

SERVICIOS PÚBLICOS / TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES – Regulación / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto de acto por medio del cual se reglamentan las condiciones para ser operador postal / OPERADOR POSTAL – Requisitos / PRUEBA DE EXISTENCIA DE SOCIEDAD / PERSONA JURÍDICA – Su existencia se acredita con la certificación que para el efecto expida la respectiva Cámara de Comercio / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada al no advertirse contradicción con el ordenamiento superior

Para el actor, el hecho consistente en que el reglamento señale que para cumplir el requisito previsto en el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369 se debe adjuntar el respectivo certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, constituye una restricción, en su concepto ilegal, a la naturaleza de las personas jurídicas que pueden tener la calidad de operadores postales, pues solo podrán serlo aquellas que puedan acreditar su existencia y representación a través de certificados expedidos por las cámaras de comercio, esto es, las personas jurídicas de naturaleza privada de carácter comercial, lo cual es contrario a lo dispuesto en dicha norma legal que no distingue ni condiciona la naturaleza de las personas jurídicas que pueden ser operadores de los servicios postales. [L]o que usualmente ocurre con las personas jurídicas, ya sea que tengan naturaleza pública o privada, comercial o sin ánimo de lucro, nacional o extranjera, es que su existencia y representación legal se acredita con la certificación que para el efecto expide la respectiva cámara de comercio, razón por la que no se puede atribuir a la norma la intención de restringir la posibilidad a ciertas personas jurídicas de convertirse en operadores de servicios postales, como lo asevera la parte demandante. Es así como algunas de las personas jurídicas mencionadas por el actor, como las cooperativas, fundaciones, personas jurídicas de naturaleza pública o mixta, acreditan su existencia y representación legal con la respectiva certificación expedida por la cámara de comercio. Conforme lo esbozado, entonces, prima facie la disposición acusada no puede ser interpretada en la forma expuesta por el actor. Por el contrario, una interpretación ajustada a la Ley 1369 de 2009, impone considerar que cuando el literal a) del Decreto 4436 de 2011 indica que para acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto principal sea la prestación de servicios postales, debe adjuntarse el respectivo certificado de existencia y representación legal de la cámara de comercio, está haciendo referencia única y exclusivamente a aquellas personas jurídicas que, conforme el ordenamiento jurídico, acreditan dichos hechos en esa forma, situación que es la que usualmente ocurre en la realidad, conforme se evidenció. Lo anterior sin perjuicio de que otras normas establezcan una forma diferente de acreditar la existencia y representación legal, pues estas no fueron comprendidas en la disposición enjuiciada. Es así como ocurre en el caso de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, las cuales, en virtud del artículo 11.2.1.4.57 del Decreto 2555 de julio 15 de 2010, acreditan su existencia y representación legal por certificación expedida por esa misma entidad, no constatándose, en consecuencia, que la norma demandada haya violado el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369, pues no tiene por objeto ni efecto la restricción denunciada por el actor, razón por la que, igualmente, no hay violación del artículo 365 de la Carta Política.

COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Para fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red / FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS

DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Para determinar las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Exceso

El actor considera que el aparte demandado viola el literal c) del artículo 4° de la Ley 1369. [...] cuando el reglamento dispone que sea el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el que fije las características de la estructura operativa, le está confiriendo a esa cartera unas facultades que no le fueron concedidas al Gobierno Nacional y que no pueden ser otorgadas a esa cartera por vía reglamentaria, puesto que lo previsto por la Ley 1369, es que la función a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es verificar las condiciones operativas, pero nunca fijar dichas condiciones ni determinar sus características. [...] En relación con los argumentos expuestos por el actor, el Despacho debe señalar que el literal c) del artículo 4° de la Ley 1369 prevé como uno de los requisitos para ser operador postal, el de «[...] Definir las características del servicio a prestar en cuanto al ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad; tipo de servicio a prestar; y estructura operativa, que permita asegurar la idoneidad y capacidad para prestar el servicio [...]». Agrega la norma que las condiciones operativas, definidas por la persona jurídica que aspira a convertirse en operador postal, deben ser verificadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El literal c) del artículo 3° del Decreto 867 de 2010, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, señala igualmente que para que una persona jurídica obtenga la habilitación para ser operador postal, se requiere el cumplimiento de, entre otros requisitos, el de establecer el «[...] Tipo de servicio a prestar, ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad y estructura operativa, la cual supone una descripción de la red física y de transporte necesaria para la prestación del servicio postal [...]», lo cual, en líneas generales, coincide con lo previsto en la Ley 1369. Agrega la norma que las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales serán fijadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, lo cual desconoce la norma reglamentada en la medida en que la facultad que le dio la Ley 1369 a dicha cartera, fue la de verificar, más no, la de fijar, asistiéndole la razón al actor en sus argumentos. [...] cabe mencionar que la potestad que se le otorga al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el artículo 4° de la Ley 1369, es la de fijar requisitos adicionales a los establecidos en ese artículo 4°, únicamente en lo que tiene que ver con el patrimonio y las características de la red.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Para fijar la política general de los servicios postales / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – No cubija la posibilidad de establecer características de un producto o de los procesos y métodos de producción relacionados / REGLAMENTO TÉCNICO – Concepto / FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Para fijar características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales / POTESTAD REGLAMENTARIA – Exceso / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Procede frente al aparte: Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, del literal c) del artículo 3 del Decreto 867 de 2010

[E]n relación con la facultad que se le entregó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de fijar la política general de los servicios postales (Artículo 18, L. 1369), la misma resulta diferente de las atribuciones que le fueron entregadas en relación con los requisitos para la habilitación de operadores postales consistentes, de una parte, la verificación de las condiciones operativas (literal c) y parágrafo 1°, artículo 4, L 1369), y de otra, la facultad reglamentaria se circunscribe a fijar requisitos adicionales a los establecidos en ese artículo 4°, en cuanto al patrimonio y a las características de la red. [...] Como puede observarse, son diferentes, de un lado, la posibilidad de establecer las características de un producto o de los procesos y métodos de producción relacionados con esas características mediante un reglamento técnico, y otra la posibilidad de regular las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales. Dicha potestad reglamentaria, no está cobijada, entonces, por el numeral 6° del artículo 18 de la Ley 1369 pues, se reitera, nada tiene que ver la fijación de las características de un producto o de los procesos y métodos relacionados con esas características con la posibilidad de regular la estructura operativa de los operadores postales. Este despacho estima, en este análisis inicial de la controversia, que resulta procedente la suspensión de los efectos del aparte «[...] Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...]» del literal c) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – Para establecer procedimientos administrativos / COMPETENCIA PARA ESTABLECER PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS – Es del legislador / FALTA DE COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Para fijar un plazo o término distinto al previsto en el procedimiento administrativo, para decidir las peticiones de habilitación para la prestación de servicios postales / TÉRMINO PARA RESOLVER LAS PETICIONES – Es el previsto en el Código Contencioso Administrativo / POTESTAD REGLAMENTARIA – Exceso / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede frente al aparte: cuatro (4) meses, del literal d) del artículo 3° del Decreto 867 de 2010

El actor considera que el plazo establecido en la disposición demandada del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011 es contrario a los artículos 6 del CCA y del 14 del CPACA, por cuanto las actuaciones, trámites y términos que debe aplicar el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para resolver las peticiones en interés particular, son los regulados en el antiguo CCA [...], no pudiéndose fijar, vía reglamentaria, excepciones a esas normas. [...] este despacho estima, en un estudio preliminar de la controversia, que la norma enjuiciada establece unos términos especiales para surtir un procedimiento administrativo, sin tener competencia para ello y, en ese contexto, resulta claro que el plazo para decidir sobre la solicitud de habilitación para la prestación de servicios postales de pago, debió ser el establecido en el Código Contencioso Administrativo, razón por la cual resulta clara la contradicción entre la disposición enjuiciada y el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, razón por la que resulta procedente la suspensión provisional del aparte «[...] cuatro (4) meses [...]» del literal d) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Secciones Primera, Tercera y Cuarta, de 15 de diciembre de 2017, Radicación 11001-03-24-000-2015-00163-00, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; 27 de agosto de 2015,

