73-74. EMBID IRUJO («Nota sobre el régimen jurídico de las entidades...», cit., 84-85) distingue entre «fundación empresa» y «fundación con empresa». Con acierto señala VALERO que en las empresas dotacionales, si no hay rendimientos, no se pueden aplicar; en cambio cabe desarrollar el fin fundacional a través de la empresa sin obtener rendimientos. Vide también CAFFARENA: *El régimen jurídico de la fundación*, cit., p. 76-77. De este modo, puede ocurrir que sean idénticos esencialmente el patrimonio fundacional y el capital de la empresa. También FUSARO, voz «Fondazione», cit., p. 360.

Serían supuestos tales como las Cajas de Ahorro, de cuyo régimen y tratamiento hablaremos más adelante, y de ciertas empresas cuya presencia y actividad puede ser calificadas como de interés general¹²¹.

La admisión de tales fundaciones habrían de encontrarse en la suficiencia de un fin lícito que tuviera una cierta proyección hacia el bien común, hacia el interés general que, tal y como está definido en la cláusula del artículo 3.1 LF pertenece al género de los «conceptos indeterminados» y, por tanto, depende de un juicio que ha de llevarse a cabo en consideración de las circunstancias históricas y de los valores sociales imperantes, sin parámetros o esquemas fijos, y en la amplitud de los poderes de creación incorporados a la autonomía privada¹²². Pero conviene un examen más atento de los obstáculos que cabría oponer:

- (a) El primero se encontraría en la *tradicional concepción del instituto*, en el que parece esencial la proposición de fines altruistas. Aun cuando, como repetidamente hemos apuntado, se camina, especialmente en Alemania y en Italia (de entre los países más próximos) hacia lo que hemos denominado *neutralidad de las formas jurídicas respecto de los contenidos económicos*, lo que se ha afirmado como «un punto de llegada inevitable en el desarrollo de la lógica del sistema capitalista»¹²³ Esta concepción tradicional está muy presente en la STC 49/1988, de 22 de marzo sobre las Cajas de Ahorro, precisamente uno de los paradigmas de la figura. Esta concepción tradicional, por otra parte, está contaminada por el modelo neoliberal, que subraya los peligros de abuso de la institución o de abuso de funciones institucionales cuando va imponiéndose francamente la libertad negocial de los tipos y la neutralidad sustancial de las actividades económicas como caracteres históricamente ya consolidados en la experiencia jurídica positiva¹²⁴.

121 Como puede decirse que fue la Carl Zeiss Stiftung en Alemania, y entre nosotros han podido ser las Reales Fábricas de Tapices, o de Cerámica (Alcora) o de Bronces (Riopar), cuando adopten la forma jurídica de fundación, o bien fundaciones que buscan en el desarrollo de patentes, o de productos de la investigación, avances científicos o técnicos.

122 Sigo aquí a RESCIGNO: «Fondazione e impresa», en RS, cit., pp. 832 y 833.

123 RESCIGNO, *Ibidem*, 833. Un mundo en que podemos ver a sociedades de capital que hacen caridad, y a asociaciones no reconocidas ejerciendo el comercio.

124 RESCIGNO, P.: «Le fondazioni: prospettive e linee di riforma», en AAVV (a cura di P. RESCIGNO) *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., pp. 469 y sigs, 476-477.

(b) En segundo lugar, parece impedir la admisión la consideración, constitucionalizada, como hemos visto, del interés altruista en el derecho fundamental de fundación (Art. 34.1 CE) y en su desarrollo por la ley ordinaria (Art. 2.1 LF). Pero, si se analiza a fondo, este obstáculo puede ser superado. Baste pensar que el interés público o general se conecta al fin fundacional, que es el objetivo¹²⁵. El obstáculo parece presentarse cuando se relaciona la generalidad del fin con la ideas de beneficio a colectividades indeterminadas, con exclusión de prestaciones a favor del fundador, de los patronos, de sus respectivos parientes, y de personas jurídicas que no persigan fines de interés general. Pero ni aún así: un fin de interés general que beneficie a colectivos indeterminados, sin prestaciones para el fundador ni para patronos, etc., puede ocurrir que exija una promoción a través de una empresa. La cuestión se traslada a saber si en tales casos tiene que haber una asignación de los réditos al desarrollo de la propia empresa, que es precisamente lo que prevén los artículos 23.c) y 27.1 LF, en el porcentaje que allí se señala¹²⁶. O, en otros términos, si el criterio para admitir una fundación empresa se encuentra en el deber de invertir los rendimientos en la propia actividad empresarial, que es el fin fundacional. Y, visto así, llegaríamos a una petición de principio, porque aceptaríamos una fundación-empresa que no se comportara como empresa, fuera de la lógica de la empresa. Puede haber aquí una confusión entre una fundación que tuviera por finalidad principal (dice el artículo 3.3 LF) «destinar sus prestaciones» a personas concretas, del círculo del fundador, de los patronos, etc. Y una fundación que desarrolla una actividad empresarial de interés general y obtiene réditos o beneficios. Esa, creo, puede ser una fundación, sea cual fuere el régimen fiscal que se le haya de aplicar y las cautelas que se hayan de adoptar para evitar una posición de ventaja que rompa la libre concurrencia.

125 El desarrollo, por ejemplo, de nuevas plantas que resistan la sequía y la salinidad de los suelos del Sureste de España puede ser de interés general a desarrollar a través de una empresa que los experimente e implante. O el de nuevos materiales resistentes a las radiaciones solares, etc.,etc.

126 Y ocurre también, por razón de los previsto en su legislación específica, en las Cajas de Ahorro.

(c) En tercer lugar, determinados argumentos en la interpretación que el TC ha dado, en la STC 49/1988, de 22 de marzo, en el tema de órganos rectores de las Cajas de Ahorro, pero que son generalizables. Así, conviene destacar que para el TC la fundación a que se refiere el artículo 34 CE es una masa de bienes vinculada a una finalidad de interés general, lo que parece traslucir una concepción de la fundación como una *universitas bonorum*, y ello, como agudamente se ha advertido¹²⁷, cuando en el tráfico actual se va imponiendo cada vez más la idea de que para perpetuar el cumplimiento de una finalidad no siempre es necesario o conveniente afectar e inmovilizar bienes, sino que es preferible asegurar una continua afluencia de recursos. El TC concluye que el art. 34 solo ampara las fundaciones que responden al concepto admitido de forma generalizada entre los juristas. Los argumentos utilizados por el TC para denegar la protección como fundaciones a las Cajas de Ahorro son fundamentalmente dos, desarrollados en el FJ 12:

- En primer lugar, la *falta de asunción del propio riesgo* por parte de quien gestiona la empresa. De este modo, viene a descalificarse la autonomía organizativa. El argumento consiste en que no se puede garantizar esta autonomía a quien no asume un riesgo personal en la marcha de la actividad de la empresa¹²⁸. Pero la empresa, como organización estable de capital y trabajo, existe igualmente, y ha de subsumirse en la protección del artículo 38 CE¹²⁹.

127 En el mejor análisis de la Sentencia, llevado a efecto por FERRER I RIBA, J.: «Caixes d'Estalvi i dret de fundació», RJC, 1989, 4, pp. 1007 y sigs. (141 y sigs.), cuya opinión voy a seguir. Vide, respecto de las Cajas de Ahorro y de su carácter fundacional, GONZALEZ MORENO, J.M.: *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*, 1983; MARTIN-RETORTILLO, L.: *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, 1975, pp. 321 y sigs.

128 El argumento se basa en la doctrina alemana (Vgr REUTER: vor & 80 en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1, 4ª ed., 2001, p. 572). FERRER I RIBA, ult. Loc. cit., 1015. La propiedad, en una empresa, cumple una función de garantía contra la adopción de decisiones demasiado arriesgadas, pero en la fundación el interés general queda por definición separado de la gestión, ya que es un interés general, de la colectividad. Vide, amplius, el tema en KRONKE, H.: *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1988, esp, pp. 291 y sigs, 308 y sigs.

129 Como decía el Prof. Díez-Picazo en el voto particular a dicha Sentencia: «En el sentido del art. 38 CE hay que entender toda organización estable de capital y trabajo, que ejercite habitual y profesionalmente actividades de carácter económico, en una economía de mercado».

- En segundo lugar, *la falta de carácter lucrativo*. Según ello, «el artículo 38 se refiere a empresas privadas, es decir, organizaciones que tienen una finalidad de lucro y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado». Pero se ha de imponer una concepción objetiva de la empresa, que no tenga en cuenta si se propone la obtención de ganancias o no. Pues evidentemente las empresas han de llevar a efecto una actividad sujeta a la ley de economicidad y han de tender a obtener las ganancias que le aseguren el cumplimiento de sus fines y su supervivencia como entidad.

De este modo, cabe concluir¹³⁰ que la STC 49/1988 deja sin resolver la protección constitucional a la fundación-empresa. Puede seguirse la opinión de quien señala que «dentro del contenido esencial del derecho de fundación se ha de incluir tanto la facultad del fundador de elegir la finalidad de interés general y el modo concreto de satisfacerla, cuanto la facultad de decidir la manera en que los bienes serán aplicados a su promoción»¹³¹.

Otros autores dudan de la admisibilidad, cuando no la rechazan expresamente, sobre todo con apoyo en la concepción del «interés general» a que antes hemos aludido¹³², aunque no faltan autorizadas opiniones que se inclinan por la admisión de la figura¹³³.

130 Siguiendo, como digo, a FERRER I RIBA (Ibidem, 1014-1015).

131 Sigue diciendo FERRER I RIBA (loc. cit.) «dentro de la protección de la fundación hay lugar, sin perjuicio de las restricciones organizativas y operacionales que las exigencias de la economía general reclamen, para la protección de la empresa ejercida bajo forma fundacional».

132 DE PRADA, *Actividades mercantiles de las fundaciones*, cit., 73. A su juicio, «no parece posible», dada la exigencia de «interés general»; DE LORENZO: *El nuevo derecho de fundaciones*, cit., 140: «la frontera que separa la Fundación de las sociedades mercantiles capitalistas sigue siendo infranqueable en nuestro Derecho»; CABRA DE LUNA, loc. cit., 187: no encaja la fundación-empresa en la garantía constitucional. A juicio de CAFFARENA (*El régimen de las fundaciones*, cit., 77) la forma fundacional no puede ser utilizada para eludir los preceptos sobre constitución y configuración patrimonial de una sociedad capitalista. Parece acogerse a la opinión según la cual sólo puede admitirse la fundación-empresa cuando el fin erigido a favor del bien común sólo puede ser realizado directamente a través del ejercicio de la empresa; alguna ventaja le veía LOPEZ JACOISTE (loc. cit., 606 a 608). Especialmente, que expresa la institucionalización y despersonalización de los fines, y asegura la continuidad de la actividad, pero entiende que no cabe en nuestro Derecho.

133 Desde luego, VALERO AGUNDEZ (*La fundación como forma de empresa*, cit., passim), con el indudable mérito de haberlo defendido en 1969, con un estudio que es clásico en la materia; GARCIA DE ENTERRIA: *Constitución, fundaciones y sociedad civil*, cit., 249-250: «es perfecta-

En definitiva, entendemos que cabe que el ejercicio de una empresa considerada en sí misma pueda constituir el objetivo o fin fundacional lícito y adecuado para justificar que la empresa se organice como fundación.. En tal caso, se tendrán que aplicar las normas que regulan las condiciones básicas del mercado, y en especial las que tienden a evitar la fractura de la libre concurrencia y la competencia desleal.

VI. EPÍLOGO

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, no ha recurrido a innovar sustancialmente el tratamiento de la institución, que ya quedó perfilado con la Ley 30/1994, de 24 de noviembre. Esta disposición habría sido precedida, y fue seguida, de una abundante literatura, en la que se pusieron de relieve las cuestiones más acuciantes en materia de fundaciones, del mismo modo que se ha llevado a efecto una exégesis profunda del contenido normativo de la ley

No parece ni el momento ni el lugar adecuados para un tratado completo, lo que requeriría tranquilidad, y un tiempo del que ahora no disponemos.

Me ha parecido, por ello, mejor un ensayo, en la línea de los «saggi» de la doctrina italiana. Un estudio en que se suscitan las cuestiones que entiendo más preocupantes, entre las que han excitado mi curiosidad por razón de la solución legal, de la provocación doctrinal, de la sugerencia Jurisprudencial o, simplemente, de la dificultad dogmática.

El estudio es fragmentario (ya lo he advertido) y un tanto arbitrario. Hay otras muchas cuestiones que aquí no se han abordado, y muchos puntos de vista que no se han tenido en cuenta. Aceptémoslo así, porque ni el encargo iba más allá ni mis posibilidades lo hubieran permitido. La línea argumental podría ser resumida así: La LF de 2002 arrastra un concepto tradicional que no parece ya el más adecuado para situar a la fundación en la sociedad postindustrial. Esa concepción carece de fuerza si se le contextualiza adecuadamente. Revisemos, a partir de una lectura del texto legal, la delineación del modelo, su conexión constitucional en la protección del «derecho de fundación», el significado de su «contenido esencial», el factor estructural fun-

mente lícita, siempre que sea compatible con el interés general y que, para ello, se eliminen los riesgos de apropiación o de distribución de beneficios, siempre que esté totalmente asegurada la reinversión de los beneficios en los fines fundacionales...»

damental, que es la «personificación», los elementos de su composición, y la visión legal de su actividad posible. Para llegar a saber si debemos ir, unos pasos más allá, hacia un posible rol de la fundación en el mundo de la empresa. Y, dentro de ello, determinemos en lo posible hasta donde se puede llegar.

Al final, hay que dar la razón, pienso, a quienes enfatizan que la personalidad jurídica es una técnica de vinculación, neutra respecto de la causa, que genera un estatuto dominical específico, y provoca un equilibrio de poder interno diverso, y que la fundación es un esquema utilizable para combinar el interés general con el fin egoísta, y un instrumento válido y potente para la política social. Sobre todo si combinan adecuadamente comportamientos empresariales y control de los fines generales.

Aunque ya se había dicho todo ello, nunca está de más volver sobre el tema desde la perspectiva de una nueva ley.

COMUNICACIONES

LA FINALIDAD FUNDACIONAL Y LA DESTINACIÓN DE LOS INGRESOS COMO GARANTES DEL INTERÉS GENERAL DE LA FUNDACIÓN

IMMACULADA BARRAL VIÑALS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Barcelona

1. LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LAS FUNDACIONES: ACERCA DE LA FUNDACIÓN-EMPRESA Y LA NEUTRALIDAD DE LAS FORMAS JURÍDICAS

La ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones —en adelante, LFC—, afronta de forma clara la posibilidad de que la fundación lleve a cabo directamente actividades económicas, es decir, que se presente en el mercado como agente económico. En efecto, el art. 36 resuelve las dudas que la antigua ley 1/1982 generaba, al mencionar el tema de forma muy indirecta en el art. 4.3. Precisamente, la libertad en la actuación de la fundación, y en concreto en lo que se refiere a la realización de actividades económicas, es uno de los aspectos que ha motivado la redacción de una nueva ley catalana de fundaciones en la línea iniciada por la Ley estatal 30/1994, de 24 de no-

viembre, de fundaciones, y que se mantiene también en la nueva ley 50/2002, de 26 de diciembre. En realidad, la normativa más reciente regula la realización de actividades económicas por parte de la fundación porque este tema se enmarca en el nuevo concepto que se tiene de esta institución; en efecto, la fundación ya no se puede considerar sólo un patrimonio estático y destinado al cumplimiento de una finalidad, sino que hay que pensar en una fundación-organización capaz de conseguir o generar ingresos con el fin de cumplir la finalidad que le es esencial¹. Esta idea pasa necesariamente por la realización de actividades económicamente rentables, que permitan su reinversión, especialmente cuando la propia fundación es el titular directo de una empresa (art. 36).

El que la LFC titula el artículo 36 como «gestión directa» supone considerar a la fundación como titular directo de una empresa, sin que haya interposición de una sociedad mercantil, de forma que se convierte en un agente económico de bienes o de servicios mediante la actividad empresarial². Esta afirmación exige plantear la posible incompatibilidad entre la fundación que actúa como empresario y la finalidad de interés general que es la razón única de su existencia (art. 34 y art. 1 LFC). Para ello, debemos plantearnos la exacta relación entre la participación de la fundación en el mercado y el cumplimiento de la finalidad fundacional, en definitiva, si la fundación continúa siendo fundación o si se convierte en empresa.

La fundación-empresa es una noción importada de la dogmática alemana, donde se desarrolla con facilidad, y representa la posibilidad de que la realización de actividades económicas se haga dependiendo de un criterio meramente funcional: la fundación es titular directo de la empresa y la finalidad fundacional es la realización de la actividad empresarial —de forma conjunta con de otros o no— según unas directrices beneficiosas para el bien común e impuestas por el fundador y por la fuerza normativa de los Estatutos. La finalidad fundacional se realiza por la propia empresa, de forma que la relación entre ambos conceptos es muy estrecha: la gestión de la empresa corresponde a la fundación. Ésta es la noción de fundación-empresa que plan-

1 Así, resulta imprescindible que la fundación realice una buena gestión patrimonial en la que se haga rentable el capital recibido para la consecución de la finalidad de interés general. Cfr. SERRANO CHAMORRO, E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, p. 210.

2 De hecho, el título del artículo es poco acertado porque puede llevar a confusión con la gestión de sociedades claramente admitida en el art. 35 LFC: no es que este artículo permita la gestión directa de cualquier tipo de sociedad, sino que permite que las fundaciones lleven a cabo directamente explotaciones económicas, como dice el texto del artículo, ahora sí, de forma clara.

tea VALERO AGÚNDEZ³, principal defensor de su posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, ya antes de la Ley estatal 30/1994; se admitiría, según este razonamiento, una fundación dedicada a la fabricación de coches menos contaminantes. Pero este ejemplo, plantea un problema esencial en nuestro contexto: la posibilidad de que la actividad económica sea una finalidad fundacional; que la ley no permite, así, el propio autor determina que es imposible constituir una fundación cuya finalidad única sea la realización de actividades mercantiles, por contrariar la necesaria presencia del interés general. Nunca una fundación puede tener como finalidad explotar una empresa mercantil según las directrices encomendadas por el fundador, porque desprendería la finalidad fundacional.

La voluntad de defender este tipo de fundación es que ofrece una ventaja práctica indiscutible: hace la actividad empresarial objetiva y permite dotarla de continuidad en el tiempo. De hecho, la posibilidad de la fundación-empresa lleva a la llamada teoría de la neutralidad de las formas jurídicas, es decir, a la consideración que las formas de organización colectiva que la ley pone al alcance de los particulares permiten cualquier actividad sea o no empresarial y con independencia de su interés como persona jurídica. La idea está en considerar que la actividad de la fundación, sea cuál sea, no interfiere nunca en la consecución de la finalidad de interés general⁴. Es fácil ver, sin embargo, que esta concepción convierte a la fundación en un puro expediente en el que sus elementos, especialmente la finalidad de interés general, se difuminan e incluso desaparecen⁵.

3 La gran obra sobre esta cuestión es VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969. Para un resumen de las aportaciones doctrinales en esta materia, cfr. MARTIN ROMERO, J.C., «La fundación como forma de empresa», en *Comunidad de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, I, p. 363 y ss. También se ha analizado las diversas relaciones que pueden existir entre fundación y empresa, (Cfr. GARCÍA GARNICA, M.C., «La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la ley 30/1994», RDP, 1999, p. 527 y ss.). Pero, dado que su problemática jurídica es absolutamente diversa, el enfoque no aporta resultados claros: no tiene nada en común una fundación que gestiona directamente una empresa y aquella que ha sido constituida por una empresa y que le aporta una parte importante de sus ingresos.

