

La fundación en el Derecho holandés

W. J. M. van Veen¹

Doctor en Derecho
Catedrático Derecho de Sociedades y Personas Jurídicas
Universidad Libre de Ámsterdam

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FORMAS DE LA «FUNDACIÓN» EN PERSPECTIVA HISTÓRICA: 1. *El concepto de patrimonio afecto a un fin*. 2. *La fundación-persona jurídica*.—III. LA FUNDACIÓN «NO AUTÓNOMA» (SIN PERSONALIDAD JURÍDICA) EN EL DERECHO HOLANDÉS.—IV EL DESARROLLO DE LA FUNDACIÓN-PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO HOLANDÉS: 1. *El derecho consuetudinario: desde la Edad Media hasta la Ley de Fundaciones de 1956*. 2. *La Ley de Fundaciones de 1956*: A) Introducción. B) Requisitos formales para la constitución de fundaciones y prohibición de socios. C) Sin requisito de separación patrimonial en el momento de la constitución. D) Sin aprobación gubernamental o control. E) Sin limitación de objetivos benéficos, altruistas o de utilidad pública.—V. LA FUNDACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL: 1. *El alcance de la normativa*. 2. *Características legales*. 3. *Constitución y registro*. 4. *Estatutos y modificación de estatutos*. 5. *Consejo de la fundación y control interno*. 6. *Control externo*: A) Disolución de la fundación. B) Obligación de facilitar información. C) Suspensión o cese de administradores. D) Anulación de decisiones. E) Corrección de cuentas anuales. F) Derecho de investigación. 7. *Transformación, y fusión y división jurídicas*. A) Transformación de y a fundación. B) Fusión y división jurídicas. 8. *Disolución y saldo positivo*.—VI. FORMAS DE LA FUNDACIÓN: 1. *Instituciones de utilidad pública e interés social*. 2. *Instituciones subvencionadas: colegios, universidades, hospitales, etc.* 3. *Fundaciones estatales*. 4. *Fundaciones de pensiones*. 5. *Fundaciones familiares*. 6. *Fundaciones comerciales*. 7. *Fundación gestor administrativo-separación de derechos financieros y derechos de toma de decisiones*.—VII. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Este trabajo se centra en el régimen legal de la fundación y las distintas formas que puede adquirir la fundación en el contexto holandés. Llama la atención el gran número de fundaciones existentes en Holanda², fundaciones que tienen muy diversas finalidades. Esto se debe, en parte a que en Holan-

¹ Vinculado al Centro de Derecho de Asociaciones y Fundaciones de la Universidad Libre, Asesor Especial de Derecho Corporativo Baker&McKenzie Ámsterdam.

² Actualmente, a 1 de junio de 2016, hay más de 213.000 fundaciones de acuerdo con la información de la Cámara de Comercio.

da, las fundaciones pueden tener finalidades que no sean consideradas de utilidad pública³. No obstante, hay una gran cantidad de fundaciones con finalidades de utilidad pública por habitante⁴. La razón por la que la fundación ha podido adquirir un lugar tan prominente en el contexto jurídico holandés es una cuestión interesante. Para responderla, es acertado tener cierto conocimiento sobre el desarrollo histórico de la fundación y el Derecho de fundaciones. Por ello, en este trabajo prestaremos atención a este desarrollo antes de tratar el Derecho vigente.

La historia de las fundaciones como las conocemos hoy en día, conoce muchas facetas y vías secundarias y es difícil describirla en pocas páginas. El lector interesado puede profundizar más en esta fascinante materia mediante las referencias incluidas en las notas a pie de página. En esta exposición revisaremos las fases más importantes del desarrollo hasta la fundación actual. El resultado es una exposición sobre el Derecho actual de fundaciones, según lo establecido en el Libro 2 del Código Civil holandés («CC») y un esbozo de las áreas de aplicación a la fundación.

II. Las formas de la «fundación» en perspectiva histórica

1 *El concepto de patrimonio afecto a un fin*

Generalmente, las figuras jurídicas contemporáneas, se pueden relacionar con otras precursoras del Derecho romano. En cuanto a la fundación, el tema es más complicado. Esto está relacionado con el hecho de que el Derecho romano no conocía el concepto de personalidad jurídica. El Derecho romano sí conocía figuras (excepto la personalidad jurídica) con ciertas caracte-

³ En algo menos de la mitad de los países europeos, las fundaciones solo se pueden constituir para finalidades de utilidad pública o interés general. Ver W. J. M. VAN VEEN, *Stiftungsaufsichtsrecht in Europa* (Derecho de Control de Fundaciones en Europa), en RICHTER y WACHTER, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts* (Manual de derecho internacional de fundaciones) ZerbVerlag 2007, p. 290. En este aspecto, se debe tener cuenta que el concepto «utilidad pública» en Derecho comparado conoce diversos significados e interpretaciones. Ver WJ. M. VAN VEEN, *Public benefit from a comparative perspective* (Utilidad pública desde una perspectiva comparativa), en BATER, HONDIUS y KESSLER Lieber, *The tax treatment of NGO's* (El tratamiento fiscal de ONGs), Kluwer Law International 2004, p. 239 y ss.

⁴ Para obtener un resumen, ver *Feasibility Study on a European Foundation Statute* (Estudio de viabilidad de un estatuto de fundación europeo) p. 19. Aquí no se indica la cantidad de instituciones de utilidad pública (ANBI, por sus siglas en holandés) holandesas, posiblemente porque en el momento de redactar el informe no se había instaurado la obligación de registros de este tipo de instituciones. El número de ANBI registradas asciende aproximadamente a 60.000 y se puede suponer que más de la mitad de las mismas son fundaciones. El Informe de viabilidad se puede ver en el sitio web de la Comisión Europea.

rísticas comunes a la fundación y que, en este sentido, se pueden considerar precursoras de la misma. Una característica común de estas figuras y la fundación es que el patrimonio se gestiona y destina de forma permanente a un objetivo establecido por el «fundador».

Esta descripción engloba tanto la fundación-persona jurídica actual como el patrimonio de destino sin personalidad jurídica. Las formas de esta última figura en el Derecho actual son el *trust* y la fundación «no autónoma», que trataremos en § 3. Se diferencian de la fundación en cuanto a que están basadas en el Derecho patrimonial y no en el Derecho de las personas jurídicas.

Hay división de opiniones sobre la cuestión de si en Derecho romano la separación patrimonial para la creación de un patrimonio afecto a un fin también podía llevar a una figura con características que actualmente atribuimos a personas jurídicas⁵. Lo que es indiscutible es, como ya se ha indicado, que era posible constituir un patrimonio afecto a un fin y el que tuviera poder de decisión sobre el mismo, era el encargado de gestionarlo y/o dedicarlo conforme al destino otorgado al patrimonio. Una figura que guarda mayor relación con el *Treuhand* germánico y el *trust* anglosajón.

Esta figura se describe en el Derecho justiniano y en el posterior Derecho común, *ius commune*⁶. Así, se conocía la figura en la que se donaba o legaba un patrimonio a la Iglesia bajo un cargo, por ejemplo, para que el patrimonio y sus beneficios favorecieran (en parte) a un propósito caritativo. Según la interpretación de los textos del *Corpus Iuris Civilis* este patrimonio se consideraba patrimonio de la Iglesia que, sin embargo, debía gestionarse de forma separada al resto del patrimonio⁷. En la Edad Media y hasta mediados del siglo XIX esta forma del patrimonio afecto estaba muy generalizada en el

⁵ Ver R. FEENSTRA: *L'histoire des fondations, à propos de quelques études récentes (La historia de las fundaciones, a propósito de varios estudios recientes)*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revista de historia del derecho)* 1965, p. 384-5 y ss. y 394-395, 400-401; y F.J.G. VAN TRICHT: *De rechtstoestand der stichtingen (Estatuto jurídico de las fundaciones)*, tesis Leiden 1884, p. 67 y ss.

⁶ Las bases principales son las anotaciones de Derecho Romano por parte del emperador Justiano en el siglo VI después de Cristo —conocidas como el *Corpus Iuris Civilis*— y las anotaciones de Derecho eclesiástico —el *Corpus Iuris Canonici*— cuyo documento básico es el *Decretum Gratiani* formulado en 1139 por Graciano. Ver E. H. J. SCHRAGE: «*Van verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Een rechtshistorisch, comparatieve vogelvlucht*» (*Sobre asociaciones, sociedades y fundaciones. Una vista de pájaro comparativa desde el punto de vista histórico y jurídico*), *Stichting & Vereniging (Fundación y Asociación)* 1992, p. 103.

⁷ Para la puesta a disposición de este patrimonio se utilizó la palabra «fundare», de la que deriva el concepto posterior «fondation»/«foundation». Ver E. H. J. SCHRAGE, ob. cit. (nota 5), p. 105.

continente. En este contexto, en algunos países se habla todavía de fundación «no autónoma», que no tiene sus raíces en el Derecho romano⁸.

2. *La fundación-persona jurídica*

A partir de la época justiniana se confirió a determinadas instituciones eclesiásticas una situación jurídica autónoma⁹. Era el caso de las asociaciones de beneficencia denominadas como *piae causae* («obras pías»), como orfanatos, instituciones de caridad, residencias de la tercera edad y hospitales. Se caracterizaban por ser una organización con un consejo de administración propio. Esta figura siguió desarrollándose en la Edad Media. De acuerdo con el derecho canónico —uno de los fundamentos del *ius commune*— se podían fundar asociaciones caritativas con un consejo de administración propio, que podían firmar contratos autónomamente y podían adquirir propiedades en nombre propio. Características que asociamos actualmente con la personalidad jurídica. En ese período se expresa por primera vez en Derecho canónico el concepto de personalidad jurídica¹⁰. Se acepta así también, aunque de manera implícita, la personalidad jurídica de las fundaciones con forma de fondo patrimonial además de las fundaciones institución¹¹.

La aceptación del concepto de personalidad jurídica se anticipó a la formación de la teoría correspondiente. El inicio de esta formación de la teoría sobre el concepto de personalidad jurídica fue dificultoso en la Edad Media¹². La teoría sobre la entidad de la persona jurídica solo se desarrolló en los siglos XIX y XX. La doctrina alemana tuvo un papel importante en este desarrollo. Queda fuera del ámbito de esta aportación describir las distintas teorías. Sin embargo, un autor holandés al que sí hay que mencionar es P. Scholten. Según su interpretación, la personalidad jurídica no es una ficción del Derecho, sino una expresión de lo que se impone en la realidad jurídica. Reconoció sin reservas que no se atribuyó la personalidad jurídica a la «fundación» de forma natural, pero constató asimismo que en el sistema jurídico holandés

⁸ Por ejemplo, en Alemania. Para el lector interesado, se recomienda K. SCHMIDT: «Erzatzformen der Stiftung—Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft» («Formas alternativas de la fundación-Fundación no autónoma-Treuhand y Fundación colectiva»), en *Stiftungsrecht in Europa (Derecho de Fundaciones en Europa)* HOPT y REUTER, Carl Heymans Verlag 2001, p. 175 y ss.

⁹ Ver E. H. J. SCHRAGE, ob. cit. (nota 5), p. 105 y ss.

