

# La personalidad jurídica del Estado

Aleksey Herrera Robles\*

## Resumen

*La importancia del tema sobre la personalidad jurídica del Estado superó las distintas teorías en cuanto a su carácter o naturaleza; actualmente, permite resolver aspectos prácticos a la luz de la pluralidad de personas jurídicas y el manejo indistinto de la representación, para fines internacionales, contractuales y presupuestales y judiciales.*

**Palabras claves:** Persona jurídica pública, representación estatal.

## Abstract

*The importance of the subject dealing with the State's legal personality exceeded the different theories as for its character and nature; actually, it resolves practical aspects due to the plurality of legal persons and the indistinct handling of the representation, for international, contractual, budgetary and judicial affairs.*

**Key words:** Public legal person, state's representation.

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2000

## 1. PRESENTACIÓN

El tema relacionado con las personas jurídicas no es exclusivo del derecho privado. A partir de la Revolución Francesa en 1789 y con el nacimiento del derecho administrativo, la aplicación de los principios fun-

damentales de la personalidad jurídica se convirtió en una necesidad.

La dificultad inicial se encontraba en la conceptualización de la teoría de Montesquieu, quien concebía la existencia de tres poderes, autónomos e independientes. «[...] el poder legislativo, el poder judicial de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre y enmienda o deroga las

\* Abogado. Magíster en Estudios Políticos y Económicos. Profesor de Hacienda Pública y Derecho Administrativo General de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. Director de la *Revista de Derecho*. (e-mail: aherrera@uninorte.edu.co)

existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares [...]

Definido posteriormente que el poder del Estado era uno solo y que la separación estaba dada en órganos o ramas, se reafirmó la consideración de que «[...] la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres poderes, hasta que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél [...]»<sup>1</sup>

De esta manera, como solución práctica al dilema de definir la naturaleza jurídica de la relación existente entre el Estado y los asociados, se tomó en préstamo del pandectismo jusprivatista alemán la teoría de la personalidad del Estado, la cual se constituyó en el presupuesto de toda construcción del derecho público, pero aceptando, como lo indica Loewenstein, que la separación del poder en ramas responde a la multiplicidad de funciones que el Estado debe asumir, por lo que responde simplemente a «un problema técnico de la división del trabajo», de tal forma que son los destinatarios de esos servicios los principales beneficiados cuando estas funciones son cum-

plidas por diferentes órganos.<sup>2</sup>

## 2. NOCIÓN Y CLASIFICACIÓN

El artículo 73 del Código Civil colombiano, expedido en 1887, establece que «las personas son naturales o jurídicas», entendiendo por las primeras «todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición»<sup>3</sup>. Las personas jurídicas, por su parte, son definidas en el artículo 633 como «una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente [...]»

La doctrina ha clasificado a las personas jurídicas en públicas, privadas y mixtas.

Las personas jurídicas de derecho público son aquellas creadas por la ley o autorizadas por ésta a las cuales se les confieren atributos para el ejercicio de funciones estatales o el desarrollo de actividades industriales y comerciales, que pueden ser a través de la nación, los entes territoriales y las entidades descentralizadas por servicios.

Las personas jurídicas de derecho privado son definidas por Valencia Zea<sup>4</sup> como «las que nacen de la iniciativa

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1970, p. 54.

<sup>3</sup> Código Civil, artículo 74.

<sup>4</sup> VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ M., Alvaro. *Derecho Civil I*. 13ª ed. Bogotá, Temis, 1994, p. 501.

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid, Civitas, 1986, p. 26.

privada y que se establecen con fondos privados». No obstante, es necesario aclarar que algunas instituciones privadas pueden constituirse o manejar aportes o recursos públicos lo que no afecta su naturaleza; así, «se encuentran igualmente sometidas a las reglas de la hacienda Pública, por lo menos en cuanto al giro y control, las entidades privadas que administran y/o manejan recursos públicos, en los términos del artículo 2º de la ley 42 de 1994»<sup>5</sup>. Estas se clasifican, a su vez, de acuerdo con el párrafo 2º del mismo artículo 633, en:

- a. *Corporaciones*: Son agrupaciones de personas humanas que las constituyen para realizar un objeto común y cuya voluntad es decisiva para su ulterior existencia y actividad, las cuales pueden ser, a su vez, con ánimo de obtener un beneficio patrimonial (sociedades comerciales) o sin la búsqueda de lucro, conocidas como asociaciones, como es el caso de las cooperativas y los sindicatos.
- b. *Fundaciones*: Estas se encuentran definidas en el decreto 3130 de 1968 como «las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores».