4 Podéis ver las aportaciones más clásicas sobre este tema: RESCIGNO, P., «Fondazione e imprimita», *Rivista delle società* 1957, p. 812-847; y CUESTE, R., «Fondazione e imprimita», *Rivista di Diritto civile*, 1968, I, p. 1-49, que han permitido desarrollar en Italia las llamadas fundaciones bancarias.

5 Esta misma idea desarrollada a la inversa es la que partiendo del «concepto amplio» de sociedad, que admite cualquier objeto social, acaba proponiendo que lo único necesario para cons-

La LFC no recoge, sin embargo, este planteamiento porque entiende la realización de actividades económicas directamente por la fundación viene limitada por el hecho de que la actividad empresarial de la fundación se entiende como meramente instrumental, nunca institucional (art. 36.2). Y esta idea se controla a posteriori mediante la destinación obligatoria de ingresos obtenidos por esta vía bien al cumplimiento actual o diferido de la finalidad fundacional, bien a incrementar la dotación (art. 33). A ambos temas nos dedicaremos a continuación.

2. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL INSTRUMENTAL: INTERÉS GENERAL Y LUCRO OBJETIVO

La gestión directa de empresas por parte de una fundación sólo es posible en aquellos casos en los que la actividad empresarial sea accesoria o bien complementaria de la actividad fundacional. Esta relación necesaria entre la actividad económica y la finalidad fundacional, convierte a la empresa en puramente instrumental, y, a demás, permite trazar la diferencia entre finalidad de interés general de la fundación y lucro objetivo de la actividad empresarial; y que ambos puedan predicarse de un único sujeto: la fundación.

En efecto, la empresa que sea gestionada directamente por una fundación puede tener en abstracto, un carácter dotacional o bien instrumental⁶. En el primer caso, encontramos dos supuestos. Por una parte, cuando la empresa forma parte de la dotación fundacional y pasa a ser una parte de su patrimonio. Esta idea es posible ya que el art. 5 LFC admite que la dotación pueda consistir en bienes o derechos de cualquier clase, también, pues, un conjunto organizado para la realización de una actividad comercial o industrial. En este caso, las posibilidades de estos supuestos son amplias ya que la vinculación entre fundación y empresa puede tener muy diversa entidad: desde el hecho de que una pequeña empresa forme parte, en poca proporción, de la dotación, hasta el hecho de que la dotación consista en una gran empresa

tituir una sociedad mercantil es el poner en común, sin que el lucro partible sea un elemento necesario. La sociedad mercantil deja de calificarse por su causa —afán de lucro— y lo hace por su base estructural: fenómeno organizativo neutral. Sobre esta idea, PAZ-ARES, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, p. 731 y ss.

6 CABRA DE LUNA, M.A., comentario al art. 22, en *Comentarios en la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995, p. 183.

que se pone a disposición de las finalidades fundacional. ¿Ahora bien, qué pasa cuando se aporta a la fundación una empresa que no tiene relación con la finalidad fundacional? En este caso, la ley no permite la gestión directa, de forma que hará falta vender la empresa o bien convertirla, a ser posible, en una que lleve a cabo una actividad relacionada con la finalidad fundacional.

Por otra parte, la LFC se refiere a la posibilidad de constituir empresas con el fin de captar recursos, en forma de beneficios de la empresa, que se consideren como ingresos de la fundación. En este caso, las condiciones de la inversión de los ingresos en la finalidad fundacional tienen que adaptarse a lo que dispone el art. 33. La actividad empresarial está destinada a la obtención de rendimientos para invertir en la finalidad fundacional: la empresa tiene significado dotacional. En este sentido, la empresa es un fondo de bienes sobre los cuales se lleva a cabo la actividad económica y, de entrada, la relación entre la fundación y la empresa es escasa. Este tipo de empresa sólo entra dentro del ámbito del art. 36 si su actividad se relaciona con la finalidad fundacional, que limita bastante esta posibilidad.

Eso quiere decir que, básicamente, la gestión directa se predica de las empresas instrumentales. Es decir, del caso en el cual la fundación cree empresas accesorias a fin de que mediante ellas se pueda cumplir la voluntad fundacional. En este caso, el vínculo entre la empresa y la fundación es instrumental ya que es el fundador, o bien el Patronato, quien decide que la realización de actividades empresariales es una forma de cumplir la finalidad de la fundación. Tal como dice el art. 36 LFC esta relación instrumental se posible en dos direcciones: porque es la forma directa de llevar a cabo la actividad empresarial: pensamos en hospitales o bien en escuelas. O bien porque es una forma accesoria de cumplirla, por ejemplo, una fundación dedicada a la promoción de los discapacitados que comercializa los productos hechos por éstos en los talleres de la asociación.

En este esquema, la fundación no pasa nunca a tener como finalidad una actividad empresarial, y, por este mismo motivo, tampoco se convierte en una forma de empresa. Pero es evidente que está el riesgo de confundir los dos elementos cuando la relación entre finalidad y actividad empresarial sea más débil, por ejemplo, una fundación dedicada a la protección del medio ambiente que tiene una empresa donde fabrica automóviles menos contaminantes; ¿esta limitación la hace diferente de una gran firma del sector? En definitiva, la mención genérica de actividades accesorias o com-

plementarias a la finalidad fundacional abre el camino a fundaciones que pueden tender a ser una forma de empresa escapando a los límites del presente artículo⁷.

No obstante, el criterio de la relación con la finalidad fundacional tiene la ventaja de huir del criterio de la actividad principal que utilizaba la ley estatal 30/1994 y que impedía a la fundación llevar a cabo una actividad empresarial de forma principal aunque fuera la manera de cumplir la voluntad fundacional, porque en este caso se perdía el régimen fiscal más favorable (arts 42 y 48). El hecho de huir de la cuantificación de la actividad empresarial y centrar las relaciones entre la fundación y el emprendido en la finalidad fundacional permite proteger aquellas fundaciones que aportan un beneficio social aunque lo hagan con una actividad empresarial. Por eso, la finalidad fundacional no será nunca esta actividad, sino una de interés general que se instrumentaliza mediante la empresa. Es la diferencia que hay entre una fundación dedicada a la recuperación del uso escrito del catalán en la ciudad de Alguer que tiene una editorial; y aquella cuya finalidad sea publicar libros en catalán en Alguer. Esta segunda fundación no tiene interés general.

En este sentido, sólo porque la actividad empresarial de la fundación es instrumental se hace compatible con la finalidad de interés general que es esencial a la fundación. Así, la fundación no puede perseguir una finalidad de interés particular, pero eso no impide que lleve a cabo una tarea que le proporcione ganancias, es decir, que sea rentable⁸. Tendríamos que distinguir entre la persona jurídica fundación que tiene una finalidad de interés general y los instrumentos que utiliza para conseguirla. La actividad de la fundación está presidida por la idea de lucro en sentido objetivo, como excedente económico generado por la realización de una actividad, es decir, la diferencia positiva entre ingresos y gastos. La frontera se sitúa, pues, al no confundir nunca la finalidad fundacional con la actividad de la fundación.

Esta consideración nos lleva al último punto de nuestro análisis, que se refiere al control de la destinación de los beneficios generados por la activi-

7 Parece tener otra opinión LA CASA GARCÍA, R., («El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones», *Derecho de los negocios*, núm. 153, julio de 2003, p. 6) analizando la Ley estatal 50/2002, que regula esta cuestión de forma prácticamente igual.

8 La finalidad de interés general como materialmente diferente al ánimo de lucro de la sociedad mercantil y la noción de ánimo de lucro objetivo la tratamos con anterioridad en BARRAL VIÑALS, I., «Fundación y empresa: acerca de la actividad económica de las fundaciones», *Carta Civil*, nº. 10, p. 6 y ss.

dad empresarial que regula el artículo 33, y que impide el «lucro partible» que es ajeno a la actividad fundacional (ex art. 1 LFC). A este tema nos dedicaremos en el siguiente epígrafe.

3. LA OBLIGACIÓN DE REINVERTIR LOS INGRESOS Y EL INCREMENTO DE LA DOTACIÓN

El segundo elemento que justifica la amplitud de la posibilidad de que la fundación realice actividades económicas es un sistema rígido de destinación de los ingresos, que sirve como control a posteriori de las rentas generadas mediante la actividad empresarial. En efecto, según el art. 33, los ingresos obtenidos mediante este sistema, deben invertirse en el cumplimiento de la finalidad fundacional o en el incremento de la dotación.

El artículo 33 LFC está estableciendo una regla sobre la destinación de las rentas obtenidas con la actividad empresarial⁹. La obligación de aplicar un porcentaje de los ingresos obtenidos en el cumplimiento de la finalidad fundacional¹⁰ justifica el planteamiento de libertad en la actividad de la fundación: si el art. 36 le permite llevar a cabo una actividad empresarial es porque existe un sistema de control del destino de los ingresos generados, que hace imposible la distribución de las ganancias típica de las sociedades mercantiles¹¹. De esta forma, la aplicación obligatoria de un porcentaje de ingresos es una forma de conminar a la fundación a llevar una gestión eficaz de sus recursos y, además, encarada necesariamente al cumplimiento de la

9 Este artículo, además, supone una norma de administración, ya que se impone al patronato la obligación de administrar para el cumplimiento de la finalidad fundacional, que es la única forma de ejercer su función correctamente y que limita sus posibilidades de llevar a cabo la gestión económica de cuya fundación tendrá que responder. Sobre este tema, GARCIA-ANDRADE, J., *La fundación: un estudio jurídico*, Madrid, 1997, pág. 143.

10 Sobre esta obligación como forma de control del cumplimiento de la finalidad fundacional, antes de otros sistemas de más difícil encaje en la normativa sobre fundaciones cfr. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios en la ley de fundaciones*, Pamplona, 2003, p. 218 y ss. El autor se refiere a la polémica en torno al art. 27 de la ley estatal 50/2002 que establece el porcentaje mínimo

11 LINARES ANDRÉS, L. (*Las fundaciones. Personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*, Valencia, 1998, p. 219) apunta que la necesaria reinversión de los ingresos evita que las fundaciones se conviertan en acumuladores de riqueza, pero en nuestra opinión la aplicación obligatoria de los ingresos es efectiva cuando se pone en relación con la gestión eficaz dirigido a la finalidad de interés general que evita el callejón sin salida de formas de empresa disfrazadas de fundación, por ejemplo.

finalidad fundacional. El control se articula mediante un porcentaje mínimo obligatorio de los ingresos netos que se fija en el 70%¹²; y se cierra con la necesidad de que el 30% restante de ingresos se destine bien a incrementar la dotación o bien al cumplimiento diferido de la finalidad fundacional que no puede exceder de tres ejercicios (art. 33.1 final y 33.3). De esta forma se ejerce un control evidente sobre el destino de las rentas al efectivo cumplimiento de la voluntad fundacional.

Además, el control de la reinversión se realiza con la determinación del período de tiempo en el que debe ser realizada: la aplicación obligatoria del porcentaje de ingresos fijado por la legislación se debe hacer en un determinado período de tiempo desde el cierre del ejercicio en el cual corresponde la acreditación contable del ingreso que la ley fija en tres años (art. 33.3). Eso quiere decir que la fundación puede decidir, en el momento del cierre del ejercicio, que no reinvierte el 70% de los ingresos a la finalidad fundacional en el ejercicio siguiente, sino que los puede reservar, en la terminología de la misma LFC, al «cumplimiento diferido» de estas finalidades. El cumplimiento diferido puede tener diferente alcance: de entrada, y sin ninguna más formalidad que el acuerdo del gobierno de la fundación, el destino de ingresos se puede hacer en un período máximo de tres ejercicios a contar desde el siguiente de la acreditación contable. La idea de dar un período amplio para la aplicación de ingresos se entiende especialmente en relación en aquéllos que puedan calificarse de extraordinarios, ya que la fundación puede tener problemas para aplicarlos en un único período. Este período ordinario y fijado por la ley puede ampliarse por parte del Protectorado que autorice a una fundación en concreto otro período superior de reinversión, que, en este caso no tiene límite legal; lo que no parece posible es que el Protectorado autorice a una fundación, especialmente si es de manera reiterada, un período muy superior al establecido por la ley.

El período de tres años fijado por la LFC se adecuaba a la antigua ley estatal 30/1994, pero es inferior a la ley estatal 50/2002 que da a las fundaciones 4 años para la aplicación obligatoria (art. 27), desprendido del ejercicio en el cual se genera el ingreso. Esta norma sólo se aplica a las fundacio-

12 En este sentido, la LFC rebaja el porcentaje de aplicación obligatoria en un 10%: en efecto, la Ley 5/1982, exigía una reinversión del 80%, que se adaptó en este nuevo texto a aquello que en el momento de la reforma determinaba el arte. 25 de la ley estatal 30/1994, hoy sustituido por el arte. 27 de la ley 50/2002, que fija el mismo porcentaje.

nes de competencia estatal (ex DA 1,4), de forma que a las fundaciones sometidas a la ley catalana se les aplicará el periodo máximo de tres años, a reserva de utilizar la vía de la autorización de un periodo superior por parte del protectorado.

4. INGRESOS NETOS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: EL LÍMITE CUANTITATIVO AL LUCRO PARTIBLE

A pesar del rígido sistema de control de la destinación de las rentas, queda un elemento que permite el mismo resultado práctico que un reparto de beneficios. Nos referimos al cálculo del porcentaje de reinversión en función de los ingresos netos deducidos, entre otros, los gastos de administración.

En efecto, la obligación de reinvertir el 70% de los ingresos en el cumplimiento de la finalidad fundacional se predica de los ingresos netos¹³, de forma que hay que deducir los gastos realizados para obtenerlos. En este punto, el arte. 3. 2.c de la Ley 49/2002, que regula el régimen fiscal de las fundaciones da una interpretación auténtica de este tipo de gasto cuando plantea como requisito para disfrutar del régimen fiscal más favorable que la entidad tiene que destinar el 70% de los rentas netas al cumplimiento de la finalidad

13 La norma del destino de los ingresos de la fundación al cumplido de la finalidad fundacional no los distingue por su origen, de forma que hay que reinvertir cualquier ingreso ya sea proveniente de la actividad empresarial, o bien de esporádicas prestaciones de servicios; también los que provengan de donativos de terceras personas, capítulo donde hay que incluir las subvenciones percibidas. Pero la propia LFC excluye del destino obligatorio dos categorías de ingresos: los obtenidos por donativo o aportación de terceras personas cuando deban dedicarse al incremento de la dotación. A pesar de la ambigua dición de la ley, no se trata de cualquier donativo o aportación, sino de aquéllos destinados por que los hace al incremento de la dotación; y los ingresos obtenidos por la alienación extraordinaria de bienes fundacionales: esta previsión es el reverso de aquélla que se contiene en el arte. 39.2 y 3, según la cual, la fundación puede realizar actos de disposición de sus bienes, sean o no dotacionales, libremente, sólo con la obligación de reinvertir su producto de la adquisición de otros bienes o en la mejora de los existentes. Por lo tanto, estos bienes ya tienen un específico régimen de reinversión y no deben tenerse en cuenta en el cálculo del 70% de los ingresos netos. Para los demás, entre los que deben entenderse incluidos los ingresos por actividades empresariales, deben reinvertirse en la forma prevista.

De esta manera, los ingresos excluidos del cálculo de la aplicación obligatoria son aquéllos cuya aplicación obligatoria ya aparece determinada sin acudir a la norma del arte. 33. Y eso es posible porque son aportaciones de terceros los cuales han determinado su aplicación: hay que destinarlos a incrementar la dotación; o bien son el resultado de alienaciones de bienes fundacionales en los cuales el arte. 39 dicta normas de aplicación diferente.

fundacional. Según este texto, son gastos a deducir: los servicios exteriores, los gastos de personal, otros gastos de gestión, los gastos financieros y los impuestos o tributos; en cambio, no lo serían las de gastos realizados con el fin de cumplir las finalidades estatutarias o el propio objeto de la fundación. Dentro del ámbito de la antigua ley estatal 30/1994, CABRA DE LUNA añadía los gastos de infraestructura, y los gastos indirectos de amortización y provisión necesaria¹⁴ que parecen también entrar dentro de la idea de gastos necesaria para la obtención de un ingreso. Sin embargo, hay que indicar que el concepto de ingreso que utiliza este artículo no lo hace en su sentido contable, porque eso significaría reducir la obligación de destinar sólo a los importes de la cuenta de pérdidas y ganancias, mientras que el sentido de la norma, tal como se deduce de aquello que dispone el segundo apartado, entiende que esta obligación afecta en todo lo que la fundación reciba, a excepción de lo que haya que destinar al incremento de la dotación, de forma que, como afirma GONZÁLEZ CUETO, se asimila más a la noción contable de fondo¹⁵.

Según esta idea, el art. 34 LFC se encarga de determinar un tipo de gasto: los de administración. Como gastos, los de administración deberán deducirse de los ingresos brutos, junto con los otros gastos que hemos citado. La LFC es poco clara en el planteamiento de los gastos de administración porque se limita a decir cuáles son y su tope máximo en relación a los ingresos y la actividad de la fundación, pero ni en el art. 33 ni en el 34 se hace mención a si estos gastos deben restarse de los ingresos totales. Tal conclusión se obtiene al entender que si el art. 33 habla de ingresos netos y el 34 define un gasto será porque hay que considerarlo como gasto que minorra los ingresos¹⁶.

14 CABRA DE LUNA, M.A., *op. cit.* p. 228. El autor también incluye el capítulo genérico de los gastos de producción, que la ley detalla más exhaustivamente.

15 Cfr. GONZÁLEZ CUETO, *op. cit.*, p. 233, en relación a la Ley estatal 49/2002, que regula el régimen fiscal de las entidades no lucrativas como pauta que sirve a la interpretación de la ley 50/2002, de fundaciones.

16 De hecho, la LFC no sigue la ley estatal 30/1994, que consideraba los gastos de administración como gastos deducibles de los ingresos netos, pero sin decirlo claramente. La ley 50/2002, en cambio, se limita a dar el concepto de gasto de administración, que hay que restar en el momento de computar los ingresos, que es el mismo resultado al cual se llega con la LFC. Con respecto a la tramitación parlamentaria del art. 27 de la ley estatal 50/2002, cfr. GONZÁLEZ CUETO, *op.cit.*, p. 223.

El concepto de gastos de administración que refleja el arte. 34 se centra en dos elementos: los gastos derivados del funcionamiento del órgano de gobierno que son todos aquéllos inherentes al funcionamiento de la fundación y a la gestión de su patrimonio; y los gastos derivados de retribuciones o por resarcimiento cuando tengan derecho a ellos los patronos. En éste caso, el art. 34.1 LFC está plenamente de acuerdo con lo que prevé el art. 23 respecto de la remuneración de los patronos ya que aunque el ejercicio del cargo es gratuito, pueden percibir cantidades en los dos conceptos mencionados, y estos gastos, a los efectos del cálculo del porcentaje de aplicación obligatoria, se deducirán de los ingresos obtenidos por la fundación.

