

**CAPITULO PRIMERO**  
**PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO Y LA FUNCION**  
**ADMINISTRATIVA**

1. Personalidad jurídica y funciones estatales	21
2. Nociones de la personalidad jurídica. Concepto. Clases	23
3. Persona jurídica. Naturaleza e importancia. Elementos	25
- Concepto	25
- Elementos	26
- Criterios	26
- Representante	28
- Capacidad	28
4. Aplicación de la teoría de la personalidad jurídica al derecho público. Naturaleza. Teorías	29
- Teoría de la ficción	31
- Teoría de la negación	31
- Teoría de la realidad	32
- Otra teorías	33
- <i>Teoría de la dupla personalidad</i>	33
- Teoría del órgano	34
- Nuestra opinión	34
- Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado.	36
5. Personalidad jurídica del Estado en derecho colombiano	37
- Clasificación legal	37
- Reconocimiento legal	37
- Nación o Estado	39
- Conclusión	39

## CAPITULO PRIMERO

### PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Personalidad jurídica y funciones estatales 2. Nociones de la personalidad jurídica. Concepto. Clases. 3. Persona jurídica, naturaleza e importancia. Elementos. Concepto. Elementos. Criterios. Representante. Capacidad. 4. Aplicación de la teoría de la personalidad jurídica al derecho público. Naturaleza. Teorías: Teoría de la ficción. Teoría de la negación. Teoría de la realidad. Otras teorías: Teoría de la dupla personalidad. Teoría del órgano. Nuestra opinión. Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado. 5. Personalidad jurídica del Estado en derecho colombiano. Clasificación legal. Reconocimiento legal. Nación o Estado. Conclusión.

#### 1. PERSONALIDAD JURIDICA Y FUNCIONES ESTATALES

Abordar el concepto y problemática de las manifestaciones de voluntad de los entes públicos implica, ante todo, sumirse en la teórica misma

1. Vid, Carrejo, Simón. *Derecho civil*, Bogotá, t. I. Editorial Temis, 1972, pp. 273-284 y 409-429; Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, t. II, Abeledo Perrot, 1982, pp. 9-17; Cretella Junior, José. *Curso de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1967, pp. 32-53; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, t. I, Editorial Civitas, S.A., 1982, pp. 20-28, Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cap. III; Hauriou, André y otros. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, pp. 165-168; Linares, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo*, pp. 9-37; Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1978, pp. 1-93; Marienhoff S., Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, *Teoría general*, 1982, pp. 347-384; Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1981, pp. 40 y 41; Tafur, Alvaro. *Entidades descentralizadas*, pp. 43-50; Zipopelius Reinhold. *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1985, pp. 97-101.

del Estado y en especial, en aquella que se ocupa de la distribución del poder según las distintas funciones básicas, para concluir que, como fenómeno de lo político-jurídico, el Estado en su dinámica puede producir actos legislativos, judiciales o administrativos. Es decir, todo un universo de manifestaciones propias del desarrollo mismo del ámbito de competencias encomendadas normativamente. Se trata de decisiones adoptadas en los distintos extremos funcionales en cumplimiento de sus objetivos, y en procura de la consolidación de sus finalidades. Todo con sujeción al principio del respeto al bloque de la legalidad que permite, en todo estado de derecho, observar y determinar el ámbito de competencias de los distintos poderes.

Adicional a lo anterior, se hace necesario decantar otro de los elementos de la teoría general del Estado que complementa los expuestos. Se trata de revivir para el derecho público la llamada teoría de la personalidad jurídica del Estado. No podemos inmiscuirnos en la problemática de las decisiones del Estado sin antes indagar las razones por las cuales ese ente las adopta y las impone. ¿Cuál es su capacidad y de dónde proviene? ¿Por qué su poder coercitivo o su facultad obligacional? E incluso: ¿por qué adquiere a la luz del derecho, prerrogativas similares a las de los seres humanos tratándose de las relaciones internacionales? ¿o en las propias de su dialéctica interna, en asuntos como los referentes al reconocimiento de derechos fundamentales, antes solo predicables de las personas naturales?<sup>1A</sup>.

---

1A. Las personas jurídicas son titulares de los llamados derechos fundamentales, en todo aquello que no esté exclusivamente reservado a los seres humanos. En el caso colombiano, esta tesis fue aceptada por la Corte Constitucional en los siguientes términos: "el art. 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela... para los efectos relacionados con la titularidad de la Acción de Tutela se debe entender que existen derechos fundamentales, que se predicen de la persona humana... pero otros derechos, ya no son exclusivos, de los individuos, aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad, o realizar los derechos comunes. En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no *per se*, sino que en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto a criterio razonable del juez de tutela... o cuando las personas jurídicas, son titulares de derechos fundamentales..." Sala de Revisión N° 4, sentencia del 17 de junio de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. En este mismo sentido el interesante artículo de José Manuel Díaz Lema. ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas públicas? *Revista de Administración Pública*. N° 120 septiembre-diciembre, Madrid, 1989, pp. 79-a y ss. Sostiene este autor que el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas,

Esto ha llevado a que se admita que el Estado es una verdadera persona de las llamadas morales o jurídicas, creada por el derecho; y que los actos -legislativos, administrativos o judiciales- que en su cumplimiento nazcan a la vida jurídica no sean más que un producto de su personalidad.

