

CAPITULO XI

Las personas jurídicas

§ 42.—Concepto y requisitos de existencia

Brugi, Ist. § 14; Pacifici, Ist. II, pág. 223; Gianturco, Sist. I, § 32; Chironi, Ist. I, § 28; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 135; Coviello, Man. I, §§ 61, 63, 65, 71; Crome, Par. gen., pág. 145; Zachariae, Man. I, § 38; Aubry et Rau, Cours. I, § 54; Windscheid, Pand. I, §§ 57, 58, 60 y Fadda y Bensa, Ib. pág. 811; Regelsberger, Pand. I, §§ 75, 79, 87, 89 (1).

Vimos a su debido tiempo que, además de los individuos, pueden ser sujetos de derecho organismos sociales, colectividida-

lano de 15 de Noviembre de 1865 referente a las personas encargadas del Registro en los buques de guerra, concuerda con los artículos 55, 72 y 87 de la ley española de 17 de Junio de 1870 y 2º del Reglamento para su ejecución que atribuyen esta misión al Contador. El art. 396 del Código italiano se refiere a las personas encargadas del Registro civil en orden a los actos referentes a la Real familia; el art. 1º del Real decreto de 22 de Enero de 1873, en España atribuye esa función al Ministro de Gracia y Justicia asistido del Director general de los Registros.

El art. 363 del Código italiano se refiere al valor del contenido del acta y debe confrontarse con el 327 del español. La falsedad del acta y su anulación pueden declararse en virtud de proceso criminal o a consecuencia de juicio ordinario de mayor cuantía seguido al efecto (artícu-

(1) Ver Salkouski, *Zur Lehre von den justischen personen*, 1863; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, 1868 81; Bolze, *Der Begriff der jurist. personen*, Stuttgart, 1879; Bernatzik, *Die jur. Persönlichkeit der Behörden*, (*Arch. f. off. Recht*, V, 1890, pág. 169 y siguientes); Rümelin *Methodischeo über die jur. personen*, Treiburg, 1891; Burckhard, *Zur Lehre von den jur. personen* (*Grünhuts Zeitschrift XVII*, pág. 1 y siguientes); Meurer, *Die jur. personen*, Stuttgart, 1901; Ruffini, *La classificazione delle persone giur.* en *Sinibaldo dei Fieschi* y en *F. G. di Savigny (St. per Schupffer II*, pág. 315 y siguientes); Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1896-1900; Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1915 (en la *coller del Fiore*); Tratt. Dir. civ., I, págs. 597-728; Vareilles Sommieres, *Les personnes morales*, París, 1919; Michoud, *La theorie de la personnalité morale*, París, 1906-1909; Saleilles, *De la personalité juridique*, París, 1910.

des de hombres o de bienes jurídicamente organizadas y elevadas por la ley a sujetos capaces de derechos. Precisa ahora resolver la cuestión referente al modo como la personificación se

los 314 y siguientes y 483 y siguientes del Código penal y de la ley de Enjuiciamiento civil).

El art. 354 del Código civil italiano concuerda con el 21 de la ley de 17 de Junio de 1870, el 353 con el 13 de la misma ley, el 352 con el 20 de esa ley y 21 del Reglamento para su ejecución. Las actas se deben llevar en registros duplicados (artículos 356 del Código italiano y 7.º de la ley de 1870.) El art. 357 del Código italiano referente a garantías de autenticidad, concuerda con el 9 de la ley española de 1870 y 17 de su Reglamento. El 358 sobre modo de redactar actas y practicar la inscripción, concuerda con los artículos 17 de la ley y 19 y 20 de su Reglamento. El 359 del italiano, referente a la práctica de anotaciones con el 35 del Reglamento español de 1870.

Los artículos 365 y 404 del Código italiano referentes a la inspección de los registros, concuerdan con los artículos 40 y 43 de la ley española y 91 a 99 del Reglamento para su ejecución, ambos citados: la inspección superior de los registros corresponde en España al Ministro de Gracia y Justicia, ejerciéndola bajo su dependencia la Dirección general. La inspección ordinaria corresponde a los Jueces de 1.^a instancia.

El art. 362 del Código italiano referente al modo de practicarse la publicidad del Registro, concuerda con los 30 y 34 de la ley española de 1870 y 75 y 76 del Reglamento para su aplicación.

Reparación de errores u omisiones cometidos en la inscripción de actas del Registro civil. El procedimiento para subsanar las faltas u errores cometidos por los funcionarios encargados del Registro del estado civil en España es distinto según los casos y está regulado por las disposiciones siguientes:

A. Errores u omisiones advertidos antes de ser firmada el acta. Estas se subsanarán en la forma prevenida en el art. 17 de la ley del Registro civil de 1870.

B. Errores u omisiones que no refiriéndose a inscripciones firmadas se cometan en los libros del Registro infringiendo las disposiciones vigentes, siendo advertidos con posterioridad. No pueden subsanarse por el procedimiento del art. 17 de la ley citada; el Real decreto de 15 de Febrero de 1904 fija el procedimiento de subsanación.

C. Simples errores materiales cometidos en inscripciones firmadas, tales como error en un nombre, apellido, fecha, etc. El procedimiento de subsanación se determina en la Real orden de 17 de Enero de 1872.

D. Actos del estado civil no inscriptos cuando la ley del Registro civil no exija procedimiento judicial para inscribirlos. Las omisiones se suplen en la forma y con el procedimiento que señala el Real decreto de 19 de Marzo de 1906.

E. Omisiones o errores que advertidos después de firmada la inscripción no sean simples errores materiales. El procedimiento para su subsanación está marcado en el art. 18 de la ley del Registro civil de 1870.

F. Pérdida o destrucción de los libros del Registro. Su reconstitución se rige por el Real decreto de 12 de Enero de 1876 y la Real orden de igual fecha, siendo admisibles toda clase de pruebas según dispone el artículo 327 del Código civil. Los preceptos y procedimientos citados concuerdan sustancialmente con los artículos 401 y siguientes del Código

opera y luego estudiar las condiciones necesarias para la existencia de las personas jurídicas, las diversas figuras que éstas pueden adoptar, la íntima estructura de estos organismos para entender su funcionamiento, conocer su capacidad y saber cómo después de nacidos pueden extinguirse o transformarse.

Persona jurídica no es ya toda reunión de personas o todo conjunto de bienes destinados a un fin, sino una unión tal que dé vida a una unidad orgánica, a un ente en el que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes. Cuando una necesidad humana, un fin de carácter permanente o duradero que no puede conseguirse fácilmente con las fuerzas y actividades de uno solo, determina a varios a unirse y cooperar o impulsar a alguien a destinar para su realización de modo permanente un conjunto de bienes, se origina con la intervención del Estado un nuevo sujeto de derechos que, como la persona física, resulta centro de una serie de relaciones jurídicas.

Persona jurídica puede ser, pues, definida como «toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales».