<sup>5</sup> HERRERA ROBLES, Aleksey. *Hacienda Pública*. Barranquilla, Ediciones Uninorte, 1999, p. 8.

### 3. DIFERENCIAS ENTRE PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

La mayoría de los autores destaca como diferencia fundamental el fin.<sup>6</sup> Otros autores, como Waline, destacan la existencia de privilegios, prerrogativas, o exorbitancias de derecho público, tales como el establecimiento de monopolios, la facultad de expropiar, constituir servidumbres, imponer sanciones policivas, establecer actos unilaterales generadores de obligaciones, etc. Trevijano Fos, por su parte, toma como punto central de distinción la forma que adopte: así, si se adopta la forma de sociedad, se está sometiendo intrínsecamente a las reglas del derecho privado, mientras que si responde a la denominación propia de los órganos que integran a la administración pública, tendrá entonces tal carácter.

Lo cierto es que en la práctica cualquier distinción presenta multiplicidad de excepciones, teniendo en cuenta que hoy el ejercicio de la función pública no constituye una actividad privativa del Estado sino que los particulares pueden participar o contribuir en su prestación, pero que además el Estado no sólo está reservado al cumplimiento de tales funciones sino que actualmente se involucra en la realización de actividades industriales y comerciales,

<sup>6</sup> Dentro de éstos se destaca Otto Mayer y Romano.

sometido a las reglas propias de los particulares.

Por otra parte, podemos encontrar que en una misma entidad subsisten regímenes de derecho público y de derecho privado, dependiendo de la naturaleza de los actos y del régimen jurídico aplicable.

Podemos proponer entonces los siguientes criterios complementarios:

a. *En cuanto a su creación:* Las entidades de derecho público son creadas por el Estado, mientras que las de derecho privado son resultado de la autonomía privada de la voluntad, sometidas al procedimiento previsto en la ley para su creación. No obstante, en el caso de las sociedades de economía mixta y de las asociaciones y fundaciones creadas para el cumplimiento de funciones estatales con asocio de los particulares, en los términos del artículo 96 de la ley 489 de 1998, éstas requieren autorización del Estado en cuanto a la capacidad de sus representantes para intervenir pero se someten a las reglas que regulan esta clase de entidades. Así, por ejemplo, en el artículo 97 de la ley 489/98 se establece que las sociedades de economía mixta son «*organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza in-*

*dustrial o comercial, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley*».

b. *En cuanto a la naturaleza de sus actos:* Los actos de las personas jurídicas de derecho privado están sometidos a las normas civiles y comerciales, se rigen por los principios de la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica de las partes, mientras que las de derecho público se someten a normas especiales de carácter administrativo y se controlan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, es importante señalar que algunas entidades públicas y privadas pueden realizar indistintamente actos de las dos condiciones. Es el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que deben someterse a las normas administrativas en los casos especialmente señalados en la ley; las empresas de servicios públicos domiciliarios creadas en los términos de la ley 142 de 1994, la cuales se someten a las normas del derecho privado en cuanto a sus actos y contratos, independientemente de su naturaleza oficial, privada o mixta, salvo los casos determinados en la misma ley y en la jurisprudencia nacional, como frente al derecho de petición, la imposición de sanciones y las demás situaciones que surjan de los contratos de condiciones uniformes con los

usuarios y en general el régimen de los particulares a los cuales se les aplican las normas administrativas cuando se encuentren en cumplimiento de una función de esta naturaleza<sup>7</sup>. Por otra parte, en el aspecto judicial, el inciso 4º, artículo 116 de la Carta establece que «[...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley».