Radicación 11001-03-24-000-2015-00194-00, 3 de abril de 2014, Radicación 11001-03-24-000-2011-00256-00, C.P. María Elizabeth García González; 9 de febrero de 2012, Radicación 11001-03-24-000-2005-00195-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso; 7 de abril de 2014, Radicación 11001-03-24-000-2012-00373-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala; 13 de mayo de 2015, Radicación 11001-03-26-000-2015-00022-00; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 21 de junio de 2018, Radicación 11001-03-26-000-2016-00144-00, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 30 de junio de 2016, Radicación 11001-03-27-000-2015-00066-00; 29 de enero de 2014, Radicación 11001-03-27-000-2013-00014-00, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; Corte Constitucional, sentencia C-834 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; sentencia C-839 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 91 NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1369 DE 2009 – ARTÍCULO 4 LITERAL A / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 110 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 111 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 486 / LEY 1285 DE 2008 – ARTÍCULO 5 / DECRETO 2150 DE 1995 – ARTÍCULO 143 / DECRETO 2150 DE 1995 – ARTÍCULO 144 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 38 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 97 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 6

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4436 DE 2011 (25 de noviembre) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 1 PARCIAL (Suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00370-00

Actor: LUÍS GUILLERMO QUIÑONES BENAVIDES

Demandado: GOBIERNO NACIONAL – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Referencia: Nulidad

Referencia: Se decide la solicitud de suspensión provisional del Decreto 4436 de 2011, mediante el cual se modifica el Decreto 867 de 2010, expedido por el Gobierno Nacional

El despacho decide la solicitud de suspensión provisional de los efectos de unas disposiciones del Decreto 4436 de noviembre 25 de 2011, *«[...] Por el cual se modifica el Decreto 867 de 2010 [...]»*, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- Antecedentes

I.1.- La demanda

El ciudadano Luís Guillermo Quiñones Benavides, actuando en nombre propio, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del CPACA, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de ciertos apartes de los literal a) y c), del inciso 6° y del inciso final del artículo 1° del Decreto 4436 de noviembre 25 de 2011, *«[...] Por el cual se modifica el Decreto 867 de 2010 [...]»*, expedido por el Gobierno Nacional.

I.2.- La solicitud de suspensión provisional presentada por el señor Luís Guillermo Quiñones Benavides

I.2.1.- El citado ciudadano, en escrito separado, solicitó al despacho que se decrete la suspensión provisional de los efectos de las siguientes disposiciones del Decreto 4436 de 2011:

I.2.1.1.- Del aparte *«[...] de la Cámara de Comercio [...]»* del literal a) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, *«[...] Por el cual se reglamenta las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales [...]»*, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

I.2.1.2.- Del aparte *«[...] Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...]»* del literal c) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, *«[...] Por el cual se reglamenta las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales [...]»*, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

I.2.1.3.- Del aparte *«[...] cuatro (4) meses [...]»* del literal d) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, *«[...] Por el cual se*

reglamenta las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales [...]», en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

I.2.2.- Los motivos por los cuales el actor considera que resulta procedente que se decrete la medida cautelar, pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

«[...] IV. NORMAS QUEBRANTADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN [...] 4.1. Nulidad parcial del literal a) del artículo 1° del Decreto Reglamentario 4436 de 2011 [...] Basta comparar la norma reglamentaria con el precepto estatuido por el legislador previsto en el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369 para concluir que el reglamento lo que busca es desnaturalizar el alcance del precepto legal [...] En efecto, la norma legal dispone que para ser operador postal se debe “a) Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto social principal sea la prestación de servicios postales” sin exigir condición adicional sobre la naturaleza de las personas para satisfacer dicho requerimiento [...] Por el contrario, el reglamento además de repetir innecesariamente en su primera parte la norma legal a punto seguido agrega que para ello se debe adjuntar el respectivo certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, con lo cual restringe de manera ilegal la naturaleza de las personas jurídica que pueden tener la calidad de operadoras postales, pues limita esa posibilidad únicamente aquellas personas que puedan demostrar su existencia y representación a través de certificados expedidos por la Cámaras de Comercio [...] La norma legal, con apego a la Carta Política, no distingue ni condiciona la naturaleza de las personas jurídicas que pueden ser operadores de los servicios públicos postales. A la luz de lo dispuesto en la norma legal, nada impide que tanto personas jurídicas de naturaleza pública, como entidades u organismos estatales, entidades financieras, cooperativas, fundaciones, así como también personas jurídicas de naturaleza privada o mixta puedan ser reconocidas como operadores postales, siempre que su objeto así lo permita [...] Mientras el legislador permite que cualquier persona jurídica, nacional o extranjera, bien sea de naturaleza pública o privada, siempre que esté debidamente establecida en Colombia, pueda tener la calidad de operador del servicio público postal, el reglamento restringe dicha posibilidad, de manera irregular y contraria a derecho, básicamente a las personas jurídicas de naturaleza privada de carácter comercial, quienes son las que acreditan su existencia y representación mediante certificaciones expedidos por las cámaras de comercio [...] Nótese que ningún otro sentido e interpretación puede darse a la norma reglamentaria, pues el artículo 4° letra a) de la ley 1369 ya señalaba que el requisito ahí dispuesto por el legislador debía acreditarse, de manera que ningún reglamento adicional en estricto sentido se requería sobre este requisito legal. La forma cómo acreditar la existencia y representación legal de las personas jurídicas correctamente no fue establecida en la norma legal, puesto que el legislador entendió que ello dependería de la naturaleza jurídica que tuviera la persona jurídica interesada en ser operador postal, quien podría demostrarlo según la forma cómo lo prescribe en cada caso la ley que regule la naturaleza de cada

personas jurídica [...] Esto demuestra que el objetivo del reglamento sí es introducir una regla diferente a la dispuesta por el legislador, a fin de restringir su alcance y permitir que únicamente ciertas y determinadas personas puedan satisfacer el requisito para ser operador del servicio público postal [...] Al ser principalmente las sociedades comerciales de naturaleza privada las que demuestran su existencia y representación legal mediante certificados expedidos por las cámaras de comercio, el cumplimiento del requisito para ser operador postal queda circunscrito fundamentalmente a ese tipo de personas jurídicas, pues los certificados de cámara de comercio no son los instrumentos idóneos y no aplican jamás a entidades u organismos públicos del orden nacional o territorial, a las entidades financieras y cooperativas, entre otras, a quienes la ley postal no les impidió inscribirse y habilitarse como operadores postales, pero sí lo hace el reglamento [...] El reglamento expedido por el Gobierno imposibilita no solo a las personas jurídicas de derechos público o de naturaleza pública para ser operadores postales, también lo hace a las entidades financieras, a las cooperativas, a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, entre otras, por cuanto ellas nunca podrán acreditar el cumplimiento del requisito señalado en el literal a) del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, toda vez que no podrán demostrar o acreditar su existencia y representación legal a través de certificados de las cámaras de comercio [...] Restringir a un conjunto de personas jurídicas como las mencionadas la posibilidad de ser operadores postales, no solo vulnera de manera directa la Ley 1369 de 2009, sino que también contraviene normas de carácter constitucional, por cuanto las limitaciones a los derechos de las personas no pueden provenir de normas reglamentarias sino de disposiciones legales expedidas por el Congreso de la República [...] En particular el precepto acusado vulnera también de manera directa el artículo 365 de la Carta Política que reconoce que los servicios públicos, entre los cuales están incluidos los servicios postales, pueden ser prestados por el Estado, por los particulares o por comunidades organizadas.