Pero ¿cómo debe explicarse el fenómeno de la personificación? Muchas teorías han sido ideadas por juristas y filósofos, y no pudiendo hablar aquí de todas nos limitaremos a las principales (1).

La que fué seguida por más tiempo y mantenida por Savig-

civil italiano, 364 y 845 del Código italiano de procedimiento civil y 133 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 a que se refiere el autor en el texto.

(1) Ver Windscheid, Pand. I, § 57, pág. 232, n.; Fadda y Bensa, ibidem, pág. 716; Filomusi, Enc., pág. 200, n.^o 1; Regelsberger, Pand. I, § 75, página 289, n.; Crome, Par. gen., § 17, pág. 145, núm. 1, pág. 146, n. a. Para una amplia exposición de las doctrinas extranjeras e italianas, ver Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche* y más brevemente el *Tratt. di Dir. civ.*, I, pág. 602 y siguientes.

ny (1) y Windscheid (2) y por muchísimos otros es la teoría llamada de la ficción. Partiendo del concepto de que sólo el hombre puede ser sujeto de derechos, porque fuera de la persona física no existen en realidad otros entes capaces, concibe la persona jurídica como pura creación de la mente, como una ficción; considerada una asociación de hombres o un conjunto de bienes como una unidad intelectual, se finge que existe una persona y se atribuye a ésta la capacidad erigiéndola en sujeto de derechos.

Se comprende fácilmente la ineptitud de tal concepción para explicar la verdadera esencia de la persona jurídica; la ficción es un mero artificio y con ella no se crea un ente que sea distinto de las personas que integran la corporación o de los administradores y destinatarios de los bienes de la fundación. Si el sujeto no puede ser más que el hombre, y aquí no existe un tal sujeto, nada se consigue con fingir que existe. Ni sirve tampoco el declarar que la ficción deba reducirse a una relación de analogía, en virtud de la cual, debiendo referirse el derecho a un sujeto distinto del hombre, el ente se concibe antropomórficamente y a él, como sujeto, es atribuido el derecho, análogamente a lo que ocurre con la persona física. Tampoco aquí hay nada de real en el sujeto si su existencia es y subsiste imaginaria.

Por estas y otras observaciones muchos escritores han rechazado la teoría de la ficción, buscando y hallando en otra parte la esencia de la persona jurídica y en sus elementos constitutivos el sujeto.

Una teoría mantenida por Zitelmann (3) la halla en la voluntad. Es la voluntad la que crea el sujeto, una voluntad pública o privada manifestada en conformidad con las normas del ordenamiento jurídico, que es por sí capaz de dar vida al organismo, y que por ello debe ser considerada en sí y por sí como sujeto. Ahora bien, esta voluntad es en las corporaciones la voluntad del conjunto, distinta de las voluntades particulares de los miem-

(1) *Sistema II*, § 85, pág. 239, y siguientes.

(2) *Pand. I*, § 57, pág. 232 y siguientes.

(3) *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, 1873.

bros y distinta también de la suma de ellas; en las fundaciones, la voluntad de aquel que ha dado a los bienes un destino y que objetivándose se destaca de la persona que la tuvo y la manifestó, asumiendo el carácter de entidad independiente.

También aquí puede objetarse que si no se finge la existencia de una persona se crea como sujeto una entidad abstracta, la voluntad, y se personifica ésta mediante un procedimiento que no corresponde a la realidad de las cosas.

De esta concepción difiere la que, rechazando la idea de una ficción, consideran las personas jurídicas como entes ideales (1) creados por la voluntad, mas no por esto menos existentes, no obstante su naturaleza ideal. Como la voluntad es capaz de dar vida a relaciones jurídicas, así es idónea también para crear entes que no son imaginarios o ficticios, sino entidades efectivamente existentes. Al sujeto natural representado por el hombre se contrapone el sujeto ideal representado por las personas jurídicas; ni la voluntad de la asociación, ni la del fundador, son el sujeto, sino el ente, que es creado por tal voluntad y tiene una existencia efectiva, aunque ideal.

Una base decididamente realística tienen otras doctrinas. Una, enérgicamente defendida por Ihering (2), afirma que el sujeto es siempre el hombre. Toda institución se da siempre en ventaja de los individuos, de especiales personas físicas o grupos de personas; son por esto sujetos en las personas jurídicas de tipo corporativo los miembros de éstas; en las de tipo fundamental, los destinatarios del patrimonio, la serie de individuos en favor de los cuales los bienes se destinan, los enfermos de un hospital, mendigos de un asilo, etc.

Otra, por el contrario, elaborada por Brinz (3), rechaza la

(1) Cicala, *op. cit.* pág. 15 y siguientes.

(2) *Geist des röm. Rechts*, III, §§ 60-61; *Zweck im Recht*, pág. 460 y siguientes.

(3) Pand. I, § 59 y siguientes; pág. 194 y siguientes; III, 2, § 432, página 459 y siguientes; § 441, pág. 508 y siguientes y además pueden consultarse, Bekker, *System des heut. Pandr.* I, § 59, pág. 196 y siguientes; Hölder, Pand. I, § 26; Böhlan, *Rechtssubject. und Personenrolle*, pág. 4 y siguientes, Bonelli, *Di una nuova teoria della personalità giuridica* (*Riv. it.*,

idea de la necesidad de un sujeto representado siempre por personas físicas y concibe el conjunto de bienes destinados a un fin como un organismo independiente, erige en sujeto de derecho este organismo patrimonial, es decir, el patrimonio, en cuanto es destinado a un fin, o patrimonio de fin (*Zweekvermögen*).

Contra la teoría de Ihering puede objetarse que es más aplicable a una pura asociación que a una corporación en la que la unidad orgánica del todo se contrapone a los miembros singulares y que la atribución de la cualidad de sujetos a los miembros de la corporación o a los beneficiarios de un patrimonio destruye o, por lo menos, atenúa la individualidad del todo como organismo separado y distinto de los individuos. A la teoría de Brinz se puede objetar que no siempre hay un patrimonio que personifique el sujeto, pudiendo haber personas jurídicas que no tienen patrimonio, aunque tengan capacidad de poseerlo.

La dificultad de hallar solución a tan grave problema es producida especialmente por dos causas, y hay que removerlas y apartarlas si se quiere llegar a resultados satisfactorios. Por una parte, el supuesto de que sólo el individuo es sujeto de derechos y que para que haya un sujeto precisa que haya una entidad, y ésta sólo puede ser la persona física, el hombre. Por otra, la obstinación en hallar una solución única adaptable uniformemente a dos fenómenos jurídicos que tienen naturaleza y caracteres profundamente diversos y el elemento común único es negativo: la falta de un sujeto físico.