El Estado, entendido como persona jurídica, nos resulta un sujeto de derecho -al lado de las personas naturales y de otras personas jurídicas-, que se compromete por los actos resultantes de sus actuaciones. De no ser así, de no entenderse el Estado como una persona de creación abstracta por el derecho, no sería posible explorar los conceptos y contenidos de la teoría general del acto y sus implicaciones en los campos de su eficacia y validez, ni mucho menos entender la capacidad del Estado para ser titular de derechos, obligaciones o su permanencia e incluso su carácter de sujeto activo o pasivo procesal<sup>2</sup>.

El asunto adquiere tanta importancia, que me atrevería a afirmar, que está en íntima y directa relación con toda la problemática de la institucionalización del poder. Es más, estado de derecho es fuente indiscutible de personalidad jurídica.

## 2. NOCIONES DE LA PERSONALIDAD JURIDICA. CONCEPTO. CLASES

Vista la natural relación entre la personalidad jurídica del Estado, sus funciones, y los actos que en razón de cada una de ellas sean proferidos, nos corresponde examinar la teoría general de la personalidad, con el

---

públicas es un caso más de la expansión interpretativa de los mismos, que no ha sido ampliamente aceptado, por ejemplo en la jurisprudencia alemana, concluye reconociendo que ciertas personas públicas pueden ser sujetos de derechos fundamentales.

2. *Cfr.*, Hauriou, André y otros. *Op. cit.*, *supra*, p. 165. José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, p. 12, Cavalcanti, Themístocles Brandao. *Teoría dos Atos Administrativos*; Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo 1973, pp. 3 y ss. Massera, Alberto. Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel Diritto Amministrativo; I Stato- persona e Organo Amministrativo profili storico - dogmatici; Guido Landi e Giuseppe Potenza; Manuale di Diritto Amministrativo; nona edizione; Giuffrè- Editore; p. 69 y ss.

fin de aclarar y comprender sus elementos, útiles para una posterior aplicación de ellos al concepto de Estado como persona jurídica, es decir, al Estado sujeto titular de deberes y obligaciones.

Los conceptos fundamentales de persona en sus diferentes connotaciones pertenecen a la teoría general del derecho, lo que los hace predicables -con las limitaciones del caso- a las fundamentaciones teóricas del Estado personal moral.

En el lenguaje jurídico; son personas los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones, en otras palabras: sujetos portadores de facultades y deberes, nacidos los primeros en el derecho subjetivo y originados los otros en las estipulaciones jurídicas<sup>3</sup>.

La doctrina reconoce corrientemente dos clases de personas: los individuos de la especie humana llamados personas físicas, y ciertos establecimientos, fundaciones o seres colectivos a los cuales se les da indiferentemente el nombre de personas morales, jurídicas, civiles, abstractas, intelectuales o ideales. Fuera de estas dos clases de personas, capaces de actuar en la vida y ser por consiguiente sujetos de derechos y de obligaciones, no se conocen otras.

3. Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de agosto 21 de 1940, Gaceta judicial, vol. I; p. 197; Carrejo, Simón. *Derecho civil, cit.*, sobre la etimología de persona dice: "Los vocablos persona y personalidad provienen del Teatro dramático griego de la antigüedad; allí se empleaba el término persona para indicar la máscara con que se caracterizaba cada uno de los actores. Otras tendencias etimológicas relacionan la palabra persona con la expresión, perfecta *somans*, y aun con la locución *per-se* una, ambas indicativas de la unidad asignada al ser calificado como persona". Ver también, Maggiore, Giuseppe. *Derecho penal*, Bogotá, vol. II, Editorial temis, 1955, pp. 254 y 259, quien sobre el concepto jurídico sostiene: "En sentido jurídico, persona es el sujeto del derecho, o sea, el punto de referencia o control de imputación -para decirlo con Kelsen- del ordenamiento jurídico objetivo. En realidad, este ordenamiento es hecho para el hombre, pero el hombre a su vez existe como *subjetum juris* (sujeto del derecho), con relación al ordenamiento jurídico". Resulta oportuno hacer referencia a la interesante tesis del fundador de la Escuela de Viena: Kelsen, Hans. *Op. cit.*, para quien: "La Distinción de Hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes... compruébese esto en la distinción entre personas 'físicas' y 'personas jurídicas', sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de Derecho que no son Hombres. Ahora bien, es indudable que para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona 'física', como sujeto de Derecho ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que es reservado hasta ahora el nombre de personas jurídicas; una y otra tienen que ser referidas al denominador común del Derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica..." (p. 82).

Siguiendo esta orientación de la teoría general del derecho, el ordenamiento privado colombiano consagra en el artículo 76 del Código Civil, que las personas son naturales o jurídicas. Para efectos de nuestro estudio, nos orientamos por esta última categoría de personas.

### **3. PERSONA JURIDICA. NATURALEZA E IMPORTANCIA. ELEMENTOS**

Como ocurre con la generalidad de las instituciones jurídicas, la noción de la personalidad moral es el resultado del desarrollo de formas jurídicas nacidas en la antigüedad que, con el transcurso de los años, se fueron perfeccionando hasta ser objeto de una elaboración positiva por los teóricos iusprivatistas alemanes, seguidores del pandectismo.

