

## LA PERSONALIDAD JURIDICA

### CAPITULO I

#### EL CONCEPTO DE PERSONA

Significados de la palabra persona. - Su etimología. - Comprende a todo individuo de la especie humana. - Qué se entiende hoy por persona. - Definición. - Persona es tanto el ser individual como el colectivo. - Falta de técnica en su denominación.

Distinto es el significado de la palabra persona según el campo donde se le sitúe; con ella tienen que ver a la par la teología, la metafísica del hombre y la teoría jurídica. En el común entender, el concepto de persona expresa al hombre en su auténtica realidad, es decir, "todo ser racional que vive, piensa y se manifiesta por sí" o como dijera los antiguos, sustancia individual de naturaleza racional. Pero no es aquí donde tiene la palabra persona su sede principal ni significado propio, ello pertenece al campo del derecho donde se habla de personas individuales, de personas sociales y de personas jurídicas, donde persona significa ser sujeto de derechos y deberes jurídicos.

Recabando el origen de la palabra, sabemos que ella viene del verbo latino *personare*, de *per*, en su acepción de aumentativo y de *sono* (sonar, hacer ruido). Significaba antiguamente sonar, resonar por, o a través de, y se empleaba para denominar la máscara que los actores de la antigua Grecia llevaban en las representaciones populares. También la usaban en ciertas ceremonias fúnebres principales, bien para simbolizar en ella el recuerdo de los ancestros, bien para ocultar el rostro, principalmente de las mujeres, a la vista de los que no eran dolientes. Pero fue en las representaciones donde tuvo su verdadero papel y radica su significado. Las máscaras suplían los parlantes de que

hoy se dispone y ampliaban, servían de caja de resonancia a la voz. Esto que se hacía obligado, con el tiempo fue identificándose el artefacto con el papel representado. La equiparancia de la palabra persona con el hombre la explica así el profesor José J. Gómez:

«La máscara (Personare) ideada para aquel efecto fonético, representaba desde luego, por sus rasgos fisonómicos, a determinado personaje de drama: las máscaras no podían ser iguales, y si al principio pudieron serlo, fácil se comprende que poco a poco sus rasgos fueron separándose, individualizándose, hasta llegar a designar el papel mismo encomendado al actor. Designar el papel, determinado papel, con la respectiva careta, quería decir que el sentido originario de "personare" se había desvirtuado: De término para expresar el instrumento, se había convertido en término para señalar el papel que cada actor debía desempeñar en la escena. Pasar de papel representado, al representante o actor, debió ser sencillo. Quien representa un papel se connaturaliza con éste hasta identificarse con el respectivo personaje del drama. Así que a poco "personare" no fue máscara, caja de resonancia, sino el papel encomendado al actor y hasta el actor mismo, de modo que los personajes de la obra llegaron a hablar a través de los actores, o en otros términos resonaban a través de los actores, y entonces la palabra "personare", designó al actor, llegando a ser éste, es decir, el individuo humano, quien recibía el nombre expresado».

La palabra persona se empleó en la antigüedad no sólo para designar al hombre, sino que también tuvo su aceptación para expresar el sujeto de relaciones jurídicas. Pero es de notarse que para los romanos, no todo hombre era persona, verbigracia el esclavo, ni toda persona -hombre, el caso de las personas jurídicas.

La aceptación de la personalidad absoluta es una de las conquistas más brillantes del derecho moderno. En Roma para tener personalidad se necesitaba: ser libre y no esclavo; ser ciudadano romano y no latino o peregrino; y ser jefe de una familia y no estar sometido a ninguna potestad. Fluye de lo anterior que las palabras de Justiniano de que "el derecho estaba formado o hecho para las personas", no tenían vigencia en toda su plenitud. Los esclavos eran considerados como cosa, es decir, que ni aun el concepto de persona se merecía en su significación de sustancia individual de naturaleza racional. Su universalidad fue conquista del cristianismo, que predicó la soberanía del hombre sin distinción de condiciones, y asegurado por la Revolución Francesa que pregónó la igualdad humana: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho". Este principio es aceptado casi universal-

mente y Colombia lo postuló desde el momento mismo de su nacimiento como nación libre, correspondiéndole a Antioquia que se dictara la primera ley sobre libertad de los esclavos, el 20 de abril de 1814, a instancias de José Félix de Restrepo.

El artículo 22 de la Constitución vigente dice: "No habrá esclavos en Colombia. El que nacido esclavo pise el territorio de la República quedará libre". Y el Código Civil en el artículo 74 estipula: "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

Con los anteriores antecedentes es dado indagar el significado de la palabra persona: que expresa la capacidad de obrar jurídicamente. Para la escuela clásica la noción jurídica de persona se encontraba ligada íntimamente a la existencia de una voluntad plena y libre. De ahí que en el campo jurídico sólo el hombre antropológicamente considerado era persona. Hoy ya es otro el significado. Michelet ha dicho que "nadie es persona sino en relación y sociedad con otros"; esta frase indica muy claramente la noción de personalidad, que nace precisamente para la satisfacción de las necesidades del individuo y que conserva sus caracteres propios, independientemente de él, y que no es otra cosa que ser sujeto de derecho, comprador, mandante, deudor, esposo, sin ello no se puede hablar de persona en el campo de la filosofía del derecho, puesto que la personalidad del individuo depende de las relaciones jurídicas.

Papel externo por tanto, y valorable socialmente. Es desde la sociedad desde donde se delimita la personalidad y no desde sí misma. La personalidad es mirada desde afuera, desde la sociedad; desde lo más impersonal de la sociedad, el derecho. Sólo así se delimita su figura, que sigue siendo en cierta manera máscara, perfil, papel jurídico social. El hombre proyecta su vida en dimensión social. De allí que se pueda definir con Bernatzike la persona "o si se quiere, persona jurídica es, pues, todo hombre o asociación humana en cuanto reconocida o concedida capacidad para la ordenación jurídica en apoyo de sus derechos individuales".

Como ya se ha enunciado, en el campo del derecho, la expresión persona no sólo comprende las personas físicas (individuales), sino también a las personas colectivas (corporaciones, asociaciones de beneficencia, religiosas, artísticas, etc.). Los autores lo traen y la mayoría de los Códigos consagran la clasificación de los sujetos de derecho como se hizo en simples (individuos) o compuestos (colectivos). Para el Código Civil Colombiano, las personas son naturales o jurídicas (Art.

73). Sin que este concepto sea firme dentro de él, puesto que el artículo 74 como ya se trajo, consagra la noción clásica de que sólo son personas los seres de carne y hueso.

No ha sido la técnica jurídica afortunada al denominar los sujetos de derecho. Los términos de "Personas Morales Sociales" y de "Personas Jurídicas" para distinguirlos de las naturales como lo hace el Código de Bello no refleja científicamente su noción. Parece que fueron más acertados los romanos que, sin parar mientes en el asunto, designaron las personas tanto individuales como colectivas con el simple nombre de personas; dado que el concepto actual en el derecho de persona, no es otra cosa que ser sujeto de relaciones jurídicas comprendiendo tanto, el ente individual como el ente colectivo. En verdad no se debe decir que unos son sujetos naturales (los individuos) y que los otros son jurídicos (los colectivos). En cuanto su origen ambos son naturales, tan proceso de la naturaleza es la existencia como la asociación. Su juridicidad, que no es otra cosa que la capacidad de derecho, en ambos radica; sin que sea valedero el argumento que se da, que al denominarse a las segundas como jurídicas, ello se hace en virtud de que son mera creación de la ley y de allí su nombre. Pero ocurre que son verdaderas realidades como se verá a su tiempo.

Acorde con la crítica anterior está el profesor Q. Mucius Scavola, quien expone que "al designar a una con el nombre de naturales es porque sólo ellas revisten este carácter, en tanto que al hacerlo respecto de las otras con el de jurídicas es porque éstas son las únicas creadas o reconocidas por el derecho, siendo así que ambas reúnen a la vez las dos condiciones de naturales y jurídicas. Gozan de la primera cualidad, porque tan natural como es el hecho del nacimiento en el hombre, lo es su tendencia a la sociabilidad, a unirse con sus semejantes para el cumplimiento de sus fines racionales. El aislamiento, dice Mirou, es contrario a la naturaleza humana, y la sociabilidad carácter distintivo de ella, porque cada uno de los fines del hombre (ciencia, arte, etc.), es demasiado vasto para cumplirlo solo y necesita para su realización asociarse con los demás hombres. Tienen la segunda, porque unas y otras son susceptibles de derecho y están reconocidas por la ley. Por eso la clasificación más exacta es la de personas individuales y personas colectivas o sociales; las primeras constituídas por individuos; las segundas por la agrupación reflexiva de varios de éstos".

La expresión "Personas Morales" se encuentra en el Código Francés y en el Mejicano, y es con el de Personas Jurídicas el que se emplea. También merece su rechazo ya que no se ve de un modo cons-

ciente las relaciones morales. Su origen se debe a los "Corpus Mysticum" y de aquí salieron las expresiones de "Cuerpos Morales" y "Personas Morales". Fuera de quienes emplean esta denominación en forma genérica, no faltan quienes dicen que los cuerpos morales o personas se refieren a entes con fines no patrimoniales, y el de personas jurídicas para aquellas cuyos fines son de lucro; y en este orden de ideas llegan a presentar la distinción entre personas ideales "ético-jurídicas" y personas "económico-jurídicas", en el afán de señalar que unas buscan puramente fines lícitos y otras estrictamente económicos, cuando en realidad los fines perseguidos por ambas clases de personas colectivas tienen que ser lícitos y honestos.

En conclusión son distintas las denominaciones como se designan a los entes colectivos, mereciendo toda crítica y siendo la más aceptable la de "Persona Colectiva".

## CAPITULO II

### ELEMENTOS INTEGRANTES DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

Su enumeración y razonamiento. - De cómo el reconocimiento por parte del Estado no es elemento natural de integración. Papel del reconocimiento en el Derecho Colombiano.

Las personas físicas comienzan su existencia con el nacimiento y terminan con la muerte. Concediéndose derecho al concebido y aún no nacido con tal que nazca vivo.

En cuanto a la existencia de las personas colectivas, no toda agrupación o colectividad constituye necesariamente una persona; para que ésta surja son precisas ciertas condiciones, a saber: 1º - Pluralidad de individuos; 2º - Cooperación; 3º - Organización; 4º - Capacidad patrimonial exclusiva; y 5º - Finalidad social.

Se enuncia como primer ingrediente de las personas colectivas la pluralidad de individuos, es esto lo que viene a diferenciar a las personas físicas de las sociales; las personas colectivas surgen con interés de dos o más personas, reuniéndose el interés en una sola deja de existir; de allí que, por ejemplo, no sea concebible una sociedad anónima con un solo accionista. Al reunirse las acciones en una sola mano muere la sociedad.

La cooperación que se trae como segundo elemento, unido a la organización, vienen a constituir el medio del ente colectivo gracias al cual puede llegarse a la consecución de la finalidad social y a originarla.

También necesitan los entes colectivos capacidad patrimonial independiente de los individuos que la constituyen, que le permita su desenvolvimiento de acuerdo con su finalidad social, que viene a ser otro de sus elementos constitutivos y que puede ser de beneficencia, político, religioso, etc. Tan cierto es la necesidad de su capacidad patrimonial, que aun una academia científica necesita un mínimo de patrimonio, y su capacidad patrimonial que es lo exigido, es claro que existe independiente de sus miembros. Giorgi dice a este respecto: "El ente colectivo, desprovisto de patrimonio, aunque se haya constituido en unidad y aunque tenga un gobierno y ordenamiento perfectos, no puede ser persona jurídica. Podrá cumplir funciones muy relevantes, pero mientras no tenga patrimonio, no será jamás persona jurídica". No llegando a la exigencia estricta de Giorgi, por lo menos se hace necesario aceptar cierta "actitud patrimonial" o capacidad patrimonial como elemento sine qua non para la existencia de las personas colectivas.

No faltan autores, los sostenedores de la ficción, que agregan como elemento también indispensable para la existencia de los entes colectivos, su reconocimiento por parte del Estado. Pero como se verá más adelante, las personas colectivas dada su realidad tienen existencia independiente del reconocimiento que haga el Estado, de la misma manera que el hombre existe sin haber sido inscrito o bautizado. Lo que sucede es que el registro o reconocimiento que se haga por el Estado, viene a ser un acto de publicidad y solemnidad pero en ningún caso un elemento natural de integración del ente colectivo. La existencia de la asociación o de la persona moral es un hecho jurídico innegable que se impone al reconocimiento del legislador. Esto sin negar la obligación que tienen los individuos que se asocian de dar a conocer en debida forma la existencia de la sociedad que se ha organizado en uso de su libre derecho, para merecer la protección del Estado.

Hoy, en el derecho colombiano, la ley exige a las fundaciones y corporaciones que obtengan el reconocimiento de la personería jurídica, procedimiento que reglamenta el decreto 1936 del 15 de septiembre de 1922, y que concede al Gobierno Central la facultad de dictar el decreto de reconocimiento de la personería. Aquí la autoridad se limita a constatar si la nueva asociación sí está constituida de acuerdo con las leyes, siendo el papel del Estado mecánico, sin que pueda negarla una vez que se encuentren ajustadas a las leyes. Es de advertirse que esta ritualidad sólo se exige para las asociaciones y fundaciones.

De lo anterior se tiene, que no es en la legislación colombiana elemento de integración de las personas jurídicas el reconocimiento por

parte del Estado. Distinta era la situación con la vigencia del derogado artículo 634 del Código Civil, que consideró sólo como existentes las fundaciones y asociaciones creadas por la ley, y cuyo estudio se hará a su tiempo en relación con las normas de la Constitución.

## TITULO SEGUNDO

### NATURALEZA DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

Plan de estudio. - Clasificación.

Se entra ahora en el análisis de uno de los temas que ha merecido el estudio inquietante de los juristas, embarullado casi siempre y que ya comienza a clarificarse. Que las personas colectivas no existen, que son realidades, o meras creaciones de la ley, o categorías jurídicas, son doctrinas que han tenido eminentes sostenedores y que se pretenden presentar en este capítulo en el afán de llegar a recoger la noción de las personas colectivas.

