

## N) FUNDACIONES

### Estudo preliminar.

Isabel Torralba Mena

#### 1.- O dereito de fundación.

O artigo 34.1 CE reconece "el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley". A fundación configúrase, tanto pola maior parte da doutrina como pola xurisprudencia constitucional, como a persoa xurídica constituída por unha masa de bens vinculados polo fundador a un fin de interese xeral. Nace dun acto de disposición de bens realizado polo fundador, quen vincula tales bens a un fin por el determinado e quen establece as regras con arranxo ás que debe administrarse, coa finalidade de que sirvan para cumprir os fins desexados de xeito permanente ou, polo menos, duradeiro. Tanto a manifestación de vontade como a organización da fundación deben cumprir os requisitos marcados polas leis; leis que prevén, ademais, un tipo de acción administrativa (o protectorado) para asegurar o cumprimento dos fins da fundación e a recta administración dos bens que a forman (STC 49/1988, do 22 de marzo, FX 5)<sup>1</sup>. O recoñecemento no texto constitucional do dereito de fundación inmediatamente despois do recoñecemento do dereito á propiedade e á herdanza (artigo 33 CE), permite entender "que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados"<sup>2</sup>. Neste mesmo sentido se pronuncia Tomás y Valiente, ao sinalar que o dereito de fundación debe entenderse dentro do marco da función social da propiedade, que permite ao lexislador establecer límites ou mesmo expropiar, se ben en relación co dereito de fundación, "la técnica que han de emplear los poderes públicos, y muy en particular el legislador estatal y los autonómicos competentes, no es la de coacción expropiatoria ni la de la también coactiva imposición de límites sino la estrategia del estímulo"<sup>3</sup>.

A incorporación do dereito de fundación no texto constitucional é unha novidade no marco do constitucionalismo español e europeo<sup>4</sup>. No anteproxecto do texto constitucional vixente regulábanse inicialmente os dereitos de asociación e de fundación de xeito conxunto, aínda que non todos os extremos da regulación resultaban aplicables a ambos por igual. Na redacción final, ambos dereitos aparecen regulados por separado: o dereito de asociación no artigo 22 e o dereito de fundación no artigo 34, o que condiciona o seu réxime xurídico pois o dereito de asociación configúrase como un dereito fundamental (regulado na sección primeira do capítulo segundo do título I e, polo tanto, defendible ante o Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo, gozando de reserva de lei orgánica e protexido cunha maior rixidez no

1 Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 49/1988, do 22 de marzo, recursos de inconstitucionalidade núm. 990/1985, 991/1985, 1007/1985 (acumulados), promovidos, respectivamente, polo Consello Executivo da Generalidad de Cataluña, por 55 Deputados e pola Xunta de Galicia, contra a Lei 31/1985, do 2 de agosto, de Regulación das Normas Básicas sobre órganos reitores das Caixas de Aforro. (BOE núm. 89, do 13 de abril de 1988) (ECLI:ES:TC:1988:49).

2 STC 49/1988, do 22 de marzo, citada, FX 5.

3 LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., "La ordenación legal de las fundaciones", Editorial Wolters Kluwer España, SA, 2006; páxina 29. O autor cita a TOMÁS Y VALIENTE, a quen corresponde o fragmento reproducido entre comiñas, procedente do estudo preliminar na obra colectiva "Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales", Madrid 1995, páxina XXXI.

4 NIETO ALONSO, A., "Las fundaciones de interés gallego. Regulación y juicio crítico", Revista Xurídica Galega (REXURGA) N° 30, Pax. 335.

caso de reforma constitucional), mentres que o dereito de fundación, ao regularse dentro da sección segunda do capítulo segundo do título I (*"De los derechos y deberes de los ciudadanos"*), non ten ese carácter de dereito fundamental. Os seus límites veñen predeterminados, por un lado, pola reserva de lei prevista no artigo 34.1 CE (reserva de lei non orgánica, o que facilita o seu desenvolvemento lexislativo, no que tamén poden participar as Comunidades Autónomas que contén, de acordo co seus Estatutos de Autonomía, con título competencial en materia de fundacións<sup>5</sup>). E, por outro, polas previsións do artigo 34.2 CE, que remite ao previsto para as asociacións nos apartados 2 e 4 do artigo 22, o que implica aplicar o réxime de garantías do dereito de asociación ás fundacións en dous aspectos fundamentais: *"uno, prohibición de su constitución siempre que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, y otro, necesidad de resolución judicial motivada para su disolución o suspensión de sus actividades"*<sup>6</sup>. Adicionalmente, o dereito de fundación goza da garantía de contido esencial (contido que debe ser respectado polo lexislador no desenvolvemento do dereito de fundación), o que, como observa Tomás y Valiente, *"es un grado más de la simple garantía de instituto o garantía institucional"*<sup>7</sup>.