#### **Concepto**

La personalidad jurídica o moral, no es más que la atribución por el ordenamiento jurídico de derechos y de obligaciones a sujetos diversos de los seres humanos, circunstancia ésta que nos permite afirmar que las personas jurídicas son, en estricto sentido, un producto del derecho, y sólo existen en razón de él; sin su reconocimiento, nunca tendrán personalidad moral las colectividades; ni serán entes con existencia material, o corpórea; son el producto abstracto del derecho que permiten a comunidades jurídicamente organizadas cumplir los objetivos trazados por sus miembros<sup>4</sup>.

El Código Civil colombiano define la persona jurídica destacando los atributos propios de las personas naturales, es decir, que son entes capaces de tener derechos y contraer obligaciones, asimilando de esta manera, para efectos prácticos, la esencia jurídica de los seres humanos a colectividades jurídicamente organizadas<sup>5</sup>.

---

4. *Cfr.*, Carrejo, Simón. *Op. cit.*, pp. 409 y 410; En igual sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de agosto 21 de 1940, vol. L, p. 197; sostuvo este autor en su providencia refiriéndose a la naturaleza de la persona jurídica, que: "Existen sólo en el derecho y por el derecho. Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades de individuos... El reconocimiento puede ser obra de la Ley o de una actuación administrativa".

5. Código Civil colombiano, libro I, título XXXVI, artículo 633: "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

## Elementos

La legislación civil, ha enunciado como elementos indispensables para la existencia de una persona jurídica, la autorización del ordenamiento positivo, sea esta presunta, como sucede en algunos eventos del derecho público, (por ejemplo, en el caso de la creación de una entidad territorial) expresa a través de autorización legal o administrativa; o automática como en el caso del artículo 39 Constitucional sobre sindicatos. Adicionalmente, la existencia de unos representantes, un patrimonio y capacidad suficiente, diversa a la de sus miembros, en su conjunto, estos elementos acabarían por estructurar la persona jurídica, creación del ordenamiento<sup>6</sup>.

## Criterios

En derecho colombiano, lo genérico de la regulación constitucional, permite concluir que el Estado, a través del Congreso tiene la posibilidad de regular el régimen del reconocimiento de la personalidad jurídica. No solo en interés general, como sería en el caso del ejercicio de lo preceptuado en el Art. 50 numeral 23, que otorga una competencia general al Estado para regular el ejercicio de las funciones públicas, sino también en aquellos casos especiales, en que la Constitución califica las personas jurídicas para efectos de su control o vigilancia, como sucede en las hipótesis del artículo 150 numeral 19, literal d), sobre regulación de actividad de personas dedicadas al ejercicio financiero, bursátil, asegurador o de aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público, en concordancia con el Art. 189 numerales 24 y 25 Constitucional.

En este sentido, y respetando lo que la Constitución hubiere dispuesto, podemos concluir que el régimen nacional de las personas jurídicas está sujeto a regulación legal por mandato constitucional, el cual

---

6. Carrejo, Simón. *Op. cit.*, p. 413, justifica los requerimientos para la existencia de persona jurídica de la siguiente manera: "Hay razones de orden político, porque el Estado debe vigilar los entes que se forman en su interior, so pena de fomentar rivales poderosos que puedan poner en peligro su estabilidad... El Estado tiene positivo interés en la circulación de los bienes".

puede establecer los mecanismos que considere prudentes para su reconocimiento o regulación<sup>7</sup>.

Son cuatro los medios posibles para el reconocimiento de la personería jurídica: Uno: el llamado privilegio legal, consistente en que la misma ley determina qué entes, por su mandato, son personas jurídicas. Dos: el sistema del privilegio administrativo, mediante el cual el gobierno, autorizado por la ley, imparte aprobación a las colectividades que cumplan con las exigencias y requisitos para obtener su personería jurídica. Tres: el del reconocimiento automático, según el artículo 39 Constitucional, que otorga a los sindicatos este privilegio sin intervención de decisión estatal. Y el cuarto medio, el que parte del supuesto de la reunión previa de determinados requisitos para la existencia de la persona jurídica, sin mediar el reconocimiento expreso posterior, como en el caso de las sociedades e incluso frente a la discusión del Estado como persona jurídica.

Tratándose del privilegio legal, este puede optar por la modalidad del reconocimiento presunto, y vale repetir el ejemplo de las sociedades -en los casos en que la ley ha indicado qué colectividades pueden adquirir por su mandato al estatus de persona jurídica-, esto ha llevado a la jurisprudencia a sostener la tesis del reconocimiento de la personalidad moral por la sola existencia de la comunidad<sup>8</sup>.

---

7. Constitución Política de Colombia, artículo 14 "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 16 "todas las personas tienen al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Artículo 38 "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad". Artículo 39 "Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del Acta de Constitución... la cancelación o suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial..." Artículo 118 "el Consejo Nacional Electoral, reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos..."

8. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de agosto 28 de 1948, Gaceta Judicial, vol. LXVI, p. 731; sobre la personalidad jurídica por la sola existencia dijo: "Sobre esta base reconoció inicialmente el Código como persona jurídica a las corporaciones y a las fundaciones de beneficencia... Más tarde introdujo la Ley dentro de esta especie de personalidad moral a la nación, los departamentos los municipios... Estas nuevas personas jurídicas asumen tal calidad desde su creación". Sobre los sistemas de reconocimiento, esta sentencia afirma que existe el sistema del privilegio legal administrativo o gubernamental.