No se trata ya de hacer creaciones en relación con el tema, sino de buscar el punto de unificación. Más de un siglo llevan los doctrinarios resolviéndolo con criterio individual y en el afán de innovar han sentado sinnúmero de teorías, que si en realidad han contribuido a dar luz sobre la materia, también es lo cierto que ha llegado la hora de que se unifique el criterio; lo cual se va logrando afortunadamente gracias a los doctrinarios de la realidad de las personas colectivas. El clamor de Saleilles ha tenido eco, cuando al manifestar su descontento dijo: "Sufrimos en esta materia, más aún que en ninguna otra, de un exceso de división, de subjetividad, de opiniones personales: es contra ello que debemos reaccionar: conviene volver a la unidad, después de haber pecado por exceso de división".

Con tal criterio será el papel aquí, seleccionar y buscar las construcciones que hayan dado aporte benéfico en este estudio y señalar la que corresponde homogenizar el criterio y consagrarse en las legislaciones modernas; estando muy lejos el afán de pretender presentarlas todas. A tal fin se agrupan las distintas tesis, siguiendo el método acostumbrado por los autores modernos, entre la diversidad de sistemas que se han presentado, así: la teoría de la ficción; la teoría de la negación de la personalidad, y la teoría de la realidad de la personalidad.

## DOCTRINA DE LA FICCION

Sistema de la ficción. - Savigny, Laurent, Macchiarelli. - Crítica. - Teoría de la representación. - Randa Bohlou. - Crítica.

Dominó hasta la primera mitad del siglo XIX, e inspiró casi todos los Códigos de la época. Fue presentada a la discusión por Savigny sin que sea originaria suya, pues al decir de Saleilles "la expresión ficción u otras semejantes se viene empleando desde tiempos medioevales". Pero es lo cierto que al jefe de la escuela histórica se le debe su estructuración como doctrina, correspondiéndole a la Revolución Francesa su imposición, puesto que compasada con la mentalidad que la había inspirado y el interés de limitar el poderío de las comunidades y asociaciones jurídicas que habían alcanzado gran primacía en la Edad Media, encontraba en su seno la manera expedita de lograrlo.

Según esta teoría la única persona que existe realmente es el hombre, en su concepción de sujeto de derechos y obligaciones, lo que los lleva a sentar el principio de que sólo el hombre es sujeto de derecho, sólo en él es concebible una voluntad psicológica. Mas la ley por concesión frente al hecho tangible de ciertos patrimonios que cumplen toda clase de relaciones jurídicas, supone una persona, les concede ficticiamente personalidad a imagen de las personas individuales, a fin de facilitar a ciertas instituciones y asociaciones el cumplimiento de su papel que se considera útil.

Esta doctrina ha tenido sostenedores como Laurent que la ha llevado a extremos abusivos. Barcía López, al desarrollar la doctrina de la personificación, trae la siguiente cita: "Todo el mundo, dice M. Laurent, está de acuerdo en que las llamadas personas civiles son seres ficticios. Quién tiene el derecho de crear esas ficciones? Plantear la cuestión es resolverla; también la respuesta es unánime, solamente el legislador puede crear persona civil.

"Tratándose, en efecto, de atribuir capacidad y personalidad a un ser puramente ideal, es necesario la intervención de la ley, ya que sólo ella puede dar nacimiento a entidades inexistentes en realidad. A la voz del legislador un ser sale de la nada y figura, sobre un cierto pie de igualdad, al lado de los seres reales... todo es ficción en esta concepción... es necesario el poder soberano de la nación para llamar a la existencia a un ser que no existe antes de esta declaración de voluntad. Por qué la ley, órgano de la soberanía, confiere ciertos derechos a los

cuerpos o establecimientos? Es por un motivo de utilidad pública que el Estado tiene un dominio, que las comunidades son propietarias, que los hospicios y sociedades de beneficencia pueden poseer. Ahora bien: quién es el juez de la utilidad pública? No hay otro que el legislador, cuya misión es precisamente proveer los intereses generales de la sociedad. Por tanto él y sólo él, puede crear esos seres ficticios a los cuales se les da el nombre de personas civiles; él las establece, las modifica, las suprime, siempre que el bien de la sociedad lo exija".

Según Macchiarelli, la persona jurídica "es una invención del derecho, una equitativa disposición de la ley que supone existir en el orden natural de la verdad, lo que en realidad no existe, sea por la esencia o por los efectos, a fin de que el derecho se desarrolle y alcance sus fines.

Ducroq, quien estudió y siguió con entusiasmo esta escuela, afirmó que sólo Dios tiene el poder de hacer brotar de la nada las personalidades que tenga a bien crear. Agregando que todas las personas jurídicas, aun el Estado, son una ficción.

Esta teoría, que ve en las personas colectivas un "sujeto de bienes creado artificialmente" como la definió Savigny, ha merecido ardientes críticas, hasta el punto de que hoy no se encuentran defensores de la doctrina y sólo queda su recuerdo en los Códigos nacidos en el siglo pasado.

Es de preguntarse: si las personas jurídicas son simples creaciones del Estado, cómo se explica la existencia de éste? Quizás creado a sí mismo? De ninguna manera. Aquí tratan algunos sostenedores de la tesis de la ficción de considerar al Estado como una persona especial afirmando que "esta ficción no es una creación de la ley, sino un procedimiento científico para resolver el largo problema de la incertidumbre en el sujeto de derecho" (Cervantes citado por Alexandri y Somarriva). Y el mismo Savigny recurre a denominarlo persona natural o necesaria; en lo que admite que no es creación artificial, dando así un duro golpe a su tesis puesto que el concepto de persona jurídica debe ser uno y tener la virtud de poderse aplicar lo mismo al cuerpo del Estado que al de una asociación.

Pero no sólo por el anterior punto de vista admite objeciones la tesis de la ficción, no puede decirse tampoco que los entes colectivos son puras ficciones o abstracciones, pues es contrario atribuir a seres ficticios derechos verdaderos y dueños de facultades tan reales y positivas como son las de celebrar contratos, comparecer en juicio, poseer, etc., que no tiene explicación en solo un ser imaginario.

Para Coviello los sostenedores de la ficción razonan bien hasta donde afirman que sólo el hombre es sujeto de derecho; pero no aciertan al afirmar que es ficción la persona jurídica, puesto que es igual a negar su existencia, lo que conlleva a tener que afectar derechos sin sujeto, encarándose al principio de que no hay derecho sin sujeto. Por un aspecto práctico resulta que el hombre asociado es nada, una ficción, y solo sí. Y Cuán distinto resulta en la práctica.

Pero si es cierto esto, no es de aceptarse que los defensores de la doctrina de la ficción razonan bien cuando dicen que sólo el hombre, es el único sujeto de derecho. Ciertamente resulta más claro que fuera del hombre existen otros sujetos de derecho, como son las personas jurídicas, por lo que esta premisa no tiene un fundamento serio de aceptación.

En la crítica que le hacen Planiol y Ripert en su obra de derecho civil francés a la doctrina de la ficción se lee: "Esta teoría adolece de un doble defecto: descansa en su postulado no demostrado y carece de liberalismo. Está fundada en una afirmación sin pruebas, puesto que parte de la idea a priori de que las personas físicas son los únicos verdaderos sujetos de derecho. Y de esta afirmación discutible, saca una consecuencia tiránica, al decir que la ley sólo puede permitir a un establecimiento o a un ser colectivo el poseer un patrimonio".

Tratar de resolver el problema de la personalidad jurídica de los entes colectivos con una ficción es, como dice Ihering, esquivar las dificultades en vez de resolverlas. Con una mentira técnica, no se puede dar por satisfecho el espíritu del jurista al ver que la ley se va y falsea la realidad. Ante hechos tangibles como son los que manifiestan las personas jurídicas, no se puede dar la concepción simplista de una ficción, porque sería caer en el absurdo como lo anota Vareille Sommiers, quien impugna la teoría así: "la persona ficticia no es una persona, puesto que es ficticia y lo ficticio es la nada; un ser ficticio es un ser que no existe, y un ser que no existe no puede tener derechos ni obligaciones".

En conclusión, no se puede admitir la doctrina de la ficción como solución a la noción de la personalidad, puesto que ella es artificial y no resuelve el problema, es una simple hipótesis y al derecho en nada le sirven. Para él sólo tiene cuenta lo que refleja estrictamente los hechos. Además, dejarle al Estado, su creación a su arbitrio, que es a lo que lleva esta doctrina, es correr el riesgo del absolutismo y abuso de éste. Concibiéndose así los entes colectivos, sería difícil resolver

los problemas que inciden con la voluntad y la responsabilidad que se les carga.

Así, es de compartirse la crítica que le hace Barcía López: "El procedimiento de la ficción no sólo carece de toda virtualidad, sino que es además contrario a los hechos reales de la vida económica y social. No puede considerarse las personas jurídicas como un ser artificial, como una especie de títere suscitado por el legislador. Semejantes abstracciones se imponen por el contrario al legislador que se ha visto obligado siempre y en todas las épocas a reconocerlas y sancionarlas".

Una modalidad de la teoría de la ficción viene a ser la de "LA REPRESENTACION", cuyos expositores son Randa y Bohlou y que viene a ser una ficción más modesta, atribuyendo al ente ficticio, no una personalidad, sino una representación de la personalidad. Para estos autores la ley no crea una persona, sino que trata el patrimonio que aparentemente no tiene dueño como si efectivamente lo tuviera.

Al explicar esto, de patrimonios tratados como si tuvieran dueño, se expresa así Bohlou: "Nosotros nos encontramos en presencia de un conflicto entre las exigencias del comercio (necesidad de un patrimonio sin sujeto) y las exigencias de la lógica (necesidad de un sujeto de derecho), conflicto que debe ser resuelto mediante ficción o mejor mediante equiparación. Un patrimonio materialmente sin sujeto es tratado por el derecho como si lo tuviese, éste recibe de la ley, no el carácter de una persona, sino su función o rol (Personen rolle), en suma, la persona jurídica no es una personalidad creada por el Estado, sino un patrimonio de destinación, sin sujeto, al cual se le hace posible su existencia en el comercio jurídico mediante la atribución de una función de persona".

Como se ve, esta teoría marca un principio de evolución hacia la doctrina de los patrimonios sin sujeto, pero en el fondo equivale a la de la ficción, con las faltas, deficiencias y equivocaciones que se le anotaron a la escuela de Savigny.

## DOCTRINAS QUE NIEGAN LA PERSONALIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS

Propiedad colectiva. - Planiol, Vareille Sommieres, Mr. Berthelemy. - Patrimonios afectados a un fin. - Brinz, Bekker. - Crítica. - Teoría de Duguit. - Crítica. - Teoría del velo. - Labbé. - Crítica.

No han faltado autores que niegan la idea de la personalidad de las personas colectivas, como algo artificial y falso que no tiene razón de ser en el campo del derecho. Siendo para unos una metáfora, un procedimiento de retórica para designar un fenómeno jurídico. Simple fórmula para un grupo de fenómenos o artística explicación de las relaciones existentes.

Algunos al negar la personalidad jurídica resuelven el problema hablando de la propiedad colectiva. Es una simple denominación la palabra persona jurídica, que representa los títulos colectivos de un derecho de propiedad. Los bienes pertenecientes por ejemplo al Estado son en realidad de las personas que lo constituyen y que gozan de su propiedad en forma colectiva.

En este orden de ideas Planiol se expresa así: "Bajo el nombre de personas civiles, es preciso entender la existencia de bienes colectivos, al estado de propiedades poseídas por grupos de hombres, más o menos numerosos, y sustraídas al régimen de la propiedad individual. Estas pretendidas personas no existen ni aun de una manera ficticia; son cosas...; es necesario reemplazar al mito de la personalidad por una noción positiva, y ésta no puede ser otra que la propiedad colectiva. Las grandes ventajas de la ficción de personalidad se pagan, desgraciadamente, por más de un inconveniente. La fuerza de las palabras es tal, que esta de "persona", una vez lanzada a la circulación, ha adquirido un valor absoluto. Se ha perdido de vista la realidad... y la ficción de personalidad no es más que un procedimiento destinado a simplificar la gestión.

Y Vareille Sommieres, coreando a Planiol, añade: "Esta ficción es puramente doctrinal; son los jurisconsultos, y con ellos, y aun quizás antes que ellos, el vulgo, los que la crearon, para simplificar la concepción y la expresión de una situación..., pero los derechos y obligaciones verdaderos, atribuídos ficticiamente a la persona moral, pertenecen en realidad a las personas verdaderas, pues únicamente las personas verdaderas pueden tener derecho y obligaciones".

Mr. Berthelemy, quien también participa de esta doctrina, se expresa: "Nosotros podemos ser, de tres modos, propietarios de un campo o de un rebaño: individualmente, es decir cada uno por una parte divisa, por un número determinado de animales; indivisamente, es decir, cada uno por una cuota parte del campo o del rebaño; colectivamente, es decir, perteneciéndonos el todo como si no fuéramos más que uno solo... Cuando digo, agrega, que el Estado es una persona moral, no quiero decir otra cosa que esto: Los franceses son colectivamente propietarios de bienes y titulares de derecho".

Esta doctrina no ha podido sostenerse, ya que negar que las personas jurídicas sean sujetos de derechos, es negar la existencia misma de los derechos. Choca en contra de una de las ideas más claras que hoy se tienen: que el patrimonio de las personas jurídicas es distinto del de sus miembros. Basta contemplar la técnica del funcionamiento de las sociedades anónimas para llegar a un convencimiento palmario de ello.

Por otro lado, al llevar esta teoría a la práctica, como lo anotan los autores que la reprochan, no se lograría cumplir con las personas jurídicas que no son colectividades individuales como los hospitales, casas de beneficencia, fundaciones diversas. Además existen ciertas situaciones y derechos distintos de los patrimoniales y que representan características que sólo pueden explicarse con la personalidad: nombre, domicilio, nacionalidad, soberanía del Estado, etc.