¹⁰ Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 411-412, que atribuye a Sinibaldus Fliscus (1195-1254), posteriormente Papa Inocencio IV, haber expresado por primera vez el concepto de personalidad jurídica.

¹¹ Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 431.

¹² Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 403 y ss.; E. H. J. SCHRAGE, ob. cit. (nota 5), p. 105.

no se otorga a la fundación la normativa que le *corresponde* si no se le atribuye personalidad jurídica. El sistema jurídico holandés exige —al contrario que en Derecho inglés—, una fundación poseedora de *personalidad jurídica*¹³.

III. La fundación «no autónoma» (sin personalidad jurídica) en el derecho holandés

Si bien en la literatura holandesa no se ha desarrollado ninguna doctrina sobre la figura del patrimonio afectos a un fin, en Holanda se encuentra con asiduidad. Los patrimonios afectos a un fin sin personalidad jurídica se siguen creando de la manera convencional, mediante una donación, institución de herederos o legado con carga¹⁴. Por ejemplo, se presentan en forma de liberalidad a una iglesia con el cargo de recordar al fallecido en momentos establecidos y/o emplear el patrimonio para fines benéficos. También sucede asiduamente que una colección (de arte), una finca o parque se lega a una administración pública, por ejemplo, el municipio o el estado, con el cargo de gestionar lo legado y mantenerlo abierto al público. También puede recaer una «carga» similar sobre el Estado si en virtud del artículo 2:23b del Código Civil holandés (en adelante, «CC») adquiere un patrimonio tras la liquidación de una persona jurídica disuelta.

Los particulares e instituciones de derecho privado también pueden constituir patrimonios afectos. Una de las formas conocidas es el denominado «fondo nominal», en el que se dona o lega un patrimonio de cierto volumen a una institución privada (con fines de utilidad pública), con el cargo de gestionar el patrimonio bajo el nombre deseado por el constituyente y dedicar el patrimonio (y sus beneficios) a un objetivo determinado¹⁵. La cuestión para un fin determinado también puede tener como resultado un patrimonio afecto, formado por un conjunto de donaciones supeditadas una misma carga o modo¹⁶.

¹³ P. SCHOLTEN, *Over rechtspersonen-Stichtingen* (Sobre personas jurídicas-fundaciones), *WPNR* (Semanao de Derecho Privado, Notariado y Registro) 2767 (1923), p. 2-4.

¹⁴ En el derecho holandés, también se pueden crear relaciones de tipo *trust* de otra manera, por ejemplo, por transferencia con reserva de propiedad económica, mandato privado o transferencia a título de gestión a cargo del juez. Remito al lector interesado a D. J. HAYTON e.a. (red.) *Vertrouwd met de trust* (Conocedor del trust), W. E. J. TJEENK WILLINK 1996.

¹⁵ Que por otra parte, son también una institución «autónoma», administrada por otra ANBI.

¹⁶ W. J. M. VAN VEEN: *Verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke aspecten van de inzameling* (Aspectos de Derecho de obligaciones y Derecho de bienes en la cuestión), en W. J. M. VAN VEEN y J. STRUIKSMAN (red.), *Inzamelen voor het goede doel, maatschappelijke en juridische as-*

Estas figuras tienen en común con la fundación-persona jurídica que el constituyente desea destinar el patrimonio o determinados activos de forma permanente a un objetivo determinado. Y esta no es la única similitud con la fundación-persona jurídica. Así, no se puede modificar un cargo de heredero, sin aprobación del juez. Para ello, la persona en la que recaer el cargo o el Ministerio Fiscal puede dirigir una instancia al juez (art. 4:134 CC). Existe la posibilidad de enumeración restrictiva. Si se modifica o anula la carga, el juez debe tomar en consideración la intención del causante, en lo posible.

La normativa del artículo 4:134 CC muestra una gran similitud con las estipulaciones del Derecho de fundaciones sobre la modificación de estatutos (art. 2:294 CC) y la disolución de la fundación por insuficiencia de medios (art. 2:301 CC). Estas normativas se basan en los mismos puntos de partida. De la jurisprudencia se desprende que la normativa recogida en el artículo 4:134 CC¹⁷, está vigente¹⁸.

Si se trata de una donación con carga, se rige por el Derecho de donaciones. El donatario que recibe una donación con carga con una duración indeterminada, está obligado a cumplir dicha carga. El donante puede exigir el cumplimiento. Este tipo de exigencia puede referirse a mantener adecuadamente y abierta al público una colección donada con esta carga o modo¹⁹. Si por alguna razón no se puede exigir el cumplimiento, se puede resolver la donación. Por otra parte, tras el fallecimiento del donante, la solicitud de resolución solo se puede efectuar mediante intervención judicial (art. 7:184 CC).

En la liberalidad hereditaria o contrato de donación se puede además —al igual que respecto de la fundación— prever una forma de control. En la institución de heredero se puede determinar que el mandatario quede obligado (de cierto modo) a presentar cuentas y justificar sus actuaciones ante determinadas personas. En el contrato de donación se puede implicar, a modo

pecten van een onderbelicht verschijnsel (Cuestiones para fines benéficos, aspectos sociales y jurídicos de un fenómeno descuidado) Utrecht 2001, p. 67 y ss. especialmente p. 91-94.

¹⁷ Y sus precursoras: la Ley de 1 de mayo de 1925, Gaceta jurídica 174, de revisión de la utilidad pública de las estipulaciones establecidas en la institución de herederos o el legado, modificada por la Ley de 31 de mayo de 1956, Gaceta Jurídica 327 (*Museumwet*, Ley de museos).

¹⁸ Ver, por ejemplo, HR (Corte Suprema de los Países Bajos) 30 de enero de 1976, NJ (Jurisprudencia de los Países Bajos) NJ 1976 564; HR 16 de junio de 1978, NJ 1979 139; HR 24 de febrero de 1989, NJ 1990, 250 con nota WMK (Reich); HR 16 de marzo de 1990, NJ 1991, 575 con nota JCS (Bredius); HR 23 de febrero de 2001, LJN (N.º nacional de jurisprudencia): AB0203 en Tribunal de 's-Gravenhage, 5 de febrero de 2010, LJN BL2269.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Tribunal Dordrecht 18 de mayo de 2011, LJN: BQ4771.

de estipulación en favor de un tercero, a otras personas distintas del donante y sus herederos —por ejemplo, potenciales beneficiarios²⁰— en el cumplimiento del modo o condición. Con la aceptación de la estipulación en favor de un tercero éste se convierte en parte en la relación jurídica, con lo que se le puede involucrar en cierta medida en el control del cumplimiento del modo o condición.. La ley tiene en cuenta esta circunstancia en el artículo 7:184 CC.

Además, si así se desea, se puede «institucionalizar» este control, atribuyendo el mandato a una persona jurídica. Para ello, en Holanda existe incluso un organismo especial concebido por el notariado para este fin: la Fundación para Disposiciones Sociales y Culturales (*Stichting ten behoeve van Maatschappelijke en Culturele Beschikkingen*)²¹. Esta posibilidad existe tanto para las donaciones como para los legados testamentarios.

Una cuestión interesante es si según el Derecho holandés el patrimonio afecto a un fin sujeto a modo o condición adquiere una posición especial en el patrimonio de la persona que recibe y en qué medida. Dado que la persona a quien se impone la carga tiene la obligación de gestionar el patrimonio y, en la medida en que sea aplicable, destinarlo a un fin de una manera determinada, en mi opinión recae sobre quien lo recibe, por norma general, la obligación de administrarlo de forma separada. En este sentido adquiere una posición especial.

En lo que concierne al patrimonio, si este también adquiere una posición especial de tal modo que queda separado del resto del patrimonio de la persona que lo recibe y, por ejemplo, puede verse afectado por deudas de sus acreedores «privados» o, por el contrario, se les puede sustraer, es otra cuestión. Se puede defender esta opinión²², pero jurisprudencialmente aún está por decidir la cuestión de si (determinados) patrimonios afectos a un fin tienen un carácter separado.

Incluso sin adoptar un patrimonio separado hay cierto número de estipulaciones de las que se deduce que un patrimonio afecto a un fin recibido con cargo adquiere una posición especial en el patrimonio de la persona a la que se impone el gravamen. Así, el artículo 4:131 CC establece que lo

²⁰ El tercero-beneficiario no tiene por qué existir aún en el momento concertar la estipulación en favor de un tercero. Pero sí debe haber una suficiente delimitación sobre la persona o personas designadas como beneficiaria(s).

²¹ Sobre el funcionamiento de la fundación para disposiciones sociales y culturales ver WPNR 5439 (1978), p. 414 y ss. Con ocasión de la celebración de los 40 años de vida de la fundación se publicó una parte en la serie *Ars Notariatus* LXXXX, Kluwer 1997.

²² *Loc. cit.*, nota 15.

recibido con carga, se recibe bajo la condición resolutoria de que en caso de no cumplirse la carga, el juez dictará una resolución de caducidad del derecho recibido. El interesado directo en la resolución de caducidad puede efectuar la solicitud de la misma. Esta es la persona sobre la que recae la liberalidad como consecuencia de la resolución de caducidad. Debido a que el cumplimiento de una condición constituye una carga real²³, con la resolución de caducidad de la carga, el interesado recibe el patrimonio de pleno derecho, pero también, también la carga. El modo o carga «sigue», por así decirlo, al patrimonio al que está vinculado.

En el Derecho de donaciones no se prevé una normativa comparable al artículo 4:131 CC. Esto no quita que el contrato de donación pueda incluir una disposición similar. Posiblemente se pueda ejecutar, según las circunstancias, la anulación de la donación en virtud del artículo 7:184 CC. La consecuencia de la aplicación de la condición resolutoria relativa a la anulación es que lo donado se recobra del patrimonio del donatario y vuelve al patrimonio del donante.

En resumen, en Holanda no se ha desarrollado ninguna doctrina sobre el patrimonio afecto a un fin o la fundación no autónoma. Esto no quita para que en el derecho holandés se adopten numerosas estipulaciones que prevén la creación de patrimonios afectos y la protección de la voluntad del constituyente. Además, hay previsiones para velar por la realización del objetivo y, si fuera necesario, imponerlo. El patrimonio afecto a un fin adquiere de este modo una posición especial en ciertos aspectos en el patrimonio de la persona sobre la que recae el modo o la carga de afectarlo a dicho fin. Teniendo esto en consideración, en los Holanda existe también —aunque no sea uniforme— la figura de fundación «no autónoma», conocida también como fundación con «personalidad jurídica incompleta»²⁴.

²³ Artículo 3:84 párr. 6 CC.

²⁴ Ver, por ejemplo, J. M. POLAK: *De wet op stichtingen (La ley sobre fundaciones)*, Vermande Zonen, IJmuiden 1956, p. 43-44, que como ejemplo también cita el comité para la cuestación de fondos, cuya consideración como fundación era cuestionada en aquel tiempo. El patrimonio de destino es reconocido como tal en el derecho penal y el derecho fiscal. Ver al respecto M. R. MOK, *Doelvermogens, Verburg-bundel (Patrimonios de destino, recopilación)* kluwer 1994, p. 157 y ss. y J.W. ZWEMMER: *Doelvermogens (Nadador, Patrimonios de destino)*, WPNR 6415 (2000), p. 611 y ss.