## 2.- A distribución competencial en materia de fundacións e o alcance do dereito de fundación para fins de interese xeral.

A CE non contempla o fenómeno fundacional como materia competencial con substantividade propia: esta materia non figura nos listados dos artigos 148 e 149 CE (a Constitución soamente regula as fundacións no artigo 34 CE, que non é unha norma atributiva de competencias) (STC 341/2005, do 21 de decembro, FX 1)<sup>8</sup>. Os Estatutos de Autonomía, sen embargo, si proclamaron as competencias autonómicas en materia de fundacións. No caso de Galicia, o EAG atribúe á Comunidade Autónoma de Galicia a competencia exclusiva respecto do *"régime das fundacións de interese galego"* no artigo 27.26<sup>9</sup>. Agora ben, isto non significa que o Estado careza de competencias en relación co dereito de fundación recoñecido no artigo 34 CE pois, como afirma o Tribunal Constitucional, *"el reconocimiento por el precepto citado del "derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley" incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el art. 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete ex art. 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio"* (STC 341/2005, do 21 de decembro, FX 1). Adicionalmente, *"otros títulos competenciales del Estado —en los términos en que los consagra la propia Constitución— le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante*

5 LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., op. Cit. páxina 28.

6 NIETO ALONSO, A., op. Cit.

7 NIETO ALONSO, A., op. Cit., páxina 28, citando de novo a TOMÁS Y VALIENTE, op. Cit, páxina XXVIII.

8 Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 341/2005, do 21 de decembro, Recurso de inconstitucionalidade 2544/1998, Promovido por Senadores do Grupo Parlamentario Socialista en relación con diversos artigos da Lei da Asemblea de Madrid 1/1998, do 2 de marzo, de fundacións (BOE núm. 17, do 20 de xaneiro de 2006) (ECLI:ES:TC:2005:341).

9 STC 341/2005, do 21 de decembro, FX 1: *"En cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas, señalamos en la STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2, que las fundaciones adquieren relevancia competencial precisamente en los textos estatutarios. Así, en primer lugar, ya en los textos originarios de los Estatutos de Autonomía para el País Vasco (art. 10.13), Cataluña (art. 9.24), Andalucía (art. 13.25), Comunidad Valenciana (art. 31.23) y Canarias (art. 30.7), estas Comunidades Autónomas asumieron la competencia exclusiva sobre fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en cada una de ellas; en parecidos términos, se pronuncian el Estatuto de Autonomía para Galicia (art. 27.26) y la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (art. 44.20) en relación con la Comunidad Foral de Navarra.*

*Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, la competencia exclusiva sobre "fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma" fue asumida por las restantes Comunidades Autónomas. Dicha competencia se incorporaría más tarde al articulado de los distintos Estatutos de Autonomía y, concretamente, en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, a su art. 26.24 (Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo; inciso que se convertiría en el art. 26.1.26 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio), según el cual tiene competencia exclusiva en materia de "Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid".*

*medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el art. 149.1.14 CE” (STC 341/2005, FX 1)<sup>10</sup>. En consecuencia, “la competencia autonómica sobre fundaciones ha de coexistir con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse sobre dicha materia, entre otros, los contenidos en el art. 149.1.1, 6, 8 y 14 CE (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 2)” (STC 31/2010, do 28 de xuño, FX 66)<sup>11</sup>.*

