PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO

LUIS EDGAR ALVARADO VASQUEZ

ANA VELASCO REYES

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

DR
#0179

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS

SIN ANIMO DE LUCRO

LUIS EDGAR ALVARADO VASQUEZ

ANA VELASCO REYES

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de: Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

NOTA DE ACEPTACION

_____

_____

_____

_____
Presidente del Jurado

_____
Jurado

_____
Jurado

Barranquilla, Junio de 1993

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. NOCION DE PERSONA JURIDICA SIN ANIMO DE LUCRO O DE FINALIDAD NO LUCRATIVA	5
1.1 APROXIMACION CONCEPTUAL	5
1.2 PROPOSITO DE LOS CREADORES Y AUSENCIA DE REPARTO DE BENEFICIOS O EXCEDENTES ECONOMICAMENTE VALORABLES	6
1.3 ACTIVIDAD DESARROLLADA. CUMPLIMIENTO DE ACTOS Y ACTIVIDADES MERCANTILES	9
1.4 PANORAMA NORMATIVO	11
2. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO	15
2.1 ENUNCIADO Y PROYECCION	15
2.2 CARACTERISTICAS DIFERENCIALES DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES	18
2.2.1 Autonomía y heteronomía de la voluntad	19
2.2.3 La función del elemento patrimonial	24
2.3 INCIDENCIA DE LAS CARACTERISTICAS PROPIAS EN EL REGIMEN JURIDICO DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES	25

2.3.1 En el acto constitutivo 25

2.3.2 En la estructura de la entidad 26

2.3.3 En el establecimiento y modificación de las normas estatutarias 26

2.3.4 En cuanto a la subsistencia y a la extinción de la entidad 27

2.3.5 En cuanto a la vigilancia estatal 27

2.4 NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD CUMPLIDA Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE 28

2.5 INTERACCION DE LOS CONCEPTOS DE FUNDACION Y ASOCIACION 30

2.6 PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO Y ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES 32

3. LA ASOCIACION Y LA FUNDACION EN LA CONSTITUCION POLITICA 33

3.1 GARANTIA DE LA INICIATIVA PRIVADA 33

3.2 LIBERTAD Y DERECHO DE ASOCIACION 34

3.2.1 Contenido 35

3.2.2 Limitaciones 35

3.3 LIBERTAD Y DERECHO DE ESTABLECER FUNDACIONES 37

3.4 RECONOCIMIENTO Y REGIMEN DE LAS PERSONAS JURIDICAS 38

3.5 EL FOMENTO ESTATAL 40

4. NOCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN 42

4.1 PLANTEAMIENTO 42

4.2 SURGIMIENTO DE LA NOCION 43

4.3 LA NOCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA 44

4.4 LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN: PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO. TRATAMIENTO Y NORMATIVO Y JURISPRUDENCIA 45

4.4.1 La legislación 45

4.4.2 La jurisprudencia 48

4.5 ESTRUCTURA DE LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN 50

4.6 FINALIDAD DE LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN 55

4.7 INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN Y ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS 55

4.7.1 Diferencias 56

4.7.2 Similitudes 58

5. LAS PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO Y EL ESTADO 62

5.1 EL ESTADO, LOS PARTICULARES Y EL INTERES GENERAL 62

5.2 AMBITOS DE ACTUACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS 63

5.3 COMPETENCIAS DEL LEGISLADOR Y DEL GOBIERNO RESPECTO DE LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO 65

5.3.1 Cláusula general de competencia legislativa 65

5.1.2 Regulación de los servicios públicos 66

5.1.3 Competencia del presidente de la República respecto de las instituciones de utilidad común 67

5.1.4 Concurrencia de competencias del legislador y del ejecutivo 68

6. REGIMEN GENERAL APLICABLE A LAS PERSONAS JURIDICAS NO SOMETIDAS A REGULACION ESPECIFICA POR RAZON DE SU OBJETO 69

6.1 MARCO NORMATIVO 69

6.2 PROYECCION DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO 70

6.3 RECONOCIMIENTO DE LA PERSONERIA JURIDICA 71

6.4 REGLAS DE ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO 75

BIBLIOGRAFIA 76

INTRODUCCION

"La cuestión se plantea en las más altas regiones de la teoría del derecho y nos lleva a discutir las funciones de las normas, de la posibilidad de un derecho sin sujeto, de la necesidad de una voluntad en el titular del derecho, cuestiones con las cuales se relacionan otra serie de problemas, sobre el individuo humano, sobre la esencia de la sociedad, sobre el origen y el concepto del Estado, etc..". Y concluye:

"De aquí el interés primario que ostenta nuestra materia que trasciende del derecho privado y por sus múltiples aplicaciones y ramificaciones se extiende y domina todo el sistema del derecho[1]".

Largo ha sido el proceso de formación y evolución del concepto de persona jurídica, tal como hoy se plasma en

---

1 FERRARA, Francesco. Teoría de las personas jurídicas, Madrid, Edit. Reus, 1929.

los diferentes ordenamientos jurídicos. En efecto, si bien es cierto que en el derecho romano no existió un concepto técnico de persona dentro del cual se comprendiera, junto al hombre con capacidad jurídica, al municipio, al decuria, la sociedad y la herencia, no es menos cierto, como anota el profesor español Federico de Castro y Bravo, que en los textos romanos se reconoce la existencia de masas de bienes independientes y de grupos de hombres considerados de modo unitario, con los calificativos especiales de universitas y de corpus. "De la la Universitas se dice que tiene sus propias deudas, de las que ella responde y no los miembros individuales. La condición de corpus habere tenía como consecuencias características semejantes a las de la misma República, tener cosas comunes, un arca común y la facultad de actuar por su propio representante"[2].

Las personas jurídicas ostentan capácidad tanto de goce como de ejercicio. La amplitud de la capacidad y su efectividad se determina por el ordenamiento jurídico y puede variar en consideración a cada tipo de personas jurídicas.

---

2 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. La persona jurídica, 2a. ed. Madrid, Edit. Civitas, 1984, p. 142.

En fin, el reconocimiento de personalidad jurídica envuelve la nota de autonomía, que se proyecta en una doble perspectiva: como la potestad de auto-organización y como la separación patrimonial que ella implica.

La potestad de auto-organización, en el ámbito de las personas jurídicas de derecho privado, significa básicamente, la instauración de un particular mecanismo de gestión y representación de los intereses asignados y vinculados en el sustrato sobre el que se monta la personalidad jurídica, dentro de un marco prefijado, que se integra por el acto constitutivo y los estatutos, en la asociación, la disposición del fundador y los estatutos otorgados por éste, en la fundación, y en ambas, naturalmente, por el ordenamiento jurídico[3].