Este segundo caso es importante ya que se relaciona con dos aspectos que preocupan de una fundación; la percepción de rentas por parte de los patronos que compensen la gratuidad del cargo; y la limitación de estas rentas que no comporten en la práctica un reparto de los beneficios. En este caso, lo que dice la norma¹⁷ es que la deducción de los gastos de administración no podrá ser superior al 10% de los ingresos, y este porcentaje se deducirá del total de ingresos a efectos de la aplicación obligatoria de ingresos. Esta llamada idea de la «décima de administración», es decir, la necesidad de reducir aquello que por cualquier concepto perciben los patronos a un porcentaje de los ingresos ha estado criticada por la doctrina¹⁸, aduciendo que no tiene sentido limitar este gasto y no ningún otro, como si fuera la manera de escapar a la gratuidad del cargo de patrón mediante la distribución de un determinado porcentaje de beneficios que por este motivo se fija en un 10%, ampliable a un 20% previa autorización del protectorado.

Sin embargo, la razón de la norma, especialmente cuando se trata de una fundación que tiene una empresa, es limitar en cualquier caso la posibilidad de distribución de los beneficios generados por la actividad entre los patronos, que atacaría la esencia del interés general y nos llevaría directamente al lucro partible del art. 1665 CC. Se rompería, por tanto, la distinción

17 Los porcentajes de la ley catalana provienen de DT 1ª de la antigua ley estatal 30/1994 que, mientras no hubiera desarrollo reglamentario del arte. 25 que trataba directamente el tema, y de la directriz seguida por el arte. 15 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RD 316/1996, de 23 de febrero), que permitía llegar a un límite del 20%. Este segundo límite no es que sea ilegal para ir más allá de la ley, sino que regula un aspecto por el cual la misma ley se había inhibido en su favor (art. 25.3 in fine).

18 CABRA DE LUNA, *op. cit.*, p. 228. LINARES ANDRÉS, *op. cit.*, p. 218 se limita a reproducir la crítica.

que hemos trazado entre interés general y lucro objetivo. Así, en cualquier caso, la posibilidad real de repartir beneficios se limita a la décima parte de los beneficios.

De todas formas, los límites cuantitativos que fija la ley se ven deslucidos por otra exigencia legal: que, en cualquier caso, los gastos de administración tienen que guardar una proporción «adecuada» con las actividades de la fundación: este criterio subjetivo y valorativo se hace difícil de aplicar en la práctica porque parece que aquello que más rápida y seguramente evalúa una relación cualitativa de este tipo es precisamente la aplicación de un determinado porcentaje; por lo que en la práctica puede ser una vía de defraudar el espíritu de la ley.

FUNDACIÓN, SOCIEDADES Y PATRIMONIO FAMILIAR

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catrática de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

BELÉN TRIGO GARCÍA

Ayudante de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

I. FUNDACIÓN Y ACTIVIDAD ECONÓMICA: UNA PERSPECTIVA DINÁMICA

En el momento actual no constituye ninguna novedad hablar de actividades económicas desarrolladas por entes fundacionales, una vez superada la concepción tradicional de la fundación como sujeto pasivo del tráfico económico, mero receptor de rentas de propiedades y capitales vinculados y, por consiguiente, inmovilizados. Hoy por el contrario, se admite expresamente¹

1 No sólo se admite, sino que la tendencia actual se orienta a facilitar la realización de tales actividades económicas. Vid. Exposición de Motivos (II) Ley 50/2002, que señala como característica de la nueva regulación la flexibilización y simplificación de procedimientos, especialmente, los de carácter económico y financiero. Cfr. art. 3. 2º-3º Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

que las fundaciones puedan obtener ingresos por sus actividades —se entiende, las relativas al cumplimiento de los fines fundacionales— siempre que ello no implique una limitación injusta del ámbito de sus posibles beneficiarios; asimismo, se permite que las fundaciones desarrollen actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas². Esta participación activa de las fundaciones en el mercado como un actor más del mismo se refuerza por el sometimiento de su actuación a las normas reguladoras de la defensa de la competencia (art. 24. 1º LF) a fin de que no se aprovechen de un régimen jurídico y fiscal favorable y generoso para competir con ventaja³. Desde esta nueva perspectiva, se propugna la adopción por parte de las fundaciones de criterios de eficiencia, tomando como referente los modelos de gestión empresarial.

Sin perjuicio de la importancia de estos cambios en la configuración del régimen jurídico de la fundación en la nueva ley estatal y de su papel en el tráfico, nuestro interés no se va a centrar en el desarrollo directo por el ente fundacional de actividades económicas, sino en su participación en empresas ordinarias y, más en concreto, en sociedades. Se trata, sin duda, de una situación íntimamente ligada con la anterior, como muestra el propio legislador estatal tratando ambas conjuntamente en el art. 24 de la ley, bajo la rúbrica «Actividades económicas»; sin embargo, plantean problemas de distinta índole⁴.

A raíz de la revolución industrial, el protagonismo en el tráfico económico actual corresponde a las personas jurídicas y, más en concreto, a las sociedades, lo que conlleva una transformación en la configuración de la riqueza: la propiedad inmobiliaria ha cedido el papel de principal activo patrimonial a la participación empresarial, en especial, en su configuración jurídica societaria⁵. A partir de esta evolución de las estructuras económicas,

2 Sobre la diferencia entre ambas situaciones y algunos ejemplos de las mismas, T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 52/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 198.

3 T. GONZÁLEZ CUETO, *ibid.*

4 Razón por la que parece más conveniente la regulación separada, aunque próxima, de las dos situaciones, como hace, por ejemplo, la Ley 5/2001, de 2 de mayo, del Parlamento de Cataluña, sobre normas reguladoras de las fundaciones, en sus artículos 35 y 36.

5 L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, 4ª ed., Cívitas, Madrid, 1995, p. 63.

cabe escindir la mera noción de propiedad de los bienes de la idea de control; esto es, en el contexto societario interesa tanto como la titularidad de las participaciones sociales, el ejercicio de la toma de decisión y la gestión de la sociedad⁶.

Los titulares de las participaciones de la sociedad pueden ser personas tanto físicas como jurídicas y, entre estas últimas —según admite el propio legislador estatal y autonómico—, pueden serlo las fundaciones. Esto hace posible una fuerte imbricación entre entes fundacionales y societarios que trae, como primera consecuencia, la desaparición de toda limitación respecto de las posibles actividades fundacionales; así, a través de su participación en sociedades, las fundaciones podrán intervenir en cualquier género de actividad económica (art. 24. 1º *in fine* LF). En otras palabras, no se establece ninguna restricción a esta participación en atención al objeto social⁷; tampoco existe ninguna restricción cuantitativa, pues el art. 24. 2º LF sólo prevé la necesidad de dar cuenta al Protectorado cuando la participación societaria sea mayoritaria.

Todas estas circunstancias hacen posible que las fundaciones se conviertan en auténticas gestoras de participaciones sociales. En este sentido, la fundación no sólo se presenta como forma jurídica apta para tal cometido, sino que puede resultar, en relación con otras posibilidades, un modelo ventajoso. Como breve repaso, entre esas ventajas pueden apuntarse las siguientes.

- La fundación se configura como una entidad con personalidad jurídica propia. De hecho, en nuestro ordenamiento resulta difícil pensar en una fundación privada de personalidad jurídica (vid. arts. 4 y 13 LF). Estamos, por tanto, ante un ente que actúa de forma independiente en el tráfico jurídico, con todas las consecuencias que ello comporta; en especial, por lo que aquí interesa, cabe atribuir direc-

6 El tema fue ya abordado por A. A. BERLE/G. C. MEANS en su clásico estudio de 1932 *The Modern Corporation and Private Property*.

7 La limitación sí existe respecto del tipo societario, pues tan sólo se admite la participación de las fundaciones en sociedades en las que no responda personalmente de las deudas sociales (art. 24. 3º LF), pero ello, como se apuntará más adelante, ha de relacionarse con la idea de garantía del patrimonio fundacional, en ningún caso con la exclusión de ciertas actividades como eventual objeto de la sociedad participada por la fundación.

tamente a la fundación la titularidad de los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional (art. 20 LF).

- El ordenamiento reconoce a la fundación una responsabilidad limitada; es decir, el reconocimiento de personalidad jurídica lleva asociada la limitación de la responsabilidad al patrimonio fundacional, de modo que los patronos —órgano de gobierno de la fundación y, a través de ella, participantes en la gestión de la sociedad (art. 14 LF; cfr. art. 3. 5º últ. párr. Ley 49/2002)—, sólo responderán frente a la fundación, y no frente a terceros (art. 17 LF).
- Continuidad en el tiempo: la fundación es un proyecto que se pretende vaya más allá de la vida del fundador o fundadores y, en este sentido, es un instrumento óptimo para la gestión de un ente societario el cual, sin perjuicio de las vicisitudes que experimente, tiende a perdurar más allá del tiempo de vida de los socios que sean personas físicas.
- Conservación del patrimonio (fundacional): conforme a la concepción de la fundación como persona jurídica de base patrimonial, una de las preocupaciones tradicionales de su regulación es asegurar la conservación de su patrimonio (vid. arts. 21-22 LF, que ahora relajan sus exigencias). Igualmente desde esta perspectiva se comprende la limitación establecida en el art. 24 LF que restringe la participación de las fundaciones en sociedades en las que no responda personalmente de las deudas sociales.
- Atribución de un régimen fiscal favorable, básicamente contenido actualmente en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, si bien tal régimen exigirá el cumplimiento de los requisitos que se mencionan en el art. 3 de la citada ley.
- Profesionalización de la gestión. En este sentido se debe resaltar la previsión contenida en el segundo párrafo de art. 15.4 de la LF permitiendo la retribución de los patronos por la prestación de servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronado, la posible creación de otros órganos distintos del patronato contemplada en el art. 16.2 LF, así como las exigencias de carácter contable al ente fundacional o el establecimiento de planes de actuación y sometimiento a auditorías externas obligatorias (art. 25 LF).

- Mejora de la imagen corporativa. En los últimos años es cada vez más frecuente la constitución de fundaciones directamente por las propias sociedades, como una actuación inscrita en una política corporativa ligada a la responsabilidad social. La forma jurídica fundación se asocia inmediatamente a valores reconocidos por la sociedad civil, como el altruismo y la solidaridad, de modo que la fundación supone en el momento actual una marca de prestigio, también para las empresas cada vez más preocupadas por su imagen exterior.

La segunda consecuencia que cabe extraer de la interrelación entre entes fundacionales y societarios apunta hacia la posible instrumentalización de la figura fundación a favor de la gestión societaria. En pocas palabras, las fundaciones son titulares de participaciones societarias y como tales entran también en el juego de control de la sociedad participada, bien asumiéndolo ellas mismas, bien como apoyo o refuerzo de otros socios, para asegurar su participación mayoritaria.

II. FUNDACIÓN Y PATRIMONIO FAMILIAR

Tras una forma societaria (sociedad o cadena de sociedades) no es infrecuente que exista un socio principal mayoritario o incluso único, que puede ser una persona física. Más allá de su independencia formal, la sociedad (y, en su caso, la fundación instrumental) difícilmente van a verse ajenas a las vicisitudes personales de ese socio y, muy especial, a las consecuencias de su fallecimiento y de su sucesión *mortis causa*.

Ante estas circunstancias y desde la perspectiva estrictamente personal del patrimonio, el esquema jurídico de la fundación se revela especialmente apto para garantizar la continuidad de la empresa conforme a las directrices de su titular, una vez desaparecido éste. Pensemos, por ejemplo, en un empresario sin vínculos familiares de ninguna clase; más allá del destino de su patrimonio, probablemente le preocupe el futuro de su empresa; ante esta circunstancia ¿cómo se puede garantizar la continuidad e integridad de la precitada empresa? ¿cómo asegurar el respeto a una determinada filosofía y a unas líneas de actuación?. Una posible respuesta puede hallarse en la constitución de una fundación que controle el ente societario, encargándose de su gestión.

No obstante, más habitual que un rico empresario sin sucesores directos, es que la transmisión *mortis causa* de la riqueza deba contemplarse en un contexto familiar, de modo que las preocupaciones ya señaladas se entrelazan con las relaciones familiares de ese socio mayoritario o único; en tal situación a todas las anteriores se suma la cuestión de decidir cómo puede compaginarse la garantía de continuidad de la empresa con los derechos de sus sucesores, situación que aún puede ser más complicada en un sistema como el derivado del Código civil español con una legítima extremadamente amplia y rígida. De nuevo, el recurso a una fundación puede ser de utilidad, si bien la situación resulta más compleja, pues deben armonizarse diversos intereses, a veces, contrapuestos.

Antes de nada conviene aclarar que, aunque desde un planteamiento de fondo pueda advertirse cierta proximidad entre la hipótesis propuesta y el concepto de fundación familiar, lo cierto es que se trata de situaciones distintas. Merece la pena detenerse brevemente en esta cuestión pues, de considerarse una fundación familiar, en el estado actual de nuestra legislación no sería válida. La clave de esta distinción la ofrece el art. 3 LF al prohibir la constitución de fundaciones cuya finalidad principal sea destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general⁸. En el ejemplo que examinaremos, no concurre esta circunstancia: los fines perseguidos por el ente fundacional son de interés general, sin que en ningún caso las prestaciones de la fundación reviertan en personas individualizadas, ni siquiera en el ente societario cuyo control se trata de garantizar. La ventaja que se intenta conseguir es indirecta, mediante la propia constitución de la fundación, y no a través del ejercicio directo de la actividad fundacional.

Desde este enfoque, la eventual intervención de la fundación tipificada en nuestro Derecho como un patrimonio destinado al cumplimiento de fines de interés general aparece, a primera vista, desdibujada porque, tal y como hemos descrito, no se oculta que no son los fines filantrópicos del ente

8 No obstante, cabe percibir cierta flexibilización. Así, es posible circunscribir los eventuales beneficiarios de la actividad fundacional a ámbitos limitados, con respeto a la identificación genérica de los mismos (art. 3.2º in fine LF), o excluir de la prohibición de determinados supuestos (art. 3. 4º LF).

fundacional los que más preocupan al eventual fundador. En efecto, cabe preguntarse si es posible tender un puente entre los fines de interés general exigidos para constituir la fundación y la continuidad del patrimonio familiar y de la integridad de la empresa. Con el ejemplo que a continuación mostraremos se verá que la respuesta afirmativa a la cuestión ahora planteada supone, tal vez, forzar el esquema jurídico de la fundación e incluso el espíritu de la ley; pero lo cierto es que la normativa vigente da cabida a esta instrumentalización de la persona jurídica fundación con el fin de utilizarlo para los objetivos más arriba descritos⁹. Es difícil considerar que estamos ante un fraude de ley, pues el objetivo perseguido no contraviene ninguna norma, sino que resulta admisible por el ordenamiento jurídico (garantizar el control de una sociedad, evitar la disgregación empresarial, ordenar la sucesión *mortis causa* respetando los límites impuestos legalmente). Cuestión distinta es que, como a nosotras nos parece, resulte conveniente una reforma legislativa que contemple expresamente estas situaciones y coloque a este tipo de fundaciones en su propio marco de actuación.

III. EL CASO DE LA FUNDACIÓN AMANCIO ORTEGA GAONA

Un caso actual y de amplia repercusión que ilustra las anteriores consideraciones lo constituye la Fundación Amancio Ortega Gaona¹⁰, creada por el fundador y máximo accionista del grupo empresarial Inditex, quien es considerado como el hombre más rico de España y una de las personas con más fortuna del mundo. La Fundación, que está sometida a la ley de fundaciones de interés gallego y «en lo que resulte aplicable» a la estatal, fue creada en el año 2001 con una dotación inicial de 60 millones de euros. Según dicen sus Estatutos, constituye una entidad «sin ánimo de lucro, cuyo patrimonio se halla afectado de modo duradero a la realización de los fines de interés general propios de la Institución», fines que se describen en el art. 6 de los mismos Estatutos como «promoción, fomento, desarrollo, ejecución y financiación de todo tipo de actividades que coadyuven a la difusión y extensión de la cultura, de la educación de la investigación y de la ciencia en cualquiera de sus

9 A. MARTÍNEZ NIETO, «El nuevo Derecho de fundaciones en el Estado de las Autonomías I», *La ley*, 20 de noviembre de 2003, p. 2.

10 Vid. Orden de 3 de septiembre de 2001, por la que se clasifica como fundación mixta (DOGA 11.9.01, p. 12.081), Registro único núm. 2001/25.

manifestaciones»¹¹, lo cual, en principio, poco o nada tiene que ver con la actividad empresarial de su fundador. De hecho, hasta el momento presente las actividades de la fundación se han centrado básicamente en poner en marcha un plan de incorporación de medios tecnológicos avanzados en un centro educativo de educación primaria y secundaria en la provincia de La Coruña. No obstante, no constituye ningún secreto para nadie que el verdadero motivo para la creación de la fundación fue asegurar la integridad de la empresa para el tiempo posterior a la muerte de su creador. La fundación no tiene de momento una participación mayoritaria en Inditex, pero a través de otras sociedades interpuestas, controla provisionalmente el 5 por ciento de Gartler, una sociedad de responsabilidad limitada que agrupa buena parte del patrimonio de Amancio Ortega¹². Parece que las disposiciones *mortis causa* realizadas por éste, aseguran que una vez producida su muerte la fundación pasará a tener el control del 20 por ciento de Gartler, lo que indirectamente le garantizará el control de Inditex y evitará que hipotéticas disputas hereditarias entre los familiares directos del empresario terminen por destruir la empresa¹³.

Es evidente que el deseo de mantener la integridad de la empresa y asegurar su futuro más allá de su propia muerte es una necesidad sentida como real por Amancio Ortega y que el Derecho puede y debe tutelar. No obstante, la utilización a estos fines de la figura de la fundación, aún cuando con toda probabilidad no puede considerarse ilícita, plantea bastantes puntos de interés que sería preciso aclarar.

En primer lugar, como hemos dicho, la Fundación Ortega Gaona está sometida a la ley gallega de fundaciones de interés gallego¹⁴ e inscrita como

11 Se hace además seguidamente un elenco de actividades destinadas al logro de tales objetivos.

12 Gartler S.L. (Registro Mercantil de La Coruña, t. 1613, sec. G, hoja C-13541). se constituyó en 1995, inicialmente como una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, cuyo administrador único era el propio Amancio Ortega; sin embargo, en septiembre de 2001, coincidiendo con la creación de la fundación, Gartler pierde su condición de unipersonal, «en virtud de aportación de Don Amancio Ortega Gaona de participaciones de Gartler S.L. en pago de asunción de participaciones sociales en la ampliación de capital de la entidad Pontegadea S.L.», entidad esta cuya relación con la fundación parece evidente, aunque no hemos sido capaces de desentrañarla.

13 X. BLANCO/J. SALGADO, *Amancio Ortega. De cero a Zara*, Madrid, La esfera de los libros, 2004, p. 205.

14 Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, modificada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre.

tal en el Registro de fundaciones de la Consellería de Presidencia de la Xunta de Galicia. Tal y como hemos señalado esta fundación controla ya un porcentaje significativo de la firma Inditex y, si las previsiones se cumplen, dicho porcentaje se incrementará notablemente. Pues bien, se debe recordar que la ley gallega mentada no ha regulado en absoluto el tema de la realización de actividades económicas por parte de las fundaciones de interés gallego, si bien la cuestión se menciona en el art. 21.1 del Reglamento de desarrollo de la ley¹⁵. Aunque no se pueda dejar de denunciar lo inconveniente de que un tema de tal trascendencia se incluya en una norma de rango reglamentario¹⁶, es cierto que, el mencionado precepto admite que las fundaciones de interés gallego participen en sociedades mercantiles (sin distinguir, a diferencia de lo que ahora hace la ley estatal 50/2002 entre sociedades de las que no se responda personalmente de las deudas sociales y sociedades en las que, por el contrario, sí exista tal responsabilidad), sin más límites que la participación se comunique al Protectorado tan pronto como sea mayoritaria en la sociedad en cuestión; es decir, en un caso como el propuesto, a pesar de que el futuro 20 por ciento de la participación en Inditex asegure totalmente el control de la empresa por parte de la fundación, ni siquiera ha de ser comunicado al Protectorado, porque no será un porcentaje mayoritario¹⁷.

