

I Bual α 10. 62.

DR
#0024



DESARROLLO JURIDICO DE LAS CORPORACIONES
Y FUNDACIONES

FRANKLIN ELIAS ARIZA HERNANDEZ

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
"SIMON BOLIVAR"
FACULTAD DE DERECHO
1994

DESARROLLO JURIDICO DE LAS CORPORACIONES
Y FUNDACIONES

FRANKLIN ELIAS ARIZA HERNANDEZ

Trabajo de Grado presentado como requisito
parcial para optar al título de
ABOGADO

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
"SIMON BOLIVAR"
FACULTAD DE DERECHO
1994

Nota de Aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1994

DEDICATORIA

Este triunfo lo dedico a:

Dios , por haberme iluminado y no dejarme desmayar en los momentos difíciles.

A mis padres Guillermo Ariza M., y Carmen Hernández M., porque fueron ellos las columnas torales en las cuales se fortalecía mi moral y aumentaban mi tezón para seguir adelante y aportaron todo su sacrificio y empeño para que esto fuera una realidad.

A mis hermanos Noemith,, Celia,, Edgardo,, Aracelis , Bladimir,, Jhony , Delmer,, Melker,, Norin José Ignacio.

Porque todos me apoyaron , aportaron su grano de arena y me encaminaron hacia el éxito.

A Nelcy mi compañera quien fué mi soporte espiritual con su amor y comprensión me alentó hasta el final de mi carrera.

A mis profesores,, ya que con su invaluable labor me guiaron y formaron para el devenir.

FRANKLIN ELIAS ARIZA HERNANDEZ

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
CAPITULO 1.	
DESARROLLO JURIDICO DE LAS CORPORACIONES Y FUNDACIONES	1
1.1. APROXIMACION CONCEPTUAL	1
1.2. PROPOSITO DE LOS CREADORES Y AUSENCIA DE REPARTO DE BENEFICIOS O EXCEDENTES ECONOMICAMENTE VALORABLES	2
1.3. ACTIVIDAD DESARROLLADA. CUMPLIMIENTO DE ACTOS Y ACTIVIDADES MERCANTILES	4
1.4. PANORAMA LUCRATIVO	6
CAPITULO 2.	
CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO	10
2.1. ENUNCIADO Y PROYECCION	10
2.2. CARACTERISTICAS DIFERENCIALES DE LAS ASOCIACIONES Y DE LAS FUNDACIONES	13
2.3. INCIDENCIA DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS EN REGIMEN JURIDICO DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES	23
2.4. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD CUMPLIDA Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE	29
2.5. INSPECCION DE LOS CONCEPTOS DE FUNDACION Y ASOCIACION	30

CAPITULO 3.

NOCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN	34
3.1. PLANTEAMIENTO	34
3.2. SURGIMIENTO DE LA NOCION	35
3.3. LA NOCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA	37
3.4. LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN: PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO. TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	39

CAPITULO 4.

LAS PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO Y EL ESTADO	42
4.1. DEFINICION	42
4.2. AMBITOS DE ACTUACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS	45
4.3. COMPETENCIA DEL LEGISLADOR Y DEL GOBIERNO RESPECTO DE LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO	47
4.4. REGULACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS	48

CAPITULO 1

DESARROLLO JURIDICO DE LAS CORPORACIONES Y FUNDACIONES

1.1. APROXIMACION CONCEPTUAL

La legislación, a propósito del régimen propio de algunas personas jurídicas, exige, sea para el ejercicio de ciertas actividades reputadas de interés general, sea para el otorgamiento de beneficios fiscales o económicos, o para la aplicación de tratamientos normativos "de favor", que en los correspondientes actos de creación y en los estatutos respectivos se defina que la persona jurídica de que se trate es institución sin ánimo de lucro.

Igualmente, en la legislación se identifican, de ordinario, como normas institucionales de las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, las asociaciones y las fundaciones, consideradas como organizaciones a través de las cuales se busca, por un grupo de personas que ponen en común su voluntad y esfuerzo o por un fundador o fundadores, que destinan bienes y rentas, la obtención de un beneficio no

1. Disposiciones sobre Instituciones no Oficiales. Decreto Ley 80 de 1980. Art. 139.

económico, para el grupo participante o para un número indeterminado de personas.

Por ello, en armonía con la conceptualización doctrinaria y jurisprudencial, la noción de persona jurídica sin fin lucrativo osin ánimo de lucro se predica, básicamente, de las asociaciones y de las fundaciones que pueden crear los particulares en ejercicio de su propia capacidad jurídica.

1.2. PROPOSITO DE LOS CREADORES Y AUSENCIA DE REPARTO DE BENEFICIOS O EXCEDENTES ECONOMICAMENTE VALORABLES

Tradicionalmente se ha buscado definir a las personas jurídicas sin fin lucrativo en torno al propósito buscado por quienes participan en la creación de la persona jurídica y a la naturaleza de las actividades que, en función de las finalidades asignadas, debe desarrollar la nueva organización.

En ese orden de ideas, se expresa que el fundador o fundadores, en la fundación, y los partícipes o miembros, en la asociación, han de perseguir propósitos diferentes del reparto de los beneficios o excedentes que, eventualmente, genere la gestión propia de la persona jurídica jurídica.

Entonces, en tales instituciones ha de estar excluido todo

mecanismo que directa o indirectamente signifique, para los partícipes en el acto de constitución o de fundación, la vocación de participar en los beneficios o excedentes obtenidos del desarrollo del objeto propio de la organización creada, tenga o no esta el carácter de persona jurídica. Lo dicho de los fundadores o creadores de la fundación o asociación ha de predicarse igualmente respecto de quienes, en esta última, adquieran posteriormente la condición de asociados o miembros, y en ambos tipos de entidades, de terceros individualizados.¶

Ese criterio, junto con la ausencia de aportación o participación evaluable económicamente e imputable a los socios y con la naturaleza estrictamente personal de las relaciones entre los miembros, ha permitido diferenciar, doctrinaria y normativamente, la asociación de la sociedad.3

Así, en el ámbito del derecho civil colombiano, el art. 2079 del Código de la materia define la sociedad o compañía como "un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias ó pérdidas que resulten de la especulación". Por contraste, a las personas jurídicas que no persiguen como finalidad exclusiva o

-
2. LOPEZ NIETO, Francisco. Manual de Asociaciones, 1ª. MADRID. TECNOS, 1988. p.30
 3. LOPEZ NIETO. Op.cit. p.4.

primordial esa utilidad o ganancia económica, para el grupo de asociados o miembros, mediante actividades, dirigidas a su producción, se las califica como "sin ánimo de lucro" o "sin fin de lucro", constituyéndose esa ausencia de fin lucrativo, a su turno, en elemento característico de la categoría de personas jurídicas, que se ha identificado como correspondiente a las corporaciones, que se ha identificado como Código civil y disposiciones complementarias, respecto, so pena de desvirtuar la esencia de esas personas. Así lo expresó el Consejo de Estado a propósito de una reforma estatutaria que proveía la repartición de los bienes de una corporación si ánimo de lucro entre "los socios activos que existían al momento de la disolución"⁴.

