



Concepto Sala de Consulta C.E. 80 de 1986 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS00801986

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. -

No es la índole o naturaleza de la actividad, sino el procedimiento jurídico escogido para realizarla, el que define la entidad.

Consejo de Estado. - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

Referencia:□Consulta. Radicación número 080.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Es posible dar el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado a las Empresas Públicas de Pereira en razón de las funciones que desarrollan (prestación del servicio de energía, acueducto y telefónico), no obstante haber sido creadas como establecimiento público, mediante Decreto número 90 de noviembre 25 de 1957, expedido por el Alcalde de Pereira, o por el contrario, debe prevalecer el acto de creación sobre la actividad desarrollada aunque ésta no corresponda a una función pública administrativa?".

La Sala considera y responde:

1º El Acto legislativo número 1 de 1968 contempla, como parte de la estructura fundamental del país, la existencia de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta del Estado, los departamentos y municipios (arts. 76, ordinal 10, ,120, ordinales 1º y 5º, 187, ordinal 6º, 194, ordinal 6º y 197, ordinal 4º, de la Constitución). La ley extiende este régimen, con fundamento en el artículo 6º de la Constitución, a las intendencias y comisarías (art. 6º, letra f, del Decreto - ley 467 de 1986).

De este modo se definió claramente que es posible crear las mencionadas entidades.

2º Los Decretos - leyes 1050, 3130 y 3135 de 1968, 130 de 1976, 1042 Y 1045 de 1978 regulan actualmente los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como también las sociedades de economía mixta constituidas o integradas con su participación.

El artículo 5º del Decreto - ley 1050 de 1968 define los establecimientos públicos nacionales como los "organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público", y que tienen, además, personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

El artículo 6º del Decreto - ley 1050 de 1968 define las empresas industriales y comerciales del Estado como los "organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", y que tienen, además, personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

El artículo 5º del Decreto - ley 3135 de 1968 prescribe que las personas que trabajan en los establecimientos públicos nacionales - como los que lo hacen en las dependencias del Estado - son empleados, salvo las que realicen actividades de construcción o mantenimiento de obras públicas, determinadas en los estatutos, que tienen el carácter de trabajadores oficiales vinculados, real o supuestamente, por contratos de trabajo.

En las empresas industriales y comerciales del Estado rige lo contrario. Por regla general todas las personas que trabajan en ellas son trabajadores oficiales, excepto las que cumplen actividades de dirección o confianza, que se definen como empleados.

Además, mientras los establecimientos públicos están adscritos a la Administración Nacional, las empresas industriales y comerciales del Estado sólo están vinculadas a ella (arts. 1º del Decreto - ley 1050 y 8º del Decreto - ley 3130 de 1968).

3º No obstante que la Constitución defiere a la ley determinar las normas conforme a las cuales se puedan crear establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta departamentales y municipales (arts. 187, ordinal 6º, y 197, ordinal 4º, de la Constitución), sólo las expidió al principiarse el año en curso, al cabo de algo más de 18 años de vigencia del Acto legislativo número 1 de 1968 que efectuó la reforma.

En efecto, los artículos 5º de la Ley 3ª y 26 de la Ley 11 de 1986 prescriben que las entidades descentralizadas departamentales y municipales "se someten a las normas que contenga la ley" y a las disposiciones de carácter local que, respectivamente, expidan las asambleas y los concejos "en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales".

En idéntica forma el artículo 30 del Decreto - ley 467 de 1986 hace igual prescripción para las entidades descentralizadas de intendencias y comisarías; sólo difieren en que en este caso los órganos que pueden crearlas son, respectivamente, los consejos intendentales o Comisariales.

4º Pero, como las disposiciones legales citadas en el acápite anterior nada prescriben directamente sobre las entidades descentralizadas de carácter local, sino que se remiten "a las normas que contenga la ley", es claro que los vacíos legislativos pueden llenarse analógicamente, mediante la aplicación de las disposiciones relativas a las entidades des. centralizadas de carácter nacional. La jurisprudencia habla prohiendo este criterio que, según lo explicado, aún tiene actualidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, sentencia del 28 de octubre de 1985, ponente doctor José Eduardo Gnecco). Y si el Decreto - ley 3130 de 1968 reguló, en el Capítulo X, "las empresas descentralizadas" del Distrito Especial de Bogotá, cuya creación corresponde al Concejo Municipal (arts. 197, ordinal 4º. de la Constitución y 13, ordinal 4º, del Decreto - ley 3133 de 1968), los artículos 73 a 77 inclusive que se referían a ellas, fueron declarados inconstitucionales (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 19 de octubre de 1969, G. J. tomo CXXXVII, pág. 396).

