

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: No. 110013334003201600242-01
Actor: SOCIEDAD HECC COURRIER EXPRESS LTDA
Demandado: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá DC (fls. 306 a 322 vlto. cdno. no. 1) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones No. 003110 del 4 de noviembre de 2014, por la cual se impuso sanción a la sociedad HECC COURRIER EXPRESS; Resolución No. 0000690 del 23 de abril de 2015, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición; y Resolución No. 0003023 de 1 de diciembre de 2015, proferidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. A título de restablecimiento se declara que la sociedad HECC COURRIER EXPRESS, no está obligada a cancelar valor alguno a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: *Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión judicial siglo XXI.” (fl. 322 cdno. ppal. no. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el 11 de agosto de 2016 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá DC la sociedad Hecc Courier Express Limitada, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo (fls. 13 a 18 cdno. ppal. no. 1) con las siguientes súplicas:

“PRETENSIONES

1. Se declaren nulas las Resoluciones 03110 del 4 de noviembre de 2014, mediante la cual se impuso una sanción a la sociedad Hecc Courier Express Limitada y la Resolución número 0003023 del 1 de diciembre de 2015, mediante la cual se confirma la sanción impuesta a la sociedad Hecc Courier Express Limitada.

2. Que como consecuencia de la nulidad proferida de los actos administrativos singularizados precedentemente se ordene, a título de restablecimiento del derecho violado, a la sociedad Hecc Courier Express Limitada la declaración que la demandante sí cumplía con los requisitos para el día de la visita realizada.” (fl. 16 cdno. ppal. no. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).

2) Efectuado el respectivo reparto, según acta individual de la Oficina de Apoyo para tales despachos judiciales correspondió el conocimiento del medio de control de la referencia al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá DC (fl. 19 cdno. ppal. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- 1) La sociedad Jahv Express Ltda mediante informe con radicación no. 531188 de 27 de febrero de 2013 puso en conocimiento de la parte demandada el incumplimiento por parte de la sociedad demandante de sus obligaciones por supuestamente no tener en las guías de mensajería el sitio de registro la hora de entrega, hecho que fue sancionado mediante la Resolución no. 0003110 de 4 de noviembre de 2014 con fundamento en lo dispuesto en el literal c), numeral 1 del artículo 6 del Decreto 229 de 1995 partiendo de una supuesta falla en el servicio que no fue comprobada por la administración, sumado al hecho de que las guías sí tienen la fecha y hora de entrega.
- 2) La parte demandada no pudo comprobar que las guías del operador postal no contaban con la hora de entrega, además, para que exista una falla del servicio debe generarse un perjuicio al Estado y al particular al que se le presta el servicio y, en este caso no existe un reclamo por los remitentes y destinatarios de las guías números 01301040916, 013010300343 y 01301030366.
- 3) El Decreto 229 de 1995 que sirvió de fundamento para imponer la sanción estaba derogado.
- 4) El supuesto hecho de que las citadas guías no cuentan con la hora de entrega es más una cuestión de forma que de fondo ya que con ello no se perjudicó ni al Estado ni a los particulares usuarios del servicio quienes no sufrieron ningún detrimento patrimonial.
- 5) Se le imputó la infracción descrita en el artículo 41 del Decreto 229 de 1995 el cual establece las fallas en el servicio y en este caso por las supuestas irregularidades en las guías números 01301040916, 013010300343 y 01301030366 en tanto que según la entidad demandada no contaban con la hora de entrega, sin embargo debe resaltarse que en este caso no se probaron

los elementos de la falla del servicio, esto es, la existencia de un daño antijurídico, que la falla del servicio haya ocasionado un daño probado al destinatario, remitente o al Estado y que la causación de los citados elementos conduzca con certeza a que realmente se ocasionó una daño.

3. Los cargos de la demanda

Se adujeron como normas violadas los artículos 2, 13, 23 y 29 de la Constitución Política; el artículo 41 del Decreto 229 de 1995 y los artículos 37 y 53 de la Ley 1369 de 2009.

En el libelo introductorio la parte actora no enlistó ni tampoco enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos demandados, no obstante de la lectura de la argumentación expuesta se concluye que la acusación se concreta en señalar que se desconocieron los artículos 37 y 53 de la Ley 1369 de 2009 ya que la infracción imputada no aparece reglamentada en el artículo 37 citado y, al aplicarse el artículo 41 del Decreto 229 de 1995 no se tuvo en cuenta que esa norma fue derogada por el 53 de la Ley 1369 de 2009.

4. Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 22 de marzo de 2017 ante la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (fls. 73 a 77 cdno. ppal. no. 1) el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contestó la demanda, actuación en la que frente a los cargos de nulidad esgrimió los siguientes argumentos de defensa:

1) En el curso de la actuación administrativa sancionatoria se garantizó el derecho al debido proceso y se respetaron los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad y graduación de las sanciones con sujeción al procedimiento señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normatividad que ya se encontraba vigente para la fecha en que inició la actuación administrativa, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1396 de 2009 que estableció el régimen

de transición para los operadores postales de mensajería especializada que no se acogieron a la nueva normatividad de la actividad postal.

2) En desarrollo de la actuación administrativa se evidenció que al operador postal se le otorgó una licencia de mensajería especializada mediante Resolución no. 0001783 de 3 de julio de 2009 por cinco (5) años hasta el 22 de febrero de 2014 y que se encontraba inscrita en el registro de operadores postales con el número RPOSTAL0083 sin haberse acogido al nuevo régimen legal de la Ley 1369 de 2009, razón por la cual le era aplicable el régimen jurídico dispuesto en el Decreto 229 de 1995 conforme al régimen de transición contemplado en el artículo 46 de la Ley 1369 de 2009.

3) Ejerció en forma legal su potestad sancionatoria frente al operador postal y los actos administrativos demandados se encuentran debidamente motivados y notificados, el investigado ejerció sus derechos de defensa y contradicción y los actos se encuentran debidamente ejecutoriados.

4) Como excepciones formuló las siguientes: a) *“presunción de legalidad”* con el argumento de que actos acusados fueron expedidos con sujeción a la Constitución y la ley sin que el actor lograra desvirtuar esa presunción y, b) *“genérica”* consistente en que se declare de oficio cualquiera otra excepción que aparezca probada en el proceso.

5. Alegatos de conclusión

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, dentro de ese término la parte actora y la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión (fls. 294 a 301 y 302 a 304 cdno. no. 1) en los que básicamente reiteraron lo expuesto en la demanda y en su contestación, respectivamente.

6. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá DC en providencia de 25 de junio de 2018 (fls. 306 a 322 cdno. ppal. no. 1) dictó sentencia en la que resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron los siguientes:

1) Mediante el Decreto 2593 de 1995 se reglamentó la prestación del servicio postal, se definió su contenido, se determinaron los envíos de correspondencia y otros objetos postales, la red oficial, el servicio de correo, los servicios especiales y financieros de correos.

2) En cuanto a los servicios de mensajería especializada el artículo 6 *ibidem* establecía que corresponde a *"la clase de servicio postal prestado con independencia de las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales, para la recepción, recolección y entrega personalizada de envíos de correspondencia y demás objetos postales, transportados vía superficie y/o aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior."*

3) Por la especialidad de este tipo de mensajería se determinó que debía atender las siguientes características: *"a. Registro individual de cada envío. Todo envío de mensajería especializada debe tener un número de identificación individual; b. Recolección a domicilio. Si el cliente lo solicita, el servicio de mensajería debe efectuar la recolección en el domicilio del usuario o cliente solicitante; c. Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual debe constar: - Número de identificación del envío. - Fecha y hora de admisión. - Peso del envío en gramos. - Valor del servicio. -Nombre y dirección completa del remitente y destinatario. - Fecha y hora de entrega; d. Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar, con una copia del recibo de admisión o guía, adherido al envío; e. Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se*

caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a: Veinticuatro (24) horas en servicio urbano. Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional a cualquier lugar del país. Noventa y seis (96) horas en servicio internacional; f. Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada, puede exigir la prueba de entrega del envío, donde consta fecha y hora de entrega y firma e identificación de quien recibe.” (fls. 315 y 316).

4) En el capítulo IV del Decreto 2593 de 1995 se reguló lo referente a las concesiones y licencias determinando que la prestación del servicio de correo nacional e internacional se concederá mediante contrato previa licitación pública, por el procedimiento de selección objetiva, la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia por lo que en los artículos 14 a 22 *idem* se previeron la selección objetiva y el otorgamiento de los contratos de concesión para el servicio de correo nacional, la contratación directa, los ingresos internacionales, el otorgamiento de la licencia para el servicio de mensajería especializada, el término de duración y ampliación del cubrimiento inicialmente autorizado, la cesión, la contratación con terceros, la transparencia al mercado y las franquicias postales y servicios de correo social.