IV El desarrollo de la fundación-persona jurídica en el Derecho holandés

1. *El derecho consuetudinario: desde la Edad Media hasta la Ley de Fundaciones de 1956*

En el desarrollo de la fundación desde la *piae causae* medieval hasta la fundación actual, se pueden identificar varios acontecimientos destacados. Uno de ellos es la reforma que tuvo lugar en el siglo XVI. Como consecuencia de la Reforma se redujo la influencia del derecho canónico. En los Países Bajos²⁵ esto no supuso problemas técnicos relacionados con fundaciones basadas en el Derecho canónico y con la constitución de nuevas fundaciones. La decreciente influencia del Derecho canónico sí parece estar relacionada con el hecho de que las fundaciones también podían llevar a cabo actividades distintas a las puramente idealistas. Dejó de considerarse inoportuno que las fundaciones desarrollaran actividades económicas para secundar su objetivo²⁶.

En los Países Bajos la reforma supuso también una revolución política. El emperador Carlos V perdió autoridad en los Países Bajos. Esto supuso el final de la obligatoriedad de aprobación por parte del soberano —una denominada «patente»— para acomodar el patrimonio en manos muertas²⁷. Ya no era necesaria la autorización gubernamental para la constitución de fundaciones nuevas, en gran medida, asociaciones de beneficencia.

La dominación francesa (1795-1813) constituyó una ruptura clara en el desarrollo del Derecho de fundaciones. Napoleón suprimió todas las fundaciones con una finalidad religiosa o que promovían la educación (becas)²⁸. Todas las demás fundaciones existentes siguieron desarrollando sus actividades, pero su situación jurídica era ambigua²⁹. Tras la instauración del Code Civil no era posible constituir fundaciones nuevas.

²⁵ En otros países es diferente. Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 435 y ss.

²⁶ Ver Th. A. VERSTEEG y S. STORM: *De stichting in het positieve recht (La fundación en el derecho positivo)* Ars Notariatus III, Amsterdam 1954, p. 13 y ss., donde también se incluye literatura adicional.

²⁷ Ver Th. A. VERSTEEG y S. STORM, ob. cit. (nota anterior), p. 14.

²⁸ El patrimonio que no se vendía, se confiscaba y era puesto a disposición de las denominadas «oficinas de beneficencia» (*bureaux van weldadigheid*) o «comisiones de centros sanitarios» (*commissiën der gasthuizen*). Remito al lector interesado a F. A. J. VAN LANSCHOT: *Stichtingen als rechtspersonen beschouwd (Las fundaciones como persona jurídica)* tesis, Leiden 1856, p. 93; F. J. G. VAN TRICHT, ob. cit. (nota 4), p. 223 y ss.

²⁹ Ver F. J. G. VAN TRICHT, ob. cit. (nota 4), p. 127 y ss. que de la falta de derecho transitorio deduce que si bien las fundaciones existentes siguieron existiendo como «entidades jurídicas», debían prescindir de capacidad jurídica.

Tras la caída de Napoleón, el Rey Guillermo I promulgó varios Decretos Reales para restablecer las fundaciones de promoción de la educación³⁰. Con estos decretos reales también se instauró el control gubernamental del funcionamiento de estas fundaciones. Si bien es cuestionable que un real decreto sea el instrumento adecuado para ello, la Corte Suprema ha sabido salvarguardar unas cuantas cuestiones. Sin embargo, eso no sucedió hasta 1865³¹.

También se inició el proyecto de un Código Civil. El borrador de 1820 incluía una normativa sobre fundaciones —con aprobación gubernamental para su constitución—. Sin embargo, en el CC instaurado finalmente en 1838 no había una normativa sobre fundaciones. En numerosos regímenes legales se partía de la base de que las fundaciones existían, por lo que la posible constitución de las mismas no era objeto de debate³². La falta de requisitos formales supuso que no siempre fuera inequívoco si se trataba de una fundación con personalidad jurídica o una «fundación no autónoma» —como la hemos denominado anteriormente.

En la jurisprudencia y literatura se consideraba decisivo, en este aspecto, que la fundación actuara con un consejo de administración propio. La escritura de constitución se utilizaba como base para establecer si ese era el caso. Si no se podía trazar la escritura de constitución o si era ambiguo que el constituyente hubiera querido crear una fundación con personalidad jurídica, algo que en cuanto a las antiguas fundaciones bien podía ser el caso, se ob-

³⁰ RD de 25 de septiembre de 1816 *Gaceta Jurídica* 65; RD de 26 de diciembre de 1818 *Gaceta jurídica* 48; RD de 2 de diciembre de 1823 *Gaceta jurídica* 49; y de 12 de febrero de 1829 *Gaceta jurídica* 3. Anteriormente ya se habían realizado adaptaciones mediante Disposición Orgánica de 2 de agosto de 1815.

³¹ Ver HR 29 de diciembre de 1865, W. 2757 (Elco Susanna Maria Elizabeth Faber van Haersma Leenen). En HR 21 de junio de 1940, NJ 1940, 1093 (fundación «Het Almelosche Studiefonds») se volvió a plantear la validez de estos decretos, pero la Corte Suprema de los Países Bajos no pudo llegar a un criterio al respecto. No obstante, como se desprende de las conclusiones de A-G Berger sobre esta sentencia, las dudas no se disiparon.

³² Ver, entre otros, los artículos 396, 946, 947 y 1717 del antiguo CC (1838), que en los dos últimos artículos citados indica que los administradores de «hogares públicos o religiosos» no podían aceptar liberalidades o donaciones sin autorización del rey; artículo 2 de la Ley sobre asistencia a necesitados (*Armenwet*) de 1912 (posteriormente: Ley sobre instituciones de beneficencia *Rompwet instellingen van weldadigheid*); artículo 11 de la Ley sobre el registro mercantil (*Handelsregisterwet*) de 1918 sobre la inscripción de «comercios pertenecientes a una fundación» y otras numerosas legislaciones sectoriales, como la Ley sobre educación superior (*Hogeronderwijswet*, art. 170) y la Ley sobre fondos de pensiones y de ahorro (*Pensioen-en spaarfondsenwet*) de 1952 (en la que, por otra parte, se preveía que la institución obtuviera primero la personalidad jurídica mediante aprobación del ministro, ver art. 4 párr. 4). Quizá también haya que mencionar que la ley de 13 de mayo de 1939 incluyó la fundación en la normativa de personas jurídicas prohibidas de la ley de 1855 para la regulación y limitación del ejercicio del derecho de asociación y reunión.

servaba la situación real. Si en realidad la fundación actuaba bajo nombre propio y con un consejo de administración propio, se asumía su personalidad jurídica³³.

También fue debatido durante un largo período si las fundaciones —al contrario que las sociedades anónimas y las asociaciones con personalidad jurídica— se podían constituir sin autorización gubernamental. Los partidarios argumentaban que para la constitución de toda persona jurídica se requería algún tipo de aprobación gubernamental y temían la acumulación de patrimonio en manos muertas³⁴. Finalmente, la Corte Suprema ofreció una respuesta a esta cuestión en 1882: para la constitución de una fundación no se requiere ninguna aprobación gubernamental³⁵.

2. *La Ley de Fundaciones de 1956*

A) *Introducción*

La aprobación de la Ley de Fundaciones en 1956 (Gaceta Jurídica 1956, 327) es un hito en el desarrollo del Derecho de fundaciones holandes. Esta ley era concisa, sobre todo en comparación con la normativa de las sociedades autónomas en el Código de Comercio. Contenía una normativa básica sobre las fundaciones, el contenido mínimo de los estatutos, la representación, función y control del consejo de administración, la modificación de estatutos, la transformación para evitar la extinción y la disolución. Se reconoció que la ley solo regulaba los aspectos más importantes y que contenía numerosas lagunas. En este sentido se asumió que la normativa se debía completar por aplicación analógica de las estipulaciones del derecho de sociedades anónimas y el derecho de asociaciones³⁶.

Si bien la normativa de la Ley de Fundaciones de 1956 («LsS 1956») era básica, supuso una gran concreción en numerosos aspectos que hasta entonces eran poco claros o controvertidos. Esta ley definió cuestiones que contribuyeron a la viabilidad práctica de la fundación. En este apartado trataré las más importantes.

³³ Ver P. SCHOLTEN: *Over rechtspersonen — Stichtingen (Sobre personas jurídicas-Fundaciones)*, WPNR 2769 (1923), p. 22; Th. A. VERSTEEG y S. STORM, ob. cit. (nota 25), p. 20 y ss., 76 y ss.

³⁴ Para conocer a partidarios y detractores, ver P. SCHOLTEN: *Over rechtspersonen — Stichtingen (Sobre personas jurídicas-Fundaciones)*, WPNR 2768 (1923), p. 9 y ss.

³⁵ HR 30 de junio de 1882, W. 4800; HR 11 de diciembre de 1914, NJ 1915, 238.

³⁶ J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 4 y p. 24.

B) *Requisitos formales para la constitución de fundaciones y prohibición de socios*

Una mejora importante que introdujo la ley fue establecer requisitos formales para la constitución de fundaciones. A falta de un régimen legal los requisitos que se debían exigir para la constitución de una fundación eran ambiguos. En la doctrina era controvertido, entre otras cuestiones, si para la constitución se requería una escritura notarial o no. Esta controversia estaba relacionada con el criterio dominante de la época de que la constitución de la fundación suponía una separación patrimonial.

No había dudas de que la constitución *mortis causa* debía realizarse mediante testamento otorgado por un notario³⁷. La constitución *inter vivos*, era otra cuestión. Algunos autores opinaban que la separación patrimonial debía calificarse como donación formal para la que, en virtud del entonces vigente artículo 1703 CC, se requería una escritura notarial. Otros autores creían ver una donación material en esta separación o indicaban la posibilidad de una donación mano a mano, de modo que no era necesaria una escritura notarial³⁸. En el artículo 3 LsS 1956 se resolvió la duda. Si bien no se instauró el requisito de una separación patrimonial (ver a continuación § 4.2.3), se impuso que la constitución se debe efectuar mediante escritura notarial.

Además del requisito formal de la escritura notarial, la ley también recogió la prohibición material de tener socios (art. 1 párr. 1 LsS 1956). Debido a que la fundación no estaba regulada legalmente, la diferencia con la asociación era poco clara. Por los casi inexistentes requisitos de constitución por norma imperativa, la asociación apenas se diferenciaba de la fundación, lo que contribuyó en gran medida a la intercambiabilidad de estas formas jurídicas. Para distinguir la asociación respecto de la fundación era determinante, sobre todo, si se había obtenido aprobación Real³⁹.

Pese a que no había base legal para ello, en varias sentencias se partía de la base de la prohibición material de socios⁴⁰. Entretanto, se vio que se podía

³⁷ Por otra parte, esto es independiente de la discusión sobre si se puede constituir una fundación en caso de testamento, y es que para ser heredero o legatario, la persona debe existir en el momento del fallecimiento. ¿Y existe una fundación constituida en caso de testamento en el momento de fallecimiento del causante? Este punto se solucionó en el artículo 5 LsS 1956.