5º Los artículos 5º y 6º del Decreto - ley 1050 de 1968, antes transcritos, definen los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, pero no predeterminan las actividades que correspondan a aquellos o a éstas: Porque la ley puede escoger entre ellos el más conveniente para la actividad que se trate de realizar, sin más límite que el que se deriva de la estructura constitucional del país; porque, con esta misma limitación, no existen actividades que por sí mismas, por su propia naturaleza sean, necesariamente, administrativas o comerciales y que, en su orden, exclusivamente deban cumplirse por establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado; porque, por el contrario, cada una de esas entidades puede ser creada por la ley especial que señale su objeto o finalidad y prescriba las funciones que deba cumplir; y porque la misma ley que crea la entidad define la índole o naturaleza de la actividad que le incumbe: Si establecimiento público nacional, la actividad prevaleciente será administrativa; si empresa industrial o comercial del Estado, ella será de derecho privado.

De donde se deduce que para el cumplimiento de una determinada actividad, dentro de los límites constitucionales, la ley puede optar entre el establecimiento público y la empresa industrial y comercial del Estado, según se proponga realizarla, en su orden, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado.

Lo propio sucede en los departamentos y municipios. La asamblea departamental o el Concejo municipal, por iniciativa del Gobernador o del Alcalde, según el caso, dentro de los límites constitucionales, puede crear un establecimiento público o una empresa industrial y comercial, según busque realizar una determinada actividad, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado: Si la primera será administrativa, si la segunda civil o comercial.

En el caso objeto de la consulta, la Sala considera que si, el Municipio de Pereira, mediante Decreto número 90 del 25 de noviembre de 1957, organizó las empresas públicas como establecimiento público no obstante que prestan los servicios de energía, acueducto y alcantarillado, como expresa el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, ello significa que optó por prestar esos servicios por el procedimiento de derecho público, como actividad administrativa, y no por el del derecho comercial. No es la índole o naturaleza de la actividad, sino el procedimiento jurídico escogido para realizarla, el que define la entidad: Si se la organizó como establecimiento público, como se afirma en el contexto de la consulta, subsiste como tal mientras esté vigente el acto que la creó.

Sin embargo, si se estimare conveniente darles a las empresas públicas de Pereira el carácter de empresa industrial y comercial de ese municipio, podrá efectuarse la conversión, mediante el procedimiento prescrito por la Constitución y la ley.

Transcríbase a los señores Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República en sendas copias auténticas.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

AERONAVES. SUSPENSION DEL PERMISO DE FUNCIONAMIENTO (Aclaración de voto). -

La dificultad consiste en saber cuál es en el caso de la suspensión de las actividades de vuelo, la ley normativa de actuación administrativa, para precisar, si ha habido desatención de su prescripción y si dicha desatención, por su gravedad está conminada en la ley con sanción de nulidad por perseguirse un pronunciamiento distinto al que legalmente corresponde (art. 152 - 4 del C. de P. C.), o si tratándose de informalidades menores, éstas podían ser remediadas por medio de los recursos propios de la instancia administrativa.

DERECHO DE DEFENSA NULIDAD CONSTITUCIONAL O SUPRALEGAL. NULIDADES EN EL PROCESO CIVIL Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR JOSE JOAQUIN CAMACHO PARDO

Expediente número 80. Actor: "TAES LTDA.". Ponente: Doctor Simón Rodríguez.

En este proceso, adelantado mediante la pretensión de plena jurisdicción, estuve de acuerdo con lo decidido en la parte resolutive de la providencia que antecede, en cuanto que llegué a la conclusión de que los actos acusados debían anularse por uno de los motivos de la impugnación que constituyen la razón de la demanda, esto es, por haber actuado, en este caso, el Consejo Nacional de Estupefacientes, fuera de los límites de su competencia, toda vez que el órgano estatal que la tenía, era el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

En efecto, el Consejo Nacional de Estupefacientes produjo el primer acto acusado el día 15 de diciembre de 1983, el cual fue interpretado y cumplido por las autoridades aeronáuticas, el día 19 del mismo mes y año, como si se tratara de una decisión ejecutoria, emanada de una voluntad estatal válida, cuando es lo cierto que esa expresa, no fue trasladada a aquella entidad, a mi juicio, sino a partir de la vigencia del Decreto - ley 1060 de 1984, reformatorio del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Lo anterior, por cuanto para la fecha en que se decretaron los actos acusados, el órgano gubernamental que podía tomar la decisión cuya nulidad demanda el actor, era el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en el entendimiento de que el control de la navegación aeronáutica, así como los servicios directamente relacionados con ella, había sido encomendados, con exclusividad y con amplísimos poderes al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Sin embargo, manifesté mi discrepancia parcial con la motivación de la sentencia, concretamente, en cuanto se refiere a la declaración de la nulidad suprallegal o de carácter constitucional.

Mi criterio sobre la inaplicabilidad del artículo 26 de la Constitución Nacional, en la decisión del asunto de la referencia, es la siguiente:

El artículo 26 de la Constitución Nacional se considera como una de las fuentes principales del Derecho Procesal Penal, en cuanto que establece que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Consigna pues esta norma, cuatro garantías individuales del proceso penal, que puedan enunciarse, como lo ha hecho la Corte Suprema Justicia, así: "La preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento", la "legalidad de la jurisdicción"; "la observancia plena de las formas del juicio" y "la aplicación de la ley favorable aunque sea posterior al acto imputado".