5) En el capítulo IX el Decreto 2593 de 1995 estableció sanciones, entre ellas la siguiente: *"Artículo 41. Fallas en el servicio. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe irregularidades en la prestación de los servicios postales, por parte de los concesionarios o licenciarios, sancionará con multas sucesivas, cuyo valor podrá oscilar entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las demás sanciones de ley, de la caducidad del contrato o revocatoria de la licencia, en caso de reincidencia."*

6) La norma contemplaba que aquellos operadores postales que prestaran servicios de mensajería especializada incumplieran con alguna de las características exigidas para ese tipo de servicio incurrirían en infracción de sus obligaciones y serían acreedores de la sanción respectiva.

7) La Ley 1369 de 2009 consagra el régimen general de prestación de los servicios postales, en ese sentido el artículo 4 determina los requisitos para ser operador postal y los artículos 5 a 10 regulan los requisitos para ser operador postal oficial o concesionario de correo, el contrato de concesión, el libre acceso a las redes postales, el régimen contractual de los operadores postales, la utilización del código postal y el servicio filatélico.

8) En cuanto al régimen sancionatorio los artículos 36 a 44 de la Ley 1369 definen la competencia para la imposición de sanciones, las infracciones postales discriminadas en muy graves, graves y leves lo mismo que sus respectivas sanciones, su graduación; la prestación y/o utilización ilegal de los servicios postales, el procedimiento para imponer sanciones, la caducidad y la prescripción, sin embargo en la nuevo régimen no se contempla la infracción que preveía el artículo 41 del Decreto 229 de 1995.

9) En relación con el campo de aplicación y transición normativa el artículo 46 de la Ley 1369 preceptúa lo siguiente: *"Transitorio. Las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones. Cumplido el término fijado por las concesiones o licencias, se les aplicará el nuevo régimen previsto en la ley. En caso que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a los términos de la misma, contarán con un plazo de seis (6) meses para adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella contenidos".*

9) Para el ejercicio de la prestación de los servicios postales el Decreto 229 de 1995 establecía el servicio de mensajería especializada el cual desapareció en la Ley 1369 de 2009 desapareció en tanto que en esta nueva normativa se estipuló la mensajería expresa lo cual explica la razón del régimen de transición ya que, la finalidad de la ley es permitir que las personas que para el momento de la entrada en vigencia de la mencionada ley tenían una licencia de operación no la perdieran sino que continuaran con su explotación hasta la

finalización del plazo en ellas definidas atendiendo la normatividad vigente, esto es, los requisitos para el otorgamiento de las mismas.

10) No obstante lo anterior la cláusula de transición no cobija el régimen sancionatorio en tanto que la finalidad de la norma de transición es culminar el plazo previsto en cada licencia y concesión en los términos en los que fueron otorgadas, sin que por tal razón el régimen sancionatorio previsto en las normas bajo las cuales se expidió, que para el caso sería el Decreto 229 de 1995, se mantenga vigente por el mismo plazo previsto para el ejercicio de la licencia.

11) La transición conlleva a que el concesionario o el titular de la licencia continúe con el objeto social desarrollado sin acreditar nuevos requisitos a los ya exigidos hasta la finalización de la licencia o de la concesión sin que las sanciones previstas se prorroguen en el tiempo, lo cual tiene validez no solo por la precisión de la redacción del artículo 46 en cita sino por el espíritu de la nueva norma, pues, en esta se estableció claramente un régimen sancionatorio acorde con las particularidades del servicio postal, precisando entonces que aunque las características para la prestación del servicio en el fondo siguieron siendo las mismas la infracción por la cual se sancionó a la sociedad demandante desapareció como actuación susceptible de ser sancionada, razones que conllevan a concluir que en efecto el régimen sancionatorio para quienes son beneficiarios del artículo 46 de la Ley 1369 de 2009 no es otro que el definido en esta nueva ley y no en el régimen derogado.

12) A la parte actora le fue otorgada licencia para prestar servicio postal de mensajería especializada mediante Resolución no. 1783 de 3 de julio de 2009, con una vigencia hasta el 22 de febrero de 2014.

13) A través de un auto no. 001004 de 19 de junio de 2013 el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones abrió una investigación administrativa en contra de la sociedad demandante formulando cargos por la presunta comisión de la infracción descrita en el artículo 41 del Decreto 229 de 1995 por el hecho de incumplir lo previsto en los literales c) y f) del artículo 6

ibidem, normas que definían las características que debía cumplir el servicio de mensajería especializada.

14) Por medio de la Resolución no. 0003110 de 4 de noviembre de 2014 se resolvió sancionar con multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la parte actora, decisión que se mantuvo al decidir los recursos de reposición y apelación a través de las Resoluciones números 0000690 de 23 de abril de 2015 y 0003023 de 1 de diciembre de 2015 en las que se hizo precisión que la infracción por la cual se sancionó se encontraba probada.