1.3. ACTIVIDAD DESARROLLADA .CUMPLIMIENTO DE ACTOS Y ACTIVIDADES MERCANTILES

Como es claro, la ausencia de una finalidad esencialmente lucrativa no significa que la persona jurídica consuma de manera indefectible su patrimonio; por el contrario, la consecución y satisfacción cabales de las finalidades asignadas a la persona jurídica deben imponer una conducta de conservación, mejora e incremento de los bienes y rentas en cuyo desarrollo, bien pueden ejecutarse actividades

4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 10 Dic. de 1982. Rad. 7234.

perse lucrativas, como las puramente mercantiles.

Pero, mientras que para algunos autores la realización de actividades onerosas, y específicamente comerciales, solo cabe con carácter instrumental, en función de asegurar la actividad que permita el logro de las finalidades altruistas que constituyen la razón de ser de la fundación o de la asociación, para otros es indiferente la calidad con que se cumplan tales actividades mercantiles, a condición de que las ganancias o utilidades se destinen a específicas finalidades de beneficio común.

Al respecto, la doctrina distingue y acepta varias posibilidades desde las llamadas empresas con núcleo fundacional o asociativo, pasando por la participación de asociaciones y fundaciones como socios, inclusive mayoritarios, en sociedades mercantiles, hasta la situación de directa e inmediata titularidad de la empresa por parte de aquellas instituciones.

Este último supuesto tiene ocurrencia cuando la fundación, o la asociación, es titular jurídico de la actividad de la empresa y de patrimonio dedicado a esta, asumiendo el carácter de empresario o comerciante.

Ahora bien, es preciso señalar con la doctrina predominante que la consideración de las personas jur-ídicas,

particularmente de las fundaciones, como empresa, no significa su calificación comercial, pues el concepto de empresa es de aquellos que pertenecen al derecho común. La fundación, se dice: "es una empresa, pero no con fin de lucro, pues es esencia de la fundación que no sea lucrativa.

1.4. PANORAMA LUCRATIVO

La trayectoria doctrinaria atrás descrita, respecto de los criterios que permiten calificar una determinada entidad como persona sin fin lucrativo, ha sido conocida y observada también en el derecho colombiano. En efecto, además de la realización de los actos necesarios de conservación patrimonial, de tiempo atrás se acepta que las instituciones "sin ánimo de lucro" no pierden ese carácter a pesar de que usualmente celebren los actos comerciales a condición de que ellos cumplan una clara función de complementariedad respecto de la actividad principal señalada por el fundador o por los asociados, tal como ya disponen algunas reglamentaciones particulares,.

En armonía con lo anterior, es pertinente recordar que el Código de Comercio (art. 100), al definir que organizaciones tienen carácter comercial, dispone: "Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o

empresas mercantiles . Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial . Y agrega el parágrafo del mismo artículo que "ñas asociaciones con fines culturales, recreativos, deportivos, de beneficencia u otros análogos, no son comerciales". Es decir que la ley hace incompatible la calidad jurídica de asociación ideal, con la ejecución, a título profesional de actos o empresas mercantiles.

Lo que se expresa de las asociaciones debe entenderse predicando de las fundaciones , pues en estas la finalidad señaladas por el fundador ha de ser siempre de interés general.

Así, el decreto-ley 80 de 1980 (Art.139) sobre instituciones no oficales de educación superior, aclara que la condición de personas jurídicas de utilidad común que deben reunir tales entidades , no impide que ellas "puedan adelantar operaciones económicas destinadas a incrementar y conservar sus rentas".

De otra parte, la legislación sobre empresas cooperativas, asociaciones mutuales, fondos de empleados y administraciones cooperativas, acuña el concepto de "empresa asociativa sin ánimo de lucro" (Ley 79 de 1988, ar 4o; deceto-ley 1481 de 1989, art 1lo.) y establece la presunción de que una empresa asociativa no tiene ánimo de

lucro a condición de que establezca la irrepartibilidad de las reservas soiales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial; y b) destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus resrvas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real (Ley 79 de 1988, Art 4o.).

Asimismo, la referida normatividad prescribe que "a ninguna cooperativa "(Ley 79 de 1988, art. 6o. num 4).

Por último, cabe indicar que la legislación tributaria (Ley 84 de 1988 y decreto-ley 624 de 1989) tiene en cuenta el carácter no lucrativo de las asociaciones y fundaciones para someterse a un régimen especial, en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, diferente del aplicable a las sociedades. De otra parte, para efectos de otorgar el tratamiento de no contribuyentes algunas de aquellas entidades, dicha normatividad toma en cuenta las actividades específicas a cargo, como sucede respecto de los sindicatos, las instituciones de educación superior aprobadas por el ICFES, las asociaciones de padres de familia, de las juntas de copropietarios administradoras de edificios orgaizados en propiedad horizontal, etc, a que se refiere el literal a) del art. 43 del estatuto tributario

(decreto-Ley 624 del 1989), de las cajas de compensación, fondos mutuos, fondos de empleados que la ley excluye como contribuyentes a condición de que no realicen actividades industriales o de mercadeo, y en fin, respecto de las cooperativas y organismos auxiliares del cooperativismo, cuando destinen sus excedentes a las actividades y en la forma que señale la legislación cooperativa vigente. (lit b. art. 25 del decreto-ley 624 de 1989).

CAPITULO 2
CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS
SIN ANIMO DE LUCRO

2.1. ENUNCIADO Y PROYECCION

Una de las clasificaciones generalmente aceptadas sobre las personas jurídicas permite distinguir las personas jurídicas de naturaleza asociativa de las personas jurídicas de naturaleza fundacional. Las primeras consisten en una pluralidad de personas cuya voluntad es decisiva para la configuración de sus relaciones jurídicas. Las segundas son, al decir de LEHMAN, organizaciones sin base personal, dotadas de medios patrimoniales para el logro de un fin duradero.¹

El Código Civil colombiano adopta esa clasificación en el art. 633, al disponer que "Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública..". Asimismo, y en armonía con la doctrina general, el Código prevé la existencia de "corporaciones o

1. HENINRICH LEHMAN. Tratado de derecho civil. Revista de Derecho Privado, 1956, opags. 63 y 634.

fundaciones de derecho público", como "los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional" (art. 635).²

Sobre el particular cabe anotar que en la teoría general el término "corporación " alude a una clase de asociaciones , no a todas ellas. Al respecto, expresa LEHMAN que: "correlativamente a la división de las personas jurídicas de derecho privado en asociaciones y fundaciones, las de derecho público pueden ser divididas en corporaciones e institutos (fundaciones).³

En sentido estricto las corporaciones son personas de derecho público, pues tienen subjetividad pública y pueden, en consecuencia como pone de presente LUIS Y Navas 'dar en la esfera de su competencia órdenes frente a todos y pueden disponer de medios para exigir su observancia. Por el contrario, las asociaciones como personas de derecho privado, por principio, solo poseen poder normativo en relación con sus miembros.

