Novenes Jornades de Dret Català a Tossa, 1996

Algunos aspectos competenciales de la Ley 30/1994: en particular, la nueva interpretación legislativa del artículo 149.1.1 CE

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

Becario de Investigación del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona

1. Consideraciones previas

La promulgación de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, *de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* ha constituido un intento de ofrecer a aquéllas un régimen jurídico con pretensiones de completud. Sin embargo, la ley no sólo plantea cuestiones novedosas desde el punto de vista de la delineación del derecho de fundación sino, además, desde otra perspectiva típicamente constitucional: la del sistema de distribución competencial.

Desde este punto de vista, la ley ha supuesto el primer intento estimable del legislador estatal de singularizar y aplicar en toda su significación el artículo 149.1.1 CE en una norma legal. Antes de justificar esta afirmación quizá convenga, sin embargo, apuntar brevemente algún aspecto de la problemática que este precepto ha planteado en la doctrina científica y en la jurisprudencial.

Como es sabido, la Constitución distribuye competencias normativas entre Estado y Comunidades Autónomas de modo tal que, a diferencia de lo que ocurre en algunos países de nuestro entorno, tales competencias no se entregan en todos los casos a un solo ente (Estado o Comunidades Autónomas) que normaría sobre la materia de que se tratase de modo ilimitado, sino que en algunos supuestos aquél y éstas pueden dictar normas sobre una misma materia. Dejando de lado los supuestos -escasos- de competencias en virtud de las que tanto Estado como Comunidades pueden normar sobre cualquier aspecto de la materia, lo normal es que aquella concurrencia se organice mediante el otorgamiento al Estado de la facultad de dictar las bases y a las Comunidades el desarrollo, técnica ésta muy común en Derecho comparado.

La Constitución incorporó, contra lo que es habitual en la práctica totalidad de los restantes textos constitucionales, una cláusula en que, a simple vista, se procedía a repartir competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de derechos y deberes constitucionales. Sobre ella la doctrina constitucionalista ha debatido largamente con resultados muy dispares. Para la mayor parte de los autores que han tratado el tema, la cláusula no guarda relación alguna con la técnica bases-desarrollo, y no hace otra cosa que consagrar una competencia exclusiva del Estado que permite a éste intervenir siempre que sea preciso para mantener la igualdad entre los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y deberes. En otros casos, aquella igualdad se identifica con la igualdad sustancial que recoge el art. 9.2 CE y, yendo aún más lejos, algún autor ha afirmado que el precepto permitiría al Estado otorgar subvenciones y destinar dotaciones económicas a cualquier finalidad, aun sin una cobertura competencial específica. Ante la extensión desmesurada que con estos razonamientos se podía llegar a otorgar al artículo 149.1.1 CE, no ha faltado quien ha predicado de éste un carácter más hermenéutico que competencial, de modo que serviría para interpretar el alcance de otros títulos competenciales del Estado pero no para fundar por sí mismo poder de intervención alguno.

Frente a todo lo expuesto, un sector doctrinal minoritario ha incluido el art. 149.1.1 CE entre aquellos que acogen la técnica bases-desarrollo, de modo que operaría un reparto competencial sobre los derechos y deberes constitucionales entre Estado y Comunidades Autónomas. Ello arroja como consecuencia inmediata la consideración de que no estamos ante el otorgamiento al Estado de un poder de intervención ejercitable siempre que éste considere que es preciso dictar una norma que venga a asegurar la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes constitucionales, sino simplemente ante la concesión al mismo de la facultad de dictar las bases relativas a esos derechos y deberes, quedando toda normativa posible que exceda de ello en manos de las Comunidades Autónomas que puedan exhibir un título competencial sobre la materia de que se trate.

Una interpretación tal no había sido hasta el momento refrendada ni por la jurisprudencia constitucional, bastante errática en la materia y que había dado pie a fundar las más variadas interpretaciones, ni tampoco, en lo que ahora nos interesa, por la legislación estatal, hasta la promulgación de la ley de fundaciones.