c. *En cuanto al otorgamiento de privilegios o exorbitancias*: Marienhoff lo define como «potestad de imperio»<sup>8</sup>, y consiste en el otorgamiento de facultades especiales a favor de entidades públicas o privadas que cumplen funciones públicas, contrarias al régimen ordinario, en razón del interés general que las motiva. Estas facultades pueden consistir en la potestad para expedir actos unilaterales, imponer sanciones y contribuciones, expropiar, constituir servi-

dumbres, contar con apoyo o respaldo policivo, ejercer potestad reglamentaria, etc.

d. *En cuanto al fin que persiguen*: Las personas de derecho público tienen por objeto desarrollar y cumplir los fines esenciales del Estado en los términos del artículo 2º de la Constitución Nacional<sup>9</sup>. Por su parte, las personas jurídicas privadas tienen un fin de incremento patrimonial o especulativo. No obstante, debemos destacar que, como se vio en la clasificación de las personas jurídicas de derecho privado, tanto las corporaciones sin ánimo de lucro como las fundaciones tienen por objeto un fin de *beneficencia, ciencia, enseñanza o piedad*<sup>10</sup> que en muchos casos suplen o complementan la acción del Estado; además, las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan actividades propias de los negocios privados, con la misma finalidad. Sobre éstas últimas es necesario señalar, sin embargo, que no es claro que su objetivo sea la utilidad en sí misma sino que se constituyen

<sup>7</sup> C.C.A. Art. 1o: «Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos sus órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otros cumplan funciones administrativas [...]»

<sup>8</sup> MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 356.

<sup>9</sup> C.N., art. 2o: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo».

<sup>10</sup> GÓMEZ, Angarita. *Lecciones de Derecho Civil*. 4ª ed. Bogotá, Temis, 1994, p. 87.

para satisfacer necesidades que los particulares no quieren o no pueden satisfacer, por razones de seguridad o soberanía nacional, o para el suministro de bienes esenciales<sup>11</sup>.

e. *En cuanto a su patrimonio:* Las personas jurídicas privadas obtienen su recurso de la libre actividad del mercado, mientras que las personas públicas lo obtienen a través de la detracción de recursos de la economía privada. No obstante, muchas entidades privadas manejan recursos públicos<sup>12</sup>, como en el caso de las rentas parafiscales y, a su vez, son asignables al presupuesto, en virtud del principio de unidad de caja,

<sup>11</sup> La justificación de la intervención del Estado en el suministro de bienes y servicios a través del ejercicio de actividades industriales y comerciales, sigue siendo discutible si se tiene en cuenta que existe la tendencia a considerar que el ejercicio de actividades rentables constituye el único mecanismo para garantizar el suministro de los bienes esenciales no rentables, por cuanto, por una parte, la capacidad de detracción (impositiva) de recursos del sector privado al público es limitada, y por otra, es una constante el aumento de la exigencia colectiva para el suministro de bienes públicos.

<sup>12</sup> Ley 42 de 1994, artículo 2º: «Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electoral, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas o cualquier tipo de organización o sociedad que manejen recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República».

las utilidades financieras que generan las empresas industriales y comerciales del Estado<sup>13</sup>.

#### 4. VENTAJAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

La aceptación de la personalidad jurídica del Estado, según el profesor Hauriou, tiene las siguientes ventajas:

- a. Permite explicar la perpetuidad del Estado y los compromisos por él adquiridos;
- b. Constituye el fundamento de la igualdad del Estado y, en consecuencia, la integración de una comunidad internacional;
- c. Desde el punto de vista interno, le permite al Estado organizar su patrimonio propio teniendo en cuenta que para «*la gerencia de los servicios públicos, el mantenimiento de un ejército, una policía, tribunales, la realización de obras públicas, la enseñanza, etc. [...], el Estado está obligado a efectuar grandes gastos. La fuente para los mismos*

<sup>13</sup> D. 111/96, art. 97: «Los excedentes financieros de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional no societarias, son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará, por lo menos, el 20% a la empresa que haya generado dicho excedente».