Estos principios rectores aparecen codificados en el Código de Procedimiento Penal en cuanto allí se indica cuáles son las normas que deben cumplirse para la investigación y el juzgamiento de los delitos; cuáles son los jueces y tribunales competentes; cuáles son las formas propias del proceso penal y cómo se ejecutan las sanciones o así en el entendimiento de que no hay sanción sin ley.

Ahora bien, las nulidades supralegales o constitucionales, que tienen su fundamento en el artículo 26 de la Carta, las admite la Corte con natural reserva y sólo para casos excepcionales; no para casos de omisiones de trámite que se sancionan en las leyes procesales, sino "cuando la irregularidad u omisión en que se ha incurrido, es tan que quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconoce completamente las garantías que la Carta consagra para los ciudadanos que comparecen ante la justicia" (Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1980, Magistrado ponente doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Y, en febrero 27 del mismo año, con ponencia del doctor Luis Carlos Pérez, la Corte sostiene que "no se pueden plantear en bloque las cuatro garantías (se refiere al art. 26 de la Constitución) puesto esto constituye un error que induce a confusión. . . ". La demanda, "debe indicar cuál de las cuatro garantías procesales fueron vulnerados por el juzgador y expresar el concepto de la violación...". Lo anterior, por cuanto, como adelante precisa la Corte, "una sanción de nulidad suprallegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación y sin demostrarla..." (Gaceta Judicial, Tomo CXXXIII, número 2322 a 2324, pág. 200).

Por último debe anotarse que la Corte ha sostenido que la nulidad suprallegal no está erigida sólo en beneficio del procesado, al indicar a ésta cuáles son "exactamente las limitaciones del poder público" para que sepan cómo debe "defenderse de los excesos o de las omisiones de la Rama Jurisdiccional", sino que también, estas nulidades están erigidas en beneficio de la colectividad, en el entendimiento de que ese tipo de irregularidad, por su extraordinaria gravedad, constituye verdaderos atentados contra la organización social.

Pero, el régimen de nulidades para los procesos contencioso administrativos, es el mismo que rige para los procesos civiles y comerciales, lo cual parece hoy fuera de toda discusión, frente a la regulación establecida en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo. Por lo demás, según el artículo 267 del mismo Código, para llenar sus vacíos, se acude en los aspectos no regulados, al Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el proceso civil no se puede alegar la nulidad constitucional que manejan con conocidas restricciones los penalistas, sencillamente porque el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que también regula el proceso contencioso administrativo dispuso que solamente el proceso es nulo, en los casos en que se singularizan en la misma norma, entre los cuales está, según la causal 8ª, el hecho de "seguirse un procedimiento distinto al que legalmente le corresponde" que es precisamente una de las garantías individuales, la ofrece el artículo 26 de la Carta, teniendo en cuenta que su fundamento jurídico está en "la garantía constitucional del debido proceso".

En síntesis, en el proceso civil que se regula por las mismas normas del proceso contencioso administrativo, en materia de nulidades "sólo los casos previstos taxativamente como causales de nulidad 152 y 153) se pueden considerar como vicios invalidadores de la actuación, cuando el juez los declara expresamente, y, por lo tanto, cualquier otra circunstancia no cobijada como tal podrá ser una irregularidad (cuyo efecto se puede impedir mediante la utilización los recurso), pero jamás servirá, para fundamentar una declaración de invalidez de la actuación..." (Instituciones de Derecho Procedimiento Civil, 4ª Edición, Hernán Fabio López, págs. 449 a 450).

Por último, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 agosto de 1974, Magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén, dijo entre otras cosas:

"... El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1981, como también lo hacía el Estatuto Procedimental anterior, adoptó como principio básico en materia de nulidades procesales el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurarla sin ley que expresamente la establezca. Y como sobre el punto se trata de reglas estrictas no susceptibles del criterio de analogía para juzgarlas, los motivos de nulidad, ahora sean generales para todo proceso o a las especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos informalidades diferentes.

"Ciertamente, aquel estatuto, mediante el numeral 4º de su artículo 152 consagró como causal nueva de nulidad para todos los procesos, el hecho de seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda, cuyo fundamento jurídico está en la garantía constitucional del debido proceso... " (Gaceta Judicial, Tomo CXLVIII, primera parte, pág. 215).

Como bien se advierte, la garantía judicial del debido proceso, o de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, quedó salvaguardada en el artículo 152 - 4 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos contencioso administrativos, por virtud lo dispuesto en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

La dificultad consiste en saber cuál es en el caso de la suspensión de las actividades de vuelo, la ley normativa de la actuación administrativa, para precisar., si ha habido desatenciones de su prescripción y si dicha desatención, por su gravedad, está conminada en la ley con sanción de nulidad por seguir un procedimiento distinto al que legalmente corresponde (art. 152 - 4 del Código de Procedimiento Civil), o tratándose de informalidades menores, éstas podían ser remediadas por medio de los recursos propios de la estancia administrativa.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones de mi aclaración de voto.

Bogotá, D. E., once de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

José Joaquín Camacho Pardo.

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 04:22:07