Ahora bien; puesto que el derecho se dirige a satisfacer, no sólo las necesidades del individuo, sino también las de los grupos ordenados y organizados de modo que constituyan un todo, las colectividades de este modo constituidas asumen frente al derecho una individualidad propia distinta e independiente de la de sus miembros. Son colectividades políticas, y entre éstas la primera el Estado, o colectividades de otra naturaleza que persiguen fines sociales diversos. Pero cualquiera que sea el modo de su formación y el fin que persiguen son siempre enti-

p. *le Sc. giur.*, IX, 1890, pág. 325); Forlani, *Delle persone giuridiche Arch. giur.*, VII, pág. 1 y siguientes).

dades reales y existentes, unidades orgánicas que viven una vida propia y desenvuelven sus actividades y funciones. Independientes de los particulares, estas asociaciones organizadas tiénen, como el individuo, una capacidad patrimonial que les es reconocida por el Estado; no son meras creaciones ficticias o imaginarias, meras abstracciones intelectuales, sino entidades reales, aunque artificialmente creadas, organismos sociales dotados de una voluntad propia e idóneos a manifestarla y actuarla.

Esta concepción, que algunos aplican a ambos tipos de personas jurídicas, se adapta en verdad sólo a las corporaciones; no es adaptable a las fundaciones, en las que el elemento personal resulta secundario frente al elemento patrimonial. Aquí debe decirse que el sujeto es el patrimonio en cuanto es destinado a un fin, o bien el fin mismo a que el conjunto de bienes es destinado. Como quiera que sea, la naturaleza real de ambos tipos es acusada por el substrato que constituye su base: la asociación de las personas que se agrupan para la consecución del fin, el conjunto de bienes que a éste es destinado. La voluntad del organismo es la voluntad común (resultante y no suma de las voluntades individuales de los miembros que lo integran) o la del fundador objetivada y perpetuada en el fin mismo (1).

Con esto no se quiere establecer una analogía entre la persona física y la persona jurídica; de modo que para concebir un sujeto de derechos que no sea la persona natural, no pueda ser imaginado, sino estructurando estos organismos, a imitación del hombre, con un proceso de personificación que a través de la concepción antropomórfica nos conduciría directamente a la teoría de la ficción. Sino únicamente que en cuanto a tales entes es reconocida una capacidad jurídica, debe haber en ellos una voluntad, la cual es representada (y no podía ser de otro modo)

(1) Ferrara, *Personae giuridiche* y la revisión crítica que hace Bonelli, *La teoría della persona giuridica* (*Riv. Dir. civ.*, II, 1910, págs. 445-508, 593-673). A este ha contestado Ferrara (*Riv. Dir. civ.*, II, 1910, pág. 785 y siguientes, III, 1911, pág. 638 y siguientes). Este autor recientemente (*Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 607) ha reconocido que es artificioso concebir que el substrato de las personas jurídicas puede siempre reducirse a hombres.

por voluntades humanas, pero se convierte en voluntad propia del ente que no se confunde con las voluntades de los individuos asociados en las corporaciones o con las de los administradores o beneficiarios en las fundaciones, y no es tampoco la voluntad transeunte y subjetiva del fundador por haberse destacado de él y haberse perpetuado y objetivado en el fin.

Dijimos ya que la doctrina tradicional distingue dos tipos fundamentales en las personas jurídicas: las corporaciones y las fundaciones, y a éstas pueden reducirse también las demás especies ya admitidas. Substrato de las primeras es una organización de personas (*universitas personarum*) de las últimas, un conjunto de bienes (*universitas bonorum*), un patrimonio convertido en ente autónomo y destinado a un fin (1). La doctrina más moderna tiende decididamente a unificar el concepto de persona jurídica, a una construcción dogmática única que contenga en sí ambas formas y las reduzca a unidad. Ello da lugar a dificultades teóricas que, si no son invencibles, hacen intrincada la doctrina no sencilla de las personas jurídicas. Si el elemento fundamental de las corporaciones es una organización de personas y el de las fundaciones un conjunto de bienes, precisa para la unidad conceptual de ambos tipos unificar ambos elementos, hacerlos comunes a los dos tipos, exigiendo en las corporaciones, a más de una agrupación de personas, un patrimonio, y en las fundaciones, a más del patrimonio, una agrupación de personas. Si es cierto que también en las fundaciones hallamos un elemento personal en cuanto que los bienes se destinan a una necesidad o fin humanos, estando representado tal elemento por los desti-

(1) Se admite por algunos autores una tercera categoría de entes, las «instituciones» (Salandra Dir. amm., pág. 607) cuyo elemento esencial es un fin determinado sin que sea necesaria la base de una asociación de personas o de un conjunto de bienes. Tales serían, por ejemplo, las Congregaciones de caridad, las cuales en el momento en que fueron reconocidas por la ley no tenían ni un patrimonio ni una asociación de personas; su personalidad radica, por tanto, en la personificación del fin, la asistencia de los indigentes. No creo útil a la dogmática este *tertium genus*; las Congregaciones que en el momento de surgir no tengan bienes, son personas jurídicas en espera de un patrimonio y esto basta para incluirlas en los tipos tradicionales.

natarios presentes y futuros que benefician del patrimonio, y si es cierto que en las corporaciones se da también un elemento patrimonial en las que no puede faltar éste para conseguir el fin, no puede negarse que el elemento personal en las fundaciones y el patrimonial en las corporaciones, tienen funciones e importancia muy diversas de las de aquel que constituye el elemento esencial en cada una.

Las personas en la corporación están determinadas en cada momento de su vida, mientras en la fundación son indeterminadas; es una verdadera y propia organización unitaria que descansa en el vínculo de colectividad orgánica la que reune a los miembros singulares en el colegio; falta toda idea de organización y de vínculo en los beneficiarios de la fundación que sólo poseen una cierta condición común (enfermedad, defecto físico, pertenencia a una ciudad) exigida por la voluntad del fundador para poder ser admitidos al beneficio. Pudiera añadirse que sólo idealmente se consigue concebir una unidad en la pluralidad sucesiva de beneficiarios que se suceden en el tiempo en el goce del patrimonio.

Por el contrario, si un patrimonio no falta por lo común en las corporaciones, puede, sin embargo, faltar actualmente, sin que por esto la *universitas* pierda su carácter de persona jurídica, mientras que no se concibe fundación sin el acto primordial y esencial de destino de un patrimonio a un fin.

El elemento personal es preponderante en las corporaciones como en las fundaciones lo es el patrimonial; pero, además, un ulterior criterio es decisivo para la distinción, y es el de la voluntad que da vida al organismo y lo rige luego de nacer. Mientras en la corporación es la voluntad de sus miembros la que impera y la que gobierna y rige el organismo, pudiendo del mismo modo que asigna un fin inicial a éste cambiarlo modificando (en determinadas condiciones) su estatuto, en la fundación, el ente se rige por virtud de una voluntad que es extraña a la serie de destinatarios y de administradores, la voluntad del fundador es la única que impera soberana de modo que ni un cambio de fin ni un diverso destino del patrimonio es consentido (salvo las causas que por razones de orden o utilidad públ-

cos autorizan al Estado a sustituir el fin frustrado o irrealizable por un fin nuevo y más útil).