³⁸ Ver, entre otros, VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 44 y ss.; J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 38.

³⁹ Para más detalles, ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 45; VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 25 y ss.; K. GROEN: *Op de grenzen van vereniging en stichting (En los límites de la sociedad y la fundación)*, WPNR 4314 (1953), p. 456 y ss. indica que una asociación con aprobación Real, en esencia, también puede tener las características de una fundación.

⁴⁰ Para conocer un oportuno resumen de sentencias ver VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 26 y ss.

eludir el control en el momento de constitución de una asociación constituyendo una fundación⁴¹. Esta fue la principal razón para incluir la prohibición de socios en la ley.

C) *Sin requisito de separación patrimonial en el momento de la constitución*

Se ha debatido largo y tendido sobre la cuestión de si se debe realizar una separación patrimonial en el momento de la constitución en beneficio de la fundación. Históricamente la formación de una fundación está unida a la separación patrimonial. En la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el siglo XIX y principios del siglo XX se estableció la separación patrimonial como condición para la constitución de una fundación⁴². Esta interpretación tenía tanto partidarios como detractores en la literatura. Los partidarios alegaban que la existencia de un sujeto de derecho, y por lo tanto de una persona jurídica, suponía la existencia de derechos y obligaciones⁴³. Un sujeto de derecho sin derechos y obligaciones no existe ante el derecho, para el derecho no es «nada»⁴⁴. Los detractores argumentaban frente a esto que también se puede considerar como persona jurídica todo lo que no es humano pero que, al igual que los humanos, *puede ser* titular de derechos y obligaciones⁴⁵.

La jurisprudencia de la Corte Suprema supuso, no obstante, una incertidumbre sobre si en el momento del testamento se podía constituir una fun-

⁴¹ El legislador también se percató. Así, se incluyó la fundación en la normativa relativa a asociaciones prohibidas con el argumento de que, de otra manera, sería muy sencillo proseguir la finalidad de una asociación de carácter prohibido bajo la forma de fundación. Ver también W. L. HAARDT, *De Stichting* (La Fundación) *RMTh* 1943, p. 38-39 y la literatura mencionada en el mismo.

⁴² Para ver un resumen, ver W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 24. La sentencia más reciente es HR 11 de marzo de 1932, *W.* 12482 con nota HdJ, NJ 1932, 698 con nota EMM (fundación Paul Tétar van Elvenfonds).

⁴³ P. SCHOLTEN: *Stichtingen* (Fundaciones), WPNR 2769, p. 23.

⁴⁴ I. VAN DE VELDE, reseña, WPNR 3547 (1937), p. 573, menciona para completar la exposición de Scholten como argumento dogmático a favor del requisito de la separación patrimonial, que nadie (entre ellos, un fundador) puede obligar a otro (y, por lo tanto, tampoco a la fundación) a perseguir un objetivo determinado por el primero sin hacer grandes sacrificios. De este modo establece una relación con la donación o liberalidad con carga. La concesión de patrimonio es, en su opinión, no solo necesaria para atribuir personalidad jurídica a la fundación, sino también para poder obligarla a perseguir el objetivo. B. H. WESTERVELD, *Stichting-Aanvaarding van het afgezonderd vermogen?* (Fundación, ¿aceptación de la separación patrimonial?), *RMTh* 1945, p. 323 y ss. se adhiere a ello.

⁴⁵ J. C. VAN OVEN, *NJB* (Revista neerlandesa para juristas) 1938, p. 417. Al respecto, por ejemplo, también J. F. E. Belinfante, *Iets over de oprichting van verenigingen en stichtingen* (Sobre la constitución de asociaciones y fundaciones), WPNR 3720, p. 174 y ss.

dación y, con ello, poder designarla legataria como causante⁴⁶. También surgieron problemas similares en la constitución de una fundación en vida, con la intención de aportar bienes inmuebles⁴⁷. Como consecuencia de todo ello se desarrolló una práctica en la que se constituían fundaciones con unos fondos de dotación simbólicos de, por ejemplo, 50 florines o menos, a fin de que el constituyente tuviera la seguridad de poder designar a la fundación como heredera o legataria: el requisito de separación patrimonial expresado como una formalidad⁴⁸.

Esta práctica dio pie, a su vez, a una discusión sobre si debía existir relación entre el volumen de los fondos de dotación y el objetivo de la fundación o si, efectivamente, no era mejor no establecer el requisito de la separación patrimonial. Los argumentos favorables a este último criterio alegaban que no es posible determinar exactamente cuándo una cantidad es suficiente para dedicarla al objetivo de la fundación y que la fundación también puede adquirir patrimonio después de su constitución y que también se puede constituir la fundación con esta finalidad. En este último caso surge, además, la pregunta —partiendo de la base de que una fundación no puede crearse sin (suficientes) fondos dotacionales— sobre qué debe ocurrir con el patrimonio que la fundación haya adquirido tras su «constitución». Se argumentaba que establecer el requisito de patrimonio no sólo conlleva a una incertidumbre jurídica, sino que es además insuficiente⁴⁹.

Tras sopesarlo todo, el legislador no incluyó el requisito de separación patrimonial en la Ley de Fundaciones⁵⁰.

⁴⁶ En este contexto, se deben mencionar las sentencias de la Corte suprema según las cuales la fundación creada mediante testamento o donación no se podía considerar heredera, legataria o donataria para la aplicación de la Ley de sucesiones (*Successiewet*). Ver HR 2 de febrero de 1894, W. 6462 (designación de heredero único); HR 12 de junio de 1896, W. 6823 (designación de legatario); HR 18 de junio de 1886, W. 5311 (constitución en vida).

⁴⁷ Para conocer los problemas prácticos que se presentaban, ver B.H. Westerveld, ob. cit. (nota 57), p. 324 y ss., la opinión de Suyling de que el constituyente acepta, como representante de la fundación, la donación en el momento de la constitución, se rechazó como «artificial». Sin embargo, Suyling se adelantó a su época (también en esto). Ver, entre otros, DIJK y VAN DER PLOEG, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (Sobre asociación y fundación, cooperación y mutualidades)*, 6.ª ed., Kluwer 2013, párr. 3.8.

⁴⁸ Ver W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 29 y ss.; POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 58 y ss.

⁴⁹ Para más detalles ver W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 29 y ss.; POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 57 y ss.

⁵⁰ En el borrador de 1932 se incluía aún el requisito de separación patrimonial. Ver al respecto W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 23.

D) *Sin aprobación gubernamental o control*

Fue una decisión importante del legislador mantener la situación existente desde la reforma, en la que para la constitución de fundaciones no se requiere aprobación gubernamental. Las fundaciones tampoco tenían la obligación de presentar cuentas y justificar sus actuaciones ante un órgano gubernamental⁵¹. El hecho de que la aprobación gubernamental no sea necesaria para constituir una fundación, ha contribuido a la popularidad de la misma. Después de todo, para la constitución de otras formas de persona jurídica, incluida la asociación, sí se necesitaba la aprobación del Estado⁵². El control preventivo en la constitución de asociaciones, solo desaparecería en 1976 con la instauración del Libro 2 CC. El control preventivo en la constitución de sociedades anónimas y sociedades limitadas, no se anuló hasta el 1 de julio de 2011⁵³.

La libertad de constitución de la fundación junto con la falta de intervención estatal, hicieron de la fundación una atractiva alternativa para la asociación. La prohibición de socios establecida en el artículo 1 párr. 1 LsS 1956 —actualmente art. 2:285 párr. 1 CC— no suponía un impedimento real, por su limitado alcance.

E) *Sin limitación de objetivos benéficos, altruistas o de utilidad pública*

En el período anterior a la instauración de la Ley de Fundaciones, en la jurisprudencia se asumía predominantemente que la fundación debía perseguir un objetivo altruista. También en la doctrina se adoptó esta posición⁵⁴. No obstante, en la práctica las fundaciones tenían fines muy diversos.

El legislador se propuso en el borrador de 1937 restringir a la fundación de nuevo a «su territorio natural»⁵⁵. Para ello, en el borrador de 1937 se incluyó que la fundación debía tener un objetivo no lucrativo. De este modo,

⁵¹ Al igual que sucede en la actualidad, sí existían requisitos similares en determinados sectores, en función de normativas o leyes específicas. Remito, por ejemplo, a los RD y las disposiciones mencionados en § 3 en materia de caridad, institucionalizados posteriormente en la ley de 27 de abril de 1912 relativa a la regulación de la gestión de la caridad (Ley sobre asistencia a necesitados), la posterior Ley sobre instituciones de beneficencia que tan solo se derogó el 1 de abril de 2004.

⁵² Este instrumento también se utilizó para negar la personalidad jurídica a iniciativas que el gobierno no encontraba favorables por motivos políticos o de gestión. Ver ASSER-MAEIJER 2-II, n.º 224.

⁵³ Gaceta jurídica 2010, 280.

⁵⁴ Para ver un resumen, ver VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 32 y ss.

⁵⁵ Ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 66.

se estableció que la fundación «no podía perseguir ninguna finalidad secundaria de naturaleza comercial»⁵⁶. Se ha escrito y debatido largo y tendido sobre este punto. Esta postura encontró gran oposición en la doctrina y en los tribunales. Inicialmente, sobre todo porque la redacción propuesta no permitiría el desarrollo de actividades comerciales para realizar la finalidad altruista. El punto de partida de que la fundación debía tener una finalidad altruista estaba en primer plano.

En el debate que surgió y continuó durante años se ampliaron cada vez más los límites de lo que se consideraba aceptable. En consecuencia, la administración formuló la opinión de que la fundación también se podía utilizar, entre otros, para fines cooperativos y para el mantenimiento de una empresa con el objetivo de utilizar los beneficios de la misma en favor de las personas que trabajaran en ella, en su caso. La finalidad de la empresa es lograr beneficios, pero el objetivo de la fundación no sería la obtención de beneficios. La administración reconoció además, que este no era un caso límite⁵⁷.

Finalmente en el artículo 1 párr. 3 LsS 1956 se incluyó que el objetivo de la fundación no puede implicar una retribución a los fundadores o a aquellos que formen parte de sus órganos, ni a terceros, a menos que en lo que respecta a terceros, las retribuciones tuvieran una finalidad social o altruista. De este modo, la fundación no se puede utilizar para distribuir patrimonio y/o ingresos, excepto en la medida en que las retribuciones tengan una finalidad altruista o social⁵⁸.

Esto significa que no se aplica a la fundación el requisito de perseguir un objetivo altruista. Mientras la fundación no otorgue retribuciones, no hay conflicto con los requisitos materiales impuestos para su forma jurídica. Este es el final de la discusión sobre si la fundación puede desarrollar actividades empresariales.

⁵⁶ Exposición de motivos, Parte general III, sub 1, p. 1 y 2.

⁵⁷ Ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 65 y ss. especialmente 70-71.

⁵⁸ J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 72 y ss. Por lo general, se acepta que también se pueden otorgar retribuciones de naturaleza social o idealista a los constituyentes y a los miembros de los órganos. Ver más detalles al respecto en Schwarz en otros puntos de este libro.