Pero no sólo con la idea de la colectividad se ha negado la personalidad de los entes colectivos, también se ha reemplazado por el de "propiedad de afectación", concibiéndose patrimonios sin dueño, adscritos a un fin y sin reconocer contacto con voluntad alguna que los dirija.

Brinz ha sido su sostenedor, quien parte de la base de que sólo el hombre es sujeto de derecho, y ante los patrimonios sin sujeto, en vez de hacer una ficción como Savigny, los llama lisa y llanamente afectados a un fin determinado. Para llegar a esta conclusión y como réplica a la doctrina de la ficción, dice textualmente: "Si un principio jurídico se ve contradicho por la experiencia de los hechos, hay que modificar el principio, pues es claro que no se responde a la realidad.

Bekker, siguiendo la teoría de Brinz, distingue entre el hecho de ser sujeto y el de ser capaz de ejercitarlos; para lo último se requiere la existencia de una voluntad, mientras que para ser beneficiado por el derecho dicha voluntad no es necesaria, pudiendo un animal o una cosa estar en esta condición. No es necesario recurrir al otorga-

miento artificial de una personalidad cuando basta reconocer que una simple cosa puede gozar de ellos.

No alcanza la imaginación a resolver, frente a estas teorías, cómo es que el patrimonio, las cosas, independientemente de una voluntad, alcance a suplir el sujeto de derecho.

Para Planiol y Ripert en esta teoría no hay más que juego de palabras: se rehusa ver un sujeto de derecho en el establecimiento o en el grupo que se trata; pero se ve un sujeto de derecho en el patrimonio de ese establecimiento o de esa agrupación; esto no es más que un artificio de léxico.

También niega la personalidad de las personas morales Duguit, siendo así lógico con su teoría de la solidaridad social y el desenvolvimiento de los derechos subjetivos. Son sus propias palabras al presentar la doctrina, las siguientes:

“...No existiendo el derecho subjetivo, el sujeto de derecho tampoco existe. La cuestión que se plantea es una cuestión de hecho. Una colectividad, asociación, corporación, fundación, persigue un fin conforme a la solidaridad social, tal como ha sido comprendida en un momento dado en su país de que se trata, y por consiguiente conforme al derecho objetivo de ese país? Caso afirmativo, todos los actos realizados con ese fin deben ser reconocidos y protegidos jurídicamente. La afectación de los bienes a ese fin debe ser también protegida... Para eso no se tiene necesidad de suponer que la asociación es una persona titular de derecho, un sujeto de derecho. Es suficiente comprender que todo acto, que tiene un objeto conforme al derecho y que está determinado por un fin lícito, es socialmente protegido, y que los efectos del derecho no son creados por la voluntad de una supuesta persona titular de pretendidos derechos, sino por el derecho objetivo, cuya aplicación es condicionada por un acto de voluntad conforme al derecho en su objeto y en su fin... El acto de voluntad es siempre un acto de voluntad individual, de voluntad colectiva no existe ninguno o al menos nadie puede afirmar su existencia. Hablar de voluntad colectiva de los grupos, de las regiones, de las comunes, de las corporaciones, de las naciones, es emplear términos abstractos y nada más. El derecho no protege ni la voluntad colectiva, ni la individual; sino que protege y garantiza el fin colectivo, perseguido por una voluntad individual”.

Consecuente con lo anterior, al tratar Duguit de la personalidad del Estado se expresa: “Se puede llamar esta doctrina —la de la personalidad jurídica del Estado— la doctrina metafísica del Estado, ya que ella hace del poder público un derecho subjetivo y que todo dere-

cho subjetivo es una concepción metafísica. Por otra parte, da al supuesto derecho subjetivo del poder público por sujeto una pretendida personalidad, al Estado, que en tanto como persona no es sino una entidad metafísica debida a la imaginación del espíritu humano”.

Resulta al comparar la tesis de Duguit con la de Bekker y Brinz, que coincide con ellos en su apreciación de derechos sin sujeto, en negar la personalidad a los entes colectivos. De ahí que se tenga equivocada la concepción del profesor siendo valedero tener en cuenta lo que ya se dijo, al reprochar la teoría de la afectación.

Es de advertirse que los fundamentos de su razonamiento al negar la existencia de los derechos subjetivos, no convence; y no es aceptado, sin que sea este el lugar para hacer su estudio. Ahora, al rechazar la noción de “persona titular de derecho”, incurre en abstracciones complejas, al reemplazarlas por la “que tiene un objeto conforme al derecho” o finalidad determinada por la solidaridad social. En el estado actual en que se encuentra la noción de la personalidad nadie se atrevería a cambiarla por la tesis que trae el maestro Duguit; porque no es lógico ni posible prescindir del concepto de sujeto de derecho y hablar de poderes sin un punto o sujeto a quien atribuirse.

El profesor Tobón Arbeláez al criticar la falsedad de la posición de Duguit, muy especialmente en lo referente a la concepción que trae de la personalidad del Estado, se expresa así, lo que es ahijable: “La doctrina de la personalidad jurídica sí es la doctrina metafísica del Estado, pero de ahí no se sigue que sea falsa. Demuéstrase primero que la metafísica es una concepción fantástica y entonces aceptaría con gusto un cambio hacia el objetivismo. Mientras esto no se haga y ella permanezca como la concepción magnífica del mundo y su comprensión por el espíritu humano, es inútil insistir en privarse de su auxilio, y perjudicial, sobre todo una cuestión como la personalidad jurídica a la que se provee de única solución adecuada”.

Cabe presentar finalmente entre los que niegan la personalidad de las personas colectivas, la ingeniosa teoría del “velo”, que carece de un respaldo jurídico serio y que viene a ser intermedio entre la negativa absoluta de la personalidad de los entes colectivos y su aceptación.

Fue su principal sostenedor Labbé y consiste en que la personalidad está representada con un velo que cubre durante un tiempo el hecho de la copropiedad. Una vez disuelta la sociedad el velo desaparece para dejar surgir los derechos en estado de indivisión.

De Vareille Sommiers que en un principio la defendió, y luego la abandonó arremetiendo firmemente contra la teoría de la personali-

dad, como ya se vio, la explica así: "...La personalidad civil no es más que un velo arrojado sobre los asociados para unificar su grupo; los condensa una sola persona que no es distinta de ellos, puesto que ellos mismos son "ella" y no está compuesta más que por ellos".

Esta teoría, aunque ofrece la ventaja de mostrar gráficamente al vulgo la idea de la personalidad, carece de una construcción jurídica genuina y seria. Manara, que la califica de "cómoda y arbitraria", dice que corresponde al intérprete, cuándo debe alzarse el velo, para hacer que aparezca a los socios como copropietarios del fundo común constituido, y corrido para esconder a los socios y hacer en su lugar comparecer la personalidad jurídica, la Sociedad, como la que actúa y que es propietaria exclusiva de los bienes.

Por otro lado, como se deduce de lo visto, los expositores de la teoría sólo pretenden hacerla apta en los casos de personas jurídicas de derecho privado sin aspirar a que ella tenga cabida para los entes de existencia necesaria como el Estado. Y es claro que sólo es admisible un concepto de personalidad que sea adaptable a todas las personas colectivas.

### CAPÍTULO III

#### TEORIA DE LA REALIDAD DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

Su clasificación en dos grupos. - También las personas colectivas son sujeto de derecho. - Teorías biológicas. - Otto Gierke. - Crítica. - Teoría de la voluntad ideal. - Zinttelman Meurer. - Crítica. - Segundo grupo de la teoría de la realidad. - Ihering. - Crítica. - El equilibrio de la voluntad y el interés, según Bernatzik. - Michoud. - Crítica. - Ferrara. - Crítica. - Conclusión.

Frente a los sostenedores de la ficción, y de los que niegan la personalidad de las personas jurídicas, se levantan los defensores de su realidad con argumentos diferentes, dando así lugar a varias tendencias que se pueden dividir en dos grupos. En el primero los que siguen el sistema tradicional de considerar a las personas jurídicas como reales, poseyendo una voluntad propia y natural, al igual que las personas físicas.

Y el otro grupo que no le da tanta importancia a la voluntad, exigiendo sólo el interés, con lo cual se viene a menoscabar la incidencia de la voluntad como ingrediente constitutivo del ente colectivo; se reemplaza por una "real subjetividad jurídica en virtud del interés colec-

tivo". Aquí lo que se considera como voluntad viene a ser meramente técnico.

Pero el avance más importante para la escuela realista en el campo de la ciencia jurídica, es que ya no es la persona de carne y hueso el único sujeto de derecho, atendiendo a los datos de la experiencia y sin hacer ficciones, consideran también a las personas colectivas como verdaderos sujetos o titulares de derecho. Pero esta concepción no es para los segundos, en el sentido filosófico de la palabra, sino en su estricta denominación jurídica. Con esta advertencia previa se pasa a hacer el estudio brevemente de las tendencias referidas.

Para los primeros, la voluntad colectiva constituye la esencia de las personas jurídicas, siendo aquélla distinta de la de sus miembros. Aquí no se necesita el reconocimiento de la ley para su existencia, tiene su realidad independiente de ella, limitándose el Estado a garantizar el ejercicio de su derecho. Para fundamentar esta teoría y poderle dar piso a la idea de la voluntad de las personas colectivas: Explican la voluntad de un grupo atribuyéndole como un todo orgánico; haciendo aquí en incursión las célebres tesis biológicas de la sociología, que tuvieron como maestros a Schaeffle, Fouillé, Worms y Spencer. Para estos autores la sociedad como los organismos colectivos (comunidades y asociaciones, sociedades, etc.), son seres vivos; con todas sus manifestaciones fisiológicas y psíquicas, explicando así Giner esta doble faz: "En la vida de toda sociedad ... observamos ideas, opiniones, sentimientos, inclinaciones, aspiraciones, pasiones, tendencias... En suma, fenómenos análogos a los que ofrece la vida espiritual del individuo. Por ello se dice con exactitud, que hay un espíritu, una conciencia social... Las funciones particulares de esa vida, de esa psiquis social son las mismas de toda psiquis humana... Forma cierta oposición con esta vida espiritual de las sociedades, su vida material que abraza dos funciones semejantes a lo que son la nutrición y la reproducción en el individuo, y cuyo estudio constituye lo que podría llamarse la fisiología de la sociedad".

Arturo Barcía, en su libro sobre las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos jurídicos, siguiendo a Otto Gierke, ilustre Rector de la Universidad de Berlín, recoge los fundamentos de esta tendencia. Al efecto se lee: "La persona corporativa, es para Gierke una persona real, formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y acción, que no es una simple suma de voluntades humanas sino, por el contrario,

una voluntad nueva y superior, con voliciones propias, diversas de las particulares de sus miembros y administradores. Estos son los órganos necesarios de esa voluntad colectiva, por medio de los cuales se manifiesta y realiza, de igual manera que la persona psíquica, sólo con auxilio de sus correspondientes órganos corporales, puede expresar y llevar a cabo sus decisiones. No se trata aquí, de un simple fenómeno de representación, sino de una verdadera actividad del ser colectivo que quiere y obra mediante sus órganos. Los actos corporativos son actos de la persona jurídica, cuando mediante ellos se efectúan, siempre que se hayan ejecutado en la forma y dentro de los límites estatutarios. De ahí la plena capacidad natural, de querer y de obrar, que realmente poseen las personas jurídicas, en virtud de su propia contextura y organización; la cual hace de ellas, sujetos de derecho tan reales como la persona humana, ya que se encuentran dotados también de voluntad propia y personal, fundamento y condición de toda subjetividad jurídica”.

No se necesita presentar todos los argumentos, para llegar al convencimiento de cómo esta doctrina así estructurada no es aceptable. Que el organismo individual es idéntico al social, es proclamar una tremenda mentira; acaso puedan existir relaciones, semejanzas; pero tratar de identificarle hasta atribuirle psiquismo independiente del individuo mismo no tiene ningún fundamento serio. Se puede hablar de una voluntad o psiquis social, para significar que algo es común entre los miembros de una sociedad. Pero no se puede denotar con ello, un alma, un espíritu humano existente por sí solo, fuera y por encima de los individuos asociados. Ni tampoco un cuerpo u organismo como se pretende. La voluntad social radica en los entes colectivos, en la suma de las voluntades individuales, pero no es una voluntad aparte de ella, como lo imaginan los sostenedores de esta doctrina.

También con base en la voluntad, pero con un criterio más ideal, han tratado de explicar la noción de personalidad Zittelmann y Meurer. Para ellos, la realidad de los entes colectivos es positiva y en consecuencia capaces de desarrollar una actividad social; que no viene a ser realidad filosófica y orgánica de la persona, como la de los anteriores autores, sino en su estricto sentido jurídico, que es donde tiene su verdadera sede la personalidad en su concepto de derechos y obligaciones.

Para Zittelmann “la realidad de las personas sociales no está en los individuos, sino en la idea trascendental de que ellos son manifestaciones efímeras”. Al razonar en su teoría, expresa que no es el hombre, el sujeto, el de derechos y obligaciones, es la voluntad humana, es ésta la base de la relación jurídica. Los entes colectivos al reunirse crista-

lizan sus deseos en una sola voluntad en virtud de la estrecha fusión de las voluntades de los particulares, que es lo que viene a ser el sujeto de la relación; voluntad que es distinta de la de los asociados y que viene a formar el sujeto jurídico distinto.

Zittelmann, para probar la diversidad de voluntad, parte de la base de la unidad en la pluralidad; examinando las fórmulas de la filosofía kantiana:  $7 + 5 = 12$ , y  $7 + 5 = (7 + 5)$ . De lo que se tiene, que el 12 sintético aunque igual a  $7 + 5$  analítico, constituye sin embargo una cantidad nueva.

