

La capacidad jurídica en las personas físicas y en los entes morales

por

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Alcalá

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO UNITARIO.
- III. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LAS PERSONAS NATURALES.
- IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ENTES MORALES:
 1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXIGENCIA DE ESTA CUALIDAD EN LOS ENTES MORALES.
 2. SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD O CAPACIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS.
 3. REQUISITOS PARA OBTENER LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
 4. EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS ENTES MORALES.
- V. APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES A LAS LLAMADAS SOCIEDADES CIVILES.
- VI. EPÍLOGO PARA EL CUARTO CENTENARIO DE «EL QUIJOTE».

I. INTRODUCCIÓN

A) Me propongo estudiar en el presente trabajo la capacidad jurídica como cualidad atribuida por el Ordenamiento Jurídico a las personas por antonomasia y a las personas jurídicas o morales. Trataré de señalar lo que hay de común en la atribución de aquélla a unas y otras, y lo que hay de específico y privativo. ¿En qué consiste la capacidad jurídica sea quien sea

el sujeto titular de ella? ¿Cuáles son los requisitos necesarios para su reconocimiento? ¿Son los mismos para individuos y para entes morales?, esto es, ¿se encuentra el Estado en semejante situación de sujeción o libertad a la hora de decidir su concesión a unos o a otros? Y los efectos, ¿son siempre los mismos? ¿Cabe hablar, como se hace, de grados en la personalidad o capacidad? ¿Qué relación existe, si existe alguna, entre adquisición de personalidad o capacidad y el derecho fundamental de asociación? Estas y otras cuestiones irán saliendo en las páginas siguientes.

En contra de lo que pudiera pensarse, no es asunto bien estudiado, a mi parecer. Para empezar, es cosa cuya sustancia se da normalmente por sabida, de modo que en el campo que quizá se ha tocado con mayor detenimiento, que es el referido a las sociedades mercantiles, el concepto se presupone y se pasa directamente al tema de los requisitos para obtenerla. En materia de persona, la doctrina ofrece un concepto, ciertamente valioso, pero no consigue diferenciarla de la personalidad jurídica: repásense los conceptos que se proponen de una y otra y se advertirá en los autores, sin excepción, un confusionismo muy notable porque a la postre dicen lo mismo para ambas cualidades jurídicas, pero sin afirmar entonces como sería lógico, que son la misma cosa. Y la insatisfacción es aún mayor cuando se trata la persona jurídica: aquí no se dice nada, dando por supuesto su concepto. Casi todas las energías se van en relatar las innumerables teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica y su historia, pero muy poca reflexión sobre el significado que tiene para un grupo adquirir aquella cualidad que, por otra parte, parece equipararse a la que se reconoce al individuo.

B) Para justificar más mi esfuerzo —con independencia de que luego resulte fructífero o baldío— invito a recordar algunas cuestiones graves desde el punto de vista dogmático en las que la vacilación doctrinal, legislativa y jurisprudencial tienen su causa, en mi opinión, en la indeterminación, imprecisión, desconocimiento, en fin, de lo que sea la personalidad o capacidad jurídica. Veamos:

- El todavía irresuelto problema de la consideración de las llamadas sociedades civiles. No pueden sino calificarse de llamativos los bandazos de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto o los fallidos intentos del Legislador de conseguir su inscripción, ya en el Registro Mercantil, ya en el Registro de la Propiedad por la vía de inscribir sus adquisiciones inmobiliarias.
- La reciente opinión pero que se va extendiendo, según la cual el artículo 22 de la Constitución, al recoger como derecho fundamental el de asociación, impone el reconocimiento de cualquier ente moral como sujeto de Derecho, sin más presupuesto que su voluntad asociativa, de manera que el Estado no puede negarle la personalidad. Así, no se sabe muy bien qué hacer con el requisito de la inscripción

registral, que se diluye en la Ley de Asociaciones y que se recupera en la Ley de Fundaciones.

- La tendencia en la más reciente legislación, que ya parece imparable, de reconocer determinadas capacidades a «comunidades de bienes», a «las entidades sin personalidad jurídica», a «grupos de consumidores y usuarios»; en otras palabras, a grupos sociales que por respetables que puedan ser carecen de personalidad jurídica. Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 o la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, por citar una en el terreno procesal y otra en el sustantivo, pues si aquélla reconoce capacidad para ser parte a quien no tiene personalidad, ésta permite el contrato de arrendamiento a quien carece de ella. Lo examinaremos con mayor detenimiento.
- La reacción que corresponde al Ordenamiento Jurídico, si es que le corresponde alguna, cuando un grupo pseudopolítico delinque: se duda por miedo a vulnerar el mencionado derecho fundamental; o cuando desaparece el presupuesto natural de toda sociedad, aunque sea mercantil, es decir, la pluralidad de socios; o se utiliza la obtención de la personalidad para defraudar la ley, lo que pretende resolverse con la insegura doctrina del levantamiento del velo.

En fin, entiendo que con lo expuesto queda justificado mi intento de reflexionar sobre la cuestión que subyace a todas las indicadas y cuya cabal comprensión necesariamente ha de ayudar, al menos, a resolver los problemas apuntados y otros que iremos viendo.

II. LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO UNITARIO

A) Antes de continuar es preciso hacer una advertencia importante sobre un asunto que volverá a salir pero sobre el que conviene parar mientes cuanto antes. ¿Personalidad o capacidad? En mi criterio, son dos cualidades distintas y con efectos diferentes si hablamos de las personas físicas, pero coinciden si nos referimos a los entes morales. Y ello porque así lo impone la naturaleza de las cosas. Los hombres crecen; los entes morales no. El hombre experimenta un desarrollo: desde siempre se ha creído oportuno asegurarse de su viabilidad antes de reconocerle la titularidad de derechos y obligaciones. En cambio, la persona jurídica nace plenamente desarrollada; al margen de cuando sea el momento en que lo haga, que ya nos ocuparemos de ello. No hay necesidad de cautelas. De lo expuesto yo deduzco —y trataré de probar— que la persona física adquiere personalidad, como cualidad distinta de la capacidad, antes de obtener ésta. Pero en los entes, no hay más que una cualidad adquirida, llámese personalidad, capacidad jurídica o capacidad de obrar. También ésta última se

confunde con las anteriores en las personas morales, porque en éstas ni cabe el desarrollo progresivo de su capacidad natural, ni cabe su pérdida o aminoramiento, circunstancias que, como es sabido, determinan en los individuos la modificación de su capacidad de obrar (1).

Se impone entonces que convengamos en la terminología utilizada. Cuando la doctrina habla de adquirir personalidad jurídica, salvo excepciones contadísimas, quiere aludir a la adquisición de capacidad jurídica, esto es, a la aptitud de ser titular de relaciones jurídicas, ya se refiera a individuos, ya a entes morales. Tal lenguaje es muy correcto para estos últimos en quienes, como acabo de expresar, todas estas cualidades se confunden o son la misma. Pero sería equivocado, en mi criterio, si nos refiriéramos a los hombres, por cuanto he anunciado más arriba y trataré de explicar más adelante.

Así las cosas —siempre en mi opinión, que puede ser desacertada—, cuando se alude a cuestiones de personalidad jurídica, requisitos para su reconocimiento, efectos, extinción, etc., en rigor se quiere aludir a cuestiones de capacidad jurídica, porque es ésta y no aquélla la que determina la adquisición de derechos subjetivos y la posibilidad de obligarse. De manera que la personalidad jurídica es cosa atinente, en exclusiva, a las personas naturales y que no puede predicarse de las jurídicas, respecto de las que no podrían distinguirse entre efectos de una y otra cualidad, como sucede, en cambio, en aquéllas, en quienes la personalidad produce unas consecuencias y la capacidad jurídica añade otras distintas.

Conocida la argumentación precedente, se comprenderá el título del trabajo: que hablemos de capacidad y no de personalidad, porque son cuestiones relativas a aquélla de las que vamos a tratar, aunque, de paso, alguna luz intentaré proyectar sobre la distinción personalidad-capacidad. Y si alguna vez, por licencia literaria, sigo la terminología al uso y hablo de adquirir personalidad jurídica, se entenderá el significado del término, aunque nunca lo utilizaré en el estudio de la persona natural, porque en tratándose de ella las imprecisiones terminológicas no dejan de traer malas consecuencias, a la larga o incluso antes.

B) Y vamos ya con el concepto de capacidad jurídica, cuya determinación exige también poner en claro si estamos ante un concepto unitario, común a personas físicas y jurídicas, o no es posible semejante construcción.

(1) La doctrina dominante piensa que la capacidad de obrar depende del estado civil, no de la aptitud natural de entender y de querer. A mi juicio, olvidan que precisamente ese cambio de estado civil se debe al cambio previo de aptitud natural, de modo que lo importante es esto y no aquello. Al tomar por decisivo no el hecho natural o voluntario sino la cualidad jurídica que aquél origina, dan pie a la censura. Así, el profesor LASARTE ÁLVAREZ cuando duda sobre el sentido o utilidad del concepto estado civil (vid. *Principios de Derecho Civil*, 1, 5.ª ed., Trivium, Madrid, 1996, págs. 198-200).

No contamos con mucha ayuda ni del Legislador ni de la jurisprudencia, ni de la doctrina. En general, es de esos conceptos que se dan por sabidos. Sin embargo, sí creo que disponemos de los datos legales suficientes para determinar el contenido típico de la capacidad jurídica o su sustancia.

Nada se dice de nuestro asunto en las Recopilaciones o Leyes anteriores. El Proyecto de 1851 tampoco trata de la capacidad de las personas físicas; no existe el correspondiente al artículo 29 vigente. Sí hay referencia a la de las personas jurídicas. Su artículo 33 ordenaba: «*Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles*». Parece, pues, que la sustancia de la persona moral consistía en poder ejercer derechos civiles. La expresión «derechos civiles» quizá resulta imprecisa. En el ámbito constitucional se usa para contraponerlos a los «derechos políticos». Con todo, pienso que aquí la expresión bien puede traducirse por la de derechos subjetivos.

El Código Civil es más generoso en la atención prestada al tema. Para las personas naturales dedica los artículos 29 y 30, pero que aportan poco para la fijación del concepto de capacidad. Más bien se ocupan del momento de adquisición y de los requisitos que deben concurrir para la obtención de aquella. Existe, sin embargo, un inciso en el artículo 30 que no ha merecido mucha atención, en verdad, y que yo estimo de la mayor trascendencia. Empieza este precepto afirmando: «*Para los efectos civiles...*». Tendremos ocasión de examinar el artículo, pero adelanto que interpreto esta expresión equivalente a «para ser titular de derechos y obligaciones». De la capacidad de las personas jurídicas, el Código se ocupa en los artículos 37 y 38. El primer párrafo de este segundo artículo establece: «*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*». Este precepto es más explícito y, como anunciaba antes, creo que es de gran ayuda para concretar la esencia de la capacidad. El primer inciso de la norma no tiene relevancia actual: me parece que sólo pretendía confirmar la derogación de las restricciones adquisitivas que pesaban sobre las llamadas manos muertas. Recuérdese que el artículo 608 del Proyecto de 1851 ordenaba: «*Las iglesias y cabildos eclesiásticos, los ayuntamientos y concejos, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, y todos los cuerpos ó asociaciones que se comprenden bajo la denominacion de manos muertas, no pueden adquirir, por testamento, bienes inmuebles de ninguna especie; para adquirir bienes muebles, les será necesaria autorización especial del Gobierno*». Digo que no tiene relevancia hoy por hallarse incluida tal previsión en la que cierra el artículo 38. En efecto, en ésta se reconoce la capacidad para ejercitar acciones procesales, lo que implica la titularidad previa de los correspondientes derechos subjetivos, de modo que la facultad de adquirir bienes va comprendida en esa aptitud

general de adquirir derechos. Y el inciso anterior se refiere a la asunción de obligaciones. En conclusión, para el artículo 38, la capacidad jurídica de las personas morales se concreta en la aptitud para adquirir derechos y asumir obligaciones.

De nada serviría acudir a otras leyes. Ya se refieran a personas físicas o jurídicas, dan por supuesto el concepto que nos ocupa: así las leyes mercantiles sobre sociedades, o las que disciplinan asociaciones o fundaciones.

En cuanto a la doctrina, es unánime en conceptuar la capacidad jurídica de los individuos como aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, esto es, para ser sujeto de derechos u obligaciones. Sin embargo, al tratar de los entes morales, en general, no se ofrece un concepto distinto, por lo que habrá que suponer que se acepta el construido para las personas físicas. Es verdad que algunos autores, como veremos, parece que sí han dedicado alguna atención al concepto de capacidad en las sociedades mercantiles —no, por tanto, con carácter más general, en los entes morales— y como consecuencia han defendido la graduación de la capacidad en aquéllas, de suerte que habría que hablar de diferentes grados o niveles de capacidad, según estuviéramos ante sociedades perfectas o menos perfectas. Adelanto que no me convencen estas opiniones, pero remito al epígrafe correspondiente, cuando tratemos especialmente del asunto en los entes morales.

Con los prolegómenos expuestos, voy a ofrecer, en las líneas que siguen, mi idea sobre capacidad jurídica.

C) Lo primero que salta a la vista es que la capacidad jurídica —dígase lo mismo de la personalidad, para quienes creemos que son cualidades distintas— es atribuida por el Estado, sea al individuo, sea al ente social. Se trata de una cualidad que el Ordenamiento Jurídico reconoce, atribuye o concede. Nadie nace con cualidades jurídicas, ni, por tanto, con derechos. Unas y otros, en tanto que creación del Derecho, son atribuidos por éste a la persona o al ente moral. Ciertamente, el Estado no goza de igual ámbito de libertad ante la persona, razón última del Derecho, que ante el grupo que pretende erigirse en sujeto de Derecho, cuando de reconocer capacidad o derechos se trata, pero ello no debe llevar a conclusiones equivocadas, por muy bien intencionadas que estén: veremos que no es menester, me parece, forzar la dogmática para amparar a la persona.

En segundo lugar, entiendo que el concepto de capacidad es unitario: es el mismo para personas físicas y jurídicas. Y ello porque la doctrina de la persona jurídica se ha confeccionado a imagen y semejanza de la persona física. Se crea lo que se crea sobre la naturaleza de aquélla, de lo que no hay duda es de que se trata de erigir otro sujeto de Derecho que se comporte como si fuera un individuo en el tráfico jurídico: libre y responsablemente. Si en las personas naturales la cualidad que les permite moverse en el tráfico, adquirir derechos o asumir obligaciones, convertirse, en fin, en sujeto de

Derecho, es la capacidad jurídica, no otra cosa será lo que permita a las personas morales hacer esas mismas actuaciones. Y si el resultado es el mismo, la causa es la misma.

Luego el concepto tradicional que se maneja para la persona, vale también para la persona jurídica: aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, con las notas que enseñaba CASTÁN de ser una, indivisible, irreductible, y esencialmente igual siempre y para todos. Y así como no es posible que sobrevengan modificaciones en la capacidad jurídica de un individuo (2), tampoco lo es para una persona jurídica. Se tiene o no se tiene esta cualidad, pero no puede tenerse parcialmente, aumentarse o disminuirse. Al ser indivisible e irreductible, su contenido es típico: titularidad de todos los derechos subjetivos susceptibles de ser adquiridos por el sujeto. No puede ser que para unos —por ejemplo, las llamadas sociedades personalistas— la capacidad otorgue un elenco de derechos diferente, mayor o menor, que para otros —las sociedades de capital—. Y mientras el grupo social no obtenga el reconocimiento de la personalidad, no podrá ejercer derechos porque antes de ejercerlos hay que adquirirlos. Y afirmar, aunque lo diga una Ley, que un ente sin personalidad puede ejercitar, por ejemplo, una acción judicial, lo que arguye titularidad previa de un derecho, es un quebrantamiento grave de la dogmática jurídica que sólo engendra confusión: pueden encontrarse otras fórmulas más respetuosas probablemente, pero despreciar la dogmática so pretexto de utilidad conduce a consecuencias indeseables también en el orden práctico. Aunque volveré sobre todo esto, pero ya se ve que no comparto las teorías que hablan de sociedades más o menos perfectas, o de grados en la personalidad de aquéllas.

D) Aun reconociendo la dosis de elaboración propia que pueda tener la del concepto unitario de capacidad jurídica que acabo de pergeñar, también quedo firmemente persuadido de que los artículos del Código Civil citados, treinta para las personas y treinta y ocho para los entes morales —incluso el antecedente del 33 del Proyecto de GARCÍA GOYENA— dan suficiente base para mantener la tesis expuesta. La conclusión más sobresaliente que se extrae de lo anterior es la de que la capacidad tiene un contenido típico que no puede desconocerse: quien adquiere capacidad, sea hombre o grupo constituido, adquiere, sin más, la titularidad de los derechos subjetivos congruentes, porque según la Ley en eso consiste la capacidad, en el bien entendido de que no existe más que una capacidad; no hay diferentes niveles de capacidad o

(2) No obstante lo dicho, no es menos cierto que algunos derechos de la persona no se adquieren con los demás, al obtener la capacidad jurídica, sino en momento posterior: así, como es sabido, los derechos de testar, contraer matrimonio o adoptar. Y este fenómeno, que la doctrina suele conocer como capacidades especiales, afecta en rigor a la capacidad jurídica porque no es que no se puedan ejercitar, es que no se tienen hasta que llega el momento determinado por la Ley.

modalidades de ésta. O se tiene o no, pero si se obtiene se consigue con todo su contenido.