La reducción a unidad conceptual del doble y complejo fenómeno que hace surgir las personas jurídicas, es sólo posible, en nuestra opinión, desde un punto de vista muy general, sin prescindir de las diversidades substanciales de ambos tipos fundamentales. De estos tipos, cada uno ofrece formas particulares y diversas, según el fin a que tienden, función que realizan, estructura que adoptan por la distinta combinación del elemento personal con el patrimonial, y se dan figuras intermedias que difícilmente pueden incluirse en los tipos citados. El problema en sí de la doctrina de las personas jurídicas es vasto y arduo, sobre todo para la ciencia civilista italiana, que no halla en el Código una disciplina más o menos completa, como la ofrece el Código alemán (§§ 21-89), y en la que se hacen precisas otras distinciones a más de la indicada.

Tenida en cuenta la diversa función que en el tipo corporativo y en el fundacional corresponde al elemento personal y al patrimonial y refiriéndonos a los requisitos para que la persona jurídica exista, puede decirse que los esenciales de éstos son tres: una organización de personas o de bienes, un fin y el reconocimiento por el Estado.

I) *Organización de personas y de bienes.*

a) La pluralidad de las personas en los entes colectivos (colegio, sociedad, asociación, corporación) debe ser una pluralidad unitaria, constituir una unidad corporativa en la que las individualidades de los asociados desaparecen para dar lugar —como resultado final del proceso de unificación— a una nueva personalidad.

No precisa, como en los *Collegia* de derecho romano (1), un número mínimo de tres personas para poderse tomar un acuerdo por mayoría; para formar el ente bastan dos personas (a no ser que la ley prescriba un número mayor), puesto que los acuerdos pueden ser tomados por otros procedimientos que no

(1) Marcelo, fr. 85. D. 50. 16. *Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est.*

sean el de mayoría. Y en rigor, cuando el ente se ha constituido podrían reducirse a un solo miembro, sin que por esto la persona jurídica debiera considerarse extinguida (1), si bien falte en ella su substrato fundamental. Tampoco la existencia del ente está ligada con la identidad de las personas; aquélla es independiente del cambio de sus miembros, y la pluralidad puede sustituirse toda merced a cambios sucesivos de los socios, y, no obstante, la unidad orgánica del cuerpo subsistir íntegra e idéntica (2).

Esto es cierto sólo por regla general, y sólo así también vale el otro principio según el cual, en caso de separación del miembro de la agrupación, no tiene derecho a una cuota de patrimonio; en formas especiales de sociedad, el cambio de las personas implica disolución del ente.

El vínculo que une la pluralidad y la hace unitaria depende de la causa que ha determinado a los particulares a asociarse y del fin que al asociarse persiguen. La unión puede haber sido querida libremente (y esto es lo que ocurre corrientemente) por fines de lucro, humanitarios o científicos, etc.; puede ser impuesta coactivamente por la ley cuando para la consecución de los fines que exceden a las fuerzas de un solo individuo y tienen un marcado interés social predominante, sobre el interés particular de los individuos se impone a determinados individuos con requisitos especiales (como, por ejemplo, la posesión de inmuebles, la gestión de una industria) la cooperación en la forma corporativa (como, por ejemplo, en materia de consorcios). Surge, por tanto, el vínculo, cualquiera que sea la causa de la asociación del acto de constitución de la entidad, que del mismo modo que une y liga a los que primero la fundaron, así igualmente liga a

(1) Ulpiano, fr. 7. § 2. D. 3. 4. *Si universitas ad unum credit magis admittitur posse eum convenire et conveniri eum ius omnium in unum recidet; it et stet nomen universitatis.* Hay quien cree que Ulpiano aquí no afirma que la «Universitas» subsista como tal, sino que se limita a afirmar la posibilidad del ejercicio de las acciones activa y pasivamente en cuanto subsiste el *nomen universitatis*.

(2) Ulpiano, fr. cit. *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem (iidem) maneant au parsmaneat vel omnes immutati sint.*

los nuevos miembros a quienes el pacto social se extiende por tácita aceptación. Y surge así, con el reconocimiento por parte del Estado, aquella unidad cuyo más importante efecto es hacer que todas las relaciones jurídicas se refieran de modo exclusivo al ente. Las relaciones jurídicas patrimoniales, activas o pasivas, de la entidad, son extrañas a los miembros como individualidades; el principio que rige la unión es el de la perfecta separación de la nueva personalidad jurídica, de las personalidades de los miembros (1).

b) El patrimonio, que no suele faltar en los entes corporativos, desempeña una función esencial en los demás (institutos, instituciones, establecimientos, fundaciones), constituyendo el substrato necesario. Más difícil y más artificioso resulta en éstos el proceso de personificación por faltar la asociación de personas que facilitan la construcción de una figura nueva de sujeto; y esto explica por qué en el derecho romano el tipo de la *universitas bonorum* se ofrezca bastante tarde, dibujándose más claramente al impulso de los sentimientos cristianos de piedad y caridad en las *piae causae* (2), y sólo posteriormente el tipo adquiere caracteres y líneas precisas; una más marcada individualidad ofrece el *fiscus* (3) y la *hereditas iacens*. Patrimonio puede ser cualquier conjunto de bienes (inmuebles, crédito, dinero) que el fundador destina a un fin de modo perpetuo y con la intención de crear un ente autónomo e independiente. Decisiva es, pues, la voluntad del fundador, ya sea éste un particular, una asociación de personas o el Estado mismo; y es decisiva para el nacimiento de la nueva persona jurídica, para su vida ulterior y hasta para su fin eventual, que puede ser también previsto y regulado por el fundador. Pero la voluntad no es por sí

(1) Expresado muy incisivamente en las palabras de Ulpiano, fr. 7. § 1. D. 3. 4. *Si quid universitati debetur singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.*

(2) Ver Gurke, op. cit. III, pág. 373; Ruffini, op. cit. pág. 325; Brugi, *Le pie fondazioni cristiane nel diritto romano* (Atti Ist. ven., VII, 1895-96, página 1.061 y siguientes; Saleilles, *Piae causae en Melanges Girardin*, 1911, pág. 228.

(3) Vassalli, *Concetto e natura del fisco* (en *Studi Senesi* XXV, 1908).

eficaz si a la intención de crear el ente no acompaña el acto de destinación de los bienes o éstos no sean dados en la medida que baste a la consecución del fin.

