

TRANSPORTE FLUVIAL-Exceso en la potestad reglamentaria al establecer prohibiciones a la propiedad de las embarcaciones matriculadas en Colombia / EMBARCACIONES FLUVIALES-Los extranjeros pueden acceder a la propiedad de esta naves / ARTICULO 31 DECRETO 3112 DE 1997-Nulidad

Revisado el contenido de la [Ley 336 de 1996](#), disposición objeto de la reglamentación instrumentada mediante el [Decreto 3112 de 1997](#), se advierte que en la misma no se establece acondicionamiento o limitación alguna de los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que resulta evidente que la restricción contenida en la disposición acusada, además de no ajustarse al requisito de competencia exigido por el artículo [100](#) de la Constitución Nacional, como se señalará en el siguiente acápite, pone de manifiesto que el Gobierno Nacional incurrió en exceso de la potestad reglamentaria. Desde este ángulo, es indudable que si la [Ley 336 de 1996](#) no estableció distinción alguna en razón del origen de las personas naturales o jurídicas autorizadas para la prestación del servicio público de transporte, no podía crearse tal distinción por vía reglamentaria. Y precisamente, la disposición acusada hace una diferencia entre las personas extranjeras y las nacionales, colocando a las primeras, naturales y jurídicas, en condiciones de inferioridad frente a las primeras, al prohibirles detentar la calidad de propietarias de embarcaciones de navegación fluvial. Como deriva de la simple lectura del precepto transcrito, ninguna de las citadas materias posibilita el establecimiento de prohibiciones relativas a la propiedad de las embarcaciones matriculadas en Colombia, menos aún, no conducen a limitar la posibilidad de los extranjeros para acceder a la propiedad de las embarcaciones fluviales matriculadas en Colombia. Es claro entonces que la ley objeto de la reglamentación no estableció distinción alguna entre nacionales y extranjeros, en punto a la prestación del servicio de transporte en ninguna de sus modalidades, por lo que no podía consagrarse tal distinción en el precepto acusado del decreto reglamentario.

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS-Gozan de los mismos derechos de los nacionales / REGIMEN DE INVERSIÓN EXTRANJERA-Comprende el dominio de extranjeros sobre embarcaciones fluviales / DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN DE NACIONALIDAD-Prohibición

Del análisis del primer precepto acusado, la Sala advierte que, efectivamente el artículo 31 cuestionado vulnera el artículo 100, en concordancia con el artículo [13](#) de la Constitución Política, en cuanto establece una clara discriminación en razón del origen de las personas, cuando restringe los derechos de los extranjeros para detentar la calidad de propietarios de una embarcación fluvial comercial matriculada en Colombia. Tal prohibición quebranta, en forma ostensible, el principio de igualdad consagrado en el artículo [100](#) de la Constitución Política, sin que se haya consagrado justificación de dicha discriminación mediante la expresión de razón alguna de orden público que soporte el trato diferencial entre ciudadanos colombianos y extranjeros, en torno al dominio de las embarcaciones para navegación fluvial. Sabido es que si bien los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, el mismo precepto constitucional que consagra tal reconocimiento, prevé que "la ley podrá, por razones de orden público" someter a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles. De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala advierte que la norma demandada transgrede los mandatos constitucionales citados en precedencia, por cuanto no cumple con los presupuestos que, en orden a la competencia y a la justificación, exige la norma superior para el establecimiento de restricciones o condiciones a los derechos civiles de las personas extranjeras. De antemano resulta procedente dejar por sentado que, el punto atinente al derecho de dominio de los extranjeros sobre las embarcaciones fluviales, objeto de la presente litis, hace parte integral de las operaciones sujetas al régimen de la inversión extranjera en Colombia, respecto del cual se consagró explícitamente el

trato igual al otorgado a la inversión de nacionales colombianos, conforme al parágrafo del artículo 15 de la [Ley 9^a de 1991](#).

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia de la Corte Constitucional [C-049/97](#) mediante la cual se declaró inexequible el art. 239 de la [ley 222 de 1995](#) que exigía extranjeros establecer domicilio como requisito para celebrar contratos de representación o agencia. Igualmente se cita sentencia de la misma corporación [T-147/96](#) M.P. Eduardo Cifuentes M.

CONSTITUCION NACIONAL-La nueva Constitución no deroga en bloque el ordenamiento jurídico preconstitucional / CONSTITUCION NACIONAL-La nueva Constitución cubre introspectivamente toda la legalidad antecedente modificándola o derogándola en todo o en parte / PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION NACIONAL-La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación existente / INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

Reitera sentencias Corte Constitucional [C-014](#) y [C-486/93](#); sentencia Corte Suprema de Justicia-Sala Plena-, No. 85 de 1991; y sentencia del Consejo de Estado de octubre 8/98, Sección Primera, C.P. doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD-Del artículo 1458 del Código de Comercio por contrariar artículos [13](#) y [100](#) de la Constitución

Precisamente, así lo ha entendido esta Corporación, en lo que hace a la inaplicabilidad de disposiciones legales preconstitucionales frente a la prevalencia de la Constitución, como suprema garantía de la adecuación de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico. Subyace a las anteriores consideraciones que el artículo 1458 del Código de Comercio, conforme al cual, “Solo pueden ser dueños de una nave comercial matriculada en Colombia los nacionales colombianos”, no constituye soporte del precepto acusado, en virtud de la inaplicación del primero por resultar contrario a los principios constitucionales consagrados en los artículos 13 y 100 de la Carta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Santa Fe de Bogotá, D.C. primero de junio de dos mil

Radicación número : 5169

Actor: MARLENE BEATRIZ DURAN CAMACHO

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por MARLENE BEATRIZ DURAN CAMACHO en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con el fin de que se declare la nulidad de los artículos 3º y 31 del [Decreto 3112 de 1997](#), “Por el cual se reglamenta la habilitación y la prestación del servicio público de transporte fluvial”, expedido por el Gobierno Nacional.

El texto de las normas demandadas es del siguiente tenor:

*“Artículo 3º. **Definiciones.** Para la aplicación del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:*

“...