Aunque esta teoría ya implica un avance afortunado, en el afán de lograr la noción de la personalidad de los entes colectivos, no es aceptable. No se hace necesario confundir la voluntad con la persona misma y para rechazar la idea de la ficción, no es indispensable dotarlas de una voluntad propia, incorporalmente provista de otro sujeto que no sea ella misma; basta con aceptar que ellas pueden ser personas en el sentido jurídico, es decir, sujetos de derecho y obligaciones cuya voluntad tiene como fundamento, los individuos que la forman que vienen a constituir la voluntad social, pero no algo etéreo como se propone.

Se pasa ahora al estudio del segundo grupo de la teoría realista, que constituye otro de los caminos más certeros para llegar a caracterizar la noción de la personalidad jurídica. Ya aquí no se parte de la voluntad en el sentido que se ha venido presentando y cuya crítica se ha hecho en la oportunidad debida.

Le corresponde a Ihering dar los primeros pasos, con su tesis de que el derecho radica no en la voluntad sino en el interés. Hay que distinguir entre la capacidad de derecho y la capacidad de obrar. En la estática del derecho no juega un papel indispensable la voluntad. Ella tiene importancia en la dinámica, en su ejercicio.

Para explicar su tesis dice Ihering: “Los derechos no existen, de ningún modo, para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, y realizar sus fines. Tal es su misión y finalidad... Los derechos no producen nada inútil; la utilidad y no la voluntad es la sustancia del derecho. La voluntad no es otra cosa que el instrumento y la fuerza motriz de los derechos. La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos”.

Pero la teoría de Ihering peca al identificar el interés con el derecho y por excluir la voluntad; corresponde a Bernatzik buscar su justo equilibrio el cual lo logra al definir el derecho subjetivo como el interés

protegido mediante el reconocimiento de un poder de voluntad humana; y el sujeto de derecho, como el titular de todo interés humano que el orden jurídico reconoce en cuanto da fuerza jurídica a la voluntad necesaria para realizarlo.

Michoud, quien hizo un estudio completo de esa cuestión, en su libro de "La Teoría de la Personalidad Moral", aprovecha la anterior doctrina para elaborar su tesis. Para él la voluntad tiene poder de representar los derechos subjetivos. En su contradictoria exposición parece que lo que el derecho protege, no es la voluntad en sí, sino su contenido, su ejercicio. "Protege no la voluntad sino el interés que esa voluntad representa", siempre que esté en consonancia con las normas de la moral y de la justicia.

El sujeto de derecho para Michoud es tanto el ser individual como el colectivo: "En cuyo interés es garantizado aunque la voluntad que represente no le perteneciera en propiedad, en el sentido metafísico de la palabra. Es suficiente que esta voluntad pueda serlo social y prácticamente atribuída para que la ley sin separarse de su papel que consiste en interpretar los hechos sociales, deba considerarla como suya".

Se ha dicho unas líneas arriba que esta doctrina es tratada contradictoriamente por Michoud, porque a pesar de darle papel decisivo a la voluntad de la concepción, resulta al final de cuentas que tiene más importancia el interés que la voluntad, sin jugar ésta el rol que le corresponde en la personalidad. Y no es posible fundar sólo sobre los intereses jurídicamente protegidos, la idea de la personalidad, porque sería tanto como retroceder en esta materia, y regresar a la tesis de patrimonios afectados a un interés.

Francisco Ferrara, en su teoría sobre las personas jurídicas, no parte del interés jurídicamente protegido, ni de la voluntad que es lo que viene a constituir para Michoud el sujeto de derecho. Al efecto, al definir el derecho subjetivo dice que es "un poder jurídico, que tiene por fuente el derecho objetivo y se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos".

Ferrara parte de la existencia de las personas sin entrar a explicar que tienen una voluntad propia. Dentro de su sistema no la tiene, es un instrumento técnico y el medio más adecuado para la protección de los intereses humanos asociados. "La persona, dice, designa el titular de un poder o de un deber jurídico; de donde se sigue que no es

necesario que quien está investido de este poder o de este deber sea dotado de voluntad o de centro de interés".

Con estos supuestos, al estructurar la personalidad de los entes colectivos, parte el profesor del hombre como base de la relación jurídica considerado individualmente, pero a su lado, está el hombre como especie: dada su innata sociabilidad en la lucha por la vida no pretende hacerlo solo, conoce los resultados que da la asociación; e instinto y fin engendran los entes colectivos. Qué hace la ley en presencia de estos organismos? El mismo Ferrara resuelve el interrogante: "Frente a estas situaciones la ley reconoce personalidad a estas entidades, y les reconoce aptitud para ser sujeto de derecho, les confiere poderes jurídicos para exigir el cumplimiento de deberes y obligaciones". Según esto la personalidad jurídica viene a ser la configuración legal de ciertos fenómenos de asociación, "la toga civil".

Pero para Ferrara la personalidad no se presenta como una institución sino como un modo de ser de los intereses asociados siendo en su sentir la única forma como se puede participar en estos fenómenos de asociación en la vida civil.

Es esta en resumen la construcción de Ferrara sobre las personas jurídicas, compartida por Raymundo Salleilles y la cual coincide en parte con la normativa de Kelsen. A no ser por el desconocimiento que hace de la voluntad, bien merecía la adhesión total para la solución de este agudo problema de la personalidad de los entes colectivos.

Ya se ha dejado sentado a través de las críticas que se han presentado a las doctrinas vistas en este estudio, la incidencia que tiene la voluntad en la configuración de la personalidad de los entes colectivos. Claro que no es una voluntad en el sentido clásico sino de acuerdo con las concepciones actuales, con la distinción de capacidad de derecho y capacidad de obrar: En el sentido que al derecho no le interesa la voluntad abstracta sino en concreto, es decir en cumplimiento de sus fines; un poder de voluntad para la satisfacción de un interés. No atribuyéndole al ente colectivo una voluntad independiente, una psiquis propia, sino como dependiente de la voluntad de los asociados. Su voluntad no resulta tanto de la suma de las decisiones individuales sino del deseo colectivo expresado en condiciones y lugares determinados.

La voluntad es el origen de todo derecho humano sancionada por el Estado, quien la limita. Por tanto el derecho no es más que la voluntad protegida por la ley, como dice José L. de Benito: "aislamiento de su voluntad propia, personal, particular, los individuos que integran una sociedad con personalidad jurídica tienen otra, cuya actividad se

dirige hacia un punto determinado, ajeno a su esfera individual: la realización del fin social. Y el complejo de estas voluntades da por resultado la voluntad colectiva. Esta voluntad general no tiene nada de ficción; es tan real como la voluntad individual”.

Esta teoría de la realidad de la personalidad de los entes colectivos es la más ajustada a la experiencia histórica y a la observación práctica; pero no una realidad natural, sino jurídica, como dijo claro Ferrara. Más allá queda el hecho social, al intelecto corresponde su unificación entre el mundo exterior y las ordenaciones del derecho. Con base en el grupo entidad que reúne determinadas condiciones o en individuo se reconoce el concepto de personalidad jurídica por el derecho, como un fenómeno espiritual, una idea conforme a los hechos.

La personalidad como ya se dijo juega no en su integridad sociológica, en su yo corpóreo, sino en la unificación producida por el derecho para la actuación externa del grupo; pero sin ser independiente la realidad del ente colectivo y la personalidad jurídica que el derecho le atribuye, que sí es, al decir equivocado de Kelsen. La personalidad en todas sus manifestaciones de relación toma como base el fenómeno de la voluntad colectiva de acuerdo con su interés, voluntad que no es una pura construcción normativa, sino que es engendrada por la voluntad de los asociados.

Este hecho de la personalidad de los entes colectivos no es una ficción, es una realidad jurídica, el papel del Estado no es otro que reconocerla. Se considera a las personas colectivas como verdaderos sujetos de derecho (público y privado) con una voluntad social y un patrimonio exclusivamente adscrito, no al fin, sino al ser jurídico que resulta de la coordinación de estos elementos.

Con lo que queda dicho es posible ya tener los elementos para una definición de lo que es la persona colectiva, para lo cual se seguirá a Ferrara, pero teniendo en cuenta el elemento voluntad, pudiéndose decir: que persona colectiva es una asociación u organización de hombres, formada para la consecución de un fin cuya suma de voluntades engendran una nueva voluntad colectiva, y sancionada por el orden jurídico como sujeto de derecho.

## EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS

En el derecho romano antiguo el concepto de personalidad. - Opinión de Sohn, Rives. - De cómo los actos jurídicos que ejercía el Estado en el derecho antiguo los hacía en virtud de su soberanía. - La aparición durante el Imperio Romano del concepto de personalidad en los municipios. - De cómo fue extendiéndose a las asociaciones y luego al Estado. - Personalidad de la Iglesia. - Los romanos no consideraron las personas jurídicas como ficciones. - De cómo el derecho germánico no gozó de la noción de personalidad. - Gesamnte Hand. - La Genossenschaft. - Aporte del derecho canónico. - Las instituciones. - Los glosadores. - Los Canonistas. - Concepto firme de la personalidad en el derecho moderno.

Se hará aquí una breve investigación histórica sobre los orígenes y los conceptos de la persona jurídica, después de haber visto en el título anterior el análisis crítico de las distintas concepciones, hasta llegar a la noción que hoy se tiene de ella.

El mismo mar de teorías enunciadas, indican la dificultosa elaboración de su concepto y de cómo el derecho antiguo no pudo tener sin vacilación su noción. Partiendo de Roma en sus principios o su derecho no conoció la persona jurídica tal como existe hoy. El Estado más que como persona los actos que cumplía los hacía en vista de su soberanía. Ferrara al tratar ese punto citando a Sohn expone: “El *populus romanus* era demasiado grande para que semejando a una persona privada, pudiera usar las formas de derecho privado: por esto el Estado no era persona jurídica”. Y en este orden de ideas Rivier se expresa: “El concepto de personalidad del Estado en el comercio privado era completamente extraño al sentido jurídico de la República. No se separaba el Estado como soberano y legislador, del estado como sujeto pasivo de derechos patrimoniales”.

Pero a pesar de la anterior afirmación tan categórica no faltan autores que admitan la personalidad del Estado en su antigüedad. Pero es lo cierto que no es clara su admisibilidad en el derecho antiguo, este es un concepto técnico que necesita cierta cultura para ser entendido y llevado a la práctica, de la cual se carecía.

Se encontraban sí grupos poderosos a quienes el derecho reconocía una voluntad. El *populus romanus*, que se identificaba con el Estado, aparecía revestido de cierta personalidad. Personalidad que, como ya se dijo, se debía a la soberanía sin que se tuviera como verdadero sujeto de derecho. En igualdad de condiciones, como derivados

del Estado, se encontraban los colegios religiosos y judiciales, las asociaciones diversas, etc.; pero sin que se pudiera decir que tuvieran personalidad.

Es durante el Imperio Romano cuando aparece en realidad la personalidad jurídica de los entes colectivos. Según Savigny, el origen mismo de la persona jurídica está cuando el Estado se engrandeció y se hizo necesario distinguir al Municipio del Estado, estableciéndose así para los Municipios y luego extendiéndose al Estado. Llegando hasta afirmar en su obra de derecho administrativo del "Imperio Romano" que desde la más remota antigüedad las municipalidades han formado personas morales o jurídicas, y en esta calidad han sido reconocidas capaces de adquirir y poseer bienes".

El régimen reconocía las municipalidades como una persona moral capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones. El ejercicio de las acciones municipales se hacía bajo el nombre de un actor o síndico. Del Municipio poco a poco se fue extendiendo la institución de las personas jurídicas a las cofradías sacerdotales y artesanas y después al Estado que bajo el nombre del fisco fue tratado como una persona sometida a jurisdicción. El fisco podía ser demandado ante los jueces ordinarios. Mil leyes sobre sus privilegios en los fiscos, demuestran que el Estado era considerado como persona civil, capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones con los particulares. Entre esas leyes de privilegios está la de que el fisco no podía ser condenado a pagar intereses.

Fue bajo los emperadores cristianos cuando los establecimientos religiosos se presentaron como personas jurídicas. La Iglesia Católica adquirió personalidad después de la constitución de Constantino, en el año 321, por la cual cada Iglesia o Asamblea, adquiría la capacidad de adquirir bienes en las sucesiones testamentarias.

Era fácil la concesión de la personalidad a la Iglesia. Ya existían antecedentes que hacían expedito el camino. Los dioses del paganismo eran representados como seres individuales semejantes al hombre tal como lo vemos sobre la tierra, y a ello le atribuían los bienes, concediéndoles privilegios y reconociendo como persona jurídica a los templos. Esto fue fácil aplicar a la Iglesia a pesar de sus fundamentos distintos. Pero es el caso que sirvió de antecedente, y así vinieron las herencias para la Virgen María, Jesucristo, El Papa, reglamentadas por Justiniano detalladamente.

Se tiene pues, de lo anterior, que el derecho romano sí conoció las personas jurídicas o *universitas*, como persona distinta al ser de los socios y su principal consecuencia el reconocimiento de un patrimonio.

En cuanto a la concepción que de ella se tuvo en este derecho, no es posible sostener como lo venía diciendo la opinión tradicional de que se consideraban como ficciones, o creaciones de la ley. Ya se dijo en el Capítulo I del Título I de este trabajo, de cómo los romanos con criterio práctico reconocían las colectividades con el simple nombre de personas sin indagar su naturaleza.

Siguiendo a Barcía López, "es inexacto afirmar, pues, que la persona jurídica se consideraba en Roma como un individuo ficticio, artificialmente creado por la ley, cuando lo único que los textos nos dicen es que tales entidades son reconocidas como al hombre, al igual de él capaces de ciertos derechos y obligaciones. En ello no hay ficción alguna, sino simple equiparación o asimilación a la lógica, de la persona ideada a la física en la esfera jurídica; ni puede verse tampoco un procedimiento de fantasía sino, simplemente, una operación de técnica, de desenvolvimiento del derecho; o sea la formación de nuevos conceptos jurídicos, reclamados por nuevas formas de la vida social".

No gozó el derecho germánico de la noción de la personalidad, y quienes han pretendido buscar en sus comunidades, instituciones análogas a la *universitas romana*, han arribado a la conclusión de que son estrictas comunidades. Aun llegó el derecho germano a confundir el derecho público con el privado hasta considerar como propiedad privada al Erario público, involucrando el concepto de soberanía. Confusión que hace resaltar claramente Blunsthli cuando dice que "la soberanía fue mirada como una propiedad privada y las cargas públicas como bienes de familia".