Efectivamente, la ley presenta una apreciable innovación en materia competencial: toma partido por una de las posibles utilizaciones del artículo 149.1.1 CE, y precisamente por la que resulta más respetuosa con el principio de

autonomía, trazando un entendimiento de aquél como precepto que reserva al Estado las bases, y por consiguiente lo fundamental, aquello que define y delinea el núcleo de algo, en este caso los derechos y deberes constitucionales. De este modo, el precepto asegura una igualdad ceñida tan sólo a lo esencial, esto es, a aquello que es preciso que sea igual en todo el territorio del Estado so pena de introducirse diferencias entre los ciudadanos que excedan de todo parámetro de razonabilidad, por afectar a los elementos definitorios del derecho o deber.

Y es que tales elementos no pueden, por lógica, ser distintos en las diversas partes del territorio, por cuanto no es aceptable que, por ejemplo, lo que es fundación en una parte del mismo no lo sea en otra, o que quienes pueden impulsar una fundación en Aragón no puedan en Andalucía, o que el fin fundacional que es considerado aceptable en Galicia sea reputado ilícito en Murcia.

La innovación es tanto más apreciable por cuanto hasta ese momento el legislador estatal había venido utilizando el artículo 149.1.1 CE siempre en compañía de otros, y sin señalar en ningún caso qué artículos de la norma se dictaban al amparo del mismo. De este modo, cuando el legislador consideraba que determinada norma podía dictarse al amparo del artículo 149.1.1 CE, efectuaba una cita genérica en la Exposición de Motivos, muy frecuentemente acompañada de otras tantas referencias a otros subapartados del art. 149.1, de modo que resultaba sumamente complejo asegurar qué artículos de la norma se dictaban específicamente al amparo del subapartado primero, por constituir condiciones básicas. En otras ocasiones, incluso, cabía preguntarse si la presencia del art. 149.1.1 CE al lado de una larga serie de títulos competenciales no obedecía más a una defectuosa técnica legislativa que, mediante la acumulación de títulos, pretendía justificar la norma globalmente, que a una auténtica relación de dicho precepto constitucional con determinados artículos de la norma que constituirían condiciones básicas.

Sea como fuere, lo cierto es que la ley enfoca el artículo 149.1.1 CE desde la perspectiva de su identificación con la técnica de la legislación compartida. Aceptada, entonces, dicha pertenencia de la especie "condiciones básicas" al género de la legislación compartida, pertenencia deducida incluso de su propio tenor literal, todavía se podría ir más allá propugnando una interpretación del concepto de "condiciones básicas" de un alcance más restrictivo que el de cualquiera de los otros términos que la Constitución maneja en sede de legislación compartida (normas básicas, legislación básica, bases) de modo que esa variedad terminológica cobrase sentido y, distinguiendo donde el constituyente ha distinguido, considerásemos que, en el art. 149.1.1 CE, de entre lo básico no todo viene deferido al legislador estatal, sino sólo las condiciones, entendidas éstas como aquellas notas que definen directa e inmediatamente el contenido primario del derecho o deber, y que describen el reducido círculo de lo que, en un Estado compuesto, es preciso que sea igual para todos dentro del régimen jurídico de tal derecho o deber, so pena de establecerse diferenciaciones irrazonables. De este modo, no sólo se otorga virtualidad a las diferenciaciones que el propio constituyente ha querido hacer sino que se ubica con un contenido específico la referencia a las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE y se da a éste un contenido respetuoso con el principio de autonomía.

Desde esos parámetros va a ser examinada la ley de fundaciones en sus aspectos competenciales y, desde luego, de ella puede avanzarse que no sólo ha intentado dotar al art. 149.1.1 CE de un significado propio, ligándolo a preceptos concretos, sino que además éstos se aproximan en muchos casos a esa visión del art. 149.1.1 CE antes propuesta por la que se daba a éste un alcance restrictivo respetuoso con las competencias autonómicas, tanto más necesario en materia de derechos y deberes por cuanto es difícil imaginar una materia que no pueda incidir, directa o indirectamente, sobre los mismos. De ese modo, las Comunidades Autónomas con competencia sobre fundaciones van a poder ejercerla realmente, sin que el entendimiento del art. 149.1.1 CE como título transversal de potencialidad prácticamente ilimitada les prive de ello.