*las encuentra en sus propiedades y sobre todo en los impuestos. Estas fuentes y los gastos correlativos, figuran en el presupuesto del Estado, que es un inventario anual de su patrimonio. Pero el Estado no puede disfrutar de un patrimonio con el que realizar sus funciones mas que si es una persona jurídica [...]*<sup>14</sup>

Pero además, el intervencionismo del Estado, impulsado especialmente a partir de las reformas que se introdujeron después de la crisis de 1929, incrementó sustancialmente los espacios de relación entre el Estado y los asociados, relaciones basadas, algunas, en ejercicio del derecho de imperio (soberanía) y otras, en el respeto a la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica. De estas relaciones surgieron derechos y obligaciones entre las partes, las cuales requerían del reconocimiento jurídico de la personalidad del ente estatal.

#### 4.1. Relación entre Estado y Nación

El Estado es el «conglomerado humano social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados»<sup>15</sup>. Esta definición del profesor Naranjo Mesa tiene la particula-

ridad de definir a partir de los elementos que integran el concepto: población, territorio, poder o autoridad y reconocimiento internacional.

La Nación, por su parte, es definida como un grupo humano unido por vínculos comunes de raza, religión, idioma, cultura e idiosincrasia, pero sin que sean indispensables su confluencia total o definitiva. Burdeau señala al respecto que «Una nación es un sueño de porvenir compartido. Y es así precisamente porque el sentimiento nacional procede de la conciencia de un pasado común. El hombre se interesa en su pasado en la medida en que él consulta el porvenir. A menudo el ayer no existe para él que como fundamento de aquello de lo cual el mañana será hecho. Cada día el hombre cumple su esfuerzo que se inscribirá en el tiempo; el beneficio más cierto para él, de la existencia del cuerpo nacional, es que él no aborda solo el futuro del cual espera el premio de su esfuerzo. Gracias a su integración en la comunidad nacional, él proyecta, de alguna forma, en el porvenir, los cuadros de su seguridad presente. En cuanto más siente afirmarse en él el sentido nacional es más segura la hipoteca que toma sobre el porvenir»<sup>16</sup>.

La distinción más clara entre Estado y Nación la ofrece Esmein cuando señala que «Estado es la personalidad jurídica de la Nación», con lo cual quedan establecidas las bases

<sup>14</sup> HAURIUO, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 6ª ed. Barcelona, Ariel, 1980, p. 166.

<sup>15</sup> NARANJOMESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 7ª ed. Bogotá, Temis, 1997, p. 87.

<sup>16</sup> BURDEAU, George. *Tratado de ciencias políticas*, tomo II. Paris, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1967, p. 115.



para la distinción: la Nación comprende el elemento humano del Estado.

De esta manera se quiso distinguir sobre la existencia de dos entes distintos: la Nación, la cual es anterior por ser sujeto originario de la soberanía, y el Estado.

No obstante lo anterior, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en Francia, en el artículo 3º se estableció que «El principio de la soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella», con lo cual se aclara que los derechos y poderes que se encuentran en cabeza de la Nación son los poderes del Estado. Carré de Malberg establece en tal sentido que «[...] la nación no tiene poderes, no es sujeto de derecho, no aparece como soberana sino en cuanto las leyes de su organización. En otros términos, la nación no se convierte en persona más que por el hecho de su organización estatal, es decir, por el hecho de estar constituida en Estado. Del mismo modo que el Estado no puede constituir una persona fuera de la nación, la nación no tiene personalidad jurídica sino en y por el Estado».<sup>17</sup>

En el régimen colombiano se acoge esta segunda tesis cuando en el

artículo 80 de la ley 153 de 1887 se establece que «*La nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas*».

Sin embargo, la crítica que se plantea a la tesis expuesta por Carré de Malberg tiene que ver con la relación dialéctica existente entre el Estado y la Nación. En efecto, si bien es cierto que desde 1789 se consagró el derecho de toda nación para convertirse en Estado, principio desarrollado después de la Primera Guerra Mundial, en el tratado de 1919, no es menos cierto que la aplicación generalizada de tal principio constituiría, como lo afirma Hauriou, «desconocer los factores geográficos, políticos y económicos que son necesarios respetar si se quiere constituir Estados viables».<sup>18</sup> Por otra parte, la visión dialéctica Nación-Estado constituye una visión europea del proceso de desarrollo institucional, el cual es contrario a la evolución histórica del continente americano, donde se formó inicialmente el Estado y, posteriormente, la generación de vínculos nacionales.