Son reemplazadas en el derecho romano las *universitas*, por un sinnúmero de agrupaciones que tienen características muy similares a lo que los códigos modernos reglamentan con el nombre de comunidad. Así era por ejemplo, entre las más acostumbradas, la "*Gesamnte Hand*", que tenía ocurrencia o se presentaba cuando los herederos no hacían partición y seguían administrando y usufructuando los bienes en comunidad.

También se conoció la "*Genossenschaft*", especie de condominio, en consorcio solidario. Aunque implicaba una evolución sobre lo anterior, no se puede considerar como sujeto independiente de sus miembros. Sus fines, más que explotaciones económicas, eran de mutua ayuda en salvaguardia de los intereses de los asociados.

Bien se comprende de lo anterior el estancamiento que sufrió la idea de la personalidad por un largo tiempo. Le corresponde al Derecho canónico venir a abrir un paréntesis y al estructurar a la Iglesia

como entidad autónoma e independiente reclama su carácter de sociedad perfecta, teniéndose como una fundación divina, una verdadera institución, “puesto que los fieles no forman la Iglesia sino que ésta ha sido establecida para salvarlos a ellos. Su fin no es otro que salvar las almas, posee patrimonio obrando como persona independiente y bajo la suprema dirección del Papa. La doctrina del Derecho canónico estaba pues inspirada en los santos evangelios, fluyendo su fundamento del pasaje bíblico “Tú eres Pedro (Petrus) y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia”.

Al lado del “Corpus Mysticus Christi”, aparece la personificación de las iglesias particulares como órganos de la Iglesia universal; poseyendo bienes independientemente, como verdaderos sujetos de derecho; aparecieron también las comunidades religiosas y gran número de fundaciones que con fines benéficos, reunían las características de personas jurídicas.

Es este el aporte del derecho eclesiástico a la evolución del concepto de personalidad; dando el nombre a los entes colectivos de institución o establecimiento, como consecuencia de las influencias trascendentales y espirituales de la Iglesia.

Y en la lenta evolución del concepto de la personalidad vienen los glosadores en el siglo XI a revivir las corporaciones y universidades, pero sin progresar en su estructuración doctrinal, porque no lograron ni aun entender la manera como el derecho romano concibió las personas jurídicas.

Es a los canonistas a los que les corresponde hacer el aporte decisivo y cristalizar los elementos existentes para lograr una concepción más científica. Imprimiendo fuerza a la idea trascendental del instituto, la noción de pluralidad real desaparece casi por completo, “para ser reemplazada por el de la unidad abstracta ideal, que ve en todo establecimiento eclesiástico (corporación o fundaciones) un ser nuevo, absolutamente diverso de las personas que lo forman. Estas aparecen no como miembros, sino más bien como instrumentos al servicio de los fines impuestos a la entidad institucional por la voluntad de un fundador. El sujeto de los derechos colectivos no es, pues, un conjunto de individuos físicos, sino por el contrario, un ente ideal, autónomo y personificado, cuya existencia no proviene, ni depende de aquellos, sino de una voluntad autoritaria, externa y superior”.

Les toca a los canonistas preocuparse primeramente por la naturaleza de los entes colectivos, originándose disputas que vinieron a iluminar su estudio. Así se sabe por ejemplo de cómo Inocencio IV pro-

hibió que fueran dictadas sentencias de excomunión contra las colectividades, porque en su entender carecían de un alma espiritual, sin ser propiamente, en el sentido filosófico cristiano, personas. Se discutió también sobre su capacidad; sobre el nombre que se le debía dar; y se empleó la palabra de persona independiente del hombre. Todo esto indica de cómo aquí surgía un movimiento científico para el estudio de la personalidad de los entes colectivos.

Así desde este tiempo se ha mantenido el concepto de personalidad de las personas jurídicas, en sus manifestaciones del Estado, el Municipio, fundaciones y asociaciones, como personas independientes de sus miembros, con patrimonio propio y capacidad, siendo una de las conquistas del derecho moderno su firme y unánime adhesión al concepto de personalidad de los entes colectivos.

#### CAPITULO V

### LA PERSONALIDAD DE LOS ENTES COLECTIVOS, SEGUN LA LEGISLACION COLOMBIANA

De cómo en el Código Civil sí se consagró la personalidad. - En las sociedades colectivas no es clara. - La realidad de las personas colectivas.

Con base en la investigación hecha hasta aquí, es de preguntarse, cuál es la situación dentro de la legislación colombiana de las personas colectivas? O concretando: las asociaciones, fundaciones, sociedades, el Estado, etc., son colectividades o reúnen el carácter de personas en la legislación patria, consideradas como sujetos distintos, con relaciones jurídicas independientes de sus miembros? Y si existe esta personalidad, es una mera ficción o una realidad de acuerdo con la legislación?

En el título 36 del Código Civil, que regula las personas jurídicas, se lee en el artículo 635 que “se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. En el 637 se estableció: “Lo que pertenece a una corporación no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación”.

Queda bien claro de lo anterior de cómo don Andrés Bello tuvo conocimiento de la personalidad de los entes colectivos, aventajándose

así al código francés que no reguló las personas jurídicas. Resulta evidente para las corporaciones y fundaciones la característica de la personalidad, es decir, las personas colectivas comprendidas dentro del título 36: No resolvió aquí la personalidad de la sociedad, limitándose en el artículo 635 a expresar que las sociedades industriales no están comprendidas dentro de sus disposiciones y que sus derechos y obligaciones son regulados por otros títulos del Código.

En consecuencia de lo anterior, y en armonía con la noción de personalidad en el título de la sociedad, se dijo que “la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente”. No fue el código fiel con este postulado, al reglamentar el contrato de sociedad colectiva, estampó varias disposiciones que dejan la impresión de comunidades y no existencia de entes independientes de los socios.

Examinando el articulado de las sociedades colectivas, se encuentra con las siguientes disposiciones que se levantan contra la noción de la personalidad, que se ha declarado que surge de la sociedad en el artículo 2070.

De las deudas de la sociedad responden los socios, a prorrata del interés social; ya solidariamente en caso de estipulación; y la cuota insolvente grava a los otros (Art. 2121). Si existiera un ser independiente éste sería el que respondería, su patrimonio exclusivamente vendría a ser la prenda de los acreedores. Cosa diferente ocurre en la sociedad anónima, donde la responsabilidad está en la entidad y no en los socios. La copropiedad se caracteriza por esta responsabilidad en mancomún, en cambio existiendo persona colectiva no se puede repartir la responsabilidad. El resultado del ejercicio de la sociedad colectiva no está limitado al patrimonio social, sino que va al peculio personal de cada socio.

Fuera de lo anterior existen varias modalidades que hacen dudar seriamente de la persona independiente de la sociedad colectiva civil. El artículo 2107 se expresa: “No habiéndose conferido la administración a uno o más de los socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas en los artículos precedentes y sin perjuicio de las reglas que siguen: 1ª. Cualquier socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución, o no haya producido efectos legales; 2ª Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros....”

Es de verse el contraste de la disposición acotada, con el artículo 123 del decreto 2521 de 1950 que dice: “La sociedad anónima será administrada por mandatarios .... quienes llevarán la representación legal de la compañía...”

Cómo se explica la existencia de una persona independiente, si la administración de sus bienes se hace por poder de todos los miembros, sin contar o desconociendo la personalidad independiente que debió surgir de la sociedad. Se olvida que desde el punto de vista de la asociación, cada uno de los miembros ha abdicado de su propia personalidad, y todos concurren a formar un ser jurídico nuevo; en el que se confunden y al cual han transmitido la vida que han perdido para sí. Como se dice en el artículo estudiado, son los socios los que se oponen a los actos ejecutados por otro socio, y no la Sociedad. Y el patrimonio es tratado en común para el uso personal, es decir, que no es independiente del de los socios.

No compasa con la noción de personalidad lo determinado por el artículo 2129, que manifiesta que se disuelve así mismo la sociedad por la muerte de cualquiera de los socios. Se ve aquí cómo la personalidad no ha existido independiente de los socios; es decir, está condicionada a la existencia de los miembros.

Es incompatible también con la noción de personalidad, su expiración por la insolvencia de uno de los socios (Art. 2132). Quizás una de las mayores ventajas de la personalidad jurídica de la sociedad, es la independencia de la vida económica de la sociedad, con respecto a sus miembros, librándose así de un sinnúmero de riesgos que pondrían en peligro su capacidad crediticia, su estabilidad. De ser una persona distinta, la incapacidad de sus miembros no debe afectar en forma alguna su existencia.

Así se pudiera seguir analizando una serie de disposiciones en esta materia de las sociedades colectivas, como la facultad para renunciar de los socios, la expiración por la incapacidad sobreviviente y otras que crean serias contradicciones con lo que tradicionalmente se ha entendido por personalidad de los entes colectivos.

Y es que de la noción de personalidad jurídica, no se debe abusar y estarle empleando para todos los casos, sin que en realidad se cumplan los elementos que la vienen a estructurar. Ya afirmó Desiry: “la noción de personalidad jurídica, cuando se aplica moderadamente, conduce a excelentes resultados”.

La afirmación del Código, de que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, cuando se

trata de sociedades colectivas no se aferra la mente sin vacilación para aplicarle el concepto. Esta clase de sociedades dan la sensación de que se acercan más a las comunidades que al hecho de personalidad. Que no han dejado de ser un contrato, una comunidad muy bien organizada y avanzada a la manera de las Genossenschaft alemanas, con patrimonio en ciertos casos independientes, con copropiedad distinta de la ordinaria, con nombres como aquélla, pero no parece que constituya un ente colectivo. Las cosas son lo que son y no lo que de ellas se dice. Con definiciones dogmáticas de un precepto legal sin desarrollarlo de acuerdo con lo que sienta no se alcanza a tenerse por cierto por sí solo lo que se afirma”.

Y esto que se manifiesta de las sociedades colectivas civiles tiene piso para decirse con respecto a las sociedades colectivas y las comanditas simples de comercio, con la fortuna para don Gabriel Ocampo que no consagró como don Andrés Bello la personalidad para toda clase de sociedades.

Se planteó como segunda pregunta para resolver aquí, cuál es, de acuerdo con la legislación colombiana, la naturaleza de las personas colectivas?

En el tiempo en que se redactaba el proyecto del Código estaba en pleno auge la teoría de la ficción; eran conocidos plenamente los estudios de Savigny, Pothier y Laurent; parece que la consagración de ficciones en las legislaciones era de uso corriente, no sólo para calificar a los entes colectivos sino también para resolver absurda y artificialmente sinnúmero de situaciones que no alcanzaban a comprender; recuérdese como otro caso la representación en el libro de las sucesiones.

Rompe el título del Código Civil, consagrado a las personas jurídicas, considerándolas como ficticias, capaces de ejercer derechos y de ser representadas judicial y extrajudicialmente. Consecuente con el sistema de la ficción, en el artículo 634 se dijo: “No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley”. Con lo estipulado en este artículo quedaba el legislador en condiciones absolutas para negar a su arbitrio el establecimiento de una persona colectiva; esto tenía como explicación y origen los temores que sentían los inspiradores de la Revolución Francesa por las asociaciones y fundaciones, que llamaron las manos muertas, y que en la teoría de la ficción encontraba de manera expedita, el camino para lograr sus propósitos, de mantener a su arbitrio la facultad de crearlas o no. Aunque aquí lo cierto fue, que no se llegó a todas sus consecuencias, quedaba sí en las manos del legislador el instrumento. Pero

hoy esto no tiene vigencia frente a la Constitución, que desde 1886 ha establecido que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden público. Primando la Constitución es clara la situación del artículo 634, que no es otra que su insubsistencia. Al hacerlo así el legislador ha reconocido el derecho natural que enseña que el hombre es sociable por naturaleza y libre para desarrollar su actividad.

Debe tenerse cuenta la honda diferencia que existe entre el artículo 634, que sólo admite la existencia de las asociaciones y fundaciones que sean creadas por la ley; con la obligación legal que tienen estas mismas personas jurídicas de cumplir los requisitos del decreto 1.326 del 15 de septiembre de 1922, por el cual se obtiene el decreto del gobierno de reconocimiento. Pero aquí no está creando nada, se trata del reconocimiento de una realidad sin poderse negar a menos que sea contraria a las leyes; le corresponde organizar con eficacia su publicidad, control y vigilancia de sus actividades, en defensa del interés público.

Como ya se dijo, frente al artículo acotado (47 Constitución) el postulado de la ficción consagrado para las corporaciones y fundaciones no tiene fundamento claro, para seguir sosteniéndolo, puesto que el artículo que venía desarrollando al principio no tiene vida legal y la doctrina enseña su realidad.

La Corte Suprema de Justicia se ha enrutado por la tesis de la realidad, como se deduce claramente de lo sostenido en la sentencia de 3 de marzo de 1938. Allí se lee: “Las personas morales son una realidad; ellas tienen nombre, domicilio, estado y capacidad. La tesis de la ficción de la personalidad de las personas jurídicas sostenida por algunos autores como Laurent y Planiol ha sido revaluada especialmente por el escritor Josserand. El desarrollo de la personalidad moral es un fenómeno constante, y según observa este último expositor, no se comprende realmente que una persona de esa naturaleza, que tanto influye en el desarrollo social, económico o industrial, sea un mero ser abstracto”.

## TITULO III

## CLASIFICACION DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

## CAPITULO UNICO

Sistemas de clasificación. - De derecho público. - De carácter social. - De carácter religioso. - De carácter industrial.