## Representante

Las personas jurídicas deben poseer necesariamente un representante que le permita realizar, a su nombre, los actos para los cuales estén capacitadas y autorizadas. Por tratarse de personas sin una existencia corpórea, deben acudir a un "ser" que interprete y ejecute su objeto, que actúe a su nombre. Estos individuos, que necesariamente deben ser personas naturales, son los llamados órganos de la persona, correspondiéndoles las tareas ya indicadas anteriormente y que comprometen a la persona moral<sup>9</sup>.

## Capacidad

En lo que corresponde a la teoría general del derecho, el término persona jurídica equivale a la reunión de individuos y bienes con relevancia jurídica, que directamente son considerados como sujetos del derecho. Por otra parte, el concepto de personalidad es la cualidad inmotora abstracta que hace a la persona apta, capaz, de ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cual no implica que estemos identificando la personalidad con la capacidad, por cuanto la primera la entendemos

---

Sentencia de 7 de noviembre de 1955, Gaceta Judicial, vol. LXXXI, p. 922, sala de negocios generales: "La calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate".

9. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de junio 13 de 1975, Gaceta Judicial, vol. XLI, p. 124: "El modo de comportarse de estas dos clases de personas dentro del mundo del derecho, empero no es idéntico, pues en tanto que el hombre, la persona física, puede actuar por sí mismo, sin el ministerio de otra que la dirija o que lleve su vocería, las personas morales, por su misma naturaleza, ya que son entes colectivos distintos de las personas naturales que las integran, no pueden realizar por sí mismos los actos jurídicos típicos de la vida del Derecho; sus decisiones se toman a través de órganos suyos creados con tal fin y su voluntad jurídica se realiza o concreta por intermedio de las personas naturales en quienes se ha radicado su representación a través de los cuales obra". Hauriou André y otros. *Op. cit. supra* nota número 1 p. 165: ilustra este autor, de manera acertada, el problema del Estado y sus agentes: "... En el Estado así creado y constituido, como un organismo estructurado, se produce diariamente un fenómeno curioso. Algunos individuos actúan, y los resultados, de su acción afectan a la colectividad estatal entera... cuando estos diversos magistrados o agentes, cumplen actos propios de sus funciones, su personalidad desaparece y las consecuencias de su actividad se remiten al Estado. En el lenguaje jurídico se dice que estos individuos ...son órganos del Estado y que el Estado es una persona jurídica...".

en el sentido amplio de aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, y a la segunda la ubicamos como una consecuencia inevitable de la personalidad. Mientras la capacidad es una cualidad intrínseca de un sujeto que le permite ser el centro del derecho, la personalidad es, por su naturaleza, mucho más amplia y abarca también la capacidad, lo cual hace que la misma -la personalidad-, según la doctrina, sea considerada como absoluta, unitaria e indivisible.

La capacidad es limitada, específica y restringida; admite divisiones como las conocidas de goce y de ejercicio. Además, como lo anota certeramente el profesor Carrejo<sup>10</sup>: "Debe hacerse notar que mientras la idea de personalidad es estática, la de capacidad es dinámica; al paso que la primera se refiere a una cualidad del ser humano o de las agrupaciones dichas en sí mismas consideradas, la segunda es una posibilidad de actuación en la vida jurídica".

#### 4. APLICACION DE LA TEORIA DE LA PERSONA JURIDICA AL DERECHO PUBLICO. NATURALEZA. TEORIAS

El tránsito histórico del Estado ilimitado e individualista al Estado institucionalizado implicó para el derecho, la estructuración de una nueva tipología y terminología jurídica amplificadora del pensamiento jurídico.

Acudiendo a las elaboraciones iusprivatistas de los teóricos del pandectismo, tratadistas como Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek, entre otros, trasladaron los planteamientos sobre la persona jurídica al derecho público, sosteniendo que ésta -la personalidad jurídica- permitía entender en su plenitud al Estado, justificando y sosteniendo su relación con el derecho y constituyéndose, de esta manera, "en el presupuesto de toda construcción jurídica en derecho público"<sup>11</sup>. Es decir, que correspondiéndole al Estado la cabeza de la juridicidad o

10. Carrejo, Simón. *Op. cit.*, p. 277; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de mayo 6 de 1954, Gaceta Judicial, vol. LXXVII, p. 556.

11. Dromi, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires. Editorial Astrea, pp. 53 y 55; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 20.

personalidad jurídica, la totalidad de sus elementos y funciones se explicarían a partir de él. Las funciones legislativa, ejecutiva o judicial, son entonces funciones del Estado como persona jurídica y no actividades independientes, aisladas, del tronco central orientador y detentador del poder unificador<sup>12</sup>.

La teoría de la personalidad jurídica del Estado no es una concepción que pretenda negar los otros calificativos o definiciones que sobre el fenómeno estatal se han expuesto. Todo lo contrario, pretende encontrar una justificación, desde el punto de vista de esta disciplina, de lo que es el Estado. No niega las elaboraciones políticas, sociológicas o económicas que se hagan sobre el mismo, busca ante todo encuadrar al Estado dentro de la dinámica de lo jurídico, explicando la institución desde esta óptica. De no acudir a este instrumento interpretativo, serían muchas las dudas y conflictos que la existencia inevitable del Estado provocaría entre quienes debemos enfrentar sus constantes manifestaciones.