Sin embargo, el punto central en el que queremos focalizar la atención en este caso está relacionado con los fines principales e instrumentales de la fundación. Como no puede ser de otra manera con la vigente legislación estatal y gallega sobre fundaciones, la que nos ocupa destina un patrimonio con dotación inicial de 60 millones de euros a la realización de «fines de interés general»¹⁸, fines que en realidad son un escaparate que difumina el objetivo principal de la entidad que no es otro que el ya señalado de asegurar la continuidad a la empresa después del fallecimiento de su titular. En realidad estamos ante un caso de las llamadas «fundaciones instrumentales» que utilizan la forma de fundación por la necesidad de hacer algo al margen de la organización principal y se apropian además del prestigio de esta forma jurí-

15 Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego.

16 Como ya indicó una de nosotras en otra sede (M. P. GARCÍA RUBIO, *Manual de Derecho civil gallego*, Madrid, Colex, 1999, p. 74).

17 Lo que también es denunciado, en relación con la ley estatal, por T. GONZÁLEZ CUETO, *op. cit.*, pp. 199-200.

18 «Fines de interés general propios de la Institución», según el art. 1 de sus Estatutos.

dica. En la medida en que cumplen las exigencias materiales y formales de la figura fundacional estamos ante entidades que, al decir de algunos, simplemente utilizan de forma inteligente las posibilidades legales que ofrece el ordenamiento para crear personas jurídicas¹⁹. Por nuestra parte, pensamos que tal vez convenga matiza un poco más. No se debe olvidar que, en la situación legislativa vigente, el ordenamiento jurídico español no admite la validez de las fundaciones que no persigan fines de interés general. La situación es distinta en otros ordenamientos vecinos en los que la fundación es fundamentalmente una cuestión de forma y se rige por el criterio de «neutralidad de los fines». Este es, por ejemplo, el caso de Alemania, cuyo § 80.2 BGB reconoce la validez de una fundación con tal de que su finalidad «no ponga en peligro el bien común» (*Nicht-Gefährdung des Gemeinwohls*)²⁰, lo que permite no sólo las fundaciones familiares, sino también la afectación duradera de patrimonios empresariales o de participaciones en sociedades a finalidades que, de hecho, pueden resultar puramente conservativas de la explotación económica de la sociedad participada según los designios sucesorios del fundador o de su familia²¹. Pero insistimos en que, mientras el concepto de fundación en España siga ineludiblemente ligado a la persecución de fines de interés general, es más difícil encajar en el sistema una fundación como la Ortega Gaona. Otra cosa es que su finalidad sea lícita e, incluso, socialmente conveniente. Ello no haría sino confirmar la idea expuesta ya por una parte significativa de la literatura jurídica española en el sentido de que la Constitución no prohíbe las fundaciones que no persigan fines de interés general, y simplemente se limita a otorgar una garantía institucional suplementaria a las que sí lo hagan²²; constituiría además una razón de peso para que el legislador, estatal y/o autonómico, pensase en la conveniencia de asumir el principio de neutralidad de fines y admitiese la validez de fundaciones particulares. En

19 A. MARTÍNEZ NIETO, *ibid.*

20 Sobre el concepto, en sentido negativo, K. MUSCHELER, «Stiftung und Gemeinwohlgefährdung», *NJW*, 2003, pp. 3161-3166.

21 Según palabras literales de J. FERRÉ I RIBA, «La modernización del derecho alemán de fundaciones. Constitución por reconocimiento y libertad de elección de los fines fundacionales», *InDret*, enero 2003, www.indret.com.

22 Como entienden J.L. PIÑAR MAÑAS Y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 104-105, quienes además matizan que lo que no sería posible es establecer un régimen más beneficioso para las entidades no garantizadas (léase las fundaciones familiares) que para las que gozan de aquella protección constitucional.

ningún caso estas últimas podrían ser consideradas entidades sin fin de lucro a los efectos de recibir beneficios fiscales, como los establecidos en la ley 49/2002, mientras que en la situación actualmente vigente, es prácticamente seguro que fundaciones como la Ortega Gaona puedan llegar a recibir los beneficios fiscales otorgados sobre el presupuesto —que puede resultar meramente aparente— de que son los generales y no otros los fines efectivamente perseguidos²³.

IV. APUNTE FINAL

En las líneas que anteceden se ha puesto de manifiesto la existencia en nuestro país de fundaciones que, al lado de los fines de interés general impuestos por la ley, persiguen otros objetivos lícitos y merecedores de protección jurídica que, sin embargo, no pueden confesarse abiertamente en la escritura fundacional ni en los Estatutos. Tal situación deriva de la exigencia legal de que todo ente con forma de fundación haya de perseguir necesariamente fines de interés general. A nuestro juicio, para evitar posibles abusos en situaciones como las que se han descrito, y bajo el presupuesto de que ello sería constitucionalmente legítimo, sería muy conveniente una reforma legislativa que permitiese fundaciones mixtas e incluso fundaciones dirigidas a fines meramente particulares, las cuales, como es lógico, no podrían gozar de los beneficios fiscales que actualmente se ligan a la figura fundación. Esta «neutralidad en los fines»²⁴, mucho más acorde con la realidad jurídica actual, aportaría además una notable dosis de transparencia a muchas de las fundaciones que actualmente existen en España.

23 Aunque bien es cierto que el concepto de «entidad sin fines lucrativos» que le permitiría acceder al régimen fiscal de la ley 49/2002, de 23 de diciembre exige bastantes más requisitos (cf. art. 3) que la mera persecución nominal del interés general, por ejemplo, no caben en tal concepto las fundaciones en las que exista cláusula de reservación a favor de fundador o de otros particulares, lo que con sutileza parece permitir el art. 31. de los Estatutos.

24 A. NIETO ALONSO, *Fundaciones, su capacidad: especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1996, pp. 323-332.

LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACIÓN: CONTENIDO MÍNIMO Y MODIFICACIÓN (APROXIMACIÓN DESDE LA LEGISLACIÓN CATALANA)

M^a DOLORES GRAMUNT FOMBUENA

Profesora Titular de Derecho Civil

Universitat de Barcelona

1. CONTENIDO MÍNIMO DE LOS ESTATUTOS

Los estatutos, junto a la ley, constituyen la norma rectora de la fundación en la medida que contienen los principios que permitirán el funcionamiento de la fundación, de acuerdo con la voluntad del fundador¹. El art. 11 de la Ley [catalana], 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones (en adelante LFCat) prevé su contenido mínimo.

1. La denominación. Representa la identificación de la persona jurídica. La LFCat no dedica ningún precepto a la regulación del nombre de la funda-

¹ El art. 2.2 de la LF es norma de aplicación general a todo el Estado porque ha sido considerada como condición básica para el ejercicio del derecho constitucional de fundación. Según este precepto las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y por la ley.

ción, a diferencia de la Ley [estatal] 50/2002 (en adelante LF) que sí lo hace en el art. 5 de forma bastante detallada. En cambio, el legislador catalán sí que incidió en esta materia en la regulación de las asociaciones, concretamente en el art. 7 de la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones (en adelante LACat)². La admisibilidad del nombre es competencia del Protectorado quien, a falta de otros criterios, podrá tomar como referente los criterios previstos en el art. 7 LACat³. En cualquier caso, al nombre se deberá añadir la expresión «fundación privada» para designar la clase de persona jurídica que es, lo cual revela claramente la aplicación de un determinado régimen jurídico y fiscal⁴.

2. La duración de la existencia de la fundación. Fijar la duración de la fundación es una mención estatutaria obligatoria para el único caso de no haberse constituido la misma con vocación de permanencia, es decir, con duración indefinida. Ello significa que si los estatutos no prevén una duración determinada deberá entenderse que la misma es indefinida. Si se establece una limitación temporal a la existencia de la fundación será preciso tener en cuenta el art. 3.3. LFCat admite tanto la duración indefinida como la temporal, siempre que en este último caso, el tiempo establecido sea suficiente para dar cumplimiento a la finalidad fundacional.

3. La fecha del inicio de la actividad de la fundación. Esta exigencia tiene, como la anterior, carácter defectivo: sólo si se determina que el momento del inicio de las actividades no ha de coincidir con la fecha del otorgamiento de la carta fundacional deberá hacerse constar en los estatutos. Conviene tener presente que a pesar de que el art. 12.1 LFCat *in fine* habla de

2 Artículo 7 LA: *Denominació*. 1. La denominació de les associacions ha de fer referència a les finalitats estatutàries de l'associació o a l'objecte principal i algun nom que la singularitzi.

2. No són admissibles les denominacions que consisteixin exclusivament en l'expressió d'un territori, que indueixin a error respecte a la naturalesa de l'associació, en especial mitjançant l'adopció de paraules o conceptes propis de persones jurídiques diferents, que incloguin expressions contràries a les lleis o que atemptin contra el dret de les persones.

3. La denominació de l'associació no pot coincidir amb la d'una altra entitat preexistent ni assemblear-s'hi tant que indueixi a confusió sobre la identitat de l'associació.

4. *Les associacions poden tenir símbols d'identificació*.

3 Véase la STSJCat (Sala Cont.-Adm.) de 17 de diciembre de 2002 –Ponente: J.F. HORCAJADA MOYA.– (JUR 2003/101724), que denegó la inscripción de una asociación considerando que creaba confusión con la identificación de otra entidad ya constituida.

4 Debe recordarse que el art. 6.3 LF impide el uso de la calificación como fundación privada a cualquier entidad que no se ajuste a las previsiones de la Ley.

«actividad futura» para referirse a la que desarrollará la fundación una vez inscrita, se ha de admitir como fecha de inicio de las actividades la del otorgamiento de la carta fundacional, dada la asunción inmediata de las obligaciones contraídas por los patronos una vez la fundación se ha inscrito.

4. Las finalidades de la fundación. La necesidad de hacer constar las finalidades fundacionales dimana de la propia esencia de la fundación (art. 1.2 LFCat). No podemos olvidar que el art. 3 núms. 1, 2 y 3 de la LF contienen condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el art. 34 CE y, por tanto, son declarados de aplicación general al amparo de lo previsto por el art. 149.1.1º CE, por la DF Primera de la propia LF. El apartado 1 del referido art. 3 se refiere a la configuración de las finalidades fundacionales admitidas por la ley. La expresión de las finalidades fundacionales posibilita el control del Protectorado sobre la adecuación de las finalidades a las previsiones del art. 4 LFCat, así como al control de su cumplimiento posterior tanto por parte del Patronato (arts. 15.2 y 20 a) LFCat) como por el Protectorado (arts. 47.2, 48 c) y d) LF, núm. 3 de la Instrucción (Decreto [Cataluña] 37/1987, de 29 de enero, que aprueba la Instrucción para la organización y el funcionamiento del Protectorado de la Generalitat sobre las fundaciones privadas de Cataluña). La determinación de las finalidades fundacionales incide en la propia subsistencia de la fundación: se extinguen si se han cumplido íntegramente (art. 45.1 b) LFCat) o si no se pueden cumplir (art. 45.1 c) LF).

5. El domicilio de la fundación en Cataluña. El hecho de que la fundación se halle domiciliada en Cataluña es indicador —pero no definitorio— de su sujeción a la LFCat (*ex art.* 1.1 LFCat). Debemos tener presente que el legislador estatal ha atribuido carácter de norma de aplicación general al art. 6 LF en virtud de la competencia exclusiva del Estado reconocida en el art. 149.1.8 CE. Dicho art. 6.1 obliga a las fundaciones que desarrollen en España la mayor parte de su actividad a tener el domicilio en España, mientras que el núm. 2 del propio art. 6 obliga a fijar el domicilio estatutario en el lugar en el que tenga su sede el patronato de la fundación o en el lugar donde desarrollen principalmente sus actividades. Partiendo de esta premisa, entendemos que debería admitirse la posibilidad de que una fundación sometida a la LFCat por el hecho de desarrollar sus actividades en territorio catalán tenga su domicilio fuera de Cataluña si éste es el de la sede del patronato.

En cualquier caso, la fijación de un domicilio es necesario a efectos de comunicación y a efectos procesales, dado que el art. 51.1 LEC determina la

competencia territorial de los jueces y tribunales en función del fuero general de las personas jurídicas, identificado con el lugar del domicilio⁵.

6. Las reglas básicas para la aplicación de los recursos a las finalidades fundacionales. Se exige constancia concreta de la previsión contenida en el art. 10.1 LFCat siguiendo las pautas que señala el art. 33 LFCat, esto es, determinar en los estatutos el procedimiento que se seguirá para destinar por lo menos el 70% de las rentas y otros ingresos netos anuales obtenidos al cumplimiento de las finalidades fundacionales⁶, sin tener en cuenta para el cálculo de este porcentaje los ingresos obtenidos por donativo o aportación de terceras personas cuando los mismos deban dedicarse al incremento de la dotación, ni los obtenidos por la enajenación extraordinaria de bienes fundacionales⁷.

7. Las reglas básicas para la determinación de los beneficiarios. En este caso se requiere la concreción del colectivo al que favorecerán las actividades de la fundación (art. 4 LFCat). Los núms. 2 y 3 del art. 3 LF fijan unas basas más específicas para el establecimiento de los beneficiarios. En este sentido, el art. 3.2 proclama que la finalidad fundacional ha de beneficiar a colectividades genéricas de personas y que merecerán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o diversas empresas y sus familias. Por otra parte, el 3.3 LF dispone que en ningún caso se admitirá la constitución de fundaciones que tengan por finalidad principal la destinación de sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o parejas estables, o a los parientes hasta el cuarto grado incluido, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan finalidades de interés general.

8. La regulación del patronato. Los estatutos han de reflejar todo aquello que hace referencia al órgano de gobierno de la fundación y que la LFCat desarrolla en su Capítulo III⁸. La LFCat ha dejado un amplio margen a la voluntad del fundador o de los ejecutores de su voluntad en lo que se refiere a la regulación de la actuación del patronato, de manera que al confeccionar los estatutos convendrá prever de la forma más cuidadosa posible la forma

5 Cfr. art. 51 LEC.

6 Sobre este tema, si bien referido al art. 27 LF, véase GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la ley de fundaciones*, Pamplona, 2003, p. 218 y ss.

7 Al respecto, véase BARRAL VIÑALS, I.: «Comentario a los arts. 33 y 34», en *Comentaris a la Llei 5/2001, de 2 de maig, de Fundacions*, inédito.

8 Sobre la regulación del patronato, LLÁCER MATA CÁS, M. R.: «Comentario al Capítulo III», en *Comentaris a la Llei 5/2001, de 2 de maig, de Fundacions*, inédito.

de actuar de los patronos (régimen de mayorías para la toma de decisiones, posibilidad o no de delegar funciones (*ex art. 22 LFCat*), causas estatutarias de cese (*ex art. 24.1 g*), etc.

9. La regulación, si existen, de los otros órganos de la fundación. La posibilidad que existan órganos diferentes del patronato está contemplada en el art. 16.2 LFCat (p. ej, secretario o secretaria que no sea miembro del patronato), pero para ello es preciso que así lo establezcan los estatutos.

10. La previsión de destino del patrimonio fundacional en caso de extinción. El fundador o los ejecutores de su voluntad pueden prever un destino específico para el patrimonio de la fundación cuando se produzca su extinción por cualquiera de las causas previstas en el art. 45 LFCat. Evidentemente habrá de ser una previsión acorde con los criterios que establece el art. 46 LFCat, debiendo ser respetada por los liquidadores o, en su caso, por el Protectorado⁹.

2. LA NULIDAD DEL CONTENIDO ESTATUTARIO Y SUS EFECTOS

Los estatutos deben ser inscritos obligatoriamente (art. 49 b) LFCat y núms. 15 a), 16 de la Instrucción). En principio el Protectorado ha de inscribirlos (*ex art. 18 Instrucción*), pero puede denegar la inscripción si el acto a inscribir no cumple los requisitos legalmente previstos.

El art. 11.2 LFCat contempla el supuesto de que los estatutos contengan estipulaciones contrarias a las normas –imperativas– de la LFCat, en cuyo caso se prevé una reacción diferente en atención al alcance de la nulidad.

La nulidad puede resultar sólo parcial, es decir, la estipulación nula no afecta a la validez de la constitución de la fundación. En este caso, la LF otorga al Protectorado la potestad de efectuar la declaración de nulidad en la misma resolución que autoriza la inscripción de la fundación, sin recoger la estipulación nula.

9 En este sentido, véase STS (Sala Cont.-Adm.) de 21 de abril de 1999 –Ponente: Mariano BAENA DEL ALCÁZAR – (RJ 1999/4178). Sobre esta norma conviene tener en cuenta el comentario al art. 46 LFCat de RUBIO GIMENO, G. (en *Comentarios a la Llei 5/2001, de 2 de maig, de Fundacions*, inédito), que acertadamente destaca que esta mención estatutaria no es tan necesaria como parece indicar el encabezamiento del precepto («al menos») porque el art. 46.1.a) LFCat prevé que sea el Protectorado quien decida el destino concreto de los bienes fundacionales «si no se ha hecho» en los estatutos.

También existe la posibilidad que el vicio de nulidad recaiga en alguno de los elementos estructurales de la fundación, de manera que sin aquella estipulación la fundación no pueda existir (p. ej., la declaración de ilicitud de las finalidades fundacionales). Según la previsión del art. 11.2 LFCat el Protectorado denegará la inscripción de la fundación, de manera que no se completará el proceso de creación de la misma al no adquirir personalidad jurídica, de manera que la nulidad de la cláusula afecta a la validez del proceso constitutivo. Ante esta situación el Protectorado deberá de actuar conforme a lo que previene el núm. 49 de la Instrucción: en primer lugar suspenderá el trámite de inscripción y permitirá la subsanación del defecto; sólo si no se practican las correcciones pertinentes en el plazo legal, denegará la inscripción¹⁰. La resolución denegatoria (que es competencia del *Conseller de Justícia* ex art. 52 LFCat y núm. 52 de la Instrucción) puede ser objeto de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 52 LFCat y núm. 57 de la Instrucción).

3. LA CONVENIENCIA DE MODIFICAR LOS ESTATUTOS

Los estatutos pueden ser modificados a iniciativa del patronato («acuerdo del patronato»), siempre que lo considere conveniente para los intereses de la fundación y se haga de acuerdo con la línea de actuación marcada por el fundador. El patronato tomará el acuerdo por mayoría simple, dado que no se prevé una mayoría cualificada. El art. 22.3 LFCat considera esta decisión como una función no delegable.

Esta posibilidad de modificar los estatutos se encuentra modulada por la concurrencia de dos circunstancias previstas genéricamente por el art. 14.1 LFCat: la conveniencia para el interés fundacional y el respeto por la voluntad del fundador. El fundador puede haber prohibido específicamente la modificación de los estatutos, o incluso puede desprenderse de la expresión de la voluntad fundacional una intención contraria a la modificación total o parcial de los estatutos. En este sentido, en el art. 14.2 LFCat encontramos cla-

¹⁰ La solución prevista por el legislador estatal es considerar no incorporada la cláusula nula («se tendrá por no puesta», dice el art. 9.2 LF), excepto que afecte a la validez de la constitución de la fundación, en cuyo caso el Protectorado denegará la inscripción de la fundación. En este supuesto, y en opinión de GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre)*, cit. p. 111, «el Protectorado actuará siempre con un espíritu favorable a la existencia de la fundación».

ras manifestaciones de la voluntad fundacional en relación a aspectos eventualmente modificables, que no podrán serlo si el fundador las ha prohibido¹¹.

