

Gómez Montoro, Ángel J.

Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido Constitucional del derecho de asociación,
Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2005.

195

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales ha publicado en fecha reciente un libro que lleva por título *Asociación, Constitución, Ley*. Su autor, Ángel J. Gómez Montoro, es profesor ordinario de Derecho Constitucional. Actualmente ocupa el cargo de Rector de la Universidad de Navarra. El trabajo mereció en su origen el premio Francisco Tomás y Valiente, en su edición 2003.

Aunque el libro versa sobre el contenido constitucional del derecho de asociación (como así figura en el subtítulo de la obra, conforme al texto del artículo 22 CE que reconoce ese derecho), su lectura atenta ilustra el marco general de las sociedades también en Derecho privado. De manera que el marco institucional resulta enriquecido teniendo presente esa interpretación constitucional. Ninguna duda cabe del interés que ofrece en nuestros días un estudio del fenómeno asociativo situado precisamente allí, en la confluencia entre Constitución y Derecho privado. Ese enfoque de las funciones de la interpretación constitucional atrae la atención del lector por no ser el usual.

El libro parte del análisis de la libertad asociativa, que sirve al autor de hilo conductor para delimitar y desarrollar el tema. La libertad asociativa se considera como “agrupación voluntaria de personas nacida del ejercicio de la libertad”.

196 La interpretación efectuada de la norma constitucional, con base en la libertad configuradora, amplía la garantía constitucional a crear entidades y no se reduce a garantizar las ya establecidas. Para identificar el contenido del derecho el autor trata de definir el significado de los términos de los que ha sido susceptible el derecho de asociación a través de la historia -“ un poco de historia”- y con precisión terminológica aclarar cuestiones “todavía pendientes de solución”, como las relaciones entre la Asociación y las sociedades civiles y mercantiles.

Entre estas remisiones al legislador histórico trata de los diversos puntos de vista, económico, ético y político, sobre las sociedades civiles y mercantiles. Efectivamente, en el siglo XIX se rompe la distinción entre Asociación y Corporación por el recelo que los Cuerpos intermedios suscitaban al Estado liberal. El momento culminante del rechazo desde posturas liberales fue la Constitución de 1781, que lleva como impronta el estilo a la usanza francesa de la tabla rasa: ya no hay Corporaciones, ni Cofradías, ni Congregaciones, ni Gremios.

El control del derecho a crear Asociaciones se recrudece en España en las Constituciones de 1869-1876, y en la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887.

Expone el autor el contraste entre Asociaciones “ ideológicas” - donde se incluyen las entidades sin ánimo de lucro-, y las sociedades con ánimo de lucro o ganancia. Entre estas últimas se comprenden las sociedades civiles o mercantiles. Esta distinción se observa en el texto literal del artículo 35 del Código civil, tomado como criterio para clasificar las personas jurídicas. Dicho precepto refleja el histórico recelo hacia las organizaciones privadas y está en relación con el artículo 1665 del mismo Cuerpo legal, que define el contrato de sociedad civil. En estas sociedades, sean civiles o mercantiles, predomina el carácter contractual. La libertad contractual, y en esa medida la libre iniciativa privada, encuentran en los estatutos la regla

prioritaria de su funcionamiento, siempre dentro de los límites que el ordenamiento jurídico permite a la libertad de pacto.

De la misma manera, el régimen jurídico de la compañía mercantil se basa en la libertad contractual. Así se establecía ya en el artículo 117 del Código de comercio de 1886: el contrato de compañía mercantil, celebrado con los requisitos esenciales del derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código. Sigue, por tanto, el principio de libertad de forma, ya introducido en nuestro Derecho desde el Ordenamiento de Alcalá.

Incluso la jurisprudencia había introducido ya como principio informador la libertad de pacto o autonomía de la voluntad. En este sentido, es expresiva la Sentencia de 9 de enero de 1872 al confirmar que, aun cuando una sociedad no se haya constituido con los requisitos que exigen los artículos 284 y 286 del Código, no por eso dejarán de tener fuerza legal los contratos y obligaciones contraídas por terceros, siempre que unos y otros se hayan subordinado a las reglas ordinarias del derecho común en su esencia. Las cláusulas y condiciones de sus contratos son las que rigen el contenido, y en lo no previsto en ellas lo prescrito por las disposiciones de este Código.