Pese a lo anterior, en el derecho no ha existido uniformidad en cuanto a la existencia y alcance de la personalidad jurídica. Son muchas las tesis y teorías que se han expuesto, algunas de ellas desechando por completo la posibilidad de que el Estado sea una persona jurídica.

En este sentido observamos cómo los teóricos ius-publicistas han acudido, para la sustentación o negación de la personalidad jurídica del Estado, a los trabajos que sobre la materia elaboraron los pensadores ius-privatistas. Es así como se han expuesto las mismas tesis básicas de la Teoría general en torno a la personalidad jurídica del Estado: la

---

12. Puede ampliarse este tema en la obra de García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota No. 1 pp. 22 "El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: Ya no se vé en el Estado, un conjunto de poderes individualizados... sino una persona jurídica que realiza múltiples funciones". Estos autores plantearon igualmente, que de manera exclusiva, la administración pública, además del Estado, es persona jurídica. Por lo que se refiere al Parlamento, más que un órgano del Estado, debe concebirse, como "un órgano del pueblo, auténtico, titular de la propiedad del poder"; y por lo que se refiere a los jueces y tribunales, tampoco deben concebirse como órganos del Estado, sino del derecho. Véase las interesantes críticas a estos planteamientos en: Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo Español; por Fernando Garrido Falla. *Revista de Administración Pública*, No. 97 enero-abril de 1982, Madrid.

de la ficción, la de la negación, y la de la realidad. Concepciones que de una manera u otra se incorporan a la doctrina del Derecho Público como sustentos invaluable para la discusión sobre la naturaleza jurídica del Estado<sup>12A</sup>.

### **Teoría de la ficción**

Se trata de la concepción clásica sobre la personalidad jurídica. Fue sostenida y defendida por teóricos como Savigny (*Traite de Droit Romain*); Windscheid (*Pandette*); Aubry e Rau (*Cours de Droit Civil Francais*); Lyon Caen e Ranault (*Traite de Droit Commercial*); Baudry - Lacantinerie e Foucade (*Traité theorique et pratique de Droit Civil*); Berthelemy, Michoud (*La Theorie de la Personalité morale*). Sostienen sus elaboradores que los sujetos jurídicos son única y exclusivamente, para fines jurídicos, creados por la ley. Es decir, el sujeto no es en la práctica un sujeto. La persona moral según esta teoría es una unidad ideal, independiente de las personas físicas que la ponen de manifiesto en el mundo del derecho.

### **Teoría de la negación**

Parte esta tesis del supuesto que las personas jurídicas no existen como tales, por lo tanto la única realidad jurídica subjetiva posible, está en cabeza de los asociados o miembros de la misma. En este sentido, el Estado sería, por ejemplo, un conjunto de autoridades y de voceros o agentes, que realizan efectivamente la autoridad. Nace esta teoría en las pugnas doctrinarias en torno a la teoría de la ficción. Sus defensores tuvieron que admitir la personalidad del hombre y negar la existencia de seres artificiales. Esta tesis se desprende de los trabajos principalmente de Ihering (*L' Evolution du Droit*); Saleilles (*De la Declaration de Volonté*); y Planiel (*Traite de Droit Civil*).

---

<sup>12A</sup>. Allan R. Brewer-Carías. La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual, de la clasificación de los sujetos de derecho: *Revista de la Facultad de Derecho*. No. 57 abril de 1976, Universidad Central de Caracas, p. 115. Sostiene este autor que no nos debemos extrañar de la utilización de las normas y principios del derecho privado en el derecho público. El fenómeno del intervencionismo estatal, ha hecho que recíprocamente el ordenamiento público y privado, compartan sus contenidos. De esta forma resulta perfectamente posible, encontrar en la administración personas jurídicas, con regímenes similares a las de las privadas y personas supuestamente de derecho privado, sujetas a normas de orden público.

## Teoría de la realidad

La idea central de esta tesis es que las personas jurídicas tienen una real y plena existencia, no sólo como expresión de la ley sino de la voluntad de quienes deciden conformarlas. Entidades con estructura y existencia propias, diferente a la de sus miembros, las cuales, si bien no tienen un contexto físico, si pueden desprender sus caracteres de los convenios o normas que les dan su configuración; de aquí que el Derecho las reconozca, acepte y les permita actuar en el tráfico jurídico. Esta tesis es defendida fundamentalmente por Jellinek (sistema dei diritti publici subbietivi) y, Gierk, Michoud.

Sostiene Jellinek, que la personalidad jurídica resulta de la ley, y no de condiciones físicas. No se puede comprender la personalidad jurídica de una persona aislada, porque ella presupone una idea de relación y de dependencia. Dentro del positivismo, la tesis es dada por Adolfo Merkl, para quien la idea de la personalidad jurídica resulta indispensable para la construcción jurídica de los derechos subjetivos y la actividad del Estado.

Esta teoría es arduamente criticada por Ius-publicistas tales como Duguit (Droit Constitutionnel) y Jéze (les principes Généraux de Droit Administratif). Para el primero, la teoría de la realidad o de la existencia de la persona jurídica estatal, implica el acercamiento a las teorías individualistas del derecho, las cuales no son las que deben orientar la concepción de Estado. "... No se puede aceptar la doctrina, todavía dominante, del Estado persona colectiva soberana... porque reposa sobre conceptos metafísicos sin valor; de una parte la pretendida personalidad de la colectividad, que tendría una conciencia y una voluntad y de la otra parte la soberanía, es decir, el poder de formular órdenes que pertenece a esta voluntad soberana..."