La voluntad del fundador puede manifestarse en un acto entre vivos o en una disposición *mortis causa*. Y su actuación puede ser de dos modos: o el acto de liberalidad (donación o disposición de última voluntad) impone al donatario o heredero como carga modal la constitución del nuevo ente, al cual deberán consagrarse en todo o en parte, según la medida de la carga impuesta, los bienes donados o dejados testamentariamente, o resulta dirigido rectamente a la creación del ente en cuanto la donación o disposición testamentaria se hace en favor de la persona jurídica que se intenta crear. En el primer caso, la disposición o donación modal se dirige a un intermediario a cuyo cargo se confía la fundación del ente; en la disposición o donación directa falta el intermediario. Graves y largas controversias surgieron ya en el pasado en la doctrina civilística sobre la validez de las disposiciones directas. Si para las modales no se dudó que el heredero o donatario a quien se impone la carga se halla obligado a cumplir ésta creando el ente y destinando a él toda la liberalidad, si el *modus* la absorbe íntegramente y puede ser forzado a cumplir la obligación cuando voluntariamente no la cumple por el donante mismo, por los herederos del fundador, por los albaceas testamentarios y, en todo caso, por el Consejo municipal o por la Congregación de caridad del lugar, según nuestra legislación (1); discusiones e incertidumbres surgieron sobre la validez de la disposición directa, pareciendo el principio según el cual la institución de heredero o la donación exige una persona existente y capaz de recibir y aceptar la herencia o la donación inconciliable con el caso nuestro en que la persona no ha nacido aún porque el ente todavía no ha sido creado. El expediente a que se recurrió fué el de una aplicación analógica del principio que consiente las liberalidades a favor de los concebidos no nacidos

(1) Ver ley de 17 de Julio de 1890 sobre instituciones públicas de beneficencia, artículos 7 y 51; Real decreto de 26 de Junio de 1864, artículos 2 y 4.

aún e incluso aquellas en favor de los hijos de determinada persona aún no concebidos; es decir, que como en el caso del nacido o no concebido, así también en el del ente aún no creado debe admitirse la posibilidad y eficacia jurídica del destino de los bienes a persona que aún no existe, pero cuya existencia se espera.

Pero ni de este ni de otros recursos hay necesidad de servirse en nuestro derecho por las disposiciones de la ley de 17 de Julio de 1890 con su Reglamento de 5 de Febrero de 1891 y por las del Decreto de 26 de Junio de 1864. Preveía este último la validez de la liberalidad destinada a la creación de un ente autorizando a cualquiera a provocar la creación recurriendo a la autoridad y preordenando la administración interina del matrimonio. Decididamente la reconoce para las instituciones de beneficencia la ley de 1890 al imponer al Notario (con cuya intervención se abran testamentos o se estipulen donaciones encaminadas a crear tales instituciones) la obligación de denunciarlas al Alcalde y a cargo de éste la de transmitir la denuncia a la Congregación de caridad estableciendo que ésta proceda a los actos de conservación y promueva el reconocimiento legal de la nueva entidad (artículos 84 y 8 de la ley, 93 y 128 del Reglamento) (1).

2) *Fin.*—Que las colectividades y los patrimonios tengan un fin y que éste sea lícito, es requisito que se comprende fácilmente; el Estado no podría tolerar que surgiessen y actuasen en su territorio entes dotados de personalidad jurídica que tendiesen a fines ilícitos inmorales o peligrosos para el orden público o en un modo cualquiera contrarios al ordenamiento social y jurídico. Es aquí especialmente en donde la intervención del Estado en la constitución, o por lo menos en la acción de las personas jurídicas, se manifiesta justificada y legítima, ya que aun cuando el reconocimiento no sea un requisito esencial para

(1) Para el caso de disposiciones genéricas a favor de pobres sin indicación del uso u obra pía se aplica el art. 832 del Código civil que declara que se entienden hechas a favor de los pobres del lugar en que el testador tuvo su domicilio o entregando los bienes a la institución local de caridad.

la existencia de la entidad, no puede prescindirse nunca de la autorización del Estado (ya sea expresa o ya tácita, es decir, implícita en el hecho de que al ente no se le impida desenvolver su propia actividad), y ésta se funda siempre en la valuación del fin, que no puede contradecir los fines universales de la sociedad representada en el Estado. Más bajo de esta forma tenue de intervención no es posible descender en un ordenamiento cualquiera; aun cuando el reconocimiento del Estado no se considere con virtud creadora ni se juzgue necesaria para el nacimiento del ente una previa autorización de la soberanía, siempre corresponderá al Estado el poder disolver las entidades que hayan surgido con fines ilícitos o incompatibles con el ordenamiento (1), el prohibir o limitar su actividad cuando se trate de personas jurídicas extranjeras que actúen en el territorio del Estado.

Fuera de la ilicitud no hay otra limitación en los fines; pueden ser lucrativos o religiosos, de beneficencia o de cultura, de recreo o de estudio; puede la utilidad extenderse a una esfera más amplia de personas, como los habitantes de un municipio los miembros de una clase social, los nacionales de un país; puede el beneficio limitarse a los socios del colegio y ser el fin completamente público o privado. Pero es necesario que se trate de fin determinado y racional, duradero y no individual.

El fin no es idóneo si es individual porque está en pugna con la razón de ser de las personas jurídicas; no se admite la constitución de un organismo complejo para la consecución de un fin que no interese a un grupo más o menos extenso de personas. Indiferente es, por el contrario, que la pluralidad más o menos extensa de personas sea considerada como grupo de particulares o como parte del consorcio social. Que el fin no deba necesariamente consistir en una utilidad pública, se demuestra con el hecho de que los entes colectivos (como, por ejemplo, las aso-

(1) Es muy interesante en este respecto la historia de los *Collegie* en Roma que en su origen se constituían sin intervención del Estado y que fueron varias veces suprimidos hasta que al final de la República se introdujo un nuevo régimen que instauró el sistema de la autorización preventiva (ver Coli, *Collegie e sodalitates*, Bologne, 1913).

ciaciones profesionales (1), las sociedades de socorros mutuos, las cajas de pensiones consideradas como entes morales), sólo miran a la utilidad de sus miembros. Raro resulta en las fundaciones de fin meramente privado, que si se dirige a la beneficencia asumen el carácter de públicas por el alto interés social que ofrecen, que las somete a una intensa disciplina del Estado.

El fin debe ser duradero, no meramente transitorio. Esto no significa que para que se dé una persona jurídica precise un fin perpetuo o indefinido en el tiempo. Si, por regla general, es perpetuo, sin embargo, suelen crearse entes colectivos e instituirse fundaciones para la consecución de fines y satisfacción de necesidades que no se renuevan perpetuamente (como en un hospital o en un asilo, la cura de los enfermos y la hospitalidad de los indigentes), sino que son determinados y perecederos; las sociedades creadas para obras públicas, los consorcios para los saneamientos y desecaciones, las fundaciones destinadas a patrocinar y estimular un determinado descubrimiento científico o industrial, tienen prefijada desde el momento en que surgen la duración de su existencia. Duradero y permanente debe ser el fin en el sentido que sería insuficiente a justificar la creación de un organismo nuevo, un fin que pudiera conseguirse fácilmente de una sola vez y con la actuación de una sola persona.

