

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1751

Panamá, 18 de octubre de 2022

Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

Expediente 909022022.

El Licenciado **Juan Carlos Henríquez Cano**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el numeral 3 del artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, emitido por el **Ministerio de Gobierno**, publicado en la Gaceta Oficial 28249-A de 31 de marzo de 2017.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

De conformidad con lo expuesto en el hecho primero de la demanda, el Ministerio de Gobierno expidió el Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, "*Que reglamenta a las asociaciones y fundaciones de interés privado sin fines de lucro cuya personería jurídica es reconocida por el Ministerio de Gobierno y se dictan otras disposiciones*", el cual fue publicado en la Gaceta Oficial 28249-A de 31 de marzo de 2017 (Cfr. foja 2 del expediente judicial).

En ese norte, en el hecho segundo se especifica que el artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, señala que las fundaciones de interés privado constituidas con fundamento en la Ley 25 de 12 de junio de 1995, **podrán ser reconocidas por el Ministerio de Gobierno como fundaciones de interés privado sin fines de lucro**, siempre que cumplan con los requisitos siguientes: 1. poder y solicitud mediante abogado; 2. copia simple de la escritura pública a través de la cual se protocolizaron los documentos, a fin de verificar que en el Acta Fundacional se estipule que

sus fines son estrictamente sociales; 3. **certificación que acredite la afiliación de la fundación a la Fundación Ciudad del Saber**; 4. original y dos (2) copias de toda la documentación. Las fundaciones a las que hace referencia este artículo, deberán ajustarse a lo establecido en el artículo 14 de ese decreto ejecutivo (Cfr. fojas 2-3 y 15 del expediente judicial).

En el hecho tercero, se establece que la Fundación Ciudad del Saber es una fundación de interés privado (sin fines de lucro) constituida en el Registro Público de la República de Panamá al folio 11241 de personas, y de conformidad con las disposiciones de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, sobre Fundaciones de Interés Privado (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

En el hecho cuarto, se precisa que el Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, crea la figura de Fundación de Interés Privado sin fines de lucro, en tanto que la Ley 25 de 12 de junio de 1995, también crea y regula las Fundaciones de Interés Privado cuyo objetivo fundamental no es la generación de lucro (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

En el hecho quinto, se menciona que el Ministerio de Gobierno, a través del artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, supedita el reconocimiento de las Fundaciones de Interés Privado sin fines de lucro a una certificación de afiliación expedida por otra Fundación de Interés Privado, en este caso, de la Fundación Ciudad del Saber (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas y el concepto de la violación.

El demandante manifiesta que el acto acusado vulnera las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 64 y 69 del Código Civil, alusivos al concepto de persona jurídica; y a la capacidad civil de las asociaciones (Cfr. fojas 3-5 del expediente judicial);

B. El artículo 201 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que contiene la definición de acto administrativo (Cfr. fojas 5-6 del expediente judicial); y

C. El artículo 14 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, concerniente al reconocimiento formal de las asociaciones (Cfr. fojas 6-7 del expediente judicial).

Al expresar el concepto de la violación, el accionante sostiene que el artículo 64 del Código Civil no supedita a la opinión, alianza o afiliación de una persona de derecho privado a otra de la misma naturaleza; sin embargo, el Ministerio de Gobierno condiciona el reconocimiento de una

fundación de interés privado sin fines de lucro, creada por la Ley 25 de 12 de junio de 1995, al hecho de estar afiliada a otra similar, también autorizada por esta legislación. Además, acota que los estatutos de la Fundación Ciudad del Saber no contemplan, entre sus objetivos y funciones, afiliarse a otras fundaciones de interés privado (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

El demandante también manifiesta, que los estatutos de las asociaciones y su capacidad para obligarse y contraer derechos, son aprobados por el Poder Ejecutivo; que el artículo 69 del Código Civil no prevé la injerencia de otros entes, públicos o privados, para el desarrollo y el cumplimiento de esa función; y que esa potestad es privativa y exclusiva del Estado, por lo que no puede estar sujeta a que otra organización sin fines de lucro, como lo es la Fundación Ciudad del Saber, tenga injerencia o intromisión en aquéllas (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Al explicar el concepto de la infracción del artículo 201 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el activador judicial indica que el artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, constituye un acto que fue emitido por una autoridad pública en el ejercicio de la función administrativa; motivo por el cual no puede ser delegada en una entidad, en este caso, una fundación de interés privado, creada bajo el amparo de la Ley 25 de 12 de junio de 1995 (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