La jurisprudencia recaída sobre la sociedad y sus clases es, por tanto, anterior a la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887.

Ahora bien, el recelo ante las Asociaciones se dirigió a las sociedades anónimas y la actitud de prevención hacia las Fundaciones dotadas de un régimen jurídico que hoy se califica de “vetusto”, conforme a la Ley 50/2002 de 26 de diciembre.

Régimen común a todo tipo de Asociaciones

¿En qué medida incide la Constitución en el desarrollo del derecho de asociación? El capítulo III del libro se dedica a examinar la proclamación del Derecho de asociación en la Constitución de 1978:

“Se reconoce el derecho de asociación”. En este capítulo se exponen los rasgos generales del contenido esencial del derecho de asociación y se advierte de la generalización actual del reconocimiento del derecho de asociación en Europa.

El artículo 22 de la Constitución, que es la norma común a toda manifestación asociativa, permite distinguir los aspectos característicos de la libertad asociativa. El autor insiste a lo largo de la obra en que ha de tenerse en cuenta la doble vertiente de ser un derecho individual de ejercicio colectivo y el ámbito creador del que puede nacer una nueva entidad, agrupaciones de base asociativa. La garantía constitucional estará también al servicio de esa nueva entidad.

Una nueva entidad creada al calor de la libertad asociativa es susceptible de asumir diversas formas asociativas o modalidades. La razón fundamental estriba en que en el Derecho de asociación, considerado como elemento estructural básico del Estado social y democrático, se sitúa la Asociación “al servicio de la libertad del individuo”. El autor del libro enlaza de manera armoniosa esa libertad creativa con la titularidad de derechos fundamentales y, por tanto, la persona jurídica se eleva con la dignidad de la persona. No cabe duda de que este planteamiento es consecuente con la justificación del desarrollo institucional del derecho de asociación en nuestros días.

Asimismo, al estar basada en la libertad garantiza la creación de modalidades de Asociación con desenvolvimiento libre, sin el obstáculo de un intervencionismo mal entendido. Naturalmente, siempre que no persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, conforme a lo dispuesto en el texto del artículo 22 en su apartado primero.

Al instalarse en la cúspide de la Constitución como norma fundamental, la libertad asociativa no se reduce a sus expresiones más generalizadas con régimen jurídico establecido sino que se matiza y materializa en una pluralidad de tipos. En definitiva, no consiste en el tipo la nota esencial característica del derecho.

Con este enfoque cobra también mayor luminosidad la fundamentación de las soluciones a los problemas que suscitan los supuestos de ilicitud de las Asociaciones o de las sociedades. Así se explica, por ejemplo, que una vez constituida la persona jurídica, el ulterior abuso de la personalidad de pie para el “levantamiento del velo” (*lifting the veil*) y que esta medida, a su vez, tenga carácter excepcional. Aunque no sea la finalidad pretendida, la esencia de la garantía constitucional sirve para excluir de su ámbito las asociaciones o sociedades con fin ilícito.

La persona jurídica constituida conforme a Derecho es titular de derechos fundamentales, tanto la libertad de expresión como el derecho al honor.

La libertad asociativa dinamiza formas participativas, como asociaciones de medio ambiente, de consumidores o ONG, en las que importa la nota de impulso y tutela. La libertad asociativa, en definitiva, es elemento básico del Estado social y democrático (STC. 173/1998).

Garantías mínimas

Definida la Asociación, su base jurídica y sus fines, a lo que se dedican los capítulos IV y V, el autor analiza el contenido del derecho de asociación y los límites de su ejercicio: la libertad positiva de crear y la negativa de excluir de su ámbito de protección las que no reúnen las notas características de la base jurídica. El estudio detallado de estos puntos dispone el camino expedito para adentrarse en el espinoso campo de la tensión entre libertad y la ley. El último capítulo entra de lleno en el palpitante problema de las competencias entre legislador estatal y legisladores autonómicos.