El control de estas circunstancias corresponde al Protectorado (art. 14.2 LFCat). La LFCat, de forma similar al que prevé la LF, es genérica en cuanto a este control, a diferencia de otras normas autonómicas que fijan unos requisitos más rígidos¹². Por este motivo, además de la publicidad, la modificación se ha de inscribir en el Registro de Fundaciones (art. 14.1 LFCat).

4. LA OBLIGACIÓN DE MODIFICAR LOS ESTATUTOS

El art. 14.3 LFCat contempla el supuesto en que sea necesario modificar los estatutos por haberse producido un cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la constitución de la fundación. Este cambio se ha de proyectar directamente sobre las actividades fundacionales, haciéndolas de imposible cumplimiento tal y como estaban diseñadas, lo cual nos abocaría necesariamente a la extinción de la fundación *ex art.* 45 LFCat. Con la finalidad de evitar esta situación, el art. 14.3 LFCat obliga al patronato a modificar los estatutos en el sentido que sea más conveniente para la consecución de las finalidades (p. ej., en cuanto a las reglas de aplicación de los recursos) y, en consecuencia, para la subsistencia de la fundación¹³.

Si el patronato no lo hace, deberá actuar el Protectorado, ya sea a instancia de parte con interés legítimo (p. ej., persona perteneciente al colectivo de beneficiados por la actividad fundacional), ya sea de oficio. Junto a esta actuación, el Protectorado podrá ordenar la adopción de otras medidas que considere pertinentes (p. ej., responsabilidad de los patronos).

11 Véase la STS de 21 de julio de 2003 (Sala 1ª) –Ponente R. GARCIA VARELA– (RJA 2003/5388).

12 Por ejemplo, el art. 38.1 del Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones de interés gallego (Decreto 248/1992, de 18 de junio), exige los siguientes requisitos: 1) que la modificación no sea contraria a la voluntad del fundador y a las finalidades fundacionales; 2) la tramitación de un expediente en el que conste el motivo de la operación, el contenido de la misma y, en su caso, el estudio económico sobre su viabilidad y el programa de adaptación de las instalaciones; 3) el acuerdo del órganos de gobierno de la fundación con la mayoría del art. 13.3 del propio Reglamento, así como 4) la aprobación del Protectorado, que se inscribirá en el Registro. Respecto de la valoración del cumplimiento de estos requisitos, véase la STSJ Galicia (Sala Cont.-Adm.) de 8 de mayo de 2002 –Ponente F. SEOANE PESQUEIRA– (RJCA 2002/1080).

13 Ejemplo de esta afirmación es la SAP Sevilla 1 de febrero de 1995 –Ponente P. MÁRQUEZ ROMERO– (AC 1995/392).

4. EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN Y EL CONTROL DEL PROTECTORADO

Tanto si la modificación es voluntaria como si es obligatoria el Protectorado ejercerá, nuevamente, el control sobre el cambio de contenido de los estatutos de la fundación para que se ajusten con la legalidad vigente y sean acordes con la voluntad del fundador (art. 14.2 LFCat). La ley centra el control sobre el respeto a la voluntad del fundador de forma general si prohibió la modificación —de manera que el Protectorado no podrá más que denegarla— y de forma particular en los siguientes aspectos: el nombre, las finalidades, la aplicación de los recursos, el destino de los bienes sobrantes o la composición del patronato. En cualquier caso, la resolución denegatoria deberá ser motivada.

Si la modificación es obligatoria y los estatutos se han de modificar de manera que el resultado atente contra la voluntad del fundador o éste hubiese prohibido la modificación, ¿se podrán modificar o deberá procederse a la extinción de la fundación? Para responder a la cuestión deberemos tener en cuenta y contrastar el interés general perseguido y la voluntad del fundador. En nuestra opinión siempre que resulte posible deberá mantenerse la fundación.

Por otra parte podríamos preguntarnos también qué sucede si el fundador ha prohibido la modificación pero se ha producido un cambio de circunstancias que permite cumplir la finalidad fundacional cambiando tan sólo alguno de los aspectos de los estatutos. Entendemos que ha de prevalecer la finalidad de interés general y que deberá admitirse la modificación¹⁴. El art. 27.1 de la derogada Ley estatal 30/1994 admitía la posibilidad de modificación de los estatutos por parte del patronato incluso contra la voluntad del fundador, siempre que se hubiese obtenido la autorización previa del Protectorado, de manera que se inscribía en la línea que proponemos¹⁵. La LF ha variado la orientación y parece inclinarse por reforzar la voluntad del fundador. En efecto, el art. 29.1 LF ha eliminado la posibilidad de solicitar la auto-

14 De esta forma resolvió la STS 21 de julio de 2003 (Sala 1ª) —Ponente R. GARCIA VARELA— (RJA 2003/5388).

15 Aparentemente en contra, la Ley gallega y su Reglamento, en opinión de REAL PÉREZ, A.: «La voluntad del fundador en el Derecho de fundaciones». *Manual de fundaciones (Régimen jurídico, fiscal y contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica)*. Coord.: A. RUIZ OJEDA. Ed. Civitas. Madrid, 1999, p. 78).

rización del Protectorado para modificar los estatutos contraviniendo la voluntad del fundador en este sentido. Por lo tanto, no podrán modificarse a pesar de resultar conveniente para la propia fundación. Ahora bien, este núm. 1 del art. 29 LF únicamente se refiere al supuesto en que la modificación sea beneficiosa pero no estrictamente necesaria, dada la redacción del precepto: El patronato **podrá** acordar la modificación....siempre que resulte conveniente en interés de la misma....». En cambio, el núm. 2 del propio art. 29 contempla el supuesto de que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de constituir la fundación sea de tal magnitud que la modificación de los estatutos resulte imprescindible para el correcto funcionamiento de la fundación. En este caso la ley dispone que el patronato «**deberá** acordar la modificación», con la única excepción de que esta eventualidad fuese prevista por el fundador y hubiese dispuesto la extinción de la fundación. Consideramos que si la modificación es imprescindible para la continuidad de la actividad de la fundación y la consecución del interés general que persigue, aún cuando la haya prohibido el fundador, deberá llevarse a cabo con el único límite de la previsión de extinción formulada por el fundador en el momento de constituir la fundación¹⁶.

En cambio, si el fundador no ha prohibido la modificación, el Protectorado «la podrá denegar si afecta....». Debemos fijarnos en el hecho de que el precepto dice «la podrá», no que «la tendrá» que denegar¹⁷. Parece desprenderse que la voluntad contraria a la modificación puede ser expresa o tácita si contradice las finalidades fundacionales. Hemos de entender que la prohibición ha de ser expresa y que en caso contrario se deja al criterio del Protectorado la admisión o inadmisión de la modificación estatutaria.

16 En ese mismo sentido se manifiesta GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre)*, cit. p. 234.

17 La STSJ Valencia de 5 de febrero de 2002 (Sala Contencioso-Administrativo) –Ponente M. AYUSO RUIZ-TOLEDO– (JUR 160368) consideró correcta la decisión de la Generalitat Valenciana que no admitió la modificación de los estatutos de una fundación por considerar que la modificación pretendida era absolutamente contraria a la voluntad del fundador, si bien no expresa la fundamentación jurídica en que basa su decisión (FJ 2º).

FUNDACIONES CON ACTIVIDAD ECONÓMICA Y RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

M^a ROSA LLÁCER MATA CÁS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Barcelona

1. LAS «NUEVAS» FUNCIONES DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL: EXPLOTACIÓN ECONÓMICA, GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD

La derogada ley 30/1994 representó un primer esfuerzo para construir un marco jurídico genérico, capaz de adecuarse a las fundaciones tradicionales (las que se nutren de donativos o rentas y cuya gestión es relativamente sencilla) y a las nuevas fundaciones que pretenden autofinanciarse e incrementar sus ingresos, cada vez más implicadas en el mercado. Trataba las actividades de explotación económica desde el prisma fiscal beneficiando a las que coincidían con la finalidad fundacional (cfr su art. 42.2 en relación con los art. 48.2 y 42.1.a) y se reconocía la diferencia entre la actividad eco-

nómica o participación en el proceso productivo generador de excedentes y la actividad con ánimo de lucro o reparto de beneficio¹.

La ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, consagra el desarrollo directo de actividades económicas relacionadas o complementarias de los fines fundacionales y la participación en sociedades mercantiles que no conlleven responsabilidad personal por las deudas sociales (art. 24). También permite afectar bienes a la actividad mercantil e impone obligaciones contables (cfr art. 25 LF). Aparece una fundación titular de un patrimonio activo y organizado para intervenir en el mercado². Aún así, la propia ley 50/2002 mantiene una visión sesgada pues debe admitirse que, sin merecer exención, las fundaciones desarrollen actividades económicas sin conexión con sus fines (p.e. explotación agraria y ganadera por fundación dedicada a la atención de niñas huérfanas³, explotación de logotipos, ingresos publicitarios). El límite se situaría en el propio tipo fundacional, pues carece de sentido canalizar una actividad no exenta a través de un modelo que excluye el reparto de beneficios.

El patrimonio fundacional, en sus nuevas funciones vinculadas a la autofinanciación mediante explotaciones económicas, exige unas formas de gestión y aprovechamiento que no pueden ser las mismas. La ley 50/2002 ha agilizado la gestión moderando la intervención del Protectorado (art. 21 LF) y permite profesionalizar el cargo de patrono (art. 15.4 LF; a los efectos de

1 En relación con las Cajas de ahorro, véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 3 mayo 1999.

2 La fundación realiza explotación económica cuando ordena por cuenta propia medios de producción y/o recursos humanos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (art. 3 Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo), aunque ello no la convierte en comerciante a los efectos mercantiles. Lo revela claramente el preámbulo del Decreto catalán 43/2003, de 20 de febrero, que aprueba el Plan de contabilidad de las fundaciones privadas, que evita incorporar al plan expresiones de marcada connotación mercantil. A los efectos de la ley 49/2002 hay entidad sin ánimo de lucro cuando entre otros requisitos, coinciden la explotación directa y el fin fundacional: se presume la coincidencia cuando el importe neto de las actividades no exentas no sobrepase el 40% de los ingresos totales y no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia (no cabe utilizar la posición privilegiada para competir de forma desigual, art. 1.d, Ley 16/1989, de 17 julio, de defensa de la competencia).

3 La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28-4-1998 (JT 1998\806) destaca que para quedar exentos los rendimientos de esta explotación, no era suficiente que los beneficios se destinaran al fin fundacional; además éste debía coincidir con la explotación económica.

la ley 49/2002 no pueden consistir en los resultados económicos de la entidad). Obtener unos rendimientos y construir las bases que aseguren su continuidad y la de los fines fundacionales: ésta parece ser la gestión que se espera del Patronato. Pero en lo referente a las explotaciones económicas de la fundación ¿hasta dónde llega la correcta gestión? o lo que es lo mismo ¿cómo fijar los parámetros del correcto cumplimiento del cargo? ¿Es de recibo el riesgo empresarial o deben ceñirse a mantener el rendimiento y utilidad del patrimonio fundacional (art. 14.2 LF)? Todas estas circunstancias (nuevas funciones del patrimonio, rebaja del control previo, régimen retributivo), coinciden con un aumento de la responsabilidad de los gestores, sorprendentemente próxima a la del administrador de una sociedad anónima (arts. 127 y 133 LSA, modificados por Ley 26/2003, de 17 julio).

2. GESTIÓN DEL PATRIMONIO Y PARÁMETROS DEL CUMPLIMIENTO DEL CARGO DE PATRONO

2.1. Hacia una autonomía gestora

La nueva Ley 50/2002 y la ley 49/2002 admiten la idea de un patrimonio dinámico. Esto requiere dotar a los patronos de mayor autonomía gestora y permitir que adquieran el *status* de un administrador profesional remunerado (art. 15.4.2 LF). El art. 21 LF relaja el control inmediato del Protectorado, cuya intervención es *a posteriori* en la mayoría de los casos. La rebaja del control permite agilizar la gestión, suprimiendo autorizaciones previas en beneficio de la simple notificación o del examen de las cuentas por el Protectorado (compárense los art. 19 y 20 de la ley 30/1994 y el actual art. 21)⁴. Ciertamente, la complejidad de este artículo no favorecerá la administración ágil de las fundaciones, especialmente si desempeñan una actividad económica. No obstante, queda un ámbito residual de actos que simplemente constan en las cuentas anuales presentadas al Protectorado, que ejercerá las acciones de responsabilidad pertinentes.

Aún se puede ir más lejos en la conjugación de la autonomía gestora con el preceptivo control público. La ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, plantea un sistema absolutamente activo que concluye con el control de las cuentas por el Protectorado (art. 39 y 48.e), salvo excepciones dónde aún es preceptiva la autorización. La ley prefiere someter las fundaciones a la llevanza y presentación de documentación exhaustiva (art. 29 i

30) y a un plan de contabilidad desarrollado por el Decreto catalán 43/2003, de 20 de febrero, que aprueba el Plan de contabilidad de las común a todas las fundaciones privadas (compárese con el art. 25.4 y 9 Ley 50/2002). El legislador juzga suficientes los controles técnicos que facilitan el examen del Protectorado, hasta el punto que, como veremos, opta por no someter a los gestores a responsabilidad solidaria.

2.2. La aparente objetivización de la responsabilidad y las funciones de la diligencia

El art. 17.2 LF sienta una aparente responsabilidad objetiva al indicar que los patronos responden por los daños y perjuicios causados «por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo», como si el incumplimiento de las obligaciones legales o estatutarias determinara, de forma objetiva, la responsabilidad de los patronos⁴. No obstante, los parámetros de cumplimiento se hallan en las funciones legales o estatutarias del patronato (ámbito de legitimación del órgano de representación), en las obligaciones legales o estatutarias (así, presentar las cuentas anuales, pedir determinadas autorizaciones) y en las instrucciones que concretan la forma de actuación (actividad conservativa, servicio a los fines fundacionales como criterio rector). Cuando las instrucciones son insuficientes, entra en juego la diligencia de un representante leal (cfr art. 1719.2 CC), encauzando la discrecionalidad (los patronos deben actuar como lo haría un representante leal en el contexto de sus atribuciones).

Al aceptar el cargo, el patrono asume un contenido obligacional derivado de su *status* en un conjunto orgánico que se resume en una obligación de hacer. Es sabido que la diligencia adquiere dos funciones: integra la obligación (delimita los parámetros del cumplimiento cuando la ley o los estatutos no los fijan) y permite imputar la infracción (mala fe o negligencia). Si la ley

4 El nuevo art. 21 LF restringe la autorización previa a la disposición de los bienes dotacionales o afectos a la realización de fines fundacionales, ordena la comunicación al Protectorado en 30 días hábiles de diversos actos en función de su naturaleza jurídica, del objeto o de su valor.

5 La cuestión se plantea en el contexto de las sociedades mercantiles. A favor de la imputación de los actos lesivos, véase ARROYO MARTÍNEZ, I.: comentario al art. 133 LSA, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, p. 1392.

no indica otra cosa, sobre cualquiera de las tres infracciones posibles (actos contrarios a la ley, a los estatutos o realizados sin la diligencia de un representante leal) debe aplicarse el criterio de imputación (art. 17.1 LF)⁶.

2.3. Administración del patrimonio en las fundaciones gestoras de actividades económicas

Los patronos deben conservar el patrimonio de la fundación en estado de servir a sus fines. El art. 15.2 LF establece que deben administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos. En sentido análogo, pero introduciendo un criterio útil, el art. 20.b de la ley catalana 5/2001 obliga a conservar el patrimonio y a mantener su productividad, según los criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas. Se aprecia una cláusula conservadora o de prudencia que se debe contextualizar en cada fundación: en principio, las entidades modestas deben buscar una buena rentabilidad financiera y captar subvenciones, pero las más ambiciosas reclamarán incrementar los recursos para autofinanciarse, ya sea cobrando por sus servicios relacionados con el fin fundacional (art. 24.1 LF), ya participando en sociedades (art. 24.2 LF), o explotando empresas o productos de su titularidad. Las obligaciones de los patronos pueden quedar lejos de la simple captación de recursos. Obtención de beneficios y prudencia no son conceptos contradictorios pero pueden conjugarse con distinta intensidad. Una cosa es la explotación societaria que admite un cierto riesgo y exige la diligencia de un «ordenado empresario» (art. 127.1 LSA), otra la explotación directa de una fundación para autofinanciarse.

La política de la fundación debe priorizar la conservación del patrimonio y de su productividad. Se rige por una cláusula de «interés fundacional» que contribuye a valorar la gestión. El riesgo empresarial queda solapado por el

6 Véase la STS de 28-2-1996 (RJ 1996\1608), 3ª FD: «la actitud omisiva que se imputa a los administradores no permite ser interpretada cual manifestación de una malicia, abuso de facultades o negligencia grave a la que en función de una relación de causalidad cupiera atribuir, de una manera directa, el resultado dañoso materializado en el impago de los géneros suministrados». Incluso si se trata de una conducta puramente negligente es posible diferenciar entre el incumplimiento y el fundamento de responsabilidad: por ejemplo, contratar con alguien al borde del concurso no es una conducta diligente, pero puede que se hiciera previo encargo de unos informes de confianza que resultaron erróneos.

art. 20.b LF, conservador a la hora de configurar la gestión encomendada a los patronos. Naturalmente, los objetivos van desde asegurar ingresos estables hasta incrementar las rentas mediante el éxito económico. Pero siempre queda un margen de actuación opinable: un mal negocio es difícil de calificar sin una opinión experta y a menudo el gestor debe asumir los riesgos que precisamente justifican los beneficios, de forma que si un acto sale mal no siempre debe imputarse a culpa del administrador⁷.

Las decisiones de los patronos no deben analizarse sólo desde la óptica de su contenido (una conducta imprudente infringe los parámetros de la obligación de gestión y equivale a incumplir), sino también desde la imputabilidad del incumplimiento y de la consiguiente responsabilidad. La ley impone a los patronos la diligencia de un representante leal. Baste ahora con precisar que las fundaciones que desarrollan actividades empresariales acostumbran a contratar directores gerentes que deben cumplir el contrato de prestación de servicios con diligencia experta aunque reúnan también la condición de patrón. Pero si el patrón no se obliga profesionalmente (tampoco percibe retribución), se limitará a cumplir el cargo y a aplicar la diligencia de un representante leal, que comprende recabar el asesoramiento de expertos cuando sea preciso⁸.

El reciente Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 20 de noviembre de 2003, que aprueba el Código de Conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales (BOE de 8-1-2004)⁹, constituye un buen ejemplo del espíritu conservador con que

7 SAP de Córdoba de 22-1-1997 (AC 1997\94). Véase la valoración de una decisión económica tomada por una fundación cultural en SAN (Sala de lo contencioso) de 24-7-2001 (RJCA 2001\1264) que desestima la impugnación de una autorización para vender unos bienes hereditarios. Se considera que la venta es «beneficiosa para la Fundación, que pone fin a los litigios que penden sobre la titularidad de los bienes de la herencia, cuya defensa ha supuesto elevados gastos que podrían verse incrementados sin que en caso de denegación se asegure obtener mejor resultado económico que el previsto actualmente; que el precio, dadas las circunstancias, parece ser el mejor que se ha podido obtener y mejora el compromiso anterior (...) sin que se conozcan mejores ofertas; que la conservación de los bienes no parece aconsejable dada la distancia en que radican».