Jeze, por su parte, al referirse al asunto sostiene que se trata de "... un dogma, una religión en la cual no creo. No tengo fe; ha pasado el tiempo de esta religión... el Derecho Público y Administrativo no puede ser expuesto recurriendo a la ficción de las personas morales..."

## Otras teorías

### Teoría de la Dupla personalidad

Vale destacar dentro de este análisis una última e histórica teoría, expuesta por algún sector de la doctrina en su preocupación por resolver algunos conflictos prácticos del derecho público. Se trata de la Teoría de la Dupla Personalidad, expuesta por D' Alessio en Italia (Istituzioni, de Diritto Amministrativo Italiano), y por Otto Mayer en Alemania (Droit Administratif Allemand). Esta teoría inspirada en principios del derecho natural, parte de una doble personalidad jurídica del Estado, en sus relaciones en el mundo jurídico. Personalidades, una de orden estrictamente político, emanada del ejercicio del poder y otra de orden económico, derivada de los asuntos de la hacienda o el fisco estatal.

La primera de las personalidades, por su mismo carácter de política, es propia del derecho público; donde el Estado actúa con criterios diferentes a los de los simples particulares, no puede ser objeto de obligaciones jurídicas. La segunda personalidad, esto es la emanada del fisco, sitúa al Estado en el mundo de las relaciones del derecho privado, permitiéndole todas las prerrogativas de los sujetos de aquel ordenamiento, es decir, ser sujetos de derechos y obligaciones. El fisco se sostiene, es la Caja o el Tesoro, por lo tanto a partir de él, se producen las relaciones de orden civil y patrimonial del Estado. El fisco, por lo tanto, debe representarlo.

Cuando el Estado ejerce el poder público, no puede ser objeto del Derecho Civil; mas si actúa como particular, esto es, cuando compra, vende, contrata, etc., está sometido a un régimen perfectamente distinto al público y debe regirse por las normas de las relaciones privadas. Esta teoría elemental, tuvo su arraigo en algunas legislaciones, sin embargo, ante la claridad de las modernas concepciones antes expuestas puede rebatirse ampliamente. No es la actividad del Estado la que determina la naturaleza de la personalidad. Es la personalidad jurídica la que le permite ejercitar ampliamente cada una de sus funciones, entre las cuales pueden existir algunas que se asimilen a las de los particulares.

## Teoría del órgano

Expuesta entre nosotros, a manera ilustrativa, por el profesor brasileño, Themístocles Brandao Cavalcanti, pretende revivir la antigua teoría fisiológica de los poderes o teoría de los órganos según la cual, en su aplicación a la personalidad jurídica, significa que la personalidad del Estado se encuentra desdoblada en diferentes partes de su estructura. El Estado así visto, aparece como un organismo complejo, constituido de elementos que representan verdaderas unidades autónomas a través del cual se ejercen sus funciones. Para sustento de esta tesis se toma el ser humano, su conformación y actividad, asimilando las funciones del Estado. Esta tesis sirve de fundamento a la personalidad jurídica del Estado y de sus integrantes. Como por ejemplo, en el caso colombiano, la de las entidades territoriales.

Podemos concluir que son muchos los planteamientos que se han realizado, tratando de identificar la aplicación del concepto al derecho público e incluso con el fin de negarle al Estado su participación naturalística en este concepto. Nuestro estudio no pretende abordar cada una de ellas en extremo, tan sólo desea presentar lo existente, con el fin de reafirmar nuestra convicción de la necesidad del reconocimiento pleno de la personalidad jurídica del Estado<sup>13</sup>.

## Nuestra opinión

Consideramos que la discusión sobre la naturaleza jurídica puede, en la hora actual, tenerse como superada ante la evidencia de ser el

---

13. Cfr., Marienhoff S., Miguel. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 351 y ss., Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Constitucional General*, 2a. edición, Universidad Externado de Colombia, 1981. pp. 65 y 66. Puede consultarse el completo estudio realizado por el Prof. italiano Alberto Massera *Op. cit. supra* nota no. 2; en donde se detallan la totalidad de las tesis expuestas sobre la personalidad jurídica del Estado: "La personalidad jurídica dello stato nella dottrina di lingua germanica (Albrecht, Savigny, Gerber, Laband, Gierke, Jellinek; Mayer Wolff) La personalidad jurídica dello stato nella dottrina francese (Berthelény Hauriou, Duguit, Carré de Malberg). La Personalidad jurídica dello stato della dottrina italiana (L. Meucci, G. Montellini, Orlando Ranelletti, romano). Complementan el tema, los estudios de Rodolfo Bullrich, principios generales del derecho Administrativo, Buenos Aires, 1942; Themístocles Brandao Cavalcanti. *Op. cit. supra* nota no. 2. y Wilson de Souza. *Campos Batalha*, Teoría Geral. do Direito; forense; Rio de Janeiro 1982, p. 1969.

Estado un ente dotado de personalidad jurídica<sup>14</sup>. El problema, como lo anotamos, no radica en si es o no el Estado persona jurídica y, por lo tanto, si en el derecho público puede o no sostenerse la existencia de la figura de la personalidad jurídica; consideramos, desde un punto de vista naturalístico y real, que por el mero hecho histórico de la aparición del Estado -concepto jurídico-, este se estructura como persona jurídica por fuera de las consideraciones teóricas respecto de su reconocimiento constitucional o legal.