A mi juicio, como apunté más arriba, la única diferencia que existe entre personas físicas y jurídicas en punto a capacidad radica en el origen de ésta: en la diferente postura que el Estado puede observar respecto a una y otra a la hora de reconocer su personalidad. Ante la persona física, el Estado, que sólo existe para su servicio, no puede por menos de atribuirle, primero personalidad y luego capacidad jurídica, tan pronto se cerciora de que existe, de que ha venido a la vida con razonable perspectiva de viabilidad. No es que se nazca con personalidad y el Estado se limite a reconocer lo preexistente, sino que el Estado otorga esa cualidad, que es siempre creación del Derecho. Lo que pasa es que no puede dejar de hacerlo sin incurrir en tacha de tiranía y deslegitimación. Su ámbito de arbitrio, que existe, es reducido: puede decidir el otorgamiento al tiempo de la concepción, o al del nacimiento, o esperar unas horas, pero ahí acaba su ámbito de libertad. La persona reclama su reconocimiento inmediato o casi inmediato por el Derecho. Porque la persona existe con o sin personalidad, que son cosas distintas, como ya insistiré más adelante. En cambio, ante el grupo que pugna por su reconocimiento como sujeto de Derecho, la libertad del Estado es incomparablemente mayor. El grupo, llámese sociedad, asociación, fundación, partido político, etc., no tiene cuerpo y alma como tiene el individuo, no es un ser racional anterior y previo al Estado. Hay quienes confunden el derecho natural de asociación con la asociación misma, en tanto que ente dotado de personalidad jurídica. En su lugar me ocuparé de esto. De lo que no hay duda, a mi parecer, es de que al no ser el ente moral una realidad natural, el Ordenamiento puede y debe establecer los requisitos que ha de llenar aquél para obtener capacidad jurídica. Precisamente exigirá aquellos requisitos que permitan asimilar, dentro de lo posible, la persona jurídica a la física. Será menester, como se expondrá más adelante, que el grupo social que quiera funcionar como sujeto de Derecho se «parezca» a la persona, a cuya imagen y semejanza se construye su capacidad. Que garantice, en lo posible, permanencia, fines lícitos, patrimonio, voluntad social, publicidad, etc. Y si no se cumplen estas exigencias, o desaparecen, el Estado hará muy bien en denegar la pretensión de gozar de personalidad jurídica, sin que ello signifique violación de ningún derecho constitucional, ni siquiera del 22.

Expuesto el concepto general o común de capacidad jurídica, procede a seguido que nos ocupemos de verlo ya con detalle, primero, en la persona física y, a continuación, en la persona jurídica.

III. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LAS PERSONAS NATURALES

A) Al comenzar el tratado de la persona, salen al paso unos conceptos fundamentales y por tanto previos que, a pesar de ser tan manejados y cuyos términos son bien conocidos, generan no poco confusiónismo entre algunos de ellos. Falta precisión para llenar el contenido de cada uno, para determinar sus efectos jurídicos. Y como siempre, la oscuridad teórica engendra graves desórdenes prácticos. Veamos.

Estos conceptos fundamentales son: persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. La mayor parte de los autores cuando escriben de estas cuestiones no aciertan a fijar y distinguir más que los dos últimos conceptos, pero no consiguen hacerlo con los tres primeros entre sí. Probablemente sí distingan entre persona y personalidad, pero si es así no logran expresar la diferencia. Yo creo que entienden por personalidad algo parecido a «persona en sentido jurídico», como si la persona fuera una realidad poliédrica, en mutación constante según la disciplina científica que de ella se ocupare: una para juristas, otra para sociólogos, una tercera para filósofos, una cuarta para biólogos, y así sucesivamente. Vacilación que tal vez pueda obedecer, en los autores más inclinados al positivismo, al temor a hacer concesiones al iusnaturalismo, y en los más proclives a éste al miedo a caer en el terreno del positivista.

Aun es más acentuada la perplejidad si de separar personalidad y capacidad jurídica se trata, como ya advertí al comienzo de estas reflexiones. Aquí sí que la cosa no admite atenuantes: nadie se atreve a decir que son la misma cosa, pero cuando quieren definir las como distintas, por lo común, ofrecen idéntico concepto para ambas realidades, si bien cambiando los términos y utilizando palabras imprecisas, ambiguas, incapaces de ocultar que se está diciendo lo mismo.

B) Empecemos con el concepto de persona. Siempre me ha producido desasosiego leer la expresión «no se es persona hasta que transcurren veinticuatro horas desde el nacimiento» o similar. Es una sentencia común en nuestra doctrina. Los más prudentes advierten que «en sentido jurídico no se es persona hasta que...» o que «para el Código Civil no se es persona hasta que...» No son menester citas porque son expresiones mil veces repetidas por todos. Pues bien, en mi opinión, el Derecho no tiene nada que decir sobre el concepto de persona, que es cabalmente metajurídico: filosófico, sociológico, biológico... pero en ningún caso jurídico. El Derecho se encuentra con la realidad persona, de existencia previa y anterior a él, como se encuentra con tantas otras realidades que regula pero que no crea ni inventa. Se dirá que esta afirmación es una obviedad nunca ignorada; precisamente, la distinción ya aludida y que utiliza la doctrina, entre persona natural y persona «en sentido jurídico» prueba que conoce y acepta tan manifiesta observación. De

acuerdo. Estoy seguro de que ningún jurista ha pretendido construir el concepto de persona. Pero, entonces, ¿por qué no cuidar la terminología? ¿Por qué utilizar términos equívocos o que pueden inducir a error a los menos preparados, por ejemplo, a estudiantes en su primer año de carrera, que es cuando estudian estas cosas? Además, al aceptar que existe un concepto jurídico de persona, ya no se sabe qué hacer con el siguiente concepto de personalidad jurídica. Con este razonamiento «ser persona en sentido jurídico» es lo mismo que tener personalidad. ¿Es así como piensan los autores? Pues entonces sobra un concepto: en el campo jurídico, que no se hable de persona y personalidad porque es lo mismo.

Metodológicamente, ya lo he dicho, me parece mal camino hablar de diferentes conceptos de persona, según el terreno que se pise. Semejante profusión de conceptos conduce, a la postre, a no saber en verdad qué sea la persona, a un relativismo que en tema tan trascendental, no es deseable en absoluto. La persona es lo que es. Y eso vale para todos los campos del saber, que saldrían ganando si aceptaran esa realidad metafísica sin pretender amañarla a sus propias conveniencias (3). Hay un concepto de persona más allá de las ciencias positivas, cuya determinación no corresponde a sus cultivadores, por falta de competencia y preparación.

C) Cosa bien distinta es la personalidad jurídica. Éste sí que es un concepto rigurosamente jurídico. Decir que es «una manifestación de la persona»; o que significa «titularidad de derechos fundamentales»; que es la «investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas»; que permite «atribuir derechos al ser humano»; y afirmaciones análogas, sin dejar de contener cierta dosis de verdad, o bien arguyen reiteración del concepto de persona «a efectos jurídicos» o bien invaden el terreno de la capacidad jurídica, de manera que se hace imposible, como anunciaba antes, separar y distinguir ambas cualidades.

Personalidad jurídica es una cualidad que crea y atribuye el Derecho y que consiste en la entronización formal y solemne de la persona en el mundo de lo jurídico. En un momento determinado de la vida de la persona —*prius* respecto al Derecho— el Ordenamiento decide recibirla formalmente en la comunidad jurídica: a partir de ese momento, es importante para el Derecho, éste cuenta con ella, se producen determinados efectos jurídicos, podrá adquirir las sucesivas cualidades jurídicas. El Derecho no crea a la persona: se la encuentra en el mundo. Pero en determinado momento la inviste de juridicidad. No es que no existiera la persona antes, es que ahora ya es tomada

(3) Tráigase a la consideración, por ejemplo, lo que significa en Bioética el baile de conceptos en torno a la persona. Para asegurar experimentos que tan prometedores horizontes económicos sugieren, laboratorios y «científicos» hay dispuestos a defender el mayor retraso en el reconocimiento de esta realidad.

en consideración por el Derecho. La persona, con su dignidad, es anterior al Derecho. Éste, para hacer posible su servicio a aquélla —*omne ius hominum causa constitutum est*—, le atribuye una cualidad que es la puerta de todas las demás, que desencadena la función tuitiva del Derecho, sin esperar a la titularidad de derechos subjetivos, que proyecta sobre ella determinados efectos protectores, que enseguida veremos. Esto es la personalidad jurídica. No hay todavía adquisición de derechos subjetivos, pero sí recepción, siquiera sea parcial, de importantes efectos favorables dispuestos para su beneficio por el Ordenamiento Jurídico.

Decía antes que no es fácil encontrar, en la doctrina, una elaboración debidamente perfilada del concepto, que permita distinguirlo del de capacidad jurídica. Citaré sólo a un maestro indiscutido, nada sospechoso, además, de cicatero a la hora de descubrir y defender la misión protectora del Derecho Civil para la persona. Escribe don Federico DE CASTRO: «la personalidad sería la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas» (4). Hay dos puntos que no quedan claros: ¿qué quiere decir exactamente «ser titular»? Porque ser titular alude a ser titular de derechos, pero esto es lo propio de la capacidad jurídica, no de la personalidad, so pena de confusión insuperable entre ambas cualidades. Tampoco queda patente su carácter de cualidad otorgada por el Derecho, también a la persona física, no sólo «a ciertas organizaciones humanas». Y sin embargo, como va escrito, la personalidad es siempre cualidad otorgada o atribuida por el Derecho. No hay peligro de pecar de positivismo, sino justa demarcación de territorios. Lo que no crea el Derecho es a la persona, que es realidad natural, anterior a aquél. Pero la personalidad, claro que la crea: como que es un concepto jurídico y los conceptos jurídicos siempre los crea el Derecho. Otra cosa —para ahuyentar temores infundados— es que, en efecto, el Ordenamiento Jurídico no pueda dejar de reconocer personalidad a toda persona natural. Repito que en esto reside una importante diferencia con los entes morales: para reconocer la personalidad de éstos, el Derecho puede mostrarse con un grado de exigencia, que sería intolerable tratándose de personas físicas, para las que la atribución de personalidad es un acto debido. Pero en ambos casos la personalidad es reconocida por el Estado. Así se zanja definitivamente la tradicional querella científica entre iusnaturalistas y positivistas, sobre el carácter natural o jurídico de la personalidad: tiene razón el positivismo en afirmar su naturaleza jurídica, pero sin que ello suponga que el Derecho tenga algo que decir sobre la esencia y existencia de la persona que es realidad metajurídica. Por lo demás, repárese en que el

(4) Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, tomo 2.º, pág. 31.

Código Civil jamás habla de ser persona o de dejar de serlo: correctamente habla de adquirir o extinguirse la personalidad (5).

Visto el concepto de personalidad, señalemos el momento de su reconocimiento por el Derecho. La personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento. Basta con nacer para ganarla. Y por nacer entenderemos lo que se entiende en el lenguaje común; si queremos concretar más, puede decirse que se nace tan pronto se corta el cordón umbilical. En este momento la persona es recibida formalmente en la comunidad jurídica. Y esto y no otra cosa es lo que dice el artículo 29 del Código: «*el nacimiento determina la personalidad...*» Nunca he comprendido el afán de la doctrina por acudir al artículo 30... para entender el 29, cuando se entiende perfectamente por sí solo. No hay remisión expresa en este artículo a ningún otro; la regla general en materia de interpretación es la de que si un precepto se comprende por sí solo, no es menester peregrinar a otro precepto; el entendimiento literal del primer inciso del repetido artículo 29 es mucho más satisfactorio para el amparo debido a la persona natural que el que se consigue completándolo con el artículo siguiente. En conclusión, mantengo que el nacimiento determina el momento de adquisición de la personalidad jurídica, sin ningún otro requisito, y ello porque así lo manda el artículo 29, que se ocupa de fijar tan importante momento, al igual que el artículo 30, como veremos, se ocupa de fijar otro momento: el de adquisición de la capacidad jurídica. Dos cualidades diferentes, dos momentos diferentes de adquisición, dos artículos distintos para manifestar plásticamente aquella diferencia. También serán distintos los efectos.

Ya es hora de atender a los efectos. Porque si aconteciera que toda esta construcción encaminada a separar nítidamente ambas cualidades careciera de consecuencias prácticas, el esfuerzo sería baldío y no se justificaría aquella, como no se justifica teoría jurídica alguna si, a la postre, no es útil. Yo creo que la adquisición de personalidad determina efectos jurídicos protectores de naturaleza personal, que no patrimonial: para éstos habrá que aguardar a obtener la capacidad jurídica. Desde que nace, el niño entra en el ámbito tuitivo del Derecho Penal, por ejemplo: quien lo mata o lesiona comete un delito, aunque el niño no haya cumplido las veinticuatro horas. Pueden consultarse los artículos 138, 139 y 144 del Código Penal. Y quién duda de que los padres —en su propio nombre e interés, si se estima que aún no pueden representarle— podrán reclamar reparación de los daños y perjuicios que se le infligieran, por mucho que no tenga todavía veinticuatro horas de vida

(5) El olvido de obras clásicas es causa de confusiones: FERRARA advirtió que con frecuencia se confunde persona con personalidad; que la personalidad es una cualidad jurídica que se otorga al sustrato persona; que la personalidad es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del Derecho objetivo. Cfr. FRANCISCO FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción española de la segunda edición italiana. Editorial Reus, Madrid, 1929, págs. 319 y sigs., y 330.

extrauterina. Véanse también los artículos 45 de la Ley del Registro Civil y 171 y siguientes de su Reglamento, para comprobar que las criaturas abortivas, esto es, «*las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se repunte nacido a los efectos civiles*», en otras palabras, criaturas que no han llegado a las veinticuatro horas, provocan, sin embargo, la atención del Ordenamiento Jurídico: según los artículos 173 y 174 del Reglamento, es obligatorio el parte de alumbramiento, con expresión de determinadas circunstancias; se extenderá acta; se incorporará al legajo de abortos, etc. En esta línea de pensamiento, el profesor ALBALADEJO sostiene que con aquella cualidad fundamental y previa, la persona ya tiene nacionalidad y vecindad civil, y está sometida a la patria potestad de sus padres (6).

Todos estos efectos jurídicos no se explicarían técnicamente si la persona nacida y aún sin haber cumplido las veinticuatro horas de vida no hubiera entrado ya en la comunidad jurídica, hubiera atraído ya la atención del Derecho. Todavía no es titular de derechos, pero sí recibe ya los efectos beneficiosos de aquél. Este hecho es de una importancia incalculable porque significa que se desvincula la protección del Derecho de la titularidad de derechos subjetivos: que no es menester tener derechos para ser amparado por el Ordenamiento Jurídico. Aceptado este principio, se abren vías no ya para proteger a la persona durante sus primeras horas de vida fuera del claustro materno, que ya es muy importante, sino para ensayar —yo lo he hecho en libros y publicaciones (7)— la extensión de esa protección antes del nacimiento, una vez que se admite, primero, que la persona no es creada por el Derecho y, segundo, que no es necesario que sea titular de derechos subjetivos para merecer la defensa del Ordenamiento. Pero éste es otro asunto sobre el que no podemos detenernos ahora.

No será ocioso recordar, para concluir este apartado, que la tesis mantenida sobre el momento de adquisición de la personalidad —justamente al nacer, sin más espera—, es la más conforme con el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el *BOE* el 31 de diciembre siguiente, por lo que ha pasado a formar parte del Ordenamiento Jurídico español. Dice este precepto: «*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*». En cumplimiento de este pacto internacional, algunos autores, por ejemplo,

(6) Manuel ALBALADEJO, *Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro*, Edersa, Madrid, 1997, pág. 102.

(7) Principalmente en *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS piensan que acaso sea necesaria alguna modificación legal para borrar el obstáculo de las veinticuatro horas (8). Me parece más segura la opinión de ALBALADEJO de entender automáticamente derogados los preceptos del Código o de la legislación del Registro Civil que exijan el transcurso del plazo para inscribir, por aplicación del artículo 1.5 del Título Preliminar, al haberse publicado ya el Convenio en el *BOE* (9).

De todos modos, lo importante no es la inscripción sino la adquisición de personalidad con contenido distinto del de capacidad. El Convenio habla de inscripción. ¿Entiende que la personalidad es presupuesto de ésta? Para mí es indudable: la personalidad es el pórtico de cualquier efecto jurídico, de cualquier toma en consideración de la persona por el Derecho. Sea como fuere, en mi opinión: El Convenio no ha introducido novedad alguna en nuestro Ordenamiento, pero sí ha constituido una confirmación autorizada de la postura expuesta sobre adquisición y contenido de la personalidad jurídica.

D) Procede a continuación tratar de la capacidad jurídica. No hay que insistir en su concepto, que es cosa pacífica en la doctrina y que ya hemos recordado. Lo que interesa es llamar la atención sobre lo que no es común en aquélla. Mientras que con la adquisición de personalidad, la persona consigue un primer nivel de protección jurídica, con la obtención de esta siguiente cualidad que es la capacidad jurídica, logra ya la plenitud de amparo, pues a partir de ese momento ya es titular de derechos subjetivos, personalísimos, familiares o patrimoniales. Pero no sólo es diferente el contenido de cada una de estas cualidades; como vengo repitiendo, también son distintos los momentos de adquisición, circunstancia por muy pocos advertida. En efecto, es el artículo 30 el que señala este segundo momento, al expresar que: «*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*». Ha sido escasa la atención prestada al primer inciso de este precepto: no ha tenido suerte. Y sin embargo, entiendo que es decisivo para distinguir ambas cualidades, porque nada mejor para hacerlo que separar los tiempos de adquisición. Estimo que esa expresión, «para los efectos civiles», no tiene otro significado que el de «para ser titular de derechos y obligaciones», «para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas»; en otras palabras, está indicando los requisitos que deben concurrir para adquirir la capacidad jurídica. A diferencia de lo que ocurre con la personalidad, ahora el Derecho estima prudente obtener cierta seguridad sobre la viabilidad de la persona, a fin de evitar desplazamientos patrimoniales o modificaciones de situaciones jurídicas que podrían ser efímeras.

(8) Así en la 11.^a edición de su *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 216.

(9) Vid. *Op. cit.*, pág. 30.