8 Véase MALUQUER DE MOTES, C.J.: *Manual de fundacions*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996, p. 69.

9 La Resolución del Banco de España de 19-12-2003 (BOE de 8-1-2004) declara aplicable el Código de Conducta a las inversiones financieras de las entidades sin ánimo de lucro en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos que conlleven la obligación de restituir y no se hallen sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.

la ley contempla la actividad inversora de las fundaciones. Indica que deben establecer sistemas de selección y gestión proporcionados al volumen y naturaleza de las inversiones financieras temporales que realicen y fija los criterios financieros que rigen su selección. Descansan en el equilibrio de tres principios: seguridad, liquidez y rentabilidad. También recomienda diversificar los riesgos, invertir en mercados secundarios para preservar la liquidez de la inversión y evitar operaciones especulativas. Un buen gestor debe respetar el Código y presentar al Protectorado el informe anual de seguimiento, que detallará y explicará toda desviación de las recomendaciones. Estas recomendaciones abarcan la cualificación de quien toma las decisiones que debe reunir los conocimientos técnicos suficientes. A los patronos se les impone, como mínimo, la diligencia de valorar su propia preparación y de hacerse asesorar por un profesional competente e independiente si es preciso.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

3.1. La infracción de la diligencia de un representante leal

Los patronos deben desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal (art. 17.1 LF). La ley, que piensa en decisiones de índole conservativa, utiliza un referente impreciso pues la calidad de representante no ofrece un modelo de diligencia. En su esfuerzo por ser versátil, no puede ni debe prescindir del casuismo que representa determinar el nivel de diligencia exigible a los patronos de cada fundación. Por otra parte, el gestor de recursos ajenos debe dar una talla superior a la del buen padre de familia: dada la naturaleza patrimonial de la fundación y las funciones administradoras del patronato, la diligencia del representante lleva implícita la diligencia de un administrador leal (cfr art. 20.c de la ley catalana de fundaciones). La ley traza un criterio genérico y adaptable a las fundaciones «tradicionales» y a las que desempeñan «nuevas funciones patrimoniales». La *lex artis* debe ajustarse al nivel medio de la diligencia necesario para gestionar una entidad del mismo tipo que se esté considerando.

Constituyen conductas diligentes, entre otras, preparar suficientemente las reuniones y recabar información y asesoramiento suficientes si son necesarios para formarse una opinión objetiva e independiente, participar activamente en las reuniones, contribuir a la toma de decisiones, promover la convocatoria de las reuniones que convengan al interés de la fundación y trasla-

dar las irregularidades a las reuniones o al Protectorado¹⁰. La diligencia también cualifica el contenido de los actos: así, la prudencia en las decisiones económicas, la oportunidad en la solicitud de subvenciones o de exenciones fiscales y el buen desarrollo del fin fundacional al destinar los recursos, amén del cumplimiento de cada una de las obligaciones legales y estatutarias. En este contexto, el seguimiento de un código de conducta se convierte en una pauta útil de valoración. Volviendo al mencionado Código de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales (Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20-11-2003), su seguimiento constituye un punto de partida favorable al buen hacer. Crea una apariencia de gestión diligente que ampara al gestor, pero se torna en su contra cuando infringe el Código: sin haber una inversión explícita de la carga de la prueba el reclamado se encuentra fácilmente en situación de tener que argumentar que su decisión fue correcta.

La lealtad es la conducta que crea el contexto para actuar de forma diligente¹¹. Significa que el patrono debe evitar el conflicto de intereses entre la fundación y los suyos propios (o personas vinculadas)¹². Tiene una manifestación positiva e instrumental de información y transparencia (informar de toda situación conflictiva, como la vinculación con sociedades con explotaciones análogas a las de la fundación). Asimismo conlleva la abstención: no provocar la colisión y evitar el riesgo de provecho personal en detrimento de

10 Los Informes OLIVENCIA (*El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 28-2-1998) y ALDAMA (*Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*, Madrid, 8-1-2003) proporcionan pautas útiles comunes con la gestión de los administradores de sociedades anónimas.

11 Véase BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 819.

12 El nuevo art. 127.ter LSA y los mencionados informes OLIVENCIA y ALDAMA ofrecen criterios extrapolables. En el contexto de las sociedades anónimas, PAZ-AREZ, C.: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Revista de Derecho de sociedades*, Aranzadi, 2003-1, nº 20, p. 75, destaca la nota de la lealtad y se muestra partidario de matizar la responsabilidad derivada de negligencia en beneficio del buen gobierno de la entidad. La STS (Sala del Contencioso-Administrativo) de 7-3-2001 (RJ 2001\1101) ilustra un caso de desviación del patrimonio fundacional que se pretendía adquirir per usucapión: «El mal uso o, en su caso, administración de los bienes de titularidad fundacional, no puede legitimar la posesión de un patrono que, por razón de su cargo, está obligado a obrar en beneficio de la propia Fundación». Precisa que ello «sería contrario a la propia institución fundacional y a los cometidos del Patrono, con independencia de las eventuales acciones civiles que, si lo considera procedente y oportuno pudiera ejercer el interesado ante la jurisdicción civil».

la entidad (p.e. no usar la condición de patrono en beneficio propio, abstenerse en las reuniones dónde tenga interés propio, ni utilizar la información o los activos de la fundación en provecho particular). Cabría añadir un deber de secreto o de discreción, en la medida que el conocimiento de información interna por terceros puede perjudicar la fundación, especialmente si gestiona una explotación económica en competencia con otras entidades, cosa que está a su alcance, independientemente del régimen fiscal aplicable.

3.2. El régimen de solidaridad de los patronos y la fragmentación de las funciones

El art. 17.2 LF prevé la responsabilidad solidaria de los patronos, en sintonía aparente con la autonomía gestora y la posibilidad de profesionalizar el cargo. El régimen, propio de los administradores de sociedades mercantiles y coherente con el sistema de decisión colegiada, no se había trasladado a las entidades sin ánimo de lucro. Sin duda, no es una opción necesaria. Por ejemplo, el Ordenamiento catalán, que ya desde 1982 concibe una fundación con capacidad de gestión bastante autónoma, prefiere fijar un modelo de diligencia exigente (administrador leal) e individualizar la responsabilidad en el marco de un sistema colegiado.

Del carácter colegiado del acto se desprende que la infracción se predique de todo el colectivo, en definitiva que se distribuya la responsabilidad (demostrada la infracción, se invierte la carga de la prueba) y que la exoneración sea individual (cfr art. 17.2 LF o art. 21.2 Ley catalana 5/2001). La solidaridad añade, como es sabido, la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios a cualquiera de los patronos. Esta solución, en principio beneficiosa para la entidad, casa mal con las causas de exoneración y debe adaptarse a la delegación de funciones en el seno de la entidad. La ley no precisa si las causas de exoneración afectan a la esfera externa o interna de la responsabilidad, en definitiva, si infiltra un matizado concepto de parte y de individualización.

La colegialidad no está reñida con la descentralización. Frecuentemente, los estatutos prevén patronos con funciones específicas, una cierta especialización o división del trabajo (cargos de contable, tesorero, gerente o director, comisiones en el seno del patronato) o el patronato delega funciones en uno o varios patronos. A diferencia del art. 22.1 de la ley catalana 5/2001, la ley estatal no concreta la responsabilidad ni resuelve en qué medida se

expande. La solidaridad, que la doctrina mercantilista vincula directamente a las actuaciones colegiadas, merece paliativos en función de la fragmentación de las funciones, del grado de cumplimiento de la gestión delegada y de la supervisión por el delegante¹³. En efecto, la delegación de facultades modifica el contenido de los deberes y lleva implícita la necesidad de reuniones o informes. Por ejemplo, si un director-gerente ejecuta y coordina, corresponde al patronato delegante ordenar los objetivos y supervisar su cumplimiento. Sólo deberían responder sus miembros si, conociendo la irregularidad, se abstienen de tomar cartas en el asunto (así, habrá unos plazos de rendición de cuentas o de información, en los que razonablemente los vocales han podido tener conocimiento de la situación).

La Ley 50/2002 pretende construir un marco jurídico capaz de adecuarse a los distintos modelos de fundaciones. Sienta las bases para una liberalización de la gestión de los patronos, pero sin alcanzar las cotas deseables de agilidad. A nuestro juicio subyace aún una cierta desconfianza. La ley prefiere la inmediatez del control público (autorizaciones y comunicación) al control diferido sobre una documentación técnica específica y unos parámetros exigentes de diligencia. También se decanta por un régimen de responsabilidad solidaria demasiado matizable y excesiva en las fundaciones que no desempeñan actividad económica.

13 PAZ-ARES (op. cit. pp. 90-91) advierte sobre la tendencia a expandir la solidaridad a los órganos delegantes y delegados y apela a la conveniencia de fragmentar el juicio de diligencia sobre los cometidos materiales de cada cual. Indica: «la delegación de facultades modifica el contenido de los deberes de los miembros del órgano de administración: transfiere el deber de administrar y sólo retiene los deberes de designar, instruir y vigilar, lo que ha dado en llamarse la 'función general de supervisión'».

FUNDACIONES, ACTIVIDADES MERCANTILES E IMPUESTO DE SOCIEDADES: ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LAS LEYES 49/2002 Y 50/2002

ALICIA REAL PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

La articulación de los arts. 24.1 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, y de los arts. 2.a), 3.3º, 7.1º y 7.11º de la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, en tanto en cuanto admiten, amparan y fomentan que las fundaciones realicen por sí mismas actividades empresariales, probablemente producirá en un próximo futuro la necesidad de revisar el concepto clásico de fundación, así como de precisar si la fundación que puede actuar directamente como empresa estaría amparada por el art. 34 de la C.E.

Con estas breves líneas se pretende llamar la atención sobre uno de los asuntos más importantes que el Derecho de fundaciones tiene planteado ac-

tualmente en España. A saber: la posibilidad de que las fundaciones desarrollen directamente actividades mercantiles. La exposición que sigue es meramente esquemática.

La derogada Ley 30/1994, de Fundaciones, admitió abiertamente la participación —incluso mayoritaria— de fundaciones en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales (art. 22) Lógicamente, debiendo destinar por lo menos el 70% de los beneficios así obtenidos a la realización de los fines fundacionales (ver art. 25). De este modo se daba cobertura con rango de ley a lo que se ha llamado «fundación con empresa»¹, en el que esta última se integra en el patrimonio de aquélla²: las fundaciones podían participar en la realización de actividades mercantiles, pero necesariamente en tanto en cuanto accionistas de sociedades mercantiles, y no directamente como tales fundaciones³.

No respondió claramente la Ley 30/1994 a la pregunta, tantas veces formulada, de si las fundaciones podrían realizar por sí mismas, en cuanto fundaciones, actividades mercantiles. Así pues, la doctrina continuó elaborando posibles respuestas, manteniendo la diversidad de opiniones constatada en España desde los años 60.

1 Conocida es la trilogía que expresa gráficamente las relaciones entre fundaciones y empresas: «empresa con fundación», «fundación con empresa» y «fundación-empresa» (PIÑAR MAÑAS).

2 Con anterioridad a la aprobación de la Ley 50/2002, el art. 28 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas, admitía que las fundaciones pudieran «realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades» (art. 28.1), pudiendo este último establecer «las medidas que estime necesarias, cerca del órgano rector de la Fundación, para evitar perjuicios al patrimonio de ésta» (art. 28.4).

Que había fundaciones que realizaban directamente actividades mercantiles era evidente. Véase, por ejemplo, el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades, que dispone en su D.A. 1^ª:

«Las fundaciones que realicen directamente actividades mercantiles y que posean participaciones en sociedades mercantiles, deberán formular cuentas anuales consolidadas en los términos previstos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas. Estas cuentas se depositarán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en la sección 2^a del Capítulo III del Título III de su Reglamento»

3 Sin embargo, un poco más adelante, la misma Ley 30/1994 disponía que «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales» (art. 23.6; en el mismo sentido el art. 44; la cursiva es nuestra), con lo que reconocía que, en la práctica, algunas fundaciones funcionaban como empresas.

La vigente Ley 50/2002, de Fundaciones, da un giro importante al panorama. El art. 24.1 dispone:

«*Actividades económicas.*- 1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados.

2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca.

3. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación».

Importa resaltar ahora lo siguiente:

Primero.- Que el artículo reproduce, con alguna modificación los apdos. 2 y 3 del antiguo art. 22, en tanto en cuanto admite que las fundaciones puedan ser titulares de participaciones en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Si dicha participación fuera mayoritaria «deberán dar cuenta al Protectorado», igual que establecía el antiguo art. 22.3 de la Ley 30/1994.

Ahora bien, existe una llamativa diferencia entre la derogada legislación y la nueva, que elimina requisitos exigidos antes para que estas fundaciones pudieran disfrutar del régimen fiscal favorable.

En efecto, el art. 42.1.c) la Ley 30/1994 exigía que las fundaciones «titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles» acreditasen «ante el Ministerio de Economía y Hacienda a

través del órgano de Protectorado correspondiente....., la existencia de dichas participaciones así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) de este apartado 1 y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título». Requisito que ha sido suprimido por la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

En consecuencia, bien puede afirmarse que, aunque el art. 24.2 de la Ley 50/2002 obliga a que la fundación «dé cuenta al Protectorado» de la existencia de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, ya no será imprescindible justificar ante la Administración Tributaria que dichas participaciones coadyuvan al mejor cumplimiento de los fines fundacionales. Lo que es una diferencia bien notable.

Segundo.- Que el transcrito art. 24.1 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, admite también que las fundaciones puedan desarrollar directamente «actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la competencia»⁴.

Observemos:

- Que el art. 24.1 permite a las fundaciones participar a través de sociedades no personalistas en la realización de cualesquiera actividades económicas.
- Que las fundaciones sólo pueden desarrollar directamente «actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales» y actividades económicas que «sean complementarias o accesorias» de las anteriores. No dice el art. 24.1 que deban ser complementarias o accesorias del fin fundacional⁵.

4 Ciertamente que al menos el 70% de los ingresos que la fundación obtenga por el desarrollo de explotaciones económicas, al igual que el resto de las rentas e ingresos de la fundación, se destinarán en el plazo de los cuatro años que siguen al cierre del ejercicio económico en que se hayan obtenido, a la realización de los fines fundacionales, «deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas, según acuerdo del Patronato» (ver arts. 27.1 y 27.2 de la Ley 50/2002)

5 Así también GONZÁLEZ CUETO: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Aranzadi, 2003, p. 192.

- Que el legislador hace pródigo uso de conceptos jurídicos indeterminados. ¿Qué presupuestos se deben exigir a una actividad económica para considerar a su objeto «relacionado con los fines fundacionales»? ¿Hasta dónde llevar la relación de «complementariedad» o «accesoriedad» de otras actividades económicas con las «relacionadas con los fines fundacionales»?...
- Que no se arbitra un sistema eficaz de control de la adecuación entre las actividades empresariales realizadas directamente por la fundación y los fines de interés general perseguidos por ella. El art. 24.2 únicamente prevé que la fundación «dé cuenta al Protectorado» cuando participe mayoritariamente en sociedades mercantiles. En cambio, no lo exige cuando las actividades mercantiles sean realizadas directamente por la fundación. Y además, como hemos señalado un poco más arriba, la Ley 49/2002 admite que las fundaciones puedan gozar de los beneficios fiscales sin necesidad de que justifiquen que las actividades mercantiles que realizan coadyuvan al mejor cumplimiento de los fines que la fundación persigue.

Por otra parte, si atendemos al régimen fiscal favorable del que pueden disfrutar las fundaciones, incluso aunque realicen actividades mercantiles⁶, se puede constatar:

- Que las fundaciones se consideran entidades sin fines lucrativos siempre que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 49/2002 (ver arts. 2.a) y 3 de esta Ley)
- Que entre esos requisitos, el art. 3.3º incluye:

«Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria. Se entenderá cumplido este requisito *si* el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones econó-

⁶ Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

micas no exentas no vulnere las normas reguladoras de la defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad»⁷.

Es decir, que, *a contrario sensu*, las fundaciones que desarrollen explotaciones económicas —incluso por sí mismas, lo que permite el art. 24.1 de la Ley 50/2002, como antes se dijo— podrán gozar del régimen fiscal favorable establecido por la Ley 49/2002, aunque algunas de sus actividades económicas sean ajenas a su objeto o finalidad estatutaria, siempre y cuando los ingresos obtenidos por esta vía no alcancen al 40% de los ingresos totales de la fundación.

Del mismo modo, dichas fundaciones —desarrollen o no actividades económicas, y en este último caso, las desarrollen directamente o a través de sociedades— son consideradas entidades beneficiarias del mecenazgo (ver art. 16 de la Ley 49/2002). Y por ello gozarán de trato fiscal favorable los donativos, donaciones o aportaciones que a su favor se realicen (arts. 17 y sigs. de la Ley 49/2002)

Con independencia de lo anterior, no hay que olvidar que el art. 7 de la Ley 49/2002 declara exentas del Impuesto sobre Sociedades

«las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las siguientes explotaciones económicas, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica:

1º Las explotaciones económicas de prestación de servicios de promoción y gestión de la acción social, así como los de asistencia social e inclusión social que se indican a continuación, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias de aquéllos, como son los servicios accesorios de alimentación, alojamiento o transporte:

.....

7 Y añade: «A efectos de esta Ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una explotación económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica».

11° Las explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos.

No se considerará que las explotaciones económicas tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20% de los ingresos totales de la entidad.

.....»

Así pues, no sólo estarán exentas del impuesto de sociedades las rentas obtenidas por las fundaciones en el desarrollo de explotaciones económicas dirigidas a cumplir los fines de la fundación. También estarán exentas las rentas que provengan de determinadas actividades económicas «auxiliares o complementarias».

Como es lógico, la concesión de estos beneficios fiscales alentará a las fundaciones a realizar actividades económicas directamente o participando en sociedades. Actividades económicas que, en una proporción no despreciable, pueden ser ajenas a los fines de interés general. Máxime si tenemos en cuenta que la ley se sirve de difusos conceptos jurídicos indeterminados cuando señala las actividades mercantiles que pueden ser desarrolladas directamente por las fundaciones. Y sin olvidar que la ley no articula eficaces sistemas de control.

Cierto que las leyes 49/2002 y 50/2002 exigen a la fundación que directamente desarrolle actividades económicas que se someta a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Lo cual no será fácil porque la fundación que realiza directamente actividades empresariales goza de un régimen fiscal especial del que no disfrutan el resto de las empresas que llevan a cabo actividades similares.

Desde luego, no parece que las fundaciones españolas, en su estructura actual, sean personas jurídicas idóneas para actuar directamente como empresas. Ni es seguro que en estas actividades empresariales estén amparadas por el art. 34 de la C.E. Claro que el desarrollo de esta afirmación exige una exposición mucho más detallada que la que se puede hacer en estos apuntes rápidos.

ACERCA DEL SISTEMA PREVISTO EN EL ART. 15 LODA

SOFÍA DE SALAS MURILLO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

El art. 15.2 LODA proclama de forma categórica que los asociados no responden personalmente de las deudas de la asociación *si ésta está inscrita*; es la asociación en este caso la que responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 15.1 LODA). Es decir, en principio un asociado *en cuanto tal*, no responde con su patrimonio de las deudas de la asociación pero, según vamos a ver, sí que puede acabar respondiendo por ellas, incluso frente a terceros. La clave se halla en los párrafos 3 y 4 de dicho artículo, que configuran un complejo esquema de responsabilidades: una pluralidad de sujetos responsables (*los miembros o titulares de órganos de gobierno y representación de la asociación; personas que obren en nombre y representación de la asociación*), de personas con derecho a exigir responsabilidad (*la asociación, los asociados y los terceros*) y de hechos que dan lugar a tal responsabilidad (*actos dolosos, culposos o negligentes, que causan daños o que son el origen de deudas*). Además,

y según el art. 15.4 también hay responsabilidad *civil y administrativa* de esas mismas personas y frente a las mismas personas por los *actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones y los acuerdos que hubiesen votado*.