“Una embarcación fluvial no puede utilizarse en la navegación marítima”

*“Artículo 31. **Propiedad de la embarcación.** Sólo pueden ser dueñas de una embarcación fluvial comercial matriculada en Colombia las personas naturales o las personas jurídicas colombianas.”*

I. ANTECEDENTES

a.-Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La demandante considera que el acto demandado incurre en violación de los artículos [100](#), [189](#), numeral 11, [371](#) y [372](#) de la Constitución Política; los artículos 3º y 15 de la [Ley 9 de 1991](#), con las reformas introducidas por la [Ley 32 de 1991](#); la Resolución 51 de 1991 del Conpes; la [Ley 105 de 1993](#) y, la [Ley 336 de 1996](#), por las razones que, bajo la forma de cargos, en forma resumida se expresan a continuación:

Primer cargo.-De conformidad con el artículo 100 de la Carta Política, los ciudadanos extranjeros gozan de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, sin perjuicio de que la ley, por razones de orden público, pueda subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de tales derechos a los extranjeros.

La prohibición que contiene el acto demandado para que exista inversión extranjera en el sector de transporte fluvial, sin la presencia de justificaciones soportadas en razones de orden público o de seguridad nacional, constituye un trato discriminatorio que vulnera la igualdad de los derechos civiles reconocidos para nacionales y extranjeros por el precepto superior en cita.

Segundo cargo.-El artículo [50](#) de la Constitución Política consagra que corresponde al Congreso hacer las leyes que contengan las normas generales en materia de comercio exterior y de cambio internacional, en concordancia con las funciones atribuidas a la Junta Directiva del Banco

de la República, en su carácter de autoridad monetaria y crediticia del país (artículos [371](#) y [372](#) de la Constitución Nacional).

No es suficiente un decreto reglamentario del Estatuto Nacional del Transporte, contenido en las leyes [105 de 1993](#) y [336 de 1996](#), para prohibir la inversión extranjera en el sector de transporte fluvial, porque la reglamentación de las inversiones internacionales debe enmarcarse dentro de las normas especiales sobre la materia.

Tercer cargo.-De conformidad con el artículo [189](#), numeral 11, de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, las resoluciones y las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.

El Estatuto Nacional de Transporte, contenido en las leyes [105 de 1993](#) y [336 de 1996](#), no prohíbe la inversión extranjera en el sector del transporte, ni impone restricciones respecto de la propiedad de las naves, lo que impide que tales restricciones se establezcan por la vía del decreto reglamentario.

El anterior planteamiento permite advertir que cuando el [decreto 3112 de 1997](#), señala que “*Una embarcación fluvial no puede utilizarse en la navegación marítima*”, además de estar desconociendo una realidad fáctica que puede ser evaluada por las autoridades competentes dependiendo de las características de las naves y artefactos navales, está consagrando una limitación que no encuentra soporte en las leyes que está reglamentando.

Por el aspecto antes referido, se manifiesta un exceso en la potestad reglamentaria.

Cuarto cargo.-La [Ley 9 de 1991](#) facultó al Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y prohibió el establecimiento de condiciones y tratamientos discriminatorios entre inversionistas nacionales y extranjeros.

En materia de inversiones internacionales, la [Ley 9 de 1991](#), radicó dichas funciones en el Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES-, a través del cual fue expedida la Resolución 51 de 1991, que desarrolla el principio constitucional y legal del trato igual entre extranjeros y nacionales, y, de la posibilidad de establecer limitaciones únicamente por razones de seguridad o de política monetaria.

Por su parte, la [Ley 31 de 1992](#) ratificó la competencia del Gobierno Nacional en materia de inversiones internacionales y el [Decreto 2348 de 1993](#), estableció que la regulación en dicha materia debe adoptarse mediante decreto suscrito por el Director del Departamento Nacional de Planeación, los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, previo concepto emitido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

El decreto reglamentario, del que forman parte los preceptos demandados, no obtuvo el concepto previo del CONPES en los términos de la exigencia legal antes mencionada.

Quinto cargo.-El Estatuto de Inversiones Internacionales, cuya más reciente reforma corresponde al [Decreto 1295 de 1996](#), permite la inversión extranjera en todos los sectores de la economía, salvo actividades expresamente excluidas, así: a) defensa y seguridad nacional; b) procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas y radioactivas, y, c) algunas modalidades de inversión en el sector inmobiliario.

Como quiera que el transporte fluvial no está contemplado dentro de las actividades prohibidas para la inversión extranjera, no hay razón que justifique la limitación instaurada por el acto demandado en su artículo 3º, conforme a la cual los extranjeros no pueden ser propietarios de naves de transporte fluvial.

Sexto cargo.-El Estatuto Nacional de Transporte, contenido en las leyes [105 de 1993](#) y [336 de 1996](#), no prohíbe la inversión extranjera en el sector del transporte fluvial, pues por el contrario, a través del artículo 76 de la [Ley 336 de 1996](#), se reconoce la posibilidad de navegación marítima y fluvial de naves con bandera extranjera, bajo los controles y las condiciones establecidas por la misma ley para cada medio de transporte. Por la anterior razón, el artículo 31 del [Decreto 3112 de 1997](#), no se ajusta a derecho.

Séptimo cargo.-El Estatuto Nacional del Transporte, contenido en las leyes [105 de 1993](#) y [336 de 1996](#), tampoco prohibió que las embarcaciones de transporte fluvial pudiesen servir para el transporte marítimo.

En las anteriores condiciones, la definición de embarcación fluvial contemplada en el inciso acusado del artículo 3 del [Decreto 3112 de 1997](#), cuyo tenor literal señala: “*Una embarcación fluvial no puede utilizarse en la navegación marítima*”, constituye un impedimento para el cumplimiento de los propósitos de desarrollo y servicio pretendidos por el legislador.

Adicionalmente, la aptitud de las naves para realizar transporte combinado fluvial y marítimo, depende de la valoración de sus condiciones técnicas por las autoridades competentes, como lo estableció el legislador en los numerales 5º y 6º del artículo 3º de la [ley 105 de 1993](#), no correspondiendo entonces determinar, a través de norma reglamentaria, la clase de tránsito que pueden realizar las embarcaciones fluviales.

b.-Las razones de la defensa.

La apoderada de la Nación-Ministerio de Transporte, mediante escrito de contestación presentado en la oportunidad dispuesta para ello, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En primer término, desestima la tacha efectuada por la demandante al [Decreto 3112 de 1997](#) referida a la ausencia de concepto emitido por el Conpes, previo a su expedición. Al respecto argumenta que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, tiene la condición de ente asesor y organismo de soporte del Gobierno Nacional, cuyas recomendaciones no pueden tener un alcance diferente al señalado, menos aún, tratándose de la aplicación de normas de rango superior, como el inciso 2º del artículo [100](#) de la Constitución Nacional, el [Decreto 3112 de 1997](#) y el [Decreto 1611 de 1998](#).