Adviértase, no obstante, que, una vez transcurridas las veinticuatro horas, la adquisición de capacidad se retrotrae al momento del nacimiento, circunstancia que quizá explique las dificultades de unos y otros para deslindar adecuadamente ambas cualidades. Incluso podría pensarse que tampoco tiene mayor trascendencia la distinción, dada la brevedad del tiempo durante el que produce efectos prácticos.

Es cierto que, cumplido el plazo, personalidad y capacidad jurídica se superponen, pero, aparte de que sí me parece trascendental anticipar los efectos jurídicos protectores de la persona tanto como sea posible, es que también creo puede mantenerse la distinción: cualquier efecto jurídico de signo tuitivo proporcionado a la persona durante su vida, y que no se traduzca en el reconocimiento de un derecho subjetivo, se explicará por razón de su personalidad, como círculo de amparo más amplio y que engloba el correspondiente a la capacidad jurídica.

E) Para cerrar este epígrafe, baste recordar que con la titularidad de los derechos no se adquiere simultáneamente la posibilidad de ejercitarlos: para ello, como todo el mundo sabe, es preciso obtener la tercera y última cualidad que otorga el Derecho, la capacidad de obrar. Eso acontece al cumplir la mayoría de edad, sin perjuicio de lo mucho que pueden hacer los menores, pero que no es ahora nuestro tema. Nada hay que añadir al respecto porque el binomio capacidad jurídica-capacidad de obrar no plantea problemas de concepto ni de distinción.

IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ENTES MORALES

1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXIGENCIA DE ESTA CUALIDAD EN LOS ENTES MORALES

No es preciso repetir aquí el concepto de capacidad jurídica que ya expuse en el epígrafe II, al tratar de ese concepto, común a personas físicas y jurídicas. Sólo quiero recordar que en relación con los entes morales no existe distinción entre las tres fundamentales cualidades de personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. Cuando el ente logra su reconocimiento por el Derecho, simultáneamente, es recibido en la comunidad jurídica (personalidad), adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones correspondientes (capacidad jurídica), y es capaz para el ejercicio de aquéllos y el cumplimiento de éstas (capacidad de obrar). Ello es así por la diferencia ontológica entre individuo y grupo social: entre otras diferencias aun más importantes, la que ahora nos interesa es la de que la persona no nace plenamente desarrollada, mientras que el ente moral sí. De lo expuesto, se sigue que utilizaré como términos sinónimos personalidad y capacidad. Sería erróneo en referencia al hombre, pero no para la persona jurídica.

A) Pero antes de continuar se hace necesario, nada más y nada menos, que justificar el trabajo que me voy a tomar. Porque si acontece que tanto da tener personalidad como no tenerla, si cualquier grupo más o menos estable puede actuar en el tráfico jurídico haya o no conseguido el reconocimiento oficial de su personalidad, entonces elucubrar sobre el concepto del instituto, reflexionar sobre los requisitos que deben llenarse para que la agrupación de individuos adquiera capacidad, tratar de identificar sus efectos o consecuencias, todo esto sería vano y sin sentido. VALPUESTA piensa que es dogmatismo exagerado el de exigir personalidad para actuar en el tráfico jurídico; aquélla no es, afirma, sino un concepto instrumental que «sirve para designar masas patrimoniales a las que imputar relaciones jurídicas de crédito y deuda» (10). La verdad es que no acabo de entender esta última frase. Puedo comprender el criterio de actuar en el tráfico aun sin personalidad, pero no comprendo qué diferencia hay entre actuar en el tráfico e imputar créditos y deudas a un patrimonio. Me temo que es lo mismo. Porque esa imputación habrá sido consecuencia de una actuación en el tráfico: primero, se habrá actuado como parte de un contrato, por ejemplo, o se habrá incurrido en acto que genera responsabilidad; es decir, se habrá actuado como sujeto de Derecho, y luego, se imputarán créditos o deudas al patrimonio de ese sujeto. Pero no imagino lo segundo —en que consistiría la capacidad o personalidad, si entiendo bien al autor citado—, sin haber recorrido antes el camino indicado, para lo que, según él, no es menester tener atribuida aquella cualidad. Pero a los efectos dialécticos que ahora me conciernen, basta con retener la primera afirmación. ¿Realmente puede un ente actuar en el tráfico jurídico sin haber obtenido personalidad?

Pues hay que reconocer que el Legislador parece que lo cree posible y da la razón al autor citado. Veamos algunos botones de muestra.

La reciente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, en su artículo 9.2 establece que: «*También podrán ser arrendatarios las comunidades de bienes dedicadas a actividades agrícolas*». Y en el terreno procesal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 7.3, para la defensa de lo que llama «*derechos e intereses colectivos*», reconoce legitimación no sólo a «*corporaciones*» y «*asociaciones*», sino incluso a los «*grupos que resulten afectados*». Nada de extraño, por tanto, que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando en su artículo 6 ordena la capacidad para ser parte, la reconozca sin ambages a: «...5.º *Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte...* 7.º *Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo (sic) compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en jui-*

(10) VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María, *La sociedad irregular*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 73.

cio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 2. (sic) 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».

Renunciando a la exégesis de los preceptos transcritos y a la expresión de los numerosos problemas prácticos que puede suscitar su aplicación, lo que nos interesa ahora es dejar constancia de que, en efecto, el Legislador viene reconociendo derechos sustantivos o la capacidad de accionar —que implica un derecho sustantivo subyacente—, a entidades sin personalidad jurídica, regulación que bien puede reiterarse en futuras leyes. Y es que, al parecer, razones de política legislativa aconsejan permitir la realización de ciertos actos jurídicos a grupos no reconocidos formalmente, para no dejar insatisfechos intereses o derechos que se estiman merecedores de atención.

El asunto no es nuevo en nuestro Derecho, aunque estaba bien delimitado y no manifestaba, como ahora, síntomas de propagación. Me refiero, como es bien conocido, a las comunidades de copropietarios de la Ley de Propiedad Horizontal. La Ley hace posible la actuación de la comunidad de vecinos a través de sus órganos de gobierno (vid. art. 13), que es el modo arbitrado para que actúen las personas jurídicas, por cuanto ellas no pueden hacerlo por sí mismas, al ser entes de ficción. Pero lo llamativo del caso es que nadie reconoce personalidad a las comunidades que nos ocupan y, sin embargo, funcionan como si lo fueran... hasta cierto punto. El asunto se expone en estos términos, más o menos, y no se pasa a mayores explicaciones porque no las hay. Los ingredientes del problema son éstos: está la exigencia dogmática de que sin personalidad no cabe actuar como sujeto de Derecho; pero no es fácil decidirse por reconocerla a las comunidades de propietarios de casas por pisos ya que su atribución arguye la existencia de patrimonio propio y separado del de sus componentes, y no se ve cómo se integraría ese patrimonio, aparte otras dificultades técnicas en punto a objeto social, ámbito de capacidad de obrar, extinción, etc.; y choca contra el sentido común negarles capacidad de contratar —al menos, para obtener algunos servicios o cosas—, de demandar o de ser demandadas. Y como no se ve salida al laberinto, hemos convenido en aceptar el caso de las comunidades de copropietarios como anomalía insoluble del sistema. No obstante, no olvidemos que no es sencillo ir contra la naturaleza de las cosas, de manera que no pensemos que con aceptar el estado de cosas expuesto quedan resueltos los intereses de la vida real que se querían satisfacer. Ya advertía antes que estas comunidades funcionan como si fueran personas jurídicas... pero menos: Una comunidad de vecinos podrá contratar el suministro de gasóleo, pero no

encontrará un Banco que le preste dinero para hacer la instalación de la caldera, tuberías, etc... a menos que firmen como fiadores, con renuncia a todos los privilegios, copropietarios solventes de esa comunidad. Por no hablar del problema cotidiano para cualquier abogado de tratar de ejecutar forzosamente una sentencia de condena a pago de cantidad, dictada contra una comunidad de vecinos. Se admitirá su legitimación pasiva, a pesar de no tener personalidad, pero no se encontrarán bienes sobre los que practicar el embargo. La reforma introducida por la Ley 8/1999, de 6 de abril, ha intentado resolver el problema en su artículo 22, pero el problema no ha desaparecido ni mucho menos. De hecho, la única forma de asegurar la ejecución será la de demandar también a los copropietarios, esto es, tomar conciencia de que la comunidad carece de capacidad jurídica y de que los únicos sujetos del tráfico son los individuos que la componen.

En resumen, existía en nuestro Derecho un precedente de grupo social sin personalidad jurídica y con aptitud, empero, de realizar determinados actos jurídicos; pero se trataba de un caso aislado que nadie pretendía multiplicar; que se mantenía, a falta de mejor solución y a sabiendas de sus limitaciones desfavorables, con la conciencia de su irregularidad técnica, a modo de ejemplar único y en peligro de extinción. Sin embargo, a la vista de leyes recientes, parece abrirse paso la idea de que, en efecto, es posible actuar en el tráfico jurídico sin personalidad, continuando la línea de pensamiento incoada en materia de propiedad horizontal. Y la misma tendencia revela la postura doctrinal —que también se va extendiendo, como veremos—, de que basta la voluntad de los individuos integrantes del grupo para obtener la capacidad jurídica de él, porque el Estado no puede condicionar su otorgamiento a control alguno. A mi juicio, ante la cuestión expuesta son oportunas las siguientes consideraciones:

1. Ante todo, no echar en el olvido las insuficiencias de la anomalía de no ser pero parecerlo. Quiero decir que el hecho de que el Ordenamiento no reconociera personalidad a las comunidades de vecinos respondía a su respeto por la realidad, respeto que nunca debe desdenar el Legislador. Como a seguido veremos, la personalidad de un grupo ni se concede ni se deniega arbitrariamente. Ahora bien, si no se concede por ausencia de los presupuestos fácticos precisos, permitir que la agrupación de personas físicas realice actos jurídicos, aunque sólo sean algunos, los que se consideren más indispensables para la consecución de los fines de aquélla, originará graves perturbaciones. Lo hemos mostrado en las comunidades de la propiedad horizontal: podemos reconocerles capacidad para ser parte, pero no podemos inventarnos un patrimonio que no tienen, lo que constituye valladar insuperable para asumir obligaciones (art. 1911 CC). Y lo mismo sucederá con la novísima Ley de Arrendamientos Rústicos cuando

permite a las comunidades de bienes contratar un arriendo de esta clase, salvo que firmen el contrato todos los comuneros, caso éste que hace inútil la previsión legal, pero que será el habitual a poca importancia que tenga el contrato y sepa algo de Derecho la contraparte. Síguese de lo dicho, en mi opinión, que no es bueno deslumbrarse por la pseudosolución que introdujo la Ley de Propiedad Horizontal —y reconociendo sus ventajas—, hasta el punto de tomarla como avanzadilla de un movimiento renovador en materia de capacidad de los grupos sociales.

2. No me parece imposible imaginar otras salidas más respetuosas con la dogmática jurídica a la cuestión de defender intereses de grupos sociales. ¿Cuántos suelen integrar una comunidad de bienes de naturaleza rústica? ¿En verdad se estima molestia intolerable la comparecencia en el contrato de todos los comuneros? ¿Acaso no cabe, si se cree preferible, la representación a favor de uno de ellos? Y parecidas reflexiones para las novedades procesales. ¿Qué es eso de los «grupos de afectados»? Son bien conocidas las llamadas «asociaciones de afectados»: que se constituyan en una de ellas y ya está resuelto el problema técnico. Pero es que, además, antes o después habrá que hacer la relación de esos afectados, sobre todo si hay algo que repartir. Pues si se cuenta con ella, que demanden en litisconsorcio activo, y de nuevo habremos respetado la técnica jurídica.
3. Debemos ser conscientes de que a poco que se continúe por el camino emprendido de quitar importancia al hecho de gozar o no de personalidad jurídica —incluso aunque ya no se avance legislativamente más: basta con lo ya hecho—, se impondrá el recurso a la analogía jurídica para reconocer a un elenco cada vez más numeroso de grupos aptitud para ciertos actos jurídicos, que también se irán multiplicando. De la analogía al caos, porque a lo último cualquier grupo pretenderá realizar cualquier acto jurídico, y para la contraparte tampoco habrá modo de saber, *a priori*, si ese acto se declarará válido o no.
4. Yo creo que no podemos pasar por alto lo que está en juego en todo este asunto. Sencillamente, esto: ¿Debe el Estado admitir al tráfico jurídico a cualquier grupo que lo pretenda o más bien ha de ejercer una fiscalización previa para otorgar la personalidad jurídica sólo a los grupos sociales que cumplan determinados requisitos de seriedad y permanencia? En mi criterio, coherente con la caracterización de la capacidad jurídica como cualidad creada y atribuida por el Ordenamiento, no puedo por menos de defender la irrenunciabilidad de esta potestad del Estado. En el epígrafe 2 trataremos de los requisitos para su concesión, que es lo mismo que negar la arbitrariedad del Estado en materia de concesión de personalidad jurídica, porque en ésta

como en cualquiera otra materia, el Estado actúa conforme a la Ley en consecución del bien común, pero esto es una cosa y otra bien diferente que renuncie al otorgamiento reflexivo de la personalidad a quien la merezca, de modo que cualquier grupete de amigos se erija por sí y ante sí en nuevo sujeto de Derecho, sin más condición que su voluntad (11). Semejante proceder introduciría una dosis de inseguridad jurídica del todo intolerable para la sociedad, para terceros y aun para los mismos componentes del grupo. En el epígrafe anunciando intentaré desmontar la especiosa tesis de que la intervención del Estado que acabo de postular es incompatible con el derecho fundamental de asociación del artículo 22 de la Constitución.

B) En conclusión, entiendo que no es indiferente para los grupos sociales gozar o no de personalidad jurídica. Sin ella no podrán actuar como sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas. Y no basta con autorizaciones parciales o fragmentarias de actuación en campos concretos o limitados, porque a la postre la carencia de capacidad se alzaría como obstáculo imponente, sobre todo en materia de cumplimiento forzoso de obligaciones. Importa decisivamente saber si el grupo ha adquirido personalidad para:

- a) Contar con que sus fines y objeto son lícitos, porque no es admisible la asociación para realizar actos ilícitos, penales o civiles.
- b) Estar cierto de que la licitud inicial de aquéllos permanece, porque de lo contrario le habría sido revocada la concesión de personalidad.
- c) Dar certeza a la contratación, de modo que no se ponga *a posteriori* en tela de juicio la validez del negocio jurídico celebrado, por falta o insuficiencia de capacidad en el otorgante de aquél.
- d) Mantener el principio general de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, lo que arguye existencia pública de un patrimonio, garantía genérica última del cumplimiento de las obligaciones.
- e) En el orden procesal, asegurar la válida constitución de la relación jurídico-procesal, respetando la correspondencia derecho subjetivo-acción, y la eficacia justa de la cosa juzgada, sin extenderla a quienes no litigaron ni restringirla respecto de quienes deben ser concernidos por ella.

Y para conseguir tan irrenunciables objetivos es insustituible la intervención del Estado a fin de atribuir públicamente personalidad al grupo que la demande con fundamento, así como para retirarla cuando pierda ese fundamento.

(11) «La voluntad humana —afirma FERRARA— no tiene el poder de producir sujetos de Derecho», *op. cit.*, pág. 375.

Queda, así, justificado el trabajo que estoy desarrollando y podemos pasar adelante.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD O CAPACIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

A) Conformes con la necesidad de que el grupo obtenga personalidad jurídica para poder actuar en el tráfico jurídico, así como en que aquélla debe venir atribuida por el Ordenamiento, hemos de abordar la siguiente cuestión, atinente a su concepto, y que ha ocupado, sobre todo, a la doctrina mercantilista, a saber: ¿Existe una única cualidad o existen grados o niveles de capacidad? ¿Existen grados en la personalidad, de modo que no todas las personas jurídicas son iguales en su contenido de derechos, obligaciones y responsabilidades?

DE CASTRO ya distinguió entre personas jurídicas «perfectas e imperfectas», atendiendo al «grado de personificación» (12). Otros autores han seguido esta idea, con unos u otros matices. PAZ-ARES afirma que más que grados distintos de personificación o distintos tipos de personalidad jurídica, lo que sucede es que nuestro Ordenamiento dispone de un concepto básico de persona jurídica, cuyo contenido prevé el artículo 38 del Código Civil y cuya forma de atribución regula el artículo 1669 de ese Código, a cuyo concepto pueden agregarse otros conceptos especiales, cuyo contenido y forma disciplinan leyes especiales (13). PANTALEÓN habla de una «personalidad jurídica elemental» que, en efecto, es la del artículo 38,I del Código Civil para cuya adquisición basta, en su criterio, con la voluntad de los fundadores de la asociación de constituirla y estructurarla para tener relaciones externas, de modo que si para algún tipo concreto de asociación, la Ley exige ulteriores requisitos, como aprobación de estatutos o inscripción en algún Registro, esa ordenación hay que entenderla en el sentido de que la asociación ya tenía desde su constitución personalidad jurídica «imperfecta», que será «plena o perfecta» cuando se llenen tales requisitos (14). Pueden consultarse otros autores en la misma línea de pensamiento (15).

(12) Federico DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1976, pág. 72.

(13) Cándido PAZ ARES, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1356.

(14) Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, 1993/I, págs. 48 y 53.

(15) Vid. Alfonso DE COSSÍO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I, Jaén, 1978, pág. 836; Francisco CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 76; José Manuel DE TORRES PEREA, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003,

Ya adelanté mi opinión contraria a la existencia de grados, niveles básicos o plenos, personificación perfecta o imperfecta, etc., de los entes morales. Me remito al epígrafe II. Tratemos en éste de rebatir los argumentos a favor de la diversificación de la capacidad de las personas jurídicas.

Creo que son dos, fundamentalmente, los bloques normativos en que se apoyan los autores citados y quienes comparten sus opiniones, ciertamente respetables. El primero se refiere al diferente régimen de las deudas sociales, según el tipo de sociedad mercantil. El segundo lo integran los preceptos que permiten determinadas actuaciones a las que llaman sociedades en formación. Veamos cada uno de ellos.