Tampoco puede ser indeterminado el destino del patrimonio, faltaría su base (la voluntad del fundador) si tal voluntad no fuese dirigida a un fin determinado, como resultaría sin causa y, por consiguiente, ineficaz la de los asociados si éstos ignorasen el fin para que se asociaron. Puede, sí, ser múltiple cuando persigue varios fines homogéneos y conciliables entre sí sin que la multiplicidad del fin destruya la unidad de la entidad.

3) *Reconocimiento.*—Si en el período republicano de Roma, los *collegia* no tuvieron necesidad del reconocimiento por parte del Estado (habiéndose sólo más tarde instaurado el sistema de la autorización confirmativa luego de las primeras supresiones de

(1) Barassi, *Le associazioni professionali* (*Riv. Dir. civ.*, VIII, 1916, página 437 y siguientes).

os que se consideraron ilícitos o inútiles) y si posteriormente en otros derechos pudo discutirse sobre su necesidad para la existencia de los entes colectivos y de las fundaciones es indudable que en nuestro derecho vigente el reconocimiento es requisito esencial. De su necesidad no puede dudarse, dada la explícita disposición del art. 2.^º del Código civil, que declara personas capaces y admitidas al goce de los derechos civiles, «los Municipios, las provincias, los establecimientos públicos, civiles o eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales *legálmente reconocidos*» (1).

La discusión resulta agudizada en orden al valor intrínseco que debe asignarse al reconocimiento del Estado y no tiene sólo importancia doctrinal, sino que de su resolución en uno u otro sentido se derivan efectos prácticos diversos. ¿El acto del Estado es creador de la persona jurídica en cuanto que al conferirle la personalidad lo convierten en sujeto capaz de derechos y hace así posibles las relaciones jurídicas del ente, o tiene solamente valor confirmativo en cuanto que se limita a reconocer la existencia de entidad ya formada que adquirió unidad orgánica por propia virtud? La idea de la función creadora del Estado podría aparecer más justificada para aquellas personas que, como las fundaciones, exigen un esfuerzo mayor de abstracción para concebir su intelectual unidad como sujeto; aparece menos justificada con relación a los entes corporativos. Nosotros participamos de la opinión de los que creen que la función no es creadora: existe de hecho un patrimonio destinado a un fin o una asociación de personas unidas por un vínculo unitario y el Estado no hace sino reconocer estas formaciones espontáneas. El ser el reconocimiento un acto sucesivo a estas formaciones, demuestra precisamente que el Estado no crea sino que, permitiendo su subsistencia, las habilita como sujetos para obrar jurídicamente (2).

(1) Infundada y contraria a la ley es la tesis opuesta de Faggella, *Il riconoscimento legale delle corporazioni e delle fondazioni*, Torino, 1913, que sostiene que debe prescindirse de tal requisito.

(2) Ver Ferrara, *Persone giur.*, pág. 416.

Cierto que del reconocimiento por parte del Estado arranca la personalidad jurídica del ente (1).

El reconocimiento puede ocurrir de dos modos: *a)* determinadamente, caso por caso, en cuanto que a cada formación orgánica el Estado, previo examen de los requisitos en cada entidad que aspire a convertirse en persona jurídica las reconoce la capacidad (sistema de la concesión); *b)* o bien *por modo general por categorías enteras de entes*, que podrán surgir en futuro, en cuanto la ley preventivamente fija las condiciones y las normas con cuya observancia las nuevas formaciones adquieran el carácter de personas jurídicas reconocidas (sistema normativo). Pertenece a este segundo modo el reconocimiento adoptado, por ejemplo, por el Código de Comercio para las sociedades mercantiles (que según lo dispuesto en el art. 77 constituyen, respecto a las terceras entidades colectivas, distintas de las personas de los socios), porque cumplidas las formalidades prescritas en la ley, asumen sin más el carácter de cuerpos morales. El primero tiene lugar mediante un acto que puede emanar del poder legislativo (ley especial) o del ejecutivo (decreto real). Si bien nuestro derecho no regula con una norma expresa esta materia y no declara cuál es el órgano del Estado competente para hacer el reconocimiento, es indudable que el poder ejecutivo, cuando no se disponga otra cosa, es el competente; para el reconocimiento de algunos entes (instituciones públicas de beneficencia, ley de 17 de Julio de 1890, art. 51) se requiere Real decreto (2). Puede el reconocimiento ser hecho mediante otro proce-

(1) El reconocimiento, en tanto no es revocado por la autoridad que lo ha concedido, es título idóneo para la vida jurídica del ente, cualquiera que sea el defecto de voluntad o de forma del acto constitutivo o fundamental.

(2) Con la guerra 1914-18 se introdujeron nuevas normas adoptando el reconocimiento mediante Decreto prefecticio o ministerial. Así, por ejemplo, para las juntas y asociaciones, para la asistencia civil, el Decreto-ley de 25 de Julio de 1915 confirió a los prefectos la facultad de concederles mediante Decreto la capacidad de obrar y de comparecer en juicio; a losentes autónomos de consumo, cooperativas de consumo y sus consorcios la personalidad les era concedida por el Ministro de Agricultura o por el Comisario general de aprovisionamientos (Decreto-ley

dimiento; c) tácitamente, con la aprobación de los actos realizados por el ente o la autorización a éste para realizar determinados actos que presupongan el reconocimiento y según algunos hasta la posesión de estado, es decir, el haber un ente obrado siempre como persona jurídica reconocida, sería suficiente, como ha ocurrido para los entes eclesiásticos conservados (1).

Una sola persona jurídica lo es sin necesidad de reconocimiento: el Estado. Fuente de la personalidad de los demás entes públicos o privados, la personalidad jurídica se adquiere por el Estado en virtud de su propia formación, no pudiendo derivar a él de otra autoridad soberana (2).

Tampoco necesitan de reconocimiento las personas jurídicas extranjeras, pero por otra causa. La capacidad de éstas, según nuestras normas de conflicto es regulada por su ley nacional; se debe, pues, según esto, averiguar si los entes extranjeros han adquirido en el propio Estado la capacidad de Derecho, siendo indiferente que la ley extranjera exija o no como requisito el reconocimiento, y si la adquirieron no puede la ley de un Estado diverso al exigir un nuevo reconocimiento propio, desconocer su personalidad y su existencia jurídica. La resolución en tal sentido se impone en el derecho italiano por lo dispuesto (3) en el artículo 6.^º de las disposiciones transitorias y por el art. 3.^º del Código civil, que fueron oportunamente examinados. Cuestión muy diferente es si el Estado puede prohibir en su territorio el

de 26 de Mayo de 1918 y otros anteriores). El sistema de la concesión de la personalidad *por Registro* que es aceptado por las más modernas legislaciones (Código civil alemán, § 21 y siguientes, 61 y siguientes; el Código civil suizo, art. 60 y siguientes; ver Menrer, *Die juristischen Personen*, página 216 y siguientes); es tímidamente afirmado en la legislación italiana, pero es augurable que prevalezca dado su carácter liberal y práctico.