La ausencia de ánimo de lucro y la satisfacción del interés público, social, que en ocasiones persiguen estas personas jurídicas, las acerca al ámbito de las finalidades y de las actuaciones propias del Estado,

---

3 CAPILLA RONCERO, Francisco. La persona jurídica. Funciones y disfunciones. Madrid, Edit. Tecnos, 1984. p.p. 97 a 107.

las hace sujetos de un tratamiento de favor, y en veces, depositarias de reales prerrogativas estatales. Pero, en contrapartida, el Estado ejerce sobre ellas una vigilancia, una inspección, especiales para garantizar el adecuado cumplimiento de las actividad de interés y la correcta utilización de los recursos afectados á las mismas. Ahora bien, la intensidad de los instrumentos de vigilancia estatal, en armonía, naturalmente, con los diferentes supuestos de la actividad y de la participación cumplidas por las personas jurídicas permitirán establecer, en cada caso, el cabal cumplimiento de aquellos condicionamientos sociales y políticos enunciados en la Constitución, y comprobar si en aras de la labor de inspección, no se menoscaba la realidad de la persona jurídica en cuanto emanación de la iniciativa privada o la destinación patrimonial libremente establecida por la voluntad de los fundadores, sino que se acrecienta y garantiza.

Dentro de las orientaciones expresadas, este estudio pretende entonces, una aproximación al conjunto de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, en sus elementos fundamentales y una presentación esquemática de los principales supuestos de relación con el Estado, que pueden distinguirse en la legislación colombiana.

1. NOCION DE PERSONA JURIDICA SIN ANIMO DE LUCRO O DE FNALIDAD NO LUCRATIVA

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 formas 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 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 o sin 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 jurídica 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.

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 de la propia organización creada, tenga o no está el carácter de persona jurídico. Lo dicho de los fundadores creadores de la fundación o asociación, ha de predicarse igualmente repsecto 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.

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 o pérdidas que resulten de la especulación". Por contraste, a las personas jurídicas que no persiguen como finalidad exclusiva o 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 regulan el título XXXVI del Código Civil y disposiciones complementarias.

Ahora bien, en los estatutos de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que deben someterse a la aprobación del gobierno han de constar su finalidad y las actividades mediante las cuales pretenden cumplir aquella, prescripciones que deben observarse y conservarse durante la existencia de las mismas, no siendo posible modificación alguna al respecto, so pena de desvirtuar la esencia de esas personas jurídicas. Así lo expresó el Consejo de Estado a propósito de una reforma estatutaria que proveía la repartición de los bienes de una corporación sin ánimo de lucro entre 'Los socios activos que existían al momento de la disolu-

ción".

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 per se 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 del patrimonio dedicado a ésta, asumiendo el carácter de empresario o comerciante.

Ahora bien, es preciso señalar con la doctrina predominante que la consideración de las personas jurídicas, particularmente de las fundaciones como empresas, 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 NORMATIVO

La trayectoria doctrinaria atrás descrita, respecto de los criterios que permanecen 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 instituiones "sin ánimo de lucro" no pierden ese carácter a pesar de que usualmente celebren 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 definri qué 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 "las asociaciones con fines culturales, recreativos, deportivos,de benefi-

cencia u otros análogos, no son comerciales". Es decir que la ley hace incompetible la calidad jurídica de asociación ideal, con la ejecución a título profesional (..."que se formen para"...) de actos o empresas mercantiles.

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

Así, el decreto-ley 80 de 1980 (art. 139) sobre instituciones no oficiales 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, art. 4o. decreto-ley 1481 de 1989, art. 2o.) y establece la presunción de que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, a condición de que a) establezca la irrepartibilidad de las reservas so-

ciales 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 reservas 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.).

Asi mismo, la referidad normativad prescribe que "a ninguna cooeprativa le será permitido (...) transformarse en sociedad comercial" (ley 79 de 1988, art. 6o. numeral 4).

Por último, cabe indicar que la legislación tributaria tiene en cuenta el carácter nc lucrativo de las asociaciones y fundaciones para someterlas 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 a 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 pa-

dres de familia, de las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal, etc., a que se refiere el literal a) del art. 23 del estatuto tributario (decreto ley 624 de 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).

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 LEHMANN, organizaciones sin base personal, dotadas de medios patrimoniales para el logro de un fin duradero[4].

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

---

4 LEHMANN, Heinrich. Tratado de derecho civil. Vol I. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1956, p.p. 633- y 634/

beneficencia pública...". Así mismo y en armonía con la doctrina general, el Código prevé la existencia de "coproraciones o fundaciones de derecho público", como "los establecimentos que se costean con fondos del tesoro nacional". (Art. 635).

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 LEHMANN, 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)".

En sentido estricto las corporaciones son personas de derecho público, pues tienen subjetividad pública y pueden, en consecuencia, como pone de presente LLUIS 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 el 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[5]. Como expresa FERRARA, el de institución es "concepto superior y capital al que se subordina el de fundación"[6]. De otra parte, conviene recordar que históricamente las fundaciones no son más que una especie de las instituciones[7]: en ese sentido puede afirmarse que la fundación es la institución de derecho privado.

Naturalmente, no obstante los ragos 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;

---

5 HERRNIT, citado por FERRARA. Op.cit. p.672.

6 FERRARA, Op. cit. p.673.

7 Ibidem. p. 670. y GANGI.

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 jurídcas creadas por él, en virtud del cual puede, aun 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 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.

2.2.1 **Autonomía y heteronomía de la voluntad.** Las asociaciones y las fundaciones tienen como característica común la ausencia de ánimo 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 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 el sustrato personal, la unión de personas que de común acuerdo 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 conse-

cución 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 se obtengan van a ser repartidos entre ellas. Los beneficios que produzca la fundación o institución de utilidad común, pertenecen a personas indeterminadas- los beneficiarios- que en todo caso son dinstintas de los administradores'. 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"[8]. No obstante debe aclararse que, una vez creada, la fundación funciona con la autonomía inherente a su categoría de persona jurídica.

2.2.2 **Gradación de la finalidad no lucrativa.** En cuanto a la finalidad no lucrativa, elemento común a las aso-

---

8 FERRARA, Op. cit. p. 676.

ciaciones y a las fundaciones, también cabe señalar diferencias según la naturaleza de la persona jurídica. El altruismo o ausencia de finalidades simplemente lucrativas 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 LOPEZ JACOISTE, "conduce hasta un destinatario colectivo", esto es, identificado con la sociedad porque "puede afectar y ser compartible por cualquiera"[9].

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 consecuencia de las finalidades de interés común o social, público, a la figura de la fundación.