Aceptada la personalidad jurídica del Estado, las controversias se radican en el campo de aplicación de la misma y en sus diversas funciones.

Sobre este espinoso asunto, la doctrina se ha enfrentado llegándose a sostener, por parte de los llamados defensores de la personalidad integral, que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de los tres poderes, lo que convierte a éstos en simples órganos del Estado como persona jurídica.

Otro sector contrario a lo anterior, afirma que cada uno de los órganos o ramas del poder público gozan de autonomía, en razón a que tienen personalidad jurídica diversa de la del Estado. Esto sería aceptable, única y exclusivamente en aquellos casos en que la Constitución y la Ley así lo prevea. Un tercer sector doctrinal, que podríamos denominar defensores de la personalidad jurídica de la sola función administrativa, considera que, por encima de todo, el Estado constituye una personalidad jurídica, pero que igualmente y de manera especial se le reconoce al Poder Ejecutivo, es decir, a la administración pública.

Para el derecho administrativo, la administración pública puede ser una persona jurídica organizada globalmente que ejecuta, que tiene autonomía; es un sujeto de derechos y en consecuencia, es fuente de declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de patrimonio

---

14. En igual sentido, Alessi, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, tomo I, Casa Editorial Bosh, 1970, p. 39. Reinhold Zippelius. *Op. cit. supra* nota No. 1. "... según el ordenamiento jurídico positivo de que se trate, no sólo pueden ser sujetos de imputación jurídico-técnica el Estado, los municipios, etc., como totalidades, sino también sus diversos órganos...".

y eventualmente responsable por sus actuaciones. Solo si hay reconocimiento expreso de lo contrario, el ente jurídico continuaría siendo el Estado. Esta teoría deja por fuera de la personalidad jurídica autónoma a las funciones judicial y legislativa, apartándolas directamente de lo que podríamos denominar el objeto del derecho administrativo, pero sin negar que disfrutan de la del Estado<sup>15</sup>.

En nuestro concepto, y según lo que vimos acerca de la personalidad jurídica del ente estatal, el reconocimiento o estructuración a nivel interno de personas jurídicas de derecho público le corresponde irremediablemente a la Constitución o la ley.

### Consecuencias de la personalidad jurídica del Estado

Es uniforme la doctrina al considerar como efectos principales de la personalidad jurídica del Estado las siguientes características: a) Somete el Estado al ordenamiento jurídico, correspondiéndole responder por las actuaciones de sus representantes; b) Explica al Estado como sujeto demandante o demandado, o contratista; c) Le otorga continuidad y perpetuidad, a pesar de sufrir cambios de sistemas o de regímenes; d) Permite comprender la estructura y naturaleza de los actos proferidos por los diversos órganos, en especial los administrativos<sup>16</sup>.

---

15. Cfr., García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, supra nota N° 1. p. 20. Garrido Falla, Fernando. *Reflexiones.... op.cit.*; supra nota N° 12. Son cuatro las tesis sobre en quien recae la personalidad jurídica: sólo en la administración; en el Estado; sólo en la administración pública pero con posibilidad de sectorizarla a sus órganos no administrativos; tanto en el Estado como en la Administración.

16. Cfr., Hauriou, André y otros. *Op. cit.*, p. 168. Dromi, José Roberto. *Op. cit.* supra nota N° 2; agrega este autor algunas otras: "Las relaciones patrimoniales del Estado; las relaciones de poder y su exteriorización; las acciones de responsabilidad, y las relaciones interadministrativas.

## 5. PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO

### Clasificación legal

En derecho positivo público colombiano, de larga data, se viene aceptando la teoría de la personalidad jurídica, inicialmente en el ordenamiento civil y posteriormente en normas de carácter iuspublicistas, siguiendo directrices doctrinales. De manera general, se han clasificado las personas jurídicas en: de derecho público y de derecho privado. Las primeras son aquellas que deben su creación a los desarrollos legales del derecho público; en el decir de nuestra Corte: "aquellas... en que se traduce el poder del Estado, ya directamente, ya como derivación del mismo en orden de la prestación de servicios públicos"<sup>17</sup>.

En razón a su especialísima naturaleza, la legislación civil ha excluido las normas referentes a este tipo de personalidad jurídica. El artículo 635 del Código Civil colombiano estipula que las disposiciones contenidas en el título sobre personas jurídicas no se extienden a las corporaciones o fundaciones de derecho público, tales como los establecimientos que se financien con fondos del tesoro nacional. Las segundas son objeto del derecho civil y de ellas no nos ocupamos en el presente trabajo.