V. La fundación en el derecho actual⁵⁹

1. El alcance de la normativa

En Holanda, la fundación está regulada en la Sección 8 del Libro 2 del Código Civil. La normativa comienza con el artículo 2:285 CC y finaliza con el artículo 2:304 CC. Con la incorporación de la fundación al Código Civil se adoptó la normativa de la Ley de Fundaciones prácticamente sin modificaciones —a excepción de algunos ajustes—. La principal modificación se refería al ámbito de aplicación. En virtud de los artículos 28 y 29 de la Ley de Fundaciones se mantuvieron numerosas fundaciones fuera del ámbito de la normativa⁶⁰. Ya en la tramitación de la proposición de ley surgieron objeciones al respecto⁶¹. Con la incorporación de la fundación al Código Civil se eliminaron la mayoría de las excepciones.

Así, se incluyeron, entre otras, la fundación de pensiones y la fundación pública en el ámbito de aplicación de la normativa del Libro 2 CC. También se incluyeron las fundaciones eclesiásticas dentro del ámbito de aplicación del régimen legal. En este contexto, se debe señalar que para asociaciones eclesiásticas y sus divisiones independientes se establecía que eran controladas por sus propios estatutos (ver art. 2:2 CC). En este sentido, las «fundaciones ecle-

⁵⁹ Para consideraciones sobre el Derecho holandés de fundaciones, ver también: C. H. C. OVERES y T. J. VAN DER PLOEG, «The development of the Law on foundations in the Netherlands» («El desarrollo de la Ley sobre fundaciones en los Países Bajos»), en Chiara PRELE (ed.), *Developments in Foundation Law in Europe (Desarrollos en el Derecho sobre Fundaciones en Europa)* Springer Dordrecht Heidelberg 2014, p. 193-225; F. VOLDER y A. DE VRIES, «Niederlande» («Países Bajos»), en A. RICHTER y Th. WACHTER (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (Manual de derecho internacional de Fundaciones)* pp. 1164-1229; T. J. VAN DER PLOEG, «Stiftungen im niederländischen Recht» («Las fundaciones en el derecho neerlandés»), en K. HOPT y D. REUTER (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa (Derecho de fundaciones en Europa)* Calr Heymanns Verlag, Köln 2001, p. 405-418; W. J. M. VAN VEEN, «The Netherlands» (Los Países Bajos), en L. M. SALAMON: *The International Guide to Nonprofit Law (Guía internacional sobre derecho para fines no lucrativos)* John Wiley & Sons, New York, 1997, p. 231-245. Para ver un resumen de Derecho comparado en el que se incluyen aspectos administrativos y fiscales, remito al *Index of Philanthropic Freedom 2015 (Índice de libertad filantrópica 2015)* que se puede ver en <http://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/2015.06.15IndexofPhilanthropicFreedom2015.pdf>.

⁶⁰ Entre ellas, las asociaciones eclesiásticas y sus divisiones independientes, fundaciones eclesiásticas, las anteriormente mencionadas fundaciones restablecidas por RD anteriores a la época francesa, instituciones de beneficencia según lo descrito en la Ley sobre asistencia a necesitados y fondos de pensiones.

⁶¹ Como argumento a favor, se alegaba que, aunque las asociaciones eclesiásticas tienen en nuestro Derecho una posición única, era conveniente una estipulación explícita para evitar malentendidos. Respecto de otras fundaciones citadas, el argumento más importante es que ya tenían suficiente control. Ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 147-148.

siásticas» seguían teniendo la opción de no ser constituidas bajo la forma jurídica de fundación privada.

2. *Características legales*

La fundación se define en el artículo 2:285 párr. 1 CC como «una persona jurídica creada mediante un acto jurídico, que no tiene socios y pretende realizar un objetivo definido en los estatutos con la ayuda de un patrimonio destinado para ello». Respecto de la finalidad admitida, el artículo 2:285 párr. 3 CC establece que el objetivo de la fundación no puede implicar una distribución a los fundadores o a las personas que formen parte de sus órganos. La fundación tampoco puede retribuir a terceros, a menos que estas retribuciones tengan una finalidad altruista o social.

Si observamos esta definición detalladamente, podemos ver que no es requisito que la fundación disponga de un patrimonio mínimo. Se puede constituir una fundación sin poner un patrimonio a su disposición. No obstante, de la definición legal también se desprende que la relación con el concepto de patrimonio afecto no se elimina completamente. Esto queda manifiesto en el artículo 2:301 CC, en el que se determina que si el patrimonio es insuficiente para realizar su objetivo y si es improbable que en un futuro próximo se puedan obtener los medios, el juez puede disolver la fundación a instancias del ministerio fiscal o de un interesado. Son excepcionales las sentencias de disolución de fundaciones por este motivo.

El segundo aspecto relevante de la descripción del objetivo es la prohibición de socios. Sobre los antecedentes de la prohibición de socios, ya he efectuado algunas observaciones anteriormente (§ 4.2.2). Se ha debatido mucho sobre el contenido del concepto de socio, sin que se haya llegado a una conclusión unívoca. En la literatura se cree que depende de la situación concreta, y si hay personas externas al consejo administración que por una combinación de competencias y composición sea comparable a la junta general de una asociación. En esencia, la cuestión es si la organización tiene carácter de asociación. En este tema intervienen cuestiones como el libre ingreso y cese, o si se ejercen los derechos de decisión en el marco de los órganos —como colectivo— y si los «socios» tienen obligaciones, como suele ser habitual en asociaciones⁶².

Debido a que las asociaciones también se pueden constituir de modo que se asimilen a la fundación, la prohibición de socios no es un criterio concii-

⁶² J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 54-57; DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 2.3.2; ASSER y RENNSSEN 2-III* 2012, párr. 326.

so. El legislador ha querido disipar la duda de que no se infringe la prohibición de socios en varios casos. Este es el caso de las personas que según los estatutos son competentes para designar a administradores y, llegado el caso, miembros de otros órganos de la fundación (art. 2:285 párr. 2 CC). Además, el artículo 2:304 párr. 1 CC determina que los participantes en un fondo de pensiones no son considerados socios.

El último elemento fundamental de la definición es que el objetivo de la fundación no puede implicar una retribución a los fundadores o a aquellas personas que formen parte de sus órganos, ni a terceros, a menos que en lo que respecta a estos terceros, las retribuciones tuvieran una finalidad social o altruista (art. 2:285 párr. 3 CC)⁶³. En este sentido, por finalidad se debe comprender tanto el objetivo estatutario como las actividades reales de la fundación. Consecuentemente, para la fundación existe una restricción de retribuciones que la caracteriza como organización sin ánimo de lucro.

La doctrina sobre la restricción de retribuciones en Holanda es compleja y no se puede explicar detalladamente en el ámbito de esta aportación. Me limito a observar que las prohibiciones de retribución se interpretan de forma limitada. Así, la ley parece establecer que no se admiten retribuciones a fundadores y administradores de la fundación, tampoco en el caso de que las retribuciones tengan una finalidad altruista o social, pero la interpretación general en la doctrina es que hay cierto margen al respecto. También es generalmente aceptado que se admiten ciertas retribuciones, aunque no tengan una significación altruista o social. Esto se basa en pasajes del desarrollo histórico, en los que se han tratado estas figuras. En cualquier caso, se aplican limitaciones en cuanto a la retribución de medios obtenidos de actividades comerciales o recaudación de fondos. En este contexto, es conveniente observar que las retribuciones que no sean contrarias a la restricción de retribución, sí pueden ser contrarias al objetivo de la fundación o pueden ser ilícitas por otros motivos. Por ejemplo, porque por ellas surja un conflicto de intereses entre los administradores de la fundación y la fundación.

Además de la restricción de distribución, para la fundación rige, al igual que para toda persona jurídica, la prohibición de perseguir un objetivo o actividades contrarias al orden público (art. 2:20 CC).

⁶³ Para conocer las fuentes y los antecedentes, ver W. J. M. VAN VEEN, «*Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited*» (Revisión de la prohibición de retribuciones de la fundación), en OVERES y VAN VEEN, *Met recht betrokken* (Implicados en derecho) Liber Amicorum T. J. VAN DER PLOEG, Kluwer, Deventer, 2012, p. 387-388; DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 2.2.2a; ASSER y RENNSSEN 2-III* 2012, párr. 324.

Aparte de las restricciones mencionadas anteriormente, no hay otras limitaciones relativas a la finalidad de la fundación. Consecuentemente, los usos de la fundación no se limitan a finalidades de utilidad pública y/o actividades no comerciales. Más detalles sobre el uso en § 6.

3. *Constitución y registro*

La fundación, al igual que toda persona jurídica en el Derecho holandés, se constituye por norma imperativa para una duración indeterminada (art. 2:17 CC). La fundación se debe constituir mediante escritura notarial, según el artículo 2:286 párr. 1 CC. La fundación no podrá ser creada si no se cumple este requisito. Otros fallos en la constitución —por ejemplo, relativos a los requisitos impuestos para la escritura notarial— no conllevan la nulidad (art. 2:4 CC). Si bien la fundación podría ser disuelta por el juez a causa de dichos fallos. Más detalles en § 5.6.

La escritura notarial debe incluir los estatutos (art. 2:286 párr. 3 CC), que deben estar redactados en lengua neerlandesa, salvo si la sede de la fundación está situada en la provincia Frisia. En ese caso, los estatutos se pueden redactar en frisón (art. 2:286 párr. 2 CC). Los estatutos deben indicar por lo menos:

- el nombre de la fundación —la palabra «fundación» debe ser parte del mismo—;
- el objetivo;
- el procedimiento de designación y cese de los administradores;
- el municipio en el que se encuentra la sede de la fundación;
- el destino del saldo positivo tras liquidación o la manera en la que se determinará.

La fundación se puede constituir por una o más personas *inter vivos* o mediante testamento. En este último caso la fundación puede ser, igualmente, heredera o legataria, en virtud de la última voluntad según la cual ha sido constituida (art. 4:135 CC). Si el causante hubiera declarado crear una fundación en una última voluntad distinta a la escritura notarial, esta voluntad se considera una carga para el heredero que ha de constituir la fundación (art. 4:135 párr. 2 CC). En ese caso, recae en él la obligación de proceder a la constitución de la fundación (art. 4:135 párr. 3 CC).

Tras su constitución la fundación se debe inscribir en el registro mercantil, mantenido por la Cámara de Comercio. La inscripción no es constitutiva para la obtención de la personalidad jurídica, pero sí es obligatoria. El incum-

plimiento constituye un delito económico. Mientras la fundación no esté inscrita, todo administrador tendrá, además, una obligación solidaria en lo relativo a los actos jurídicos que realice en nombre de la fundación (art. 2:289).

4. *Estatutos y modificación de estatutos*

Los estatutos de una fundación son, en principio, invariables. Los estatutos sólo pueden ser modificados por sus órganos, si los propios estatutos ofrecen la posibilidad para ello, según el artículo 2:293 CC. Se puede limitar la modificación de estatutos a uno o más artículos determinados o a todas las estipulaciones de los mismos. La competencia para modificar los estatutos también puede someterse a la aprobación de otro órgano de la fundación o a una instancia externa a la misma. El constituyente puede atribuirse a sí mismo competencias a este respecto. La modificación de estatutos solo entrará en vigor tras su consignación en una escritura notarial. (art. 2:293 CC).