La declaratoria de utilidad pública en los regímenes en que se prevé, debe ser solicitada por la asociación,

---

9 LOPEZ JACOISTE, José Javier. Derecho de las fundaciones en España, en Publicación del Quinto Coloquio sobre entidades sin finalidad lucrativa, Madrid, 1978. p.20.

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 asociaciones.

En torno a la diferenciación de los conceptos de asociación fundación es pertinente también analizar el inciso final del art. 633 del Código Civil que aludiendo a las dos especies de personas 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.

2.2.3 La función del elemento patrimonial. Las nociones "clásicas" de asociación y de fundación, en su puridad doctrinaria implicaban 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, interesados en la aplicación y administración del patrimonio afectado a la consecución de las finalidades tenidas en mira por el fundador o fundadores.

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.

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 precisarse así:

2.3.1 **En el acto constitutivo.** En las asociaciones el conjunto de declaraciones de voluntad 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 para afectarlos a determinada finalidad de interés general. No obstante en este último supuesto, podría configurarse un acto o negocio jurídico colectivo cuando concurran dos o más fundadores.

2,3,2 **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.

Por lo anterior, se dice que mientras en la asociación la existencia de miembros es elemento esencial, consubstancial, en la fundación **stricto sensu**, no existen miembros, pues los individuos a ella vinculados no actúan su propia voluntad sino aquellas determinada previamente por el fundador.

2.3.3 **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, son generalmente, establecidos por este en el acto fundacional.

En la asociación, los estatutos son establecidos por los miembros dela misma, quienes, en principio, pueden modificarlos en cualquier momento y circunstancia, salvo lo dispuesto en leyes especiales.

2.3.4 En cuanto a la subsistencia y a la extinción de la entidad. De acuerdo con las dispocisiones del Código Civil y en armonía con la función que desempeña el elemento patrimonial en la fundación, ésta se extingue por la destrucción de los bienes destinados a su manutención (art. 652).

De ello se sigue que mientras subsistan bienes destinados a manutención de la fundación, ésta no debe extnguirse, salvo, naturalmente, la ocurrencia de otras causales que posteriormente y en regulaciones específicas ha establecido la ley.

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.

2.3.5 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 el 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 ju-

rídica. Es necesario tener presente la naturaleza de la actividad que desarrolle o pretenda desarrollar la entidad. Según sus características e incidencia social, 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 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 trata-

miento jurídico, no ya de la prestación de la actividad, sino de la organización y 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, solucione 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 beneficiencia 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.

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 a

otra categoría, ciertamente que esas instituciones jurídicas han experimentado, en el transcurso de su evolución, ciertas atenuanciones que comportan un ámbito común de reglamentación más amplio y en algunos supuestos, una interpretación más flexbile de la proyección de los elementos propios, pero evidentemente conservan características diferenciales que ameritan tratamientos normativos particulares.

Es evidente que el papel social y jurídico de las fundaciones y de las asociaciones en cuanto expresiones de la libre iniciativa privada y del altruismo, no siempre coinciden y quizá no deben coincidir, pues las primeras han de orientarse siempre a la satisfacción de finalidades de interés general, social, mientras que en las segundas el principio "asociativo" inspirador de poner su esfuerzo, conocimientos y aptitudes en común, significa que, aún en los casos en que su actividad sea legalmente definida como de interés público o social, paralelamente a la consecuión del interés general, puedan atender legítimamente aquellas necesidades inmediatas de los miembros cuya legítimamente aquellas necesidades se logra precisamente mediante el esfuerzo común .

2.6 PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO Y ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

En el ámbito de las organizaciones internacionales como la ONU, la UNESCO, la OEA, etc. se reconoce la existencia de las "organizaciones no gubernamentales", denominación que comprende todas aquellas instituciones independientes de los gobiernos como las fundaciones, asociaciones, sociedades, institutos, uniones, federaciones, alianzas, academias, conferencias, ligas, servicios, oficinas organizadas en el plano internacional y cuyo objeto es tan variado como amplio es el campo de actividades del hombre, sobre todo en lo espiritual.

Estas organizaciones no gubernamentales no deben perseguir por lo común, fines religiosos, ni políticos, ni de carácter sindical, comercial o financiero, y pueden mediante convenios con las organizaciones internacionales, desarrollar asuntos de competencia de éstas.

3. LA ASOCIACION Y LA FUNDACION EN LA CONSTITUCION POLITICA

El análisis de las relaciones entre el Estado y las personas jurídicas de origen privado que no persiguen una finalidad esencialmente lucrativa, debe adelantarse dentro del ámbito de la normatividad constitucional en torno a los siguientes elementos que conforman el denominado "régimen constitucional de las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro"; la garantía de la iniciativa privada; la libertad y el derecho de asociación; la libertad y el derecho de establecer fundaciones para fines de interés social o general, el reconocimiento de la personalidad jurídica a asociaciones y fundaciones y el fomento estatal a las empresas útiles y benéficas.

3.1 GARANTIA DE LA INICIATIVA PRIVADA

Como es sabido, la Constitución colombiana, en su art. 32, consagra explícita garantía a la libertad de empresa y a la libre iniciativa dentro de los límites

del bien común, reservando al Estado la dirección general de la economía. Esta disposición, en armonía con otras formulaciones constitucionales que adelante se enuncian significa que los particulares pueden desarrollar, por su propia y libre iniciativa, todas las actividades lícitas que á bien tengan, naturalmente que dentro de los límites del bien común, cuyo entorno, en cada caso, podrá determinar el legislador en los mandatos de intervención, para asegurar los propósitos consagrados por el propio constituyente.

3.2 LIBERTAD Y DERECHO DE ASOCIACION

El art. 44 de la Constitución Política consagra la libertad de asociación señalado, en su primer inciso, que "es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal" y que "las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

El segundo inciso de esta disposición constitucional previene que "las asociaciones religiosas deberán presentar a la autoridad civil para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica.

3.2.1 **Contenido.** El derecho de asociación consagrado constitucionalmente, en los términos de artículo transcrito, es, según precisión de la Corte Suprema de Justicia, "una parte del régimen constitucional de las libertades fundamentales de los individuos, que tiene como supuesto básico que si el hombre tiene derecho a desarrollar libremente y dentro del orden legal su existencia y demás actividades con fines privados o públicos, debe también tener derecho a ejercerlas libremente en compañía y asocio de otros individuos.

Así, entendido, el contenido del derecho de asociación supone de una parte, la libertad de todos los asociados para crear y participar en asociaciones eligiendo libremente los fines asociativos y determinando la propia organización sin otros límites que los surjan del ordenamiento jurídico y, de otra, que nadie puede ser obligado a asociarse o a permanecer en la asociación.