### Reconocimiento legal

El legislador, ante la carencia de reglamentación ha dictado, a través de los años, una serie de normas que le han dado cuerpo propio a la institución, clarificando de paso el régimen aplicable a los actos proferidos por estos organismos. Es así como en 1887, mediante la Ley 153 -artículo 80-, se determinó que serían personas jurídicas de derecho público: "la nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y las corporaciones creadas y reconocidas por la ley". Dentro de esta

---

17. Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 8 de 1962, Gaceta Judicial, tomo XCVIII, p. 61.

evolución, y acogiendo directivas doctrinales, mediante el Decreto 393 de 1957, se estableció que los anteriores establecimientos adquirieran su condición de personas jurídicas desde el momento en que se constituyeran y de conformidad con el acto de poder público que los creaba. Los actos posteriores del gobierno nacional, no tenían otra finalidad que la de establecer si los estatutos de dichas entidades se acomodaban a la ley que los creó y a la moral o al orden legal. De esta forma se acogió en el derecho colombiano, la tesis de la atribución legal, incluso para la Nación -Estado-, aunque en nuestra opinión en este último caso, era innecesario, si se tiene en cuenta, como lo sostiene Dromi, que el Estado es persona jurídica desde el mismo momento de su creación, sin necesidad de un reconocimiento expreso. La sólo institucionalización del poder, es decir, el establecimiento de un régimen político, con normatividad jurídica, constituye el Estado y de ahí se desprende su personalidad jurídica<sup>18</sup>.

Con la reforma administrativa de 1968 se llegó a un alto grado de claridad respecto a la personalidad jurídica del nivel descentralizado nacional por servicios. Precisamente con la expedición de los Decretos 1050 y 3130 de dicho año y con desarrollos posteriores, como los contenidos en el Decreto 130 de 1976, se ha logrado conformar un cuerpo de instituciones estatales de primero y segundo grados en donde la base fundamental jurídica de su existencia obedece al reconocimiento que se hace de su personalidad.

Recientemente, con la expedición de los códigos de régimen departamental y municipal, se ha logrado en buena parte que las orientaciones sobre el régimen jurídico -incluyendo la personalidad- de la descentralización nacional, sirvan de orientadoras a nivel seccional (Decreto 1333 de 1986, artículos 156 a 165; Decreto 1222 de 1986, artículos 252 a 287). De igual manera, en los anteriores ordenamientos se reitera que tanto la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios, constituyen personas jurídicas (Decreto 1333 de 1986, artículo 4; Decreto 1222 de 1986, artículo 3).

---

18. Dromi, José Roberto. *Op. cit. supra* nota N° 2; p. 12: "La personalidad jurídica del Estado surge directamente del ordenamiento constitucional...".

## Nación o Estado

Consecuentes con lo anterior podemos anotar que en Colombia, de manera general, la personalidad jurídica la tiene el ente soberano nación; (Esto por cuanto se incurre en la inexactitud de considerar a un concepto sociológico como el de Nación, como persona jurídica. Lógico sería entender que la personalidad jurídica es propia del Estado, este sí de estirpe jurídica) pero que emanada de él, la ley se la ha concedido a algunos organismos de la estructura organizativa, en especial a la llamada rama ejecutiva o administrativa del poder público, por lo que sus actos -como forma de manifestación- son el producto de la actividad de personas reconocidas legalmente como personas jurídicas.

## Conclusión

La idea fundamental de este primer capítulo es llegar a la conclusión de que los actos del Estado, son el resultado de la manifestación de las personas jurídicas de derecho público en ejercicio de sus funciones o de los simples órganos del Estado que, amparados en su personalidad jurídica, ejercen funciones administrativas, como puede ser el caso de los Ministerios, Departamentos Administrativos o de los órganos de control como la Procuraduría o las Contralorías, e incluso a nivel de otras funciones, como la Legislativa o la Judicial. Esta situación resulta clara, por ejemplo, en materia jurisdiccional, tratándose de la representación del órgano que posee la personalidad jurídica. El Código Contencioso Administrativo, sostiene y reitera que para ciertos órganos es la personalidad jurídica del Estado, la que los impulsa. Así, el decreto 01 de 1984 en el artículo 149 dice: "En los procesos contenciosos administrativos, la Nación... estará representada por el ministro, Jefe del Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. Sin embargo, el ministro de Gobierno, representa la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la rama jurisdiccional. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas, la tendrá el Director

General de Impuestos Nacionales, en lo de su competencia; o el funcionario que expidió el acto”.

Tratándose de los entes descentralizados territorialmente, sucede algo similar. La personalidad le es reconocida a los departamentos y municipios. Las actuaciones o hechos protagonizados por algunos de sus órganos como los Concejos, Asambleas, Contralores, Personeros, etc., no los vinculan individualmente, -salvo la responsabilidad personal de sus agentes-, porque la personalidad jurídica reposa en la entidad.

Se excluyen de esta afirmación aquellas actuaciones autónomas autorizadas por la ley para estos órganos que les permiten, dentro de los marcos de la descentralización o desconcentración, realizar determinadas actuaciones, tales como contratar, sancionar disciplinariamente o proferir determinados actos. En estos casos no se trata de un reconocimiento a su personalidad jurídica, la cual continúa en manos del órgano departamental o municipal, sino mecanismos utilizados por el Legislador para agilizar la administración pública.

Digamos que el derecho nacional considera, entre otras, como personas jurídicas de derecho público las siguientes: la nación, los departamentos, los municipios y distritos, las asociaciones de municipios, las áreas metropolitanas, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades entre entidades públicas, los organismos de segundo grado y las sociedades de economía mixta<sup>19</sup>. Algunas de las nuevas entidades territoriales, como los territorios indígenas, provincias y regiones están pendientes de su reconocimiento a través del acto legal que los desarrolle. Los distritos obtienen su personalidad jurídica, por vía de aplicación de las normas municipales previstas constitucionalmente.

---

19. *Cfr.*, Rodríguez, Libardo. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 41.