Además de las posibilidades descritas anteriormente para la modificación de estatutos, la ley prevé la posibilidad de modificación de estatutos por parte de un tribunal. Cabe esta posibilidad si los estatutos no se pueden mantener inalterados razonablemente y si los estatutos no recogen la posibilidad de modificación de estas estipulaciones; o si esta posibilidad sí estuviera recogida en los estatutos, pero si las personas competentes para ello no lo hicieran (artículo 2:294 párr. 3 CC). El fundador, el consejo de administración o el ministerio fiscal pueden solicitar la modificación de los mismos (art. 2:294 párr. 1 CC). El tribunal también tiene esta competencia si la modificación de los estatutos es necesaria para evitar la disolución por motivos de incumplimiento de requisitos legales de los estatutos (art. 2:294 párr. 3 CC). Si se solicitara al tribunal la disolución de la fundación por este motivo, el tribunal es también competente de oficio para modificar los estatutos de la fundación (art. 2:296 CC).

Si el tribunal considera fundada la solicitud, establecerá el nuevo texto de los estatutos. Para ello no está vinculado a la solicitud. No obstante, el tribunal debe establecer un texto que discrepe en lo mínimo posible de los estatutos existentes. Si fuera necesario modificar el objetivo, se debe designar un objetivo que guarde relación con el objetivo existente (art. 2:294 párr. 2 CC).

5. *Consejo de la fundación y control interno*

El procedimiento de designación y cese de los administradores debe estar descrito en los estatutos, según el artículo 2:286 párr. 3, bajo c CC. No obs-

tante, los fundadores suelen designar a los primeros administradores de la fundación en la escritura de constitución⁶⁴. Esto no siempre es posible en el caso de una fundación *mortis causa*. En este caso, los primeros administradores serán designados conforme con la regulación estatutaria. En el derecho holandés los administradores pueden tener una relación laboral con la fundación o recibir una compensación razonable por sus actividades.

Ya que en las fundaciones se puede dar fácilmente la situación de que no haya administradores en funciones, se prevé que el tribunal pueda designar nuevos administradores. El juez dispone de esta competencia a instancias de cualquier interesado o del ministerio fiscal (art. 2:299 CC). El juez dispone de esta competencia si no se puede efectuar la regulación estatutaria relativa a la designación, por ejemplo, porque el órgano competente tampoco tuviera miembros o porque las personas competentes para la designación no ejerzan esta competencia. El tribunal observará en lo posible la regulación estatutaria.

Los administradores de una fundación deben desempeñar sus tareas adecuadamente de acuerdo con la ley (art. 2:9 CC). Al igual que los administradores de toda persona jurídica, el consejo de administración es responsable de la gestión financiera de la fundación. El consejo de administración debe procurar una administración correcta en la que se reflejen en todo momento los derechos y las obligaciones de la fundación (art. 2:10 CC). El consejo de administración debe, además, redactar anualmente en los seis meses siguientes a la finalización del ejercicio anual unas cuentas anuales de la fundación, que incluyan el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, y expresarlas en papel (art. 2:10 párr. 2 CC).

Para una fundación comercial pueden aplicarse disposiciones adicionales relativas a la redacción de las cuentas anuales, el informe de gestión, el control de las cuentas anuales y la publicación de las mismas. Las cuentas anuales se recogen en el Título 9 del Libro 2 CC. Estas disposiciones son de aplicación para las fundaciones si el importe neto del volumen de negocios de sus actividades empresariales durante dos años consecutivos asciende a 4,4 millones de euros o más. En función de regímenes legales específicos pueden regir normativas similares también para fundaciones que desarrollen sus actividades en un sector determinado, como la asistencia sanitaria, en cuyo caso no es de aplicación la normativa recogida en el Libro 2 CC.

⁶⁴ Se considera a los fundadores competentes para ello, vista la estrecha relación con la constitución de la fundación. Ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 3.8.

El consejo de la fundación debe, además, con arreglo a las limitaciones legales y, si fuera el caso, estatutarias, administrar la organización de la fundación. A ello corresponde también determinar la política (general). El consejo de administración es también competente y responsable de la representación de la fundación, si bien los estatutos pueden otorgar esta competencia a otros, además de al consejo de administración (art. 2:292 CC). Las actividades de la fundación deben dirigirse únicamente a la realización de la finalidad de la fundación. La ley no prevé ninguna normativa para el caso de un posible conflicto de intereses entre un administrador y la fundación. En la doctrina es discutido si el administrador correspondiente puede, en ese caso, representar legalmente a la fundación⁶⁵. Se necesita, por tanto, un régimen legal al respecto.

Un administrador que no desempeñe su tarea correctamente, puede ser considerado responsable de los daños sufridos por la fundación como consecuencia de ello. Para ello es necesario poder hacerle una recriminación *seria* (art. 2:9 CC)⁶⁶. Si la fundación lleva una empresa supeditada al impuesto sobre sociedades, en caso de quiebra de la fundación, los administradores son responsables personalmente del déficit de los bienes, si la quiebra de la fundación es achacable al desempeño incorrecto de sus tareas (art. 2:330a CC).

La ley no establece cuántos administradores deben componer el consejo de administración. Por consiguiente, el consejo de una fundación puede contar con un único administrador. En no pocas ocasiones los estatutos determinan que el consejo de administración debe contar con un mayor número de administradores. Si el consejo de administración está compuesto por dos o más personas, los administradores son responsables solidariamente del desempeño de su tarea de administración. Por este motivo los administradores deben efectuar un control mutuo, en cierta medida.

La ley no prevé que la fundación disponga de otro órgano aparte del consejo de administración. La fundación no tiene en consecuencia ningún órgano de control interno ante el cual deba justificar sus actuaciones el consejo de administración. No obstante, puede preverse en los estatutos. En numerosos sectores hay en vigor Códigos de Gobierno en los que se recoge que los estatutos deben prever un órgano de control —generalmente designados como Consejo de Supervisión— o un órgano administrativo colegiado del que determinados miembros tienen una función de vigilancia —generalmente denominados «administradores no ejecutivos» o «no ejecuti-

⁶⁵ Ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 9.3.3.

⁶⁶ Ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 8.6.

vos»—. En estos códigos se suelen regular, además, muchas otras cuestiones, como la composición del consejo de administración y el órgano de control, la manera de toma de decisiones, la distribución de competencias entre los órganos, conflictos de intereses, etc.⁶⁷.

Si los estatutos prevén un órgano de control, la ley impone que las cuentas anuales redactadas por el consejo de administración y el informe de gestión correspondiente sean puestas a disposición de los miembros del órgano de control. Las cuentas anuales deben ser firmadas por todos los miembros del consejo de administración y por todos los miembros del órgano de control, si lo hubiera. Mediante la firma de las cuentas anuales, se asume la responsabilidad del contenido de las mismas. Si faltara una firma, se debe indicar la razón para ello (art. 2:300 párr. 2 CC).

Dado que la ley, a excepción de los puntos mencionados anteriormente, no incluye ninguna normativa relativa al órgano de control de una fundación, los estatutos deben desarrollar la tarea y las competencias del órgano de control y su posición respecto del consejo de administración. La falta de régimen legal también ha supuesto que en la jurisprudencia de menor nivel se haya creído hasta la actualidad que no se puede responsabilizar a los miembros de un órgano de control por un control fallido⁶⁸. En este punto se ha anunciado una legislación que supondrá cambios al respecto. Sin embargo, en el momento de redactar esta aportación aún no se ha presentado ningún proyecto de ley.

6. Control externo

El derecho holandés no conoce ningún organismo público encargado del control de las fundaciones. Las fundaciones tampoco tienen la obligación de publicar sus cuentas anuales e informes de gestión ni de remitirlas a una autoridad de control. Todas las fundaciones que deseen adquirir y conservar

⁶⁷ Sobre este tema ver W. J. M. VAN VEEN, «Corporate governance for Non-Profit Organisations — a legal approach» («Gobernanza corporativa de organizaciones sin ánimo de lucro, una perspectiva legal»), en *Zwischen Markt und Staat (Entre el mercado y el Estado)* H. KOHL, F. KÜBLER, C. OTT y K. SMIDT (eds.), Carl Heymanns Verlag 2008, p. 757-768; y «Comparing regulation of fundraising: self-regulation or governmental regulation?» («Comparación de regulación de recaudación de fondos: ¿autorregulación o regulación gubernamental?»), en K. HOPT y Th. VON HIPPEL (eds.), *Comparative corporate governance of Non-Profit Organisation (Gobierno corporativo comparativo de la organización sin ánimo de lucro)*, Cambridge University Press, 2010, p. 662-698.

⁶⁸ Ver al respecto C. H. C. OVERES: «De stichting en governance: bestuur en toezicht» («La fundación y su gobernanza: consejo de administración y control»), en LENNARTS, VAN VEEN y ZAMAN (red.), *De Stichting (La fundación)*, SDU, Den Haag 2011, p. 74-75.

la situación jurídica de institución de utilidad pública (ANBI, por sus siglas en neerlandés) deben publicar sus cuentas anuales mediante una página web. Las fundaciones pueden, además, estar supeditadas a control estatal por sus actividades específicas. Así, los colegios y hospitales están sujetos al control de las inspecciones. Este control está dirigido principalmente a la calidad de los servicios prestados y es independiente del Derecho de fundaciones.

El hecho de que no exista un organismo público con la tarea específica del control de las fundaciones, no quita para que haya numerosos regímenes legales en los que el tribunal recibe la tarea de protección preventiva de los intereses de la fundación —o si así se desea, de la voluntad del fundador— y evitar que la fundación no pueda seguir desarrollando sus actividades. Ya se han presentado ejemplos al respecto. Es competencia del juez modificar los estatutos si no se pueden mantener inalterados razonablemente o si tuvieran como consecuencia la disolubilidad de la fundación (§ 5.4) y designar a los miembros del consejo de administración si la regulación estatutaria no funciona (§ 5.5). A esta categoría pertenece también la intervención judicial en caso de fusión, división y transformación, tratados en § 5.7.

Además, la ley prevé numerosas medidas represivas que puede adoptar el tribunal para con la fundación o los administradores de la misma, en casos de infracción de las normativas legales y/o regulaciones estatutarias. En este párrafo explicaré más detalladamente las medidas que puede imponer el tribunal. Para iniciar estos procedimientos también es necesaria una instancia. La presentación de dicha instancia es siempre competencia del ministerio fiscal. Por regla general, cualquier interesado es igualmente competente para presentar esta instancia. Con carácter general, pertenecen al círculo de interesados los constituyentes y los miembros de un órgano de la fundación. En casos excepcionales, también puede admitirse a otras personas como interesadas. Para ello, tienen que poder demostrar una relación especial con la fundación y el objeto de la instancia⁶⁹.

A) *Disolución de la fundación*

Se puede solicitar la disolución de la fundación por distintos motivos. Los más importantes son:

i) que su objetivo y/o actividades sean contrarias al orden público (art. 20 CC);

⁶⁹ Ver HR 10 de noviembre de 2006, NJ 2007, 45 y para ejemplos de jurisprudencia de menor nivel, ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 10.3.3.