2. Considera que siendo el transporte una industria, no debería ser objeto de restricciones; sin embargo, debe someterse al reglamento de normas específicas, como deriva de la misma Constitución Política y de la [Ley 336 de 1996](#). Adicionalmente, las restricciones se justifican porque el transporte es un servicio básico de orden público.

3. El [Decreto 3112 de 1997](#) constituye una disposición especial del campo del transporte fluvial, que determina los parámetros a los cuales deben sujetarse tanto nacionales como extranjeros respecto de dicha actividad.

Tal normatividad especial, es aún más relevante tratándose de la actividad de cabotaje, que es un transporte interno y, por ende, solo es permitido para empresas nacionales.

El artículo 31 del [Decreto 3112 de 1997](#) transcribe el precepto contenido en el artículo 1.458 del [Decreto Ley 410 de 1971](#), ya que el primero es una norma reglamentaria y, como tal, no modifica, ni adiciona, ni suprime la norma citada del Código de Comercio. En este orden de ideas, ha debido demandarse el precepto contenido en el Decreto Ley y no el transscrito en el Decreto Reglamentario.

4. Las restricciones establecidas por normas de carácter especial para la utilización de embarcaciones fluviales en navegación marítima, se fundan en razones de índole técnica que tienen en consideración aspectos tales como, zona económica y reglamentos de seguridad, los convenios de acuerdo al calado, construcción, capacidad y situaciones climáticas.

En este sentido, la prohibición contemplada en el artículo 3º del decreto en cita, es taxativa y atiende a las razones expuestas, básicamente, estructura de la nave e ingeniería sobre el casco.

c.-La actuación surtida.

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite previsto para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencia del 15 de octubre de 1999, se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de las normas demandadas.

Dentro del término de traslado concedido a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, hicieron uso de tal derecho la actora y el representante del Ministerio Público (fls. 150 a 152 y 155 a 163, respectivamente).

Mediante auto de diciembre dos de mil novecientos noventa y nueve, proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A., la Sala dispuso oficiar a los señores Ministros de Defensa Nacional y del Interior, a fin de que, atendidas sus respectivas competencias, informen sobre la incidencia que puede acarrear para el orden público, el hecho de que ciudadanos extranjeros sean propietarios de embarcaciones para la navegación fluvial en Colombia.

Los citados informes obran a folios 172 y 174 del expediente.

II.-CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación es partidario de que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de proceder a la anulación del artículo 31 del [Decreto 3112 de 1997](#), y mantener la legalidad del inciso acusado del artículo 3º de la misma norma.

El concepto del Procurador Delegado se fundamenta así:

Consagra la Constitución Política, en su artículo 100, la igualdad de derechos civiles para los extranjeros en Colombia, la cual, solamente puede ser limitada por motivos de orden público, que deben ser establecidos en la ley. De acuerdo con el mismo precepto constitucional, los extranjeros gozan de las garantías concedidas a los nacionales, con las limitaciones expresamente establecidas en la Constitución o en la ley.

De igual manera, acudiendo al tenor del artículo [333](#) de la Constitución Política, advierte que la actividad económica y la iniciativa privada son libres; que sólo es factible limitarlas por razones fundadas en la protección al medio ambiente, el patrimonio cultural y el bien común y, que necesariamente cualquier restricción debe estar fijada en una ley.

A la luz de los cánones constitucionales citados, observa el Procurador Delegado que, en el presente caso, además de carecer de competencia, porque ésta pertenece a la órbita del Legislador, el Gobierno Nacional tampoco adujo ninguno de los motivos señalados en los referidos preceptos, para proceder a limitar el derecho de los extranjeros a ser propietarios de embarcaciones fluviales con matrícula colombiana.

Sobre el particular, trae a colación la sentencia [T-425 de 1992](#), mediante la cual la Corte Constitucional puntualizó que, “**La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio.**”

Acudiendo a la misma sentencia, señala que en tal fallo se hace referencia a la ponencia presentada para primer debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual, sobre el tópico en cuestión se consignó: “**Al referirse a la actividad económica de manera general se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal.**”

Estima el Procurador que el cargo efectuado al artículo 31 demandado, consistente en la configuración de trato discriminatorio a los extranjeros al restringirles la posibilidad de ser propietarios de una embarcación fluvial, está llamado a prosperar por las razones precedentes y adicionalmente por las siguientes:

Si bien el art. 36 del decreto impugnado permite a las empresas extranjeras prestar el servicio público o privado de transporte fluvial, previo permiso de operación impartido por el Ministerio de Transporte, esta circunstancia no elimina la limitación impuesta por el art. 31 de la misma norma, conforme a la cual los extranjeros no pueden ser propietarios de embarcaciones fluviales matriculadas en Colombia. Concluye que “*Las dos cosas: prestación del servicio y propiedad de la embarcación, son asuntos perfectamente diferenciados.*”.

Como corolario de lo anterior, observa que con el art. 31 demandado se vulneran los preceptos constitucionales que consagran la igualdad de los derechos civiles para los extranjeros en territorio colombiano, puesto que no se invocan razones de orden público o de interés común, además de la carencia de competencia ya anotada, en razón a que tal restricción sólo procedería a través de ley. En este sentido, el Gobierno incurrió en exceso de potestad reglamentaria.

Por último, la ley reglamentada no estableció, para la creación y funcionamiento de las empresas de transporte, ninguna distinción para la prestación del servicio público de transporte en cualquiera de sus modalidades, tratándose de personas naturales o jurídicas extranjeras, por lo que no le era dable al decreto reglamentario establecer restricciones en lo relativo a la propiedad de las embarcaciones fluviales matriculadas en Colombia.

Para ilustrar la anterior aseveración transcribe los artículos 6º y 9º de la [Ley 336 de 1996](#), preceptos mediante los cuales se describen los principios y naturaleza del transporte y se señala que dicho servicio " ... se prestará por empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitadas por la autoridad de transporte competente."

De otra parte, en lo atinente a la petición de anulación parcial del art. 3º del [Decreto 3112 de 1997](#), en cuanto señala que "*Una embarcación fluvial no puede utilizarse en la navegación marítima*", observa que la disposición acusada reitera una previsión ya dispuesta, tanto en el Estatuto Nacional de Navegación Fluvial contenido en el [Decreto 2689 de 1988](#), en cuyo art. 9º se estableció que la embarcación fluvial no se puede usar en la navegación marítima, como en el art. 1767 del Código de Comercio.

De acuerdo con lo anterior, la disposición acusada encuentra respaldo legal suficiente y, así mismo, se soporta en razones de orden técnico que justifican la restricción en aras de la seguridad en el transporte de personas, de carga o mixto.