(1) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, página 818, y siguientes.

(2) Se prescinde aquí naturalmente de toda cuestión sobre el reconocimiento de los Estados en el campo del derecho internacional; se trata de otros efectos que trascienden de la esfera del derecho interno y, por consiguiente de otras normas jurídicas.

(3) Un resumen de la discusión y una noticia bibliográfica puede verse en Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 821 y siguientes; Venzi en Pacifici, Ist. II, pág. 238 y siguientes.

ejercicio de los derechos a una persona jurídica extranjera que por los fines que persiga sea contraria al orden público o se oponga a las normas prohibitivas internas. Es indudable que tal facultad corresponde al Estado en este caso con relación a las personas jurídicas como le corresponde igualmente con relación a las físicas (disp. prel., art. 12); en cuanto a las demás limitaciones de orden público, como por ejemplo, la de que las personas jurídicas no pueden adquirir bienes inmuebles sin previa autorización del Estado, se halla fuera de duda que por la equiparación del extranjero al ciudadano, deben también supeditarse a aquélla las personas jurídicas extranjeras (1) (2).

(1) En cuanto al modo de determinar su nacionalidad no reina conformidad entre los autores. Hay que eliminar el criterio de la nacionalidad de los miembros en la corporación o de la nacionalidad de los destinatarios o fundador en la fundación, dada la distinta personalidad del ente con relación a la de sus miembros. Es dudososo si deba considerarse decisivo el lugar en que el ente tiene su domicilio o donde radica el interés colectivo que el ente tiende a satisfacer o la pertenencia al Estado que los reconoce. Nosotros creemos según la opinión dominante que debe prevalecer el último criterio; y que es el acto de reconocimiento que confiere la personalidad jurídica al ente el que le confiere también la nacionalidad del Estado que lo efectúa. Sólo en modo subsidiario intervendrán los criterios del domicilio, de la nacionalidad, de los miembros, del lugar en que radica el interés colectivo que constituye su objeto; ver Venzi en Pacifici, Ist. II, pág. 97 y siguientes (n. o.); Ferrara en *Riv. di Dir. pubbl.*, 1912, I, pág. 364 y siguientes; Fadda, *La nazionalità delle persone giuridiche* (*Atti R. Acc. Sc. mor. e pol. di Napoli*, XXXIV, 1890). Recientemente Ferrara (*Tratt. di Dir. civ.* I, pág. 361 y *Diritto di guerra e diritto di pace* en *Riv. di Dir. comm.*, 1918, I, pág. 709) con la dolorosa experiencia de la guerra que patentizó la insuficiencia y peligro de la noción formal de la sede o del reconocimiento, ha proclamado la inconsistencia de la opinión dominante declarando que el criterio más seguro para determinar la nacionalidad de los entes colectivos, es el de penetrar en la constitución y en el fin de los mismos. La mentalidad bélica es, sin embargo, demasiado unilateral y apasionada para dictar criterios seguros y dogmáticamente impecables.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — Compárense los artículos 2º del Código civil italiano y disposición 12 preliminar con el 35 y 11 del Código español y el 77 del Código de Comercio italiano con el 116 del de Comercio español.

§ 43.—*Categorías. Capacidad y representación*

Brugi, Ist. § 14; Pacifici, Ist. II, pág. 232; Gianturco, Sist. I, §§ 32-33; Chironi, Ist. § 29; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 155; Coviello, Man. I, §§ 62, 66, 68; Crome, Par. gen., págs. 152, 159, 175; Zachariae, Man. I, § 39; Aubry et Rau, Cours., I, página 281; Windscheid, Pand. I, § 59 y Fadda y Bensa, Ibid. págs. 775, 802; Regelsberger, Pand. I, §§ 80-84, 90-91.

Nada uniforme resulta en nuestro derecho la terminología usada para la designación de las personas jurídicas, lo cual si de una parte es provocado por la múltiple variedad de formas que estos organismos asumen en la vida social, es causa por otra de confusiones y discusiones graves sobre la categoría o especie en que un determinado ente debe incluirse y sobre la disciplina jurídica que debe regularlos. Rara vez usan nuestras leyes del término técnico «personas jurídicas» que científicamente es más exacto; hablan, por regla general, por influjo de la terminología canónica (*corpus myseicum*) de *cuerpo moral*, *ente* o *persona moral* y frecuentemente de *Institutos* o *Establecimientos* y según que predomine la asociación corporativa o la erección de un patrimonio en entidad de *corporaciones* o *asociaciones de obras pías*, *entes de mano muerta*, *fundaciones*.

Varia también es la disciplina jurídica contenida en una serie infinita de normas legislativas o reglamentarias entre las cuales resulta fundamental el principio del art. 2.^º del Código civil: «Los Municipios, las provincias, los institutos públicos civiles o eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales legalmente reconocidos, son considerados como personas y gozan de los derechos civiles según las leyes y los usos observados de derecho público». No obstante esta variedad, es posible y facilita la comprensión de tan ardua materia ofrecer algunas distinciones fundamentales, agrupando en categorías los diversos tipos. El criterio puede ser el origen, el fin o la función del ente, y prescindiendo ahora de las figuras de corporación y de fundación las máximas divisiones pueden reducirse a las siguientes:

a) *Entes públicos y privados*.—Es esta, sin duda, la más im-

portante entre todas por los efectos distintos que produce la cualidad pública o privada del ente. La ley misma la reconoce y la presupone cuando habla de institutos públicos en contraposición a otros que no son tales (Código civil, artículos 2.^º, 425, 832, 2.095) y sienta una disciplina jurídica completa de las obras pías consideradas como institutos o establecimientos públicos (ley de 17 de Julio de 1890). Pero como no ofrece el criterio distintivo, se discute mucho por los escritores (I).

Para unos es el *origen*, según que sea la voluntad privada (del fundador o del grupo de los particulares asociados) la que determine la formación del ente o la voluntad del Estado, la entidad será privada o pública, independientemente del fin que se proponga o de la función que realice. Pero es fácil observar que si el origen es decisivo cuando es el Estado quien funda el instituto, porque del acto creador de aquél sólo pueden resultar ente públicos, no lo es cuando se trata de la voluntad privada que puede crear, no sólo entes privados, sino también públicos; muchas de las obras pías que la legislación vigente enumera entre las personas jurídicas públicas tienen su origen en liberalidades de los particulares y nada obsta ni siquiera en abstracto a que el patrimonio de un ente público provenga de una disposición privada.