B) Es bien sabido que en las sociedades colectivas todos los socios responden personal y solidariamente de las deudas de la compañía (art. 127 del C. de C.). En las comanditarias, los socios colectivos responden de las deudas sociales del modo acabado de indicar, mientras que los comanditarios, sólo hasta el límite de su aportación (art. 148 del C. de C.). En cambio, los respectivos artículos 1 de la Ley de Sociedad Anónima, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establecen que los socios «no responderán personalmente de las deudas sociales». Es patente, pues, la diferencia de régimen de las deudas sociales, según se trate de sociedades personalistas o de capital. Y de este hecho, yo creo que la doctrina extrae consecuencias de la índole de las que critico. CAFFARENA, por ejemplo, afirma sin ambages que «el diferente régimen de las deudas sociales en los distintos tipos de persona jurídica significa grado distinto o diverso de personificación» (16).

Aunque me abruma la autoridad de los autores que voy citando, me permito discrepar de su modo de entender el hecho mencionado, bien consciente de que puedo estar muy equivocado. Pero no puedo por menos de expresar mi opinión. Yo no creo que tenga nada que ver el régimen de las deudas sociales con grados de personificación de los entes morales, por la razón de que no existe la menor diferencia entre personas jurídicas, aunque sean sociedades mercantiles, en punto a responsabilidad por sus deudas. A todas y cada una de las personas jurídicas resulta aplicable sin excepción el artículo 1911 del Código Civil: «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*». Y repito que esto vale también para las sociedades mercantiles cuyo estudio, cuantitativamente incomparable con el que se ha dedicado a las otras personas jurídicas, acaso haya distorsionado la doctrina de la persona jurídica, en más de un punto. Da

págs. 41-44 y 89-90; José M.^a DE EIZAGUIRRE BERMEJO, «La subjetivación de las sociedades de personas», *Derecho de Sociedades*, vol. I, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 121.

(16) Jorge CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 236.

igual que la sociedad sea personalista o capitalista: responde con todos sus bienes. La autonomía privada no puede derogar ni siquiera modificar el precepto transcrito, de naturaleza imperativa. El régimen de responsabilidad del deudor por sus deudas sólo puede ordenarse por ley, y ninguna ley limita la responsabilidad de los deudores sociales, cualquiera sea la clase de persona jurídica que constituya. Cosa distinta es la situación de los socios respecto de las deudas de la sociedad. Pero los socios no son la sociedad. Que aquéllos respondan o no, que lo hagan subsidiaria o solidariamente con la sociedad y entre sí, o del modo que sea, nada tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad, que es siempre la indicada: universal. No comprendo por qué la situación de los socios o de los miembros de una persona jurídica ha de servir para determinar su responsabilidad, su capacidad jurídica. Es determinante, en verdad, para la tranquilidad de sus acreedores, para la seguridad de las negociaciones, para favorecer la economía, etc., pero, de nuevo, todo esto nada tiene que ver con la esencia de la persona jurídica. Al menos, así lo creo modestamente (17).

Corresponde, a continuación, el estudio del otro bloque normativo que sirve para defender la tesis de la gradación en la personalidad. Las disposiciones contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, también aplicables a las llamadas de responsabilidad limitada por la remisión efectuada por el artículo 11.3 de su Ley reguladora, a las que PANTALEÓN añade las de los artículos 1, 7.2 y 22.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (18), llevan al autorizado sector doctrinal aludido a sostener que las sociedades en formación, todavía no inscritas en el Registro, tienen la que llaman personalidad jurídica básica o elemental, de modo que la inscripción sólo les añade un grado más, una cualificación como persona jurídica perfecta, típica de las sociedades capitalistas. Veamos.

El artículo 15 de la LSA establece: *«1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado... 2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción, y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios... 3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado*

(17) ¿Habrá facilitado el error o la confusión la inapropiada denominación legal de las sociedades «de responsabilidad limitada», cuando su responsabilidad es ilimitada, como la de cualquier otro deudor?

(18) Fernando PANTALEÓN, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles», *La Ley*, 1997-4, D-232, pág. 1381.

anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción...»

El artículo 16: «1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad».

Por último, el artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico: «Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción».

Estos son los preceptos más significativos. ¿Puede afirmarse que la persona jurídica incoada o *in fieri* a que se refieren ostenta personalidad jurídica, aunque sea de primer grado o básica o como quiera denominarse? En mi modesta opinión, no.

1. Para empezar, y no obstante el atractivo multisecular del método de la glosa, que todos utilizamos, hay que reconocer que sus resultados no son satisfactorios cuando se emplea para zanjar una polémica doctrinal, más o menos oscura, en la que no ha intentado mediar, y menos resolver, el texto o textos legales esgrimidos. No creo que pueda sostenerse que el propósito, ni siquiera secundario o accidental, de los preceptos transcritos fuera el de reconocer personalidad jurídica, imperfecta o perfecta, a los entes que denomina sociedades en formación o irregulares. Y cuando la Ley no se pronuncia inequívocamente, sus normas lejos de adquirir un significado incontestable, son entendidas por cada uno de los sectores de la polémica doctrinal, cabalmente, como confirmatorias de sus opiniones anteriores.
2. A mi juicio, el propósito único de las normas que interpretamos es el de amparar a los llamados terceros, esto es, a quienes puedan contratar con un ente que todavía no existe pero que parece existir. El mismo PANTALEÓN no duda en afirmar que tal era el objetivo del profesor GIRÓN al mantener la personalidad jurídica de las sociedades irregulares (19). Sin embargo, la institución que protege a quienes, razonablemente, confían en una situación que aparece externamente adornada de los requisitos de regularidad, es la institución de la apa-

(19) *La personalidad jurídica de las sociedades civiles*, citada, pág. 1381.

riencia jurídica. Lo que sucede es que como ésta apenas se conoce, no se emplea, de modo que los numerosos supuestos que podrían explicarse como especies del mismo género apariencia jurídica, se intentan explicar singularmente mediante la elaboración de una doctrina *ad hoc* para cada caso: protección registral *ex artículos* 32, 33 y 34 LH; protección del librado que paga un título al portador a quien no es titular del crédito en aquel documentado; matrimonio celebrado ante falso funcionario, etc.; y, claro, el caso que ahora nos ocupa, el de personas jurídicas que parece que lo son y no son. Que es exactamente lo mismo que sucede con quien aparece como dueño y no lo es, como acreedor sin serlo, o como funcionario y tan sólo lo es aparentemente, etc. (20). En conclusión, para proteger a quien se relaciona con ese ente en formación —y siempre que concurren los requisitos oportunos— me parece muy preferible acudir a una institución sólida aunque mal conocida, que trastocar la dogmática de la persona jurídica.

Pero es que si entramos en la glosa, tampoco me parece tan evidente ese reconocimiento de personalidad jurídica:

3. A mi modo de ver, todos los actos que se realizan durante el período que va desde constitución a inscripción «en nombre de la sociedad» encajan en el párrafo segundo del artículo 1259 del Código Civil —contratos celebrados a nombre de otro sin contar con su representación— y sólo se consideran actos de la sociedad, si los acepta expresamente o se ponen a su cargo legalmente. Lo primero ocurre con la generalidad de negocios que hubieran podido celebrar los gestores (art. 15.3, segundo inciso); lo segundo, en relación con los muy concretos y determinados que enumera el número 2 del artículo 15 (primer inciso, art. 15.3): difícilmente puede afirmarse que ni siquiera estos actos del número 2, cuando se realizan, lo sean de la sociedad, porque han sido expresamente autorizados *por todos los socios*, bien en la escritura constitutiva, bien después. No hay

(20) Yo he dedicado una monografía al estudio del concepto, requisitos y efectos de la apariencia jurídica, que no es cosa de resumir siquiera aquí. Además, he hecho aplicación concreta de la doctrina para salir de una polémica tan aguda y persistente cual es la de si en nuestro Derecho Hipotecario existe un solo tercero o dos... o doscientos, polémica, en mi criterio, vana porque lo que importa no es ser tercero sino estar o no amparado por la apariencia jurídica, de modo que será protegido quien reúna sus requisitos, sea enajenante o adquirente: se produce un conflicto de intereses que, de ninguna manera, es imperioso resolver siempre a favor del adquirente, que llaman tercero. Pueden verse mis trabajos: «La doctrina de la apariencia jurídica», Dykinson, Madrid, 1999. «El sujeto beneficiario de la protección registral (Propuesta de interpretación armónica de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 2003, págs. 2583 a 2655.

actuación de un ente con capacidad elemental, sino actuación de una persona física que luego hará suya la sociedad, cuando llegue a serlo, esto es, con la inscripción.

4. Ratifica la anterior interpretación, la diferencia terminológica entre los números 2 y 3 del repetido artículo 15. En el número 2 se habla de «responder»; en el número 3 de «obligarse». Cuando el acto queda realmente imputado a la sociedad porque lo acepta o se le impone legalmente —número 3—, es cuando la Ley dice que queda obligada, porque ya es suyo. Pero la responsabilidad —número 2— no arguye autoría del acto, como es bien sabido. Aparte de que este número 2 quiere expresar lo obvio, sin dar mayor alcance a la metáfora «responderá la sociedad en formación»: lo importante es lo que sigue ...«las aportaciones de los socios». Lo relevante, en este momento de responder ante terceros, son los bienes, sin que importe mucho su titularidad. Es más, en el número 1, es tan evidente para la Ley que la sociedad no actúa, que ni siquiera responde; lo harán solidariamente quienes en verdad han actuado: los socios celebrantes.
5. Y el artículo 16 viene a confirmar aun más la carencia de personalidad del ente en cuestión. No hay que dejarse engañar, insisto, por las metáforas o modos de decir a los que el redactor de la ley ha de acudir para abreviar, sin mayores pretensiones técnicas. Cuando en el párrafo 2 se habla de las operaciones de la sociedad, en rigor, se está aludiendo a las operaciones de personas físicas, que serán sus gestores, si la sociedad llega a nacer. ¿Cómo se explica si no el inciso final del número 2 de este artículo 16 que nos ocupa? Resulta que si transcurre el plazo de un año sin que la sociedad pretendida se haya inscrito, todos los actos a que se refiere el artículo anterior, en su número 3... se quedan en actos de personas físicas. Nunca serán ya actos de la sociedad. Pero si disponía desde su constitución de una personalidad básica, ¿qué ha sucedido? Por el paso del tiempo, ¿la ha perdido? Entonces, ¿de quién eran esos actos intermedios? ¿O durante un año son de la sociedad «con capacidad elemental», y al día siguiente del año son de los individuos que los celebraron? Demasiado taumatúrgico. Más claro es decir que siempre fueron de quienes los celebraron: los individuos, aunque pueden ser ratificados *a posteriori* por la sociedad, como permite el párrafo segundo del artículo 1259 del Código Civil.

Concluamos. Forzoso es reconocer que no encontramos *de lege data* datos decisivos sobre el concepto de personalidad jurídica, especialmente en el terreno de los entes morales. Si esto es así, yo creo que es más seguro trasladar a las personas morales el mismo concepto unánimemente aceptado por la doc-

trina para las personas naturales, porque, como ya he indicado y volveré sobre ello, aquéllas se han construido a imagen y semejanza de éstas y, además, así debe ser, como veremos. Tiene, aparte las razones expuestas, la gran ventaja de la claridad y seguridad, que no es poca razón. Entiendo, pues, que también para las personas jurídicas, no hay más que una cualidad llamada personalidad o capacidad jurídica, que se adquiere de una vez y en plenitud, de suerte que antes de ese momento de adquisición —que lo indica la Ley— no existe como sujeto de Derecho el ente incoado; e inmediatamente después, sí.

3. REQUISITOS PARA OBTENER LA PERSONALIDAD JURÍDICA

A) La exigencia de requisitos para que un grupo social, una reunión de individuos, una asociación de personas físicas, obtenga el reconocimiento de personalidad o capacidad jurídica y, por ende, la aptitud para actuar como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, es plenamente coherente con el concepto que vengo manteniendo de aquélla. Es una cualidad creada por el Derecho y que atribuye al conjunto de personas naturales que la pretende, de manera reflexiva y no automática. Y esto significa selección o discriminación: no a todos los grupos solicitantes se les concederá; lo que vale tanto como afirmar que habrán de cumplir unos requisitos, cuya concurrencia obliga al Estado a conceder y su ausencia a denegar. La existencia de presupuestos para su atribución es garantía, para la sociedad, de que no entrará en el tráfico jurídico quien no lo merezca y pueda lesionar derechos o intereses comunes o de otros particulares; para los asociados que pretenden constituirse en sujeto independiente de Derecho, de igualdad de trato, de interdicción de arbitrariedad, pues si se cumplen, para el Estado es un acto debido el reconocimiento del ente moral.

Las cosas discurren exactamente igual para la persona física, aunque es cierto, como vimos, que existe una diferencia de subida importancia. En trance de fijar esos requisitos, el Estado dispone para las personas jurídicas de una libertad de actuación de la que carece para las personas naturales. Me remito a lo expuesto en el epígrafe II.

El problema con que tropezamos es el de la ausencia de una construcción legal de la persona jurídica. Requisitos, pero ¿cuáles? La Ley apenas dice algo, en general; lo que dice siempre es relativo a concretos tipos de personas jurídicas, sobre todo sociedades mercantiles capitalistas, tampoco todas por tanto. Mas nada de esto es nuevo. Desde el principio advertí que estamos ante una construcción doctrinal, con apoyos jurídico-positivos, pero esfuerzo doctrinal sobre todo.

B) Para la elaboración de la teoría de los requisitos que debe llenar el grupo que aspira a ser persona jurídica, no estará de más alguna considera-

ción sobre el discutidísimo asunto de la naturaleza de la persona jurídica. No se trata de relacionar el aburrido elenco de doctrinas más o menos ingeniosas confeccionadas al respecto. Todas pueden agruparse en una de las dos fundamentales: la de la ficción, para quienes la persona moral es pura construcción del Derecho, ente de razón; y la de la realidad, según la cual, la persona jurídica es un ser, tiene realidad propia. Todas las demás teorías son matizaciones o modalidades a una u otra teoría. La reflexión sobre el particular, que importa y mucho para la exigencia de más o menos requisitos, es decir para fijar la postura del Estado ante la pretensión del grupo de ascender a la vida jurídica (21), permite, en mi criterio, llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El fenómeno asociativo es plenamente real, en cuanto responde al derecho natural de asociación: el hombre tiende a asociarse para superar sus limitaciones de potencia y de duración. Empero, no se debe pasar del plano natural al jurídico como si fueran el mismo. Que los hombres tiendan naturalmente a juntarse, a unir sus fuerzas en la consecución de empresas no hacederas individualmente, no creo que arrastre necesariamente el reconocimiento jurídico —del Estado— de subjetividad del grupo. No implica que por el mero hecho de la unión, deba el Ordenamiento tratar esa reunión de particulares como sujeto de Derecho independiente de sus componentes (22).
- b) Siendo indiscutible la verdad del fenómeno antedicho, no es menos cierta la diferencia sustancial entre persona natural y grupo. Se podrán hacer los artificios que se quieran, pero predicar del grupo un cuerpo y un alma, al modo pandectista, es mera ilusión conceptual alejada de la verdad. Luego nunca podrá el Derecho tratar igual a la persona física y a la jurídica, porque son sustancialmente distintas.
- c) Tan cierto como que son cosas diferentes es que son cosas análogas. Nunca se ha dudado de ello. Todo el esfuerzo doctrinal de construcción de los diferente tipos de personas jurídicas ha ido encaminado a conseguir que fueran tratados por el Derecho como si fueran personas físicas, previa asignación al grupo, en lo posible, de algo como las potencias espirituales del hombre: memoria, inteligencia y voluntad. Con razón escribe CAPILLA que la atribución de personalidad

(21) Por esta razón puede afirmar DE CASTRO que la teoría de la ficción favorece la omnipotencia del Estado, mientras que la teoría de la realidad asegura autonomía e independencia a los entes intermedios (cfr. *Temas...*, citado, pág. 69). Tiene mucha razón y no es cosa de incrementar el intervencionismo estatal del que recelo tanto como el maestro. Pero la realidad se impone y no podemos contrariarla aun cuando ello nos convenga ideológicamente. Sí podemos y debemos constreñir la actuación estatal a sus justos límites para prevenir desmesura o abusos. Es lo que pretendo en el texto.

(22) En el sentido del texto: Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema*, citado, pág. 586.

jurídica a las organizaciones sociales significa un «tratamiento similar» al que se da a los seres humanos (23).

d) Esta analogía será la medida del poder del Estado. El Ordenamiento deberá exigir al grupo que pretende actuar como sujeto independiente, similares, semejantes condiciones a las que manifiesta naturalmente el hombre adulto para actuar en la vida social y, por ende, en la jurídica. Antes de concederle individualidad jurídica, habrá que exigirle individualidad sociológica, porque sólo así podrá hablarse de analogía con la persona natural. Serán, por tanto, requisitos exigibles en la agrupación que aspira a constituirse como persona jurídica aquéllos que la dotan de individualidad sociológica, a saber:

1. Estabilidad. No puede tratarse de una asociación más o menos transitoria, sino que ha de ir orientada a la permanencia en la comunidad jurídica, en paralelo a la vocación de permanencia del hombre. Por eso, carecería de sentido otorgar capacidad a un grupo de afectados, a quienes se juntan para allegar fondos para remediar una concreta necesidad, o se organizan para conmemorar una efemérides gloriosa.
2. Interés propio del grupo y distinto del de sus integrantes. Ante todo, esta exigencia arguye pluralidad de miembros o componentes, al menos en la persona jurídica tipo asociación, sin duda la más característica. Resulta inexplicable que se pretenda mantener una persona jurídica de un solo miembro, por mucho que semejante dislate se haya admitido en el Derecho de sociedades mercantiles capitalistas (24). Luego se habla, especialmente en el campo mercantil, de la crisis de la persona jurídica, del abuso de la personalidad, del levantamiento del velo, etc. Pero si se respetara el sentido común, acaso todo fuera más sencillo. Porque para establecer patrimonios separados no creo que sea preciso desafiarlo, afirmando que una persona física —aunque sea muy rica— constituye una sociedad. El grupo, pues, ha de tener, como colectividad, un interés propio, institucional, que no se confunde con el de sus componentes. Es claro que en todo grupo puede hablarse de una coincidencia del interés colectivo con los

(23) FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1986. *Comentario al artículo 35 del Código*, pág. 833.