3.2.2 **Limitaciones.** Conforme al ordenamiento constitucional colombiano, la libertad de asociación no es absoluta, como no lo es la libertad genéricamente considerada. Las limitaciones posibles son señaladas en el propio art. 44. de la Constitución que establece la permisión de formar asociaciones que no sean contrarias

al orden legal o a la moral.

Ahora bien, como expresó el Doctor JOSE MARIA SAMPER en relación con la disposición que en la Constitución de 1886 regulaba la libertad de asociación, que en el específico aspecto de las limitaciones no sufrió modificación con la Reforma de 1936, "puede organizarse todo linaje de compañías y de asociaciones públicas y privadas, siempre que no sean contrarias a la moralidad o al orden legal; y como este orden es susceptible de modificaciones es claro que la ley puede, cuando tenga bien el legislador, prohibir cualquiera compañías o asociaciones, pues para aquel orden legal no hay aquí limitación.

Entonces dentro de los límites significados por la moral y el orden legal, pueden los particulares ejercer el derecho de asociación sin que en principio, sea necesario acto de reconocimiento oficial para que las asociaciones puedan existir jurídicamente como expresiones de la voluntad individual de ejercicio de dicho derecho constitucional. No obstante el legislador puede, como ya se dijo, regular ese derecho, imponiendo requisitos para la creación de la asociación.

3.3 LIBERTAD Y DERECHO DE ESTABLECER FUNDACIONES

El derecho de establecer fundaciones, aunque formulado en el mismo texto constitucional que el precedentemente estudiado derecho de asociación, ostenta frente a este particularidades derivados de la facultad de disposición de los propios bienes que mediante él se manifiesta.

En efecto, el derecho a establecer fundaciones, en armonía con los análisis hechos en torno á ésa figura jurídica, presupone la garantía de la destinación de unos bienes y rentas para afectarlos a una determinada finalidad. Empero, la garantía plena de la intangibilidad de la disposición patrimonial otorga la Constitución Política, en armonía con el art. 36, solo cuando los bienes o rentas se destinan a fines de interés social, mediante donación intervivos o testamentaria.

Según advierte el profesor ALVARO COPETE LIZARRALDE, en el art. 36 el constituyente fijó una garantía especial y explícita "como aliciente para que los particulares destinen, a fines de utilidad común bienes de su propiedad, con la certeza de que el fin por ellos escogidos sea respetado por el Estado, ya que no es muy

frecuente el deseo de que los bienes de propiedad privada sean manejados por entidades oficiales" [10]. Habrá que concluirse que si bien el abrigo del art. 44 de la Constitución podrían crearse fundaciones de "interés particular", como expresiones de la voluntad autónoma de sus creadores, estas carecerían de la protección enunciada en el art. 36 por lo demás en consancia con las leyes vigentes la personería jurídica sclo se otorga a las fundaciones que acrediten, precisamente, la búsqueda de finalidades de interés general.

3.4 RECONOCIMIENTO Y REGIMEN DE LAS PERSONAS JURIDICAS

El art. 44 de la Constitución Colombiana, en su segunda parte, preceptúa "que las asociaciones y fundaciones pueden obtener reconocimiento como personas jurídicas". Por otra parte, el art. 12 de la misma Constitución dispone que "la capacidad, el reconocimiento y, en general el régimen de las sociedades y demás personas

---

10 COPETE LIZARRALDE, Alvaro. Lecciones de derecho constitucional. Bogotá, Edic. Lerner, 1960. p.75.

jurídicas se determinarán por la ley colombiana". Si bien esta última regla tuvo como inspiración y finalidad inmediatas la definición de la nacionalidad de las personas jurídicas, es lo cierto que "su redacción fue tan amplia e imprecisa, que es evidente que cobija toda suerte de personas jurídicas".

Estas disposiciones permiten establecer que en el derecho colombiano la creación de asociaciones y fundaciones, en sí misma, como manifestación del derecho de asociación o fundación, no apareja la calidad de personas jurídicas para las organizaciones surgidas: será necesario que ellas, si así lo desean obtengan el reconocimiento correspondiente por parte de la autoridad administrativa competente previo el lleno de los requisitos que al efecto prescriba la ley.

En consecuencia, constitucionalmente pueden existir asociaciones, e inclusive fundaciones que no tengan personería jurídica propia; no obstante, es lo cierto que las leyes que regulan estos derechos han puesto tradicionalmente el énfasis en el reconocimiento de la personería jurídica y, las ás de las veces, en las exigencias de esa condición como presupuesto para el desarrollo de las actividades asignadas por los asociados o fundadores. De ahí que en la práctica se

confunden en la regulación legal los requisitos para la existencia de las fundaciones y asociaciones, con los condicionamientos para su consideración y funcionamiento como personas jurídicas.

3.5 EL FOMENTO ESTATAL

El art. 76 ord. 20 de la Constitución Nacional, autoriza al Congreso para que mediante ley provea al fomento de empresas útiles y benéficias, entre las que están precsamente, las asociaciones y fundaciones que por virtud de la voluntad de sus creadores persiguen finalidades y realizan actividades que redundan en utilidad y beneficio común y social. La disposición constitucional prescribe que los auxilios que en desarrollo de esa autorización orogue la ley, deben sujetarse a los planes vigentes. Si bien en diversas épocas se han dictado regulaciones legales sobre los auxilios que prevén, además de las actividades dignas de estímulo, los mecanismos de control administrativo y fiscal, es lo cierto que en la actualidad este instrumento de apoyo a las entidades sin fin lucrativo nc ha cumplido el propósito buscado por el constituyente, pues la falta de planes en la materia y la ausencia de una vigilancia apropiada han favorecido

la destinación de cuantiosos recursos públicos hacia instituciones que no cumplen cabalmente los requisitos de utilidad y beneficio social.

Esa situación, de otra parte, ha significado la utilización de las figuras institucionales de la asociación y la fundación como cauces, no del altruismo privado, en aras del beneficio común, sino como canales de distribución de recursos públicos, que las más de las veces se nutren exclusivamente con los dineros provenientes del tesoro público.

4. NOCION DE INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN

4.1 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 él mismo (art. 120, num 19).

La concreción de esta categoría de personas jurídicas, así como la determinación del régimemn 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.

4.2 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 WALINE, "un establecimiento de utilidad pública es una persona de derecho privado que tiene de común con el establecimiento público, 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"[11].

---

11 WALINE, Marcel. precis de droit administratif. París Monchrestien, 1969, p. 283.

Asimismo, 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 27 de junio de 1921, que en su propio enunciado distingue entre las asociaciones sin finalidad lucrativa y los establecimientos de utilidad pública o fundaciones.