Dados los beneficios que la asociación le trae al hombre para el logro de su bienestar, son numerosas las formas como se presentan las personas colectivas que son diversas según su origen, forma de regulación y fin buscado. Así, puede estar constituida por un conglomerado de seres humanos, y un territorio políticamente determinado como la Nación, el Departamento y el Municipio; por una comunidad de carácter espiritual, universal, como la Iglesia Católica, las órdenes diversas autorizadas por la Iglesia y las iglesias mismas; por un capital destinado por un acto entre vivos o por testamento a un fin de beneficencia, sin vinculación particular a determinada persona natural o jurídica; además pueden presentarse las personas colectivas formadas por varias personas físicas, como cuando varios individuos se asocian para formar un sindicato o una sociedad de explotación del ramo de la minería; por varias personas morales como cuando dos o más sociedades comerciales forman otra; por personas individuales o colectivas, como cuando se asocian los miembros de la industria o el comercio, compuesta por ambas clases de personas con el fin de defender sus intereses.

Por mucho tiempo ha figurado entre los autores la clasificación de Savigny, que divide las personas jurídicas en: a) Personas de existencia natural o necesaria (estado, ciudades), y b) Personas de existencia artificial o contingentes, que comprende dos subgrupos: las asociaciones o corporaciones (comunidad, sociedades de artesanos, industriales) y las fundaciones (universidades, fundaciones pías, etc.).

También es conocida la clasificación de entes de existencia necesaria, cuyo origen obedece a fuerzas inexorables y naturales como el Estado y el Municipio; y de existencia posible cuyo nacimiento está condicionado a la voluntad de los hombres (sociedades, corporaciones, etc.).

B. Brungi, al hacer el estudio de las personas jurídicas en su libro "Instituciones de Derecho Civil", al considerar que las clasificaciones en esta materia constituyen un mar de contradicciones, resuelve levantar los propios elementos para constituir una, afirmando que "es

mejor distinguir las personas jurídicas según su estructuración, su funcionamiento o capacidad y su relación o pertenencia al Estado".

Tradicionalmente la filosofía jurídica ha dividido las personas colectivas en dos grandes secciones o grupos: en el primero se incluyen todas aquellas que por su carácter general pueden llenar las necesidades todas de la vida humana; en el segundo, las que por su finalidad concreta o específica limitan su fin a un solo aspecto. Serán personas generales y por consiguiente personas jurídicas de fines múltiples los Municipios, los Departamentos, los Estados, etc. Serán personas especiales y por tanto personas jurídicas de finalidad única, las asociaciones lucrativas o no lucrativas, y las corporaciones. Estas tendrán como base legal la fundación; aquéllas, el contrato.

En el presente estudio se tomará la siguiente clasificación de las personas colectivas para hacer el análisis más detallado: a) - De derecho público; b) - De carácter religioso; c) - De carácter industrial, y d) - De carácter social. Atendiendo a lo anterior, se hará el estudio rastreando la legislación colombiana.

a) - DE DERECHO PUBLICO. - En contraposición aquellas de derecho privado se consideran como personas colectivas públicas, las que desarrollan fines públicos o de interés general. Personas que no pueden ser creadas o extinguidas sino por el Estado; el ejercicio de sus derechos está de acuerdo con la ley que las crea y los servicios públicos llamadas a prestar; constituidas y organizadas exclusivamente con fondos públicos.

A la cabeza se encuentra el Estado, quien llena todos los elementos indispensables que constituyen la personalidad; que nace cuando ciertas condiciones se reúnen, grupo independiente que posee un territorio determinado y existencia de una soberanía.

Es común definir el Estado como "La personificación jurídica de una nación, consecutiva a la centralización política, económica y jurídica de sus elementos, realizada en vista de la creación del régimen civil".

Como dependientes del Estado vienen grupos menos extensos, político-económicos, asentados en determinado territorio y encargados de las acciones de los intereses regionales o locales; son los departamentos, las intendencias y los municipios; en los cuales el Estado delega parte de su soberanía, quedando en condiciones de ser sujeto de derecho y con el poder de ejercer verdaderas funciones públicas por medio de sus órganos.

Son también personas de derecho público, los establecimientos

públicos creados por la ley para asegurar el funcionamiento de un servicio determinado de interés general, como la asistencia de los indigentes, la enseñanza, etc.

No hay que confundir los establecimientos de utilidad pública con los establecimientos públicos. Estos son ramas de servicio que se han desprendido del Estado, para erigirse en órganos de individualidad propia. Como dice Hauriou "El establecimiento público es un servicio público personificado". Es indispensable que el servicio se haya desprendido totalmente del Estado, que sea una persona, porque de no ser así no logra reunir el carácter de establecimiento.

En cambio los establecimientos de utilidad pública, son empresas privadas de un campo de acción demasiado extenso, puesto que persiguen fines de interés general. Poseen su patrimonio propio, y gozan del reconocimiento del Estado como servicio público, el cual les ha dado una modalidad de derecho público en relación con los fines que persiguen. Ejemplo en Colombia, los Bancos.

El artículo 80 de la Ley 143 de 1887 es completa en esta clasificación de personas colectivas de derecho público al decir que "la Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública creados o reconocidos por la ley, son personas jurídicas.

b) - DE CARACTER RELIGIOSO. - Dentro de esta clase se pueden distinguir entre la Iglesia Católica y las religiones no católicas. En cuanto a éstas su existencia se encuentra sometida a las reglas generales sobre asociaciones. Tiene sí la Iglesia Católica un estatuto especial.

Ya se sabe cómo la Iglesia católica es considerada universalmente como una persona jurídica. Derivado de ello, el Derecho canónico reconoce personería a las corporaciones llamadas religiones. Religión es la "asociación aprobada por la autoridad eclesiástica legítima y cuyos miembros pronuncian según las reglas propias de cada asociación, votos públicos perpetuos o temporales, renovables, tendientes a la perfección evangélica".

También deben a la Iglesia universal su personalidad, las iglesias catedrales, las parroquiales, etc. Lo cual es reconocido por los artículos 24 y 25 de la ley 87 de 1887, que expresan que cada Diócesis será representada por los respectivos legítimos Prelados o por las personas o funcionarios que éstos designen.

Las asociaciones religiosas son, finalmente, las que vienen a completar este grupo de personas jurídicas de carácter religioso, las cuales para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, deberán pre-

sentar a la autoridad, la autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica (Art. 43 Const.); correspondiéndole a la misma superioridad designar a quien conforme a los estatutos corresponde representarla.

c) - DE CARACTER INDUSTRIAL. - Se comprende aquí las sociedades de todo género; nombre éste que indica claramente la naturaleza vinculante de esfuerzos para la consecución de fines imposibles de alcanzar por el individuo aislado. "La palabra sociedad —dice el profesor Alberto Zuleta Angel— se refiere tanto al contrato como a la persona jurídica que nace de él". Tradicionalmente se han clasificado las sociedades en civiles y comerciales. Las mercantiles son aquellas cuyo fin sea prestar actos de comercio. Las civiles las que se refieren a los otros actos.

Si no expresa, sí tácitamente, en el capítulo que el Código dedica a las personas jurídicas, considera como tales sin reglamentarlas allí, a las sociedades industriales. Acorde con esta doctrina el artículo 2079 consagra claramente la personalidad de las sociedades.

Compasando con esto la doctrina ha considerado como personas jurídicas las sociedades colectivas, en comandita, anónimas, de responsabilidad limitada, y de familia. Clasificación que comprende tanto a las civiles como a las comerciales.

Ya se vio cómo en la reglamentación de las sociedades colectivas y las comanditas simples, se encuentran disposiciones que chocan en contra de la personalidad, puesto que las hacen aparecer carentes de la propia individualidad o propia personalidad independiente, que viene a ser el alma de las personas jurídicas.

d) - DE CARACTER SOCIAL. - Caben dentro de esta distinción todos aquellos entes fundados por particulares para un fin no lucrativo, en interés de los demás o de los miembros que la componen. Entre ellas se encuentran toda asociación con fines no económicos; y toda institución en que se afecte un capital, con determinado fin social, de beneficencia, educativo, artístico, científico, etc.

La asociación en sentido estricto, consiste en la unión estable de personas que persiguen fines ideales no lucrativos directamente. Son ejemplos los sindicatos, las asociaciones profesionales, las asociaciones industriales, etc.

La fundación, es una organización que no consiste en una alianza de personas, para la realización de determinados fines, al decir de Alessandri y Somarriva siguiendo a Kipp y Woff. Está compuesta por una masa de bienes destinada, por la voluntad de una persona, a prestar un

servicio especial, y provista de personalidad. En cuanto al substrato o soporte de estas personas jurídicas, se sostiene por algunos autores, que es la pluralidad de los destinatarios, en beneficio de los cuales se ha creado, enfermos, desamparados. Planiol y Ripert, en su obra de derecho civil francés, en una nota marginal, afirma: “los hospitales y otras fundaciones pertenecen a la colectividad de sus beneficiarios, que muchas veces hasta es la de los ciudadanos de la nación entera”. Para Giorgi, al señalar las diferencias entre las corporaciones y fundaciones dice: “1º - El sujeto colectivo es restringido en las corporaciones y numéricamente indeterminado en las fundaciones; 2º - La colectividad se agrupa por propia y espontánea voluntad en las corporaciones, y por voluntad ajena, la del fundador, en las fundaciones”.

Son ejemplos de fundaciones las Universidades, las fundaciones pías, etc.

Este grupo que se ha llamado de persona colectiva de carácter social, queda comprendido en el Código en el artículo 663, que siguiendo la clasificación de Savigny, dividió las personas jurídicas en corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Como se deduce de lo visto en este capítulo, dentro de la legislación colombiana se encuentran todas las personas colectivas conocidas en el campo del derecho, pero hace falta una clasificación organizada y científica como se encuentra en los Códigos modernos. El Código mejicano de 1928 en su artículo 25 dice: “Son personas morales: I. - La Nación, los Estados y los Municipios; II. - Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. - las sociedades civiles y mercantiles; IV. - Los sindicatos, las asociaciones profesionales; V. - Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI. - Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin, siempre que no fueren desconocidos por la ley”.

## TITULO IV

## ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

## CAPITULO I

## DOMICILIO

Qué se entiende por domicilio. - De cómo los sostenedores de la ficción afirman la carencia de domicilio. - Distinción entre la nacionalidad y el domicilio. - Qué viene a determinarlo.

Tanto los individuos como las personas jurídicas tienen en la vida social derechos que ejercer y deberes que cumplir. Para ello deben tener un asiento jurídico, el domicilio, o sea la relación “permanente que la ley establece entre una persona y un lugar determinado en que se le supone siempre presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”.

En contra de los sostenedores de la ficción que afirman la carencia de domicilio de las personas colectivas, los que admiten la realidad, reconocen que éstas tienen un domicilio, pues deben ocupar un centro de operaciones, un lugar donde puedan ser demandadas para el cumplimiento de las obligaciones.

No faltan los que sostienen que los entes colectivos no tienen nacionalidad sino simplemente domicilio. Pero no se debe confundir la noción de domicilio con la de nacionalidad, aunque es cierto que aquel, según la teoría del domicilio, sirve para determinar la nacionalidad. Mientras ésta consiste en el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado; el domicilio es el lazo que une a la persona con el lugar determinado. Y así la persona colectiva tiene nacionalidad y domicilio.

En cuanto al domicilio en Colombia de las personas jurídicas viene a ser resuelto por el artículo 86 del Código Civil que estipula: “El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales”. De acuerdo con lo anterior es la administración la que viene a determinar el domicilio de las personas jurídicas. Dada la naturaleza de las personas colectivas y lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 73 no se puede aplicar a las personas jurídicas las reglas de domicilio de las personas naturales.

De acuerdo con lo dicho, es el artículo acotado el que viene a

regular en su integridad el problema de los domicilios de las personas jurídicas.

Para las sociedades anónimas la apertura de toda sucursal implica la creación de un domicilio especial para los negocios que ésta realiza por su conducto (Art. 255, Decreto 2521 de 1950).

## CAPITULO II

### NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

Concepto de nacionalidad. - Teoría de la nacionalidad de las personas colectivas. - Irigoyen. - Razones para sostener la nacionalidad. - La del domicilio; La de la nacionalidad de los socios; Por el lugar de constitución; La del control; La teoría de Saviola. - Conclusión.

Teniendo en cuenta que la nacionalidad es el vínculo jurídico que une a la persona con una nación determinada, es de estudiarse si las personas jurídicas tienen nacionalidad. Las distintas teorías que se han ideado con relación a los entes colectivos, sacan sus conclusiones acordes con ellas, de allí que aquí la disparidad de criterios, también juega. Así para los sostenedores de la ficción no es concebible que una imagen creada por el cerebro tenga nacionalidad, para los que las tratan como realidades no otra podía ser la conclusión que la nacionalidad. Pero no sólo la concepción que de ella se tiene incide en su nacionalidad, sino que independientemente, sin parar mientes en su naturaleza, ciertos autores las consideran como "anacionales", para quitarle la protección diplomática del Estado de origen.

Es sobre todo en las sociedades, por su poderío económico, donde la discusión se ha presentado, agitándose el debate después de la guerra grande. Aclarándose aquí que la divergencia no tiene cabida en relación con las personas jurídicas de derecho público, puesto que es principio aceptado sin vacilaciones la existencia de nacionalidad, la cual es la del Estado de que emana.

Que las sociedades son anacionales fue sostenido por primera vez por el americano don Bernardo Irigoyen, Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, en el año de 1865, cuando el Banco de Londres y Río de La Plata se negó a cumplir la ley dictada en Santafé, por la cual se ordenó convertir en oro todas las emisiones de papel moneda autorizadas antes por el gobierno local.

En presencia de esta desobediencia, el gobierno decretó el embargo de \$ 50.000.00 para garantizar el papel moneda no convertido,

ordenando la prisión del Gerente y la liquidación de la Sucursal del Rosario. El gobierno de Inglaterra intentó darle amparo diplomático y al efecto avisó al gobierno argentino, que un barco inglés había recibido orden de trasladarse al Rosario para proteger los efectos del Banco.

Ante esta situación, que Irigoyen calificó como grave ofensa, sostuvo que siendo la naturaleza de las compañías de acciones que pasan de mano en mano, no era posible determinar sus poseedores y por lo tanto saber su nacionalidad para determinar a qué Estado se encontraba vinculada la nacionalidad de la Compañía, que "las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza, y por consiguiente ellas no son nacionales ni extranjeras".