## 5. TEORÍAS SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado no constituye hoy día motivo de confrontación ideoló-

<sup>17</sup> CARRÉ DE MALBERG, René. *Teoría General del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 32.

<sup>18</sup> HAURIOU, A., *ob. cit.*, p. 118.



gica, pero en sus inicios enfrentó a la doctrina. Veamos los sectores más representativos:

### 5.1. Negación de la personalidad jurídica del Estado

Expuesta por León Duguit, para quien el Estado no constituye una persona distinta a los miembros de la sociedad que representa, de tal forma que el ejercicio de la potestad estatal no es más que la manifestación de poder de quien se encuentra investido con tales facultades, es decir, los gobernantes.

Marienhoff recoge las principales críticas a la teoría realista así:

*[...] Se le imputa: 1º que bajo el pretexto de establecer las realidades materiales, desconoce las realidades jurídicas, las mismas de que el jurista debe preocuparse antes que nada. 2º Que confunde la personalidad jurídica con la existencia física. El Estado, si bien no es una persona del mundo físico, sí lo es del mundo jurídico, pues el derecho se mueve en un campo de abstracciones [...] 3º Que la consideración hecha por Duguit y por Seydel acerca de que el Estado no es capaz de querer, es poco decisiva, dado que la personalidad jurídica se le reconoce incluso al hombre incapaz de toda voluntad propia [...]*

### 5.2. Reconocimiento parcial de la personalidad jurídica

Es expuesta por autores como Berthélemy, quien distingue la actividad del Estado como actos de poder y como actos de carácter patrimonial. El primero constituye, a su juicio, el ejercicio de potestades o funciones, los cuales se constituyen en actos públicos; sólo los actos de carácter patrimonial permiten al Estado ejercer derechos y, en consecuencia, constituirse en formas de ejercicio de la personalidad jurídica.

El problema que plantea esta tesis es que puede dar origen a un sistema totalitario, en la medida en que al distinguir los actos soberanos de los actos como persona jurídica común admite que los primeros se encuentran por fuera del derecho y, en consecuencia, no están sometidos al orden jurídico ni son objeto de responsabilidad.

La teoría anterior fue atenuada, pues se distinguió entre el ejercicio de actos de derecho público y actos de derecho privado del Estado, y se aceptó la personalidad jurídica sólo en el segundo evento, con lo cual se desconoció el carácter inescindible de la personalidad estatal.

### 5.3. La personificación jurídica del Estado

Kelsen señala que «[...] la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de

normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es a veces la personificación de un orden jurídico parcial tal como los estatutos de una asociación, y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de las órdenes jurídicas parciales y es denominado habitualmente con el nombre del Estado»<sup>19</sup>.

En virtud de esta teoría se niega la posibilidad de discrepancia entre Estado y derecho, en la medida en que este último se concibe como la suma total de normas coactivas válidas de una sociedad determinada (derecho), de tal forma que todo Estado es Estado de derecho.

#### 5.4. El Estado como persona jurídica

Parte de la idea de que la personalidad jurídica del Estado no es una ficción sino una realidad jurídica (es decir, fundada en una abstracción). Carré de Malberg fundamenta esa realidad en dos principios: la unidad de los individuos que lo integran y la continuidad en el tiempo producto de su institucionalidad.

Esta doctrina, actualmente predominante, al someter al Estado al ordenamiento jurídico permite estructurar un verdadero Estado de derecho. Así, «No sólo estarán el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial sometidos a la ley, sino que también estará el le-

gislador sometido a la Constitución, cuyos límites y principios no podrá violar ni alterar o desvirtuar. De tal manera todos los órganos del Estado, todas las manifestaciones posibles de su actividad, incluso las que otrora se pudieron considerar como supremas, están hoy sometidas a un nuevo orden jurídico superior. Esto ha de ser un paso de suma importancia para el posterior desarrollo del derecho administrativo, sobre la base de los principios constitucionales, y no sólo legales o reglamentarios»<sup>20</sup>.