4.2. Nulidad parcial del literal c) del artículo del artículo 1° (sic) del Decreto Reglamentario 4436 de 2011 [...] Nuevamente, basta una simple comparación entre las normas prescritas en el artículo 4°, letra c) y en su parágrafo 1° de la Ley 1369 con el reglamento para advertir la extralimitación de la potestad reglamentaria [...] Como es obvio, la norma legal deja en cabeza del interesado en ser operador postal definir las características del servicio en cuanto a su ámbito geográfico, al tipo de servicio postal que desea prestar y a su estructura operativa. Ninguno de dichos elementos corresponde a la luz de la ley ser fijado por el Estado y, mucho menos, por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...] Uno de los objetivos de la Ley 1369 de 2009 es introducir competencia en los servicios postales tal como prescriben su artículos 1° y 2°, numeral 5, de manera que para ello no puede partirse del supuesto que los interesados en concurrir al sector postal le sea impuesto por el Ministerio el tipo de servicio a ser prestado, ni su ámbito de cobertura y mucho menos las características de su estructura operativa, que corresponden a decisiones que corresponden a la estricta voluntad del interesado [...] Luego, cuando el reglamento dispone que sea el Ministerio el que fije las características de la estructura operativa, simplemente le está confiriendo a ese Organismo facultades que el legislador jamás dispuso que estuvieran a

cargo del Estado, que tampoco la ley le reconoce al Gobierno Nacional y, que por vía reglamentaria menos pueden ser conferidas a ese Ministerio [...] Como lo señala el aparte final de la norma legal, la función a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es verificar las condiciones operativas, pero nunca fijar dichas condiciones ni determinar sus características [...] En segundo lugar, para confirmar este entendimiento cabe citar el parágrafo 1° del mismo artículo 4° de la Ley 1369 que sobre este particular advierte (se cita) [...] A la luz de lo prescrito en dicho parágrafo resulta claro que la fijación de las características de la estructura operativa no es una función a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como lo señala el reglamento, sino que se trata de una simple verificación a posteriori de la habilitación sobre el plan detallado de las especificaciones técnicas de la red postal que prepara, diseña y presenta el interesado, como requisito para la obtención de la habilitación del servicio [...] El parágrafo reitera que la función a cargo del Ministerio es verificar el cumplimiento del requisito, esto es, del plan presentado, una vez vencido el plazo de tres meses siguientes al otorgamiento de la habilitación, dispuesto por el propio legislador [...] Esto pone de presente que la verificación ministerial del plan, que es el alcance que el propio legislador le da al requisito señalado en la letra c) del artículo 4°, no es anterior a la habilitación, ni el Ministerio está investido de potestades legales para fijar previamente a la habilitación las características de dichos planes [...] La norma reglamentaria lo que pretende en últimas es crear una barrera de entrada a la habilitación de los servicios postales, que determina e impone en cuanto a su contenido discrecionalmente el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, absolutamente contraria al procedimiento y los sencillos requisitos dispuestos en la ley para poder generar competencia en el sector postal.

4.3 Nulidad parcial del inciso sexto del artículo 1° del Decreto Reglamentario 4436 de 2011 [...] Como se observa, el plazo establecido en la norma reglamentaria para atender las solicitudes de habilitación para los servicios postales de pago es simple y llanamente contraria al previsto tanto en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que era la norma en vigor cuando se expidió el Reglamento y que disponía un término máximo de quince (15) días para resolver las peticiones [...] Pero además el plazo de cuatro meses señalado en el Reglamento también quebranta el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma ahora en vigor, que mantiene el plazo de quince (15) días hábiles para resolver las peticiones que se presenten por los administrados, de manera que en el mejor de los casos existe una ilegalidad sobreviniente en la norma reglamentaria [...] Es el Código Administrativo y lo fue anteriormente el Contencioso Administrativo, la norma que gobierna las actuaciones, trámites y términos que debe aplicar el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para resolver las peticiones en interés particular, de manera que por vía reglamentaria no se puede establecer excepciones a dichas reglas legales [...] Pero además, el precepto en mención es también contrario al principio de igualdad y no discriminación, consagrado en desde el artículo 2, 6, 13, 16 y 209 de la Constitución Política y desarrollado, tanto en el artículo 3° del anterior Código Contencioso Administrativo, como en el artículo 3° del actual Código

Administrativo y también en el artículo 2°, numeral 5 de la Ley 1369 de 2009 [...] A la luz de lo establecido en el artículo 4° de la Ley 1369 “*El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red*”. El legislador en modo alguno faculta a dicho Organismo para fijar requisitos adicionales operativos, los cuales hacen alusión al funcionamiento de la empresa concesionaria. Las potestades que tiene el Ministerio son únicamente para fijar requisitos adicionales sobre el patrimonio y las características de la red [...] Y en cuanto hace a los servicios postales de pago, el parágrafo 2° del mismo artículo 4° señala que el Ministerio reglamentará los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, que deben acreditarse para la obtención de la habilitación, dentro de lo cual tampoco está comprendida la fijación de requisitos operativos.

4.4. Cargo común: Quebrantamiento del artículo 189 numeral 11 y 365 de la Carta Política [...] Todos los apartes demandados vulneran la Carta Política por cuanto constituyen en sí mismos, una extralimitación de la facultad reglamentaria por cuanto modifican y varían el alcance del régimen jurídico establecido en la Ley 1369 para los servicios postales. El gobierno al ejercer su facultad reglamentaria no podía desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley [...] La Potestad Reglamentar[i]a del Presidente de la República busca garantizar el cumplimiento efectivo de las leyes y deriva directamente del texto constitucional. Como resulta evidente, con la expedición de los apartes demandados del Decreto Reglamentario 4436 de 2011, no se respeta el marco legal señalado en las disposiciones del artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, por lo cual se quebranta el principio de la jerarquía normativa y de legalidad [...] De otra parte, el artículo 365 de la Constitución Política ordena que el régimen jurídico de los servicios públicos sea aquel que dispone la ley, de manera que por vía reglamentaria no es admisible la definición de normas que sean contrarias a las previsiones señaladas por el legislador [...] No sobra advertir que los servicios postales son servicios públicos, tal como lo reconoce expresamente el artículo 1° de la Ley 1369 de 2009, de manera que respecto del mismo se aplican los principios constitucionales establecidos en el artículo 365 de la Carta Política [...] Así las cosas, al confrontar la disposición legal con la norma reglamentaria se puede observar que ésta desborda el contenido de la ley y, por ende, es indiscutible la infracción evidente de la norma superior [...] El Congreso de la República, es decir a la Rama Legislativa del poder público, en el desarrollo y estudio de la ley 1369 de 2009, definió el marco jurídico de los servicios postales – Operadores Postales de Pago -, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 150 numeral 23 de la Constitución y en concordancia con los artículos 2 y 334. Todos los servicios postales – incluidos los de pago – en su condición de servicios públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 365 de la Carta Política, los cuales están sujetos al régimen jurídico que fije la Ley [...] La intervención del Estado en todos los renglones de la economía, incluidos pero muy especialmente en los servicios públicos, es una potestad expresamente conferida por la Carta Política al Estado en los términos del artículo 334 de la Constitución, de manera que corresponde al legislador determinar el alcance y objetivos que habrá de tener la intervención estatal. Es decir, que quien tiene el

deber constitucional para fijar las condiciones operativas de los operadores postales es el legislador y no el Presidente de la República como equivocadamente está señalado en el Decreto 4436 de 2011, donde se le otorga facultad reglamentaria al Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones para fijar requisitos operativos [...] Es más, con arreglo al artículo 84 de la Carta Política, el legislador estableció los requisitos para los operadores postales en los literales a), b), c) y d) del artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, partiendo que dicha actividad está calificada como servicio público, de la misma manera, que so pretexto de su reglamentación no es dable modificar el alcance y contenido de la norma legal [...]».

I.3.- La réplica del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

I.3.1.- El despacho ordenó correr traslado a la parte demandada de la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora, para que en el término de cinco (5) días se pronunciara sobre ella, de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA)¹.

I.3.2.- Efectuada la notificación a las partes de esta decisión², el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se refirió a la solicitud de la siguiente forma³:

«[...] II. IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL [...] Con relación a los cargos descritos en el punto anterior, me permito señalar su improcedencia en los siguientes términos: [...] 1.- Certificado de Existencia y Representación de la Cámara de Comercio. El solicitante interpreta exegéticamente la norma reglamentaria. Lo cierto es que las Cámaras de Comercio certifican la existencia y representación legal de las personas jurídicas comerciales y civiles [...] El Código de Comercio, en su artículo 117, dice: (se cita) [...] El Decreto Ley 2150 de 1995, artículo 43, y las disposiciones que lo modifican, atribuye a las Cámaras de Comercio, la certificación de la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho privado, en particular de aquellas que no tienen ánimo de lucro [...] En consecuencia, no se trata propiamente de una extralimitación a lo previsto en la Ley 1369 de 2004, artículo 4, literal a), sino de señalar la situación más frecuente, sin perjuicio de otras certificaciones en casos especiales.