El Decreto 3112 señala como vías fluviales, entre otras, los ríos, las ciénagas y bahías de aguas tranquilas alimentadas por ríos y canales, no contemplando la navegación marítima como una vía para la circulación de artefactos fluviales.

Por las razones precedentes, estima que en lo atinente al art. 3º comentado, el Gobierno Nacional no desbordó la potestad reglamentaria.

Como conclusión del análisis expuesto, en concepto del Ministerio Público debe anularse la disposición contenida en el art. 31 del [Decreto 3112 de 1997](#), por ser violatoria de los mandatos constitucionales que propenden por la igualdad de los derechos civiles de los extranjeros en Colombia, y, debe mantenerse la legalidad de la parte acusada del art. 3º del mismo decreto, por las razones antes sintetizadas.

III.CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

El contenido de los actos acusados, los cuales hacen parte del [Decreto 3112 de 1997](#), es el siguiente:

"DECRETO 3112 DE 1997"
"(diciembre 30)
**"por el cual se reglamenta la habilitación y la prestación del servicio público de
transporte fluvial**

*"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades
constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo 89 de la [Ley
336 de 1996](#),*

"DECRETA:

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO I

Ambito de Aplicación

"Artículo 1º. Ambito de aplicación. Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplicarán al servicio público de transporte fluvial, de acuerdo con lo establecido en la Ley 336 de 1996.

"Artículo 2º. Legislación aplicable. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, para todo lo relacionado con la navegación fluvial, se aplicarán igualmente el código de comercio, y demás normas legales y reglamentarias sobre la materia, así como también las que establezca el Ministerio de Transporte para desarrollar y complementar el presente reglamento

"Artículo 3º. Definiciones. Para la aplicación del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Embarcación fluvial. Es toda construcción principal o independiente, apta para la navegación y destinada a transitar por las vías fluviales, cualquiera que sea su sistema de propulsión, sea autopropulsada o impulsada por otra.

Una embarcación fluvial no puede utilizarse en la navegación marítima. (inciso demandado)

(...)

"Artículo 31. Propiedad de la embarcación. Solo pueden ser dueñas de una embarcación fluvial comercial matriculada en Colombia las personas naturales o las personas jurídicas colombianas. (artículo demandado)

(...)

Artículo 57. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

Cabe destacar entonces, desde ahora, que la naturaleza del acto acusado en el sub lite, es la de un Decreto Reglamentario, expedido en desarrollo de facultades conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución, y por el artículo 89 de la Ley 336 de 1996.

Por su parte, la disposición especial en que se fundamenta el Decreto 3112 de 1997, es del siguiente tenor:

LEY 336 DE 1996

(diciembre 20)

"por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Transporte"

El Congreso de Colombia

DECRETA

TITULO PRIMERO

Disposiciones Generales para los Modos de Transporte

Capítulo Primero

Objetivos

"Artículo 1º .-La presente ley tiene por objeto unificar los principios y los criterios que servirán de fundamento para la regulación y reglamentación del Transporte Público Aéreo, Marítimo, Fluvial, Férreo, Masivo, Terrestre y su operación en el territorio nacional, de conformidad con la Ley 105 de 1993, y con las normas que la modifiquen o sustituyan.

(...)

"Artículo 89. El Gobierno Nacional por medio del Ministerio de Transporte, dictará en el término de un año, contado desde la vigencia de esta ley, las reglamentaciones que correspondan a cada uno de los Modos de Transporte.

El plazo para acogerse a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, será señalado en la misma."

Las disposiciones constitucionales que se estiman vulneradas son las siguientes:

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

"Artículo 100.-Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

"Artículo 150.-Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la junta directiva del Banco de la República.

"Artículo 189.-Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

"1. ...

"11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes":

De otro lado, como quiera que la Sala profirió auto para mejor proveer, los informes requeridos a los Ministerios de Defensa y del Interior, fueron atendidos como a continuación se expresa:

El Ministerio de Defensa Nacional allegó el oficio No 078 de 24 de enero de 2000, suscrito por el Inspector General de la Armada Nacional, en el cual se manifiesta:

"En atención a lo solicitado en el oficio No 1942 MDM-OOO del 21 de diciembre de 1999, con el cual se remitió para concepto el oficio No 2044 del 14 de diciembre/99 suscrito por el Secretario de la Sección Primera del Consejo de Estado, con toda atención se manifiesta que en razón de que expresamente el artículo 1.458 del Código de Comercio determina que 'solo pueden ser dueños de una nave comercial matriculada en Colombia, los nacionales colombianos', se considera que no acarrea incidencia alguna para el orden público, al existir prohibición legal para que los ciudadanos extranjeros sean propietarios de embarcaciones"

Por su parte, el Ministerio del Interior remitió el oficio DGOP 326 de 5 de abril de 2000, suscrito por el Director General de Orden Público y Convivencia Ciudadana, en el cual se expresa:

"Por instrucciones del señor Ministro del Interior, me permito atender el requerimiento de la referencia, en el que se solicita rendir 'un informe acerca de la incidencia que pueda acarrear para el orden público, el hecho de que ciudadanos extranjeros sean propietarios de embarcaciones para la navegación fluvial en nuestro país'.

Al efecto, me permito manifestar, que teniendo en cuenta importantes principios como los de soberanía nacional, interés y conveniencia pública entre otros, interpretados ampliamente mediante los distintos pronunciamientos de nuestros jueces, ha permitido que se mantenga vigente en nuestra legislación el artículo 1458 del Código de Comercio, el cual dice:

'Sólo pueden ser dueños de una nave comercial matriculada en Colombia los nacionales colombianos'

Este precepto, acorde con el artículo 333 de la Constitución Política y posteriormente desarrollado con la Ley 336 de 1996 y Decreto 3112 de 1997, permite su aplicación si se tiene en cuenta que '...la libertad económica en el marco de un Estado Social Derecho (art. 1º C.N.), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (art. 334 C.N.), está sometido a limitaciones potenciales más severas que otras libertades y derechos constitucionales' (Sent. C-407/94, Corte Constitucional).

La normatividad vigente, considera el transporte fluvial como un servicio público esencial que requiere de la vigilancia y protección estatal para su prestación. En tal sentido, ha

expedido la reglamentación respectiva para que la libre competencia no atente contra los intereses de nuestra industria, con lo cual se justifica la intervención estatal en la actividad económica.

De la misma manera, por todos es bien sabido las dificultades de orden público que afronta el país, circunstancia que como lo ha informado esa honorable corporación, escapa de los límites propios del control de la fuerza pública el garantizar la seguridad a cada uno de los ciudadanos, máxime cuando la actividad desarrollada por extranjeros viene siendo asediada por los grupos armados al margen de la ley, situación ésta que deja en riesgo a unos y otros.