- ii) que haya defectos en la constitución de la fundación;
- iii) que los estatutos no cumplan los requisitos legales;
- iv) que la fundación no cumpla los requisitos legales vigentes para esta forma jurídica;
- v) que la fundación infrinja las prohibiciones vigentes para su forma jurídica; o
- vi) que actúe gravemente de forma contraria a sus estatutos (art. 2:21 CC).

Los motivos de disolución citados anteriormente no son solo válidos para la fundación, sino para toda forma de persona jurídica. Además, la fundación se puede disolver:

- vii) si el patrimonio de la fundación es insuficiente para alcanzar su objetivo y es en gran medida improbable que esta situación cambie en un futuro próximo; y
- viii) si se ha alcanzado el objetivo de la fundación o ya no se pudiera alcanzar y no es pertinente la modificación de este objetivo (art. 2:301 CC).

B) *Obligación de facilitar información*

El ministerio fiscal es competente, en determinadas circunstancias, para solicitar informes al consejo de administración de una fundación. Éste es el caso si hay «dudas serias» de si se cumplen de buena fe la ley y los estatutos. En caso de que esta solicitud no sea atendida o lo sea indebidamente, el ministerio fiscal puede solicitar al juez de medidas provisionales que ordene poner a disposición del ministerio fiscal los libros, las actas y otros soportes de información y demostrar el patrimonio de la fundación (art. 2:297 CC).

La cuestión principal de una solicitud semejante es si el ministerio fiscal puede probar que se cumple el requisito de «dudas serias». El legislador ha querido erigir una barrera frente a la intervención superficial del ministerio fiscal⁷⁰.

C) *Suspensión o cese de administradores*

El artículo 2:298 CC describe algunos motivos por los que el tribunal puede cesar a un administrador de una fundación. Estos motivos son:

⁷⁰ DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 10.3.2b.

—que el administrador haga algo o deje de hacerlo de forma contraria a la ley o los estatutos o que sea culpable de mala administración (financiera);

—que no cumpla o cumpla indebidamente una orden para facilitar información según lo descrito en el artículo 2:297 CC (tratado anteriormente).

Con esta normativa no se pretende un control completo sobre la política del consejo de administración. La comprobación judicial debe limitarse a la legitimidad de la actuación del consejo de administración. La Corte Suprema aplica esta normativa de modo que solo aprecia motivos de cese si en el momento de realizar la actuación irregular, no había discrepancia razonable sobre su ilicitud⁷¹.

El tribunal puede, durante el curso de la investigación, adoptar medidas provisionales para el consejo de administración y suspender al administrador correspondiente. En la práctica, el tribunal designa a veces a un administrador temporal, quien recibe la tarea de investigar la gestión diaria de la fundación y de informar al juez al respecto.

Un administrador cesado por el juez, no puede ser administrador de una fundación durante un período de cinco años tras el cese (art. 2:298 párr. 3 CC). Sin embargo, no existe un registro público que refleje los nombres de administradores cesados por el tribunal, lo que no facilita la aplicación de esta estipulación.

D) *Anulación de decisiones*

El Código Civil comprende varios motivos de anulación de decisiones de personas jurídicas. Únicamente el tribunal puede proceder a la anulación de decisiones a instancias de un interesado. La normativa general recogida en el artículo 2:15 CC cita como motivos de anulación:

—conflicto con las estipulaciones legales o estatutarias que regulan la toma de decisiones;

—conflicto con el razonamiento y equidad que las personas jurídicas y las personas involucradas en la organización de la persona jurídica deben considerarse recíprocamente;

—conflicto con un reglamento.

Con respecto a las fundaciones, la ley comprende un motivo específico más para la anulación de decisiones. Éste se recoge en el artículo 2:295 CC.

⁷¹ HR 3 de enero de 1975, NJ 1975, 222; HR 20 de abril de 2007, NJ 2007, 241.

El tribunal puede anular una decisión de modificación de los estatutos de una fundación a instancias de la fundación, un interesado o el ministerio fiscal, si la consecuencia de esta modificación es que la fundación pueda ser disuelta (ver arriba). El tribunal puede ejercer esta competencia de oficio, en caso de que se le dirija una solicitud de disolución directamente (art. 2:296 CC). Según lo tratado anteriormente (§ 5.4), el tribunal es también competente de oficio, si fuera necesario, para modificar los estatutos de la fundación.

E) *Corrección de cuentas anuales*

La obligación de redactar las cuentas anuales se ha tratado anteriormente en § 5.5. Si una fundación está supeditada a la legislación contable en virtud del Título 9 Libro 2 CC, se prevé un procedimiento que puede dar lugar a una orden judicial para la modificación de los documentos relativos a las cuentas anuales, incluidos los datos que se deben agregar. Este procedimiento se recoge en el artículo 2:447 CC. Cualquier interesado y el Abogado General pueden presentar la solicitud de esta orden ante el Tribunal de Ámsterdam. Si la fundación es una institución emisora de valores, también es competente para presentar la solicitud la Autoridad Holandesa de Mercados Financieros (*Autoriteit Financiële Markten*). La instancia judicial competente es la Sala de lo Mercantil (*Ondernemingskamer*) del Tribunal de Ámsterdam.

F) *Derecho de investigación*

Las fundaciones que llevan una empresa en la que se debe constituir un comité de empresa⁷², pueden estar supeditadas a un procedimiento de investigación, regulado en la Sección 2 del Título 8 del Libro 2 CC. La instancia judicial competente es la Sala de lo Mercantil (*Ondernemingskamer*) del Tribunal de Ámsterdam. La solicitud es estimable si de la Sala de lo Mercantil se desprende que hay motivos fundados para dudar de una política correcta o una gestión diaria adecuadas (art. 2:350 CC). Son competentes para presentar una instancia respecto a una fundación:

- i) la fundación (art. 2:346 párr. 1 bajo e CC);
- ii) aquellos a los que se haya designado dicha competencia en los estatutos o acuerdos (art. 2:346 párr. 1 bajo e CC);

⁷² Este es el caso si la fundación por regla general tiene más de 50 trabajadores. Ver artículo 2 de la Ley sobre Comités de Empresa (*Wet op de Ondernemingsraden*), Gaceta Jurídica 1971, 54, según la última modificación de 10 de julio de 2013, Gaceta Jurídica 2013, 302.

iii) un sindicato que cuente con miembros entre los trabajadores de la empresa (art. 2:347 CC); y

iv) el procurador general por motivos de interés público (art. 2:345 CC).

Si se estima la solicitud, la Sala de lo Mercantil designa a uno o más expertos que reciben la tarea de realizar una investigación sobre la gestión diaria dentro de un marco determinados formulados por la Sala de lo Mercantil. Los investigadores presentarán informes ante la Sala de lo Mercantil que decidirá si se hace público el informe.

Tras completar el informe, las partes competentes para presentar la instancia pueden solicitar a la Sala de lo Mercantil que constate que se trata de mala política y adopte determinadas medidas. Estas medidas son:

a) anulación o suspensión de las decisiones de un órgano de la persona jurídica;

b) suspensión o cese de administradores o consejeros;

c) nombramiento temporal de administradores o consejeros;

d) apartamiento temporal de los estatutos;

e) disolución de la persona jurídica.

7. Transformación, y fusión y división jurídicas

A) Transformación de y a fundación

Una fundación se puede transformar en virtud del artículo 2:18 CC en otra forma de persona jurídica holandesa. Por lo tanto, es posible la transformación de una fundación en una sociedad de capital, asociación, cooperativa o mutualidad. Lo inverso también es posible: las formas de persona jurídica mencionadas también se pueden transformar en fundación.

Para la transformación se requiere (i) una decisión de transformación, (ii) una decisión de modificación de estatutos y (iii) una escritura notarial de transformación que incluya los nuevos estatutos (art. 2:18 párr. 2 CC). Para la transformación de o a una fundación se requiere además una autorización judicial (art. 2:18 párr. 4 CC). El tribunal denegará la aprobación si una de las citadas decisiones es nula o si se ha solicitado la anulación de la misma. El tribunal denegará asimismo la aprobación si los intereses de aquellos con derecho a voto que hayan votado en contra o de otros que se hayan dirigido al juez no se han respetado suficientemente (art. 2:18 párr. 5 CC). Si no se pueden modificar todas las estipulaciones de los estatutos, no se puede

transformar una fundación, ya que no se puede tomar la decisión de modificación de estatutos requerida.

La ley prevé una norma para la protección del destino del patrimonio que se halle en la fundación. Los estatutos de las personas jurídicas transformadas deben determinar que el patrimonio que tiene la fundación en el momento de la transformación, así como los beneficios del mismo, solo se pueden destinar a otro fin que el dictado antes de la transformación mediante autorización judicial (art. 2:18 párr. 6 CC).

B) *Fusión y división jurídicas*

Las fundaciones pueden, al igual que las sociedades de capital, participar en una fusión jurídica o una división jurídica. Para ello, para la fusión jurídica rige la restricción de que las partes que van a fusionarse todas tengan la forma jurídica de fundación, con la excepción de que la fundación puede ser persona jurídica adquirente de una fusión con una persona jurídica de la que sea único accionista o único miembro (art. 2:310 CC). Para la división jurídica, rige la restricción de que las personas jurídicas adquirentes tengan la forma jurídica de fundación. La excepción a esta restricción es que la fundación puede separar (parte) de su patrimonio a una sociedad de capital (sociedad limitada o sociedad anónima), a condición de que ésta se constituya en el momento de la división y de que la fundación que se divide adquiera todas las acciones (art. 2:334b CC).

El procedimiento para la fusión y división jurídicas es, en líneas generales, igual que el aplicable para sociedades de capital. No obstante, hay una particularidad que solo rige para la fundación: si no se pueden modificar todas las estipulaciones de los estatutos de la fundación, se debe obtener aprobación del juez. En ese caso, el tribunal debe comprobar si la fusión o división es contraria a los intereses de la fundación. El tribunal desestimaré la solicitud si hay razones fundadas para creer que la fusión o división es contraria a los intereses de la fundación. Ver artículo 2:317 párr. 3 CC (fusión) y 2:334m párr. 5 CC (división).

8. *Disolución y saldo positivo*

La fundación se puede disolver mediante decisión de un órgano de la fundación, si se produce un acontecimiento que, según los estatutos, conlleve a la disolución o por parte del juez en los casos previstos por ley (ver § 5.6). Tras la disolución, se debe liquidar el patrimonio de la fundación disuelta

con arreglo a la normativa vigente para la liquidación de personas jurídicas en general (art. 2:23 y ss. CC).

Si tras la liquidación quedara un saldo positivo, éste debe destinarse al objetivo designado para ello en los estatutos o conforme a la regulación de los mismos. Si en función de la regulación estatutaria no se encuentra beneficiario del remanente, recaerá en el Estado. El Estado debe utilizar el remanente, en lo posible, de acuerdo con el objetivo de la fundación (art. 2:23b párr. 1 CC).