## 6. FORMAS DE OTORGAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

### 6.1. Formas de otorgamiento

El otorgamiento de la personalidad jurídica de las entidades estatales se puede obtener mediante mandato constitucional, mandato legal, atribución administrativa o mediante el cumplimiento de requisitos previos previstos en la ley.

Es por «mandato constitucional» cuando la condición de persona jurídica es reconocida directamente por la Carta Política. Es por «mandato legal» cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica de una entidad estatal proviene de una ley expedida por el Congreso de la República, en ejercicio de atribuciones constitucionales; por atribución administra-

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, EUDEBA, 1971, p. 127.

<sup>20</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1984, p. 16-17.

tiva, una autoridad de igual naturaleza produce el reconocimiento en desarrollo de principios legales y constitucionales. Finalmente, se puede obtener la personería jurídica mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley.

## 6.2. Multiplicidad de personas jurídicas de derecho público en Colombia

Las normas generales que regulan la existencia de las personas jurídicas de derecho privado, consagradas en el Código Civil, por expresa exclusión, no le son aplicables ni a las sociedades comerciales ni a las personas jurídicas de derecho privado. Así se establece en el artículo 635 de dicho ordenamiento:

*Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.*

*Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional.*

De esta manera, la calidad de personas jurídicas de los distintos organismos del Estado ha sido regulada por normas especiales.

Para el caso específico de la nación

y las entidades territoriales, el reconocimiento de su personalidad jurídica se encuentra consagrado en el artículo 80 de la ley 153 de 1887, que establece: «*La nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y las corporaciones creadas y reconocidas por la ley, son personas jurídicas*».

La disposición anterior se encuentra expresamente consagrada, para los departamentos, en el artículo 3º del decreto-ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, y para los municipios, en el artículo 4º del decreto-ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal.

En el caso de las entidades descentralizadas por servicio, si bien éstas existían antes de 1968, sólo a partir de este año, con la expedición de los decretos 1050 y 3130, se clasificaron y se definieron sus características, las mismas que habían sido establecidas por vía jurisprudencial. Penagos destaca al respecto:

*[...] La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 11 de 1964 dice que los rasgos de tales entidades son los siguientes:*

- 1. Los establecimientos públicos son creación del Estado;*
- 2. Son personas jurídicas, por lo cual gozan de la capacidad esencial de ser sujetos de derechos y obligaciones, y por consiguiente, tienen capacidad de ejercicio;*
- 3. Patrimonio propio;*

4. *El fin es de interés general;*

5. *Autonomía administrativa...*<sup>21</sup>

Con los citados decretos, las entidades descentralizadas fueron clasificados en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta; estas últimas fueron posteriormente reguladas por el decreto 130 de 1976.

En los artículos 5° y 6° del decreto 1050/68 se estableció en forma expresa la personalidad jurídica tanto de los establecimientos públicos como de las empresas industriales y comerciales del Estado. En el caso de las sociedades de economía mixta, en el artículo 8° se determinó que éstas eran organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, de tal forma que el reconocimiento de su personería jurídica está sometido al trámite propio de éstas previsto en el Código de Comercio<sup>22</sup>.

Posteriormente, mediante decreto 3130 del mismo año, se crearon nuevas formas de entidades descentralizadas por servicio, incluidos los fondos con personería jurídica y las entidades descentralizadas indirectas. En tal sentido, en el artículo 4° se estableció:

<sup>21</sup> PENAGOS, Gustavo. *Entidades Descentralizadas*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, p. 15-16.

<sup>22</sup> Código de Comercio, artículo 98, inciso 2°: «[...] La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados».

*Las personas jurídicas en las cuales participen la nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el decreto 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores.*

*Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas.*

*Cuando la nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere del caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al decreto número 1050 de 1968 y al presente decreto.*

Con el transcurso del tiempo, y específicamente a partir de la Constitución de 1991, se crearon diversas entidades, como, por ejemplo, las Corporaciones Autónomas Regionales, las cuales venían asimilándose a establecimientos públicos y que en

virtud del artículo 150, numeral 7º de la Carta adquirieron una naturaleza especial, al igual que las universidades estatales, por mandato del artículo 69, inciso final de la Constitución<sup>23</sup>.