Salvo las anteriores apreciaciones que han vinculado a toda la población nacional y extranjera que está en Colombia, no observamos circunstancia alguna que nos permita concluir alteraciones de orden público por el solo hecho que extranjeros sean propietarios de embarcaciones fluviales, máximo cuando la norma hoy ordena que toda embarcación matriculada en Colombia sin consideración a la nacionalidad de sus propietarios debe enarbolar el tricolor nacional.

En los anteriores términos queda consignada la información para los fines del expediente referido"

Una vez evaluadas las disposiciones que constituyen el objeto de la presente demanda, esto es, el artículo 31 y el inciso señalado del artículo 3º del [Decreto 3112 de 1997](#), a la luz de las normas superiores invocadas como violadas, como de la documentación allegada a la actuación, la Sala encuentra:

PRIMERO.-Exceso en el ejercicio de la Potestad Reglamentaria.

Revisado el contenido de la [Ley 336 de 1996](#), disposición objeto de la reglamentación instrumentada mediante el [Decreto 3112 de 1997](#), se advierte que en la misma no se establece acondicionamiento o limitación alguna de los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que resulta evidente que la restricción contenida en la disposición acusada, además de no ajustarse al requisito de competencia exigido por el artículo [100](#) de la Constitución Nacional, como se señalará en el siguiente acápite, pone de manifiesto que el Gobierno Nacional incurrió en exceso de la potestad reglamentaria.

Desde este ángulo, es indudable que si la [Ley 336 de 1996](#) no estableció distinción alguna en razón del origen de las personas naturales o jurídicas autorizadas para la prestación del servicio público de transporte, no podía crearse tal distinción por vía reglamentaria. Y precisamente, la disposición acusada hace una diferencia entre las personas extranjeras y las nacionales, colocando a las primeras, naturales y jurídicas, en condiciones de inferioridad frente a las primeras, al prohibirles detentar la calidad de propietarias de embarcaciones de navegación fluvial.

Cabe anotar, en punto al exceso de la potestad reglamentaria, que si bien la [Ley 336 de diciembre 20 de 1996](#), mediante la cual el Congreso adoptó el Estatuto Nacional de Transporte, facultó a través de su artículo 2º al Gobierno Nacional para establecer restricciones al principio rector del transporte denominado "De la Libre Circulación", el precepto acusado no constituye desarrollo de la referida facultad.

En efecto, dicha disposición se circunscribe así:

"Por razones de interés público, el Gobierno Nacional podrá prohibir, condicionar o restringir el uso del espacio aéreo, la infraestructura del transporte terrestre, de los ríos y del mar territorial y la navegación aérea sobre determinadas regiones y el transporte de determinadas cosas." (destacado fuera del texto).

Como deriva de la simple lectura del precepto transscrito, ninguna de las citadas materias posibilita el establecimiento de prohibiciones relativas a la propiedad de las embarcaciones matriculadas en Colombia, menos aún, no conducen a limitar la posibilidad de los extranjeros para acceder a la propiedad de las embarcaciones fluviales matriculadas en Colombia.

Por el contrario, diversas disposiciones de la [Ley 336 de 1996](#), norma reglamentada por el Decreto parcialmente acusado, prevén la participación de personas extranjeras en la prestación del servicio de transporte, previa inscripción en los registros que para tal efecto establezca el Ministerio de Transporte; tal es el caso de los operadores de Transporte Multimodal extranjeros, (art. 7º), o, las regulaciones relativas a la creación de las empresas de transporte público (arts. 9º a 15), las cuales no restringen la participación de inversionistas extranjeros en la constitución de empresas habilitadas en Colombia por las autoridades de transporte correspondientes, para la prestación de dicho servicio.

Más aún, la [Ley 105 de 1993](#), mediante la cual se dictaron las disposiciones básicas sobre el transporte, y se estatuyeron los principios rectores de la prestación de este servicio público, contempla dentro de los mismos, el Principio de la Libertad de Empresa, en los siguientes términos: (art. 3º num.6º)

"Para la constitución de empresas o formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado. Para asumir esa responsabilidad, acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado.

Las autoridades sólo podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la ley, que tiendan a evitar la competencia desleal, el abuso que empresas o personas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos reglamentará las condiciones de carácter técnico u operativo para la prestación del servicio, con base en estudios de demanda potencial y capacidad transportadora."

(...)"

Ahora bien, al recogerse en el Estatuto Nacional de Transporte, los principios rectores del servicio de transporte, consagrados en la [Ley 105 de 1993](#), se reitera lo dispuesto en ésta en torno a la prestación del servicio de transporte, esto es, que la constitución de la empresa deberá sujetarse a las disposiciones colombianas, y, que la habilitación para prestar el servicio estará a cargo de las autoridades de transporte competentes.

Es claro entonces que la ley objeto de la reglamentación no estableció distinción alguna entre nacionales y extranjeros, en punto a la prestación del servicio de transporte en ninguna de sus modalidades, por lo que no podía consagrarse tal distinción en el precepto acusado del decreto reglamentario.

En los términos expuestos, luego del análisis efectuado en precedencia, la Sala advierte claramente que el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de su atribución reglamentaria, y, simultáneamente, con el acto acusado, quebrantó disposiciones de orden constitucional que rechazan la utilización de factores discriminatorios, salvo cuando existen razones de orden público que los justifiquen, las cuales deberán ser sustentadas en la ley a través de la cual se instrumente un trato diferenciado, que, en el sub lite, estaría asociado al origen nacional o extranjero.

SEGUNDO.-Restricciones al Derecho de Dominio de los Extranjeros sobre Embarcaciones de Transporte Fluvial.

Del análisis del primer precepto acusado, la Sala advierte que, efectivamente el artículo 31 cuestionado vulnera el artículo 100, en concordancia con el artículo [13](#) de la Constitución Política, en cuanto establece una clara discriminación en razón del origen de las personas, cuando restringe los derechos de los extranjeros para detentar la calidad de propietarios de una embarcación fluvial comercial matriculada en Colombia.

Tal prohibición quebranta, en forma ostensible, el principio de igualdad consagrado en el artículo [100](#) de la Constitución Política, sin que se haya consagrado justificación de dicha discriminación mediante la expresión de razón alguna de orden público que soporte el trato diferencial entre ciudadanos colombianos y extranjeros, en torno al dominio de las embarcaciones para navegación fluvial.