2. Análisis de la Ley en sus aspectos competenciales relacionados con el art. 149.1.1 CE

2.1. Invocación del artículo 149.1.1 CE en la Ley. Consecuencias de la misma

Desde la propia Exposición de Motivos, el legislador toma conciencia de la necesidad de que la regulación del derecho de fundación debe realizarse por ley, y respetándose el sistema de reparto competencial. En el apartado primero de la misma se indica que:

"La necesidad ineludible de actualizar la legislación sobre fundaciones viene determinada, de un lado, por el artículo 34 de la Constitución, que reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley y, de otro lado, por la importancia que en la vida social ha adquirido el ejercicio del indicado derecho de fundación. La reserva de ley sobre este derecho es establecida por el artículo 53 del Texto Constitucional".

Expresamente, en el apartado II, el legislador enumera como una de las finalidades perseguidas con esta Ley la de:

"a) Acomodar la regulación de las fundaciones a la Constitución y a la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas".

Consiguientemente, el apartado IV procede a enumerar los títulos competenciales en que el legislador estatal se ha basado para emitir esta Ley, citando los artículos 149.1.1, 6 y 8 de la Constitución. Hasta el momento, como se ve, nada ha variado respecto de los usos tradicionales, pero a partir de aquí se produce el giro decisivo, porque el legislador no se conforma con la cita genérica de tales preceptos sino que procede a singularizar cada uno de ellos y a indicar qué materias quedan cubiertas por cada cual, entre ellos el artículo 149.1.1. Veámoslo:

"El Título I de la ley se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.1, 6 y 8 de la Constitución.

En primer lugar, el artículo 149.1.1 atribuye al Estado competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

El derecho de fundación queda incluido entre aquellos cuyas condiciones básicas igualitarias pueden ser reguladas por el Estado. La presente ley incluye preceptos que deben ser integrados dentro de tal categoría de normas y que por tanto corresponde al Estado regular, tal y como se recoge en la Disposición Final primera, punto 1, en tanto en cuanto son condiciones básicas del derecho de fundación y conciernen al concepto legal de Fundación: los beneficiarios, la capacidad de constitución y sus modalidades, la exigencia de un órgano de gobierno y representación, las causas de extinción y sus formas y los fines del Protectorado".

Por de pronto, pues, debe observarse que el legislador ha configurado el artículo 149.1.1 CE como un precepto que le atribuye la competencia de dictar ciertas cuestiones que considera "condiciones básicas", después se verá con qué significación y alcance. Por lo demás, también indica la virtualidad del art. 149.1.8 CE (legislación civil) que proyecta sobre muy variadas materias. Lo propio hace en relación al artículo 149.1.6 CE (legislación procesal) pero directamente en la Disposición Final. Otras invocaciones a artículos tales como el 149.1.14 CE se desarrollan en otros lugares de la Exposición pero no han de resultar de interés a los efectos que nos ocupan.

En definitiva, el legislador entiende que todas esas cuestiones amparadas en los mencionados subapartados 6, 8 y 14 del art. 149.1 CE no reúnen las características propias de una condición básica del artículo 149.1.1 CE, lo que no significa que no vayan a poder ser reguladas por el Estado en virtud de otro título, como así ocurre, sino sólo que exceden del reducto que abarca este último precepto y se ubican mejor en otros títulos de contenido más concreto.

Ciertamente, también hubiera podido optarse por afirmar que el artículo 149.1.8 CE opera como *lex specialis* respecto del 149.1.1 CE y que atrae, por tanto, todo lo referente al derecho de fundación. Sin embargo, una conclusión tal hubiera pecado de excesiva generalidad. De haber existido un título competencial referido expresamente al derecho de fundación, poca duda cabe de que, efectivamente, el principio interpretativo según el cual *lex specialis derogat generalem*hubiese llevado a la aplicación exclusiva de ese hipotético título específico. Así ha de suceder en materia de derecho a la educación (art. 149.1.30 CE), por citar un ejemplo. Sin embargo, renunciar a la aplicación del art. 149.1.1 CE por entender que la genérica invocación a la legislación civil que realiza el 149.1.8 CE absorbe toda la regulación del derecho de fundación supone olvidar que, por su parte, y aunque con un grado de abstracción no menor, también el art. 149.1.1 CE se refiere a los "derechos y deberes constitucionales", sin que quepa discusión acerca de que el derecho de fundación es uno de ellos. Por consiguiente, la invocación del art. 149.1.1 CE a las condiciones básicas del derecho no parece que pueda ser desplazada por la referencia a la legislación civil en el art. 149.1.8 CE, que se extenderá, por consiguiente, sobre aquello que el artículo antes citado no abarque, y siempre con respeto a las posibles competencias autonómicas invocables en la materia, y especialmente a los Derechos Forales.