4.3 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 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 JOSE MARIA SAMPER en su Derecho Público interno de Colombia:

De acuerdo con el autorizado comentarista de la Constitución de 1886, y a pesar de la vaguedad que él mismo señala, puede 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. La determinación de su naturaleza ha de corresponder al legislador.

4.4 LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN: PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO. TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIA

4.4.1 **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 54 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, señalaba el decreto 685 de 1934 que "instituciones de utilidad común son todas las entidades que tienen por objeto prestar servicios a la comunidadcon 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 son todas las entidades que tienen por objeto prestar servicios a la comunidad con el concepto de beneficio 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 MARTINEZ:

"...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 muy 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 debecrearse es un servicio público"[12].

El decreto 54 de 1974, expedido por el gobierno nacional como consecuencia de la sentencia de 14 de diciembre de 1973 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad de los artículos de la ley 93 de 1938, que regulaban las instituciones de utilidad común, stricto sensu. En el art. 3o. se reitera que "todas las instituciones de utilidad común que hubieren tenido origen en un acto de voluntad de los particulares, estarán sujetas a la inspección y vigilancia del presidente de la República en orden al cumplimiento del propósito de los fundadores, aunque no reciban aportes o auxilios del tesoro público".

---

12 CASTRO MARTINEZ, José Joaquín. Tratado de derecho administrativo 2a. ed., 1950, Bogotá, Argra. p.173.

Del recuento normativo que antecede debe concluirse que la legislación, en la medida que se han tipificado y esclarecido las diferentes categorías de entidades públicas, particularmente en los decretos leyes de la llamada "reforma administrativa" de 1968, ha definido las instituciones de utilidad como personas sujetas al derecho privado, cuyo surgimiento se debe a la iniciatva de los particulares, protegida y garantizada por disposiciones de lapropia Constitución, como los arts. 36 y 44 y el mismo 120, ord. 19.

Hcy por hoy, frente a las claras previsiones del decreto-ley 3130 de 1968, no cabe, en el plano del derecho positivo, controversia acerca del origen, naturaleza y régimen privado de esas entidades y por ello la noción de institución de utilidad común, en este aspecto, tiene un carácter específico.

4.4.2 La **jurisprudencia**. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 10 de agosto de 1937, que resolvío la demanda por inconstitucionalidad del decreto 685 de 1934, se expresó:

"...puede llegarse a la conclusión de que en principio los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de una

autoridad pública o creaciones del Estado; en tanto que las instituciones de utilidad pública son creaciones de la iniciativa privada pero dedicadas al servicio de la comunidad social"[13].

Es pertinente citar la sentencia de 7 de septiembre de 1976, en la cual se concluye que, de acuerdo con los arts. 5o. 6o. y 7o. del decreto-ley 3130 de 1968, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de diciembre de 1973 y lo dispuesto por el decreto 54 de 1974, "por instituciones de utilidad común, en las cuales el presidente debe ejercer el derecho de inspección y vigilancia, de conformidad con el art. 120-19 de la Constitución, con la finalidad ahí mismo indicada, actualmente deben entenderse las fundaciones que tengan origen en actos de la voluntad de los particulares, con la excepción señalada en cuanto a las que tengan origen en el derecho canónico, sólo si perciben aportes de carácter público"[14].

No obstante, pronunciamientos recientes del Consejo de

---

13 Sentencia de Sala Plena. Ponente: Dr. GOMEZ NARANJO, Pedro A. Gaceta Judicial, t. XLV, p. 209 y ss.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Ponente: Dr. MORA OSEJO, Humberto. Anales del Consejo de Estado, t. XCI, núms. 451-452. p. 216.

Estado, en punto a los controles que gravitan sobre las entidades de beneficencia preconizan una doble calidad de estas entidades, afirmando que son establecimientos públicos pero que al propio tiempo participan de las características de las instituciones de utilidad común y por ello deben sujetarse a la inspección y vigilancia que la Constitución política atribuye al presidente de la República sobre estas últimas.

4.5 ESTRUCTURA DE LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN

La delimitación del concepto de institución de utilidad común y la precisión del régimen jurídico aplicable, han sido también objeto de controversia. Se discute si bajo tal denominación pueden comprenderse todas las personas jurídicas de derecho privado que sin ánimo de lucro persigan finalidades de interés público, de utilidad común, o si por el contrario esa calificación, y los consiguientes efectos solo cubren a las entidades que tengan la naturaleza jurídica de fundaciones, mas no aquellas que revistan la forma de asociación.

Aunque, dado el estado actual de desarrollo del derecho colombiano y especialmente desde la vigencia de los textos legales que se han reseñado arriba, pudiera pensarse que cualquier duda sobre legislación se asimi-

lan algunas asociaciones a instituciones de utilidad común: la jurisprudencia, en ocasiones ha acudido igualmente a tal similitud. Y, en fin, la doctrina también se ha planteado esa equivalencia.

Por ello, y sin perjuicio de las precisiones que en torno de temas particulares se hacen más adelante, conviene ensayar un recuento de la legislación y la jurisprudencia que permite fijar a cabalidad el contenido y proyección del concepto.

a) Como ya se señaló, la primera norma que se ocupó en definir las instituciones de utilidad común con el propósito de determinar las personas jurídicas respecto de las cuales procede la inspección y vigilancia que la Constitución atribuye al Presidente de la República, fue el decreto 685 de 1934, art. 1o. que contempló una noción amplia, genérica, que abarcaba a todas las entidades que no persiguieran fines simplemente lucrativos, cuyo objeto fuera la prestación de servicios a la comunidad con el concepto de beneficio social.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia ya referida de 10 de agosto de 1937, precisó el sentido y proyección dentro de los cuales debía entenderse tal

disposición en armonía con la Constitución; así, en la parte resolutiva se pronunció por la exequibilidad del art. 1o. mencionado, "dentro del concepto de que por instituciones de utilidad común se entienden las entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio a una determinada finalidad social sin ánimo de lucro"[15].

Es sabido que las entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio a una determinada finalidad, son reconocidas en la teoría como fundaciones, y se diferencian de las asociaciones cuya característica "es la pluralidad de personas que reúnen sus esfuerzos y actividades para una finalidad no lucrativa, sino de orden espiritual o intelectual o deportivo o recreativo".

b. La ley 93 de 1938, expedida por razón de la declaratoria de inexequibilidad de algunos artículos del decreto 685 de 1938 restringió la noción de institución de utilidad común, a las fundaciones y reprodujo textualmente lo pertinente de la parte resolutiva de la sentencia de 10 de agosto de 1937, que se ha transcrito.