Para algunos, el de institución es concepto técnico, mientras que el de fundación es concepto jurídico. Como expresa Ferrara el de institución "es concepto superior y

2. CHAMPEAU. Edmon y URIBE , José Antonio . Comentario art. 633 del Código Civil.

3. Ibidem, pág. 634.

capital al que se subordina el de fundación". De otra parte, conviene recordar que históricamente las fundaciones no son más que una especie de las instituciones en ese sentido puede afirmarse que la fundación es la institución de derecho privado.

Naturalmente, no obstante los rasgos comunes básicos que cabe predicar de las corporaciones y de las asociaciones, de una parte y de las instituciones y fundaciones, de otra, es lo cierto que aquellas personas jurídicas que actúan en el ámbito del derecho público están sometidas a disposiciones específicas que consultan las particularidades de la organización y de la actuación del Estado. Así, en el derecho público ha de tenerse en cuenta:

- a) La finalidad de interés general que condiciona siempre la acción de los entes públicos.
- b) La naturaleza de las actividades a cargo de estas personas que se traduce, generalmente, en el ejercicio de funciones administrativas y en la prestación de servicios públicos;
- c) El poder determinante del Estado sobre las personas jurídicas creadas por él, en virtud del cual puede, aún respecto de las entidades de naturaleza fundacional,

disponer en cualquier momento su fusión, transformación o extinción, según convenga a la mejor satisfacción de las necesidades generales de los asociados.

2.2. CARACTERISTICAS DIFERENCIALES DE LAS ASOCIACIONES Y DE LAS FUNDACIONES

El tratamiento en profundidad de los elementos característicos de las fundaciones, y de las asociaciones excede los términos de este estudio. No obstante, con el propósito de facilitar la comprensión del ulterior análisis de la acción del Estado, sobre las personas jurídicas sin ánimo de lucro, es pertinente indicar someramente los elementos configurativos de la fundación y de la asociación, cotejar las diferencias entre los dos tipos de instituciones y enunciar las principales proyecciones de esos elementos en el respectivo régimen jurídico.

a) Autonomía y heteronomía de la voluntad.

Las asociaciones y las fundaciones tienen como característica común la ausencia de ánimo o fin de lucro, pero cada una de estas categorías reviste elementos propios que permiten su diferenciación teniendo en cuenta la estructura y el consecuente régimen jurídico aplicable.

Conforme a la doctrina generalmente aceptada, mientras la

asociación es una unión o agrupación organizada, permanente y estable, de personas para la consecución de un fin común a todas ellas, la fundación halla su razón de ser en una finalidad social de interés general, impuesta por una voluntad externa que destina para tal efecto un determinado patrimonio y establece la organización conveniente.

Entonces, en la asociación aparece como elemento característico establece y realiza un fin colectivo. Por ello, la voluntad de la asociación es autónoma, se mueve libremente en la actuación y consecución de su fin.

En la fundación, el elemento característico está dado por la voluntad de afectar un patrimonio para la consecución de una finalidad determinada; carece de sustrato personal, en el sentido arriba indicado.

La fundación -precisa el profesor Valencia Zea- "existe independientemente de todo grupo de personas físicas, en el sentido de que las personas encargadas de dirigir una fundación no son las que la crearon, ni los beneficios que produzca la fundación o institución de utilidad común, pertenecen a personas indeterminadas -los beneficiarios- que en todo caso son distintas de los administradores.4.

4. ZEA VALENCIA, Arturo. Derecho civil, 5a. Ed. Bogotá. Edit. temis, 1971. pág. 654.

Por ello puede decirse que la fundación es, por su origen heterónoma; como expresa Ferrara , la fundación tiene una vida "ya preestablecida, acompasada, ordenada por el fundador y por aquellos que son llamados a desarrollarla y deben constantemente atenerse a sus preceptos. 5. No obstante, debe aclararse que, una vez creada, la fundación funciona con la autonomía inherente a su categoría de persona jurídica 6.

b)) Gradación de la finalidad no licrativa.

En cuanto a la finalidad no lucrativa, elemento común a las asociaciones y a las fundaciones, también cabe señalar diferencias según la naturaleza de la persona jurídica. El altruismo o ausencia de finalidades simplemente lucrativa es susceptible de una gradación que abarca desde la obtención de beneficios simplemente extraeconómicos, hasta la satisfacción del interés público, que como lo expresa el profesor español López Jacoiste, "conduce hasta un destinatario colectivo" esto es, identificado con la sociedad porque "puede afectar y ser comprensible por cualquiera"

Dentro de los fines no lucrativos, ha señalado el Consejo de Estado que "..nuestra ley circunscribe las finalidades

5. FERRARA, Op .cit, pág.676

6. CONSEJO DE ESTADO. Sent.30 de Nov. de 1977.

de la fundación a la beneficencia pública (art. 633 del C.C.) y al ámbito un poco más amplio de la utilidad común (arts. 120-19 C.M y 3o.) del decreto 54 de 1974) y de interés social (Const.Nal.art 30) dentro de los cuales caben además de la beneficencia otros objetivos de orden científico,, artístico,, literario,, educativo,, deportivo,, recreativo,, etc. En relación con las corporaciones o asociaciones,, las finalidades exentas de ánimo lucrativo,, pueden ser un poco más amplias,, incluyendo de tipo religioso (Const.,.Nacl .art 44) y aún otras no puramente altruistas como podrían ser la defensa de un gremio,, de un profesión o de un oficio y otros análogos de los cuales no se derive directamente un provecho económico para distribuir entre los asociados.

En los actos constitutivos de las asociaciones y de las fundaciones,, los asociados y el fundador o fundadores determinan la finalidad específica cuyo cumplimiento encomiendan a la nueva entidad. Ahora bien en variados ordenamientos jurídicos,, se vincula la consecución de las finalidades de interés común o social,, público,, a la figura de la fundación. En la asociación queda,, en principio,, libarada a la decisión de los asociados la prosecución de finalidades de interés general; no obstante,, en ocasiones el propio Estado impone para la prestación de determinadas actividades y servicios por parte de persona jurídicas de

carácter asociativo, la definición de utilidad común. En el derecho comparado, en tales supuestos se requiere de la declaratoria formal de utilidad pública por el Estado, la cual habilita para el ejercicio de ciertas actividades y la aplicación de un régimen especial diferente del ordinariamente previsto para las asociaciones.