2.- Estructura Operativa fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...] El solicitante cita fuera de contexto el parágrafo 1° del artículo 4° de la Ley 1369, cuando la misma

¹ Folio 14, Cuaderno Medidas Cautelares.

² Folios 14-17, Cuaderno de Medidas Cautelares.

³ Folios 18-20, Cuaderno de Medidas Cautelares.

disposición, en sus apartes pertinentes, dispone: (se cita) [...] El Ministerio podrá “fijar” requisitos a los operadores postales, en relación con el patrimonio y las características de la red, aspectos que están comprendidos en el literal c) del mismo artículo, y por tanto hacen parte de la estructura operativa [...] De otra parte, la misma Ley 1369, artículo 18, atribuye al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, fijar la política general de los servicios postales, y específicamente, en el numeral 6, expedir los reglamentos técnicos [...] En consecuencia, no se trata de una extralimitación ni vulneración de la disposición legal, sino de la compresión (sic) de la facultad reglamentaria que en forma expresa permite al Ministerio “fijar” requisitos adicionales.

3.- Término de 4 meses para pronunciarse [...] En armonía con los artículo 334 y 365 de la Constitución Política, la Ley 1369, artículo 2°, autoriza al Estado para “intervenir” en los servicios postales, entre otras, para asegurar la prestación eficiente del servicio. En virtud de dicha “intervención” el Gobierno Nacional puede establecer plazos y términos especiales, en los cuales la autoridad verifica el cumplimiento de los requisitos legales, reglamentarios y técnicos en que se prestará el servicio. [...] En consecuencia, establecer un término de cuatro meses, para verificar los requisitos de habilitación de un servicio público, en virtud de la intervención estatal autorizada por la Ley 1369, no desconoce ni vulnera las disposiciones generales del derecho de petición de que trata la Ley 1437 de 2011, ni el anterior Código Contencioso Administrativo [...]».

II. Consideraciones del Despacho

II.1.- El acto administrativo demandado

Las disposiciones acusadas (subrayadas y resaltadas) pertenecen al artículo 1° del Decreto 4436 de noviembre 25 de 2011, «[...] *Por el cual se modifica el Decreto 867 de 2010* [...]», cuyo contenido es el siguiente:

«[...] **Artículo 1°.** Modifíquese el artículo 3° del Decreto 867 de 2010, el cual quedará así:

"Artículo 3°. Procedimiento para obtener la habilitación. La persona jurídica interesada deberá presentar por escrito la solicitud de habilitación ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, a saber:

a) Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto principal sea la prestación de servicios postales. Para estos fines deberá adjuntarse el respectivo certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio;

b) Demostrar un capital social mínimo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante los estados financieros de la sociedad debidamente certificados;

c) Tipo de servicio a prestar, ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad y estructura operativa, la cual supone una descripción de la red física y de transporte necesaria para la prestación del servicio postal. Los operadores que soliciten por primera vez su habilitación como operadores postales, deberán presentar un plan detallado sobre la estructura operativa de la red postal el cual debe contemplar el cubrimiento nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a recibir la respectiva habilitación. **Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones;**

d) Cancelar la contraprestación derivada de su habilitación, en los términos que establezca el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La solicitud de habilitación debe establecer el ámbito geográfico en que se prestará el servicio postal, esto es:

1. Nacional.
2. Nacional e Internacional.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contará con un plazo de **cuatro (4) meses** para pronunciarse sobre la solicitud de habilitación para la prestación de servicios postales de pago, siempre que esta se haya presentado con el lleno de los requisitos mencionados. Este plazo será de veinte (20) días hábiles en relación con las solicitudes de habilitación para prestar el servicio de mensajería expresa.

En el evento que la solicitud se presente de manera incompleta, el Ministerio informará al interesado para que allegue los documentos o la información faltante, para lo cual se aplicarán las disposiciones legales pertinentes previstas en el Código Contencioso Administrativo o en las normas que las adicionen o modifiquen.

La solicitud de habilitación será resuelta por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante resolución, contra la que procederán los recursos de la vía gubernativa.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones resolverá negativamente la solicitud de habilitación, cuando no se cumplan los requisitos establecidos para tal efecto.

Los operadores postales que obtengan habilitación para prestar servicios postales de pago deberán cancelar cien (100) salarios mínimos legales mensuales por la habilitación y el registro adicional, como lo señala el inciso tercero del artículo 14 de la Ley 1369 de 2009.

Una vez se efectúe el pago de la contraprestación de que trata el literal d) de este artículo, el operador habilitado deberá inscribirse en el

Registro de Operadores Postales, con lo cual quedará facultado para iniciar operaciones.

Las condiciones y requisitos establecidos para la habilitación deben ser cumplidas de forma permanente por los operadores.

El Ministerio fijará las condiciones con las que se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos operativos y patrimoniales [...]».

II.2.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo

II.2.1.- Sobre la finalidad⁴ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]”⁵

II.2.2.- En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso-administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo «*por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*»⁶.

II.2.3.- En este punto cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para **«proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»**.

⁴ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

⁶ Constitución Política, artículo 238.

II.2.4.- En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

II.2.5.- En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁷

II.2.6.- Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

II.2.7.- En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que «*podrá decretar las que considere necesarias*»⁸. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar «*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*» (Resaltado fuera del texto).

II.2.8.- Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015

⁷ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

⁸ Artículo 229 del CPACA.

(Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

«[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el *fumus boni iuris* y *periculum in mora***. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]»⁹ (Negrillas fuera del texto).

II.2.9.- Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

«[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]»¹⁰ (Negrillas no son del texto).

⁹ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: «[...] *Se ha sostenido en anteriores ocasiones: [...] Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad*» // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a

II.2.10.- Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: *(i) fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *(ii) periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, *(iii)* la ponderación de intereses.

II.3.- La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado

II.3.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo¹¹, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231 y siguientes del CPACA.

II.3.2.- Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a «*evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho*».¹²

cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]».

¹¹ El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «*una o varias de las siguientes*» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «*vulnerante o amenazante*», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

¹² Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

II.3.3.- De otra parte, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la «**manifiesta infracción de la norma invocada**», indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹³.

II.3.4.- Dicho lo anterior, es menester indicar que esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015¹⁴, citado anteriormente, ha señalado que:

«[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]».

II.3.5.- Tal visión ha sido compartida por esta Sección en el auto de 27 de agosto de 2015¹⁵, en el cual subrayó lo siguiente:

¹³ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “*Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.*” (Resaltado es del texto).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

«[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan *Fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar) [...]».

II.3.6.- Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

II.3.7.- Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

«[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]» (Resaltado fuera del texto).

II.3.8.- Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*».¹⁶

¹⁶ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: «[...] *Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad*

II.4.- El caso concreto

El análisis del caso concreto por parte de este despacho seguirá, para el efecto, el orden empleado por la parte demandante, así:

II.4.1.- La nulidad parcial del literal a) del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

II.4.1.1.- El actor considera que el aparte demandado viola el artículo 365 de la Carta Política y el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369 de diciembre 30 de 2009¹⁷. Las normas supuestamente trasgresoras y trasgredidas se confrontan en la siguiente forma:

Artículo 365 de la Carta Política

«[...] **ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si

Literales a) del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

«[...] **Artículo 1°.** Modifíquese el artículo 3° del Decreto 867 de 2010, el cual quedará así:

"Artículo 3°. Procedimiento para obtener la habilitación. La persona jurídica interesada deberá presentar por escrito la solicitud de habilitación ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, a saber:

*producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que '[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento'. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces 'la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa** []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia [...]*». (Negrillas fuera del texto).

¹⁷ «[...] Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones [...]

por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita [...]».

a) Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto principal sea la prestación de servicios postales. Para estos fines deberá adjuntarse el respectivo certificado de existencia y representación legal **de la Cámara de Comercio** [...]».

Artículo 4° de la Ley 1369 de 2009

«[...] Artículo 4°. *Requisitos para ser operador postal.* Para ser operador postal se requiere estar habilitado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y estar inscrito en el registro de operadores postales. La habilitación por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y se otorgará previamente al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto social principal sea la prestación de servicios postales [...]».