---

15 Ibidem. p. 218/

c) La Jurisprudencia del Consejo de Estado, aun antes de la vigencia del decreto-ley 3130 de 1968, se orientó en el sentido de considerar que la noción de institución de utilidad común era equivalente a la de fundación. Así, en la sentencia que se ha citado de 30 de julio de 1960, a propósito de la diferenciación entre las instituciones de utilidad común y los establecimientos públicos, se puntualiza que las características de aquellas instituciones son: "creación por la iniciativa privada; patrimonio de origen privado, que no obsta para que pueda recibir auxilios de fondos públicos; y organización privada, con ausencia de ánimo de lucro, y con patrimonio expresamente destinados a los fines sociales que persigue"[16].

d) En la sentencia de 14 de diciembre de 1973 la Corte Suprema de Justcia reafirma la orientación asumida en la sentencia de 10 de agosto de 1937. Y en el fallo de 21 de agosto de 1975, también citado, siguiendo el texto de decreto-ley 3130 de 1968, se afirmó: "Las instituciones de utilidad común o fundaciones son creadas por la iniciativa particular para atender sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores". Asimismo debe destacar-

16 Consejero ponente: Doctor: GOMEZ VALDERRAMA, Pedro. Anales del Consejo de Estado. t. LXII, 1958-1960.

se que la sentencia de 27 de mayo de 1982, luego de transcribir los considerandos de las varias veces mencionada sentencia de 10 de agosto de 1937, concluye que solo las fundaciones pueden considerarse comprendidas en la noción de la institución de utilidad común.

e. La jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, muestra también la orientacón indicada.

f. Las disposiciones legales que se dejan comentadas y las citas jurisprudenciales y doctrinarias hechas, imponen concluir que para los fines prescritos en el art. 120 ord. 19 de la Constitución, solo las fundaciones pueden calificarse como instituciones de utilidad común.

g. Las posibilidades jurisprudenciales y doctrinarias de interpretación deben enmarcarse dentro del contexto establecido en la Constitución Nacional, para la inspección y vigilancia atribuida sobre instituciones de utilidad común.

Finalmente, conviene enfatizar que la pretendida asimilación de las asociaciones de 'utilidad pública' a

las instituciones de utilidad común, además de configurar el tratamiento impropio que se ha comentado, genera una intervención directa del presidente, derivada de la Constitución en ámbitos cuya regulación y ordenación confía la propia Constitución al legislador, propiciando alteraciones del equilibrio que debe presidir las relaciones entre las ramas del poder público".

4.6 FINALIDAD DE LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN

Como ya se ha expresado, las instituciones de utilidad común persiguen precisamente de notorio interés social.

Este elemento característico de las instituciones, es unánimente aceptado en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina, según se constata en aparatados precedentes. Basta recordar aquí que el art. 5o. del decreto 3130 de 1968 tipifica a las instituciones de utilidad común como aquellas entidades creadas por la iniciativa particular sin ánimo de lucro para atender servicios de intefes social.

4.7 INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN Y ESTABLECIMIRNTOS PUBLICOS

En armonía con lo expuesto, es pertinente puntualizar,

haciendo un parangón, las principales diferencias y las similitude, estas más aparentes que reales, entre las instituciones de utilidad común y los establecimientos públicos:

4.7.1 Diferencias

1. En cuanto al origen. Los establecimientos públicos son creados por acto estatal; mediante ley, ordenanza o acuerdo, según se trate de organismos del orden nacional, departamental o intendencial, comisarial y municipal. (Arts. 76, 9o.; 187, 6o; 197, 4o; de la Constitución Nacional y ley 22 de 1985.).

Las instituciones de utilidad como surgen por virtud de la iniciativa particular.

1.1 En cuanto a la integración del patrimonio. Los establecimientos públicos son titulares de un patrimonio independiente que se integra con los bienes y recursos públicos señalados en el acto de creación en armonía con la disposición transcrita del decreto-ley 1050 de 1968.

El patrimonio de las instituciones de utilidad común se conforma por los bienes que integren la dotación

inicial hecha por el fundador o fundadores y por las rentas que aquellos produzcan o que asignen los propios fundadores y con los ingresos que perciban durante su existencia por razón de donaciones y asignaciones, subvenciones y como contraprestación por los servicios que presten esas instituciones.

1.3 En cuanto a la actividad desarrollada: Como se desprende de la definición legal, la actividad primordial de los establecimientos públicos se traduce en el ejercicio de funciones administrativas y en la prestación de servicios públicos propiamente tales.

La actividad propia de las instituciones de utilidad común se manifiesta a través de la atención de "servicios de interés social", que no tienen necesariamente la calidad de servicios públicos o de funciones administrativas.

1.4 En cuanto al régimen jurídico aplicable. Señalan las disposiciones arriba analizadas que los establecimientos públicos han de cumplir sus actividades propias conforme a las reglas del derecho público, mientras que las instituciones de utilidad común, por principio, están sujetas, de manera integral, a las reglas del

derecho privado. Lo anterior significa que los establecimientos públicos se someten a las normas que rigen al Estado, las cuales implican el ejercicio de las prerrogativas inherentes al poder público; las instituciones de utilidad común, por principio, se rigen por las disposiciones que de ordinario regulan las relaciones entre particulares.

1.5 En cuanto a las relaciones del Estado: De acuerdo con el art. 1o. del decreto ley 1050 de 1968, los establecimientos públicos forman parte de la rama ejecutiva del poder público, están adscritos a un ministerio o departamento administrativo "y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley, bajo la orientación y control de aquellos".

En armonía con el artículo 7o. del mismo decreto-ley 1050 de 1968, la tutela gubernamental a que están sometidos los establecimientos públicos "tenen por objeto el control de actividadesl y la coordinación de estas con la política general del gobierno".

4.7.2 **Similitudes.** Algunos de los elementos característicos públicos pueden predicarse, en principio, de las instituciones de utilidad común. No obstante, es lo cierto que en cada caso presentan proyecciones especí-

ficas, así:

1. La finalidad perseguida. Evidentemente que tanto las instituciones de utilidad común como los establecimientos públicos actúan en función de finalidades de interés general, a cuya prosecución deben orientar sus actividades.

2. La estructura fundacional: En consonancia con lo ya expuesto, mediante las instituciones de utilidad común uno o varios particulares, fundador o fundadores, buscan la consecución de la finalidad determinada por ellos mismos, dotando los bienes y rentas necesarios.

A través de los establecimientos públicos el Estado dispone una organización a la cual asigna un "patrimonio independiente" afectado a la prestación de los servicios públicos o al ejercicio de las funciones administrativas legalmente asignados a la respectiva entidad.

3. La calidad de personas jurídicas: Los establecimientos públicos ostentan la calidad de personas jurídicas por ministerio de la ley, con el solo hecho de su creación por la propia ley o mediante la ordenanza departamental o a través de acuerdo.