En lo que respecta al artículo 14 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, el recurrente señala que el reconocimiento formal de las asociaciones y las fundaciones de interés privado, sin ánimo de lucro, es una función exclusiva del Ministerio de Gobierno, por lo que no resulta factible que el acto acusado, que es de menor jerarquía que la Ley, haga depender tal reconocimiento supeditado a la afiliación con la Fundación Ciudad del Saber (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

III. Informe de Conducta.

La Ministra de Gobierno, Encargada, en el Informe de Conducta hizo referencia al artículo 39 de la Constitución Política en la que se dispone que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, las que pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas; al artículo 64 del Código Civil, alusivo al concepto de persona jurídica; al artículo 69 del Código Civil, que regula lo atinente a la capacidad civil de las asociaciones;

al artículo 3 (numeral 13) de la Ley 19 de 3 de mayo de 2010, que faculta a esa institución ministerial a otorgar y a suspender las personerías jurídicas, públicas y privadas (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).

La funcionaria añade que resulta imperativo señalar, que el Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, que reglamenta las asociaciones y las fundaciones de interés privado sin fines de lucro, cuya personería jurídica es reconocida por el Ministerio de Gobierno, desarrolla reglamentariamente el procedimiento y determina los requisitos con los que debe cumplir toda fundación de interés privado sin los fines mencionados, que haya sido constituida con fundamento en la Ley 25 de 12 de junio de 1995, para ser reconocida por esa entidad, norma que está vigente y es de estricto cumplimiento (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Como mecanismo para establecer el contexto, nos remitimos al artículo 39 de la Constitución Política de la República, que a la letra dice:

“Artículo 39. Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, las cuales pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas. No se otorgará reconocimiento a las asociaciones inspiradas en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de una raza o de un grupo étnico, o que justifiquen o promuevan la discriminación racial. La capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas se determinarán por la Ley panameña.”

La norma superior transcrita trae varios supuestos que son interesantes para desglosar.

1. Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, las cuales pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas.
2. No se otorgará reconocimiento a las asociaciones inspiradas en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de una raza o de un grupo étnico, o que justifiquen o promuevan la discriminación racial.
3. **La capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas se determinarán por la Ley panameña.**

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, establece que se podrán crear fundaciones de interés privado de conformidad con las formalidades contenidas en ese cuerpo

normativo. Agrega, que para su constitución, se requiere: 1. La constitución de un patrimonio destinado exclusivamente a los objetivos o los fines definidos en el acta fundacional; 2. El patrimonio podrá ser aumentado por su creador, que se denominará fundador, o por cualquier persona (Cfr. la página 1 de la Gaceta Oficial 22,804 de 14 de junio de 1995).

Hay una prohibición descrita en el artículo 3 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, que consiste en que las fundaciones de interés privado no podrán perseguir fines de lucro; no obstante, están autorizadas para llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer los derechos provenientes de los títulos representativos del capital de sociedades que integren el patrimonio de la fundación, siempre que el resultado o el producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la fundación (Cfr. la página 2 de la Gaceta Oficial 22,804 de 14 de junio de 1995).

El artículo 4 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, señala que las fundaciones de interés privado podrán constituirse para que surtan sus efectos, desde el momento de su creación o después de la muerte de su fundador, por cualquiera de los siguientes métodos: 1. mediante documento privado suscrito por el fundador, cuya firma deberá estar autenticada por notario público del lugar de su constitución; y, 2. directamente ante notario público del lugar de su constitución. Y aclara, que sea cual fuere el método empleado para su constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establece en esa excerpta legal (Cfr. la página 2 de la Gaceta Oficial 22,804 de 14 de junio de 1995).