Esta tesis, que ha tenido acogida en los últimos años, la fundamentan sus sostenedores dando como razón, que la nacionalidad que es su contenido de manifestaciones emocionales y sentimentales, sólo es dable a la persona humana, siendo la persona jurídica, al decir de Pepy, incapaz de sentir y amar. También le anota que de la nacionalidad se desprenden ciertas relaciones de derecho público o político de deberes particulares que no se cumplen con la persona moral. Por otro lado, agregan que los elementos clásicos que ligan la personalidad con la nación no tienen cumplimiento, cuales son el jus-sanguinis y jus-soli. Esta doctrina tiene hoy eminentes sostenedores como el profesor Pillet.

Que a las personas jurídicas se les considere como anacionales es cierto que es de alguna utilidad práctica, para evitar los conflictos con países extranjeros, pero choca con claros principios que fluyen de la realidad de las personas jurídicas y que se ha sostenido a lo largo de este trabajo. Siendo tanto las personas individuales como las colectivas sujeto de derecho, no se alcanza a explicarse lógicamente cómo unas sí tienen nacionalidad y otras no. Las personas jurídicas como distintas de sus miembros y de los intereses que la constituyen, deben tener una nacionalidad propia, deben depender de un Estado determinado cuyas legislaciones les sean aplicables. No se logra entender cómo una persona jurídica puede existir desvinculada de toda nacionalidad.

Planiol y Ripert en relación con este punto dice: "Las personas morales de derecho público tienen la nacionalidad del Estado de que emanan. En cuanto a las personas de derecho privado, tienen en cierto sentido una nacionalidad propia, distinta de la de sus miembros o administradores. Se someten efectivamente al fundarse, a la ley de un país determinado que regula los caracteres y la extensión de su personalidad. En Francia, se determina su nacionalidad por su asiento social. Pero es necesario no deducir de ello que la nacionalidad así adoptada

por esas sociedades sea de la misma naturaleza que la de las personas físicas...”

La realidad de las personas jurídicas, que sirve de fundamento para sostener su nacionalidad, no hay que equipararla en la totalidad a todas las manifestaciones que surgen de las personas físicas. Alessandri y Sumarriva han dicho en relación con este problema que “es la misma idea que se aplica a las personas físicas modificada sólo en su aplicación por la naturaleza misma de las personas jurídicas. Es la idea de dependencia respecto de la autoridad que gobierna determinado país; en derecho el concepto de nacionalidad de las personas físicas no es otra cosa. No hay más diferencia que en la manera como la nacionalidad es determinada: hay reglas que no pueden ser aplicadas a las personas jurídicas porque emanan de hechos inherentes a la vida física como el nacimiento en un territorio (jus-soli) o la filiación (jus-sanguinis). Pero la nacionalidad una vez determinada, concluye Michoud, producirá para los entes morales los mismos efectos que para las personas físicas, en tanto que estos efectos sean compatibles con su naturaleza peculiar”.

Mereciendo la adhesión la tesis de la nacionalidad, queda por resolver cuál es la base para determinarla. Tampoco aquí se encuentra un criterio uniforme y las varias tesis presentadas se pueden clasificar así:

a) - *La del domicilio*. La cual comprende dos grupos: 1º - El de la sede social, que fue la más aceptada antes de la guerra del 14 y sostenida uniformemente por la jurisprudencia francesa. Consistente en que el domicilio de la sociedad es el lugar donde están los poderes directivos, donde funciona la junta y se reúne la asamblea. La fundamentan al indicar que los actos propios y esenciales de la sociedad se cumplen con sus órganos, que con ellos es que se contrata, lo que viene a determinar su verdadera personalidad.

Se le anota que deja a la voluntad de los socios determinar la nacionalidad, puesto que basta cambiar la sede de la administración para lograrlo.

2º - *La del domicilio social*. Fue practicada antes de la guerra del 14, cuando comenzó a revelarse el peligro que representaba la circunstancia de encontrarse a ella vinculadas personas extranjeras, cuando se trataba precisamente del país enemigo. Se viene a fijar aquí el domicilio por el hecho de encontrarse los bienes y la explotación de la empresa en determinado lugar, su vida comercial e industrial. Como se ve, ofrece un elemento de estabilidad que no lo reúne el de la sede social.

Se le tacha que puede presentarse el caso de que una sociedad tenga negocios en varios países, lo que lleva a una nacionalidad múltiple.

b) - *La de la nacionalidad de los socios*. - Aquí la nacionalidad de la persona jurídica depende de la de sus miembros, o sea que por la mayoría de la nacionalidad de los socios se determina la del ente jurídico.

Se razona en sostenimiento de esta teoría, que en el fondo de toda persona jurídica hay seres humanos, que por medio de ella han buscado la realización de sus necesidades colectivas; y por lo tanto, siendo las personas jurídicas modalidades de las físicas, es natural que su nacionalidad se determine por el de éstas.

Pero esta tesis se encuentra en contradicción con la tradición, que desde el derecho romano ha sostenido que la persona jurídica es distinta de la de los socios y siendo así no hay razón para que influya en la personalidad. Se presta a graves inconvenientes en las sociedades anónimas, donde las acciones se traspasan por la simple entrega del título, lo que daría como resultado la posibilidad de un cambio constante de nacionalidad a medida que fuera la mayoría de los accionistas de un país determinado distinto.

c) - *Por el lugar de la constitución*. - Según esta teoría la nacionalidad viene a depender del lugar de la constitución. La defienden diciendo que “es lógico que la sociedad tenga la nacionalidad donde ha nacido puesto que este es el vínculo que une a una persona con un Estado, donde ha llegado a la vida de acuerdo con las reglas y reglamentos del país. Tiene la ventaja que no se presta a dudas de ninguna clase para saber cuál es la nacionalidad de la persona jurídica.

Pero el hecho de que la escritura social esté otorgada en determinado país no quiere decir la real vinculación entre el país y la sociedad. Hay hechos más importantes que éste, como es el de actuar, presentando el sistema la facilidad de fraudes que vendrían a traer grandes perjuicios.

ch) - *La del control*. - Consiste en que la nacionalidad del ente moral depende, no de la nacionalidad de la mayoría de los miembros, sino de la nacionalidad de la mayoría de los que tienen el control.

La corte de Nancy definió esta doctrina de la manera siguiente: “La palabra control significa imperio, influencia, autoridad, y el verbo controlar, ejercer el imperio sobre algo, gobernar, regular, dirigir; de donde se deduce que controlar la sociedad significa ejercer sobre ella una influencia preponderante, tener imperio sobre ella, regularla, dirigirla”.

Son claros los inconvenientes que ofrece este sistema, pues la nacionalidad podría ir cambiando fácilmente a medida que determinado grupo de nacionales o extranjeros llegaran a la administración de la sociedad.

d) - *Teoría de Salvioli*. - Se acepta aquí como sistema general que la nacionalidad de las sociedades depende del domicilio; pero en ciertas circunstancias y para determinados efectos se tiene en cuenta la nacionalidad de los socios.

Los reparos que merezca esta doctrina están claros cuando se expresaron las tachas a las doctrinas del domicilio y a la de la nacionalidad de los miembros.

De estas tesis vistas, ninguna se puede aceptar en definitiva y en su integridad para resolver la nacionalidad de las personas colectivas. Pero tampoco se puede rechazar de plano porque todas hacen su aporte incidiendo en la solución del problema. Aunque parece, de acuerdo con la teoría de la realidad de los entes colectivos, que sea de más aceptación la teoría del domicilio en su modalidad de la sede social, pues es allí donde se reúne la persona del ente social, donde están sus dirigentes, donde se cumplen sus funciones. Es decir, que este sistema trata a la sociedad como verdaderas personas independientes de los socios.

### CAPITULO III

#### LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS COLECTIVAS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

De Cómo la Constitución y las Leyes no dicen que se debe entender por personas colectivas. - Interpretación del artículo 12 de la Constitución. - El gobierno sí acepta la existencia de sociedades extranjeras. - Interpretación del doctor Moreno Jaramillo de los conceptos dados por varios juristas. - Concepto del doctor Francisco de P. Pérez.

Ni la Constitución ni las Leyes colombianas dicen qué debe entenderse por personas jurídicas extranjeras en un sentido general, sólo ha variado la regla para su funcionamiento, y en casos especiales para determinados efectos ha entrado a clasificar la nacionalidad de ciertas especies de sociedad. La Constitución de 1886 decía en su artículo 14: "Las sociedades o corporaciones que sean colombianas reconocidas como personas jurídicas, no tendrán otros derechos que los correspondientes a las personas colombianas".

Como claro de este artículo según la Constitución de Caro se

reconocía la existencia jurídica de personas jurídicas extranjeras, concediéndoles igualdad de derechos con los colombianos, lo que no compatibilizaba con el artículo 11 que establecía para las personas físicas el impracticable principio de la reciprocidad legislativa.

En el acto legislativo de 1936, en su artículo 6º (12 de la Codificación actual) se estipuló que la capacidad, el reconocimiento y, en general el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley colombiana.

Diversas interpretaciones ha merecido este artículo, que van desde afirmar que en Colombia sí existen sociedades extranjeras hasta sostener que el sistema consagrado es el de la anacionalidad; lo que hace que se escuchen voces que piden una aclaración, pero parece que no se pretende por ahora, como se desprende de los proyectos de reforma constitucional que se conocen en estos días. Pero afortunadamente la interpretación que se viene abriendo campo es que la situación jurídica de los entes jurídicos de derecho privado salió del campo constitucional y quedó del legislador. Es a éste a quien corresponde decir si las sociedades que se han organizado bajo las leyes de otros países se consideran extranjeros o no y regular la manera como deben funcionar en el país.

Antes y después de la reforma constitucional de 1936, el gobierno ha venido reconociendo tácitamente la existencia de sociedades extranjeras. Con los decretos 2 y 17 de 1906, se reglamentó la incorporación de las compañías extranjeras que quisieran establecerse permanentemente en Colombia. Con posterioridad se han dictado decretos en los cuales se desprende la interpretación que el gobierno le ha dado al artículo 12 de la Constitución vigente, en los que se reconoce claramente la existencia de sociedades extranjeras. Y así son varias las disposiciones que se encuentran a este respecto, como el decreto 65 de 1941 por el cual se dispuso que la tramitación que las sociedades extranjeras tenían que cumplir en Colombia eran conforme a los decretos 2 y 37 de 1906 y los artículos 1º y 22 de la Ley 58 de 1931. Recientemente se dictó el decreto por medio del cual se reglamentan íntegramente las sociedades anónimas, 2.521 de 1950, en el cual se dedica un capítulo íntegro a reglamentar la admisión de las sociedades anónimas extranjeras en Colombia. Falta una disposición que venga a reglamentar las personas colectivas en cuanto a la nacionalidad por vía general, como lo hacen los Códigos mejicano y argentino en los artículos 2.670 y 34 respectivamente, en los que se regula con claridad y se acepta la existencia de personas jurídicas extranjeras.

En el Tomo 5º de sociedades del Dr. Miguel Moreno Jaramillo se encuentra un completo estudio de la interpretación que el problema de la nacionalidad de las sociedad, ha merecido de los juristas colombianos, que él sintetiza y estudia admirablemente así: “Comentamos de modo breve las interpretaciones de los doctores Navarro, Tascón, Caicedo Castilla, Gnecco Mozo, Cock A., Betancur y Rocha.

Navarro. - Las sociedades nacionales y las extranjeras quedan sujetas a la ley colombiana. Esta puede decretar la igualdad, la desigualdad o la reciprocidad.

Tascón. - El constituyente quiso establecer el principio de que las personas jurídicas no tienen nacionalidad. Por tanto, todas deben estar bajo un régimen de igualdad jurídica. El legislador no puede someterlas a un estatuto de desigualdad o a uno de reciprocidad.

Caicedo Castilla. - Lo referente a la nacionalidad de las sociedades no es de categoría constitucional sino legal. La ley podrá reconocerles nacionalidad y señalar el criterio respectivo, o declarar que carecen de nacionalidad.

Gnecco Mozo. - Se ha borrado una expresión que daba a entender la existencia de sociedades extranjeras. Túvose en los debates del artículo el propósito de eliminar el carácter extranjero de las sociedades. Aunque un tanto ambigua la enmienda constitucional, puede sostenerse que ya quedaron constitucionalmente “desnacionalizadas”. Con base en una interpretación, la ley no podrá reconocer la existencia de sociedades extranjeras con funcionamiento en Colombia, y las leyes comerciales y civiles han quedado implícitamente modificadas. Con base en otra interpretación, pueden continuar rigiendo las disposiciones atinentes al reconocimiento de sociedades extranjeras, hasta que otras modifiquen el sistema. . . .

Cock A. - La ley determinará en cada caso particular o teniendo en cuenta normas generales, si una sociedad es nacional o extranjera, o los factores que deben tenerse en cuenta para determinar su carácter, así como las formalidades que deben llenar las calificadas de extranjeras para su funcionamiento en el territorio, la forma de su representación y responsabilidad, su admisión y la autorización para ejercer sus actividades, etc. etc.

Betancur. - La enmienda constitucional de 1936, aunque otro hubiese sido el pensamiento del constituyente, no consagró el principio de que las personas jurídicas carecen de nacionalidad fuera del territorio. Esa enmienda no desconoció, ni autorizó al Estado para que desconociera, la nacionalidad extranjera de una persona jurídica.

Rocha. - No se puede calificar de extranjera una sociedad, con rigor jurídico, mientras el legislador no resuelva llenar la función constitucional de determinar por ley si las personas jurídicas tienen o no tienen nacionalidad.

Habed aquí cómo los doctores Navarro, Caicedo Castilla y Cock A. admiten que pueden existir sociedades extranjeras. No así el doctor Tascón, para quien el constituyente abolió la nacionalidad de las personas jurídicas. El doctor Gnecco Mozo admite la “desnacionalización”, pero quizá como consecuencia de hallar un tanto ambigua la reforma, prevé los resultados que a su juicio se deducirían de dos interpretaciones diferentes. El doctor Rocha considera que para calificar con rigor jurídico de extranjera a una sociedad, es preciso esperar a que el legislador hable por medio de la ley”.