(24) Como es sabido, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, introdujo la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada y la sociedad anónima unipersonal, regulación en buena medida impuesta, en opinión de SÁNCHEZ CALERO por la Directiva 89/67/CEE, de 21 de diciembre de 1989, en materia de sociedades. Cfr. Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, McGraw Hill, Madrid, 2000, págs. 249 y 250.

particulares de sus integrantes. Pero se trata de una coincidencia general, en los fines institucionales, que es compatible con el desacuerdo respecto de un asunto determinado o una actuación concreta o durante un lapso de tiempo más o menos duradero. Por ello puede hablarse de un interés colectivo que no tiene que coincidir en todo momento y asunto con los de cada miembro del grupo.

Es claro que en la persona jurídica tipo fundación no puede hablarse siempre de pluralidad de integrantes, pues cabe el fundador único. Sin embargo, sí vale cuanto va dicho respecto a un interés propio de la fundación, que si coincidirá exactamente con el del fundador, para nada ha de coincidir con el de los patronos que le sucedan.

3. Licitud de fines y objeto o medios. No basta con que la asociación tenga un interés propio; es necesario que sea conforme a Derecho, esto es, que ese interés persiga un fin lícito y a través de unas actividades o medios también lícitos. La vida en sociedad exige que individuos y grupos actúen dentro de la Ley. Como es natural, la licitud de comportamiento se presume, al igual que en las personas físicas. Esta presunción dispensa de escrutar los estatutos del ente con recelo o sospecha, aparte de que no será fácil encontrar unos estatutos en que expresamente se consignen fines contrarios al Ordenamiento jurídico. Aunque tan pronto se constate, con las debidas garantías procesales, la ilicitud sobrevenida en fines o medios, ha de ordenarse por la autoridad la extinción de la personalidad jurídica.
4. Patrimonio. Tampoco es difícil comprender esta exigencia. De nuevo, el paralelismo con el hombre que nos está guiando, hace del todo insoslayable este requisito. Patrimonio igualmente propio, del grupo, separado e independiente de los patrimonios de los miembros componentes, de modo que no se confundan. El nuevo sujeto de Derecho ha de contar con un patrimonio que garantice el cumplimiento de sus obligaciones, y quienes pretendan la creación de este nuevo sujeto habrán de dotarle de aquél. Como ya advertí, no creo que se oscurezca este tema por el hecho de que, para algunas personas morales, la Ley establezca responsabilidades subsidiarias o solidarias en sus componentes respecto de las deudas sociales. No arguye ello comunicación o confusión de patrimonios, como no se comunican ni confunden los patrimonios personales de deudor individual y fiador individual, por muy solidario que éste último pueda ser.

Dicho lo anterior, hay que añadir inmediatamente que no resulta correcto elevar este requisito del patrimonio a elemento esencial y suficiente para constituir una nueva personalidad, que es lo que se ha hecho, como queda ya denunciado, en materia de sociedades mercantiles capitalistas. Una cosa es la sabia consideración de Cossío sobre el desplazamiento histórico del concepto de persona jurídica hacia el elemento patrimonio, y otra la sobrevaloración abusiva de aquél. En efecto, muestra este autor cómo el concepto se elaboró, primeramente, en el ámbito del *ius publicum*, porque el problema era político, el del poder normativo y jurisdiccional que convenía reconocer a los nuevos entes. Serán los canonistas quienes reconducirán el concepto al Derecho Privado, deseosos de separar las distintas masas de bienes, según sus concretos fines institucionales (25).

5. Capacidad de decisión propia. Con este requisito no quiero decir, al modo de la doctrina orgánica, que la asociación o ente moral tenga una voluntad equiparable a la de los individuos. Ni siquiera que la suma de las voluntades individuales compongan una voluntad colectiva, mito dieciochesco intelectualmente insostenible pero que ha gozado de un predicamento indebido. Se trata simplemente de que el ente, si quiere actuar como sujeto independiente en el tráfico, ha de realizar actos jurídicos, lo que exige que el grupo, previamente, haya decidido internamente qué hacer, cómo hacerlo, cuándo, etc. Al estar compuesto por varios miembros, éstos han de haber establecido el oportuno procedimiento de toma y ejecución de decisión.
6. Publicidad. Los fantasmas no tienen capacidad jurídica. Así como todos vemos al contratante individual, al otro que se relaciona con nosotros en una relación jurídica entre particulares, hemos de poder reconocer al otro pero como colectividad. Y los grupos no tienen cuerpo, luego habrá que idear una fórmula que permita identificarlos, reconocerlos, en el tráfico jurídico, y sin ejercicios de adivinación o esfuerzos especiales: bastante atención reclama la realización certera, cuidadosa, vigilante, de un negocio, para que, además, sean menester actividades de investigación para conocer si estamos tratando con un grupete de amigos, sin responsabilidad como tal, con un individuo, o con una persona jurídica. Publicidad segura, bien a las claras, sin tapujos. En seguida volveré sobre esto.

(25) Cfr. Alfonso DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 126.

Corresponde al Estado comprobar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos enumerados. Si concurren, concederá al grupo pretendiente personalidad jurídica. Y la denegará en caso contrario. Como la revocará, si habiendo existido al comienzo, sobreviene su ausencia. Basta con que falte uno de ellos para rechazar la pretensión de obtener capacidad jurídica o para perderla si se había obtenido. Se sigue de lo anterior que ningún grupo alcanza subjetividad jurídica por su propia voluntad, por el hecho de juntarse y manifestar su deseo de participar en el tráfico. Estamos ante una cuestión de orden público: una cuestión que afecta a la entera comunidad, por lo que está sustraída a la autonomía de la voluntad, en lo menester, es decir, en su reconocimiento público como sujeto de Derecho. Nada más: el Estado no tiene que meterse en si se reúnen o no; si son muchos o pocos; si se dan a conocer públicamente o guardan discreción; en si trabajan en común para obtener un fin colectivo, ni en los medios que utilicen. El Estado no tiene nada que hacer —lo veremos más adelante con detalle— en el amplísimo campo del derecho natural de asociación, que no es lo mismo que el reconocimiento de personalidad jurídica. En aquel terreno, el único límite es la ilicitud de la acción. Pero la creación de personas jurídicas es potestad del Estado; reglada, pero potestad.

Así, comprobada la concurrencia de los presupuestos de reconocimiento, el grupo obtendrá la capacidad de obrar mediante un acto concreto y singular de erección. Repito, sin automatismos. La Administración atribuirá al ente moral solicitante personalidad jurídica mediante un acto jurídico sujeto al Ordenamiento y, por ende, revisable ante la Jurisdicción. No puedo sino aplaudir la sensata opinión de VICENT CHULIÁ a favor de que se extienda a todas las sociedades —en sentido muy amplio, que creo comprende también en su sentir a todas las personas jurídicas— el criterio del control preventivo de legalidad, establecido para las sociedades capitalistas (26).

C) Me parece necesario para completar este apartado dedicado a los requisitos que deben exigirse a la agrupación que pretende convertirse en persona jurídica, ahondar en cuestiones ya indicadas pero precisadas, como digo, de algún tratamiento complementario. En las páginas siguientes abordaremos con más detalle el requisito de la publicidad de las personas morales y el problema de la supuesta interferencia del acto de erección de la persona jurídica con el derecho fundamental de asociación.

Empecemos con la publicidad. No se duda de la procedencia de este requisito, por las razones antes resumidas. Donde surge la polémica es en la determinación de qué deba entenderse por publicidad. ¿Qué se entiende por

(26) FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles» (comentario a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», *RGD*, enero-febrero de 1998, págs. 658.

publicidad? Si descartamos, por obvio, que publicidad consista en documentación pública (27), dos son los conceptos que se han propuesto. Para un sector doctrinal, acaso mayoritario, por publicidad debe entenderse publicidad de hecho, esto es, la organización dada al ente moral para actuar externamente, unida al hecho de presentarse como grupo en el tráfico jurídico, como sujeto distinto e independiente de los componentes de aquél, en la realización de los actos jurídicos que celebra (28). Para el otro sector doctrinal aludido, publicidad significa inscripción en un Registro público (29). ¿Cuál es el estado de la cuestión en nuestro Derecho Positivo?

Para las asociaciones, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, establece en su artículo 5.2: «...*Con el otorgamiento del acta (fundacional) adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de la inscripción a los efectos del artículo 10*» (Efectos de publicidad).

La ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ordena en su artículo 4.1: «*Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones...*»

«*Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos...*». Expresa el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

Para los sindicatos, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, dice en su artículo 4.7: «*El sindicato adquirirá personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, transcurridos veinte días hábiles desde el depósito de los estatutos*. Se depositan, según el mismo artículo, número 1, «*en la oficina pública establecida al efecto*».

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su artículo 5.1 ordena: «*Las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro Público...*»

¿Y en el campo mercantil?

El Código de Comercio, en su artículo 116, *in fine*, establece con carácter general: «*Una vez constituida la Compañía Mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*». Y la constitución conforme al Código exige la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública constitucional. Con la inscripción, pues, las sociedades mercanti-

(27) Advierte DE CASTRO que el hecho de que los pactos sociales consten en escritura pública no significa publicidad, entre otras cosas, porque la escritura pública se guarda en el protocolo notarial. *Temas...*, citado, pág. 84.

(28) En el sentido indicado pueden verse, por ejemplo, PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 1357, y CAPILLA, *Comentarios al Código Civil y...*, cit., pág. 55.

(29) Cfr. Federico DE CASTRO, *Temas*, cit., pág. 83.

les, todas, alcanzan su capacidad jurídica. Además, vamos a comprobar que las leyes especiales de sociedades capitalistas y otras contienen la misma exigencia para las sociedades que han sido objeto de esa regulación extracodiciliar.

Para las Sociedades Anónimas, la Ley reguladora ya citada, ordena en su artículo 7.1 que «*con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica*».

Idéntica previsión, incluso con utilización de los mismos términos, se contiene en el artículo 11.1 de la también ya citada Ley reguladora, para las sociedades de responsabilidad limitada.

La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, atribuye a estas sociedades la personalidad jurídica «*desde su inscripción en el Registro Mercantil*», según dispone su artículo 4.2.

La inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas determina igualmente la adquisición por éstas de su personalidad, conforme al artículo 7 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Las llamadas Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por Ley 12/1991, de 29 de abril, representan un proceder curioso, por lo menos, del Legislador. En su artículo 1 les reconoce personalidad jurídica, pero sin indicar el momento de su adquisición. Y el artículo 7 ordena su inscripción en el Registro Mercantil: nada más. ¿Será esta inscripción el requisito para obtener capacidad? Calla el aludido artículo 7. ¿Será aplicable, ante el silencio, el precepto general del artículo 116 del Código de Comercio? A mí no me cabe duda, aunque para otros autores este silencio ha significado una modificación en el régimen de adquisición de personalidad jurídica por sociedades mercantiles. No me convencen los cambios tan bruscos por la vía vergonzante del silencio, máxime cuando esa supuesta nueva tendencia legislativa no se ha visto continuada. Repárese en que la Ley de Agrupaciones de Interés Económico es de 1991, y con posterioridad han venido las restantes leyes citadas más arriba, todas mercantiles, y ninguna se ha apartado del criterio tradicional de la inscripción registral como requisito de la capacidad. Subsiste, ciertamente, la incógnita de por qué en 1991 el Legislador guarda silencio. ¿Estaría entonces vacilante sobre el particular y más tarde se disiparían sus dudas a favor del criterio de siempre? ¿Se estimaría esta ambigüedad calculada más acomodada al Reglamento Comunitario 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio, que inspiró la ley?

En suma, en el campo extramercantil, sólo la Ley de Asociaciones de 2002 atribuye personalidad sin el requisito registral; en el mercantil no puede hablarse en rigor de excepción sino, a lo sumo, de perplejidad ante el silencio de la Ley de AIE sobre asunto de esta importancia. A mi juicio, aquella Ley se ha equivocado y ésta no ha introducido cambio alguno por las razones expuestas. Si convenimos en que la publicidad es *conditio sine qua non* para

alcanzar personalidad jurídica, no se me ocurre otro medio más sencillo, inequívoco y seguro para unos y otros, que el de exigir la inscripción registral del ente, civil, mercantil, político, etc., que pretende constituirse en nuevo sujeto de Derecho. Inscripción que implica el control previo de legalidad del ente pretendiente. Si, como queda dicho, el Estado ha de comprobar la concurrencia de los presupuestos constitutivos de una persona jurídica, nada más lógico, me parece, que establecer ese trámite de inscripción con verificación previa de requisitos. No creo que sea sensato erigir un nuevo ente moral automáticamente, que es lo mismo que inscribir sin control de legalidad, para luego, si es ilícito, poner en marcha un procedimiento judicial de revocación de personalidad. Enseguida volveré sobre esto porque, si no me equivoco, la vacilación o el rechazo de someter a la entidad que busca hacerse sitio en el tráfico jurídico, al trámite de control previo e inscripción registral nace del temor a contravenir, nada menos, que un derecho natural constitucionalmente reconocido. Entramos así en la segunda de las cuestiones que habíamos anunciado: relación entre el derecho fundamental de asociación y el otorgamiento de personalidad jurídica a los entes morales.

D) De cuanto queda escrito se concluye mi opinión favorable al acto formal de erección de la persona jurídica por parte del Estado, acto que implica, fundamentalmente, la comprobación de los requisitos exigibles para merecer la capacidad jurídica, y la publicidad de aquélla, a la que se da rostro con la inscripción en un Registro Público.

Este ha sido el criterio tradicional, en nuestro Derecho y en todos los más cercanos que conocemos.

El Código Civil, acentuando la tendencia liberal en punto a reconocimiento de entes morales, después de la Revolución de 1868 y la amplia generosidad mostrada en el Código de Comercio de 1885, no duda en reconocer personalidad jurídica con largueza. En ese ambiente, calificado certamente de entusiasta, se redactan los artículos 35 a 39 del Código. Dice el artículo 35:

«Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

Importa retener que el Código no instaura el automatismo. Los entes han de ser «reconocidos» o se les ha de «conceder» la personalidad jurídica. A pesar de la diferencia terminológica, una interpretación actualizada del precepto, conforme al artículo 3.1 del Título Preliminar, permite afirmar que en

ambos párrafos se está diciendo lo mismo, aunque en su momento se quisiera mayor severidad con los entes de «interés particular». Para que sea «reconocido» un ente de interés público habrá de mediar un acto del Estado que así lo afirme, para distinguirlo precisamente del que no sea reconocido, y para que el acto sea favorable al ente pretendiente habrá tenido que llenar los requisitos exigidos por la Ley para cada tipo de persona moral. Pero es que lo mismo cabe decir de los entes de interés particular. Porque el término «conceder» de ninguna manera puede hoy interpretarse como graciosa benevolencia de la Administración quien actuaría con entera discrecionalidad, sin sujeción a la Ley. Me parece que el olvido de la precisión precedente es la causa del confusionismo entre derecho de asociación y la obtención de personalidad jurídica, de la reticencia ante el control de legalidad. Se use el término que se use —conceder, reconocer, atribuir, otorgar...— lo que se quiere decir hoy, que es lo que nos interesa, en el precepto transcrito o sus semejantes es que la cualidad de persona jurídica es creación del Derecho, no de los integrantes de ella, es algo que se da siempre por el Estado; y que éste no puede atribuir esta cualidad arbitrariamente o según criterios ideológicos, políticos, en fin, no controlables por los Tribunales, sino que ha de actuar con estrecha sujeción a la Ley, que marca los requisitos que deben cumplirse para adquirir capacidad. Si se dan los aludidos presupuestos, se concederá; si faltan, se denegará.

En conclusión, el criterio del Código es el del acto de erección de los entes que pretenden constituirse en personas jurídicas. Acto que puede consistir sencillamente en la inscripción del ente en el Registro establecido al efecto, lo que significa que el encargado del Registro ha estimado cumplidos todos los requisitos. O puede consistir en una resolución aprobatoria, más o menos solemne y expresiva, en la que se revisan los presupuestos fácticos y jurídicos de la petición y se concluye en el reconocimiento de la persona jurídica, seguida de la inscripción registral.

Idéntico criterio sigue el *Codice Civile*: para las personas jurídicas públicas, el artículo 11 habla de reconocimiento; para las de naturaleza privada, el artículo 12 manda que adquirirán personalidad jurídica «*mediante el reconocimiento concedido por decreto del Presidente de la República*». Respecto a sociedades mercantiles, sólo las capitalistas tienen personalidad jurídica, que obtienen, por supuesto, mediante la debida inscripción en el Registro oportuno (art. 2331).