La liquidación finaliza en el momento en el que el liquidador no tenga conocimiento de más beneficios (art. 2:23b CC párr. 9 CC). En ese momento también dejar de existir la fundación (art. 2:19 párr. 6 CC).

VI. Formas de la fundación

El derecho holandés comprende un único régimen legal de la fundación. Debido a que no hay limitaciones respecto a la finalidad, excepto las relativas a distribuciones, la fundación se ha desarrollado hasta ser una forma jurídica adecuada para diversas finalidades. En este párrafo trataré varias de estas finalidades para las que se utiliza la fundación.

1. Instituciones de utilidad pública e interés social

La fundación es en Holanda la forma jurídica más utilizada para instituciones de utilidad pública. Para poder ser elegibles para un régimen de baja fiscalidad, la fundación debe ser reconocida por la autoridad fiscal como «ANBI». Por otra parte, también se pueden registrar como ANBI otras formas jurídicas y personas jurídicas extranjeras. Para poder acceder a la clasificación de ANBI, la fundación debe cumplir determinadas condiciones relativas a gobernanza y transparencia.

El estatus de ANBI es importante sobre todo para fundaciones que recaudan fondos entre el público, ya que las donaciones son desgravables, si se cumplen determinadas condiciones, y porque una ANBI no está supeditada a derechos de sucesión o derechos de donación por las donaciones recibidas. El estatus de ANBI es relevante también para fondos patrimoniales, ya que por las donaciones realizadas por una ANBI en el marco de la realización de su finalidad, el donatario no está sujeto a derechos de donación.

El derecho fiscal comprende, además de las ANBI, otra categoría: la institución de interés social (SBBI, por sus siglas en holandés). La SBBI tiene la

característica de que defiende principalmente los intereses individuales de sus socios o un pequeño grupo destinatario. Esto es así, si las actividades contribuyen al desarrollo individual de los socios, a la cohesión de la sociedad o a una sociedad más sana. Como ejemplos, los coros y las sociedades musicales. Una SBBI no paga derechos de sucesión o derechos de donación por las herencias o instituciones de heredero recibidos. Al contrario que en las ANBI, las donaciones a una SBBI no son desgravables para el donante. Por lo tanto, la SBBI tiene un trato fiscal menos favorable que una ANBI. Sin embargo, los requisitos y condiciones para una SBBI son menos estrictos.

2. Instituciones subvencionadas: colegios, universidades, hospitales, etc.

La fundación es una forma jurídica muy utilizada para instituciones que ofrecen servicios financiados a partir de fondos públicos. Pensemos, por ejemplo, en colegios, universidades, hospitales, asistencia a jóvenes, instituciones psiquiátricas, etc.

Para estas instituciones —para las que también se admiten otras formas jurídicas— rigen numerosas condiciones para poder acceder a subvenciones. Es característico que para las instituciones admitidas se aplique una legislación que prevé un órgano de participación para los clientes de las instituciones, sus representantes legales y/u organizaciones de protección de intereses⁷³. El estado también controla en estos sectores la calidad de los servicios ofrecidos mediante inspecciones.

Para instituciones activas en uno de estos sectores, a menudo se aplica una legislación específica del sector. En dicha legislación no pocas veces se proporcionan disposiciones relativas al consejo de administración y el control (interno y externo) del mismo. La legislación o proposiciones de ley en los diferentes sectores no muestra una imagen unívoca. Por ejemplo, en un sector puede no estar admitido un modelo de administración monista (*one tier model*) y, consecuentemente, se debe elegir un modelo administración dualista (un modelo con consejo de administración y un órgano de control), mientras que en otro sector se puede dar forma al consejo de administración y al órgano de control tanto en un sistema monista como dualista. En la doctrina se señalan estas inconsistencias⁷⁴.

⁷³ Ver al respecto DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 10.4.1.

⁷⁴ Ver C. H. C. OVERES: «Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen» (Lidiar con gobernanzas de instituciones semi-públicas y fondos de pensiones), WPNR, 2013 (6996), 1038-1048.

3. *Fundaciones estatales*

Las fundaciones estatales, es decir, instituciones constituidas por el Estado u otra administración pública o en las que el Estado ejerce un poder de decisión dominante, también son una forma de fundación⁷⁵. En los Países Bajos no hay un régimen legal separado para la fundación estatal. El Estado utiliza fundaciones para numerosas finalidades. La autoridad pública desempeña a menudo una función en las fundaciones estatales. En lo que respecta al ejercicio de esa autoridad, se rigen por la Ley General de Derecho Administrativo (*Algemene Wet Bestuursrecht*) y, llegado el caso, normativas más específicas de derecho administrativo. Para la constitución de fundaciones estatales el derecho público prevé disposiciones de autorización específicas, que en la práctica no siempre se cumplen.

4. *Fundaciones de pensiones*

La fundación es una forma jurídica muy utilizada para fondos de pensiones. Los fondos de Pensiones están supeditados a una legislación específica, particularmente la Ley de pensiones (*Pensioenwet*)⁷⁶. La Ley de Pensiones incluye normas más detalladas sobre la constitución del consejo de administración y el control del fondo de pensiones. Esta ley también prevé la toma de decisiones de los participantes en el fondo de pensiones.

5. *Fundaciones familiares*

Para la gestión de patrimonios (familiares) extensos se utiliza, por lo general, una fundación. En no pocas ocasiones, el objetivo de la fundación incluye, además de la gestión de dicho patrimonio, el apoyo financiero a los miembros de una familia determinada, por ejemplo, para estudios, casos de enfermedad o problemas financieros. Este tipo de retribuciones tienen la consideración social. La fundación también se utiliza para la gestión de patrimonio, en la que se efectúan retribuciones periódicas que no tienen necesariamente una significación social. El énfasis recae en la gestión del patrimonio.

6. *Fundaciones comerciales*

En los Holanda las fundaciones que llevan una empresa con ánimo de lucro no son una excepción. Los beneficios de ese tipo de actividades no se

⁷⁵ Ver al respecto ASSER y RENNSSEN 2-III* 2012, párr. 307.

⁷⁶ Ley de 7 de diciembre de 2006, Gaceta Jurídica 2006, 705.

pueden, naturalmente, hacer efectivos, ya que sería contrario a la prohibición de distribución. De este modo, no hay impedimentos para que la fundación pueda contratar a personas o pueda proporcionar una tarea para la prestación de servicios y pagar por ello una contrapartida. Mientras la contrapartida sea acorde con el mercado y no esté relacionada con el beneficio de la fundación, la prohibición de retribuciones no entra en juego.

Las fundaciones comerciales tienen un trato (casi) igual en el Derecho fiscal que el de otras personas jurídicas con actividades comerciales. Están sujetas al impuesto sobre sociedades sobre el beneficio obtenido de sus actividades comerciales. Las fundaciones que por regla general tengan más de 50 empleados contratados, están, además, obligadas a contar con un comité de empresa. Esta obligación rige, por otra parte, no solo para fundaciones comerciales. Ya se ha tratado anteriormente la aplicabilidad del derecho de investigación (§ 5.6f) y la legislación contable (§ 5.5) sobre fundaciones empresariales. Aquí quiero mencionar únicamente que las normas que establecen limitaciones al número de posiciones que puede adoptar una persona como administrador o consejero de una gran empresa, también son aplicables para las fundaciones que en virtud del Título 9 Libro 2 CC o una normativa similar (ver § 5.5), tienen la obligación de redactar y publicar sus cuentas anuales (art. 2:297a y 2:297b CC).

7. *Fundación gestor administrativo-separación de derechos financieros y derechos de toma de decisiones*

En la práctica, las fundaciones se utilizan mucho para controlar la toma de decisiones sobre una sociedad de capitales (cotizada en bolsa o limitada). Para ello, se transfieren las acciones de la sociedad a la fundación contra emisión de «certificados de acciones» por parte de la fundación. Las denominadas condiciones administrativas controlan la relación entre la fundación y los titulares de los certificados. En función de las condiciones administrativas la fundación debe abonar a los titulares de los certificados los dividendos y otras retribuciones que reciba de las acciones. De esta manera, la fundación no tiene ningún interés económico en las acciones. Como la fundación es la titular de las acciones, ejerce los derechos de toma de decisiones vinculados a las mismas⁷⁷. La fundación debe proteger los derechos de los titulares de los certificados adecuadamente de acuerdo con su finalidad y en función de

⁷⁷ En caso de acciones cotizadas en bolsa, la fundación debe otorgar a los titulares de certificados un poder para la emisión de voto, a menos que la sociedad se encuentre en dificultades. Ver artículo 2:118a CC.

las condiciones administrativas. Esta estructura se utiliza para evitar que los accionistas causen inconvenientes por comportamientos irracionales, incompetentes o agresivos.

Titulización-«bankruptcy remote structures» (estructuras inmunes a la quiebra).

Una fundación constituida con el objetivo de gestionar patrimonio, se puede organizar fácilmente de modo que no incurra en costes o costes imprevistos. Por este motivo la fundación también es adecuada para gestionar determinados activos del patrimonio de forma segura sin riesgo de problemas con acreedores. Así, la fundación es sumamente adecuada para llevar a puerto seguro el patrimonio fundamental para la gestión de una institución frente a responsabilidades. Si se comete un error en la gestión que conlleva responsabilidades, de este modo no se pone en peligro directamente la empresa al completo. Esta aplicación se ve a menudo en hospitales e instituciones similares. Por la misma razón, la fundación es también adecuada para la actuación como agente de custodia (*escrow agent*), la estructuración de inversiones y la titulización de activos. La relación entre la fundación y los «beneficiarios» toma forma más detallada mediante acuerdos contractuales.

VII. Conclusión

La utilidad y popularidad de la fundación se deben en gran parte al hecho de que el legislador no se ha inmiscuido en ella durante un período prolongado y que el legislador, una vez que procedió a su legislación en 1956, no quiso interrumpir la práctica existente hasta ese momento. Esto ha supuesto que la fundación se pueda constituir sin intervención gubernamental, sin necesidad de aportar fondos de dotación y sin estar vinculada a una finalidad altruista. Por lo demás, la normativa siguió siendo concisa, lo que favoreció la libertad de constitución. Bien es cierto que la ley incluyó la prohibición de socios, pero debido a su limitada importancia, dejó lugar para utilizar la fundación como alternativa a la asociación para numerosas aplicaciones.

El legislador no vio motivo alguno para revisar de nuevo la normativa sobre fundaciones cuando esta se incorporó al Código Civil. Por ello, la normativa se ha mantenido básica en numerosos puntos. La fundación ha podido así desarrollarse hasta convertirse en una forma jurídica polifacética, en la que no solo se gestiona el patrimonio, sino dentro de la que también actúan numerosas formas de colaboración y grandes organizaciones gestionadas profesionalmente.

Por todo esto, el régimen legal de la fundación se puede seguir considerando incompleto. La fundación se benefició en un principio de la falta de interés por parte del legislador, pero se constata que, con el tiempo, esto ha supuesto lagunas e inconsistencias. Varias de ellas se han tratado anteriormente, como la falta de normativa adecuada de control interno y el conflicto de intereses. Se espera que el legislador proponga un proyecto de ley en un futuro próximo. Mas los molinos de la legislación giran lentamente.