El contenido colectivo de la libertad de asociación sugiere el interrogante de ¿por qué hay que tutelar una organización?, ¿cuál es el ámbito que realmente abarca el derecho?

La tutela jurídica llega a cada tipo, aunque la labor de configuración no sea irrelevante al legislador, como puede serlo la limitación de responsabilidad o la separación de patrimonios. El acceso a la “forma legal” establecida no se puede negar si concurren los requisitos. Cuestión distinta son los límites en la estructura, organización y gestión.

Extensión y límites

Por lo que se refiere a la extensión, la libertad asociativa se aplica con régimen constitucional específico a los partidos, organizaciones profesionales y asociaciones empresariales. Elegir entre los fines no prohibidos cae dentro del artículo 22 CE. Desde luego, las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar quedan prohibidas por mandato constitucional. Dichos fines no son objeto de protección por el artículo 22.5 CE. La limitación de la libertad sólo será admisible cuando venga impuesta por la relevancia del fin público que se persigue, así como por la imposibilidad de obtener tal fin sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo (STC, nº139/89, fundamento jurídico 2º).

Las entidades excluidas del artículo 22 son las fundaciones y sociedades unipersonales, las Asociaciones no voluntarias y las organizaciones no estables, que se analizan en el capítulo VI. Este aspecto sin duda es discutible por las concomitancias en la concepción de la empresa y la resonancia de fuentes de rango internacional. La coherencia con la interpretación que se sigue del planteamiento del libro es clara: en uno de los supuestos su exclusión se debe a la ausencia de voluntariedad; en el otro, a que la base jurídica carece de permanencia.

Las relaciones entre el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho de asociación y el de libertad del legislador pueden plantear colisiones.

La libre creación de grupos sociales es esencial para el Estado social y democrático moderno.

El ámbito del derecho que proclama el artículo 22 es la libertad de crear asociaciones. La de incorporarse a las ya existentes y abandonarlas alcanza la protección a la ley misma.

Concepto y límites

El profesor Gómez Montoro define la Asociación por estas notas:

- 1º. Es unión de personas, agrupación de dos o más.
- 2º. Es unión voluntaria, la voluntariedad abarca el carácter voluntario y estable.
- 3º. La unión voluntaria de personas se dirige a un fin común, aparte de otros fines autónomos.

Estos elementos característicos, que están entrelazados entre sí, son los que entran en la definición de asociación como *universitas personarum*. Se unen personas físicas o jurídicas que son titulares de deberes fundamentales. Una asociación no puede estar integrada por una sola persona y no gozará de protección a efectos del artículo 22 CE aunque se acoja al abrigo de la tutela que puedan dispensarle el Derecho mercantil o civil como sociedad unipersonal, que puede ser dependiente o socia de una empresa más amplia.

Es también compleja la cuestión en torno a los derechos fundamentales de las empresas mixtas y las entidades con participación pública. La sociedad necesaria no es sociedad, porque falta la nota de voluntariedad. La estabilidad se añade a la nota de organización, comprende la actuación organizada.

Como *comunidad* de fines se distingue de la simple *agregación* de fines individuales; todos los participantes deben contribuir. Los fines entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Se excluyen fines ilícitos y medios delictivos, como pueden ser la compraventa de inmuebles que persigue el bloqueo de dinero o la caza en época de

veda. La pluralidad de fines lícitos e ilícitos ampara unos y excluye otros, que pueden llegar a la disolución que depende de las infracciones tipificadas (artículo 515 CP).

Elementos distintivos entre sociedad y asociación

La problemática de las sociedades civiles y mercantiles, que se analiza con detalle en el capítulo VI, tiene en Derecho privado especial relevancia. Forma parte de las cuestiones “pendientes de solución” a las que el autor se refiere en la introducción del libro.