Literal a) del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

«[...] Artículo 1°. Modifíquese el artículo 3° del Decreto 867 de 2010, el cual quedará así:

"Artículo 3°. Procedimiento para obtener la habilitación. La persona jurídica interesada deberá presentar por escrito la solicitud de habilitación ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, a saber:

a) Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto principal sea la prestación de servicios postales. Para estos fines deberá adjuntarse el respectivo certificado de existencia y representación legal **de la Cámara de Comercio** [...]».

II.4.1.2.- Para el actor, el hecho consistente en que el reglamento señale que para cumplir el requisito previsto en el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369 se debe adjuntar el respectivo certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, constituye una restricción, en su concepto ilegal, a la naturaleza de las personas jurídicas que pueden tener la calidad de operadores postales, pues solo podrán serlo aquellas que puedan acreditar su existencia y representación a través de certificados expedidos por las cámaras de comercio, esto es, las personas jurídicas de naturaleza privada de carácter comercial, lo cual es contrario a lo dispuesto en dicha norma legal que no distingue ni condiciona la naturaleza de las personas jurídicas que pueden ser operadores de los servicios postales.

II.4.1.3.- Señala el accionante que la forma de acreditar la existencia y representación legal no fue establecida en la norma legal puesto que el legislador entendió que ello dependería de la naturaleza jurídica que tuviera la persona jurídica aspirante a ser operador de servicios postales. Así pues, la disposición demandada imposibilita que personas jurídicas naturaleza pública, entidades financieras, cooperativas y entidades jurídicas sin ánimo de lucro puedan ser operadores de esos servicios, restricción que vulnera el artículo 365 de la Carta Política por cuanto las limitaciones a los derechos de las personas no pueden provenir de normas reglamentarias sino de leyes expedidas por el Congreso de la República.

II.4.1.4.- Para efectos de desatar el cargo formulado, nótese como el artículo 4 de la Ley 1369 fijó los requisitos para ser operador postal, señalando que para tener dicha condición se requiere estar habilitado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y estar inscrito en el registro de operadores postales, habilitación que se otorga previo el cumplimiento de los requisitos allí previstos, dentro de los que se encuentra el contenido en el literal a), consistente en acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto social principal sea la prestación de servicios postales, sin indicar la forma en que debía probarse dicha condición.

II.4.1.5.- La norma reglamentaria señaló que para probar que el aspirante a ser operador postal es una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto social principal sea la prestación de servicios postales, debe anexar el certificado de existencia y representación legal expedido por la respectiva Cámara de Comercio, mecanismo que, además de ser idóneo para cumplir el requisito previsto en el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369, es el que usualmente emplean las personas jurídicas para acreditar su existencia y representación legal.

II.4.1.6.- Es así como en relación con las sociedades comerciales, el artículo 110 del Código de Comercio indica que estas se constituyen por escritura pública, la cual debe expresar:

«[...] **ARTÍCULO 110. <REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD>**. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia;

2) La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código;

3) El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;

4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;

5) El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año;

6) La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;

7) La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia;

8) Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse;

9) La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma;

10) La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie;

11) Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores;

12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y

obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados;

13) Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y

14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato [...].».

II.4.1.7.- Por su parte el artículo 111 del Código de Comercio destaca que copia de la escritura pública de constitución de la sociedad:

*«[...] **será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal.** Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal [...].».*

II.4.1.8.- El artículo 117 del Código de Comercio se refiere a la prueba de la existencia de la sociedad comercial, de las cláusulas del contrato y de su representación, indicando que:

*«[...] **La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal**, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió *permiso de funcionamiento* y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta [...] **Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso** [...].».*

II.4.1.9.- La Ley 1258 de diciembre 5 de 2008¹⁸, estableció unas reglas especiales para las sociedades por acciones simplificadas. En el artículo 5° de la precitada ley, se reguló lo concerniente al contenido del documento de constitución de ese tipo de sociedades así:

*«[...] **ARTÍCULO 5o. CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN.** La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en*

¹⁸ «[...] *Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada [...].».*

que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

1o. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas.

2o. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “sociedad por acciones simplificada”; o de las letras S.A.S.;

3o. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.

4o. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.

5o. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.

6o. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse.

7o. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal.

PARÁGRAFO 1o. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.

PARÁGRAFO 2o. Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes [...].».

II.4.1.10.- De acuerdo con el artículo 8° de la mencionada ley, la existencia de la sociedad por acciones simplificada y las cláusulas estatutarias se probarán con «[...] **certificación de la Cámara de Comercio, en donde conste no estar disuelta y liquidada la sociedad** [...]».

II.4.1.11.- En el evento que se trate de las sociedades extranjeras que pretendan emprender negocios en Colombia, el artículo 486 del Código de Comercio regula la prueba de su existencia, en la siguiente forma:

«[...] ARTÍCULO 486.<PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA - CÁMARA DE COMERCIO - SUPERINTENDENCIA>. La existencia de las sociedades domiciliadas en el exterior de que trata este Título y las cláusulas de los estatutos se probarán mediante el certificado de la cámara de comercio. De la misma manera se probará la personería de sus representantes. La

existencia del permiso de funcionamiento se establecerá mediante certificado de la correspondiente Superintendencia [...]»

II.4.1.12.- De otro lado y frente las fundaciones y entidades de naturaleza cooperativa mencionadas por el demandante se tiene que el artículo 40 del Decreto 2150 de diciembre 5 de 1995¹⁹, subraya que las fundaciones (y demás entidades privadas sin ánimo de lucro), para obtener su personería se constituirán por escritura pública o documento privado reconocido en el cual se expresará cuando menos:

«[...] 1. El nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes

2. El nombre.

3. La clase de persona jurídica.

4. El objeto.

5. El patrimonio y la forma de hacer los aportes.

6. La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.

7. La periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias.

8. La duración precisa de la entidad y las causales de disolución.

9. La forma de hacer la liquidación una vez disuelta la Corporación o Fundación.

10. Las facultades y obligaciones del Revisor Fiscal, si es del caso.

11. Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

Las entidades a que se refiere este artículo, formarán una persona distinta de sus miembros o fundadores individualmente considerados, a partir de su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye.

Parágrafo.- Con sujeción a las normas previstas en este capítulo, el Gobierno Nacional reglamentaría la forma y los plazos dentro de los cuales las personas jurídicas de derecho privado actualmente reconocidas se inscribirán en el registro que lleven las cámaras de comercio [...]»

II.4.1.13.- El artículo 43 del citado decreto, menciona frente a la prueba de la existencia y representación legal, lo siguiente:

«[...] Artículo 43º.- Prueba de la existencia y representación legal. **La existencia y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere este capítulo, se probará con certificación expedida por la Cámara de Comercio competente**, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos y condiciones que regulan sus servicios [...]».

¹⁹ «[...] Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública [...]»

II.4.1.14.- El decreto se ocupa, como se indicó, de las entidades de naturaleza cooperativa (entre otras) que de acuerdo con el artículo 143 del Decreto 2150 de diciembre 5 de 1995, son consideradas como entidades sin ánimo de lucro que se constituyen por escritura pública o documento privado, el cual deberá ser suscrito por todos los asociados fundadores y contener constancia acerca de la aprobación de los estatutos de la empresa asociativa. El párrafo de este artículo claramente señala que:

«[...] Parágrafo.- Las entidades de que trata el presente artículo formarán una persona distinta de sus miembros individualmente considerados, cuando se realice su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la empresa asociativa, el fondo de empleados o la asociación mutua [...]».

II.4.1.15.- Ahora bien, el artículo 144 del mencionado decreto prevé que la inscripción en el registro de las entidades previstas en el artículo 143, se someterá al mismo régimen previsto para las demás entidades sin ánimo de lucro, contenido en el Capítulo II del Título 1 de ese mismo decreto. De dicho capítulo y título hace parte el artículo 43 precitado, por lo que también para estas entidades, la existencia y la representación legal se prueba con certificación expedida por la Cámara de Comercio competente.

II.4.1.16.- Tratándose de personas jurídicas de naturaleza pública, cabe indicar que el artículo 38 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998²⁰ previó que la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional está integrada, en el sector descentralizado, por entre otras entidades, las «[...] f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta [...]».