También el Derecho francés sigue el criterio indicado. Para las asociaciones, la Ley de 1 de julio de 1901 exige el cumplimiento de los requisitos prevenidos en el artículo 5 de esa ley: entre otros, la presentación de estatutos y documentación ante la Prefectura competente y publicación en el Diario Oficial del justificante de haberse realizado aquella presentación. Las fundaciones gozarán de capacidad jurídica «*a contar desde la entrada en vigor del*

*decreto del Consejo de Estado que acuerde el reconocimiento de utilidad pública» a la fundación. Así lo ordena el artículo 18 de la Ley 87-571, de 23 de julio de 1987. En cuanto a sociedades, mercantiles o civiles, han de inscribirse para adquirir personalidad jurídica: vid. artículo 1842 del *Code*.*

En la doctrina, CAPILLA, en coincidencia con la opinión que vengo manteniendo, defiende la conveniencia del acto de erección, en concreto de la inscripción registral, «por razones de certeza, seguridad, y protección de terceros» (30). Pero hay que reconocer que no es la opinión de la doctrina dominante, no digamos de los mercantilistas, que manifiesta un recelo intenso ante lo que consideran peligrosa interferencia del Estado. El control de legalidad del ente que quiere constituirse en nuevo sujeto de Derecho lo consideran lesivo del derecho fundamental de asociación; la inscripción registral, ha de limitarse a un trámite meramente declarativo, sin mayor eficacia; la personalidad jurídica se adquirirá por el mero acuerdo de voluntades de quienes se asocian, etc. Como es natural, las afirmaciones varían según el tipo de persona jurídica de que se trate y la rotundidad de los textos legales, pero, en general, ése es el sentir en la materia: cuando no se puede sostener de *lege data*, se reclama de *lege ferenda*. Se impone, pues, examinar con cierto detenimiento el artículo 22 de la Constitución que ha venido a considerarse obstáculo insalvable para la tesis del reconocimiento o concesión de personalidad jurídica a los entes morales, previo examen de legalidad e inscripción de aquél en el Registro público conveniente.

El artículo 22 de la Constitución dice:

- «1. *Se reconoce el derecho de asociación.*
2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales.*
3. *Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.*
4. *Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*
5. *Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».*

Prescindiendo de matices para no hacer muy tedioso el asunto, numerosos autores entienden que la norma del apartado 3 del artículo 22 impide que pueda condicionarse a la inscripción registral del ente la obtención por éste de personalidad. La mera reunión de los asociados, con voluntad de erigir un nuevo sujeto, es suficiente para lograr aquélla. A lo sumo, en opinión de PAZ-ARES, podría condicionarse la plenitud de capacidad jurídica, pero la que

(30) *Comentarios al Código Civil y Leyes Forales*, cit., en el comentario al artículo 35, pág. 857.

llama personalidad básica o general, ésa se consigue por mera autonomía privada, por la celebración del contrato o negocio asociativo (31).

Del mismo criterio fue la STS de 3 de julio de 1979, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 1979/3183). La Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior había denegado la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de la entidad denominada «Gran Oriente Español Unido». Recurrida la Resolución, fue anulada por la Audiencia Nacional. El recurso de apelación fue desestimado por el TS que confirmó la sentencia recurrida. Afirma el TS que, frente a los recelos de la Ley de 1964, la Constitución introdujo un sistema opuesto pues, «según su artículo 22.3, la asociación se constituye libremente, debiéndose comunicar dicha constitución a la Administración para su inscripción en aquel Registro a los solos efectos de publicidad, lo que significa que la personalidad jurídica de la asociación se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, sin que la Administración esté habilitada para realizar (ex ante) una valoración de la licitud o de la determinación de los fines y de los medios expresados en los Estatutos...».

CAPILLA, con mejor criterio, en mi opinión, estima que el artículo 22 alude a la constitución de las organizaciones, pero no a la atribución de personalidad jurídica, que es asunto de legalidad ordinaria (32). Esta distinción entre constitución de la persona jurídica o del ente y atribución de personalidad jurídica me parece decisiva en el asunto que nos ocupa. Veamos.

Subyace en la doctrina que combato el pensamiento de que no es posible ejercitar el derecho natural de asociación sin que se reconozca al grupo la correspondiente personalidad jurídica. No hay asociación sin personalidad; sería lema de los autores aludidos. Yo no pienso así. Nadie puede negar a los hombres el derecho a reunirse, a juntar sus esfuerzos en la consecución de objetivos que, individualmente, no podrían lograr. Pero no se sigue del expresado principio que el grupo así formado haya de ser reconocido necesariamente por el Ordenamiento como sujeto de Derecho. Ni puede defenderse que sea precisa esa capacidad supraindividual para el desempeño de las actividades asociativas. Convendré en que facilitará las cosas: será más cómodo que contrate la persona jurídica, a través de su representante, que todos los componentes del grupo, pero no es menos cierto que si el número de los asociados es excesivo para concurrir todos a contratar la luz del local, por

(31) Vid. ALONSO LEDESMA, obra colectiva, *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, vol. 2, Civitas, Madrid, 1994, págs. 988-989; PAZ-ARES, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1358; PANTALEÓN, *La personalidad jurídica de las sociedades civiles*, cit., pág. 1378; TORRES PEREA, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, cit., pág. 69; EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pág. 142.

(32) CAPILLA RONCERO, *Comentarios*, cit., págs. 857 y 858. También, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, cit., pág. 116.

poner un ejemplo, bien pueden hacerlo un par de socios, en el bien entendido de que el negocio se hace en interés y a cargo de todos. Y la actividad fundamental que es la propia reunión de miembros, el trabajo en común, la conjunción de esfuerzos, todo esto para nada exige el goce de capacidad jurídica distinta de la de los miembros individuales. Pero es que, además, estamos hablando en pura teoría, para demostrar que intelectualmente son cosas separables asociarse y ser jurídicamente reconocidos como grupo. Porque en la práctica bastará con dar cumplimiento a los requisitos razonables exigidos por la Ley para obtener personalidad.

En la doctrina canónica siempre se ha distinguido entre creación de la institución y concesión de personalidad jurídica, de suerte que no extraña un canon como el 310, que por lo demás continúa la doctrina del *Codex Iuris Canonici* anterior: «*La asociación privada no constituida en persona jurídica no puede, en cuanto tal, ser sujeto de obligaciones y derechos; pero los fieles que son miembros de ella pueden contraer obligaciones conjuntamente, y adquirir y poseer bienes como condueños y coposedores; y pueden ejercer estos derechos y obligaciones mediante un mandatario o procurador*».

Es difícil expresar mejor no sólo la tesis que definiendo, sino los medios que se ofrecen a los individuos del grupo para subvenir a la falta de capacidad del grupo, medios perfectamente trasladables al campo civil (33). La misma nitidez se observa en el canon 322, por lo que hace al acto de erección: «*Una asociación privada de fieles puede adquirir personalidad jurídica por decreto formal de la autoridad indicada en el canon 312*». De igual modo, se exige acto expreso de erección para las asociaciones públicas de fieles, según los cánones 312 y 313.

Y en el Derecho francés encontramos la misma distinción entre asociaciones con personalidad y asociaciones sin ella, sin que esta posibilidad haya sido considerada poco respetuosa con el derecho de asociación. No puede ser tampoco más expresivo el número 2 del artículo 1 de la Ley antes citada de 1 de julio de 1901: «*Las asociaciones de personas podrán formarse libremente sin autorización ni declaración previa, pero no gozarán de capacidad jurídica más que si son conformes a las disposiciones del artículo 5*». Igualmente caben fundaciones sin personalidad. Así se colige del párrafo segundo del artículo 18 de la Ley de 23 de julio de 1987: «*Cuando el acto de fundación tenga por finalidad la creación de una persona moral, la fundación no goza de capacidad jurídica más que a contar desde la fecha de entrada en vigor del decreto del Consejo de Estado que acuerde el reconocimiento de utilidad pública*». Luego caben fundaciones que no persigan la elevación a persona moral.

(33) Vid. *Código de Derecho Canónico*. Edición anotada a cargo de Pedro LOMBARDA y Juan Ignacio ARRIETA, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, págs. 120 y 230, especialmente.

El Tribunal Constitucional recordó en su sentencia de 23 de julio de 1998 (RTC 1998/173) el contenido fundamental del derecho de asociación que se «manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: La libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas» (FJ 8). No parece comprenderse en este núcleo duro del derecho fundamental la adquisición de personalidad jurídica, al tiempo que no se ve inconveniente alguno en que pueda ejercitarse este derecho, aun sin capacidad del grupo: los individuos podrán reunirse y emprender obras colectivas; podrán separarse del grupo, si así lo deciden; y podrán organizarse internamente como tengan por conveniente. Nada de esto exige gozar de personalidad jurídica (34).

Pero hay más. La reciente ley reguladora de partidos políticos —LO 6/2002, de 27 de junio— no tiene el menor empacho en recoger toda la doctrina que aquí se viene sosteniendo. Y habían transcurrido ya casi veinticinco años desde la entrada en vigor de la Constitución. Y tampoco sabemos que haya suscitado dudas de constitucionalidad. Es más, estamos hablando de partidos políticos, esto es, de lo que podíamos considerar la quintaesencia del derecho de asociación, la zona más delicada y sensible porque mira directamente al ejercicio del Poder Público, a la participación de los ciudadanos en el gobierno de la *res publica*. Pues bien, léanse los artículos 3, 4 y 5 y se convendrá en que sólo adquieren personalidad con la inscripción registral, como acto de erección por el Estado, y que sólo se registran los partidos que cumplen los requisitos exigidos en los artículos 3 y 5, como control de legalidad de aquéllos.

¿Nos hemos olvidado del artículo 22 de la Constitución? Como vengo reconociendo, la doctrina dominante, en coincidencia con la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, ha entendido que la expresión del apartado 3 de ese artículo, «a los solos efectos de publicidad», impide dar a la registración la condición de requisito para que los entes morales puedan obtener la capacidad, de modo que ésta se alcanzaría con la mera voluntad de los asociados. No comparto semejante interpretación. Transcribo de nuevo este número 3: «Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad». En mi opinión:

- Ante todo, permítaseme dudar de que el constituyente quisiera regular en este artículo el asunto de la atribución de personalidad jurídica a entidades morales. Como señalaba CAPILLA, es un típico tema de legalidad ordinaria. No se comprende que una Constitución haya de intervenir en punto a los requisitos exigibles para que un ente tenga capa-

(34) De nuevo resulta luminosa la advertencia de FERRARA: «Cuando se identifican asociaciones y organizaciones con personas jurídicas, se está confundiendo el sustrato con la forma», *op. cit.*, pág. 383.

cidad; por ejemplo, una sociedad mercantil. ¿O es que el artículo 22 no ampara el derecho a fundar sociedades mercantiles?

- La interpretación literal del precepto resultaría precisamente contraria al derecho natural de asociación, como también apunta el autor citado (35). ¿Por qué razón se ha de exigir a todo grupo que se inscriba en un Registro público? ¿Qué suerte de control sería ése de no permitir una agrupación de individuos que prefiere la mayor intimidad? No creo que nadie mantenga una interpretación literal como la que impugno.
- Luego tampoco recelemos de interpretar sin excesiva literalidad, como único criterio de interpretación, el último inciso del precepto. No parece que haya sido del todo feliz la redacción de la norma.
- Lo que ante todo y sobre todo quiere establecer este precepto es que las asociaciones se constituyen sin intervención administrativa, con plena libertad: al amparo del derecho de asociación reconocido en el número 1. La inscripción en el Registro nunca puede ser condición de constitución del ente.
- Una vez constituidas, pueden o no registrarse. Si se registran lo hacen a efectos de lograr publicidad y, como según expuse más arriba, la publicidad ha de estimarse requisito esencial para que un ente alcance capacidad, es llano que «a los solos efectos de publicidad» significa «a los efectos de conseguir personalidad jurídica». No porque la Constitución quisiera con este inciso terciar en el debate de política legislativa, acerca del momento y circunstancias que deben concurrir en los entes para merecer la personalidad, sino sencillamente porque es la interpretación más coherente, en mi opinión, con la dogmática general de la persona jurídica.

En conclusión, no veo inconveniente alguno de índole constitucional para mantener que los entes morales exigen un acto formal de erección que implique su inscripción en Registro público, si pretenden adquirir personalidad jurídica (36).

(35) CAPILLA, *La persona jurídica...*, cit., pág. 118.

(36) Como vengo indicando CAPILLA RONCERO, sobre todo en la monografía citada, ya había llegado a conclusiones semejantes, en este punto concreto relativo a la interpretación correcta del artículo 22 CE y su posible influencia en la atribución de personalidad jurídica a los entes morales. También MARÍN LÓPEZ entiende que el artículo 22.3 CE es «neutral», de modo que la ley ordinaria puede disponer que sea suficiente con el acto de constitución para que la asociación adquiera la personalidad jurídica, o puede exigir también el requisito de la inscripción en Registro Público. En apoyo de su tesis, invoca este autor la STC 48/2003, de 12 de marzo; Juan José MARÍN LÓPEZ, *Personalidad jurídica y responsabilidad de las Asociaciones*, pág. 15. Trabajo presentado en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrado en Alicante en 2004, aún inédito.

4. EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS ENTES MORALES

A) No pretendo el examen exhaustivo de los aludidos efectos. Me remito al epígrafe II en que ofrecí unas ideas generales sobre el significado jurídico de obtener esta cualidad. En resumen, el ente se convierte en sujeto de Derecho, con aptitud para ser titular de relaciones jurídicas activas o pasivas. Los efectos los doy por sabidos. Si no me equivoco, la polémica sobre el tema de efectos se centra en dos puntos, especialmente. Uno es el de si pueden catalogarse en función del tipo o modalidad de persona jurídica, de modo que los hubiera elementales o básicos, y otros plenos o desarrollados. Este punto ya ha sido objeto de examen, anteriormente. El otro es el que me va a ocupar a continuación: ¿Obtiene el ente una capacidad general para el tráfico jurídico, como efecto de la atribución de personalidad? ¿O, por el contrario, sólo la consigue para la realización de los actos jurídicos que sean conformes o vengán comprendidos en el objeto social de la entidad? En otras palabras, ¿gozan las personas jurídicas de capacidad general, al modo de las personas físicas, o de capacidad especial, limitada al cumplimiento de su objeto social? Debemos entender el término objeto social en sentido amplio, comprensivo tanto de los fines que persigue la entidad, cuanto de los medios o actividades que se propone realizar para el logro de aquéllos. Pues bien, así entendido el objeto social, su papel en la teoría de las personas jurídicas ha sido valorado de diferente modo.

Dos son las teorías principales. Para la teoría de la especialidad, con mayor aceptación en las doctrinas inglesa y francesa, el objeto social determina la capacidad de la persona jurídica, hasta el punto de que los actos no comprendidos dentro del objeto social que realizara serían ineficaces por falta de capacidad (*ultra vires*) (37). Una fundación, por ejemplo, creada para la difusión y el desarrollo de los conocimientos históricos relativos al descubrimiento de América, no puede insinuarse en actividades mercantiles. Ni una empresa de comunicación, entrar en el negocio inmobiliario. En cambio, para los partidarios de la teoría de la generalidad, con fuerte implantación en la doctrina alemana, las personas morales adquieren una capacidad general, sin sujeción al objeto social que explicó su nacimiento: perfecta equiparación con las personas físicas.

¿Cuál será la respuesta correcta en Derecho español?

B) El *ius positum* no me parece inequívoco, antes bien, en mi opinión, admite ambas interpretaciones, sencillamente porque ningún precepto pretendió resolver la duda. El artículo 38,I del Código Civil expresa: «Las personas

(37) Puede verse muy bien explicado el origen y evolución de esta teoría en «El origen de la doctrina *ultra vires* en el Common Law», Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, *AAMN*, tomo XXX, vol. I, pág. 643.

jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución». De acuerdo, pero, ¿sólo en el ámbito perfilado por el objeto social o sin limitación de campos de actividad? Tampoco el Código de Comercio creo que resulte decisivo. Su artículo 116,II dice: «*Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*». Si el tenor literal hubiera sido «tendrá personalidad jurídica para todos los actos y contratos», la cosa no ofrecería dudas. Pero no es ésta la redacción del precepto, y adviértase que el Legislador de finales del siglo XIX dominaba el idioma, no como el actual. Me parece que la expresión codicilar más bien quiere zanjar la polémica acerca de si todas las compañías mercantiles gozaban de personalidad, o sólo las capitalistas. Con la norma transcrita, se habría querido poner en claro que toda sociedad adquiere capacidad jurídica propia y distinta de la de sus miembros. Por lo demás, el posesivo «*sus*» tanto puede entenderse como relación o vínculo de pertenencia del acto respecto del sujeto, cuanto relación de congruencia o coherencia: los actos que son propios de esta compañía, con sus peculiaridades, y no de otra; esto vale como conformidad con su objeto social.

A veces, se ha querido encontrar la respuesta en preceptos de las leyes mercantiles especiales. Tanto el artículo 129,2, de la Ley de Sociedades Anónimas, cuanto el 63,2, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, disponen 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*».

No creo que estos preceptos de las leyes de sociedades mercantiles tengan que ver con el asunto que nos ocupa. La eficacia de lo concertado con quien creyó de buena fe (38) en la capacidad de la entidad para hacer lo que hizo no tiene por qué explicarse por una capacidad general y sin limitaciones, sino más bien por aplicación, una vez más, de la doctrina de la apariencia jurídica a la

(38) Dejemos sin abordar la, en extremo generosa, postura de la Ley: ¿De modo que puede haber buena fe en quien ni siquiera consulta el Registro Mercantil, cuando se relaciona con una sociedad de la que sospecha si estará actuando en el ramo de la industria o comercio que justifica su existencia? Porque el objeto social sí lo conocerá este despreocupado contratante, a menos que sea necio integral. Y conociendo esto, también advertirá que el negocio que se propone realizar con la sociedad en cuestión no tiene mucho que ver con ese objeto que aparece al exterior. A pesar de lo cual, no se toma la molestia de consultar el Registro: repárese en que nada tiene que ver con el supuesto del número 1 de estos preceptos, que aluden a la posibilidad de que el administrador de la sociedad rebasara sus facultades de representación. En tal caso, la apariencia real favorece al administrador, que se presenta como tal, por lo que resulta más disculpable la confianza del tercero. Pero en este segundo caso, la apariencia choca con lo que se pretende hacer porque el negocio pretendido no está comprendido a las claras en el objeto social. En semejante situación dudo que sea disculpable la preterición del Registro.

que ya aludí en la nota 18, para explicar esa supuesta personalidad elemental que los mercantilistas quieren ver en las sociedades irregulares: por virtud de esta institución, que se conoce poco y se utiliza menos, «el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz (el negocio *ultra vires* realizado entre sociedad y tercero) por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (la sociedad presentándose capaz de realizar ese negocio) (39).