El artículo 5 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, enlista lo que debe contener el acta fundacional, así: 1. el nombre de la fundación, expresado en cualquier lengua con caracteres del alfabeto latino, el que no será igual o similar al de otra fundación preexistente en la República de Panamá, a objeto que no se preste a confusión. El nombre deberá incluir la palabra "fundación" para distinguirlo de otras personas naturales o jurídicas de otra naturaleza; 2. el patrimonio inicial de la fundación expresado en cualquier moneda de curso legal, que en ningún caso será inferior a una suma equivalente a diez mil balboas (B/.10,000.00); 3. la designación, en forma completa y clara, incluyendo la dirección del miembro o de los miembros del Consejo de Fundación, al que podrá

pertenecer el fundador; 4. el domicilio de la fundación; 5. el nombre y domicilio del agente residente de la fundación en la República de Panamá, que deberá ser abogado, o una firma de abogados, quien deberá refrendar el acta fundacional, antes de su inscripción en el Registro Público; 6. los fines de la fundación; 7. la forma de designar a los beneficiarios de la fundación, entre los cuales puede incluirse al fundador; 8. la reserva del derecho a modificar el acta fundacional cuando se considere conveniente; 9. la duración de la fundación; 10. el destino que se le dé a los bienes de la fundación y la forma de la liquidación de su patrimonio, en caso de disolución; 11. cualquier otra cláusula lícita que el fundador considere conveniente (Cfr. la página 3 de la Gaceta Oficial 22,804 de 14 de junio de 1995).

El artículo 8 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, indica que toda fundación de interés privado deberá pagar el derecho registral y una tasa única anual equivalentes a los que se establecen para las sociedades anónimas en los artículos 318 y 318-A del Código Fiscal. El procedimiento y la forma de pago, el recargo por mora, las consecuencias por la falta de pago y todas las otras disposiciones complementarias de los preceptos legales antes citados, les serán aplicadas a las fundaciones de interés privado (Cfr. la página 4 de la Gaceta Oficial 22,804 de 14 de junio de 1995).

Otro de los requisitos impuestos a las fundaciones, es el que revela el artículo 9 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, que establece que la inscripción del acta fundacional en el Registro Público le otorgará a la fundación personalidad jurídica sin necesidad de ninguna otra autorización legal o administrativa. La inscripción constituye, además, el medio de publicidad frente a terceros. En consecuencia, ésta podrá adquirir y poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ser parte en procesos administrativos y judiciales de todo orden, con arreglo a lo que establecen las disposiciones que resulten aplicables (Cfr. la página 4 de la Gaceta Oficial 22,804 de 14 de junio de 1995).

El artículo 64 del Código Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 43 de 13 de marzo de 1925, publicada en la Gaceta Oficial N° 4,622 de 25 de abril de 1925, describe cuáles son las personas jurídicas: 1. Las entidades políticas creadas por la Constitución o por la Ley; 2. Las iglesias, congregaciones, comunidades o asociaciones religiosas; 3. Las corporaciones y fundaciones de interés público creadas o reconocidas por ley especial; 4. Las asociaciones de interés público

reconocidas por el Poder Ejecutivo; 5. Las asociaciones de interés privado sin fines lucrativos que sean reconocidas por el Poder Ejecutivo; y, 6. Las asociaciones civiles o comerciales a las que la ley concede personalidad propia independiente de la de cada uno de sus asociados.

El artículo 14 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, indica: *“El reconocimiento formal de las asociaciones y entes señalados por los numerales 2), 4) y 5) del artículo 64 del Código Civil se hará por conducto de Resuelto expedido por el Ministro de Gobierno y Justicia.”* (Cfr. Gaceta Oficial 20,187 de 19 de noviembre de 1984).

El artículo 68 del Código Civil, indica que la capacidad civil de las fundaciones se regulará por las reglas de su institución, aprobadas por el Poder Ejecutivo. Cuando el fundador no hubiere dado las reglas que deben gobernar la fundación y cuando las que haya dado se hicieren de imposible aplicación, las establecerá el Poder Ejecutivo.

El artículo 69 del Código Civil, señala que la capacidad civil de las asociaciones de la que tratan los incisos 5 y 6 del artículo 64 se regula por sus estatutos, siempre que hayan sido aprobados por el Poder Ejecutivo.

En norma posteriores, en el Código Civil se regula el contrato de sociedad, figura de la que nos permitimos citar las disposiciones que mencionan a continuación.

Según el artículo 1356 del Código Civil, la sociedad es un contrato por el cual dos (2) o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

El artículo 1357 del Código Civil, señala que la sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios. Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad; mientras que el artículo 1358, prevé que la sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.

El artículo 1359 del Código Civil, dice que no valdrá el aporte de bienes inmuebles a sociedades civiles si no se hace con todos los requisitos exigidos para el registro. El artículo 1360, señala que no

tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedad se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad.