En canto ao significado e alcance do dereito de fundación recoñecido no artigo 34.1 CE, en primeiro lugar é preciso destacar a importancia de que o interese público ou social estea presente en todo ente fundacional. Así o ten manifestado o Tribunal Constitucional, quen tomou como referencia o elemento do interese xeral *“bien sea para considerar insuficiente la calificación de las cajas de ahorro como fundaciones (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 4, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6), bien para explicar por qué no resultaba irrazonable ni desproporcionado el requisito (...) de que las fundaciones obtuvieran autorización del Protectorado para el ejercicio de acciones judiciales (STC 164/1990, de 29 de octubre, FJ 3), bien, en fin, para entender que no se advierte conculcación alguna del derecho a la igualdad en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce este derecho únicamente a las personas jurídicas de “interés general”, que “cuando se trata de entidades de tipo fundacional (universitas bonorum) relaciona con las fundaciones que hayan sido inscritas en el Registro administrativo correspondiente” (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4)” (STC 341/2005, do 21 de decembro, FX 4). Por outra parte, desta esixencia de que as fundacións teñan un fin de interese xeral deriva a esixencia de intervención administrativa pois *“las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente “en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios” (FJ 3); función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación con el art. 22.2 CE)” (STC 341/2005, do 21 de decembro, FX 4, citando á súa vez a STC 164/1990, do 29 de outubro).**

Por outro lado, o Tribunal Constitucional entende que o artigo 34.1 CE *“emplaza al legislador para que complete la configuración del “derecho de fundación para fines de interés general””. Ese emprazamento ao lexislador comprende tanto ao lexislador estatal como ao lexislador autonómico, debendo este último respectar en calquera caso as competencias exclusivas do Estado en materia de lexislación civil (*“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*)<sup>12</sup> e procesual así como a competencia exclusiva do Estado para a regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e o cumprimento dos deberes constitucionais (artigo 149.1.1ª, 6ª e 8ª CE):*

*“(…) Así, será el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las*

<sup>10</sup> No mesmo sentido STC 98/2013, do 23 de abril, FX 2.

<sup>11</sup> Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 31/2010, do 28 de xuño, recurso de inconstitucionalidade 8045/2006, interposto por noventa e nove Deputados do Grupo Parlamentario Popular do Congreso en relación con diversos preceptos da Lei Orgánica 6/2006, do 19 de xullo, de reforma do Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, do 16 de xullo de 2010) (ECLI:ES:TC:2010:31).

<sup>12</sup> Por exemplo, o Tribunal Constitucional declarou que a regulación da fusión das fundacións é una materia propia do Dereito civil (*“el problema constitucional que la regulación de la fusión de las fundaciones plantea es que –como no podía ser de otro modo, atendiendo a la finalidad que persigue– dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada expresada por el fundador, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil” (STC 98/2013, do 23 de abril, FX 3).*

*aludidas previsiones estatutarias. En todo caso, al establecer el régimen jurídico de esos entes fundacionales es evidente que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6 CE, respectivamente), sin olvidar que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos ... constitucionales", competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación(...)"<sup>13</sup>.*

Neste marco constitucional, o Estado ditou a Lei 50/2002, do 26 de decembro, pola que se regula o réxime legal das fundacións, así como a Lei 49/2002, do 23 de decembro, de réxime fiscal de entidades sen fins lucrativos e dos incentivos fiscais ao mecenado. A Lei 50/2002, do 26 de decembro, en particular, na medida en que concreta o réxime xurídico substantivo das fundacións forma parte do bloque de constitucionalidade a ter en conta ao analizar as cuestións competenciais que poidan presentarse en materia de fundacións (STC 98/2013, do 23 de abril, FX 2).

Respectando o marco constitucional e estatutario indicado (artigo 27.26 EAG), na Comunidade Autónoma de Galicia dítase a Lei 12/2006, do 1 de decembro, que establece o réxime xurídico das fundacións de interese galego, que son aquelas fundacións que "*teñan afectado de modo duradeiro o seu patrimonio á realización de fins de interese xeral para Galicia e desenvolvan principalmente as súas actividades e teñan o seu domicilio no territorio da comunidade autónoma*" (artigo 2 da Lei 12/2006, do 1 de decembro).

<sup>13</sup> STC 341/2005, do 21 de decembro, FX 4. No mesmo sentido, STC 98/2013, do 23 de abril, FX 2.