Procede plantearse, por lo menos, tres tipos de cuestiones: 1) acerca de ciertas dudas interpretativas de la literalidad de cada párrafo; 2) sobre la coordinación entre ambos párrafos ¿establecen dos tipos de responsabilidad distintos?; 3) ¿en qué se traduce el entramado de posibilidades a que da lugar la Ley?

A. DUDAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS

1. Los sujetos responsables

En primer lugar, y en cuanto a los sujetos responsables -que son los mismos tanto en el párrafo 3 como en el 4-, en el texto legal se habla de los «miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación». Al margen de que no se sabe bien cuál es la diferencia entre miembro y titular —en todo caso lo primero parece que incluye lo segundo, haciéndolo innecesario—, ¿a quiénes se refiere?

Por supuesto, a la tradicionalmente llamada Junta directiva, denominada por la ley «órgano de representación» (11.4 LODA). También son responsables las «demás personas que obren en nombre y representación de la asociación». Aquí se incluirían, entiendo, tanto el asociado al que sin formar parte del órgano de representación, se le encarga la realización de determinada gestión, como personas ajenas a la asociación tales como un mandatario con poder de representación o incluso un gestor de negocios ajenos, que actuó en nombre de la asociación. Pero es que además, si la asamblea general es el órgano de gobierno por excelencia (el «órgano supremo de gobierno» según el 11.3 LODA), está claro que el precepto citado se refiere a sus miembros: entonces esta responsabilidad alcanzaría a todos los asociados en la medida que actúen en ese marco asambleario. Esta posibilidad puede sorprender de entrada, pero por una parte parece que no es un simple descuido gramatical del legislador el empleo del plural «órganos de gobierno y representación»: de hecho cuando quiere referirse sólo a éste último, lo hace en singular (arts. 9; 11.4; 12.a, b y d; 18.1 y 4; 32.c; etc.). Por otra parte, no es descabellado hacer responder a los asociados en determinados casos: imaginemos v.gr. la

necesidad de unas obras inaplazables en la sede de la asociación, necesidad expuesta y propugnada por los miembros de la Junta directiva. Los asociados votan en contra de la realización de las mismas, porque prefieren negligentemente, realizar otro gasto no necesario, en lugar de aquél. Si se producen daños a consecuencia de la omisión de las mismas, no sería de recibo hacer recaer la responsabilidad sobre los administradores sino sobre los que votaron a favor del acuerdo. Aunque luego volveremos sobre esto, lo dicho hasta ahora supone que la responsabilidad se puede exigir tanto a los asociados que actúan en calidad de órganos o en virtud de un mandato especial (podríamos denominarlos genéricamente asociados-gestores), como a personas ajenas a la asociación (fundamentalmente pensaremos en el mandatario).

En segundo lugar, surge la duda interpretativa sobre qué hechos dan lugar a tal responsabilidad y en concreto, el sentido de la expresión «deudas contraídas», a las que se alude en el 15.3 LODA junto a «los daños causados». Lo primero parece estar pensando en la responsabilidad extracontractual, aunque no cabe duda que también se pueden causar daños en el cumplimiento de los contratos, que dan origen, como es sabido, a la responsabilidad contractual ex 1101 CC. Respecto a la expresión «deudas contraídas», si es la misma deuda nacida como consecuencia de la obligación de reparar el daño producido, la expresión es a todas luces redundante. Si se le quiere buscar un significado propio habría que pensar en «deudas contraídas» que no causen un daño, pero eso sí, que se hayan contraído dolosa o negligentemente. Y eso nos llevaría v.gr. a las deudas ultravires, que siendo beneficiosas o indiferentes para la asociación (no dañosas), luego no son aceptadas por ésta, y originan responsabilidad en la persona física que las contrajo en nombre de la asociación. En cualquier caso, hubiera sido más sencillo hablar de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

En último lugar, ¿cualquier tipo de negligencia conlleva la responsabilidad patrimonial personal de las personas citadas? Parece excesivo en el caso de la culpa leve; de hecho en la tramitación parlamentaria se propuso limitarla a los casos de dolo o culpa grave, para no desincentivar la asunción de cargos de gestión y representación. Sin embargo, textos ya existentes como la Ley de Asociaciones de Cataluña de 1997, marcan el nivel de diligencia del órgano de gobierno, que ha de ser el del «leal representante» (art. 21.1 LACat), lo cual no parece limitarse a los casos de culpa grave.

B. LA COORDINACIÓN ENTRE LOS PÁRRAFOS 3 Y 4 DEL ART. 15

El párrafo 3 se refiere a la responsabilidad por *actos dolosos, culposos o negligentes*, que causan *daños* o que son el origen de *deudas*. Por su parte, el párrafo 4 habla de responsabilidad por *actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones y los acuerdos que hubiesen votado*. ¿Cómo coordinar ambos tipos de responsabilidad? ¿Son distintas? Ha habido quien ha pensado que la responsabilidad de la que trata el párrafo 3 es sólo de contenido civil extracontractual por daños causados por dolo o negligencia. Frente a esta responsabilidad, que sería de tipo *extraordinario*, la del art. 15.4 sería una responsabilidad de tipo *ordinario*, por el ejercicio de las funciones de los órganos de gobierno y representación, que se extiende -aclararía el artículo, siempre según esta opinión- no sólo al ámbito civil, sino al administrativo, por infracciones administrativas.

Por lo apuntado en párrafos anteriores, no creo que se pueda reducir la responsabilidad de la que trata el párrafo 3 a la extracontractual. En segundo lugar, esta opinión supondría la identificación del párrafo 4 con la idea de *rendición de cuentas* —o informe de gestión— de los órganos (especialmente la Junta directiva) o de los apoderados, al margen de la idea de dolo o culpa. Entiendo que, de aceptar esto, estaríamos ante una obligación de orden diferente, propia de todo órgano de una persona jurídica (y de todo mandatario, *ex art. 1720 CC.*), que no implica necesariamente tener que responder con el propio patrimonio por una hipotética mala gestión. Realmente no parece que el artículo esté pensando en esto, aunque ha de reconocerse que no hay referencia alguna en la LODA a la rendición de cuentas de los órganos de gobierno.

No es fácil la coordinación, dada la diferente naturaleza de la responsabilidad civil y la administrativa a las que alude el art. 15.4. Pienso que debe hacerse un análisis conjunto de los párrafos tercero y cuarto, pero distinguiendo entre una y otra responsabilidad.

Comenzando por la responsabilidad *civil*, la mención del art. 15.4 a la misma sólo se entiende a la luz del párrafo anterior. Es decir: estas personas responderán civilmente por el daño causado sólo si han actuado con dolo o negligencia (datos que aporta el art. 15.3), y responden aunque tales circunstancias se hayan producido en su actuación como órganos o apoderados (dato que aporta el art. 15.4), lo que por regla general, y de no darse las circunstancias anteriores, haría responder a la asociación y no a ellas. En efecto:

- i) La referencia a la existencia de un *daño* origen de la responsabilidad, ciertamente aparece sólo en el párrafo 3. Pero al menos en el ámbito civil, se responde *porque y en la medida* en que se ha causado un *daño*: no tendría sentido en caso contrario, pues además del principio de que no hay responsabilidad sin *daño* ¿acaso el asociado que, en asamblea general, votó a favor de la asunción de una deuda que no ha sido dañosa para la asociación, debe responder con su propio patrimonio por el sólo hecho de haber votado a favor en ese órgano supremo que es la asociación? Es evidente que no. El único supuesto de duda sería el de los contratos perfeccionados *ultravires* que la asociación no quiere asumir o ratificar, y de los que en principio tiene que responder la persona física que los celebró. Pero, según veremos al desplegar el cuadro de posibles responsabilidades, también aquí se producirá un *daño* para el tercero, que, en su caso, ve frustradas sus expectativas si ese contrato deviene ineficaz. Como antes he dicho, si no es por *daño*, no se entiende que el 15.4 hable de responsabilidad, pues si se hablara de la simple rendición de cuentas se habría hecho en otra sede, referente al funcionamiento interno de la asociación.
- ii) El dolo o la culpa de la persona que actúa como órgano o apoderado, deben estar presentes en toda conducta de la que se pretenda derivar responsabilidad. En ningún caso parecer que tendrían que ser ellos los que asumieran responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor.
- iii) Estas personas responden *en tanto órganos*, o en tanto *apoderados*, es decir, en la esfera de los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiese votado (se entiende que a favor). Por eso se exime de responsabilidad cuando se acredita *que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas* (art. 15.3 LODA).

Respecto a la responsabilidad administrativa, hemos de partir de que la asociación, en teoría, puede ser responsable administrativamente, si bien el art. 15.4 de lo que trata es de hacer recaer tal responsabilidad sobre las personas físicas. ¿Podemos hacer aquí una interpretación conjunta como la que acabamos de ver? No está tan claro.

- i) Respecto a la existencia de un daño, en el ámbito administrativo la responsabilidad surge a consecuencia de una infracción administrativa que puede carecer en sí misma de resultado lesivo alguno (v.gr. la sanción por el retraso en la presentación de determinados documentos a una Administración determinada). Ciertamente hay conductas que además de ser acreedoras de una sanción administrativa (pago de una multa o imposibilidad de pedir nuevas subvenciones, por ejemplo) causan daños que habrá que reparar, bien a terceros (v.gr. contaminación acústica causada por una asociación de rockeros que perjudica a los vecinos), bien a la propia asociación (el propio ejemplo de imposibilidad de pedir nuevas subvenciones). Pero ésta ya sería una responsabilidad civil, que se sujetaría a las reglas anteriores.
- ii) Para que respondan las personas físicas sí que parece necesaria la concurrencia de dolo o culpa. Es más, según González Pérez y Fernández Farreres, en el ámbito de la LODA nunca respondería la asociación administrativamente, sino el asociado en la medida que ha habido dolo o negligencia por su parte, pues «Sin duda por el carácter no lucrativo de las asociaciones y la naturaleza de los fines que persiguen, la Ley no ha querido que la actitud dolosa, culposa, o negligente de las personas que actúan en su nombre pueda afectar a la asociación». De hecho, dicen, ellos serán los sujetos pasivos de la potestad sancionadora, y frente a ellos deberá dirigirse el procedimiento sancionador. Si ha habido fuerza mayor parece que, o bien lo asumiría la propia asociación porque entonces ya no encontraría justificación la responsabilidad personal, o, más probablemente, la propia asociación quedaría exenta, pues la responsabilidad administrativa no es objetiva, sino que ha de concurrir el elemento subjetivo de la culpa, pero aplicado de forma diferente al caso de las personas físicas.
- iii) En todo caso, la responsabilidad administrativa siempre es frente a un *tercero*: la Administración pública, que es la que ostenta y ejerce la potestad sancionadora. Por eso no se planteará —a pesar de la literalidad del texto— que se responda... *administrativamente... frente a la asociación y a los asociados* (art. 15.5 LODA). Se responderá, en todo caso y como ya hemos dicho, civilmente.

C. EL ENTRAMADO DE POSIBILIDADES A LAS QUE DA LUGAR LA LEY

Los sujetos que pueden exigir esta responsabilidad son tres: 1) la propia asociación, 2) los asociados y 3) los terceros. Y los sujetos responsables son: 1) tanto los *asociados-gestores*, que intervienen como miembros de un órgano, o, al margen de esto, cumpliendo una función concreta que se les ha encomendado, como 2) las *personas ajenas a la asociación* (el mandatario). Ahora bien, el régimen de responsabilidad es el mismo para los propios y ajenos a la asociación: el que marca el art. 15. Y además, de todo ello, recordemos, cabe hablar de responsabilidad civil y administrativa. Me centraré aquí en la primera.

1. Responsabilidad ante la asociación

a) *Por daños causados a la asociación: «la acción asociativa»*

A resultas de la gestión (ejecución de un acto) del órgano de representación o del mandatario, o de un acuerdo adoptado en la Junta general, se produce un daño para la asociación (v.gr. pérdida de un bien de la asociación, lesión al honor de la asociación...). El que haya ejecutado dicho acto, y todo aquél que haya votado a favor, ha de reparar con su propio patrimonio el daño producido. Si son varios, entiendo que la reclamación se puede dirigir contra cualquiera de ellos de forma solidaria, por el espíritu que inspira el párrafo 5.

Respecto a la naturaleza de la obligación de reparar a la asociación cabe plantearse si es responsabilidad contractual o extracontractual. En el caso del mandatario, es contractual, pero la respuesta no es fácil en el caso del asociado, porque la relación que le liga con la asociación no es estrictamente contractual, pero tampoco extracontractual, sino *sui generis*. Por otra parte, cuando actúa como tal órgano, no se aplica la teoría de la representación: es la misma persona jurídica la que actúa a través de sus órganos. En realidad, se trata de una acción específica, propia del ámbito de las personas jurídicas y las relaciones de éstas con sus órganos, que podríamos denominar «acción social o *asociativa*», que como tal no está regulada en la LODA, pero sí en otros textos como la Propuesta de Estatuto de la Asociación Europea (PREAE) o la LACat. La citada Propuesta con-

tiene una regulación muy completa sobre lo que se denomina —con mejor criterio, a mi parecer— órgano de administración. Y en concreto, el art. 33 PREAE, bajo la rúbrica «Responsabilidad civil», establece que: «1. Los miembros del órgano de administración responderán del perjuicio causado a la AE en los casos de incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus funciones. 2. Cuando el órgano de administración esté integrado por varios miembros, todos serán solidariamente responsables del perjuicio causado a la AE. No obstante, cada uno de los miembros del órgano de administración de la AE responderá personalmente del perjuicio causado a la asociación si se estableciera que incumplió las obligaciones inherentes a sus funciones». Para la exigencia de dicha responsabilidad se prevé la llamada «acción social», cuya legitimación corresponde a la Asamblea General y también, en nombre y por cuenta de la AE, a un quinto de los socios (art. 34 PREAE); en ambos casos, se ejercitará por medio de un mandatario especial y prescribe transcurridos cinco años desde la realización del hecho causante del perjuicio (art. 35 PREAE).

Por su parte, el art. 21.3 LACat, que establece que «Sin perjuicio de la responsabilidad de la asociación frente a terceras personas, los miembros del órgano de gobierno responden ante la asociación, los asociados o asociadas y las terceras personas, por los actos u omisiones contrarios a las leyes o los estatutos, así como por los daños causados dolosamente o negligentemente, que hayan sido contraídos en el ejercicio de sus funciones». Y prevé específicamente una «acción de responsabilidad» en el art. 21.5 LACat, inspirado a mi parecer, claramente en la PREAE. Dice así: «La asamblea puede decidir el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia el órgano de gobierno y puede designar a tal fin a un mandatario especial. Dicho ejercicio no afecta a las acciones que corresponden a los asociados o asociadas o a terceras personas por los actos de los miembros de los órganos de gobierno que lesionen directamente sus intereses».

Adviértase, sin embargo, que este artículo contiene dos cuestiones distintas: los actos u omisiones contrarios a las leyes o los estatutos, que pueden no conllevar daños —fuera del hecho mismo negativo que supone la propia contravención— y la producción de daños que hay que reparar. Y de hecho, la «acción de responsabilidad» es compatible con la «impugnación de acuerdos» del órgano de gobierno prevista en el art. 20 LACat. Con esta

última, se pretende dejar sin efecto los acuerdos adoptados «*contrarios a las Leyes o a los estatutos y los que lesionen, en beneficios de uno o más asociados o asociadas o de terceras personas, los intereses de la asociación*» (art. 15.1, al que se remite el 20.3 LACat), mientras que con la primera se pretende dejar indemne a la asociación por los daños causados por la mala gestión.

Ahora bien, no está claro que la «responsabilidad» se pueda exigir al órgano de gobierno «*por los actos u omisiones contrarios a las leyes o los estatutos*», si de estos no se sigue ningún daño. Más parece que la llamada «responsabilidad» aquí está pensando en una sanción de tipo punitivo y no de reparación (incluso, la separación del cargo).

b) Responsabilidad contractual por deudas contraídas (se entiende que con la asociación)

Recordemos que estamos analizando la relación que media entre la asociación y el asociado-gestor (o en su caso, mandatario ajeno a la asociación). Como «*deudas contraídas*» distintas de las derivadas de la obligación de reparar el daño causado a la asociación, cabría pensar en posibles cantidades que la persona física hubiera detraído del fondo asociativo para sus propios intereses, o en un hipotético contrato entre la asociación y la persona física que ésta incumpliera dolosa o negligentemente.

2. Responsabilidad respecto a los asociados

Como afirmaba la LACat, el ejercicio de la acción de responsabilidad —o lo que podríamos llamar «acción asociativa»— es compatible con las acciones que corresponden a los asociados o a terceras personas por los actos de los miembros de los órganos de gobierno que lesionen directamente sus intereses.

a) Responsabilidad por daños causados a uno o varios asociados en particular

A consecuencia de la actuación realizada, o del acuerdo adoptado, un asociado concreto sufre un daño (v.gr. pierde un bien que había aportado en uso, o sufre una lesión en su propio derecho al honor). Deben responder

personalmente aquéllos que con dolo o negligencia han causado ese daño. Si son varios, se entiende también que responden de forma solidaria. Nuevamente se plantearía el tema de la naturaleza de tal responsabilidad, que sugiere la existencia de una suerte de *actio pro socio*. En la sociedad contractual, v.gr., se entiende que los socios pueden reclamar directamente de sus consocios el cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad, si bien con una función subsidiaria, que se justifica en que aunque «normalmente no existen relaciones directas entre los socios, entre ellos se mantiene permanentemente el vínculo obligatorio derivado del contrato social» (Paz-Ares). No se da una *actio pro socio* similar entre los asociados, entre otras razones, por la imposibilidad de fundamentarla en la razón citada para la sociedad, pues en la asociación puede haber asociados que no concurrieron en el «contrato originario», sino que ingresaron en ella con posterioridad: lo que destaca es la estructura corporativa creada. Los asociados están, efectivamente, vinculados entre ellos, pero es de un modo peculiar: no entre sí directa y recíprocamente, sino *a través de la asociación*. En la asociación, por su estructura corporativa, prevalece y destaca la entidad creada, que se desgaja de los sujetos concretos que la crearon, y de algún modo de los mismos sujetos que la componen. En este sentido, la exigencia de responsabilidad de asociado a asociado pienso que se llevaría posiblemente por los cauces de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de que las reclamaciones, muchas veces y para evitar acudir a los tribunales, se sustancien a través del órgano de administración.

b) Responsabilidad contractual por contratos celebrados con uno o varios asociados en particular

Supongamos que a uno de los asociados se le pide que conceda un préstamo de su peculio particular para acometer una actuación concreta de la asociación. Verdaderamente el contrato mediaría el asociado *prestamista* y la asociación *prestataria* (pues, recordemos los gestores actúan *en nombre* y por cuenta de la asociación). Pero de los daños que pudieran seguirse por el incumplimiento de este contrato, los que deben responder personalmente son las personas físicas gestoras, si han actuado dolosa o negligentemente.