Conforme al artículo 1361 del Código Civil, las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código. El artículo 1362, expresa que la sociedad es universal o particular; el artículo 1363, plantea que la sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes, o de todas las ganancias.

Seguidamente, el artículo 1364 del Código Civil, establece que la sociedad de todos los bienes presentes es aquélla por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partírselos entre sí, como igualmente todas las ganancias que adquieran con ellos.

En el artículo 1365 del Código Civil, puntualiza que en la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos. Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos. En el artículo 1366, se precisa que la sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posea al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo del dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo. En el artículo 1367, se comenta que el contrato de sociedad universal, celebrado sin determinar su especie, sólo constituye la sociedad universal de ganancias. En el artículo 1368, se dispone que no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja. En el artículo 1369, se constata que la sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte.

Al revisar la disposición constitucional citada, así como las normas de rango legal transcritas, incluyendo las codificadas, advertimos que se pone de relieve que la capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la Ley panameña.

Nótese que las disposiciones legales alusivas a los requerimientos para la constitución de fundaciones de interés privado, en ningún caso supedita esa actividad a que tales personas jurídicas queden sujetas a la afiliación de otra fundación, como lo exige la norma reglamentaria en estudio.

Lo descrito en el párrafo previo, se replica en el listado de los requisitos que debe contener el acta fundacional, en el sentido que tampoco se visualiza alguna sujeción de la fundación de interés privado a otra similar; ni en el procedimiento de inscripción de dicha acta.

En lo que concierne al artículo 64 del Código Civil, debemos destacar que las personas jurídicas, en general, y las asociaciones de interés privado sin fines de lucro, **han de ser reconocidas por el Órgano Ejecutivo** y no por otra de carácter similar.

Así lo deja aclarado el artículo 14 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, indica que el reconocimiento formal de las asociaciones y entes señalados por los numerales 2), las iglesias, congregaciones, comunidades o asociaciones religiosas; 4), las asociaciones de interés público reconocidas por el Poder Ejecutivo; y 5), **las asociaciones de interés privado sin fines lucrativos que sean reconocidas por el Poder Ejecutivo, del artículo 64 del Código Civil se hará por conducto de Resuelto expedido por el Ministro de Gobierno.**

El artículo 69 del Código Civil, señala que la capacidad civil de las asociaciones de la que tratan los incisos 5 y 6 del artículo 64 se regula por sus estatutos, **siempre que hayan sido aprobados por el Poder Ejecutivo.**

Ninguna de las demás disposiciones transcritas del Código Civil, que regulan el contrato de sociedad, contienen alguna previsión dirigida a que una fundación de interés privado sin fines de lucro, para su constitución o aprobación, deba estar sujeta a otra similar; y mucho menos, especifica que deba estar afiliada a la Fundación Ciudad del Saber.

Al ser ello así, esta Procuraduría es del concepto que el numeral 3 del artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, emitido por el **Ministerio de Gobierno, rebasa la potestad reglamentaria.**

La potestad reglamentaria constituye, pues, una función del Ejecutivo para facilitar el cumplimiento o la aplicación de las leyes, respetando el espíritu y el sentido de la ley que regula, es decir, que no debe el Órgano Ejecutivo pretextando cumplir con la función reglamentaria que la Constitución Política le encomienda, desbordar o contradecir sus preceptos (Cfr. Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 14 de febrero de 2003).

Los decretos ejecutivos o decretos reglamentarios han sido una potestad tradicional del Órgano Ejecutivo para la cumplida ejecución de las leyes, los que realiza mediante actos singulares o mediante normas reglamentarias de carácter general (leyes en sentido material, si se quiere), potestad ésta que se encuentra vinculada a la ley que se propone reglamentar, no pudiendo rebasar sus límites, sino que, como manifiesta el jurista Libardo Rodríguez, en su monografía Los Actos del Ejecutivo en el Derecho Colombiano (Ed. Temis, 1977), el reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley que pretende regular (Cfr. Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 14 de febrero de 2003).