La declaratoria de utilidad pública, en los regímenes en que se prevé, debe ser solicitada por la asociación, luego de un término mínimo de existencia, e implica la adopción de estatutos- tipo, fijados por el Estado, cuyo incumplimiento puede desembocar en la revocación del reconocimiento de utilidad pública.

Las asociaciones que se constituyen como de utilidad común adquieren una condición cercana a las corporaciones, en el sentido que atrás se indicó, y por ello el Estado las autoriza a actuar en el ámbito del interés general o social, ejerciendo sobre ellas una vigilancia más amplia que la comúnmente prevista para el conjunto de las asociados.

"La noción de organismo privado de interés general se ha concebido para agrupar en una categoría única y significativa cierto número de instituciones creadas según las formas del derecho privado, a las que los poderes públicos han concedido prerrogativas de derecho público

que gestionan, bien por la utilidad colectiva que su acción reporta.

En el derecho colombiano, como se expone adelante, se ha previsto la figura de la asociación de utilidad común para el cumplimiento de actividades de educación superior.

En cuanto a las fundaciones, nuestro derecho, desde la expedición del Código Civil, se ha orientado en el sentido de señalarles como propias, finalidades de interés público, o común. De acuerdo con las concepciones de la época, el Código Civil hace referencia a la relación con actividades dirigidas a satisfacer necesidades que se hallan en situación de indigencia, mediante prestaciones gratuitas y graciabiles. En la Constitución de 1886, sin embargo, se adoptan los términos de utilidad común, más comprensivos, que cubren no solo los casos extremos de indigencia, sino también fines variados de fomento y de interés social, mediante los cuales se permite la asistencia social positiva.

Y en la legislación posterior se hace alusión a la satisfacción del interés general o social; así, el art 5o. del decreto 3130 de 1968 define las instituciones de utilidad común o fundaciones" como personas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.

Asimismo, debe señalarse que la jurisprudencia de los altos tribunales colombianos ha tenido como elemento característico de la fundación la búsqueda y prosecución de de finalidades de interés público o social, en términos de identificar, de tiempo atrás, la fundación con la noción de institución de utilidad común, como se analizará a espacio en apartado especial.

En torno a la diferenciación de los conceptos de asociación y fundación es pertinente también analizar el inciso final del art. 633 del código Civil que aludiendo a los dos especies de persona jurídicas, dispone: "Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter". Como se ha comprobado y es generalmente aceptado, la asociación y la fundación revisten caracteres y elementos estructurales incompatibles que no pueden coexistir en relación con una persona jurídica determinada. No puede una entidad tener miembros y no tenerlos al mismo tiempo, ni en términos de derecho privado tener voluntad autónoma y heterónoma a la vez.

c) La función del elemento patrimonial.

Las nociones "clásicas" de asociación (*universitas personarum*) y de fundación (*universitas bonorum*), en su puridad doctrinaria impliaban que de aquella se excluyera a todo elemento patrimonial y que en esta no se considerara

sustrato personal alguno. No obstante el surgimiento de nuevas circunstancias económicas y sociales ha generado, paulatinamente, la necesidad de que en las asociaciones la voluntad de acción común se acompañe de los medios económicos necesarios, y de que en las fundaciones se identifique siempre un grupo de personas, interesado en la aplicación y administración del patrimonio afectado, a la consecución de las finalidades tenidas en mira por el fundador o fundadores.

Así como la función del elemento personal varía según se trate de fundaciones o asociaciones, el elemento patrimonial opera de manera diferente en unas y otras. En efecto, en las asociaciones la existencia de un patrimonio se deriva más de la condición de personas jurídicas que ellas lleguen a ostentar, que de su condición asociativa la existencia de bienes y rentas propias, no es, evidentemente, inherente al concepto mismo de asociación.

En cambio, por principio, la existencia de bienes propios corresponde a la naturaleza y a la función de las fundaciones, ella no es efecto simplemente de su eventual reconocimiento como personas jurídicas.

Por ello, en general, la existencia de bienes y rentas propios destinados a satisfacer la necesidad de interés general avizorada por el fundador, ha de ser presupuesto

Para la obtención del reconocimiento como persona jurídica.

Empero, la ley colombiana no exige, de manera general, una relación de proporción entre la dotación inicial y las actividades y finalidades contempladas por el fundador; por eso, usualmente el reconocimiento como personas jurídicas se otorga a fundaciones que carecen de los recursos necesarios, tanto para el cumplimiento de las finalidades generales propuestas por el fundador, como para el establecimiento mismo de actividades específicas e inmediatas. No obstante, debe indicarse cómo la legislación especial sobre instituciones no oficiales (privadas) de educación superior dispone la presentación, tanto de las correspondientes escrituras públicas demostrativas del título idóneo sobre los bienes afectados, como de un estudio de factibilidad del proyecto institucional (decreto -Ley 80 de 1980. arts. 2o, 52 y 144). en el mismo sentido, la reciente ley sobre el Sistema Nacional de Salud señala como condición esencial para el reconocimiento de personería jurídica a las entidades cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, que estas reúnan determinadas condiciones de calidad tecnológica y científica para la atención médica, de suficiencia patrimonial y de capacidad técnico-administrativa (Ley 10 de 1990. art 110).

De otra parte, con la doctrina más reciente, ha de

señalarse que junto a las fundaciones de corte tradicional (con dotación patrimonial inicial) han ido surgiendo las fundaciones denominadas "de tipo gerencial", como las de promoción y de financiamiento, que ponen su acento más que en las rentas de su patrimonio, en la capacidad de generar fondos, de atraer recursos, trasladando el punto clave de la dotación a la organización.

Sin embargo, la enfatización en el elemento organizativo no significa el desplazamiento del elemento patrimonial, propio de la fundación, toda vez que las legislaciones que permiten la existencia de fundaciones sin dotación patrimonial inicial "suficiente" exigen que las asignaciones se cumplan dentro de un período determinado, o que se acredite adecuadamente el compromiso futuro de hacerlo sea por parte de los fundadores o de terceros (es el caso de las fundaciones empresariales, cuyos recursos se originan en aportes periódicos de la empresa creadora o patrocinadora)⁷.

2.3. INCIDENCIA DE LAS CARACTERISTICAS PROPIAS EN EL REGIMEN JURIDICO DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

Los elementos característicos y diferenciales de fundaciones y asociaciones se proyectan, naturalmente, en el régimen jurídico específico, aplicable a unas y a otras. En sus manifestaciones primordiales esa incidencia puede

7. POMEY (op,cit.pág 136)

precisarse así:

a) En el acto constitutivo

En las asociaciones el conjunto de declaraciones de voluntades configura un acto colectivo, en atención a que el ámbito de las declaraciones de voluntad produce consecuencias jurídicas más allá del círculo patrimonial de cada uno de los asociados, puesto que se dirige a la creación de un nuevo sujeto de derecho.