Gómez Montoro se inclina por la concepción más amplia del derecho de asociación, que es la que a su juicio permite la interpretación sistemática y teleológica del artículo 22 CE. La tensión entre la ley y la libertad de asociación encuentra aquí una de las manifestaciones prácticas. “El artículo 22 CE garantiza la libertad de crear asociaciones pero no de acceder a los tipos legalmente previstos sin cumplir los requisitos exigidos por leyes”. Naturalmente, siempre que éstos sean respetuosos con la libertad de asociación. El artículo 22 CE no excluye, en consecuencia, ningún tipo de sociedades. Para gozar de la garantía que ofrece el derecho constitucional de asociación, salvo los constitutivos de delito, serán reconocidas sólo por razón de sus fines.

a) Sociedades con ánimo de lucro

¿Gozan de la garantía que ofrece el derecho constitucional de asociación las sociedades con fin lucrativo? La distinción entre asociación y sociedad con base en la función delimitadora del ánimo de lucro está hoy desechada como construcción teórica. Ciertamente que la distinción se advierte en la motivación de algunas resoluciones de los Tribunales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 se adhiere, por ejemplo, a la tesis de que el derecho de libre asociación no alcanza a las que tienen fin lucrativo (bancos y entidades mercantiles). La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23/1987, sobre sociedad anónima, destaca que en la reforma de estatu-

tos predomina la unión de capitales sobre la unión de personas. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 96/1994 insiste y repite el argumento frente a la sentencia que anula la exclusión de socios con pérdida de la vivienda, aunque utiliza fórmulas evasivas. La LODA mantiene un criterio restrictivo, cerrado a tipos determinados aplicación a las Sociedades Cooperativas, Mutualidades, Comunidades de bienes o de propietarios.

En la respuesta a si forma parte del derecho fundamental crear asociaciones con ánimo de lucro, es decir, si el ánimo de lucro es criterio delimitador del ámbito garantizado por la libertad asociativa, el autor se inclina de manera persuasiva por no excluir del derecho de asociación a las sociedades de capital en cuanto afectan al núcleo de referencia de la libertad asociativa. Observa que la garantía constitucional puede buscarse además por otras vías, como pueden ser la protección constitucional de la autonomía privada, dado el carácter contractual, o la libertad de empresa, pero quedarían cerradas otras modalidades no tipificadas en ese concepto.

El artículo 38 CE proclama la libertad de empresa como libre iniciativa privada en materia económica. El principio de libre asociación y de autonomía privada no excluye que existan sociedades sin ánimo de lucro, pero en todo caso es la legalidad la que debe interpretarse desde la Constitución y no a la inversa.

La interpretación restrictiva dejaría fuera a las Cooperativas. Si se excluye el criterio del ánimo de lucro quedan comprendidas y, en consecuencia, gozan de garantía frente a cualquier lesión o intromisión de poder público.

b) Derechos de los socios

El interés común exige que se cumplan los estatutos, pero siempre que sean conformes a la Constitución y a las leyes. En la promoción de sociedades no se puede acceder a los tipos previstos sin cumplir las leyes.

204 El socio acepta el cambio de condiciones que corresponden a la mayoría estatutariamente prevista, y puede evitarlo abandonando.

Las reglas de la libertad se extienden a estos aspectos: a) elección de la sede o domicilio social; b) elección de fines, libertad de fines comunes; c) elección de nombre; d) dotarse de estatutos propios, e) libertad de contenido.

La libertad negativa consiste en no crear y abandonar la organización.

Tampoco los Colegios profesionales son asociaciones, aunque la afiliación sea obligatoria. La creación del Colegio debe hacerse por ley.

La libertad y la ley

El capítulo IX lleva por título “Asociación y ley” y versa sobre el ámbito de aplicación que algunos llaman Constitución en sentido material. En él se exponen dos aspectos de máximo interés que, a mi juicio, corresponden al problema general de la *tensión* entre ley y libertad, y al problema particular de las competencias. El primero de ellos se refiere a la tensión entre la libertad configuradora y la ley con las injerencias del poder público. El segundo atiende al *conflicto* entre principios, como el de igualdad y diversidad, que se suscita en las reglas que delimitan la competencia.