Así lo considera sin vacilaciones la doctrina: *"El decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley. Su objeto no es crear normas, esa función normativa corresponde al legislador. El reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos de la ley, desenvolverlos, precisarlos, concretarlos, crear los medios para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento, sin que al hacer esto pueda modificar en ningún aspecto esa ley. Se trata de hacerla viable, activa, que produzca los resultados y los efectos que determinó el legislador"*. (RODRÍGUEZ, Libardo. Los Actos Ejecutivos en el Derecho Colombiano. Editorial Temis, 1977) (Cfr. Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 14 de febrero de 2003).

Para el jurista Carlos García Oviedo, la potestad reglamentaria es reglada: *"...cuando el ente administrativo, al hacer uso de ella, debe regirse por determinado precepto jurídico, que*

anticipadamente le señala su actuación. De lo antes expuesto se puede fácilmente inferir que lo que caracteriza a la potestad reglamentaria reglada, es su subordinación a una norma jurídica superior. Cabe señalar que esta potestad reglada queda limitada por la norma jurídica superior, de tal modo que ésta no puede sobrepasar ni menos desconocer los términos fijados por esa norma. La potestad reglamentaria será discrecional cuando, al ejercerla, sólo se reconocen dos límites, cuales son: a) no infringir ningún precepto constitucional; y b) no invadir la esfera de la ley, esto es, aquel conjunto de cuestiones cuya regulación corresponde a la ley, en sentido formal.” (GARCÍA OVIEDO, Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. 1943. Pág. 84, citado por ESCOLA, Héctor Jorge. Op. cit., pág. 47).

En la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014, la Sala Tercera, dijo: *“Sobre este tema, ha señalado la doctrina que el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido jurídicamente a límites que no deben ser violados. Estos límites derivan, de una parte, del principio constitucional de reserva de ley y, de otra, de la propia naturaleza de los reglamentos administrativos en cuanto a disposiciones subordinadas a la ley (SAINZ DE BUJANDA, F. Lecciones de Derecho Financiero. 8ª edición. 1990. Pág. 24).”*

Cabe destacar que la Sala Tercera, en reiterados fallos se ha referido al tema de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Así, en el Fallo de 29 de octubre de 1991, señaló lo siguiente: *“Los límites de la potestad reglamentaria pueden ser de carácter formal o de índole material. Los primeros atañen a la competencia para dictar el reglamento, al respeto por las normas de superior jerarquía, sobre todo a la Constitución y a las leyes, según se prevé en el artículo 15 del Código Civil, y al respeto por el procedimiento legal para la elaboración y promulgación de los reglamentos. Los límites materiales hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes, que debe ejercerse en interés público y no con abuso o desviación de poder; a la materia que puede ser objeto del reglamento, entendiéndose que el mismo ‘está ordenado inicialmente al propio campo de funciones que la Administración tiene atribuidas en el concierto público’ (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Pág. 216) y también se refiere a la irretroactividad de los reglamentos, en virtud del principio previsto en el artículo 43 de la*

Constitución que, si bien se refiere a las leyes, a fortiori es aplicable a los reglamentos, que están subordinados a las leyes.”

La jurisprudencia citada es clara al indicar que el decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley.

Al no haber procedido de esa manera en este caso, el numeral 3 del artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017, emitido por el **Ministerio de Gobierno**, vulnera el artículo 201 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que contiene la definición de acto administrativo, habida cuenta que incumplió con la finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico.

Por tal razón, somos del concepto que en esta oportunidad también se transgredieron los artículos 34 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, ya que el acto acusado fue dictado en contravención de los principios del debido proceso y estricta legalidad.

El administrativista colombiano, Jaime Orlando Santofimio, en su obra Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo), manifiesta a propósito de lo anterior, lo que a seguidas se copia:

“De acuerdo a la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección del acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del Derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para Alessandri Besa, la nulidad es ‘...la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto [...] la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios...’

De lo expuesto se desprende que la teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable del estricto origen legal. De los elementos identificadores podemos concluir que la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez del acto administrativo, pero que tiene

efectos indudables en el mundo de la eficacia del acto especialmente en cuanto a su ejecutoria.” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 4ta. ed., Bogotá 2003, p.227 y siguiente) (Lo resaltado es nuestro).

Por las consideraciones de hecho y de Derecho antes expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el numeral 3 del artículo 37 del Decreto Ejecutivo 62 de 30 de marzo de 2017**, emitido por el **Ministerio de Gobierno**.

V. **Prueba.** Se acepta la presentada, porque cumple con el requisito de autenticidad.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Monterregro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General