La ley opta, pues, correctamente por efectuar esa distinción, y la concreta en su Disposición Final primera, autotitulada "aplicación de la ley", cuyo apartado 1º expone que:

"Los artículos 1.1; 2.1 y 2; 3; 6.1; 7.1 y 2; 12.1; y 29, constituyen las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, y son de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1 de la propia Constitución".

Corresponde ver, en definitiva, a qué se refieren esos artículos o, lo que es lo mismo, cuál es el alcance que el legislador ha querido dar al art. 149.1.1 CE.

2.2. Cuestiones conceptuales. Configuración elemental de la fundación

2.2.1. Cuestiones de identificación del ente resultante del ejercicio del derecho de fundación: concepto de fundación (art.1)

El artículo 1, primero de los dictados bajo la cobertura del art. 149.1.1 CE, pretende ofrecer un concepto de

fundación subrayando los elementos de carencia de ánimo de lucro y de afección de un patrimonio a un fin de interés general, así como enunciar las normas por las que se debe regir la fundación: la voluntad del fundador, los estatutos y la presente ley. Con ello, por consiguiente, se delimita el aspecto más básico, más nuclear posible del derecho de fundación: el concepto de ésta. Pocas dudas pueden plantearse acerca de la pertenencia de una cuestión tal al círculo de las condiciones básicas destinadas a garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos: rápidamente se observa que, de existir diferentes conceptos de fundación en diferentes lugares del territorio ello determinaría una disimilitud en el ejercicio del derecho de fundación que no puede calificarse de razonable, pues, aun con todas las dudas que puedan rodear la determinación de lo que sea o no la razonabilidad de una medida o regulación, parece que ésta abarca en todo caso la exigencia de que el propio concepto del elemento que caracteriza al derecho sea igual para todos los ciudadanos.

2.2.2. Desarrollo primario del concepto

a) Determinación indirecta de las condiciones básicas a través de la enumeración de supuestos genéricos (art. 2.1)

El artículo 2.1 enumera los fines a que puede dedicarse la fundación, en términos sumamente amplios. Constituye, por tanto, una operación ulterior de concreción de uno de los elementos enumerados en el artículo 1: el del fin de interés general. Con todo, la amplitud del precepto es tal (acaba cerrando la enumeración con la frase "y otros [fines] de naturaleza análoga") que difícilmente puede decirse que cumpla su función de ayudar a delimitar el concepto. Más bien parece que el legislador ha querido dar una enumeración *ad exemplum*, que sirva de pauta a la hora de aceptar o no una fundación como tal. En tal sentido, lo que constituye aquí condición básica no es tanto lo que se ve, la enumeración, ciertamente trabajosa e imposible de cerrar, sino lo que subyace tras ella: la razón de semejanza que lleva a proclamar la pertenencia de todas esas heterogéneas actividades (desde la asistencia social hasta los fines deportivos, del fomento de la economía a la promoción del voluntariado, por citar tan sólo algunas) al elenco de fines admisibles en una fundación. Y tal razón de semejanza no es otra que la de prestarse un servicio que revista interés para la comunidad, ya genéricamente, a través de la protección de bienes que afectan a toda ella (medio ambiente, sanidad, educación,...) ya a través de la prestación de servicios a colectivos de personas caracterizadas por alguna problemática común. La enumeración, por tanto, no es sino la concreción ulterior, y necesariamente aproximativa, de esa condición básica, y por ello mismo cabe dudar de su carácter de tal, pues más parece que son propios de las condiciones básicas los principios, y que el desarrollo en detalle de los mismos excede del ámbito de las condiciones básicas para corresponder, en todo caso, a títulos competenciales más amplios.

b) Previsiones en las que se excede el ámbito de las condiciones básicas (art.2.2)

El artículo 2.2 indica quiénes deben ser los beneficiarios de la finalidad fundacional, refiriéndose a colectividades genéricas de personas y aplicando a un caso concreto el alcance de este término. Lo primero es consecuencia necesaria de lo anterior y se aviene bien con lo que es la tarea de efectuar una concreción de los elementos ligados con mayor inmediatez al derecho de fundación, por lo que ninguna duda cabe acerca de su carácter de condición básica.