Sabido es que si bien los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, el mismo precepto constitucional que consagra tal reconocimiento, prevé que "**la ley podrá, por razones de orden público**" someter a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles.

No obstante, en el sub lite no se verifican las exigencias constitucionales en torno a la competencia y a la motivación o sustento de tales restricciones. En este orden de ideas, resulta a

todas luces claro que, ni la restricción fue constituida por el legislador, ni se sustentó en razones de orden público.

Por otro lado, el análisis de los oficios remitidos por los Ministerios de Defensa Nacional y del Interior, salvo la referencia general que en este último se hace en torno a los riesgos afrontados por nacionales y extranjeros en virtud de las dificultades que afectan actualmente al país, tampoco permiten inferir incidencia negativa para el orden público, derivada del hecho particular y concreto de que los ciudadanos extranjeros detienen la propiedad de embarcaciones para la navegación fluvial en Colombia.

Cabe también anotar que, en opinión de la Sala, ningún menoscabo podría ocasionar para el principio de soberanía nacional la propiedad de extranjeros sobre embarcaciones fluviales, cuando quiera que, tal como lo afirma el Ministerio del Interior en su comunicación antes citada, el marco legal aplicable ordena que toda embarcación matriculada en Colombia, sin consideración a la nacionalidad de sus propietarios, debe enarbolar el tricolor nacional, de donde deriva la plena sujeción de la actividad desarrollada en el país con tales naves, al régimen legal colombiano.

En todo caso, en el evento de configurarse incidencia desfavorable o peligro alguno para el mantenimiento del orden público, o cualquier razón de otra índole que justificara el trato discriminatorio que el acto administrativo demandado otorgó a los ciudadanos extranjeros, es claro que su expresión ha de seguir los cauces que la Carta ha consagrado.

Precisamente, con relación a las exigencias constitucionales inherentes a la posibilidad de establecer un trato diferencial entre extranjeros y colombianos, la Corte Constitucional, en Sentencia [C-049 de 1997](#), mediante la cual declaró inexistente el artículo 239 de la [Ley 222 de 1995](#), que exigía a los extranjeros establecer un domicilio permanente en Colombia como requisito para celebrar contratos de representación o agencia, manifestó:

"Es claro que el artículo 100 transcritto, solamente permite establecer limitaciones o condiciones especiales a los extranjeros en lo relativo a las garantías de que disfrutan los nacionales, por motivos de orden público. En el caso de la norma, no existe razón alguna de orden publico que justifique el trato diferente, por lo cual se quebranta el artículo 100."

En la misma providencia se trae a colación la sentencia de 17 de abril de 1996, proferida también por la Corte Constitucional, en unos de cuyos apartes se expresó:

"Para los efectos del análisis de la proporcionalidad de la medida, tanto su finalidad como el medio empleado, deben ser ponderados con mayor rigor en vista de que la Constitución prohíbe expresamente en el artículo 13 la discriminación por razones de origen nacional o familiar.

(...)

"Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional"

o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes". (Sentencia T-147, 17 de abril de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala advierte que la norma demandada transgrede los mandatos constitucionales citados en precedencia, por cuanto no cumple con los presupuestos que, en orden a la competencia y a la justificación, exige la norma superior para el establecimiento de restricciones o condiciones a los derechos civiles de las personas extranjeras.

Finalmente, tal como señala alguno de los apartes del concepto emitido por el Ministerio Público, la circunstancia de que el artículo 36 del mismo decreto demandado, permita a las entidades extranjeras prestar el servicio de transporte fluvial, previa habilitación mediante licencia de operación expedida por el Ministerio de Transporte, no hace nugatoria la restricción que el decreto reglamentario impuso a las personas extranjeras para detentar la propiedad de embarcaciones fluviales matriculadas en Colombia, por cuanto, como dice la agencia fiscal, "*Las dos cosas: prestación del servicio y propiedad de la embarcación, son asuntos perfectamente diferenciados*"

TERCERO.-Vigencia del artículo 1458 del Código de Comercio.

No podría dejarse de lado en el presente caso, el análisis de algunas disposiciones contenidas en el Código de Comercio, específicamente, los artículos 1426 y 1458 del ordenamiento mercantil, preceptos que establecen restricciones a la participación de capital extranjero en empresas aéreas y marítimas, en el primer caso, y, que circunscriben la propiedad de naves comerciales matriculadas en Colombia a nacionales colombianos, en el segundo.

En torno a la vigencia, derogatoria tácita, inaplicabilidad o subsistencia de dichos preceptos, se han esgrimido diversas tesis por parte de entidades ligadas al manejo de la inversión extranjera en Colombia, especialmente, el Banco de la República; el Departamento Nacional de Planeación; la Aeronáutica Civil; la Dirección General Marítima-DIMAR-; el Ministerio de Transporte, y la Superintendencia de Sociedades.

De antemano resulta procedente dejar por sentado que, el punto atinente al derecho de dominio de los extranjeros sobre las embarcaciones fluviales, objeto de la presente litis, hace parte integral de las operaciones sujetas al régimen de la inversión extranjera en Colombia, respecto del cual se consagró explícitamente el trato igual al otorgado a la inversión de nacionales colombianos, conforme al párrafo del artículo 15 de la [Ley 9^a de 1991](#), que es del siguiente tenor:

“Las normas que se expidan en desarrollo de este artículo no podrán conceder condiciones y otorgar tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas privados nacionales”

De otra parte, el artículo 4º de la [Ley 9ª de 1991](#), contempla dentro de los actos sometidos al régimen cambiario, entre otros, “*a) Los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en el extranjero realizados por residentes, y los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en Colombia por parte de los no residentes*”

Ahora bien, en punto a los planteamientos disímiles en relación con la subsistencia de restricciones a la inversión extranjera en Colombia contenidas en disposiciones del régimen mercantil, para el caso que ocupa a la Sala, el artículo 1458 del Código de Comercio, podría señalarse que, en síntesis, las posiciones controvertidas se sustentan así:

1. Insubsistencia de las disposiciones del Estatuto Mercantil.-La Ley Marco de Cambios Internacionales, [Ley 9ª de 1991](#), dictada en vigencia de la anterior Constitución Política, fijó los criterios básicos sobre los cuales debe ordenarse la inversión de capitales del exterior en Colombia, destacándose como presupuesto filosófico y armónico con la política económica de apertura e internacionalización de mercados, la no discriminación por razón del origen.

Bajo la perspectiva de incursión del país en un nuevo orden económico que derribó las barreras del proteccionismo, dando paso a los postulados de libre mercado, apertura y globalización, la [Ley 9ª de 1991](#), al regular íntegramente la materia concerniente a las inversiones internacionales, sentó como punto medular de la regulación sobre la materia, el presupuesto de otorgamiento de un trato igual para inversionistas extranjeros y nacionales.

En este sentido, el Gobierno Nacional, a través del [Decreto 1295 de 1996](#), consagró que puede realizarse inversión del exterior en cualquier proporción en todos los sectores de la economía, señalando como excepciones a la regla general anterior, la inversión en actividades expresamente contempladas en dicha norma (defensa y seguridad nacional; procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas).

Como quiera que dentro de las referidas restricciones no se incluyeron las hipótesis previstas en las disposiciones mercantiles invocadas; en consecuencia, es claro que tales disposiciones fueron derogadas de manera tácita por el art. 4º del [Decreto 1295 de 1996](#).

Finalmente, señalan los partidarios de esta tesis que, tomando en consideración que el fundamento de los preceptos comentados del régimen mercantil lo constituye, precisamente, la discriminación por razón exclusiva del origen, dichas normas, además de contrariar lo dispuesto por la [Ley 9ª de 1991](#), resultan adversas al principio de igualdad previsto en los artículos 13 y 100 de la Carta, el cual solamente admite excepciones por motivos de orden público.

2. Vigencia de las disposiciones del Estatuto Mercantil.- Quienes arguyen que continúan vigentes las restricciones a la inversión extranjera, contempladas en las disposiciones del Código de Comercio antes citadas, señalan, en primer término, que si bien la [Ley 9^a de 1991](#), constituye el Estatuto de Inversión Extranjera, ella no mencionó de manera expresa su voluntad de derogar norma alguna del Código de Comercio, como tampoco es dable inferir una derogatoria tácita, por cuanto la misma permite establecer regímenes excepcionales.

De la anterior manera, resultaría predecible la vigencia de los preceptos del ordenamiento mercantil comentado, representando limitaciones a la regla general fijada por la [Ley 9^a de 1991](#). Bajo esta hipótesis, subsisten las restricciones a la inversión extranjera en el sector aéreo y marítimo, y se conciben como regulaciones específicas atinentes a tales materias.

Evaluadas las consideraciones precedentes, considera la Sala que la cuestión medular del asunto sub examine, más que el análisis de las disposiciones del Código de Comercio que establecen restricciones a la inversión extranjera, frente a la normatividad que constituye el Régimen General de la Inversión Extranjera en Colombia, radica en la lectura de las disposiciones en cuestión bajo la óptica dispuesta por la Constitución Política de 1991.

En primer término, cabe recordar que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencias [C-014](#) y [C-486 de 1993](#), la entrada en vigor de una nueva Constitución, no conlleva el efecto de derogatoria en bloque del ordenamiento jurídico preconstitucional, el cual era propugnado por algunos, bajo la consideración de aplicación del principio según el cual, “*lo accesorio (legislación), sigue la suerte de lo principal (Constitución de 1886 y sus reformas)*.”

No obstante, también la jurisprudencia ha reiterado la necesidad de ajuste de la legislación preconstitucional al enfoque dispuesto por un nuevo ordenamiento superior, a través de la aceptación de la siguiente doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia:

“La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en algunos círculos de opinión de acuerdo a la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el caso que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformatoria o derogatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 9^o de la Ley 153 de 1887, el cual, como para que no queden dudas, añade: ‘Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente’” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia No 85 de 1991)

Precisamente, así lo ha entendido esta Corporación, en lo que hace a la inaplicabilidad de disposiciones legales preconstitucionales frente a la prevalencia de la Constitución, como suprema garantía de la adecuación de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico.

En tal sentido, a propósito de definir un recurso de alzada en un proceso en el cual se discutía la legalidad de unas resoluciones de índole sancionatoria, fundadas en disposiciones emanadas del CONPES, y, frente a la pretendida subsistencia de dichas normas “*por no haber sido declaradas nulas aún*”, esta Corporación aseveró:

“De ahí surge que, si bien es cierto que las resoluciones 51 de 1991 y 60 de 1993, que sirven de sustento a la sanción impuesta mediante los actos acusados, proferidas por el CONPES, no han sido declaradas nulas, también lo es que, como se ha analizado, son inaplicables por ser incompatibles con la Constitución.”

Esa inaplicabilidad es simple aplicación del precepto constitucional, según el cual, la Constitución es norma de normas y, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, como sucede con las resoluciones mencionadas, se aplicarán las disposiciones constitucionales (art. 4º C.P.)” (Sentencia de octubre 8 de 1998. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa)

Subyace a las anteriores consideraciones que el artículo 1458 del Código de Comercio, conforme al cual, “*Solo pueden ser dueños de una nave comercial matriculada en Colombia los nacionales colombianos*”, no constituye soporte del precepto acusado, en virtud de la inaplicación del primero por resultar contrario a los principios constitucionales consagrados en los artículos 13 y 100 de la Carta, en los términos antes citados, y por tal razón no resulta de recibo el argumento que, como defensa, expuso el Ministerio del Transporte.

Finalmente, cabe anotar que la confrontación entre el precepto del ordenamiento mercantil comentado, artículo 1458 y la preceptiva dispuesta por la Constitución de 1991, resulta inevitable, tomando en consideración que la primera norma se sustentó en un entorno económico, social e internacional, totalmente diverso a la dinámica que recoge y apoya el Constituyente de 1991.

En efecto, sabido es que el [Decreto Ley 410 de 1971](#), por el cual se expidió el actual Código de Comercio, encuentra su origen en el año de 1958, antecedente que es descrito por los tratadistas de Derecho Mercantil, doctores Lisandro Peña Nossa y Jaime Ruíz Rueda, así :

“En 1958 hubo una comisión encabezada por el señor Emilio Robledo Uribe, que revisó las leyes cambiarias y adoptó un proyecto de ley que simplemente no hacía sino ampliar y corregir la [Ley 46 de 1923](#), proyecto que fue archivado en el Congreso. Años más tarde, mediante la [Ley 16 de 1968](#), el Gobierno Nacional recibió autorizaciones del Congreso de la República para elaborar un nuevo Código de Comercio. Se nombró una comisión de juristas que sometió a su consideración además del proyecto de ley de 1958 el proyecto Intal, el cual fue aprobado prácticamente en lo fundamental, pero con ligeras modificaciones que llevaban en parte las orientaciones del sistema anglosajón de la

Ley Uniforme de Ginebra de 1930 o sistema europeo y la corriente colombiana al respecto. Este proyecto se convirtió en el [Decreto Extraordinario 410 del 27 de marzo de 1971](#), que empezó a regir a partir del primero de enero de 1972..." (Curso de Títulos Valores, Edición Cámara de Comercio de Bogotá. 1999)

Hacer este breve recorrido histórico resulta especialmente valioso para el propósito de análisis y lectura del art. 1458 del Código de Comercio, a través de la óptica determinada por el entorno recogido en la preceptiva constitucional de la última década del siglo.

En este orden de ideas, en lo concerniente a las naves y su propiedad, curiosamente, el proyecto de 1958 resultaba menos rígido que la norma contenida en el artículo 1.458 actual.

En efecto, en el artículo 1.663 del aludido proyecto elaborado por la comisión redactora del año de 1958, se reguló el tópico en cuestión así:

"Artículo 1.663. Podrán ser dueños de una nave matriculada en Colombia los nacionales y los extranjeros domiciliados en el territorio nacional. Estos quedarán sujetos a las medidas que tome el Gobierno en defensa de la seguridad y de la soberanía del país.

Salvo lo que se disponga en los tratados internacionales, el comercio de cabotaje y el servicio marítimo de los puertos y radas sólo podrá ejercerse o prestarse por nacionales."

Es claro que, de conformidad con la disposición transcrita, el fundamento de la restricción en mención se esgrime a partir del concepto de soberanía, aunado al de seguridad, especialmente en lo que hace referencia a la navegación de cabotaje.

Sobre el particular la Comisión Revisora del Código de Comercio, manifestó:

"En los artículos 1.663 y ss. (Capítulo II de este primer Título) se regula lo relativo a los propietarios y copropietarios de las naves.

En algunos países, como Francia, el [Decreto legislativo 48-1985, del 8 de diciembre de 1948](#), exige, entre los requisitos para que una nave pueda matricularse en dicho país, que pertenezca, por lo menos en su mitad, a un francés.

La Comisión, salvo para el comercio de cabotaje y el servicio marítimo de los puertos y radas, y sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales que Colombia haya suscrito y ratificado, no ha consagrado un principio igual. Los extranjeros, al igual que los nacionales, podrán, de modo general, ser propietarios de naves; si bien aquellos quedan sujetos a las medidas que tome el Gobierno en defensa de la seguridad y de la soberanía del país (artículo 1.662)"

En contraposición, la dinámica inherente al entorno económico dentro del cual incursionó el país desde el inicio de la presente década, alternativa única y obvia puesto que no se concibe el aislamiento que hubiese derivado del mantenimiento de un esquema económico proteccionista y

cerrado, se reflejó en la flexibilización de rígidas estructuras jurídicas atinentes a materias definitivas para el desarrollo del país, tales como el sector financiero (Ley de Reforma Financiera), las relaciones laborales, el comercio exterior, el régimen de los cambios internacionales y la inversión extranjera en Colombia.

Precisamente, en cuanto al último tópico mencionado, ninguna duda cabe en torno al sustento aperturista de la [Ley 9^a de 1991](#), en cuyo artículo 2º se dispuso:

“Propósitos del régimen cambiario. El régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, con base en los siguientes objetivos que deberán orientar las regulaciones que se expidan en desarrollo de la presente ley:

(...)

d) ***Estimular la inversión de capitales del exterior en el país.***” (destacado fuera del texto)

Como corolario de las razones expuestas en este acápite y en los precedentes, la Sala declarará la nulidad del artículo 31 del [Decreto 3112 de 1997](#), precepto a cuyo tenor:

“Sólo pueden ser dueñas de una embarcación fluvial comercial matriculada en Colombia las personas naturales o las personas jurídicas colombianas.”

CUARTO.-Restricciones al uso de embarcaciones fluviales en navegación marítima.-No ocurre lo propio tratándose de la segunda disposición demandada, esto es, el inciso del artículo 3º del [Decreto 3112 de 1997](#), precepto que establece:

“Una embarcación fluvial no puede utilizarse en la navegación marítima”.

En efecto, evaluada esta disposición bajo la óptica de las facultades conferidas al Gobierno Nacional por la disposición reglamentada, esto es, la [Ley 336 de 1996](#), se encuentra que mediante el artículo 78 de la norma en cita, se facultó al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte Dirección General de Transporte Fluvial, para dictar las normas sobre especificaciones técnicas atinentes a las embarcaciones y artefactos fluviales.

Adicionalmente, la Sala advierte que la norma reglamentada faculta al Gobierno Nacional para establecer disposiciones especiales sobre transporte fluvial (artículo 74), como en general, para dictar las reglamentaciones que correspondan a cada uno de los medios de transporte. (artículo 89).

De otra parte, el precepto acusado se enmarca dentro de los principios rectores del transporte, consagrados en el artículo 2º de la [Ley 105 de 1993](#), fundamentalmente, en lo que concierne a la seguridad de las personas, concebida como una prioridad del sector transporte, y, al carácter de servicio público del transporte, por cuya virtud,

"La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad." (se destaca).

En este mismo sentido, diversas disposiciones de la [Ley 336 de 1996](#), propenden por destacar el principio de seguridad y la obligación del Estado de atender al mismo en el desarrollo de las regulaciones y reglamentaciones de las diferentes modalidades de transporte, tales como, el artículo 1º, precepto que consagra los objetivos del Estatuto Nacional de Transporte, y, el artículo 2º de la citada ley, conforme al cual,

"La seguridad, especialmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del Sector y del Sistema de Transporte".

De lo anterior se concluye que el inciso acusado del artículo 3º del [Decreto 3112 de 1997](#), se encuentra conforme a los parámetros fijados por la norma reglamentada y desarrolla las facultades propiciadas por aquella, por lo que la Sala no encuentra que se haya excedido la potestad reglamentaria.

En consecuencia, la Sala denegará la petición de nulidad parcial del artículo 3º acusado, por desestimar, con fundamento en las razones anotadas, la acusación según la cual, mediante dicho precepto el Gobierno Nacional habría excedido la potestad reglamentaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO.-DECLÁRASE la nulidad del artículo 31 del [Decreto 3112 del 30 de diciembre de 1997](#), expedido por el Gobierno Nacional, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 31. Propiedad de la embarcación. Sólo pueden ser dueñas de una embarcación fluvial matriculada en Colombia las personas naturales o las personas jurídicas colombianas."

SEGUNDO.-DENIÉGANSE las demás pretensiones.

En firme esta providencia archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE, PUBLÍQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha primero de junio de dos mil.

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA GABRIEL E. MENDOZA MARTELO
Presidente

OLGA INES NAVARRETE BARRERO MANUEL S. URUETA AYOLA