II.4.1.17.- El artículo 97 de la Ley 489, al regular las sociedades de economía mixta, destacó que «[...] son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley [...]», esto es, que le son aplicables las normas atrás citadas de las sociedades comerciales, en particular, el artículo 117 del Código de Comercio que se refiere a la prueba de

²⁰ «[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]».

la existencia de la sociedad comercial, de las cláusulas del contrato y de su representación. Así mismo, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de crear sociedades públicas, señalado en el artículo 94 de la Ley 489 lo siguiente:

«[...] **Artículo 94º.- Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio.** Salvo las reglas siguientes:

1. Filiales de las Empresas Industriales y Comerciales.

Para los efectos de la presente Ley se entiende por empresa filial de una empresa industrial y comercial del Estado aquella en que participe una empresa industrial y comercial del Estado con un porcentaje superior al 51% del capital total.

2. Características jurídicas.

Cuando en el capital de las empresas filiales participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, la empresa filial se organizará como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

3. Creación de filiales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes.

4. Régimen jurídico.

El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria. [...]»

II.4.1.18.- A las sociedades públicas, entonces, también le son aplicables las normas atrás transcritas, entre ellas, el artículo 117 del Código de Comercio. Es menester mencionar que esta forma asociativa fue la elegida por el Estado Colombiano para la prestación de servicios postales, a través de la sociedad

anónima **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, la cual destaca en su página web²¹, la siguiente información:

«[...] SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., es una sociedad pública, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada bajo la forma de sociedad anónima. La sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal. Su organización, funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros es el previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado conforme a lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las cuales de acuerdo con los artículos 85, 86, y 93 de la Ley 489 de 1998, **desarrollan sus actividades conforme a las reglas de derecho privado con las excepciones que consagre específicamente la ley.**

El objeto social de Servicios Postales Nacionales S.A. es:

1.- Servicios Postales, que comprenden la prestación del servicio de correo nacional e internacional, el servicio de mensajería expresa y los servicios postales de pago.

2.- Soluciones logísticas de gestión y mercadeo de redes de comunicación a ser utilizadas en la prestación y complemento de servicios postales.

3.- La prestación de los servicios de transporte de carga nacional e internacional, aérea, terrestre, marítima y multimodal, de toda clase de mercancías, tales como equipos, maquinarias, manufacturas, materias primas o terminadas, productos para artes gráficas, publicaciones, periódicos, revistas, servicio de paquetería local y nacional, bodegaje y manipulación de mercancía, logística, mercadeo, distribución y comercialización de mercancías en general; transporte de todo tipo de bienes muebles, incluyendo carga pesada, larga, ancha en los medios de transporte apropiados para tal fin; transporte de todo tipo de envíos y carga masiva, transporte y movilización de contenedores y en general transporte de todo tipo de carga; diseño y operación de procesos de consolidación de carga y mercancía a nivel nacional e internacional.

4.- Consultoría relacionada con el envío, tránsito, recepción, clasificación o entrega de mercancía, información, y mensajes a propósito o con motivo de la prestación del servicio postal, de correo y de mensajería especializada; gestión y coordinación de redes de encaminamiento postal; diseño y optimización de procesos de encaminamiento de servicios o mercancía; gestión e intermediación de redes físicas o virtuales de comunicación relacionadas con la prestación de los servicios postales; generación de soluciones de embalaje y empaquetamiento de servicios postales.

5.- Correo electrónico certificado por cuenta propia o en alianza con terceros.

²¹ <http://www.4-72.com.co/Naturalezajuridicayobjetosocial>.

6.- Adquisición, comercialización, custodia, distribución y venta de formularios, cartillas, publicaciones e impresos en general.

7.- Emitir en nombre de la Nación y en forma privativa las especies postales, custodiarlas, tutelarlas y comercializarlas.

8.- Actuar como corresponsal no bancario y No Bursátil, así como prestar todos los servicios postales de pago que en virtud de los Tratados Internacionales le correspondan al Operador Postal Nacional o pueda prestar por su cuenta según la legislación nacional, admitir, cursar y pagar giros nacionales e internacionales.

9.- Cobranza y recaudo de dineros o valores generados a propósito de la prestación de servicios postales.

10.- Administración de centros de acopio de correspondencia, mercancía y recaudos de cartera.

11.- Ofrecer y prestar sus servicios a sociedades, entidades o individuos del sector público y privado, comprar, vender o alquilar los bienes necesarios para el desarrollo normal del objeto social; constituir y aceptar prendas o hipotecas, comprar, vender, importar, exportar, adquirir y obtener a cualquier título y utilizar toda clase de bienes y servicios relacionados con su objeto social, girar, adquirir, cobrar, aceptar, cancelar o pagar letras de cambio, cheques, pagares, en general cualesquiera títulos valores o aceptarlos en pago; celebrar contratos de compraventa, permuta, arrendamiento, usufructo, y anticresis sobre inmuebles, celebrar contratos de sociedad con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, ya sea mediante la constitución de otras empresas o la adquisición de acciones o partes de interés, tomar o dar dinero en mutuo, con interés o sin el respecto de las operaciones relacionadas con su objeto social, y dar en garantía sus bienes muebles o inmuebles; presentarse a licitaciones, concursos públicos o privados, en el país o en el exterior, y hacer las ofertas correspondientes, celebrar toda clase de negocios, actos u contratos conducentes a la realización de los fines sociales o que comprometan su objeto principal, solicitar ser admitida en concordato, si a ello hubiere lugar.

12.- Desarrollar todas aquellas actividades u operaciones que de acuerdo con su naturaleza le imponga la ley, los decretos, resoluciones y demás instrucciones o acuerdos administrativos provenientes del nivel nacional.

13.- En desarrollo de su objeto la sociedad podrá realizar todas las actividades conexas y complementarias con el mismo tales como, prestar el servicio de fotocopiado, envío de fax e impresión [...]».

II.4.1.19.- Lo anteriormente expuesto acredita lo afirmado líneas atrás, esto es, que lo que usualmente ocurre con las personas jurídicas, ya sea que tengan naturaleza pública o privada, comercial o sin ánimo de lucro, nacional o extranjera, es que su existencia y representación legal se acredita con la certificación que para el efecto expide la respectiva cámara de comercio, razón por la que no se

puede atribuir a la norma la intención de restringir la posibilidad a ciertas personas jurídicas de convertirse en operadores de servicios postales, como lo asevera la parte demandante. Es así como algunas de las personas jurídicas mencionadas por el actor, como las cooperativas, fundaciones, personas jurídicas de naturaleza pública o mixta, acreditan su existencia y representación legal con la respectiva certificación expedida por la cámara de comercio.

II.4.1.20.- Conforme lo esbozado, entonces, *prima facie* la disposición acusada no puede ser interpretada en la forma expuesta por el actor. Por el contrario, una interpretación ajustada a la Ley 1369 de 2009, impone considerar que cuando el literal a) del Decreto 4436 de 2011 indica que para acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto principal sea la prestación de servicios postales, debe adjuntarse el respectivo certificado de existencia y representación legal de la cámara de comercio, **está haciendo referencia única y exclusivamente a aquellas personas jurídicas que, conforme el ordenamiento jurídico, acreditan dichos hechos en esa forma**, situación que es la que usualmente ocurre en la realidad, conforme se evidenció.

II.4.1.21.- Lo anterior sin perjuicio de que otras normas establezcan una forma diferente de acreditar la existencia y representación legal, pues estas no fueron comprendidas en la disposición enjuiciada. Es así como ocurre en el caso de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, las cuales, en virtud del artículo 11.2.1.4.57 del Decreto 2555 de julio 15 de 2010²², acreditan su existencia y representación legal por certificación expedida por esa misma entidad, no constatándose, en consecuencia, que la norma demandada haya violado el literal a) del artículo 4° de la Ley 1369, pues no tiene por objeto ni efecto la restricción denunciada por el actor, razón por la que, igualmente, no hay violación del artículo 365 de la Carta Política.

II.4.2.- La nulidad parcial del literal c) del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

II.4.2.1.- El actor considera que el aparte demandado viola el literal c) del artículo 4° de la Ley 1369. Las normas presuntamente trasgresoras y trasgredidas se confrontan en la siguiente forma:

²² «[...] por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones [...]»