A continuación, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurría en materia de fines de la misma, no se realiza una enumeración ejemplificativa sino que tan sólo se hace referencia a un supuesto que el legislador pretendía que quedase claro que iba a ser considerado en lo sucesivo como fundación: se entenderán como colectividades genéricas de personas, reza el artículo, los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares. Como anteriormente, no parece que las condiciones básicas deban descender hasta la concreción del principio general, pues fácilmente excederemos aquello que es propio de ellas: siendo así que la finalidad fundacional ha de beneficiar a colectividades genéricas de personas, parece que deberá ser bajo el amparo de otros títulos competenciales (legislación civil, por ejemplo) que se deberá concretar si los colectivos de trabajadores constituyen o no una 'colectividad genérica' susceptible de beneficiarse de las finalidades de una fundación, cuestión que por lo demás no parece plantear excesiva dificultad. Y es que nos hallamos ante operaciones ulteriores de concreción y explicitación del derecho, de modo que se manifiesta con menos claridad la vinculación que puedan guardar con el art. 149.1.1 CE, a no ser que entendamos al mismo como atributivo al Estado de la posibilidad de establecer un régimen jurídico básico, sin más limitación en cuanto a su contenido que la que este adjetivo pueda demandar, lo que no es decir mucho vista la experiencia legislativa y la interpretación usualmente amplia que la jurisprudencia constitucional ha venido dando al término. Pero como parece que, y a esto se ha intentado aludir antes, el artículo 149.1.1 posee una significación emparentada pero algo distinta a la de las normas básicas, la legislación básica o las bases, habrá que discutir la corrección de la previsión de este apartado.

2.3. Existencia real de la fundación; a partir de cuándo sobreviene (art. 3). Extinción de la misma (art. 29)

Las cuestiones contenidas en el artículo 3, relativas a la adquisición de personalidad jurídica de la fundación y al Registro de Fundaciones hacen referencia a un hecho esencial (la existencia de la fundación) y guardan por tanto relación directa con lo que serían las cuestiones primarias relativas al derecho de fundación. Por una parte, resulta claro que una misma persona jurídica no puede comenzar a existir en momentos distintos en las diversas zonas del territorio, o que no es razonable que dependiendo del lugar de constitución de la fundación ésta vaya a tener un momento inicial diferente. Por ello el legislador exige en todos los casos para que pueda hablarse de existencia de una fundación la inscripción registral de la escritura pública de la misma, que sólo podrá denegarse por contravención a la ley. Se acumulan aquí diversos elementos que son considerados condiciones básicas: exigencia de escritura pública, exigencia de inscripción registral y previsión de cuándo podrá denegarse ésta. Todos ellos expuestos con la suficiente abstracción así como referidos a un tema lo suficientemente próximo al núcleo del derecho de fundación como para no resultar dudoso su carácter de condiciones básicas, y más cuando a su propia condición de cuestiones determinantes del ejercicio del derecho añadimos el hecho de que, efectivamente, de resultar distintas en diferentes partes del territorio se daría lugar a diferenciaciones irrazonables.

Por su parte, el artículo 29, reverso del anterior precepto dedicado a la constitución de la fundación, se refiere a las causas de extinción. Las causas previstas resultan un tanto heterogéneas; alguna de ellas enormemente abierta (la quinta: "cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos") y, en fin, alguna un tanto innecesaria, como la sexta ("cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes") pues si es causa de extinción cualquiera prevista en los estatutos o el acto de constitución, con más razón ha de serlo cualquiera prevista en una norma con rango de ley.