Las instituciones de utilidad común obtienen la personería jurídica, en cada caso, por virtud del reconocimiento gubernativo una vez acreditadas las condiciones previstas en la ley.

La personería jurídica habilita para actuar de manera directa en el comercio jurídico y para que la correspondiente entidad sea representada judicial y extrajudicialmente.

En cuanto personas jurídicas, el establecimiento público y la institución de utilidad común hállanse condicionados en su actuación propia por el principio de la especialidad, conforme al cual han de buscar siempre el cumplimiento del objeto propio, mediante el ejercicio de las facultades e instrumentos inherentes a su condición de personas jurídicas.

Pero el establecimiento público, como persona jurídica de derecho público, detenta las prerrogativas de poder público propias del Estado. En términos de la ley "los establecimientos públicos como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación" (decreto ley 3130 de 1968, art. 43), en compartida estas entidades, a través de la actividad de sus "órganos", sólo

pueden hacer aquéllo para lo cual estén facultados por la ley (Constitución Nacional, art. 20).

Las instituciones de utilidad común, si bien no son titulares, por principio, de prerrogativas de poder público en la consecución de su finalidad propia no lucrativa y en armonía con el mencionado principio de especialidad, pueden utilizar todos los medios e instrumentos legalmente permitidos, salvo las restricciones que imponga la ley (Constitución Nacional, artículo 20).

5. LAS PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO Y EL ESTADO

5.1 EL ESTADO, LOS PARTICULARES Y EL INTERES GENERAL

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 pueden 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.

Correlativamente, en el presente siglo, como es sabido, el Estado amplía y afianza su acción intervencionista que lo lleva no sólo 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 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.

5.2 AMBITOS DE ACTUACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Con el fin de analizar de manera sistemática los

diferente 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 estata-

les que determinan las finalidades específicas, la organización, el funcionamiento y la forma de ejercicio de la actividad o actvidades 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 constituyen una persona jurídica sin ánimo de lucro, asociación o fundación según los elementos estructurales propios.

5.3 COMPETENCIAS DEL LEGISLADOR Y DEL GOBIERNO RESPECTO DE LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO

5.3.1 Cláusula general de competencia legislativa. 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". Asi mismo 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.

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 éste para garantizar que las actividades desarrolladas por aquellas se ajusten a los preceptos constitucionales y a las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes puede y debe la ley señalar los instrumentos adecuados de inspección y vigilancia para cada caso y determinar las autoridades administrativas a quienes compete la titularidad y ejercicio de los mismos.

5.1.2 **Regulación de los servicios públicos.** En esta materia la Constitución consagra también la competencia general y plena del Congreso Nacional para regular el

servicio público. Y, como tiene aceptado la Corte Suprema de Justicia, "regular significa, para el caso, dar las reglas legales a las cuales debe sujetarse el servicio, bien en su organización o en su prestación, consultando siempre los demás preceptos constitucionales sobre el ejercicio.

Debe aclararse, 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"[17].

5.1.3 Competencia del presidente de la República respecto de las instituciones de utilidad común. A lo largo de este estudio se ha señalado que las personas jurídicas sin ánimo de lucro son de dos clases: asociaciones y fundaciones. Asimismo, se ha indicado que la Constitución consagra un régimen especial para la inspección y vigilancia de instituciones de utilidad común, dirigido a garantizar que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y que en todo lo

---

17 Sentencia citada de Sala Plena de 19 sept. de 1983. Expediente 1081, p. 7.

esencial se cumpla la voluntad de los fundadores.

Esta disposición contenida en el art. 120-19 y originaria de la Constitución de 1886, "introdujo una excepción a la suficiencia legislativa que, en principio y con carácter universal, la Carta confiere al Congreso"[18].

5.1.4 **Concurrencia de competencias del legislador y del ejecutivo.** Normalmente el ejercicio de las competencias atribuidas se ha de cumplir sin interferencia alguna, pues los ámbitos de acción están claramente delimitados y, como ha señalado la Corte: "En caso de conflicto con la ley, prevalecen las providencias del gobierno en los puntos que el ordinal 19 reserva a su decisión, porque el legislador no puede entrometerse en lo que solo pertenece a la reglamentación ejecutiva, que en el caso presente es autónoma y de fuente constitucional"[19].

---

18 Sentencia de 14 de diciembre de 1973. p. 8

19 Sentencia de 14 de diciembre de 1973. p.8.

6. RRGIMEN GENERAL APLICABLE A LAS PERSONAS JURIDICAS NO SOMETIDAS A REGULACION ESPECIFICA POR RAZON DE SU OBJETO

6.1 MARCO NORMATIVO

El régimen general básico de las asociaciones y de las fundaciones está definido en el Código Civil, conforme a lo ya expuesto; en normas especiales se encuentra la regulación complementaria aplicable a las instituciones de utilidad común o fundaciones, particularmente en cuanto a la vigilancia estatal sobre ellas.

Ya se expuso que mientras las actividades y finalidades específicas de las asociaciones admiten variación y gradación, siempre a la satisfacción de necesidades de interés general.

Dentro de esos contornos pueden los particulares ejercer su iniciativa para la consecución de variadas finalidades no lucrativas, sean o no de interés general.

6.2 PROYECCION DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO

Las diferentes funciones que corresponden al Estado respecto de las personas jurídicas sin fin lucrativo, teniendo en cuenta sus específicas finalidades, pueden agruparse así:

-Funciones basadas en las potestades de policía estatal. Comprenden todas las acciones encaminadas a la regulación de la inspección sobre el ejercicio de los derechos de asociación y fundación y respecto de la existencia y funcionamiento de las personas jurídicas.

-Funciones en orden al fomento y desarrollo de las asociaciones y fundaciones y al cumplimiento de sus fines propios. Se tipifican en regímenes de favorabilidad en diferentes ámbitos, particularmente de carácter tributario y a través de mecanismos de coordinación de sus actividades, de orientación de estas hacia ámbitos descuidados por el Estado o menos adecuados a su peculiar organización burocrática, con los consiguientes incentivos económicos, ventajas sociales y colaboraciones recíprocas[20].

---

20 Cfr. VILASECA, José María y MARCET. Relaciones de las fundaciones con la administración en el desarrollo de sus actividades, en temas actuales de fundaciones. Madrid, 1982, p. 86.

6.3 RECONOCIMIENTO DE LA PERSONERIA JURIDICA

La Constitución Política colombiana, al propio tiempo que consagra la permisión de formar asociaciones y fundaciones, establece que ellas pueden obtener reconocimiento como personas jurídicas en los términos que prescribala ley.