La doctrina patria mayoritaria es favorable a la ilimitación de capacidad de los entes morales, siguiendo la opinión de la jurisprudencia (40). Sin embargo, hay alguna opinión discrepante o no enteramente conforme con ese sentir dominante. CAPILLA se acoge a la doctrina del abuso de poder, de modo que los actos *ultra vires* son ineficaces según el mecanismo del artículo 1259 del Código Civil, si no hay terceros concernidos. No queda claro en qué se apoya la protección de los terceros, pero más parece que se acerca a la tesis que yo señalo que a la de la personalidad jurídica de la sociedad irregular (41).

La jurisprudencia, como decía, ha sostenido la doctrina de la capacidad general de los entes morales. Es bien conocida la STS de 5 de noviembre de 1959 (RA 4711) que se pronunció con nitidez sobre el asunto, pues la parte demandada trató de defenderse de la demanda alegando, en efecto, la nulidad del pacto esgrimido por la actora, al no estar comprendido en el objeto social de esta sociedad actora con la que contrató. Leemos en su considerando cuarto: «*Que en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general, por consiguiente, en una esfera que va más allá en (sic) las relaciones económicas y que se extiende a todo campo, a salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un substrato físico, y por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos*». Doctrina confirmada por STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 1990/688) que recoge textualmente los términos transcritos.

La Dirección General de los Registros y el Notariado ha seguido la enseñanza del Tribunal Supremo. En la Resolución de 2 de febrero de 1966 no duda en afirmar que la sociedad mercantil tiene «*capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho salvo aquellos que por su propia*

(39) Cfr. Mi monografía: *La doctrina de la apariencia jurídica*, cit., pág. 40.

(40) Por todos, CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 238, con cita de otros autores.

(41) *Comentarios al Código Civil y Leyes Forales*, cit., pág. 868.

naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116,2, del Código de Comercio». Y en la Resolución de 1 de julio de 1976 se repite que «en nuestro Derecho, según reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores...»

Se impone pues manifestar mi opinión al respecto.

C) Ante todo, reitero mi opinión de que no existe en Derecho español respuesta segura a la cuestión de si el objeto social de una entidad desempeña, entre otros cometidos, el de contornear su ámbito de capacidad de obrar, de suerte que los actos no comprendidos dentro de ese ámbito son ineficaces por falta de capacidad del sujeto. Los preceptos generales, los de los Códigos, admiten ambas interpretaciones, a menos que vayamos a ellos con el prejuicio a favor de una de las tesis. Las previsiones de los artículos de las leyes de sociedades capitalistas pueden explicarse de modo diferente: no es que reflejen una capacidad general de la compañía, sino que aplican la teoría de la apariencia jurídica en defensa del tercero de buena fe.

A mi juicio, aun reconociendo la indeterminación denunciada, es preferible seguir la interpretación que conduce a la capacidad especial de los entes morales. Y si se juzgara insostenible la tesis en Derecho español, entonces lo que digo es que, *de lege ferenda*, habría que seguir la doctrina que sólo reconoce capacidad a los entes morales, de cualquier clase que sean, para realizar aquellos actos, y sólo aquéllos, comprendidos en el ámbito de su objeto social. Lo que no significa, como es lógico, una comprensión cicatera, insuficiente, de la descripción del objeto social. No sólo porque ésta puede redactarse en términos amplios, sino porque es evidente que los actos instrumentales han de estar abarcados cualquiera sea la redacción del objeto o fines sociales. Es evidente que una empresa que se dedique a la construcción, podrá comprar material de oficina, por ejemplo, y vehículos de transporte o reservar hoteles para los viajes profesionales de sus empleados. Pero no, adquirir en Bolsa un paquete de acciones de un periódico o sociedad radiofónica. Claro que habrá zonas de conflicto, por ambiguas o difíciles de perfilar o delimitar, pero nada de esto es nuevo en Derecho.

He aquí algunas razones que me llevan a pensar del modo indicado:

1.^a Ese modelo de capacidad me parece más conforme con la naturaleza de la persona jurídica, que no es una persona física. Ya he tenido ocasión de señalar en algún momento anterior que no creo que el ente moral sea una realidad natural, sino una realidad jurídica, es decir, una ficción. Tiene naturaleza instrumental: se acude a la unión de fuerzas, de patrimonios, de trabajo, porque lo que un hombre solo no puede hacer, deviene hacedero por el grupo. Pero es evidente que los hombres no se unen *para hacer todo en común*: pretenden hacer en común alguna o algunas actividades, luego, pa-

rece muy razonable que el Estado reconozca al grupo capacidad de obrar en ese racimo de actividades, principales o accesorias, que han seleccionado para acometer mancomunadamente. A la persona física no se le demanda al entrar, por ejemplo, en la mayoría de edad, en qué campos de la actividad humana va a moverse, cuáles serán las zonas del tráfico jurídico en que piensa incidir. Pero a la persona jurídica, de cualquier tipo que sea, siempre se le pregunta eso, su objeto social, en trance de constituirse. Sencillamente, porque no es posible que valga para todo. Y se le hace un traje a la medida: se le concede capacidad para hacer aquello que ha pedido hacer, no para cualquier ocurrencia posterior, sin perjuicio de que siempre cabe la revisión formal del objeto social, para abarcar una zona de actividad hasta entonces excluida. Las personas físicas que dan vida al nuevo ente, lo quieren para algo concreto: tiene pleno sentido que reciba capacidad jurídica para eso y no para otra cosa.

2.^a La limitación legal de capacidad del ente al objeto social perseguido es la mejor garantía, probablemente la única en la práctica, contra actuaciones abusivas de los gestores de la entidad, llámese asociación, sociedad mercantil, fundación, etc. Parece inconcuso que la expresión del objeto social en la constitución de cualquier persona jurídica tiene como primer significado el de señalar el campo de la realidad social a que piensa dedicar sus actividades. Lo que, ante todo, supone la conformidad de los fundadores en la consecución de esos fines: se juntaron porque estaban de acuerdo en trabajar unidos para lograr esos objetivos... pero si hubieran sido otros, acaso no todos los fundadores habrían convenido en reunirse. Con otro proyecto asociativo, otros habrían sido los fundadores del ente social ideado para llevarlo a la práctica. No tiene entonces sentido que, posteriormente, los gestores del ente creado actúen en campos de actividad distintos de los que se previeron a la constitución de aquél. Y, como decía al principio, la mayor garantía de que tal cosa no va a ocurrir es la de limitar la capacidad del ente para la realización de los actos comprendidos en ese objeto social, en el que convinieron los socios iniciales, sin admitirla para actos bien diferentes de los previstos al tiempo del acuerdo asociativo. Porque si el cambio de actividad es a las claras, si la persona jurídica, ya existente, decide mayoritariamente, modificar su objeto social en el modo previsto por los estatutos o sus normas internas, entonces no hay gran problema, al menos teóricamente, porque existe el derecho de separación de los socios. Así, tanto el artículo 147 de la LSA como el 95 de la LSL reconocen a los socios disidentes o disconformes con el cambio de objeto social el derecho a separarse de la sociedad. Pero, repito, las cosas son muy diferentes cuando, sin modificación estatutaria, los gestores deciden adentrarse en terrenos que nunca fueron imaginados siquiera por los fundadores. Se dirá que cabe la exigencia de responsabilidad *a posteriori*, pero con ser teóricamente cierta esta afirmación, no es garantía razonable.

Piénsese, por ejemplo, en sociedades anónimas, cuyos administradores han sido nombrados por los socios mayoritarios, que desean inmiscuirse en negocios no previstos.

3.^a Finalmente, pienso que la reticencia a reducir la capacidad de las sociedades y demás entidades sociales obedece a la preocupación de lesionar de ese modo los intereses o derechos de terceros de buena fe, que contratan con la entidad en la creencia de que tiene capacidad para ello. Aparece el ente con capacidad y, luego, si el ente, la sociedad, se arrepiente del negocio, alega extralimitación del objeto social, exceso en el ejercicio de facultades por su representante y anulan el negocio en perjuicio del tercero. Sin embargo, ya he indicado con reiteración que la doctrina de la apariencia jurídica sirve muy adecuadamente para solucionar estos conflictos de intereses, y me parece mejor camino dogmático, y aun práctico, que el de la capacidad general.

V. APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES A LAS LLAMADAS SOCIEDADES CIVILES

A) Conocemos la que con toda razón PAZ-ARES llama «extraña génesis» de los artículos 1669 y 1670 del Código Civil. El Anteproyecto de 1888, en su artículo 5, decía claramente que «*la sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de los asociados*». Explica DE CASTRO cómo, a última hora, cuando ya se había promulgado el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, que publicaba la primera edición del Código Civil, en 18 de noviembre siguiente se modificaron los artículos citados para evitar que algunas sociedades mineras, de construcción, agrarias, en fin, de gran importancia económica, se vieran privadas de personalidad jurídica (42). El resultado de esta precipitada redacción ha sido la vacilación doctrinal y jurisprudencial acerca de la correcta interpretación que deba darse a estos preceptos, sobre todo en la cuestión principal de si la regla general es que las sociedades civiles carecen de personalidad jurídica o que la tienen. Recordemos el texto del artículo 1669: «*No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre*».

En efecto, puede pensarse que toda sociedad civil tiene capacidad propia, a menos que mantenga secretos sus pactos sociales. Y puede pensarse que esta afirmación no viene del Código, que lo único que dice es que en ningún caso tales sociedades con pactos secretos gozarán de personalidad, sin explicar en qué casos se beneficia la sociedad civil de aquella. Pero por si fuera

(42) DE CASTRO, *La persona jurídica*, cit., pág. 282.

pequeña la duda, acontece que tampoco sabemos qué significa la expresión «mantener secretos los pactos» o, dicho en positivo, cuándo son públicos los pactos sociales.

Ante tanta confusión, el Profesor DE CASTRO, como es sabido, sostuvo:

- Que el Código no dice que todas las sociedades civiles tengan personalidad jurídica.
- Que lo único seguro es que las sociedades civiles que reserven sus pactos carecen de aquella cualidad.
- Que la constancia de los pactos en escritura pública no significa publicidad de ellos, porque no debe confundirse documento público —que además se guarda en secreto en el protocolo notarial— con publicidad.
- Que las únicas sociedades civiles con personalidad jurídica son aquellas que revisten alguna de las formas previstas en Derecho Mercantil y se inscriben en el Registro Mercantil (43).

Las dificultades interpretativas originadas por la precipitada modificación del proyecto original no paran en el extremo indicado. Más grave aun me parece el siguiente: no saber en verdad el significado del término «sociedad». Porque es evidente que con él se expresan dos conceptos jurídicos: el contrato de sociedad y la persona jurídica sociedad. Y gran parte de los artículos del Código se comprenden igual de bien, se refieran al contrato o a la persona jurídica. Observación ésta que olvidan muchos comentaristas, que hacen supuesto de la cuestión. Del mismo modo en que se expresan los artículos reguladores de la sociedad, que parecen dar a entender que se están refiriendo a un sujeto de Derecho, lo hacen los que ordenan la sociedad de gananciales, y nadie le reconoce personalidad jurídica propia. Es obvio que en el artículo 1665, primero de los del título «*De la sociedad*», este término vale contrato; mientras que, por ejemplo, en el artículo 1697, vale persona jurídica. Pero la sección primera del capítulo segundo, «*De las obligaciones de los socios entre sí*», artículos 1679 a 1696, puede entenderse perfectamente, tanto se lea sociedad como contrato de sociedad o como persona jurídica. Es más, lo razonable y lógico es que el Código Civil trate en el Libro IV dedicado a los contratos... de un contrato, más que de un tipo de persona jurídica que se regularon, más o menos, en el Libro I.

En suma, no resulta convincente utilizar la regulación del Código, ni con el auxilio de todos los criterios interpretativos del artículo 3, sea para mantener que la regla general es la de atribución de capacidad jurídica a la sociedad civil, sea para defender la contraria. El Código permite una y otra solución.

(43) DE CASTRO, *ibídem*.

B) ¿Ayuda la Jurisprudencia en la tarea de configurar jurídicamente a la sociedad civil, en concreto, en el decisivo punto de saber si, en principio, constituye un sujeto de Derecho independiente? A mi juicio, no. Salvo mejor opinión, la lectura de las sentencias dictadas sobre la materia, que tampoco son tantas ni abordan directamente la cuestión con el propósito de zanjar la polémica, permite sentar las siguientes afirmaciones, como resumen de lo que podríamos llamar doctrina jurisprudencial sobre la sociedad civil:

1. Existen sociedades civiles sin personalidad jurídica, o sea, meros contratos de sociedad, sin que ello impida la aplicación de la regulación contenida en el Código. Así acontece siempre que el contrato de sociedad se ha convenido en documento privado (44).
2. Tampoco tienen personalidad jurídica las sociedades secretas (45). La última es que ninguna sentencia nos ha dicho abiertamente qué significa «mantener en secreto los pactos».
3. Si en la sociedad civil que se constituye hay aportación de bienes inmuebles, sólo adquirirá personalidad jurídica si se otorga escritura pública y se inscribe en el Registro. En otro caso, vale el contrato pero no hay persona jurídica (46). No sólo esto. En dos ocasiones, el Tribunal Supremo ha dicho exactamente lo mismo pero referido a dos pretendidas sociedades civiles en que no había aportación de inmuebles: Así las SSTS *RJ* 1956/232, de 21 de diciembre de 1955 (*sic*), y *RJ* 1990/8269, de 30 de octubre.
4. Merece cita individual la STS *RJ* 1994/3768, de 31 de mayo, porque se ha invocado como prueba de la opinión del Tribunal Supremo a favor de la capacidad de las sociedades civiles. Afirma esta sentencia que las «*sociedades civiles solo excepcionalmente carecen de personalidad jurídica*». Sin embargo, hay que objetar a semejante creencia, primero, que es un *obiter dictum* de la mencionada Resolución, que nada tiene que ver con la cuestión que se resuelve; y segundo, que ni antes ni después hemos leído esa afirmación en otra sentencia de la Sala Primera.
5. No he encontrado una sola sentencia del TS en que se trate una sociedad civil como sujeto de Derecho, lo que nunca ha sido óbice para la aplicación de la normativa contenida en los artículos 1665 y siguientes del Código, incluso los relativos a la extinción del contrato

(44) Lo afirman las siguientes SSTs: *RJ* 1982/1970, de 30 de abril; *RJ* 1990/8269, de 30 de octubre; *RJ* 1993/3723, de 22 de mayo; *RJ* 1994/5335, de 30 de junio; *RJ* 1997/3244, de 18 de abril.

(45) Véase la STS, *RJ* 2002/10754, de 23 de diciembre.

(46) En tal sentido, las SSTs siguientes: *RJ* 1940/886, de 15 de octubre; *RJ* 1950/1163, de 12 de junio; *RJ* 1957/1531, de 28 de enero; *RJ* 1978/4061, de 10 de noviembre; *RJ* 1993/4080, de 27 de mayo.

de sociedad, sin necesidad de acudir a los que ordenan la extinción de las comunidades de bienes.

En resumen, no es posible afirmar como doctrina del Tribunal Supremo la de que las sociedades civiles son verdaderos sujetos de Derecho, como regla general. Es más seguro afirmar que el Tribunal Supremo, creo que deliberadamente, no ha querido profundizar en la cuestión o no lo ha estimado oportuno, dada la ambigüedad legal y las vacilaciones doctrinales. Hubiera sido muy sencillo, de haber querido, decirnos qué hay que entender por «sociedad secreta» o qué por «publicidad».

C) Quizá ayude recordar brevemente el curso de los principales acontecimientos acerca de la sociedad civil en los últimos años.

Me atrevo a afirmar que la vida de la sociedad civil, como ente dotado de personalidad jurídica, más ha discurrido en estado de latencia que de patencia, si es que ha tenido vida, que tampoco es seguro. No es fácil comprobar empíricamente el aserto, pero de sociedades civiles, como sujetos de Derecho —otra cosa es como contrato— no hemos sabido mucho, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni —me atrevo a decir— en la vida real. Quienes han querido unir capital y trabajo en la consecución de un fin común lucrativo, han constituido una sociedad mercantil, que parece lo razonable. Y cuando sólo se buscaba el disfrute en común de la cosa, sin perjuicio de atender a los gastos de mantenimiento, defensa, incluso mejora, se constituía una comunidad de bienes, normalmente una copropiedad. La verdad es que los instrumentos jurídicos indicados parecían suficientes para atender las necesidades de unos y otros, máxime después de que el Código Civil añadiera un tercer instrumento más: el de la sociedad civil por su objeto, pero en forma mercantil, es decir, con escritura pública e inscripción registral, de cuya personalidad jurídica nadie dudó. Pero las apariencias engañan y parece ser que aún quedaban intereses insatisfechos y era menester dar entrada a otro medio jurídico distinto de los anteriores: la sociedad civil sin inscripción registral pero con capacidad de obrar *ad extra*. Y surge la pregunta, si querían meterse en negocios lucrativos sus miembros integrantes o socios, ¿por qué no constituían una sociedad mercantil, habiendo tanta oferta? Podía ser capitalista, pero podía ser personalista, y en ambos casos con más de una modalidad para acomodarse mejor a las necesidades y circunstancias de los interesados. Y si sólo querían, por ejemplo, disfrutar de la finca de caza que habían comprado o pensaban comprar, concurriendo todos a los gastos de conservación y mejora de aquélla, ¿por qué no utilizaban el viejo instrumento de la copropiedad romana? Pues no. Lo que querían era crear un nuevo sujeto de Derecho para que fuera titular de la finca... o de lo que fuera. ¿Acaso de lo que más bien debería integrar los respectivos patrimonios personales de cada socio? ¿Tal vez ello les permitía un mejor tratamiento fiscal? ¿Quizá la

opacidad fiscal? En principio no hay nada que objetar al deseo de eludir impuestos, que es cosa bien diferente de la voluntad de evadirlos. Sería necio dejar de aprovechar un medio existente en nuestro Ordenamiento —aunque hasta el momento hubiera vivido como los osos en invierno— con el que se podía lograr tan acariciada pretensión. Otra cosa es que existiera, que es justamente lo que estamos tratando de poner en claro. Pero reconózcase el verdadero interés subyacente en toda esta campaña que se ha levantado desde hace poco más de un lustro a favor de este nuevo sujeto de Derecho que se quiere introducir. Porque la lucha a favor empezó en 1997, como veremos. Es verdad que algunos mercantilistas hablaron de algo parecido desde hace más tiempo, pero sólo parecido. GIRÓN defendió la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles irregulares. Pero de la personalidad de las sociedades civiles poco se ha escrito hasta tiempos recientes.