En las fundaciones, la voluntad constitutiva se integra, generalmente, en un acto unilateral, del testador, si la creación de la fundación se dispone testamentariamente, o del fundador que instituye la fundación disponiendo de parte de sus bienes (asignación) para afectarlos a determinada finalidad de interés general. No obstante en este último supuesto, podría configurarse un acto negocio jurídico, colectivo cuando concurren dos o más fundadores.

b) En la estructura de la entidad

En la fundación, el grupo de individuos tiene como función poner en práctica, actuar, la voluntad plasmada en el acto jurídico de fundación por el fundador o fundadores. En la asociación, por el contrario, el grupo de individuos actúa su propia voluntad.

c) En el establecimiento y modificación de las normas estatutarias

En la fundación, los estatutos, que contienen las reglas conforme a las que debe orientarse la organización de la institución, con miras a la realización de la finalidad propuesta por el fundador, sin generalmente establecidos por este en el acto fundacional.

A falta de disposiciones expresas de fundador, bien porque este no hubiere manifestado su voluntad a ese respecto, o ya porque solo lo hubiere hecho incompletamente, si se trata de fundaciones surgidas mortis causa, corresponderá suplir ese defecto al "Presidente de la Unión" según reza el art. 650 del Código Civil.

Los estatutos dictados por el fundador, o expedidos o completados por el presidente de la República, en los supuestos antes indicados, están llamados a regir el funcionamiento y acción de la fundación durante toda su existencia. Por ello, las legislaciones les reconocen un carácter permanente e inmodificable, salvo que sea necesario acomodarlos a las nuevas necesidades sociales o lleguen a ser incompatibles con el orden legal.⁸

7. LOPEZ NIETO, Comentario la reglamentación de fundaciones culturales. (Dcto 2^o de 1972).

Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado:

"..nada se opone a que el fundador o fundadores por cláusula expresa se reserven atributos especiales que los instituyan en intérpretes máximos de la voluntad ya expresada, o asuman la calidad de órganos de la entidad, pero aún así, sus poderes no podrían entenderse, sino dentro del marco de la voluntad original, la cual debe mantenerse esencialmente incólume, mientras no perezcan los bienes que se le destinaron (art. 652 del C.C) . A lo sumo podría reservarse los fundadores una facultad para cambiar el objeto específico por otro dentro del mismo género de beneficienci de utilidad común o de interés social, cuando el señalado inicialmente hubiese perdido toda eficacia social, debido al progreso científico o técnico.

d) En cuanto a la subsistencia y a la extinción de la entidad.

De acuerdo con las disposiciones del código civil, y en armonía con la función que desempeña el elemento patrimonial en la fundación, esta se extingue por la destrucción de los bienes destinados a su manutención (art. 652).

De ello se sigue que mientras subsistan bienes destinados a la manutención de la fundación, esta no debe extinguirse, salvo, naturalmente, la ocurrencia de otras causales que

posteriormente y en regulaciones específicas ha establecido la ley.

No obstante, cabe indagar qué sucede en los supuestos en que los bienes destinados al sostenimiento de la fundación llegan a ser insuficientes o inapropiados para proveer los recursos que demandan el funcionamiento de la misma y la cabal atención de la finalidad de interés general asignada por el fundador o fundadores.

En ese sentido debe afirmarse que en cuanto los bienes, ya sean los constitutivos de la dote inicial, o los que por enajenación de estos hayan sido adquiridos posteriormente, o los que la fundación llegue a adquirir a cualquier título y las rentas que sus bienes produzcan y los que generan los servicios y actividades que preste o que perciba periódicamente, sean suficientes para el sostenimiento de la fundación, de acuerdo con sus actividades y finalidades, ella no puede extinguirse, salvo, naturalmente que medien otras causas legalmente establecidas.

Como, de acuerdo con la disposición en comentario, solo la destrucción de los bienes destinados a la manutención de la fundación acarrea la extinción de esta, la insuficiencia e inadecuación de bienes y rentas no puede ser invocada como causa de extinción de las fundaciones. Pero, cabe advertir, no existe obstáculo constitucional para que el

legislador establezca dicha circunstancia como causal de extinción de las fundaciones, atendiendo a las características del objeto desarrollado.

De otra parte, es pertinente anotar que la disposición del art. 650 del código civil implica la exigencia de la dotación patrimonial pues si la fundación se extingue por la destrucción de los bienes destinados a su manutención, es claro que la existencia de la fundación presupone la destinación de tales bienes y rentas.

c) En cuanto a la vigilancia estatal

La voluntad del fundador, que se impone "desde fuera", al conjunto de personas que administran una fundación, debe ser asegurada por el estado que vigila la consecución de la finalidad de interés general propuesta por el fundador.

De otra parte, en la medida que las actividades desarrolladas por las fundaciones se orienten a la consecución del interés general son de ordinario, objeto de regulaciones estatales específicas. Entonces, el Estado deberá vigilar, además del cumplimiento del mandato fundacional, la observancia de las disposiciones estatales pertinentes.

en las asociaciones, dado el sustrato sociológico que las

informa, los miembros o asociados son los encargados de garantizar la observancia de las finalidades establecidas por ellos mismos.

No obstante, en razón del fin de interés general que en ocasiones persiguen las asociaciones o de la incidencia de sus actividades en el orden social, estas entidades estarán sujetas a disposiciones estatales específicas cuya observancia corresponde vigilar al propio Estado.

2.4. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD CUMPLIDA Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE

Las categorías estructurales cuyas características se han enunciado no permiten, en el estado actual del desarrollo institucional, por sí solas, establecer el régimen jurídico aplicable a una determinada persona jurídica. Es necesario tener presente la naturaleza de la actividad que desarrolle o pretenda desarrollar la entidad. Según sus características e incidencia social-ya se trate de actividades de interés general o que puedan calificarse, propiamente como de servicio público-, la entidad estará sujeta en menor o mayor medida, a reglamentaciones especiales que condicionan su creación, su organización, funcionamiento, prerrogativas especiales en sus relaciones con terceros y las relaciones con las autoridades estatales.

En ocasiones el régimen específico de la persona jurídica surge de considerar en conjunto la naturaleza asociativa o fundacional de la entidad (categorías horizontales) y la naturaleza de la actividad cumplida (categorías verticales); otras veces, atendida la naturaleza de la actividad, se impone a las entidades que la asuman, un determinado modelo estructural. En fin, en ciertos supuestos la sola consideración de la naturaleza de la actividad determina la adopción del régimen especial al cual se sujetan las entidades prestatarias, sin que en él incidan las características estructurales específicas derivadas de la naturaleza de las personas jurídicas.

Esta preponderancia de las llamadas categorías verticales en relación con las categorías horizontales ha producido en ciertos sectores de actividades de interés social o público, una asimilación en el tratamiento jurídico, no ya de la prestación de la actividad, sino de la organización y el funcionamiento de las personas jurídicas que, las más de las veces, pugna con la naturaleza real de la entidad y sus elementos característicos indispensables y genera, por ende, soluciones contradictorias.

2.5. INTERACCION DE LOS CONCEPTOS DE FUNDACION Y ASOCIACION

El Código Civil colombiano, ya se indicó, dispone en el art. 633 que las personas jurídicas son de dos especies:

corporaciones y fundaciones de beneficencia pública, y agrega, que hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

La última parte de esta disposición ha facilitado una práctica inspirada, no pocas veces, en la búsqueda de fórmulas para que organizaciones de carácter eminentemente asociativo disfruten de los beneficios jurídicos y tributarios propios de las fundaciones.

Pero más allá de posibles subterfugios, es pertinente discutir acerca de la validez y utilidad de la dualidad de personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuyas diferencias se han analizado, ya que no solo entre nosotros sino en la doctrina general se hacen explícitas orientaciones que propugnan la supresión de tales categorías y la ambivalencia de las mismas, habida consideración de las recíprocas influencias que, en el transcurso de los últimos años, se registran en torno a los elementos característicos de la fundación y de la asociación.

En ese orden de ideas, se alude al papel preponderante e imprescindible "del núcleo humano", del sustrato sociológico, en las fundaciones; a la necesaria existencia e importancia creciente de los aportes en las asociaciones; a la preponderancia que en el tratamiento normativo se otorga a las categorías materiales u horizontales frente a

las estructurales o verticales, a la circunstancia de que la prosecución de finalidades de interés general no es exclusiva de las fundaciones y a la exigencia legislativa de que ciertas actividades han de cumplirse por personas jurídicas de utilidad común o pública abstracción hecha de la estructura institucional; en fin, se arguye que en ocasiones la ley semete las asociaciones al régimen aplicable de ordinario a las fundaciones y llega a plantearse que la categoría constitucional de las instituciones de utilidad común tiene, a pesar de la noción legalmente acogida, un carácter genérico y puede agrupar, por ende, a fundaciones y asociaciones.

Según se destacó al analizar los elementos característicos de la fundación y de la asociación, enfatizando en las particulares consecuencias que de ellos se generan en el específico régimen aplicable a una y otra categoría, ciertamente que esas instituciones jurídicas han experimentado, en el transcurso de su evolución, ciertas atenuaciones que comportan un ámbito común de reglamentación más amplio, y en algunos supuestos, una interpretación más flexible de la proyección de los elementos propios, pero evidentemente conservan características diferenciales que ameritan tratamientos normativos particulares.

En efecto, aún para quienes, "en función operativa" la

estructura tanto de la asociación como de la fundación corresponde a la de una "organización de personas", esta característica "no es suficiente para captar la específica significación de cada una de tales expresiones técnico-jurídicas"

CAPITULO 3

OCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN

3.1. PLANTEAMIENTO

En el ordenamiento constitucional colombiano se consagra la categoría de instituciones de utilidad común, respecto de las cuales compete al presidente de la República un deber especial de protección a fin de que las rentas de tales entidades se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores; para ello la propia Constitución atribuye al presidente un derecho de inspección y vigilancia cuyo ejercicio se ordena mediante reglamentos constitucionales (decretos autónomos) expedidos por el mismo (art. 120, num. 19).

La concreción de esta categoría de personas jurídicas, así como la determinación del régimen jurídico a ellas aplicable, han generado en el derecho colombiano, y en sistemas jurídicos extranjeros, controversias que se proyectan en los más variados ámbitos y que se vinculan

con la propia distinción tradicional entre el derecho público y el derecho privado.

Así, se ha discutido si las instituciones de utilidad común ostentan la condición de personas jurídicas públicas, creadas por el Estado y vinculadas a su acción y organización, o si, por el contrario, se trata de entidades que surgen por virtud de la autonomía reconocida a los particulares y cuya regulación corresponde integralmente al derecho privado.

Igualmente se controvierte acerca de la naturaleza y de la estructura que ostentan las instituciones de utilidad común; si esta categoría comprende a las asociaciones y a las fundaciones, o solamente a estas últimas.

En orden a despejar los interrogantes planteados y lograr una precisión del concepto de institución de utilidad común, con validéz para el sistema jurídico de nuestro país debe analizarse lo relativo al origen y al régimen aplicable a las entidades que ostentan esa calidad, a la finalidad que les es propia y a la estructura jurídica que asumen.

3.2. SURGIMIENTO DE LA NOCION

En la teoría general del derecho administrativo, de tiempo

atrás se ha tipificado a los establecimientos de utilidad pública como personas jurídicas de derecho privado, que en su origen y desarrollo se contraponen a los establecimientos públicos, personas jurídicas de derecho público. Inclusive, tradicionalmente, el problema del límite conceptual entre las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas privadas, se ha tratado de resolver en torno a la diferencia entre esas dos categorías jurídicas/ .Como señala el profesor Walline "un establecimiento de utilidad pública es una persona de derecho público, que ambos persiguen un fin de interés general. Pero el establecimiento de utilidad pública, persigue esta finalidad con los medios jurídicos propios del derecho privado.

Asimismo, se acepta unánimemente que la elaboración de los conceptos de establecimiento público y de establecimiento de utilidad común, correspondió al Consejo de Estado y la Corte de Casación franceses, como pone de relieves Badenés:

"...así en Francia, las fundaciones son el resultado del trabajo constructivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, basándose en principios del derecho público.

"(...) a fin de la Restauración, la jurisprudencia administrativa distingue los establecimientos públicos y

los establecimientos de utilidad pública que son privados y están sometidos al control y al reconocimiento del Estado . Bajo el segundo imperio esta distinción se admitió por la Corte de Casación y por los autores"1.

Así mismo es conveniente anotar que, al paso que en el derecho francés no hay unanimidad en cuanto al carácter fundacional de los establecimientos de utilidad pública, en otros ordenamientos jurídicos tal categoría solo comprende, precisamente, a las fundaciones así sucede por ejemplo, en Bélgica, de conformidad con la ley de 17 de junio de 1921, que en su propio enunciado distingue entre las asociaciones sin finalidad lucrativa y los establecimientos de utilidad pública o fundaciones.

3.3. LA NOCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA

Se ha indicado que en la Constitución Colombiana se utiliza la expresión "institución de utilidad común" en el art. 120. ord. 19, de la actual codificación.

Remontándonos al origen de la noción en nuestro ordenamiento constitucional, es pertinente recordar que la disposición según la cual se otorga al presidente de la

1. BADANES y GASSET, pág. 39.

República derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común se conserva idéntica desde la Constitución de 1886. En cuanto a la proyección de esa disposición, expresa don José María Samper en su Derecho Público interno de Colombia:

"...Vaga es esta atribución, a causa de la gran latitud que tienen las palabras "instituciones de utilidad común". Pero se comprende desde luego que el inciso no se refiere a instituciones de carácter nacional, esto es, creadas y sostenidas por la Nación, que forzosamente han de estar bajo la dirección de la autoridad pública, ni a instituciones puramente privadas, que si son de utilidad pública, no están aplicadas a un servicio verdaderamente público, y son el dominio del derecho civil o de la propiedad particular. Quisieron referirse los constituyentes a ciertas instituciones que, teniendo origen privado o de corporaciones particulares, por razón de sus fundadores prestan a la sociedad un servicio que sin ser oficial y de la nación, es de notoria utilidad pública. De esta naturaleza son muchos colegios, escuelas y otros establecimientos de instrucción y muchos hospicios, hospitales y otros establecimientos de caridad y beneficencia.

De acuerdo con el autorizado comentarista de la Constitución de 1886, y a pesar de la vaguedad que él mismo

señala, pueden indicarse como signos característicos básicos de las instituciones que el constituyente calificó como de utilidad común, los siguientes: se trata de entidades surgidas de la iniciativa particular, de origen privado, que prestan una actividad o servicio de utilidad pública.

3.4. LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN: PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO. TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

a) La legislación

Por vía general, en el derecho positivo se han regulado las instituciones de utilidad común primordialmente en el decreto 685 de 1934, la ley 93 de 1938, el decreto-ley 3130 de 1968, y en el decreto de 1974, estos dos últimos vigentes actualmente.

Tanto el decreto 685 como la ley 93 contemplaron una noción amplia de institución de utilidad común, y en sus regulaciones previeron la posibilidad de creación por acto de los particulares y por acto estatal.

Así, señala el decreto 685 de 1934 que "instituciones de utilidad común son todas las entidades que tienen por

objeto prestar servicios a la comunidad con el concepto de beneficio social y que no persiguen fines simplemente lucrativos "(art 1o.) . Por su parte, la ley 93 entendió por "Instituciones de utilidad común todas aquellas que destinan un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro; y en el art. 5o. de la ley, se señaló la existencia de instituciones de utilidad común "organizadas por virtud de un acto administrativo del poder público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad).

Esta orientación se encuentra reiterada en el decreto legislativo 260 de 1957, en uno de cuyos considerandos se lee: "Que el Estado debe asumir las instituciones de utilidad común, especialmente aquellas que se hayan organizado u organicen en virtud de acto del poder público". Sobre este particular cabe destacar el comentario hecho en torno al art 5o. de la ley 93 de 1938 por el profesor Castro Martínez:

"...se admite la posibilidad de que esta clase de entidades tengan origen en virtud de un acto del poder público.

"Nos parece que esta ley se sale en este punto de lo que realmente se considera en el derecho administrativo como fundaciones de esta clase. La cuestión es sencilla de

analizar: si el Congreso, las asambleas o los concejos deciden satisfacer una necesidad social y para el efecto destinan bienes del patrimonio público, en realidad lo que se crea o debe crearse un buen servicio público".²

El decreto-Ley 3130 de 1968, teniendo en cuenta las observaciones hechas de tiempo atrás por la jurisprudencia tanto de la Corte suprema de Justicia como del Consejo de Estado, y por la doctrina que se reseñarán más adelante, precisó que "son instituciones de utilidad común o fundaciones las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender sin ánimo de lucro servicios de interés social conforme a la voluntad de los fundadores (art 5o.) . Asimismo, enfatizó esta disposición que "dichas instituciones , como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la administración.

En el art.,. 7o. *ibídem*, en refuerzo de la orientación asumida, se dispuso: "Las fundaciones o instituciones de utilidad común existen , creadas por la ley o con autorización de la misma, sin establecimientos públicos, y se sujetarán a las normas para estos previstas con las particularidades que contengan los actos de su creación.

2. CASTRO MARTINEZ, Joaquín José. Tratado de derecho administrativo, 2a. ed. 1960, Bogotá Argra, pág.,.173.

CAPITULO 4

LAS PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO
Y EL ESTADO

El Estado es el titular y supremo responsable del interés público o general, pero, evidentemente, no tiene el monopolio de la acción para la satisfacción de las necesidades comunes a todos los asociados. Por ello se admite universalmente que los particulares puedan actuar en ese ámbito, como se expuso atrás. Y a medida que en los ordenamientos constitucionales y legales se consagra y garantiza la posibilidad para los asociados de constituir entes que persigan finalidades no simplemente lucrativas y se dediquen a la satisfacción y atención de necesidades generales, la existencia de las personas jurídicas así surgidas se multiplica y abarca las más variadas actividades, y mediante ellas, se produce, en ocasiones, una cabal penetración en el ámbito propio de los servicios públicos y de la acción estatal.

Al decir del profesor Rolland "los individuos y las agrupaciones privadas tienen derecho a prestar servicios al

público; es que la administración debe aceptar la colaboración nacida de iniciativas privadas que supongan servicios al público". Y esa garantía a la iniciativa privada, a su turno, es supuesto, indispensable del deber que, en toda sociedad organizada como Estado, ha de corresponder a los asociados "... de cooperar en la medida de sus fuerzas por el mantenimiento de la sociedad y por el bien común"1

Correlativamente, en el presente siglo, como es sabido, el Estado amplía y afianza su acción intervencionista que lo lleva no solo a orientar y controlar las más variadas actividades, sino a participar como agente directo en el ámbito económico gestionando actividades dejadas antes a la iniciativa libre de los particulares.

La interrelación de fines y actividades, que paulatinamente ha ampliado la zona limítrofe de los sectores público y privado, genera indiscutiblemente un orden nuevo y complejo que no puede ser tratado satisfactoriamente con la aplicación de principios y de normas que respondían a otra lógica, a otras realidades y a otras posibilidades de acción. Por ello, el tema de suyo problemático de la relación de las personas jurídicas sin ánimo de lucro con el Estado, no puede restringirse ni resolverse en la inspección y vigilancia que constitucionalmente se consagran y que son connaturales al Estado en cuanto supremo responsable y garante del bien común de la sociedad.

La participación de las personas jurídicas a que se dedica este estudio en actividades directamente orientadas a la satisfacción del bien común, y la aceptación de esa colaboración por parte del Estado en los casos en que ella sea necesaria, imponen a las relaciones así surgidas regímenes particulares, que teniendo en consideración el origen voluntario de la participación, aseguren el apropiado cumplimiento de la actividad cuyo ejercicio, dada su proyección social, debe ser regulado por el Estado. También debe señalarse que a veces las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, en virtud de explícita habilitación estatal, se ven investidas del ejercicio de funciones administrativas.

De otra parte, en el contexto de las democracias pluralistas es lo cierto que el Estado debe favorecer y promover la existencia y desarrollo de instituciones de origen privado que canalicen capital y esfuerzos hacia la satisfacción de necesidades generales que la administración no esté en condiciones de atender por sí misma de manera plena o que, mirado el equilibrio de las fuerzas sociales, convenga su gestión, por los particulares, sin perjuicio de la regulación y vigilancia que ha de corresponder a distintas autoridades.

Es que, orden público aparte, el bien común no es asunto solamente del Estado, sino también de los ciudadanos

organizados para tal fin: La iniciativa individual, tiene sus responsabilidades respecto del interés general; el bien común es asunto de todos y de cada uno, a su nivel de conciencia y de competencia.

Ahora bien, al cabo de la evolución institucional y en el estado actual, ciertamente que el régimen originariamente consagrado en el Código Civil, y leyes complementarias ha sufrido modificaciones de diferentes actividades de interés social, que establecen condiciones para la creación de las personas jurídicas, y encauzan su existencia y funcionamiento.

4.2. AMBITOS DE ACTUACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Con el fin de analizar de manera sistemática los diferentes supuestos que constitucional y legalmente se presentan, es conveniente delimitar los principales ámbitos de actuación de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, en función de las características de su actividad.

a) Actividades orientadas a fines no lucrativos, cuya organización y desarrollo carecen de regulación legal específica. En este supuesto el régimen de creación, organización y funcionamiento de las personas jurídicas está presidido por el principio de la libre iniciativa y autonomía de la voluntad, dentro de los límites de la moral

y el orden legal y se proyecta, en cada caso, teniendo en cuenta la naturaleza y la estructura de la persona jurídica determinada.

b) Actividades dirigidas a la satisfacción del interés común, sujetas a regulaciones específicas. En tales casos impera el principio de la libre iniciativa, pero la autonomía se halla atenuada por la sujeción a regulaciones estatales relativas a la organización, el funcionamiento y la prestación de los servicios.

c) Actividades cuyo cumplimiento es impuesto por la ley a ciertas personas jurídicas que deben ser organizadas por los particulares con arreglo a regulaciones estatales que determinan las finalidades específicas, la organización, el funcionamiento y la forma de ejercicio de la actividad o actividades atribuidas. La formación de las personas jurídicas en este supuesto es obligatoria.

d) Actividades que tienen la calidad de funciones administrativas, propiamente tales, cuyo ejercicio se cumple por personas jurídicas surgidas de la iniciativa privada, en virtud de atribución estatal.

e) Actividades que el Estado resuelve gestionar, en ocasiones con la participación de los particulares. En este supuesto se constituye una persona jurídica sin ánimo

de lucro, asociación o fundación según los elementos estructurales propios.

Finalmente, conviene anotar que el Estado, en cumplimiento de las funciones y finalidades que le son propias, acude a los principios inspiradores de los entes jurídicos privados para dar forma a las entidades que encarga de la satisfacción de las necesidades generales de los asociados. Así, a las entidades territoriales (o colectividades territoriales) se les identifica como personas jurídicas de naturaleza corporativa, o a los establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales del Estado, como entes públicos de naturaleza fundacional.

4.3. COMPETENCIAS DEL LEGISLADOR Y DEL GOBIERNO RESPECTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO

Por virtud del mandato constitucional, "la capacidad, el reconocimiento, y en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la ley colombiana" (art 12). Asimismo prescribe el estatuto fundamental que "las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Estas disposiciones consagran una competencia plena y general en favor del legislador para regular todo lo relativo a la capacidad que se reconoce a las personas

jurídicas en el comercio jurídico, las condiciones para el reconocimiento como tales y los diferentes aspectos que comprende su régimen jurídico. La mayor o menor intensidad del ejercicio de esas facultades solo depende de las políticas estatales sobre participación de los entes jurídicos en las actividades sociales y de los contornos y limitaciones establecidos en la propia Constitución en cuanto a la observancia de las reglas de la moral y del orden legal, de la protección que se consagra en garantía de la formación de las asociaciones y fundaciones y "del destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social".

entre los aspectos que integran el régimen de las personas jurídicas en estudio, está el relativo a sus relaciones con el Estado y a las atribuciones que asisten a este para garantizar que las actividades desarrolladas por aquellas se ajusten a los preceptos constitucionales.

4.4. REGULACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

En esta materia, la Constitución consagra también la competencia general del Congreso Nacional para regular el servicio público. Y, como tiene aceptado la Corte Suprema de Justicia, "regular significa, para el caso, dar reglas legales a las cuales debe sujetarse el servicio, bien en su organización o en su prestación, consultando el servicio,

bien en su organización o en su prestación, consultando siempre los demás preceptos constitucionales sobre el ejercicio.

Pero debe declararse, que las personas jurídicas privadas que colaboran o participan en la prestación de servicios no pierden por ello su condición original; la mantienen para todos los efectos, "simplemente, como ha afirmado la misma Corte Suprema, están intervenidos por el Estado, y deben sujetarse al estatuto que para el servicio imponga el Estado.

Cabe anotar que el carácter autónomo de la potestad de reglamentación que se comenta ha sido reconocido en la jurisprudencia de nuestros altos tribunales desde la sentencia de 10 de agosto de 1937 de la Corte Suprema de Justicia, y reiterada luego entre otras, en la providencia de 14 de diciembre de 1973 de la misma Corte, a que se hecho repetida referencia. En aquella primera sentencia de agosto de 1937, expresó el máximo tribunal: "No hay que confundir la potestad reglamentaria que tiene el presidente de la República respecto de las Leyes, con la facultad de dictar normas para el ejercicio de los derechos que la Constitución le confiere.

No obstante conviene advertir que la jurisprudencia de la

Corte no ha sido constante en cuanto a los contornos o límites de esa potestad otorgada por la Constitución al presidente de la República en relación con las instituciones de utilidad común. En efecto, la sentencia del 10 de agosto de 1937 citada, declaró la inexecuibilidad del art. 3o. del decreto 685 de 1934 que condicionaba la validez de los contratos de utilidad común a la aprobación del gobierno; consideró que esa norma se refería a la capacidad de las personas jurídicas, materia asignada por la Constitución a la ley, como se ha visto. Como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad proferida por la Corte en 1937 se expidió la ley 93, que reprodujo en su art. 1o. la disposición del art. 3o. del decreto 685. En la sentencia de 14 de diciembre de 1973, la corte declaró inconstitucional la norma del art. 1o. de la ley, argumentando que correspondía al gobierno expedir las disposiciones pertinentes para el ejercicio de inspección y vigilancia que sobre las instituciones de utilidad común, le otorgó la Constitución.

Y la protección de la voluntad, expresada en el acto de fundación y en los estatutos, entraña la garantía y preservación de las finalidades tenidas en cuenta por la ley, que se impone al fundador, como se ha dicho, y al gobierno en el ejercicio de su función de otorgamiento de personerías jurídicas. Es que en tales casos la voluntad del fundador tiene relevancia y produce los efectos

propios, en la medida en que se adecue y esté en armonía con las regulaciones legales del servicio.