Para el autor, la libertad configuradora no se agota en una lista cerrada de tipos asociativos. Como libertad, está abierta, se interpreta en sentido amplio. Ahora bien, en el contexto funcional cuenta con la ley, en particular por la exigencia de evitar eventuales perjuicios de terceros. Los preceptos concretos que regulan cada tipo asociativo son siempre aplicables, “al margen pero no en contra” de las reglas constitucionales. De manera que la interpretación de los preceptos que regulan los tipos establecidos es compartida con la interpretación constitucional, con la que no cabe oposición. La extensión de la libertad configuradora viene a ser la regla general aplicable en cualquier caso como criterio razonable para resolver problemas.

En el conflicto entre principios de igualdad y diversidad que se suscita a efectos de competencia, la solución no coincide con una regla general de la que puedan seguirse consecuencias sino que requiere un método empírico del caso concreto, no deductivo.

El autor se detiene en esas otras reglas que globalmente se califican de secundarias, como las que regulan las competencias. El problema del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de derechos fundamentales suscita numerosas cuestiones. A ellas atiende el título competencial previsto en el artículo 149.1.1. Este artículo habilita al Estado para regular el contenido primario del derecho, que abarca las posiciones fundamentales, las condiciones básicas y los límites esenciales en el ejercicio del derecho de asociación.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 173/1998 indica los títulos competenciales, con argumentos que el profesor Gómez Montoro valora como poco matizados. Parece, en efecto, más oportuna su opinión de atender caso por caso a los títulos competenciales afectados.

En la vertiente interna

Los requisitos mínimos indispensables comprenden la organización (autonomía organizativa), el funcionamiento interno, la determinación y cumplimiento de los estatutos propios, los derechos y deberes de los asociados.

En cuanto a la organización, la Asociación tiene personalidad jurídica propia y en la actividad externa sólo pueden actuar por ella sus representantes orgánicos. En cuanto al desenvolvimiento interno, cualquiera puede darse de baja en la Asociación, lo que no obsta para que continúen vigentes las obligaciones contractuales ya contraídas respecto de la misma.

La unidad jurídica y moral que constituye la Asociación es la medida del acto de integración. En ella se basa el principio constitucional

206 de reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas.

Apreciación de conjunto

No es posible agotar en corto espacio una descripción amplia y detallada de cuantos matices y pormenores contiene cada uno de los extremos analizados en esta obra. De su lectura atenta cabe destacar el riguroso empleo de la técnica jurídica para delimitar las cuestiones tratadas, la interpretación jurídica, la manera de conducir la fijación de conceptos a los modos de aplicación práctica, siempre con referencia, favorable o crítica, a las resoluciones de los tribunales, ponderada con la finura de quien ha sido letrado al servicio del Tribunal Constitucional. Es encomiable la labor de calificación efectuada sin perderse ni sobreabundar en las notas comunes o en las diferencias. La decidida fundamentación en el derecho de libertad permite al autor trazar los confines de la garantía constitucional entre lo permitido y lo excluido cuando existen dudas para la toma de decisión interpretativa.

En definitiva, este libro es un buen exponente de la apreciable labor realizada en la exégesis de una norma fundamental, sobre la calificación de los tipos asociativos, la fundamentación y análisis en la selección de criterios y razones jurídicas para ilustrar las posibles soluciones a problemas suscitados en la práctica. Por la materia tratada ofrece un estudio sugerente que permite volver sobre la personalidad jurídica desde su desenvolvimiento constitucional. La persona jurídica es una de las aportaciones de la ciencia jurídica que resulta hoy indispensable en el desenvolvimiento económico, social y político de la sociedad moderna. El ámbito constitucionalmente garantizado de la personalidad jurídica permite una clara visión de la titularidad de derechos fundamentales. En la interpretación correcta de las reglas constitucionales encuentra un sólido apoyo. Es de agradecer la extensa y selecta bibliografía.

José Antonio Doral García