Artículo 4° de la Ley 1369 de 2009

«[...] Artículo 4°. Requisitos para ser operador postal. Para ser operador postal se requiere estar habilitado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y estar inscrito en el registro de operadores postales. La habilitación por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y se otorgará previamente al cumplimiento de los siguientes requisitos:

[...]

c) Definir las características del servicio a prestar en cuanto al ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad; tipo de servicio a prestar; y estructura operativa, que permita asegurar la idoneidad y capacidad para prestar el servicio. Las condiciones operativas deberán ser verificadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...].».

Literal c) del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

«[...] Artículo 1°. Modifíquese el artículo 3° del Decreto 867 de 2010, el cual quedará así:

"Artículo 3°. Procedimiento para obtener la habilitación. La persona jurídica interesada deberá presentar por escrito la solicitud de habilitación ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, a saber:

[...]

c) Tipo de servicio a prestar, ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad y estructura operativa, la cual supone una descripción de la red física y de transporte necesaria para la prestación del servicio postal. Los operadores que soliciten por primera vez su habilitación como operadores postales, deberán presentar un plan detallado sobre la estructura operativa de la red postal el cual debe contemplar el cubrimiento nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a recibir la respectiva habilitación. **Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...].».**

II.4.2.2.- Estima que la Ley 1369 deja en cabeza del interesado en ser operador postal la definición de, entre otros aspectos, la estructura operativa que implementará para prestar el servicio postal y, en ningún modo, le corresponde su fijación al Estado y, mucho menos, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, máxime cuando uno de los objetivos de la precitada ley es introducir competencia en los servicios postales, no siendo concebible, desde ese punto de vista, que puedan serle impuesta a los interesados en convertirse en operadores postales, las características de su estructura operativa.

II.4.2.3.- Indica que, en esa medida, cuando el reglamento dispone que sea el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el que fije las características de la estructura operativa, le está confiriendo a esa cartera unas facultades que no le fueron concedidas al Gobierno Nacional y que no pueden ser otorgadas a esa cartera por vía reglamentaria, puesto que lo previsto por la Ley 1369, es que la función a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones **es verificar las condiciones operativas, pero nunca fijar dichas condiciones ni determinar sus características.**

II.4.2.4.- Agrega que el párrafo 1° del artículo 4° de la Ley 1369 reafirma el argumento que ha esbozado puesto que, para el actor, dicha norma es clara en destacar que la fijación de la estructura operativa no es una función a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como lo señala el reglamento y, por el contrario, la función de esta cartera se limita a una verificación posterior a la habilitación sobre el plan detallado de las especificaciones técnicas de la red postal que prepara, diseña y presenta el interesado, como requisito para la obtención de aquella habilitación.

II.4.2.5.- En relación con los argumentos expuestos por el actor, el Despacho debe señalar que el literal c) del artículo 4° de la Ley 1369 prevé como uno de los requisitos para ser operador postal, el de «[...] *Definir las características del servicio a prestar en cuanto al ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad; tipo de servicio a prestar; y estructura operativa, que permita asegurar la idoneidad y capacidad para prestar el servicio [...]*». Agrega la norma que las condiciones operativas, definidas por la persona jurídica que aspira a convertirse en operador postal, deben ser verificadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

II.4.2.6.- El literal c) del artículo 3° del Decreto 867 de 2010, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, señala igualmente que para que una persona jurídica obtenga la habilitación para ser operador postal, se requiere el cumplimiento de, entre otros requisitos, el de establecer el «[...] *Tipo de servicio a prestar, ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad y estructura operativa, la cual supone una descripción de la red física y de transporte necesaria para la prestación del servicio postal [...]*», lo cual, en líneas generales, coincide con lo previsto en la Ley 1369.

II.4.2.7.- Agrega la norma que las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales serán fijadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, lo cual desconoce la norma reglamentada en la medida en que la facultad que le dio la Ley 1369 a dicha cartera, fue la de verificar, más no, la de fijar, asistiéndole la razón al actor en sus argumentos.

II.4.2.8.- Replica el apoderado judicial del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que el solicitante cita fuera de contexto el párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1369, puesto que esa misma norma le otorga la facultad a la cartera ministerial de «[...] *fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red [...]*», aspectos que están comprendidos en el literal c) del mismo artículo y, por tanto, hacen parte de la estructura operativa. Agrega que la precitada Ley 1369, en su artículo 18, atribuye al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, fijar la política general de los servicios postales, y específicamente, en el numeral 6°, expedir los reglamentos técnicos.

II.4.2.9.- Al respecto, cabe mencionar que la potestad que se le otorga al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el artículo 4° de la Ley 1369, es la de fijar requisitos adicionales a los establecidos en ese artículo 4°, únicamente en lo que tiene que ver con el patrimonio y las características de la red. El literal d) de dicho artículo da cuenta de lo anterior, así:

«[...] **El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red.** Será obligación del operador actualizar las modificaciones de los datos que figuran en el registro de operadores postales, dentro de los tres meses siguientes a que estos tengan lugar [...]» **(subrayado y resaltado fuera de texto)**

II.4.2.10.- La disposición reglamentaria, desconociendo igualmente esa disposición del artículo 4°, le entregó una potestad más extensa al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones consistente en determinar las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales, requisito ya establecido en la mencionada ley, por lo que no son de recibo, entonces, los razonamientos de la parte demandada.

II.4.2.11.- Finalmente, en relación con la facultad que se le entregó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de fijar la política general de los servicios postales (Artículo 18, L. 1369), la misma resulta diferente de las atribuciones que le fueron entregadas en relación con los requisitos para la habilitación de operadores postales consistentes, de una parte, la verificación de las condiciones operativas (literal c) y parágrafo 1º, artículo 4, L 1369), y de otra, la facultad reglamentaria se circunscribe a fijar requisitos adicionales a los establecidos en ese artículo 4º, en cuanto al patrimonio y a las características de la red.

II.4.2.12.- Adicionalmente y frente a la potestad de la cartera ministerial de expedir reglamentos técnicos prevista en el numeral 6º del artículo 18 de la Ley 1369, debe señalarse que se entiende como reglamento técnico, conforme el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos (Anexo 1), que corresponde a uno de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, aprobados en Colombia mediante la Ley 170 de 1994, el «[...] Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas [...]»²³.

II.4.2.13.- Como puede observarse, son diferentes, de un lado, la posibilidad de establecer las características de un producto o de los procesos y métodos de producción relacionados con esas características mediante un reglamento técnico, y otra la posibilidad de regular las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales. Dicha potestad reglamentaria, no está cobijada, entonces, por el numeral 6º del artículo 18 de la Ley 1369 pues, se reitera, nada tiene que ver la fijación de las características de un producto o de los procesos y métodos relacionados con esas características con la posibilidad de regular la estructura operativa de los operadores postales.

II.4.2.14.- Este despacho estima, en este análisis inicial de la controversia, que resulta procedente la suspensión de los efectos del aparte «[...] Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores

²³ En el mismo sentido la Decisión 562 de 25 de junio de 2003.

postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...]» del literal c) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

II.4.3.- La nulidad parcial del inciso sexto del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

II.4.3.1.- El actor considera que el aparte demandado viola el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA) y el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA). Las normas trasgresoras y trasgredidas se confrontan en la siguiente forma:

**Artículo 6 del CCA
Artículo 14 del CPACA**

ARTÍCULO 6. Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta.

Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la

**Inciso sexto del artículo 1° del
Decreto 4436 de 2011**

«[...] Artículo 1°. Modifíquese el artículo 3° del Decreto 867 de 2010, el cual quedará así:

"Artículo 3°. Procedimiento para obtener la habilitación. La persona jurídica interesada deberá presentar por escrito la solicitud de habilitación ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, a saber:

[...]

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contará con un plazo **de cuatro (4) meses** para pronunciarse sobre la solicitud de habilitación para la prestación de servicios postales de pago, siempre que esta se haya presentado con el lleno de los requisitos mencionados. Este plazo será de veinte (20) días hábiles en relación con las solicitudes de habilitación para prestar el servicio de mensajería expresa [...].»

entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

II.4.3.2.- El actor considera que el plazo establecido en la disposición demandada del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011 es contrario a los artículos 6 del CCA y del 14 del CPACA, por cuanto las actuaciones, trámites y términos que debe aplicar el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para resolver las peticiones en interés particular, son los regulados en el antiguo CCA y en el CPACA, no pudiéndose fijar, vía reglamentaria, excepciones a esas normas.