Mejor, según otros, es el criterio del *fin*. Público es el ente cuando se propone un fin público, cuando se dirige a la satisfacción de un interés social, de una necesidad general más o menos extensa; privado es aquel cuyo fin es privado, es decir, que no interesa a la generalidad, sino sólo a particulares individuos. Proveen a necesidades de la primera especie, ante todo el Estado mismo y los demás organismos mayores políticos y administrativos como las provincias y los Municipios, pero al lado de éstos y subordinados a ellos, provee también a tales necesidades una numerosa serie de instituciones, como las instituciones públicas

(1) Una reseña analítica de las diversas teorías puede verse en Ferrara, *La classificazione delle persone giuridiche* (*Riv. Dir. pubbl.*, 1912, I, página 345 y siguientes) y *Tratt. di Dir. civ.* I, pág. 621 y siguientes.

de beneficencia y congregaciones de caridad, institutos eclesiásticos y muchos entes autónomos que forman parte de la administración del Estado. Persiguen fines privados: las cooperativas, las sociedades de socorros mutuos, sociedades mercantiles, patrimonios destinados a beneficio de los miembros de una familia. Tal criterio no es siempre seguro, por no ser posible establecer en todos los casos cuándo termina la utilidad general (¿por qué se da ésta, por ejemplo, en un hospital fundado por una corporación de artes y oficios para sus propios miembros y no en una sociedad de socorros mutuos?) y cuándo comienza la privada (puede una misma institución tender a la utilidad de algunos individuos y, al propio tiempo, de la generalidad); ni de la naturaleza pública del fin, deriva siempre el carácter público del ente.

Otros se muestran partidarios del criterio de la *función* que el ente realiza, y teniendo en cuenta que los entes de carácter público llevan adjunto el ejercicio de un poder público, en tanto un *ius imperii* falta en los privados declaran ser públicos los entes que son ya de por sí, por propia naturaleza intrínseca, órganos del Estado o asumen la función de órganos de éste en cuanto realizan o integran sus fines.

Carácter diferencial sería, por tanto, el ser el ente parte de organismo político-administrativo del Estado y esto es substancialmente exacto, no pudiendo concebirse órganos (directos o indirectos) del Estado, que no participen del *ius imperii*, del poder público. Pero puesto que, según este concepto, en el grupo de los entes privados vendrían incluidos, no sólo los que persiguen la utilidad privada, sino también los que satisfacen una necesidad pública, con tal que no sean partícipes en el ejercicio del poder público, se impondría una subdistinción entre entes privados de utilidad pública y entes privados de utilidad privada.

Pero surge la duda de si en nuestro derecho positivo pueden ser considerados como privados los entes cuyo fin sea una utilidad pública. Preferible juzgamos la teoría que deduce la cualidad pública del ente, del ejercicio de un derecho de imperio que hace adquirir a la institución el carácter de órgano del Es-

tado o la que la deduce de la naturaleza pública del fin (1).

Las consecuencias que derivan del carácter público o privado del ente se evidencian en casi todos los actos de la vida del mismo. Abstracción hecha de particularidades más o menos excepcionales no raras en nuestro derecho (que no pocas veces someten institutos privados a disciplinas propias de los públicos o exoneran a algunos de estos de las restricciones comunes a los demás) con carácter general puede afirmarse lo siguiente:

a) La condición de público lleva consigo una mayor vigilancia por parte del Estado. El Estado tiene un poder de vigilancia o control sobre todas las personas jurídicas, ya sean públicas o privadas. Pero por el interés general que las primeras implican, esta tutela del Estado se ejerce en ellas en una medida más intensa y energética, con intervención más asidua y directa en cada acto del instituto.

Para expresar esto con una fórmula sencilla, pudiera decirse que en éstas la ingerencia del Estado tiene una función positiva e integrante, dirigiéndose la tutela que dispensa a promover la actividad benéfica a exigir el cumplimiento del fin; para los actos privados, una función negativa en cuanto que el Estado se limita solamente a impedir que se viole el orden público o se malogre la voluntad del fundador o se obre de un modo ilegítimo.

β) En las corporaciones privadas coincide el interés de la entidad con el de los particulares en cuanto que aun siendo una

(1) Según Forti, *Amministrazione pubblica e attività economico-privata. Contributo alla classificazione delle persone giuridiche nel Dir. et. (Studi per Margheri)*, pág. 143 y siguientes) el criterio del ejercicio de un derecho de *imperium* si bien no inexacto en sí y por sí, es el menos feliz, implicando una petición de principio. Para superar toda dificultad teórica y práctica, propone el de la organización del ente: precisa según esto averiguar el carácter del ente a través de su organización, siendo público si la organización tiene carácter público. Sobre el problema muy delicado y prácticamente muy importante de la distinción entre derecho público y derecho privado, ver Ferraris, *La classificazione delle persone morali di Dir. pubbli.* (*Riv. di Dir. pubbli.*, 1919, I, pág. 433 y siguientes); Ranellietti, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative* (ib., 1916, I, página 337 y siguientes); Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* (*Ann. di univ. toscane*, 1920).

ersona jurídica distinta de las de los socios los actúa en provecho de los miembros; ellos son el fin de la corporación, porque el interés de ésta se reduce en definitiva a la suma de los intereses individuales de los socios. Lo que el cuerpo moral produce es en provecho de éstos y entre éstos también se divide el patrimonio cuando el cuerpo se disuelve. Esto no lo encontramos en las corporaciones de carácter público, precisamente porque público es el fin; el interés del cuerpo moral resulta netamente distinto y separado del de los miembros, los cuales representan el medio con que el fin se actúa, quedando éste, por su generalidad, fuera de ellos.

γ) Ya dijimos que la voluntad de los asociados era decisiva para la vida y función del ente corporativo y que, en cambio, en la fundación lo era la del fundador. Pero cuando la corporación tiene carácter público la voluntad de los miembros no es ya tal y viene sustituida por la voluntad del Estado, que es el único árbitro para decidir de la existencia, exteriorización de la voluntad del ente, de su finalidad. Esta sustitución de la voluntad privada por la pública puede tener lugar también en las fundaciones, ya que si aquí es el acto del fundador el que regula el ente de un modo perpetuo, esta voluntad del fundador puede en los institutos públicos ser sustituida por la del Estado, no ya sólo para impedir que se persigan fines no consentidos por la ley, sino también para complementar los queridos por el fundador lícitamente o para encaminarla hacia una utilidad más amplia.

b) *Entes civiles y eclesiásticos.*—También esta distinción se halla en nuestro derecho (Código civil, artículos 2.433 y 2.434) y tiene importancia grande, sobre todo porque fué en el campo de los institutos eclesiásticos donde la legislación italiana, al tiempo de la Independencia, más activamente influyó despojando de personalidad jurídica a entes que antes la tenían y negándola preventivamente a los que pudieran surgir en el futuro. Pero el criterio es aquí más simple y más seguro que en la distinción precedente y es dado por el fin religioso y de culto que las corporaciones o las fundaciones se proponen. Son, pues, civiles, a más de las personas jurídicas antes recordadas, todas aquellas que no tengan finalidades de culto, como, por ejemplo, los Ban-