2.4. Cuestiones de capacidad: quién puede ejercer el derecho de fundación (art. 6.1)

El artículo 6.1 se detiene en la explicación de quiénes podrán constituir fundaciones (personas físicas y jurídicas) y no plantea ningún problema a la hora de incluirlo en el elenco de preceptos relativos a las condiciones básicas, pues ciertamente la cita de quiénes pueden ejercer el derecho de fundación, de quiénes son titulares del mismo, es una de las cuestiones esenciales en torno a todo derecho, que no puede resultar diversa a lo largo del territorio so pena de que aquél resulte desfigurado. La previsión resulta tanto más adecuada por cuanto que la determinación de cuáles sean los derechos que pueda ostentar como tal una persona jurídica no es ni mucho menos cuestión pacífica, sirviendo para ejemplificar esto, por citar un caso, la conocida discusión acerca de si las personas jurídicas poseen derecho al honor.

2.5. Cuestiones de forma (art. 7.1)

El artículo 7.1, siguiente en la lista de los dictados al amparo del 149.1.1, atiende a la cuestión de cómo pueden constituirse las fundaciones (actos *inter vivos* o *mortis causa*) y lo dicho a propósito del anterior artículo cabe decir, *mutatis mutandis*, de éste. Suscita, en cambio, perplejidad que el artículo 7.2 (formalidades de la constitución*inter vivos*) sea incluido en la citada lista, mientras que el 7.3 (formalidades de la constitución *mortis causa*) no figure en ella, teniendo en cuenta que ambos se limitan a hacer lo mismo: remitir al artículo 8 para determinar las formalidades de la escritura. De ello se puede derivar bien que tampoco el primero de ellos debía figurar, bien que el legislador ha olvidado incluir al segundo. La respuesta más plausible sería la primera, si se conviene que, en cuanto repiten lo dicho por el art. 7.1 resultan innecesarios y, por otra parte, en lo que no lo reiteran (remisión al art. 8 en cuanto a contenido de la escritura) no parecen referirse a condiciones básicas en el sentido antes apuntado. Es decir, no parece una contribución directa a la igualdad en el ejercicio del derecho de fundación el hecho de que las formalidades de constitución sean iguales en todas y cada una de las Comunidades Autónomas. El envío al artículo 8 (contenido de la escritura de constitución) que, en definitiva, vendría también, en virtud de ese llamamiento, a erigirse en miembro *de facto* del elenco de artículos que tratamos, ayuda a fundamentar la idea de que la inclusión del artículo 7.2 en aquel listado tiene bastante de anómalo. Piénsese que, en definitiva, no se hace otra cosa que repetir lo que ya había dejado sentado el art. 3, al exigir escritura pública para la constitución, y remitir a continuación a otro artículo (el octavo) que enumera el contenido de la misma, lo que no parece que pueda tratarse de condición básica (¿acaso sería irrazonable que en alguna parte del territorio se exigiese alguna indicación o documento más, o se relativizara la exigencia de alguno de los que demanda el artículo 8?) como indirectamente parece hacer el legislador a través de la remisión que opera el artículo 7.2. Curiosamente, en cambio, el artículo 7.3, que innova respecto al artículo 3, que nada decía de testamentos, no es considerado condición básica, suerte que debía haber corrido también el art. 7.2, porque todo lo que hay de condición básica en este precepto, el artículo 7, está en su subapartado primero.

2.6. Órganos de gobierno de la fundación (art.12)

El artículo 12.1 impone la existencia del Patronato como órgano de gobierno y representación de la fundación. Se trata, en definitiva, de garantizar una estructura de gobierno de la misma, a través de la cual se asegure la persecución de los fines de ésta. El legislador ha cuidado de deferir las restantes cuestiones relativas al órgano de gobierno al título competencial emanado del art. 149.1.8 CE, de modo que resulten de aplicación supletoria a las

posibles normas forales, decisión acertada por cuanto lo único que hay de condición básica en la materia es la previsión de la propia existencia del Patronato.

2.7. Conclusión

Resulta claro, en definitiva, el cambio de orientación del legislador. Se esté de acuerdo con todas y cada una de las previsiones legales descritas o se discrepe de alguna, lo cierto es que esta evolución sólo puede valorarse positivamente, por el elemento de orden, claridad y sistematización que intenta introducir en la cita del artículo 149.1.1 CE, además de constatar su naturaleza competencial y ensayar un intento de delimitar su alcance.

En cualquier caso, ya se ha visto que dependiendo de con qué carácter consideremos esta norma serán aceptables todos esos preceptos o por el contrario discutible alguno. En las líneas que anteceden se ha partido de un concepto restrictivo del artículo 149.1.1 CE, evitando su consideración como precepto transversal o título de intervención general. Sólo una consideración tal puede compaginarse con el principio de autonomía constitucionalmente reconocido: es por ello que el elenco de normas que el legislador ha manifestado dictar al amparo del citado precepto ha sido valorado de forma globalmente positiva, por cuanto extiende el alcance del mismo a extremos respetuosos con aquél. Esta autolimitación es importante por cuanto, como puede desprenderse de las propias disposiciones finales, la función del artículo 149.1.1 va más allá de la de reservar un ámbito normativo al Estado.

3. Incidencia de la reserva competencial del artículo 149.1.1 CE sobre la aplicación de las normas forales

A la hora de determinar con exactitud de dónde nace la competencia estatal sobre los aspectos nucleares del derecho de fundación, y cuál es la trascendencia que la misma posee frente a las pretensiones de aplicabilidad de los derechos civiles propios, dos cuestiones deben ser consideradas, y con ellas se reafirmará la idea de que resulta imprescindible una interpretación restrictiva del art. 149.1.1 CE como la que la ley de fundaciones ha asumido si se pretende mantener el ya de por sí difícil equilibrio del sistema de reparto competencial y las posibilidades de aplicación correcta de los derechos civiles propios.

En primer lugar debe dejarse claro algo que el tenor literal de la Disposición Final primera de la ley, junto a las propias dificultades interpretativas del art. 149.1.1 CE, pueden contribuir a oscurecer. Aquélla conecta estrechamente los artículos 34 y 53 CE, y ambos con el 149.1.1 CE. De aquí pudiera desprenderse que la pretensión de la ley es la de establecer el contenido esencial del derecho de fundación, que cobraría vigencia para todo el Estado en virtud del artículo 149.1.1 CE. Debe tenerse en cuenta sin embargo que el artículo 53.1 CE no reparte competencias a ningún ente; la competencia debe basarse, en todo caso, en el artículo 149.1.1 CE. Lo único que hace el art. 53.1 CE es imponer al legislador estatal o autonómico el respeto al contenido esencial de los derechos. Resultaría perturbador afirmar que el art. 53.1 CE apodera al Estado para regular el contenido esencial de cada derecho, aunque fuera por mediación del artículo 149.1.1 CE. Si el constituyente lo hubiera querido así, lo hubiese explicitado. Más bien parece que éste lo que quiso fue evitar la desfiguración de un derecho a manos de cualquier legislador, no fundar una competencia, directa o indirecta, en favor del Estado, lo que por lo demás puede desprenderse de la propia jurisprudencia constitucional, sin que en la doctrina apenas se hayan alzado voces contrarias. Por consiguiente, la competencia ejercida por el Estado va a nacer exclusivamente, en lo referido a las condiciones básicas, del art. 149.1.1 CE, no siendo el art. 53.1 CE otra cosa que un precepto expresivo de un límite a la actividad de cualquier legislador: la imposibilidad de afectar al contenido esencial de los derechos.

La competencia estatal, por tanto, nace del art. 149.1.1 CE. E inmediatamente debe subrayarse cuál es el principal efecto de éste en el concreto sector del derecho civil: la imposibilidad de que en el ámbito que ocupe sean de aplicación cualesquiera normas de derecho foral. Es más: la sola promulgación de normas forales dedicadas a disciplinar cuestiones que se hallen incluidas en el círculo de las condiciones básicas llevaría directamente a la inconstitucionalidad de dichas normas, por vulneración del artículo 149.1.1 CE.

Así puede observarse, siquiera sea de modo tácito, en las propias disposiciones finales de la ley de fundaciones: la segunda enumera los artículos que han sido dictados en uso de la competencia sobre legislación civil del art. 149.1.8 CE; tras ella, la tercera dispone una larga serie de artículos emanados del mismo precepto constitucional, de modo sin embargo que todos ellos serán de aplicación meramente supletoria en los territorios con derecho civil propio.