II.4.3.3.- Igualmente manifiesta que el precepto demandado es «[...] *contrario al principio de igualdad y no discriminación, consagrado en desde el artículo 2, 6, 13, 16 y 209 de la Constitución Política (sic) y desarrollado, tanto en el artículo 3° del anterior Código Contencioso Administrativo, como en el artículo 3° del actual Código Administrativo y también en el artículo 2°, numeral 5 de la Ley 1369 de 2009 [...]*», sin exponer las razones concretas por las cuales encuentra violadas dichas normas, por lo que no hizo pronunciamiento alguno en relación con aquellas.

II.4.3.4.- Inicialmente este despacho encuentra que la disposición demandada hace parte del Decreto 4436 de 2011, el cual fue publicado en el Diario Oficial 48264 de noviembre 25 de 2011, entrando en vigencia a partir de tal fecha. Por su

parte, el Congreso de la República expidió, el 18 de enero de 2011²⁴, la Ley 1437, norma que entró en vigencia el día dos (2) de julio del año 2012, según lo normado en su artículo 308, por lo que no existía posibilidad de que al momento de expedirse el decreto enjuiciado se tomara en consideración el mencionado código, razón por la que la labor de confrontación se llevará a cabo, únicamente, con el artículo 6 del CCA.

II.4.3.5.- Previamente a tal confrontación, debe mencionarse que ha sido reiterada la posición de esta Sala y de la Corte Constitucional, en señalar que la competencia para establecer procedimientos administrativos corresponde al Legislador. Al respecto, en sentencia de 3 de abril de 2014, Consejera Ponente: María Elizabeth García González²⁵, la Sección explicó:

«[...] Para la Sala, no admite discusión que la competencia para establecer los procedimientos administrativos que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso entre Administración y Administrado, en este caso, entre una entidad del Estado y los organismos que conforman el Sistema Nacional del Deporte, corresponde a la órbita exclusiva y excluyente del Legislador. Así lo ha sostenido en forma reiterada esta Sección en las sentencias que la parte actora cita en su demanda, entre otras, al igual que lo ha precisado la Corte Constitucional, en los siguientes términos²⁶:

*“Estima la Corte, que a **partir de la expedición de la Constitución de 1991**, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, **todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley**, e incorporarse al C.C.A. como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del art. 158 de la C.P.”* (negrillas y subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de 14 de abril de 2010²⁷, al abordar el estudio de legalidad, entre otros, del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, en la cual hicieron las siguientes precisiones:

*“La Sala, en primer lugar **precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean***

²⁴ «[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]»

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ. Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-24-000-2011-00256-00. Actor: FEDERACION COLOMBIANA DE FUTBOL. Demandado: COLDEPORTES.

²⁶ Sentencia C-252 de 1994. Magistrados Ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

²⁷ Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero, Rad: 11001-02-26-0000-2008-00101-00.

generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo²⁸.

Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos²⁹.

Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento si pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.” (subrayas fuera de texto) [...]».

II.4.3.6.- Las consideraciones anteriores son útiles en la medida en que este despacho estima, en un estudio preliminar de la controversia, que la norma enjuiciada establece unos términos especiales para surtir un procedimiento administrativo, sin tener competencia para ello y, en ese contexto, resulta claro que el plazo para decidir sobre la solicitud de habilitación para la prestación de servicios postales de pago, debió ser el establecido en el Código Contencioso Administrativo, razón por la cual resulta clara la contradicción entre la disposición enjuiciada y el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, razón por la que resulta procedente la suspensión provisional del aparte «[...] cuatro (4) meses [...]» del literal d) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

²⁹ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

II.4.4.- Los apartes demandados vulneraron los artículos 189 (numeral 11) y 365 de la Carta Política

II.4.4.1.- El demandante estima que todos los apartes demandados vulneraron el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, disposición que no le otorgó facultades al Presidente de la República para atribuirse potestades propias del legislador, ni mucho menos para modificar el alcance y contenido de las normas legales, toda vez que el Ejecutivo, al ejercer la potestad reglamentaria, debe acatar los parámetros establecidos por el legislador, en la medida en que aquella busca garantizar el cumplimiento efectivo de las leyes.

II.4.4.2.- En el presente caso, continúa el actor, los textos demandados no respetan el marco legal señalado en el artículo 4° de la Ley 1369. Adicionalmente, subraya que el artículo 365 de la Constitución Política ordena que el régimen jurídico de los servicios públicos sea aquel que dispone la ley, por lo que no resulta admisible que por vía reglamentaria se expidan normas contrarias al régimen jurídico dispuesto por el legislador.

II.4.4.3.- Para dar respuesta a los argumentos del demandante, en primer lugar, se confrontan las normas trasgresoras y trasgredidas en la siguiente forma:

Los artículos 189 (numeral 11) y 365 de la Carta Política

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

[...]

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

ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Inciso sexto del artículo 1° del Decreto 4436 de 2011

«[...] **Artículo 1°.** Modifíquese el artículo 3° del Decreto 867 de 2010, el cual quedará así:

"Artículo 3°. Procedimiento para obtener la habilitación. La persona jurídica interesada deberá presentar por escrito la solicitud de habilitación ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, a saber:

a) Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto principal sea la prestación de servicios postales. Para estos fines deberá adjuntarse el respectivo certificado de existencia y representación legal de la Cámara

de Comercio;

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita [...]».

[...]

c) Tipo de servicio a prestar, ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad y estructura operativa, la cual supone una descripción de la red física y de transporte necesaria para la prestación del servicio postal. Los operadores que soliciten por primera vez su habilitación como operadores postales, deberán presentar un plan detallado sobre la estructura operativa de la red postal el cual debe contemplar el cubrimiento nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a recibir la respectiva habilitación. **Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones;**

[...]

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contará con un plazo **de cuatro (4) meses** para pronunciarse sobre la solicitud de habilitación para la prestación de servicios postales de pago, siempre que esta se haya presentado con el lleno de los requisitos mencionados. Este plazo será de veinte (20) días hábiles en relación con las solicitudes de habilitación para prestar el servicio de mensajería expresa [...]».

II.4.4.4.- En relación con la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189, esta Sala³⁰ ha explicado lo siguiente:

«[...] El Presidente de la República, como primera autoridad administrativa del orden nacional, tiene asignada de manera expresa la facultad de reglamentar las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Ref.: Expediente 110010324000200500195-01. Autoridades Nacionales. Actores: MARIO SUAREZ MELO Y OTROS.

artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades³¹, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

En ese contexto, ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo 189 numeral 11, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone, pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República.

Por lo anterior, la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador [...].».

II.4.4.5.- Como se pudo establecer en el análisis inicial expuesto líneas atrás, los apartes demandados del literal c) y del inciso sexto del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, modificados por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, desbordaron los lineamientos de la Ley 1369, razón por la que resulta trasgredido el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, lo que apareja, igualmente, la violación del artículo 365 de la Constitución por cuanto dichas disposiciones demandadas desconocieron el régimen jurídico previsto en la ley para la

³¹ Sentencia de 2 de septiembre de 2010, Expediente: 2007-00265, Actor: Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia –AESA, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

prestación del servicio público de servicios postales, lo cual refuerza la decisión de suspender provisionalmente sus efectos.

En mérito de lo expuesto, el Consejero de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos del aparte «[...] de la Cámara de Comercio [...]» del literal a) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, «[...] Por el cual se reglamenta las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales [...]», en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia judicial.

SEGUNDO: DECRETAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos del aparte «[...] Las características de la estructura operativa que deben acreditar los operadores postales será fijada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [...]» del literal c) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, «[...] Por el cual se reglamenta las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales [...]», en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión judicial.

TERCERO: DECRETAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos del aparte «[...] cuatro (4) meses [...]» del literal d) del artículo 3° del Decreto 867 de marzo 17 de 2010, «[...] Por el cual se reglamenta las condiciones de habilitación para ser operador postal y el Registro de Operadores Postales [...]», en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 4436 de 2011, en atención a lo esbozado en la parte considerativa de esta providencia judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado