

DERECHO DE FORMULACION DE CONSULTA - La respuesta o concepto no tiene vocación de acto administrativo / RESPUESTA A LA CONSULTA - No tiene carácter de acto administrativo / CONCEPTO - Por regla general no es acto administrativo salvo que contenga una regla de carácter obligatorio

Mediante el oficio demandado, que tiene dos radicaciones y dos fechas, esto es, 327670 y 000850; y 3 de noviembre y 3 de diciembre, ambas de 2001, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones, fue respondida una petición a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA con el fin de obtener un pronunciamiento del Gobierno Nacional sobre los puntos atrás reseñados, que por comportar cuestiones jurídicas de carácter general, hacen de esa solicitud una petición de consulta. En ese orden, en cuanto dicho oficio contiene respuesta a esas cuestiones jurídicas, en principio constituye un concepto emanado del Ministerio de Comunicaciones a través de su Oficina Jurídica, y como tal no tiene la vocación o no está llamado a ser acto administrativo en la medida en que según el artículo 25 del C.C.A. las respuestas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, y así lo tiene precisado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala. Sin embargo, a ese instrumento le fue incorporada una expresión que excede la condición de simple respuesta a la consultante, en razón a que por la forma como está dada comporta una regla de conducta con carácter obligatorio para terceros, que en este caso son “las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional”. Se trata de lo consignado en el punto PRIMERO del oficio, en el sentido de que “efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos.”. Sin duda, allí se ha plasmado una disposición de carácter imperativo, con claros efectos vinculantes sobre las indicadas entidades y, por contera, otros sujetos derecho relacionados con esa actividad, como son justamente las personas naturales o jurídicas que tienen posibilidades de prestar ese servicio por estar dedicadas en virtud de licencia a la actividad de correo y servicio de mensajería, quienes resultan excluidos de su prestación a las referidas entidades en virtud de esa disposición. Síguese de ello que la excepción examinada tiene vocación de prosperar pero exceptuando la expresión indicada, la cual se asumirá como una declaración constitutiva de acto administrativo, en virtud de ser una declaración unilateral, dada en ejercicio de función administrativa.

FACULTAD REGLAMENTARIA DE LAS LEYES - Cláusula general de competencia: corresponde al Gobierno Nacional / SERVICIO DE CORREOS - Facultad reglamentaria corresponde al Gobierno Nacional / SERVICIOS POSTALES - La reglamentación es competencia del Gobierno Nacional

El actor alega que el acto acusado es nulo por haber sido expedido por funcionario incompetente, porque la Ministra de Comunicaciones debió responder la petición; entendiéndose que impugna el oficio “en cuanto exige que las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deban transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos.”, pues así lo precisa en la pretensión de la demanda. Por lo tanto, la acusación se debe considerar encaminada al aparte correspondiente, de allí que la Sala la asume solamente en relación con la declaración atrás delimitada, y en esas condiciones se tiene que se está, como se dijo ante una regla de derecho, en tanto es imperativa y produce efectos jurídicos ineludibles para quienes aparecen involucrados en la actividad a la que ella se refiere, esto es, la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada, de que trata el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, por consiguiente deviene en una disposición reglamentaria de este artículo. De esa

forma, es claro que mediante la misma se quiere precisar o interpretar con carácter obligatorio para terceros el contenido de las normas legales que regulan esa actividad, específicamente el citado artículo 37 de la Ley 80 de 1993, que se ocupa del “REGIMEN Y LICENCIAS DE SERVICIOS POSTALES”, por consiguiente se puede decir que jerárquicamente esa disposición es sublegal y funcionalmente tiene una connotación reglamentaria. En ese orden, es evidente que su adopción o expedición se hizo con notoria incompetencia, pues tal como se aduce en la demanda, está invadiendo la órbita propia del Presidente de la República en materia reglamentaria, señalada en el artículo 189, numeral 11, pues en virtud de este precepto superior es a él a quien corresponde como cláusula general de competencia y en primer grado, reglamentar las leyes para su cumplida ejecución, conjuntamente con quienes con él conforman el Gobierno: Los ministros y los jefes de departamentos administrativos, según la materia.

FACULTAD REGLAMENTARIA - Corresponde al Presidente de la República: cláusula general de competencia / FACULTAD REGLAMENTARIA DE AUTORIDADES DISTINTAS AL PRESIDENTE - Sólo puede generarse en virtud a facultad constitucional o legal expresa / POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA LEY - Competencia del Presidente mediante decretos, resoluciones y órdenes / SERVICIO DE CORREOS - Incompetencia del Ministerio de Comunicaciones y de jefe de oficina jurídica para reglamentarlo

La Sala, en reciente pronunciamiento, precisó que “cuando se trate de autoridades distintas del Presidente de la República, quien tiene la cláusula general de competencia reglamentaria respectiva, esa facultad sólo puede ejercerse en virtud de facultad constitucional o legal expresa y sobre materias determinadas; v. gr. la señalada en los numerales 1, “Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo de los municipios”; y 7, “Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites fijados por la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”, del artículo 313 de la Constitución Política.”. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación así lo señaló, al decir que “..., según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, corresponde al Presidente, y no a otras autoridades administrativas, ejercer la potestad de reglamentar la ley mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, cuando sea necesario para la cumplida ejecución de las leyes; de cualesquiera leyes, que en ello no se hicieron distinciones. Y esa potestad es distinta de la facultad atribuida a muchas autoridades para el cumplimiento de determinadas funciones, aun cuando esas funciones se cumplan mediante la expedición de actos administrativos de carácter general”. De modo que ni siquiera el Ministro de Comunicaciones, por sí sólo podía adoptar como desarrollo del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 la regla acusada, pues únicamente podía hacerlo en tanto actuara como integrante del Gobierno Nacional para ese asunto conjuntamente con el Presidente de la República, luego menos era procedente que la adoptara un funcionario de menor rango del Ministerio, como es el Jefe de la Oficina Jurídica. Así las cosas, es forzoso concluir que el Jefe de la Oficina Jurídica no tiene competencia para adoptar disposiciones que desarrollen o precisen las leyes para su cumplida ejecución, que es lo inherente a la potestad reglamentaria, luego al hacerlo mediante la inserción de la susodicha declaración dispositiva en una respuesta a un derecho de petición de consulta, afectó de incompetencia tal declaración y violó el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-24-000-2002-00309-01

Actor: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Demandado: MINISTERIO DE COMUNICACIONES

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Improbada como fue la ponencia inicialmente considerada por la Sala para fallo, se decide en única instancia la acción de nulidad ejercida por JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO contra el oficio identificado con los números 327670 y 000850, con fechas 3 de noviembre y 3 de diciembre de 2001, por el cual el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones respondió una petición formulada por el representante legal de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA para que el Gobierno Nacional se expresara sobre varios aspectos de la regulación del servicio de mensajería especializada y sobre un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil atinente a esta materia.

I.- LA DEMANDA

1. Pretensiones:

El ciudadano **JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO**, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante la Sala para que declare la nulidad del *“acto administrativo en referencia, en cuanto exige que las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deban transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos”*.

2. El acto acusado

Su tenor es el siguiente:

“32760 - 000850

Bogotá -3 de noviembre de 2001 / 8 de diciembre de 2001

ASUNTO: Su Derecho de petición de noviembre 11 de 2001, radicación 273070.

Comedidamente nos permitimos responder a continuación los interrogantes planteados en su comunicación de la referencia:

PRIMERO:

El Ministerio de Comunicaciones comparte el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emitido el 9 de agosto de 2001 en cuanto a que efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional, deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos.

El citado concepto no contradice lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, dado que en este artículo ni en ninguno otro de la ley 80 de 1993 se expresa que los “particulares pueden prestar el servicio de mensajería especializada a las entidades públicas regidas por dicho estatuto”. El artículo 37 de la ley 80 de 1993 únicamente establece que: “El gobierno nacional reglamentará las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales.”

La Ley 80 en su artículo 37 se refiere de manera general al régimen de concesiones y licencias de los servicios postales, es decir, la relación entre el Ministerio de Comunicaciones y las personas naturales o jurídicas que pretenden prestar dichos servicios. Esta norma no regula la relación entre prestadores de servicios postales y usuarios, tema que evidentemente se encuentra fuera de su ámbito de acción.

TERCERO Y CUARTO:

El artículo 37 de la ley 80 de 1993 y el artículo 6 del Decreto 229 de 1995 se encuentran vigentes y el Ministerio de Comunicaciones viene dando cumplimiento estricto a lo dispuesto en ellos, es así como a la fecha se han otorgado 375 licencias para la prestación del servicio de mensajería especializada, precisamente la última de ellas a nombre de la empresa Centauros Express Ltda. mediante resolución 1681 del 19 de noviembre de 2001.

QUINTO:

De acuerdo con lo anterior, esta oficina no considera necesario solicitar aclaración alguna de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con su concepto del 9 de agosto de 2001"

3.- Hechos en que se funda

El actor refiere que:

3.1. La Ministra de Comunicaciones formuló al Consejo de Estado la siguiente consulta:

"1.º ¿Tienen las entidades estatales del orden nacional la obligación de contratar los servicios de mensajería especializada con ADPOSTAL ?

2.º El artículo 10 del decreto 75 de 1984 es el texto original del decreto 75 mencionado o es el texto tal como lo modificó el decreto 2563 de 1985 ?

3.º Teniendo en cuenta que el régimen del decreto 75 de 1984 no distinguía entre el servicio de correo y el de mensajería especializada, ¿al remitir el decreto 229 de 1995, que sí distingue, al decreto 75 de 1984, se refiere a que el correo, únicamente, se transportará de conformidad con el artículo 10 ibídem?"

3.2. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto 1363 de 9 de agosto de 2001, respondió la consulta así:

“1. y 3. Los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, tienen la obligación de contratar los servicios de mensajería especializada con ADPOSTAL.

2. El artículo 1° del decreto 2563 de 1985 sustituyó el artículo 10 del decreto 75 de 1984.”

3.3.- Por estimar que ese Concepto no había tomado en cuenta los artículos 37 de la Ley 80 de 1993, y 6° y 43 del Decreto 229 de 1995, que en su criterio disponían todo lo contrario, y en virtud de otras consideraciones que se transcriben en el libelo de la demanda, el representante legal de la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada (ASERCO), en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la Ministra de Comunicaciones que el Gobierno Nacional se expresara sobre cinco puntos, que también transcribe el memorialista y que, en síntesis, son los siguientes:

- Si pese a su carácter no vinculante acogerá el Concepto del Consejo de Estado y si, en consecuencia, los citados órganos y entidades del orden nacional serían obligados a contratar los servicios de mensajería especializada con ADPOSTAL, excluyendo a los particulares habilitados mediante licencia para prestar estos servicios.

- Expresar si estima que el artículo 37 en cita, que permite a los particulares prestar el servicio de mensajería especializada a las entidades públicas, ha sido derogado por el referido concepto, así como el artículo 6 del Decreto 229 de 1995, según los cuales dicho servicio es un servicio postal prestado *‘con independencia de las redes postales oficiales del correo nacional e internacional’*.

- Expresar si estima vigente y dará cumplimiento al artículo 37 de la Ley 80 de 1993.

- Dada la notoria contradicción entre lo deducido en el concepto del Consejo de Estado y la Ley 80 de 1993 y el Decreto 229 de 1995, y en razón de la magnitud del daño y confusión que ese concepto ha causado y seguirá causando en el mercado, “sugerimos” a la señora Ministra dirigirse a la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado para que le pida aclaración de su concepto en mención, respecto de las razones jurídicas enunciadas en el escrito petitorio y

en lo que concierne a los aludidos artículos de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 229 de 1995.

3.4.- El Ministerio respondió a la petición del representante de ASERCO con el Oficio acusado, *“con carácter imperativo, que genera una obligación para los administrados y para los organismos públicos a los cuales se refiere, que ‘las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos’.”*

3.5. Finalmente afirma que el Oficio acusado no fue firmado por la Ministra, que era la autoridad competente, ni por el Viceministro, sino por el Jefe de la Oficina Jurídica.

4.- Normas violadas y concepto de la violación

Bajo el título de “fundamentos jurídicos”, el actor indica como violadas las normas que se mencionan en los cargos de expedición por funcionario incompetente y de manera irregular; violación de las normas en que debía fundarse y falsa motivación, los cuales, en resumen, sustenta así:

4.1. Según los artículos 273, numeral 3, de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996, solamente los ministros pueden formular consultas al Consejo de Estado; y como ASERCO pidió a la Ministra de Comunicaciones dirigirse nuevamente al Consejo de Estado, solamente esta funcionaria — y no el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio — podía decidir esta petición.

Tampoco podía responder el derecho de petición, así mediase acto de delegación, pues debió hacerlo el titular de la cartera ya que el oficio acusado está impartiendo en realidad una orden a todas las entidades oficiales y semioficiales nacionales en el sentido de que absolutamente toda su correspondencia (entiéndase por tal los servicios de correo y mensajería especializada) deben enviarla a través de la red oficial de correos.

4.2.- El oficio acusado fue expedido irregularmente por cuanto si lo que se quería era modificar los artículos 37 de la Ley 80 de 1993 y 6° y 43 del Decreto 229 de 1995, para disponer que las aludidas entidades ‘deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos’, ha debido seguirse todos los trámites y procedimientos indicados en los artículos 157 y siguientes de

la Constitución Política y la Ley 5ª de 1992, y no procederse como se actuó, mediante oficio de un funcionario de la Oficina Jurídica del Ministerio.

4.3. Infringió las normas superiores en que debía fundarse porque el funcionario que lo expidió no tuvo en cuenta que mientras plasmaba una “regla absoluta” en cuanto al envío de correspondencia por los citados organismos públicos exclusivamente por la red oficial de correos (ADPOSTAL), las citadas disposiciones, y pese al concepto comentado, contemplaron la posibilidad de que particulares con licencia prestaran el aludido servicio de mensajería especializada.

4.4.-Viola directamente el artículo 84 de la Constitución Política, por cuanto si las autoridades no pueden establecer requisitos no previstos en la ley, menos pueden prohibir de manera absoluta una actividad, como aquí se hizo.

4.5. El acto impugnado está falsa y contradictoriamente motivado, por cuanto no es cierto que la Ley 80 se refiera únicamente a la relación entre el Ministerio de Comunicaciones y las personas naturales o jurídicas que pretendan prestar servicios de mensajería especializada, sino que realmente regula a todo lo atinente a la contratación administrativa, previendo en su artículo 37 la posibilidad de que personas naturales o jurídicas con licencia presten sus servicios a entidades distintas de ese Ministerio. Se ha distinguido, donde no cabe distinguir, y sí se omite la distinción legal entre servicios postales diversos (correo y mensajería especializada).

4.6. Se ha dado carácter obligatorio al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Ministerio, afectando a los particulares titulares de licencia y que venían prestando el servicio a organismos públicos nacionales con base en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 229 de 1995, a tal punto que se interrumpieron procesos licitatorios; y dando el más extremo de los alcances de dicho concepto, acogido en su integridad, surge la inquietud sobre si ADPOSTAL cumple con los requisitos del artículo 6º del Decreto 229 citado y, de ser así, con qué licencia cuenta para prestar el servicio, o será que pretende asumir ese concepto como licencia ?.

II.- LA CONTESTACIÓN

1.- El apoderado de la NACIÓN -MINISTERIO DE COMUNICACIONES propuso las excepciones de *inepta demanda* y *cosa juzgada*.

1.1.- Fundamentó la excepción de inepta demanda en que el oficio enjuiciado no es un acto administrativo pues no contiene una decisión que cree, modifique o extinga situación jurídica alguna, no siendo acusable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.2.- La de cosa juzgada en sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996¹ en la que desestimó las pretensiones de acción de nulidad ejercida contra el artículo 43 del Decreto 229 de 1995, sustentada en los mismos cargos que ahora se plantean.

2.- Como razones de la defensa, sostiene que del artículo 9° del Decreto 1130 de 1999² se infiere que la Oficina Jurídica sí tenía competencia para responder al representante legal de la actora su derecho de petición, mediante el acusado Oficio 327670 de 3 de noviembre de 2001 ó 000850 de 6 de diciembre de 2001.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado consideró que el Oficio acusado reúne las características propias de un acto administrativo pues contiene una decisión capaz de producir efectos jurídicos, siendo susceptible de control jurisdiccional.

Coincide con el actor en considerar que el Ministro de Comunicaciones era el competente para responder el derecho de petición, pues en éste se compromete al Gobierno Nacional, función del resorte exclusivo del titular de la cartera, que no está asignada a la División Jurídica, ni le había sido delegada a su Jefe.

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, pues el oficio acusado contraría los artículos 37 de la Ley 80 de 1993, 6° y 43 del Decreto 229 de 1995 que facultan a las personas naturales y jurídicas a prestar a las entidades del sector público el servicio de mensajería especializada, mediante el otorgamiento de licencia. Asimismo, viola el artículo 333 de la Constitución Política al restringir sin fundamento legal la libertad de empresa y la libre competencia.

¹ Radicado: 3407, Actor: Jorge Alberto Guerreo Lozano, M.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

² «Por el cual se estructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas».

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor insistió en que el criterio expuesto en el Oficio acusado contradice los artículos 37 de la Ley 80 de 1993, 6º y 43 del Decreto 229 de 1995.

V.- CONSIDERACIONES

1. La excepción de inepta demanda por falta de jurisdicción

Mediante el oficio demandado, que tiene dos radicaciones y dos fechas, esto es, 327670 y 000850; y 3 de noviembre y 3 de diciembre, ambas de 2001, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones, fue respondida una petición a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA con el fin de obtener un pronunciamiento del Gobierno Nacional sobre los puntos atrás reseñados, que por comportar cuestiones jurídicas de carácter general, hacen de esa solicitud una petición de consulta.

En ese orden, en cuanto dicho oficio contiene respuesta a esas cuestiones jurídicas, en principio constituye un concepto emanado del Ministerio de Comunicaciones a través de su Oficina Jurídica, y como tal no tiene la vocación o no está llamado a ser acto administrativo en la medida en que según el artículo 25 del C.C.A. las respuestas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, y así lo tiene precisado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala.

Sin embargo, a ese instrumento le fue incorporada una expresión que excede la condición de simple respuesta a la consultante, en razón a que por la forma como está dada comporta una regla de conducta con carácter obligatorio para terceros, que en este caso son “las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional”. Se trata de lo consignado en el punto PRIMERO del oficio, en el sentido de que *“efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional deben*

transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos.”

Sin duda, allí se ha plasmado una disposición de carácter imperativo, con claros efectos vinculantes sobre las indicadas entidades y, por contera, otros sujetos derecho relacionados con esa actividad, como son justamente las personas naturales o jurídicas que tienen posibilidades de prestar ese servicio por estar dedicadas en virtud de licencia a la actividad de correo y servicio de mensajería, quienes resultan excluidos de su prestación a las referidas entidades en virtud de esa disposición; amén de que en realidad el objeto de censura en la demanda es ese aparte del oficio, aunque de paso también cuestiona el concepto emanado de la Sala de Consulta y Servicio mencionado en autos, cuyo análisis, dicho sea de paso, escapa por completo a la Sala.

Síguese de ello que la excepción examinada tiene vocación de prosperar pero exceptuando la expresión indicada, la cual se asumirá como una declaración constitutiva de acto administrativo, en virtud de ser una declaración unilateral, dada en ejercicio de función administrativa y que tiene un efecto jurídico directo sobre el asunto y el conjunto de sujetos o personas precisados, de modo que a esa declaración se circunscribirá el enjuiciamiento que corresponde hacer a la Sala del contenido del oficio acusado, la cual, como se ha advertido, no encuadra en la figura de concepto o respuesta a las peticiones de consulta, y a ella el actor delimita la demanda al decir textualmente que pide la nulidad del oficio *“en cuanto exige que las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deban transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos”*.

2. La excepción de cosa juzgada

La excepción de cosa juzgada se desestima íntegramente, pues entre la acción de nulidad decidida en la sentencia de 8 de marzo de 1996, expediente núm. 3407 y la del presente caso no existe identidad de objeto toda vez que aquella recayó contra un decreto reglamentario emanado del Gobierno Nacional, el artículo 43 del Decreto 229 de 1995, mientras que en esta se demanda un acto distinto, el oficio ya identificado del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones.

3.- Examen de los cargos

Decididas las excepciones planteadas y precisado el objeto susceptible del conocimiento por parte de la Sala en el ámbito de este proceso, se han de despachar los cargos formulados en la demanda, así:

3.1.- Incompetencia del funcionario que expidió el oficio acusado

El actor alega que el acto acusado es nulo por haber sido expedido por funcionario incompetente, porque la Ministra de Comunicaciones debió responder la petición; entendiéndose que impugna el oficio *“en cuanto exige que las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deban transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos.”*, pues así lo precisa en la pretensión de la demanda.

Por lo tanto, la acusación se debe considerar encaminada al aparte correspondiente, de allí que la Sala la asume solamente en relación con la declaración atrás delimitada, y en esas condiciones se tiene que se está, como se dijo ante una regla de derecho, en tanto es imperativa y produce efectos jurídicos ineludibles para quienes aparecen involucrados en la actividad a la que ella se refiere, esto es, la **prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada**, de que trata el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, por consiguiente deviene en una disposición reglamentaria de este artículo.

De esa forma, es claro que mediante la misma se quiere precisar o interpretar con carácter obligatorio para terceros el contenido de las normas legales que regulan esa actividad, específicamente el citado artículo 37 de la Ley 80 de 1993, que se ocupa del “REGIMEN Y LICENCIAS DE SERVICIOS POSTALES”, por consiguiente se puede decir que jerárquicamente esa disposición es sublegal y funcionalmente tiene una connotación reglamentaria.

En ese orden, es evidente que su adopción o expedición se hizo con notoria incompetencia, pues tal como se aduce en la demanda, está invadiendo la órbita propia del Presidente de la República en materia reglamentaria, señalada en el artículo 189, numeral 11, pues en virtud de este precepto superior es a él a quien corresponde como cláusula general de competencia y en primer grado, reglamentar las leyes para su cumplida ejecución, conjuntamente con quienes con

él conforman el Gobierno: Los ministros y los jefes de departamentos administrativos, según la materia.

La Sala, en reciente pronunciamiento, precisó que *“cuando se trate de autoridades distintas del Presidente de la República, quien tiene la cláusula general de competencia reglamentaria respectiva, esa facultad sólo puede ejercerse en virtud de facultad constitucional o legal expresa y sobre materias determinadas; v. gr. la señalada en los numerales 1, “Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo de los municipios”; y 7, “Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites fijados por la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”, del artículo 313 de la Constitución Política.”*³

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación así lo señaló, al decir que *“..., según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, corresponde al Presidente, y no a otras autoridades administrativas, ejercer la potestad de reglamentar la ley mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, cuando sea necesario para la cumplida ejecución de las leyes; de cualesquiera leyes, que en ello no se hicieron distinciones. Y esa potestad es distinta de la facultad atribuida a muchas autoridades para el cumplimiento de determinadas funciones, aun cuando esas funciones se cumplan mediante la expedición de actos administrativos de carácter general”*⁴.

De modo que ni siquiera el Ministro de Comunicaciones, por sí sólo podía adoptar como desarrollo del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 la regla acusada, pues únicamente podía hacerlo en tanto actuara como integrante del Gobierno Nacional para ese asunto conjuntamente con el Presidente de la República, luego menos era procedente que la adoptara un funcionario de menor rango del Ministerio, como es el Jefe de la Oficina Jurídica.

Así las cosas, es forzoso concluir que el Jefe de la Oficina Jurídica no tiene competencia para adoptar disposiciones que desarrollen o precisen las leyes para su cumplida ejecución, que es lo inherente a la potestad reglamentaria, luego al

³ Sentencia de 30 de agosto de 2007, expediente núm. 1997 12928 01, consejero ponente doctor RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA.

⁴ Sentencia de 1º de agosto de 2000, expediente núm. S-761, consejero ponente doctor Javier Díaz Bueno.

hacerlo mediante la inserción de la susodicha declaración dispositiva en una respuesta a un derecho de petición de consulta, afectó de incompetencia tal declaración y violó el artículo 189. numeral 11, de la Constitución Política.

En consecuencia, el cargo prospera en relación con ella, lo cual es suficiente para declarar la nulidad de la destacada disposición, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia, al tiempo que la Sala se inhibirá de pronunciarse sobre el resto del contenido del oficio demandado.

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: DECLARASE probada la excepción de inepta demanda por no constituir acto administrativo el oficio identificado con los números 32760 y 000850, calendado con 3 de noviembre y 3 de diciembre de 2001, excepto en relación con la expresión *“efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos.”*, contenida en el numeral PRIMERO de dicho oficio, que sí constituye acto administrativo, e INHÍBESE de pronunciarse sobre el fondo de la demanda en cuanto concierne al resto de ese oficio.

SEGUNDO: DECLARASE no probada la excepción de cosa juzgada, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: DECLARASE la nulidad de la expresión *“efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden Nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos”*, contenida en el numeral PRIMERO del oficio demandado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de octubre de 2007.

MARTHA SOFÍA SÁNZ TOBÓN

Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Salva Voto

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARCO ANTONIO VELILLA M.

Aclara Voto

A C L A R A C I O N D E V O T O

A C L A R A C I O N D E V O T O

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).

REF: Expediente núm. 2002-00309.

Actor: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

La decisión adoptada en el expediente de la referencia declaró la nulidad de la expresión “efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos”, contenida en el numeral primero del Oficio acusado, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones, en respuesta a una

petición formulada por el Representante Legal de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MENSAJERÍA.

Comparto dicha decisión, empero estimo que en la parte motiva de la sentencia se ha debido dedicar un acápite especial al tema del derecho de la competencia frente al sector público.

En efecto, es importante dejar en claro que en el asunto sometido a consideración de la Sala subyace la respuesta a un importante interrogante: ¿Es aplicable el derecho de la competencia al sector público?.

En la presente aclaración, pretendo demostrar que esta aplicación es absolutamente cierta, y que estamos en presencia de nuevas realidades, donde el principio de aplicación del derecho de la competencia a ciertas categorías de empresas estatales, solo tiene algunas excepciones.

La libre competencia se entiende como la libertad que tienen de competir entre sí, las empresas que están ofreciendo un mercado de productos o servicios, tendientes a satisfacer necesidades idénticas o similares.

En el mundo occidental el modelo de competencia ha evolucionado y ha evolucionado de una primera fase donde los economistas concebían la competencia como “el caso ideal donde los individuos pueden librarse sin obstáculo a las actividades y a los intercambios económicos” (modelo de competencia pura y perfecta que busca lograr el equilibrio concurrencial de las ofertas y las demandas o equilibrio Walrasien, o colocación óptima de los recursos de Pareto), teoría que resulta interesante porque su modelo es claro y simple pero

tiene como inconveniente su irrealismo, razón por la cual a partir de un tiempo para acá, predomina la teoría de la competencia imperfecta.

La competencia imperfecta es la situación en la cual los agentes económicos “no pueden luchar con armas iguales, por el hecho de la desaparición de su peso respectivo o de las limitaciones naturales o artificiales que obstaculizan su acción”. Es así como los economistas hacen un trabajo de refinamiento de esta última noción que conduce a la diferencia entre competencia practicable o suficiente y competencia efectiva, cuando la competencia se ejerce y produce los efectos esperados.

El derecho rechaza el modelo de competencia pura y perfecta, que la conduce a un fin en si misma. La competencia debe ser entendida como un medio, tanto en derecho interno como en derecho andino. Así sucede también en la comunidad económica europea donde el objeto de una verdadera política al servicio de los objetivos de la comunidad, es entre otros, el bienestar social.

Es entonces la noción de competencia practicable la que se utiliza por las autoridades de la competencia. La Corte de Justicia de Comunidades Europeas ha definido lo que no es competencia falsa como “la dosis de competencia necesaria para que sean respetadas las exigencias fundamentales y obtenidos los objetivos del Tratado, en particular la formación del mercado único, que realice las condiciones análogas a las de un mercado interior”. Varias condiciones deben ser reunidas como multiplicidad de ofertantes, libertad de acceso al mercado, autonomía en la determinación de la política, y libertad de escogencia de los compradores.

En otras palabras, la competencia es considerada en el derecho comunitario europeo, que es nuestro modelo en la CAN, como uno de los medios para obtener el bienestar de la población. Lo anterior, en la medida en que esta busca asegurar a los productores una contrapartida normal a sus prestaciones, incitarlos a una producción más racional y a satisfacer las necesidades de los consumidores.

La competencia no tiene solo valor en el derecho comunitario, sino también valor legislativo en el derecho interno. Además, tiene expresa consagración constitucional en el artículo 333 y hace parte de los derechos colectivos, en el sentido que consagra el artículo 88 de la Constitución Política.

El principio de igualdad constitucional no es tan evidente tratándose de personas físicas como de personas jurídicas o de la actividad económica. Mientras que tratándose de personas físicas se predica igualdad frente a las cargas públicas, a los servicios públicos, etc.), no ocurre de la misma manera para las empresas.

No existe ninguna disposición expresa en la Constitución pero sí en las legislaciones comunitarias donde se equipara a los naturales de los diferentes Estados y por ende a las empresas. Aunque el principio de igualdad puede ser considerado inicialmente como incompatible con la libre competencia, ya que esta última supone la victoria de las empresas más competitivas, más dinámicas sobre las más débiles, no podemos conformarnos con esta primera aproximación.

En realidad el principio de igualdad juega un papel fundamental en el dominio económico, ya que es sin lugar a dudas la condición indispensable para que exista libre competencia. “si cada uno es libre de ejercer su profesión y oficio y de entrar libremente a competir, es porque se encuentra en pie de igualdad con sus competidores”. Sin igualdad, la libre competencia no podría ser ejercida.

En síntesis, la libertad y la igualdad, son principios aplicables a las empresas. Esta asimilación de las empresas a las personas físicas, se justifica también porque las primeras están compuestas por las segundas, y rechazar la aplicación de tales principios a las empresas, traería como consecuencia, la negación de su aplicación a las personas físicas mismas.

En este orden de ideas, resulta claro que ciertas empresas están en razón de su estatuto especial, en una situación particular susceptible de romper la igualdad entre los actores económicos y de perturbar el libre desarrollo de la competencia. En efecto, la competencia puede ser atacada de manera activa a través de comportamientos, pero también de manera pasiva, en razón de las características de la naturaleza jurídica de la empresa que se trate.

En el caso sometido a consideración de la Sala, nos referimos no a los comportamientos anticoncurrenciales que han sido objeto de numerosos estudios, sino a ciertas empresas que en virtud de su especial naturaleza jurídica, terminan por perturbar la libre competencia. La naturaleza jurídica debe considerarse en este caso en un sentido amplio, que integre todas las dimensiones que comprende la empresa, es decir, no se trata de partir de un sentido restringido de las diferentes formas de agrupaciones (sociedades, asociaciones, cooperativas, fundaciones y corporaciones establecimientos públicos, etc.) y de su forma jurídica (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc), ya que estas no son suficientes. Es importante tener en cuenta que ciertas empresas, tienen determinadas características porque pertenecen a ciertos sectores. La naturaleza jurídica se refiere a sectores que a priori son totalmente diferentes: el público por una parte, el privado y el de la economía denominada social.

La economía social es un tercer sector, una tercera vía entre la estatización y el capitalismo privado. Las empresas de economía social “se sitúan entre la ley del mercado que pregona por la eficiencia económica y la intervención pública que es garantía de la justicia social”, son empresas a-capitalistas, es decir funcionan por fuera de una lógica capitalista. Es el caso de las cooperativas, en las cuales la filosofía es mejorar en conjunto las condiciones de existencia de cierto grupo de personas. La economía social estaría compuesta de empresas que ejercen un objeto con finalidad social, son sociedades democráticas por naturaleza, constituidas de sociedades solidarias con igualdad de deberes y derechos, y que tienen al hombre como centro de su acción, por lo que persiguen un proyecto social sobre la economía. Para el derecho de la competencia el objetivo del estudio no es todo el conjunto del medio asociativo. Nos interesan solo las asociaciones sin ánimo de lucro que ejercen actividades económicas, es decir como empresas ordinarias.

En un sistema económico liberal, las empresas públicas no pueden ejercer en principio actividades industriales y comerciales más que en forma bastante reducida. Se teme en efecto, que estas empresas puedan ejercer su posición de fuerza y privilegiada en contra de los que han sido industriales y comerciantes tradicionales. Por esta razón la intervención de las empresas del sector público era muy limitada a principios del siglo XX en virtud del principio de la libertad económica, en sus dos acepciones constitucionales libre empresa (libertad de establecimiento, de explotación, de trabajo, y libertad contractual) y libre competencia.

En forma progresiva, y dentro de la búsqueda del interés general, ciertas empresas han ejercido como operadores económicos sobre el mercado, configurando un verdadero sector público. Para el derecho administrativo, una

empresa pública es una persona moral que ejerce una actividad industrial o comercial, y cuya propiedad y control es ejercida en su mayoría por el sector público. Para el derecho comunitario europeo, una empresa pública es aquella sobre la cual los poderes públicos pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, por el hecho de la propiedad, de la participación financiera, o de las normas que la rigen. La influencia dominante se deduce porque los poderes públicos detentan la mayoría del capital suscrito, disponen de la mayoría de los votos que se encuentran vinculados a la composición de la sociedad, o pueden designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de supervisión o de vigilancia de la empresa.

Tanto las empresas del sector público como las de economía social pueden llegar a perturbar el libre juego concurrencial, no obstante su naturaleza y finalidad. Lo anterior, pues se trata de empresas que manejan una actividad económica, a pesar de que tienen una vocación diferente a las del sector privado u ordinario, en tanto que en lugar de realizar actividades con ánimo de lucro, desarrollan actividades con fines de interés general y de utilidad social. El enfrentamiento de estas dos clases de empresas con naturaleza especial y la competencia, invita a varias reflexiones y crea diferentes interrogantes.

Existe una constatación histórica y es que mientras tanto en principio las empresas del sector público y las de economía social estaba muy circunscrita, y casi por completo al margen de la economía de mercado, el ejercicio de actividades industriales y comerciales le era prohibido o muy limitado, lo que no ocurre en la actualidad donde tanto las del sector público como las de economía social, se encuentran muchas veces en competencia con el sector privado. La presencia de ambas clases de empresas plantea problemas frente a la libertad y a la igualdad en la competencia.

En realidad, la sola presencia de estas dos naturalezas de empresa hace que deban someterse al derecho de la competencia. Las empresas del sector público y de la economía social, se encuentran verdaderamente integradas tanto a nivel material porque tienen acceso al mercado, como jurídicamente, porque están sometidas al derecho de la competencia. Lo anterior, genera que se sometan a una lógica de igualdad que por supuesto suprime los privilegios y ventajas que pudieran tener en el juego concurrencial, y que hace que estas mismas soliciten que se les prive de las restricciones que suelen tener para penetrar en el mercado.

Valga mencionar que sin embargo existen ciertas motivaciones y medios distintos entre las empresas del sector público y las de economía social, ya que mientras las primeras se han mostrado más ofensivas y se han empeñado en una verdadera conquista del mercado, las segundas por lo general, tienen un comportamiento más defensivo, razón por la cual han recurrido al mercado para buscar recursos complementarios, en otras palabras han sido forzadas hacia el mercado para sobrevivir.

Recapitulando, podemos decir que las personas públicas no pueden, en principio, ejercer actividades industriales y comerciales, más que si ellas están expresamente autorizadas legalmente en forma precisa para hacerlo. Cualquier intervención que hagan por fuera de esa autorización legislativa constituye una infracción a la libre competencia.

La jurisprudencia extranjera ha permitido el ejercicio de tales actividades sin autorización legislativa en tres hipótesis: primera, cuando estas son de interés general, y están vinculadas a la carencia de iniciativa privada sobre el mercado; segunda, cuando estas son propias de la misión de servicio público que cumple la

persona pública; y tercera, cuando buscan satisfacer las necesidades propias de la persona pública.

1. Son de interés general, y están vinculadas a **la carencia de iniciativa privada sobre el mercado** en virtud de la libertad económica y de la libre empresa y la libre competencia; los particulares ejercen sus actividades industriales y comerciales sin ningún entrabe de parte de los poderes públicos. Estos entabes pueden consistir en prohibiciones que restrinjan su actividad, pero también por el ejercicio de actividades públicas que son competencia de las actividades privadas. En efecto, las personas públicas en competencia disponen de medios de acción exorbitantes que les confieren una posición privilegiada sobre el mercado. En este caso la intervención de las personas públicas aparece como contraria al principio de libre competencia, y las actividades industriales y comerciales del Estado, deben considerarse como reservadas a las personas privadas.

Si la libre competencia juega un papel importante en el marco del principio de la libertad económica del artículo 333 de la Constitución Política, lo es también la igualdad de oportunidades dentro de la competencia. Es para asegurar la igualdad entre los competidores que la interpretación de la intervención de los poderes públicos sobre el mercado es tan extremadamente estricta.

El principio de la libertad económica del sector público en competencia ha sido aplicado con mayor rigidez a principios del siglo XX, dentro de un contexto liberal en el que no resultaba sorprendente; lo ha flexibilizado aún más con la famosa jurisprudencia *Nevers*, donde el Consejo de Estado francés evocó necesidades urgentes de reducir el consumo de carne importada conservada en frigorífico. Es así como en Francia, por los años cincuenta del siglo XX se señaló que el principio de la libertad económica tenía valor legislativo, y que hacía parte de las libertades

públicas en el sentido del artículo 34 de la Constitución de ese país. El principio se impone no solo **a la Administración sino también al legislador**.

En Colombia a pesar de que el principio de la libertad económica y de la libre competencia tiene valor constitucional a partir de la Constitución de 1991, ha habido carencia de iniciativa tanto en la jurisprudencia como en los textos legislativos. No otra razón es la que se contempla en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de diciembre 24 de 1959 según el cual “ el Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”, que constituye una excepción a la regla general de celebrar acuerdos o convenios que directamente o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general...”. La necesidad para el juez administrativo no es solamente “una exigencia que nace de la naturaleza”, sino de “la vida social”. Y la noción de carencia, además de una deficiencia en la oferta privada puede según la jurisprudencia francesa también ser cualitativa, lo que permite una interpretación aún más amplia.

2. Ciertas actividades industriales y comerciales del Estado son consideradas como accesorias a un servicio público. Al estar vinculadas a una actividad principal de naturaleza administrativa, los Tribunales Administrativos consideran que entran más en el campo de la misión principal de las personas públicas, y que deben ser admitidas. Por esta razón se permitió en una primera etapa en Francia el que el Estado pusiera en funcionamiento el servicio público de duchas (servicio público de higiene); la creación de restaurantes reservados a los indigentes, e incluso la construcción de una piscina por razón de salud. En estos

casos poco importa si se perjudica la actividad particular, ya que las actividades a que nos hemos referido están por fuera de la libertad económica, y por su vinculación con los servicios públicos su carácter industrial y comercial pierde importancia. La jurisprudencia fue aplicada por ejemplo a la construcción de una ciudad universitaria y a la posibilidad que la Orquesta Sinfónica Nacional pudiera hacer conciertos públicos, como elemento constitutivo de un buen funcionamiento del servicio.

La jurisprudencia francesa incluso fue más lejos y justificó la participación de empresas públicas aún en actividades que no tenían una relación directa con su misión, pero que sí le procuraban los recursos sustanciales. Esta decisión no la fundamenta tanto en el interés financiero más que de manera incidental, sino en el interés general. Este tema no es objeto de esta aclaración, pero puede consultarse el artículo competencia y sector público, publicado en Introducción al Derecho de los Negocios, Biblioteca Millenium, Editorial Navegante, Págs. 101 a 134⁵.

3. Actividades que se justifican por la ausencia de recursos en el mercado.

Las colectividades públicas pueden ejercer actividades concurrenciales dentro del marco del autoconsumo, es decir para satisfacer sus propias necesidades. Esta situación que puede poner dificultades a la libertad económica es admitida por los tribunales administrativos en ciertos casos.

Las empresas públicas pueden acudir al mercado y conseguir las materias propias de su consumo frente al sector privado mediante licitaciones públicas, o pueden abstenerse de recurrir al mercado, y solicitar a sus propios servicios que se los suministren. Es el caso de la imprenta nacional.

⁵ Introducción al Derecho de los Negocios – Los nuevos dominios de la “administrativización del derecho comercial”, Marco Antonio Velilla Moreno..

En principio el autoconsumo es cuestionable desde el punto de vista del principio de la libertad económica y de competencia, así como de la igualdad de oportunidades, pues el Estado obra en este caso por fuera del dominio reservado a la iniciativa privada, es decir interviene por fuera del mercado.

Para el Consejo de Estado francés, el estado puede en ciertos casos economizar los dineros públicos, ya que la oferta pública puede resultar menos costosa. En consecuencia debe estar ceñida al interés general, es decir que debe responder a los imperativos de la economía, de la rentabilidad.

En realidad esta excepción a la competencia, se presenta solo cuando las prestaciones suministradas se realizan al interior de la persona moral; y no como ocurre en este caso, que atenta contra la libertad económica, cuando una persona pública se dirige a otra persona pública o privada mediante una disposición administrativa, pretendiendo desvirtuar el alcance de lo que debe entenderse por red oficial, quebrantando de esta manera el artículo 333 de nuestra Constitución Política, pues tal precepto parte del supuesto de que la competencia económica es un derecho de toda persona natural o jurídica a competir en IGUALDAD DE CONDICIONES.

El Estado antes de la vigencia de la Constitución de 1991 ejercía el monopolio estatal en la prestación del servicio de correos y, por lo tanto, era posible para ese entonces que el Ministerio de Comunicaciones, pudiera disponer discrecionalmente de la red oficial y del servicio de mensajería especializada, modalidades del género común de servicios postales, como en efecto lo hizo, durante varios años donde el servicio se prestó por ADPOSTAL y AVIANCA entre 1919 y 1999.

La situación no es la misma a partir de la Constitución de 1991, donde el artículo 333 de la Carta Política, consagra el principio de la libertad económica y de la libre competencia como un derecho de todos, y las empresas industriales y comerciales del Estado no se encuentran excluidas de su aplicación. Así, ADPOSTAL que mediante Decreto 2124 de 1994 fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado para regirse por el derecho privado dentro de un régimen de competencia económica, mal podría prevalerse de ventajas que tenía bajo las condiciones anteriores a la Constitución de 1991, en detrimento de otras empresas que quieran acceder a una concesión del servicio de correo o a una licencia de una mensajería especializada.

No obstante lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con fecha agosto 9 de 2001, que se encuentra a folio 7 del cuaderno principal, concluyó, a mi juicio en forma equivocada, a partir del artículo 7 del Decreto 2247 de 1993, aprobatorio de los Estatutos de Adpostal, lo siguiente:

“... Del texto transcrito se desprende en forma expresa y evidente que el transporte de correo debe efectuarse ‘a través de la red oficial’ la cual solo es prestada por ADPOSTAL, circunstancia que despeja cualquier duda acerca de la obligación de la entidades públicas nacionales allí mencionadas, de contratar el servicio de mensajería especializada con esa entidad. Así el mandato es perentorio al imponer el deber de transportar su correo nacional e internacional-sin distinción de modalidad- a través de la red oficial de correos que, se repite, solo es prestada por ADPOSTAL...”

El alcance que le concede la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es errado y no tiene en cuenta la disposición constitucional arriba mencionada, que impide la existencia de monopolios diferentes a los fiscales. El

principio de la libre competencia se impone y debe respetarse tanto por el legislador como por la Administración. Es más, el análisis del artículo 37 de la ley 80 de 1993 que distingue entre mensajería especializada y correos como especies del género común de servicios postales, debe interpretarse en forma sistémica, ya que no sustrae de la aplicación de las normas de competencia ni a la una ni a la otra. Lo que dicha disposición establece es cual régimen contractual era el aplicable a una y otra actividad, así: mientras para el servicio de correo se requiere participar en un proceso de selección objetiva para acceder a un contrato de concesión, en la mensajería especializada, la posibilidad de operar se da a través de una licencia.

En otras palabras, ninguna especie de los servicios postales a partir de la Constitución de 1991, se encuentra excluida de la aplicación del derecho de la competencia. El Estado y el Ministerio de Comunicaciones pueden reglamentar y vigilar el sector, combatir la gran ilegalidad existente en el mismo, en particular, tratándose de empresas de mensajería especializada, pero no pueden otorgar prerrogativas ajenas a un régimen constitucional y legal de competencia, que le exige neutralidad en la selección de los operadores.

Mal podía entonces el Ministerio de Comunicaciones, como autoridad administrativa, a sabiendas de que no existían diferentes concesionarios del servicio de correo, es decir que la “red oficial de correos” estaba integrada por una sola empresa sometida a la competencia y adscrita al mismo, otorgarle una ventaja competitiva, en detrimento de los demás operadores legales del mercado.

Es diferente que ADPOSTAL o la filial creada como sociedad anónima de carácter público a partir del Decreto 4310 del 25 de noviembre de 2005 puedan competir en igualdad de condiciones y participen en franca lid en un proceso de selección objetiva para acceder a un contrato de concesión, y otra muy distinta que

ADPOSTAL, prevalida de ser adscrita al Ministerio de Comunicaciones, integrada en su Junta Directiva solo por representantes del Gobierno nacional, pueda obtener por esta razón, el privilegio de prestar el servicio en forma exclusiva y excluyente, lo que además de distorsionar las condiciones de la competencia, puede traducirse en que muchas entidades del orden nacional, se vean obligadas en detrimento de una buena prestación de su propio servicio, a utilizar operadores que no resulten lo suficientemente eficientes, en perjuicio del interés general, como es el caso de la Administración de Justicia, que debería estar en posibilidad de escoger la mejor oferta en el mercado de los servicios postales para el desarrollo del principio de eficacia, y no verse constreñida como ocurre en la actualidad a utilizar los servicios de una sola empresa, que repetimos, está sometida al derecho de la competencia y, en consecuencia, no puede prevalerse de los privilegios que se le otorgaban en virtud de su naturaleza pública antes de la Constitución Política de 1991.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Consejero

CONSTANCIA DE RELATORIA.- Noviembre 2 de 2007: Se deja constancia que hasta la fecha no se ha recibido el salvamento de voto anunciado por el doctor Camilo Arciniegas Andrade.