Ahora bien: una interpretación extensiva del artículo 149.1.1 CE, precisamente la única que se ha venido efectuando por parte de doctrina, legislador estatal y jurisprudencia constitucional en la mayoría de los casos, hubiese impedido esa supletoriedad y consiguiente entrada del derecho foral. Y es que el hecho de que la regulación de determinada cuestión venga deferida al Estado ex art. 149.1.1 impide que dicha regulación posea aplicación supletoria en los territorios de derecho foral: la propia Disposición Final primera de la ley lo expone taxativamente: los artículos que enumera "son de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1 de la propia Constitución", como no podía ser de otro modo.

De este modo, en sede de fundaciones, en que no hay en manos del Estado ningún título competencial expreso, asistimos a la concurrencia sobre una misma materia de varios títulos, de los cuales los más relevantes son el que se acaba de citar y el art. 149.1.8 CE. No existe impedimento para tal concurrencia, por cuanto cada uno posee un objetivo propio y recae sobre sub-aspectos de la materia distintos. En cuanto al último precepto citado, que la doctrina no ha dudado en calificar de complejo e impreciso, desempeña un papel múltiple: por una parte, sirve para reservar al Estado ciertos aspectos dentro de la materia genérica "fundaciones" sobre las que ninguna Comunidad Autónoma podrá incidir. Ello se lleva a cabo en la Disposición Final 1ª, en su apartado 2 a). De las cuestiones que en ella se defieren al Estado, las contenidas en los artículos 4 y 5 de la ley se encuadran fácilmente en la cláusula general relativa a la legislación civil del art. 149.1.8 CE, mientras que la contemplada en el art. 37.2 nace de la cláusula relativa a ordenación de los registros e instrumentos públicos del citado precepto constitucional.

Por otra parte, la propia Disposición Final primera, en su apartado 2 b) apodera al Estado, ex art. 149.1.8 CE, sobre toda una serie de cuestiones que, sin embargo, sólo quedan vedadas a las Comunidades que no posean Derecho Foral propio, por cuanto en aquéllas cuyo Estatuto reconozca la existencia de tal Derecho especial, la regulación estatal nacida de esta habilitación tendrá valor meramente supletorio.

Con ello, el art. 149.1.8 CE adopta una función de atribución de competencias en materia de legislación civil al Estado que, sin embargo, se ve limitada frente a los territorios dotados de Derecho civil propio a causa de la obligación de respeto a la "modificación, conservación y desarrollo" de tales Derechos especiales por las Comunidades Autónomas correspondientes. Sin embargo, semejante limitación no rige frente al artículo 149.1.1 CE: allá donde este precepto se invoque se va a producir la inmediata aplicación en todo el territorio de cuanto se haya dictado a su amparo, sin posibilidad de variación alguna por obra de las normas forales. En este sentido, el artículo 149.1.1 CE va a funcionar como norma que da una cierta prevalencia a la legislación estatal sobre la autonómica, y por tanto también sobre la normativa emanada de las Comunidades dotadas de Derecho civil propio, por cuanto cierra el paso a éste. De aquí se deduce inmediatamente que si no se otorga una interpretación restrictiva al alcance del art. 149.1.1 CE, al contrario de lo que ha sido usual, la posibilidad de los derechos forales de renovarse y aun de mantenerse va a verse amenazada en muchos ámbitos.

4. Conclusión

Desde este punto de vista, la Ley de fundaciones supone un meritorio intento de evitar un resultado semejante: otorga un significado propio al art. 149.1.1 CE, evitando entenderlo totalmente absorbido por el art. 149.1.8 CE, lo que a tenor de la generalidad de los términos de éste no resultaría correcto; en la utilización de éste último separa los artículos que, emanados de él, son de aplicación directa y los que resultan de aplicación supletoria en algunos territorios y, finalmente, se revela la utilidad práctica de este esfuerzo delimitador en el hecho de que una utilización inadecuada del art. 149.1.1 CE hubiese impedido la posibilidad de enumerar preceptos legales supletorios en los territorios de derecho foral, con la consiguiente distorsión en el propio sistema de reparto competencial y minoración de las posibilidades de aplicación de los ordenamientos forales. Que ello, además, se haya hecho con una precisión más que aceptable permite esperar del legislador la consolidación definitiva de esta vía, como único modo de posibilitar una aplicación armónica de los diferentes y contrapuestos intereses competenciales en juego, consecuencia del reconocimiento constitucional de autonomía a las nacionalidades y regiones (art. 2 CE).