Para concluir, el doctor Moreno dice: “El acto legislativo número I de 1936, en su artículo 6º no consagró la “Doctrina Irigoyen”. No declaró que las sociedades carecen de nacionalidad. Tampoco dijo que todas las sociedades que funcionen en Colombia tienen nacionalidad colombiana. Redújose a establecer que la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley colombiana, con lo cual sacó estos asuntos de la órbita constitucional y los colocó en la órbita legal”.

Esta es la interpretación que se ha abierto paso y está en consonancia, como ya se ha dicho, con lo practicado por el gobierno y sostenido recientemente por el ilustre constitucionalista doctor Francisco de P. Pérez, quien en su obra de derecho constitucional colombiano se expresa así: “Cuál es el alcance de la reforma de 1936? En nuestro concepto, se le atribuyó al legislador lo que a la materia se refiere. Las leyes ordinarias deben resolver todos los casos de conflictos y reglamentar la materia en sus diversos aspectos.

En una palabra, el Congreso tiene que expresar, en la legislación, si continúan considerándose “extranjeras” determinada clase de sociedades organizadas de acuerdo con la legislación de otro país, y que funcionan en Colombia, si se las declara nacionalizadas; si se las acepta en pie de igualdad con las colombianas; si se adopta la tesis de la carencia de nacionalidad de las sociedades, y en consecuencia, qué debe entenderse por capacidad y régimen de éstas, así como de las demás personas jurídicas”.

## CAPITULO IV

## CAPACIDAD

Capacidad de goce. - Limitaciones por el llamado principio de especialidad. - Limitaciones inspiradas en el temor de las manos muertas. - Capacidad de ejercicio. - Capacidad de las personas jurídicas. - Doctrina de la representación. - De cómo en el derecho colombiano son plenamente capaces las personas colectivas. - Doctrina del órgano.

Como ya se estudió, de manera distinta de la voluntad individual de varios o todos sus miembros, las personas colectivas tienen una forma de pensar, y actuar, de resolver los problemas en forma peculiar. Tienen capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, en el mismo plano amplio de capacidad de goce y de ejercicio en que actúan las personas físicas, con la limitación de ciertos derechos que que por su naturaleza misma están reservados a las personas físicas, como son los derechos de familia.

En su calidad de persona pueden enajenar, adquirir, poseer bienes, litigar, contratar, obligarse y obligar a los otros hacia ellos. Es decir que tienen completa capacidad de goce.

Tradicionalmente inspirado en la doctrina de la ficción, se ha denotado cómo las personas colectivas se encuentran limitadas de acuerdo con el objeto llamado a prestar y que lo dominan los estadistas como el principio de especialidad.

Al expresar esta peculiaridad de goce de los derechos de los entes colectivos, se expresa así Henry Capitán: "Mientras los hombres son libres de ejercer su actividad como lo quieran, en un sentido o en otro, siempre que no hagan nada contrario a las leyes, las personas jurídicas están constituidas con miras a un fin determinado. Son creadas, sea para asegurar el buen funcionamiento de un servicio público, sea para cumplir una obra de interés general, de beneficencia, de religión, de ciencia, de arte; sea, en fin, simplemente para hacer beneficios como las sociedades civiles y comerciales. Cada persona moral es especialista en el sentido de que persigue un fin determinado; es, por ejemplo, un hospital, un monte de piedad, una caja de ahorros. Su campo de actividad está por adelantado delimitado en sus estatutos o por la naturaleza de la fundación. Todos los actos que ella lleva a cabo deben tender a la realización de su objeto. No puede, pues, salirse de este cuadro en que está colocada; no puede emplear su capacidad en hacer otra cosa, en perseguir otro fin que el suyo propio. Así, por ejemplo, no es

permitido a una asociación desinteresada, sociedad de socorros mutuos, sindicato profesional, hacer comercio, ni entregarse a propaganda política. Una sociedad comercial, por su lado, saldría de su papel, si se quisiera consagrar a la defensa de los intereses colectivos de una profesión. Por lo mismo también, un hospital no podría emplear su patrimonio en fundar escuelas. También, en fin, una comuna no tendría el derecho de ocuparse en cuestiones extrañas a los intereses comunales. Se designa esta canalización de la vida jurídica de la persona moral con el nombre de "PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD".

Pero no sólo el principio de la especialidad ha limitado la capacidad de las personas jurídicas. Las fundaciones y ciertas asociaciones han sufrido recortes en su capacidad, lo cual era común en todos los códigos viejos después de la revolución francesa. Así, por ejemplo, la ley primera de mayo de 1885 en España determinó en el artículo 25: "No podrán en lo sucesivo poseer bienes rústicos las manos muertas". Y en el 26 se expresó: "Los bienes donados, legados, o que se donaren o legaren en lo sucesivo a manos muertas serán puestos en venta. Pueden adquirir toda clase de bienes pero no poseerlos ni retenerlos en esta forma sino que tienen que ser enajenados para invertir su importe en efectos públicos".

El Código portugués manifestaba que las personas jurídicas no pueden adquirir por título oneroso bienes inmuebles a no ser los indispensables para el cumplimiento de su fin. Añadiendo que aquellos que adquieran por título gratuito y no sean indispensables para el cumplimiento de su fin se verán convertidos en el plazo de un año en fondos públicos.

Parecidas limitaciones se encuentran en el derecho francés; y no se libró de ellas el Código de Bello. Los artículos 643, 644, 645 y 651, del C. C., que fueron derogados por la ley 57 de 1887 reglamentaba las personas jurídicas comprendidas en el título 36, condicionando al permiso del Congreso la conservación de bienes inmuebles, con la sanción de perderlos a favor de la nación en caso de no lograrlo. Si se adquiría el permiso estaba sujeto su goce a no poder ni enajenarse, ni gravarse con hipoteca, usufructo y servidumbre, ni arrendarse por más de ocho años, si fueren predios rústicos, ni por más de cinco años si fueren urbanos, sin previo decreto del Juez o del Prefecto, con conocimiento de causa y por razón de necesidad o utilidad manifiesta".

Las causas de restricción impuesta a las personas jurídicas, sobre todo la adquisición de bienes inmuebles, obedece a consideraciones de índole política, a las ideas desamortizadoras predominantes, encami-

nadas a impedir la acumulación de la propiedad de las antes llamadas manos muertas. Para Laurent el fundamento de estas limitaciones radica en que las personas colectivas es sólo una ficción, y toda ficción está limitada al objeto para el cual se establece.

Pero es lo cierto que las personas jurídicas son capaces de derecho, no habiendo ningún motivo técnico o político para limitar caprichosamente el ejercicio de esas facultades. Por eso es a todas luces injusto y despótico negar a las personas colectivas capacidad para adquirir bienes inmuebles o limitar este derecho, tan lógico, natural y legítimo en las personas colectivas como en los individuos, invocando para ello temores infundados de poderío, e inspirándose en las funestas exageraciones del individualismo.

Hoy en las legislaciones tienden a desaparecer las limitaciones en la capacidad de las personas jurídicas y aun la llamada principio de la especialidad, que cede su campo frente a la doctrina de los órganos.

Lo examinado hasta aquí es la capacidad de hecho de las personas colectivas; se pasa ahora al estudio de la capacidad de ejercicio.

Savigny dijo a este respecto: “toda persona jurídica es por su naturaleza y perpetuamente incapaz de obrar; porque todo acto supone el ejercicio del pensamiento y voluntad humanas, y estas condiciones no podrían existir en un ser enteramente ficticio como es la persona jurídica”.

Para resolver esta situación viene la presentación de las personas colectivas, colocando al lado del ente ideal una persona física y capaz; que a la manera del tutor venga a realizar los actos.

Esta idea de la representación invadió a todos los Códigos que se inspiraron en el sistema de la ficción. Fue así como el Código Civil colombiano al reglamentar las personas jurídicas, desarrolló la doctrina de la representación.

Influenciado por las limitaciones que le hizo a la capacidad; asimilando la representación a la incapacidad de los menores, dementes, etc. y siguiendo la doctrina de la ficción; se consagró en el artículo 1504 del Código, la incapacidad de las personas jurídicas, contrariando lo que por definición se había proclamado de que las personas jurídicas eran capaces “de ejercer derechos y contraer obligaciones” (Art. 633).

No se puede considerar incapaces a las personas colectivas, porque si es la teoría de la ficción la que explica esta incapacidad, ya se sabe cuán reales resultan las personas colectivas, como se estudió en el capítulo 5º del Título II, y de cómo las disposiciones que desarrollan este sistema fueron derogadas.

Tampoco por el hecho de la representación. Aunque el código siga esta doctrina, no porque sea representada una persona es incapaz. Si todo incapaz necesita un representante, no todo aquel que debe ser representado es incapaz. Afirmar que las personas jurídicas son incapaces porque necesitan quién las represente, es confundir el efecto con la causa.

Tampoco tiene fundamento esta incapacidad sostenida por el artículo 1504 con base en las limitaciones que el Código traía a la capacidad, porque como ya se sabe estas disposiciones fueron derogadas.

No existe pues fundamento legal ni lógico para sostener la incapacidad de las personas jurídicas en el derecho colombiano.

A este respecto ha sostenido el doctor Eudoro González Gómez: “Pero abolido ese régimen hostil, que recortaba la capacidad de las corporaciones y fundaciones para adquirir, poseer y enajenar bienes raíces y abolido, no por mera derogación tácita ni por simple incompatibilidad sino por derogatoria expresa, no queda en la ley colombiana disposición alguna que permita afirmar la incapacidad relativa de las personas jurídicas. Por esto, el artículo 1504, en cuanto enumera a éstas como relativamente incapaces, debe considerarse implícitamente derogado ya que él era consecuencia de aquel extinguido régimen de excepción”.

La doctrina y la legislación moderna tratan de abolir la representación, para hablar de los órganos de las personas jurídicas. Es por medio de ellos que vienen a ejercer los derechos las personas colectivas, por los que quiere y obra. Presenta órganos de una gran variedad: las asambleas generales, los consejos de administración, los administradores, son los órganos de las sociedades. Y así se pudieran señalar los diversos órganos de las distintas clases de personas colectivas conocidas. Los individuos que actúan son funcionarios de la persona; cosa diferente de la representación que implica la existencia de dos personalidades colocadas una en frente de otra, que implica la delegación de funciones; en cambio la conexión entre el órgano y la entidad es de incorporación, gracias a lo cual el individuo pasa a darle la vida a la persona jurídica.

Así es como las personas colectivas actúan, pudiendo el órgano ejercer todas las acciones jurídicas, prestar por ellas juramento, hacer por ellas una confesión. Pueden llegar hasta modificar su propio carácter, su objeto, su composición. Admitiéndose incluso su responsabilidad civil y penal.

Pero sin llegar a confundir o identificar los órganos de una persona física y los órganos de una persona moral; porque en ésta son el asiento de la voluntad que la dirige, mientras que los órganos en las

personas físicas son instrumentos inconscientes de una voluntad que está fuera de ellos.

Esta manera de entender las manifestaciones de las relaciones jurídicas de las personas colectivas, pertenece a una conquista del derecho y los códigos modernos la han venido consagrando, quedando rezagada la idea de la representación. “Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”, se ha consagrado en el Código mejicano.

Medellín, julio/53.

Alberto Gutiérrez B.

■

OBRAS CONSULTADAS:

- Sistema del Derecho Romano Actual. - *Savigny*.  
 Teoría de la persona jurídica. - *Francisco Ferrara*.  
 Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos. - *Arturo Barcía López*.  
 Tratado de Derecho Civil. - *T. I. Planiol*.  
 Por el Derecho Social al Derecho Civil. - *Luis Barriga*.  
 Vida Humana, Sociedad y Derecho. - *Recasens Siches*.  
 Derecho Internacional Privado. - *Alfredo Cock*.  
 Instituciones de Derecho Civil. - *B. Brugi*.  
 Sociedades. - *Miguel Moreno Jaramillo*.  
 Manual de Derecho Internacional Privado. - *J. J. Caicedo C.*  
 Principios Fundamentales de Derecho Administrativo. - *Diego Tobón Arbeláez*.  
 “ESTUDIOS DE DERECHO”.  
 Código Civil.  
 Código Comercial.

EL CONTRATO DE TRANSPORTE EN LA LEGISLACION MERCANTIL COLOMBIANA

■

(Continuación)

Por otra parte, la obligación de custodiar la mercadería o la cosa conducida, no es exclusiva al contrato que estudio: también se presenta la misma obligación en el arrendamiento de cosas, el comodato y otros contratos, sin que se haya pretendido sostener que ellos equivalen al depósito o son un corolario de éste.

Para el profesor Cámara la principal diferenciación que puede hacerse entre los contratos a que me refiero radica en el aspecto económico de ellos y en su forma de ejecución o desarrollo. “Económicamente, dice el autor citado, el depósito no tiene casi valor, siendo en cambio, enorme la importancia que desde este punto de mira tiene el transporte”.

En lo que atañe a la ejecución de los contratos cabe observar que mientras el depósito es eminentemente sedentario, pasivo, pues el depositante se limita a guardar, a custodiar la cosa depositada con cargo de devolverla en cierto tiempo, el porteador realiza una labor activa, de innegable movilidad, como es la conducción. De grande trascendencia es esta distinción, como que ella origina el intrincado problema de la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías y retardos, el cual es inexistente en el contrato de depósito.

Tampoco sobra observar, haciendo una aplicación concreta de la legislación colombiana, que por expresa declaración de ésta, como ya lo indiqué, el contrato que estudio es puramente consensual (artículo 263 del Código de Comercio), lo que no se compadece con la esencia del contrato de depósito que es netamente real; precisamente de la confusión de ambas figuras jurídicas nace la aseveración de que el transporte sea un contrato real en el sentido jurídico de esta expresión.