3. Responsabilidad respecto a terceros

a) Responsabilidad extracontractual

Es el caso claro de que, a resultas de la gestión dolosa o negligente de los asociados-gestores o del mandatario, se causa un daño a un tercero ajeno a la asociación. Aquéllos responden con su patrimonio personal frente al tercero dañado.

b) Responsabilidad contractual

Por supuesto, si en el cumplimiento del contrato celebrado entre ese tercero y la asociación, se le ocasionan daños y perjuicios a aquél, a consecuencia del dolo o negligencia de las personas físicas a quienes se les encomienda la ejecución del contrato, son éstas las que deben indemnizarle *ex art. 1101 CC*. En este punto me parece interesante traer a colación la cuestión de las deudas contraídas en cualquier forma de actuación *ultravires*. Es decir, ¿qué pasa si, por lo menos negligencia, se ha contraído una deuda no autorizada ni querida por la asociación? Esto nos llevaría a una responsabilidad no tanto referente a la fase de ejecución o cumplimiento del contrato sino al momento mismo del perfeccionamiento del contrato (y la fase previa): responsabilidad por contratos que aun sin ser directamente dañinos para la asociación, ésta no tenía voluntad de celebrar. Especialmente ¿qué pasa con el tercero? ¿tiene derecho al cumplimiento? ¿estaría diciendo este artículo que queda vinculado personal y directamente la persona física, manteniéndose el contrato? Estamos ante cuestiones a las que no se da respuesta directa en la LODA.

Sí que se dice, respecto al ámbito o alcance del poder que «*Si los Estatutos no lo disponen de otro modo, el régimen interno de las asociaciones será el siguiente: a) Las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran, conforme a los Estatutos, autorización expresa de la Asamblea General*» (art. 12. LODA). Lógicamente, habrá que ver cuáles son esos *actos propios de las finalidades de la asociación*, para lo que será útil acudir a la doctrina y jurisprudencia sobre el art. 129.1 LSA. Como es sabido, este artículo parte del principio de que «*la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos*».

Ahora bien, la LODA ya no da el paso siguiente que sí da la LSA cuando extiende el ámbito de la representación orgánica de la SA, dando primacía al tercero de buena fe, hasta el punto de que el art. 129.2 dice que *«la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil, que el acto no está comprendido en el objeto social»*. Ello no excluye, lógicamente que la actuación de los administradores pueda generar en su caso, responsabilidad frente a la sociedad. El art. 29.3 PREAE sí que entra el cuestión y establece —con una regulación claramente inspirada en la mercantil, aunque con perfiles propios— que la AE quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por los miembros del órgano de administración, *«incluso si tales actos sobrepasan su objeto social, a menos que dichos actos constituyan una extralimitación de los poderes que la ley confiere o permite conferir a dicho órgano. No obstante, los Estados miembros podrán prever que la asociación no quede obligada cuando estos actos sobrepasen los límites de su objeto, si ésta prueba que el tercero sabía que el acto sobrepasaba dicho objeto, o, habida cuenta de las circunstancias, no podía ignorarlo quedando entendido que la publicación de los estatutos no constituye por sí sola, una prueba»*.

No se ha pronunciado la LODA sobre estos extremos, pero ¿qué pasaría con los actos del órgano de representación —actos en principio de la asociación— que claramente no son *proprios de las finalidades de la asociación* y no han sido aprobados por la Junta general? Como posible respuesta, puede acudir a la posibilidad ya citada de que los asociados impugnaran *«...los acuerdos y actuaciones de la asociación que estimen contrarios a los Estatutos dentro del plazo de cuarenta días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil»* (art. 40.3 LODA). Cabe entender que los actos que no responden a la finalidad de la asociación, sin ser propiamente *contrarios a Estatutos*, podrían ser impugnados no como *acuerdos* sino como *actuaciones*, con base en este art. 40.3. Si prospera la impugnación, el contrato quedaría sin efecto y el tercero tendría derecho a exigir la correspondiente indemnización por haber visto frustradas sus expectativas, siempre claro está, que fuera de buena fe y desconociera el carácter *ultravires* esta actuación. Y la indemnización, evidente-

mente la pagarían las citadas personas físicas si han actuado dolosa o negligentemente. Como puede adivinarse esta cuestión nos llevaría a otro problema conceptual: el tipo de ineficacia que se produciría en este caso y sus consecuencias. Pero esto merece un estudio específico, que como ya dije, necesariamente deberá inspirarse en las soluciones que se están dando en el marco de otra estructura corporativa: la sociedad anónima.

LA SEPARACIÓN VOLUNTARIA DEL SOCIO EN LAS ASOCIACIONES*

JORGE SIRVENT GARCÍA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

El derecho del socio a salir voluntaria y libremente de la asociación es una facultad inherente al Derecho Fundamental de asociación, reconocido por el artículo 22 de la Constitución. En efecto, se trata de la vertiente negativa del Derecho de asociación, y supone que nadie puede ser obligado a permanecer en una asociación en la que voluntariamente hubiera ingresado. Por ello, es irrenunciable.

En la Ley Orgánica reguladora del Derecho de asociación nos encontramos con dos preceptos que dan contenido al aspecto negativo del Derecho de asociación. Por una parte, en el artículo 2-3 se establece que «nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno». Por otra, en el artículo 23 se regula el derecho de se-

* El presente estudio es un extracto del trabajo más amplio realizado en el marco del Proyecto BJU2002-01578 sobre asociaciones y fundaciones, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

paración voluntaria del siguiente modo: «los asociados tienen derecho a separarse voluntariamente de la asociación en cualquier tiempo.

Los Estatutos podrán establecer que, en caso de separación voluntaria de un asociado, éste pueda percibir la participación patrimonial inicial u otras aportaciones económicas realizadas, sin incluir las cuotas de pertenencia a la asociación que hubiese abonado, con las condiciones, alcance y límites que se fijen en los Estatutos. Ello se entiende siempre que la reducción patrimonial no implique perjuicios a terceros».

En algunas de las leyes autonómicas existentes sobre asociaciones también se hace referencia expresa a la separación voluntaria del socio y se da una regulación muy similar a la de la Ley Orgánica. Es el caso del artículo 20 de la Ley vasca de asociaciones y del artículo 32-4 de la Ley de asociaciones de Canarias. No parece que haya dudas sobre la constitucionalidad de estos preceptos en cuanto según la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica, sólo el apartado primero del artículo 23 tiene rango de Ley Orgánica. Además, ninguna de las Leyes autonómicas vulnera el sentido de esta norma, ya que en ninguna se niega que los socios puedan separarse voluntariamente de la asociación en cualquier tiempo.

Por otra parte, también en los Ordenamientos de nuestro entorno se reconoce y regula el Derecho de separación. Así sucede en Francia, artículo 4 de la Ley de Julio de 1901, Holanda, artículo 36 del Code civil, en Italia, artículo 24 del Codice civile y en Alemania, artículo 39 del B.G.B.

Son varias las cuestiones que se plantean en torno a este Derecho, destacando, la determinación de los requisitos para su ejercicio, sus límites, así como las consecuencias que puedan derivarse del hecho de la separación de uno de los socios.

Lo primero que conviene precisar es que la declaración de voluntad del socio que se separa de la asociación es un acto jurídico unilateral que tiene carácter recepticio, de tal manera que sus efectos se producen desde que la asociación conoce la voluntad de separación y sin necesidad de que la consienta. En consecuencia, el socio puede revocar su separación antes de que haya llegado a conocimiento de la asociación.

El socio podrá plantear su baja en cualquier momento y con libertad de forma. Cabe, por tanto, que la separación se ejercite de forma verbal o escrita e incluso tácita, si deriva de actos suficientemente elocuentes, como si pide a la asociación la restitución de la aportación patrimonial que realizó en su momento o si deja de pagar la cuota ordinaria. Es posible que en los Es-

tatutos se prevea una determinada forma para el ejercicio del Derecho de separación, como puede ser por escrito o mediante correo certificado. Sin embargo, no es admisible que se contemple la observancia de una forma que haga excesivamente costosa para el socio su salida de la asociación, como si se exige el otorgamiento de escritura pública. La exigencia de semejantes formalidades vulneraría el mismo Derecho Fundamental de asociación.

Por la misma razón, los Estatutos no pueden contener estipulaciones de tal índole que impidan absolutamente a los socios salir de la asociación. Sin embargo, si es admisible que se establezca la obligación de los socios de permanecer un tiempo mínimo en la asociación, siempre que ese plazo sea razonable. Si durante ese tiempo el socio quiere salir de la asociación, no se podrá impedir su salida, pero eventualmente deberá indemnizar los daños y perjuicios irrogados a la asociación por la vía del artículo 1902 del Código civil.

La única posibilidad que tendría el socio de separarse de la asociación sin tener que indemnizar sería fundando su salida en una justa causa. Aquí entrarían todos aquellos supuestos en que la permanencia en la asociación suponga para el socio la asunción de cargas insoportables, como pueden ser drásticos aumentos de la cuota o el establecimiento de derramas inadmisibles.

Además de que pueda fijarse en los Estatutos un período mínimo de permanencia en la asociación, también es posible que se someta ejercicio del derecho de separación a un plazo de preaviso o se posponga de cualquier otro modo la eficacia de la declaración de separación del socio. En este sentido, puede servir el criterio seguido por la Ley de cooperativas, cuyo artículo 17 admite que como máximo los Estatutos de esta clase de sociedades puedan establecer un preaviso de un año para la separación de los socios. El incumplimiento de dicho plazo sólo daría eventualmente lugar a una responsabilidad frente a la asociación, en ningún caso impediría la salida del socio.

Es importante precisar el momento en que la pérdida de la condición de socio tiene lugar, dado que esa pérdida va a traer como consecuencia la extinción de los derechos y obligaciones legales del socio frente a la asociación, y eventualmente el nacimiento de derechos nuevos como el derecho a la restitución de la aportación, del que hablaremos más adelante.

Pues bien, lo más razonable es entender que la condición de socio se pierde en el momento en que la asociación recibe la comunicación del socio

referida a su propia baja, dado que, como hemos dicho anteriormente, la declaración de voluntad del socio que se separa es un acto de carácter unilateral y recepticio.

Además de la pérdida de la condición de socio, la baja puede hacer surgir a favor del socio el derecho a que se le restituyan las aportaciones que haya realizado en beneficio de la asociación sin incluir las cuotas de pertenencia a la misma, si así se ha previsto en los Estatutos, según preceptúa el ya citado artículo 23 de la Ley de Asociaciones. Este derecho no se reconoce en los Ordenamientos de nuestro entorno, donde o bien se omite toda deferencia al respecto, o bien se niega expresamente que el socio que se separa tenga derecho a toda restitución.

Uno de los problemas que plantea la obligación de restitución es determinar qué tipo de aportaciones se restituyen, en concreto, surge la duda de si pueden restituirse las aportaciones de trabajo o servicios que los socios hayan podido prestar a la asociación. Parece que la respuesta debe ser negativa. Las aportaciones de actividad no pueden considerarse como efectivas aportaciones patrimoniales por su propia naturaleza, en cuanto que en ellas no se verifica un verdadero desplazamiento patrimonial del socio a la asociación, es decir, no se separa la actividad respecto del sujeto que la realiza. Prueba de ello es que estas aportaciones no forman parte de la garantía patrimonial de la asociación frente a los acreedores, dado que los acreedores de la asociación no pueden ejecutar su valor. De todo ello puede extraerse la conclusión de que sólo serán restituibles las aportaciones de bienes o derechos patrimoniales que sean susceptibles de valoración económica.

Hay un dato importante que se debe tener en cuenta a la hora de abordar el estudio de la restitución de las aportaciones, que es la distinta configuración que tienen las aportaciones en las asociaciones respecto a las que se realizan en las sociedades mercantiles y en la sociedad civil. En las sociedades capitalistas los socios aportan para adquirir una participación en el capital de la sociedad y de ese modo participan en las eventuales ganancias o pérdidas que la sociedad tenga. En la sociedad civil la cuota de participación del socio en las pérdidas y ganancias de la sociedad será, a falta de pacto, proporcional a las aportaciones. Por el contrario, en las asociaciones ni las cuotas ordinarias que pagan los socios ni las aportaciones que puedan hacer están vinculadas al capital social, por cuanto las asociaciones carecen de capital social. Además, no sirven para fijar la parte del socio en las pérdidas o ganancias, ya que los socios no responden de las deudas de la asociación,

y las ganancias que la asociación pueda obtener no son partibles entre los socios, dado que las asociaciones son, como dice la propia Ley, personas jurídicas sin ánimo de lucro. En las asociaciones las cuotas de los socios y las aportaciones extraordinarias que se realicen permiten a esta persona jurídica dotarse de un patrimonio y poder así sufragar los gastos que ocasione el ejercicio de su actividad no lucrativa.

Con la aportación el bien sale del ámbito de poder del socio y pasa a integrarse en el patrimonio de la asociación, que está afecto a la consecución de un cierto fin no lucrativo. Por ello, entendemos que pueden calificarse las aportaciones como actos de enajenación. Pero, además, se trata de actos de enajenación a título gratuito porque de lo que hemos dicho anteriormente se desprende que el beneficio que obtiene la asociación por la aportación no se ve acompañado de ningún sacrificio suyo. Se trata en la mayoría de los casos de una especie de donaciones que realizan los socios a favor de la asociación. Las aportaciones realizadas mediante donaciones son en todo caso aportaciones en propiedad, por la propia caracterización que tiene este contrato, en cuanto es traslativo de dominio desde el momento de su perfección.

Pues bien, en nuestra opinión, las aportaciones a título de propiedad realizadas mediante donaciones no son restituibles al socio. Por una parte, hay que tener en cuenta que si se dona algo a una asociación contemplándose en los Estatutos la restitución de lo donado cuando el socio deje de serlo, realmente estamos ante una donación con cláusula de reversión del tipo «*si voluero*». Se trata de una donación en que la efectividad de la restitución depende de la exclusiva voluntad del socio aportante, en la medida que sólo él decide si se va o no de la asociación y cuándo. Como argumentábamos en otro trabajo, no creemos que este tipo de donaciones sean válidas en nuestro Ordenamiento principalmente por vulneración del artículo 1256 del Código civil que, como es sabido, prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos. Cuando alguien dona a una asociación contemplándose en los Estatutos la restitución de esta aportación para el supuesto de que el socio abandone voluntariamente la asociación, lo que sucede es que no tiene un auténtico *animus donandi*, no tiene el sujeto una verdadera voluntad de donar.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de concluir que cuando se prevea en los Estatutos de una asociación la restitución de la aportación al socio en caso de baja voluntaria, en realidad no estaremos ante una dona-

ción ni por ende ante una aportación en propiedad, no se habrá realizado una efectiva transmisión del bien o derecho a la asociación. Estaremos ante otro contrato gratuito, un comodato si lo aportado es cosa no fungible, o un simple préstamo si la cosa es fungible, es decir, en estos casos tan sólo se habrá cedido a la asociación el uso de la cosa, se tratará de una mera aportación de uso. Como es sabido, en las aportaciones de uso no se transmite a la asociación la titularidad plena del derecho que tiene el socio, sino sólo un derecho de uso que faculta para la utilización y que también puede extenderse al disfrute de las cosas objeto de la aportación. Cuando el socio se separe, recuperará las facultades de su derecho que había cedido a la asociación. Todo ello supone que si en los Estatutos se ha previsto la restitución de lo aportado por uno o varios socios sin especificarse si se ha aportado a título de propiedad o de uso, debe entenderse que la aportación ha sido de uso.

En cuanto a quien debe asumir los riesgos de pérdida o deterioro de las cosas aportadas en uso a la asociación, que han de restituirse en caso de separación del socio, entendemos que a falta de norma específica, puede aplicarse por analogía el artículo 1687 del Código. Esto supone que los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa específica no consumible aportada para el uso a la asociación producidos por una causa ajena a las partes, debe soportarlos el socio; por el contrario, en las aportaciones de uso de cosas consumibles y en las aportaciones de propiedad debe soportar el riesgo de pérdida o deterioro la asociación.

El artículo 23 de la Ley de Asociaciones prevé un límite a la hora de restituir las aportaciones, «que la reducción patrimonial no implique perjuicios a terceros». Similar previsión existe en las Leyes autonómicas sobre asociaciones que regulan la separación voluntaria. ¿Qué ha querido decir el legislador con esto? Se trata de una confusa excepción legal al mecanismo de restitución de aportaciones eventualmente previsto en los Estatutos para el caso de baja voluntaria de socios. Parece que es una norma con la que se pretende proteger principalmente a los acreedores de la asociación, en cuanto trata de evitar que asociaciones con deudas vean reducido su patrimonio merced a la restitución de las aportaciones a los socios que se den de baja.

Es una norma confusa y poco precisa que plantea numerosas dudas de interpretación ¿debe contar la asociación con el consentimiento de sus acreedores para restituir aportaciones?, ¿pueden oponerse los acreedores a la restitución?, ¿qué pueden hacer los acreedores ante reducciones patrimoniales ya consumadas? Si lo que se quiere es proteger a los acreedores de la aso-

ciación, hubiera sido preferible adoptar un régimen específico de protección como el que existe, por ejemplo, en las sociedades anónimas con el derecho de oposición de los acreedores a la ejecución de los acuerdos de reducción de capital que supongan una efectiva reducción del patrimonio.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- Bilbao Ubillos, *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Valladolid 1997.
- Blasco Gascó (coord.), *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona*, Valencia 2003.
- Bonardell y Cabanas, *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Pamplona 1998.
- Caballero Lozano, «Consideraciones acerca de la relación jurídica entre socio y asociación», en VVAA, *Entitats associatives en el Dret civil català*, coord. Florensa i Tomàs, Lleida 1993.
- Cabanas, *Comentario de la Ley catalana de asociaciones*, Madrid-Barcelona, 2000.
- Capilla Roncero, *La sociedad civil*, Zaragoza 1984.
- Carpio, «El patrimonio de la asociación y los derechos de los asociados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972.
- De Giorgi, *Trattato di Diritto Privato*, dir. Rescigno, 2, t. 1º, Turín 1982.
- De Martini, *Le associazioni e le fondazioni*, Milán 1990.
- Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid 2003.
- Fajardo, *El derecho de separación de un socio en la sociedad limitada*, Valencia 1996.
- Fernández Farreres, *Asociación y Constitución*, Madrid 1987.
- Galgano, *Comentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca, Delle persone*.
Le associazioni, le fondazioni, i comitati, Padua 1996.
- González Pérez y Fernández Farreres, *Derecho de asociación, Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de Marzo*, Madrid 2002.
- Josserand, *Cours de Droit positif français*, t.I, París 1930.
- Jürgen, Comentario del par. 39 del B.G.B., en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band I, Munich 2001.
- Kdhir, *Droit des associations*, París 1996.

- Kohlhammer, Comentario del párrafo 39 del B.G.B., en *Soergel, B.G.B.*, t. I, Stuttgart, 1988.
- Lemeunier, *Associations*, París 2002.
- Lucas Murillo de la Cueva, *El Derecho de asociación*, Madrid 1996.
- Malaurie y Aynés, *Droit civil*, Les personnes, les incapacités, París 2000.
- Martínez Sanz, *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 1997.
- Mazeaud y Chabas, *Leçons de Droit civil*, t. I, vol. 2º, París 1997.
- Planiol y Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, París 1952.
- Quesada González, *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Barcelona 1991.
- Sauter y Schweyer, *Der eigetragene Verein*, Munich 1997.
- Teyssié, *Drot civil*, les personnes, París 2002.
- Weick, Comentario del par. 39 del B.G.B., en *Staudingers, Kommentar zum B.G.B. I*, Berlín 1995.

APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

SERVICIO DE PUBLICACIONES