Además, la Constitución reconoció directamente la personería jurídica de ciertas entidades especiales, como en el caso del ente de televisión (Comisión Nacional de Televisión), de acuerdo con el artículo 76<sup>24</sup>, y el Banco Central, conforme al artículo 371, que establece que «El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio [...]»

Finalmente se expidió la ley 489 de diciembre 29 de 1998, «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones». En su desarrollo, el legislador actualiza el listado de entidades descentralizadas por

servicios. En el artículo 68 se le confiere a todas personería jurídica al disponer:

*Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas o la realización de actividades industriales y comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio [...]*

El reconocimiento de la personería jurídica de las entidades descentralizadas por servicios puede ser, en algunos casos, por mandato constitucional, como ya se indicó; en otros, por mandato legal, es decir, se les reconocerá a partir del acto mismo de creación mediante ley de la República, como sucede, a título de ejemplo, con los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las Corporaciones Regionales. Finalmente, también puede ser mediante el lleno de los requisitos legales, como en el caso de las asociaciones entre entidades públicas, las cuales se conforman de acuerdo con las normas civiles pertinentes que regulan a las enti-

<sup>23</sup> C.N., art. 69: «[...] La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado».

<sup>24</sup> C.N. Art. 76: «La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio».

dades sin ánimo de lucro y, las sociedades de economía mixta, que requieren el cumplimiento previsto en el Código de Comercio para las sociedades comerciales.

## 7. REPRESENTACIÓN DEL ESTADO

### 7.1. Para fines internacionales

Álvarez Londoño señala que «en el campo del DIP, no son los individuos los sujetos inmediatos de sus normas, sino los Estados y los sujetos atípicos, siendo éstos los que gozan de personalidad jurídica internacional». En tal sentido, el concepto «Estado» es tomado como «persona moral de derecho público territorial y soberano. En Colombia el Estado es considerado como la personificación jurídica de la Nación»<sup>25</sup>.

El artículo 3º de la Constitución Nacional establece, para asuntos internos, que «La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece». El establecimiento de la soberanía popular constituye un voto de confianza al ciudadano, en virtud del cual se le permite inmiscuirse en la toma de decisiones públicas y en el ejercicio de los asuntos del poder. De esta manera, la

soberanía se concibe como la suma de potestades individuales en virtud de las cuales el voto se ejerce como un derecho y el sufragante tiene la posibilidad de establecer una relación directa con sus representantes a través del mandato imperativo y la revocación del mandato.

El artículo 9º del mismo ordenamiento establece, en materia de relaciones exteriores, que éstas se «fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia [...]»

No obstante la consagración de las dos formas de soberanía en las normas citadas, no existe contradicción alguna, teniendo en cuenta que la primera es para asuntos internos, y reconoce que cada individuo social es portador de una parte de soberanía que le permite ejercer como derecho un papel activo en los asuntos del poder público; la segunda toma como referente el cuerpo social en su integridad, por lo cual se constituye en una unidad frente a sus relaciones con otros estados.

En el ámbito internacional, la representación jurídica es ejercida por la administración pública. En tal sentido, en el artículo 189, numeral 2º de la Constitución Nacional se establece que «Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 2. Dirigir las relaciones

<sup>25</sup> ALVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. *Derecho Internacional Público*. Santafé de Bogotá, CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 34.

*internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso».*

## 7.2. Para fines contractuales

El artículo 1495 del Código Civil define el «contrato» como «*un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa [...]»* Los contratos del Estado se encuentran sometidos a las disposiciones comerciales y civiles<sup>26</sup>, salvo en las materias especialmente reguladas en la ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal.

Los contratos estatales se definen en el artículo 32 del mencionado Estatuto como «*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]»*

La representación del Estado en materia contractual está vinculada al concepto de autonomía administrativa de los distintos entes del Estado y no propiamente al de personería jurídica. De esta manera se puede comprender cómo, en los términos de la ley 80 de 1993, entidades públicas que no tienen el carác-

ter de personas morales pueden comprometer el patrimonio del Estado mediante la suscripción de compromisos contractuales.