Es sabido que la consideración de las asociaciones y de las fundaciones como personas jurídicas permite acentuar y potenciar la independencia que les reconoce u otorga el ordenamiento en relación con sus representantes y miembros, reconociéndoles capacidad jurídica de obrar, y un patrimonio propio separado.

La intervención del Estado en función del reconocimiento de la personería jurídica a asociaciones y fundaciones presupone, en general, que éstas hayan sido creadas por el grupo de asociados o por el fundador o fundadores, según el caso, y varía de un ordenamiento jurídico a otro. Al respecto, siguiendo a LEHMANN, puede señalarse que se han enunciado y utilizando tres sistemas principales:

-Sistema de la libre constitución: basta con que varias personas se unan para alcanxar un fin permanente, deter-

minado por un acto jurídico constitutivo de la asociación, o que el fundador constituya la fundación fijando las finalidades y estableciendo los medios económicos para el cumplimiento de aquellas, también mediante un acto jurídico constitutivo.

-Sistema de la concesión: La asociación y la fundación solo alcanzan la personalidad jurídica en virtud de acto expreso de otorgamiento de la misma por el Estado.

-Sistema de las determinaciones normativas o normativo: La fundación y la asociación obtienen la personalidad jurídica cuando llenan ciertos requisitos legales y cuando el cumplimiento de ellos es atestiguado por un acto de la autoridad, generalmente mediante la inscripción en registro especial.

El régimen legal colombiano exige acto expreso de autoridad administrativa competente que reconozca la personalidad jurídica, previo examen del acto constitutivo y de los correspondientes estatutos llamados a regir el funcionamiento de la entidad asociativa o fundacional. Por ello, la personalidad jurídica apenas aparece cuando el Estado a través del órgano competente, expide el correspondiente acto donde debe constar la revisión y aprobación de estatutos y la

aseveración de no ser, el acto constitutivo ni aquellos, contrarios al orden legal y a la moral.

Ahora bien, la correcta interpretación del art. 44 de la Constitución Nacional restringe la discrecionalidad de las autoridades administrativas competentes para el reconocimiento como personas jurídicas. Cuando las asociaciones y las fundaciones se ajustan al orden público, a las buenas costumbres y a las leyes, como asevera el tratadista ANGARITA GOMEZ, siguiendo el texto del art. 636 del Código Civil, el ejecutivo "tiene que reconocerles esa personalidad que les ha de permitir actuar dentro del Estado".

a) Autoridad competente:

La regulación del reconocimiento de las fundaciones y asociaciones como personas jurídicas corresponde al legislador, conforme al entendimiento dado al art. 12 de la Constitución Política.

El Código Civil atribuyó al poder ejecutivo de la Unión (presidente de la República) la competencia para la aprobación de los reglamentos o estatutos de las corporaciones, señalando el carácter reglado de la misma, como ya se puso de presente; la aprobación de tales estatutos y reglamentos significa el reconocimien-

to de que la corporación puede actuar en la vida del derecho y figurar como sujeto de relaciones jurídicas, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones.

b) Cancelación de la personería jurídica:
Si corresponde a la ley la regulación de lo realtivo al reconocimiento de las asociaciones y de las fundaciones como personas jurídicas, es natural que lo atinente a la cancelación del reconocimiento dependa también del legislador, quien debe establecer, además de lo dispuesto constitucionalmente, los supuestos y las causales en que haya de fundarse la decisión de la autoridad administrativa competente.

En consonancia con esa previsión legal, el reglamento contnido en el decreto 1831 de 1988 dispone que la cancelación se hará "de oficio o a petición de los interesados, en los casos previstos en la ley".

c) Personas jurídicas extranjeras sin ánimo de lucro:
El art. 48 del Código de Procedimiento Civil estatuye que las personas jurídicas extranjeras de derecho privado con domicilio en el exterior, que establezcan negocios permanentes en Colombia, deberán constituir, en el lugar donde tengan tales negocios, apoderados con capacidad para representarlas judicialmente.

6.4 REGLAS DE ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO

Las reglas de organización y funcionamiento de las personas jurídicas a que nos referimos se establecen en los correspondientes estatutos. De conformidad con las disposiciones del Código Civil, los reglamentos o estatutos de las corporaciones son formados por ellas (art. 636) y las fundaciones se rigen por los estatutos que el fundador les hubiere dictado (art. 650).

Los estatutos y sus reformas deben someterse a la aprobación del poder ejecutivo, quien la concederá "si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres" (art. 636 del C.C.). En armonía con estas disposiciones, entonces, por principio, los partícipes en la asociación y el fundador o fundadores en la fundación, gozan de su autonomía para establecer las reglas de organización y funcionamiento de tales entidades. Sin embargo, en ocasiones y en razón de las particulares características de las actividades y finalidades a cargo de la persona jurídica, el legislador puede establecer reglas básicas que han de plasmarse en los correspondientes estatutos.

BIBLIOGRAFIA

ANGARITA GOMEZ, Jorge. Derecho civil, tomo I, 2ª. ed. Bogotá, Edit. Temis, 1988.

ARCINIEGAS FRANCO, Juan. Régimen legal de las instituciones de utilidad común (fundaciones), Bogotá, Editorial Dintel, 198.

CARRANZA, Jorge A. Las fundaciones en el derecho privado, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1977.

CASTRO MARTINEZ, José Joaquín. Tratado de derecho administrativo, 5a. ed. Bogotá, Edit. Argra, 1950.

FERRARA, Francesco. Teoría de las personas jurídicas. Madrid, Edit. Reus, 1929.

LEHMANN, Heinrich. Tratado de derecho civil, vol I. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1956.

LOPEZ JACOISTE, José Javier. Derecho de las fundaciones en España, Madrid, 1978.

LOW MUTRA, Enrique. Las sociedades y las entidades sin ánimo de lucro como alternativas para el desarrollo Biblioteca Cámara de Comercio de Bogotá, num 7, 1983

VALENCIA Zea, Arturo. Derecho civil, tomo I, Bogotá, Edit. Temis, 1972; Proyecto de Código de Derecho Privado, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980; "Proyecto de reforma al código civil" en "Tendencias modernas del derecho civil, Bogotá, Edit. Temis, 1989.

VIDAL PERDOMO, Jame. Derecho administrativo, 7a. ed. Bogotá, Banco Popular, 1980. "La colaboración de los particulares en la actividad administrativa", en El derecho administrativo en Latinoamérica, II Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986, p. 311 a 326.

VILASECA Y MARCET, José María: "Relaciones de las fundaciones con la administración en el desarrollo de sus actividades". Temas actuales de Fundaciones, num, 5, Madrid, Centro de Fundaciones, 1982.

WALINE, Marcel: Précis de droit administratif, Paris, Edit. Monchrestien, 1969.