La secuencia de los hechos puede resumirse así:

1. Con fecha 31 de marzo de 1997, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una Resolución por la que denegaba la inscripción en el Registro de la Propiedad de una finca a nombre de una sociedad civil constituida en documento privado, por carecer semejante sociedad de personalidad jurídica. Idéntica doctrina se mantuvo en la Resolución de 11 de diciembre de 1997.
2. Como la DGRN había rechazado la personalidad por no estar inscrita la sociedad civil y carecer, por ende, de la debida y conveniente publicidad, el legislador trató de subvenir a esta necesidad abriendo las puertas del Registro Mercantil a las sociedades civiles sin forma mercantil. Mediante la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se ordenó incluir en el Reglamento del Registro Mercantil un artículo 269 bis que aceptaba la inscripción de tales sociedades civiles sin forma mercantil y daba reglas para llevarla a la práctica. El intento legislativo se frustró.
3. En sentencia de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/2888), la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló la Disposición Adicional Única referida porque por vía reglamentaria se invadía el ámbito de una reserva de ley, cual es la que determina los sujetos que tienen acceso al Registro Mercantil: vid. artículo 16.1.5 del Código de Comercio. Sólo otra ley puede aumentar la relación de las personas inscribibles en el Registro Mercantil.
4. A mayor abundamiento, el mismo Tribunal, en sentencia de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001/1083), anuló la reforma del artículo 11 del Reglamento Hipotecario introducida por el artículo 1 del Real Decreto acabado de citar. El artículo 11 reformado, después de afirmar categóricamente en su párrafo primero: «*No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin persona-*

lidad jurídica», en los cuatro párrafos siguientes declaraba inscribibles bienes inmuebles y derechos reales de «uniones temporales de empresas»; «comisiones de acreedores» en procesos concursales; «fondos de pensiones» y otros fondos; y, finalmente, «comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal». El Tribunal rechaza semejantes inscripciones porque, amén de contradecir el párrafo primero del mismo artículo, vulnera todo el sistema hipotecario diseñado en los artículos 1, 2 y 9.4, entre otros, de la Ley Hipotecaria, que exigen la inscripción a favor exclusivamente de personas naturales o jurídicas.

5. Fracasados los intentos aperturistas de los Reglamentos del Registro Mercantil e Hipotecario por no respetar el principio general de jerarquía normativa, se ve que la fuerte presión que se venía haciendo contra la sana doctrina contenida en las Resoluciones de 1997, doblegó el ánimo de la DGRN, quien en Resolución de 14 de febrero de 2001 cambió al cien por cien de criterio, para sostener ahora que las sociedades civiles sin forma mercantil, no inscritas, tienen personalidad jurídica y, por tanto, pueden ser titulares registrales de bienes inmuebles. Comportamiento llamativo de mutación de doctrina, cuando aún no habían transcurrido cuatro años desde que se sentó la que se mudaba, que no creo cuente con demasiados precedentes.

D) Es hora de ir concluyendo estas reflexiones sobre la personalidad jurídica de las sociedades civiles, conclusión que, al paso, me permitirá resumir los principales puntos de la tesis que he defendido para las personas jurídicas en general, en las páginas precedentes. Con el respeto que me merecen las opiniones discrepantes mantenidas por reputados juristas, se me hace muy difícil aceptar que en Derecho español pueda sentarse convincentemente el criterio favorable al reconocimiento general de capacidad jurídica en las sociedades civiles. Pienso que en trance de sostener una postura, sería más segura la contraria, la que piensa que sólo una clase de sociedades civiles, las que han optado por revestirse de forma mercantil, tienen capacidad jurídica. A lo sumo, podrá afirmarse que la cuestión es dudosa en Derecho español, sin perjuicio, como es natural, de que el Legislador puede intervenir e inclinarse por una u otra postura. Pues bien, situados en este terreno, en el de *lege ferenda*, mi opinión es la de que sólo ha de reconocerse la personalidad jurídica de las sociedades civiles que cumplen el requisito de publicidad —aparte de los demás ya examinados—, que debe entenderse como inscripción en un Registro Público. De las consideraciones expuestas en los epígrafes precedentes no puede obtenerse otra conclusión.

Precisamente, el estudio de las dos Resoluciones opuestas, la de 1997 y la de 2001, me confirman en el parecer manifestado. A mi juicio, la

de 1997 tenía un fundamento doctrinal muy superior al de la segunda, mucho más pobre en su argumentación. No pretendo un examen exhaustivo, pero sí podemos pasar revista rápida a los argumentos utilizados, remitiendo a los epígrafes anteriores en los que he tenido ocasión de tratar de todos ellos:

1. El asunto principal en esta polémica —si no me equivoco— es el del papel del Estado acerca de la personalidad jurídica de los entes morales. Ya expresé mi opinión de que estamos ante una cualidad que el Ordenamiento concede al grupo cuando éste cumple con los requisitos convenientes, y no en una especie de derecho basado en la mera voluntad de los integrantes de la agrupación, que el Estado no puede sino satisfacer. Nada tiene aquí que hacer, según dije, el artículo 22 de la Constitución. Por tanto tiene toda la razón la primera Resolución al exigir «una disposición legal formulada en términos positivos» para que una sociedad civil —o cualquier otro grupo, añadido yo— goce de personalidad jurídica. Y no puede inferirse —como intenta la segunda Resolución— ese reconocimiento legal de algunos artículos de las Leyes de Sociedad Anónima y Sociedades de Responsabilidad Limitada que, aparte de aludir a sociedades mercantiles y no civiles, es que tienen otra explicación mucho más convincente, en mi criterio, según ha quedado expuesto.
2. El siguiente elemento sustancial de la polémica es el de la publicidad. Frente al contundente argumento de que el único modo serio de que se conozca por todos los interesados la existencia y reglamentación de una sociedad es el de su inscripción —y la de todos los pactos sociales— en Registro Público, como defiende la Resolución de 1997, la contraria, sin atreverse a sostener la evanescente tesis de la publicidad de hecho, pretende distinguir entre sociedad y pactos sociales, para mantener que lo importante es «la exteriorización de la sociedad», no la de «los pactos sociales», distinción sofística, cuya falsedad se demuestra cuando la propia Resolución entiende que es posible que la sociedad «se exteriorice frente a unos y no frente a otros», de modo que sólo «será oponible a los primeros». Esto no es serio: o existe o no existe. ¿Para unos sí y para otros no? O es un sujeto o no lo es. La referencia a terceros es del todo impertinente en trance de decidir si un grupo tiene o no personalidad jurídica. La defensa de los terceros va por el camino de la apariencia jurídica, como ya he explicado. Sin embargo, quede claro que la aplicación de esta doctrina debe estimarse un instrumento excepcional o extraordinario: el ideal es amparar a los terceros por vía ordinaria, no extraordinaria. Vía ordinaria es la inscripción el Registro; por ello, desde la perspectiva de la política legislativa, lo conveniente es facilitar esta

vía, sin perjuicio de que siempre podrá acudir a la excepcional de la apariencia jurídica, cuando sea necesario.

3. El argumento histórico nunca es decisivo porque, como bien advirtió el Profesor DE CASTRO, las leyes se independizan y adquieren vida propia, una vez que han sido promulgadas, que han salido de las manos de sus creadores. Sin embargo, a mi juicio, los antecedentes históricos, que ya conocemos, más propenden a confirmar la postura de la primera Resolución que la de la Segunda. Aunque, en verdad, yo pienso que el Legislador decimonónico buscó deliberadamente dejar en la penumbra el asunto de la personalidad jurídica de las sociedades civiles.
4. La seguridad jurídica es otro de los fundamentos esgrimidos por la Resolución de 1997. No era fácil contradecirlo. Lo intenta la de 2001 pero fracasa. Cuantas opiniones tratan de sostener la posibilidad de personas morales más o menos clandestinas chocan sin remedio con tan contundente argumento. Sin registración para general conocimiento, no hay modo de que los terceros sepan a ciencia cierta con quien contratan, cuáles son las facultades de la personas físicas que acaso se les presenten como representantes de una persona jurídica, cuál sea el objeto social de ella. Y los esfuerzos por llenar el requisito de la publicidad-seguridad jurídica mediante la artificiosa distinción ya aludida entre sujeto sociedad y pactos sociales, o el recurso a la «publicidad de hecho», a juicio del intérprete de turno, no pueden convencer. La propia Resolución que critico no puede por menos de reconocer que *«la seguridad jurídica ganaría con la inscripción de las sociedades civiles...»*. Aunque seguidamente añade: *«Pero el establecimiento de la publicidad registral —tan provechosa para terceros y, por ende, para la misma sociedad que haya de relacionarse con ellos— respecto de las sociedades civiles que no revistan forma mercantil, así como la subordinación del reconocimiento de personalidad jurídica de aquéllas a dicha publicidad requieren ineluctablemente una norma de rango legal que así lo imponga»*. O sea, exactamente lo contrario de lo que yo pienso. Naturalmente, yo puedo estar equivocado, pero la DGRN en 1997 pensaba igual que yo. Como la publicidad es requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la persona moral, porque equivale al sustrato físico de la persona natural, y como desde hace siglos viene aceptado sin oposición que el único medio serio y seguro de conseguir que un hecho o un ente sea de general conocimiento, sea público, es el de su inscripción en un registro accesible a todos los interesados, es visto que sin inscripción registral no hay personalidad jurídica. Es así que sólo las sociedades civiles con forma mercantil aparecen inscritas en un registro, luego

sólo éstas tienen capacidad jurídica, sin perjuicio de que el Legislador puede, en cualquier momento, crear un registro *ad hoc* para las restantes sociedades civiles.

VI. EPÍLOGO PARA EL CUARTO CENTENARIO DE «EL QUIJOTE»

¿Tiene hoy sentido defender la técnica jurídica o resulta tan extemporáneo como el intento de revitalizar la orden de la caballería andante? Porque ésta es la pregunta que me asalta al releer las páginas que anteceden. Porque el espíritu que anima todo el trabajo no es otro que la defensa de la técnica jurídica: si tanto da tener o no tener personalidad jurídica porque cualquier ente sin personalidad puede hacer lo mismo que el que la tiene, ¿para qué reflexionar sobre requisitos, adquisición, extinción, etc., de aquella cualidad? No faltará quien asegure que no es posible frenar el avance de la sociedad, que no puede subordinarse a la dogmática jurídica la facilitación del tráfico jurídico, que no podemos esclavizarnos por conceptos, etc. Sin embargo, es una cuestión de medida: una cosa es el modo de aplicación de «su» ley que soñaba Napoleón y otra el uso alternativo del Derecho de cuño marxista; una cosa es el arbitrio judicial y otra la justicia del cadí; como una cosa es el conceptualismo pandectista y otra el abandono de los conceptos más elementales de la ciencia jurídica, esto es el abandono de la ciencia, porque si todo vale, si se renuncia a toda construcción dogmática no hay ciencia. ¿Exagero?

Tras el llamado Derecho de Consumo, el juego de las Condiciones Generales de la Contratación o los Principios del Derecho Europeo de Contratos, si llegaren a imponerse, ¿cuál será el concepto de contrato resultante? Si vence en los Tribunales la tendencia de quienes principalmente buscan un patrimonio solvente para cargarle la responsabilidad del infortunio, ¿en que parará la doctrina de la responsabilidad extracontractual? Si so pretexto de interpretación de un derecho fundamental, se permiten imposiciones sobre interpretación de la legalidad ordinaria, ¿dónde queda el principio de libertad de los Tribunales en la interpretación de las leyes ordinarias? Si tampoco se cree ya en la distinción entre derechos reales y personales, tampoco extraña que se configure como derecho real la llamada multipropiedad. Y así podíamos seguir indefinidamente. En ese ambiente, carece de sentido la doctrina de la personalidad jurídica expuesta: se comprende que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya tenido que cambiar de criterio en punto a las sociedades civiles, y que la mayor parte de la doctrina aplauda la Resolución heterodoxa de 2001 frente a la ortodoxa de 1997, fundada, a mi juicio, en una argumentación incomparable con la en que pretende apoyarse la segunda. No son tiempos para Don Quijote.

RESUMEN

CAPACIDAD JURÍDICA

El estudio parte de la idea de que la capacidad jurídica es siempre una cualidad que reconoce el Ordenamiento jurídico, ya en las personas físicas, ya en los entes morales. Sin embargo, el grado de arbitrio de aquél es muy diferente en uno y otro caso. El Estado no puede por menos de atribuir esa cualidad a la persona, así que exista y dé el razonable indicio de subsistencia. En cambio para reconocer esa capacidad a los grupos sociales, el Estado cuenta con mucha mayor libertad: entre otras cosas no puede renunciar a un control de legalidad sobre los fines y medios del grupo que aspira a convertirse en sujeto de Derecho.

El desarrollo del estudio exige, en consecuencia:

1. La justificación de que la capacidad jurídica es una cualidad única.

2. La explicación de esa cualidad en las personas físicas o naturales, lo que obliga a distinguir entre personalidad y capacidad jurídica, distinción meramente nominal pero no sustantiva en los autores.

3. La reflexión de que sea capacidad jurídica en los entes morales, asunto últimamente enturbiado por sedicentes intentos de excluir la intervención del Estado en el reconocimiento de personalidad en las personas morales, so pretexto de que ello viene exigido por el derecho fundamental de asociación.

Finalmente, se aplican las meditaciones expuestas al controvertido caso de las sociedades civiles, campo éste en que, como es sabido, se produjo una variación muy notoria y llamativa en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al menos discutible.

ABSTRACT

LEGAL CAPACITY

The study commences with the idea that legal capacity is always a quality that the law acknowledges, be it to individuals or to corporate bodies. However, the degree of discretion that the law has varies widely between the two cases. The state cannot but attribute the quality of legal capacity to a person, as long as he exists and shows a reasonable sign of subsistence. On the other hand, in recognising corporate bodies as having legal capacity, the state has much more freedom; among other things, it cannot choose not to examine the ends and means of any body that aspires to become a legal person, to ensure that they are legal.

The development of the study requires, accordingly:

1. Justification showing that legal capacity is a single quality.

2. Explanation of that quality in individual or natural persons, which necessitates a distinction between legal personality and legal capacity, a distinction that is merely nominal but not substantive in the authors.

3. Reflection on what legal capacity is in corporate bodies, a point that is ultimately obscured by would-be attempts to bar intervention by the state in the acknowledging of personality in corporate persons, on the pretext that the fundamental right of self-organisation so requires.

Lastly, the meditations put forth are applied to the controversial case of civil societies, a field in which, as is well known, there has been a notorious and striking change in the doctrine of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, which is disputable at the least.

(Trabajo recibido el 8-4-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1997.
- ALONSO LEDESMA, Carmen: Vid. obra colectiva *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, vol. 2.º, pág. 963, Civitas, Madrid, 1994.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «El origen de la doctrina *ultra vires* en el «Common Law», *AAMN*, tomo XXX, vol. I, pág. 643.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentarios a los artículos 35 a 39», en los *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «Comentarios a los artículos 35 a 39 y 1.665 a 1.770», en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Edersa, Madrid, 1986.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1976.
- *La persona jurídica*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1984.
- DE COSSÍO CORRAL, Alfonso: «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», *ADC*, 1954/II, pág. 623.
- *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1975.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: *Alcance de la personalidad de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, 11.ª ed., Madrid, 2003.
- DORAL GARCÍA, José Antonio: «La personalidad jurídica (De la libertad formal a la libertad civil)», *Revista de Derecho Privado*, 1977, pág. 104.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, José María: «La subjetivación de las sociedades de personas», en *Derecho de Sociedades*, vol. I, pág. 121 (homenaje a SÁNCHEZ-CALERO), McGraw Hill, Madrid, 2002.
- FERRARA, FRANCISCO: *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción española de la segunda edición italiana. Edit. Reus, Madrid, 1929.
- GALGANO, FRANCESCO: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, tomo XXVIII. Giuffrè Editore, Milán, 1982.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: *Personalidad jurídica y responsabilidad de las Asociaciones*. Trabajo aún inédito presentado en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrado en Alicante en mayo de 2004.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. NICOLÁS: «Sociedad y contrato en una prevista futura regulación de las sociedades mercantiles en el Derecho español», *Revista La Ley*, 2 de mayo de 2003.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)», *Actualidad Civil*, 2001, núm. 31, pág. 1087.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: *Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones sobre el Derecho español, después de la Ley 50/ 2002, de 26 de diciembre*. Trabajo aún inédito presentado en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrado en Alicante, en mayo de 2004.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles (contra la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», *Revista La Ley*, 1997-4, D-232.
- «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, 1993/I, pág. 5.
- PAZ-ARES, Cándido: «Comentarios a los artículos 1.665 a 1.709», en los *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco: *Principios de Derecho Mercantil*, McGraw Hill, Madrid, 2000.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los Derechos español, francés e italiano», *ADC*, 1999/IV, pág. 1435.
- VALENZUELA GARACH, Fernando: «Un panorama general del problema de la personalidad jurídica de los entes sociales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, núm. 11, pág. 351.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: *La sociedad irregular*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles (comentario a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», *Revista General de Derecho*, enero-febrero de 1998, pág. 654.
- ZATTI, Paolo: *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padua, 1975.