En efecto, el artículo 1º del Estatuto establece que éste regula los contratos de las entidades estatales, y el artículo 2º dispone cuáles son las entidades estatales, y aclara que tal calificación es exclusiva para los efectos de dicha ley. Dentro de éstas, en el literal a) se incluyen todas las entidades con personería jurídica; pero en el literal siguiente se califica como tales las siguientes:

*[...] b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos [...]*

Es importante señalar que estas entidades, todas sin personería jurídica, pueden celebrar contratos en la medida en que exista una norma que las autorice. El fundamento del otorgamiento de tal facultad nace de la autonomía que la Constitución y la ley les confiere, requisito *sine qua*

<sup>26</sup> Ley 80 de 1993, artículo 13.



non para cumplir con independencia las funciones a su cargo. Es el caso, por ejemplo, de la Contraloría, a la cual la Constitución, en su artículo 267, inciso 4º, le confiere el carácter de entidad «*técnica con autonomía administrativa y presupuestal [...]»*; sucede lo mismo con la Registraduría Nacional del Estado Civil, respecto a la cual el artículo 266 dispone la competencia del Registrador para «*[...]celebrar contratos en nombre de la Nación en los casos que aquélla disponga»*.

Esta regla es igualmente aplicable a los conflictos judiciales originados en virtud de la suscripción de contratos estatales, por mandato expreso del parágrafo 1º, artículo 49 de la ley 446 de 1998, que establece: «*En materia contractual intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía de éstas»*.

Por otra parte, la competencia para la suscripción de contratos estatales es susceptible de delegación, no sólo por mandato expreso del artículo 12 de la ley 80/93<sup>27</sup> sino por cuanto se encuentra autorizada de manera general en los artículos 9º y siguientes de la ley 489 de 1998, te-

niendo en cuenta, obviamente, las limitaciones que la misma ley prevé<sup>28</sup>.

### 7.3. Para fines procesales

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de mayo de 1999 estableció que las funciones de ejecución administrativa y representación judicial no están sometidas a la circunstancia que el ente respectivo goce o no de personería jurídica. Por otra parte, teniendo en cuenta que la personería jurídica y la representación no tienen rango constitucional sino legal, corresponde a ésta regularla.

En tal sentido, el artículo 149 del decreto-ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 49 de la ley 446 de 1998, regula la representación de las personas jurídicas de derecho público para fines judiciales así:

- a. La Nación será representada por el Ministro, Director de departamento administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

<sup>27</sup> L. 80 de 1993, artículo 12: «*Los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes»*.

<sup>28</sup> El parágrafo del artículo 12 de la citada ley establece que: «*En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal»*.

- b. En el caso de los municipios y distritos, el representante legal será el alcalde, por mandato expreso del artículo 84 de la ley 136 de 1994, que establece que «*En cada municipio o distrito habrá un alcalde, quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial [...]*» Para los departamentos, será el gobernador, como lo establece el artículo 303 de la Constitución Política: «*[...] En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento [...]*»
- c. Tratándose de entidades descentralizadas por servicios, la representación corresponderá a los respectivos gerentes o directores; para el caso específico de los establecimientos públicos, el artículo 78 de la ley 489 de 1998 establece que «*El director, gerente o presidente será el representante legal de la correspondiente entidad, celebrará en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tendrá su representación judicial y extrajudicial y podrá nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad [...]*»
- d. En los procesos contra el Congreso, la Nación estará representada por el Presidente del Senado.
- e. En los procesos contra la rama Judicial, la Nación estará repre-

sentada por el director ejecutivo de administración judicial.

- f. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrá el director general de Impuestos y Aduanas Nacionales o el funcionario que expidió el acto.

#### 7.4. Para fines presupuestales

La representación del Estado para fines presupuestales corresponderá a todas aquellas entidades a las cuales la Constitución o la ley les han conferido tal autonomía, y será ejercida directamente a través de los ordenadores del gasto, que son los servidores públicos que por competencia administrativa tienen la facultad para contraer obligaciones a cargo del Estado y comprometer sus recursos.