15) Si bien los requisitos y condiciones para acceder a la licencia de operación de servicios de mensajería especializada seguían vigentes según lo dispuesto en la reglamentación que se encontraba vigente al momento de su otorgamiento, esto es, el Decreto 229 de 1995 en atención de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1369 de 2009, no sucede lo mismo respecto del régimen sancionatorio porque el alcance de la citada norma es exclusivo respecto de las condiciones en las que fue otorgada la licencia a la parte demandante mas no de los hechos o conductas constitutivas de infracción y/o la cuantificación de las sanciones.

16) El trámite sancionatorio ha debido iniciarse con las reglas fijadas en la Ley 1369 de 2009 atendiendo el principio de legalidad pues es el régimen bajo el que se debe imponer las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad demandante.

17) El cargo formulado por la demandante relativo a la improcedencia de la aplicación del Decreto 229 de 1995 tiene vocación de prosperidad por el hecho de que el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones debió proceder en la forma regulada en el Título VII de la Ley 1369 de 2009 en relación con el régimen sancionatorio respecto de la prestación de los servicios postales.

19) Por lo tanto se anulan los actos demandados debido a que no resultaba ajustado a derecho la imposición de una sanción basándose en una infracción que en virtud de la entrada en vigencia de la nueva reglamentación se

encontraba derogada, esto es, el artículo 41 del Decreto 229 de 1995, cuando la norma aplicable era la contenida en el Título VII de la Ley 1369 de 2009.

20) Ante la prosperidad del mencionado cargo el juzgado se releva de realizar el estudio de los demás cuestionamientos formulados por la sociedad demandante.

7. El recurso de apelación

El 13 de julio de 2018 la parte demandada presentó por escrito recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 329 a 333 cdno. no. 1), medio de impugnación que fue concedido por auto de 6 de noviembre de ese mismo año (fl. 337 vlto. *ibidem*).

Los fundamentos del recurso de alzada en síntesis son los siguientes:

1) Al demandante se le había otorgado una la licencia para prestar el servicio de mensajería especializada mediante la Resolución no. 0001783 de 3 de julio de 2009 con una vigencia de 5 años que se cumplieron el 22 de febrero de 2014 y fue inscrita en el registro de operadores postales con el número RPOSTAL 0083.

2) En vigencia de la mencionada licencia se expidió la Ley 1369 de 30 de diciembre de 2009 que derogó el Decreto 229 de 1995 pero, en el artículo 46 contempló un régimen de transición en la siguiente forma: *"Artículo 46 Transitorio. Las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones. Cumplido el término fijado por las concesiones o licencias, se les aplicará el nuevo régimen previsto en la ley. En caso que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a los términos de la misma, contarán con un plazo de seis (6) meses para adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella contenidos."*

3) Según la anterior norma los operadores postales de mensajería especializada tenían dos alternativas para seguir prestando el servicio de mensajería especializado:

a) Acogerse a la nueva normatividad, o sea la Ley 1369 de 2009 para prestar el servicio de mensajería expresa para lo cual tenían un término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de esta norma, esto es, diciembre 30 de 2009, cuyo plazo empezó a correr desde del 1 de enero al 30 de junio de 2010 por efectos de su publicación y obligatoriedad, en cuyo caso se debía cumplir con los requisitos técnicos, jurídicos, administrativos y financieros establecidos en dicha norma y sus decretos reglamentarios para prestar del servicio de mensajería expresa que, es muy diferente al de mensajería especializada.

b) La segunda opción era esperar hasta el vencimiento de su licencia de mensajería especializada la cual le fue otorgada mediante la Resolución no. 1783 de 3 de julio de 2009 por 5 años y hasta el 22 de febrero de 2014, que fue la conducta escogida por la sociedad demandante.

4) El operador postal sancionado no se acogió a la primera alternativa dentro del plazo otorgado de los mencionados 6 meses y esperó hasta el vencimiento de su licencia, hecho que ocurrió el 22 de febrero de 2014 para solicitar la habilitación con el fin de prestar el servicio de mensajería expresa lo que generó que a las infracciones a la normatividad postal ocurridas durante la vigencia de su licencia de mensajería especializada se les aplicara el régimen jurídico dispuesto en el Decreto 229 de 1995 por disposición del régimen de transición establecido en el artículo 46 de la Ley 1369 de 2009, además, teniendo en cuenta la fecha de la vigencia de la licencia y la fecha de ocurrencia de las infracciones a la normatividad postal que, en el presente caso fueron evidenciadas en la auditoría integral, fue realizada el 20 de febrero de 2013 por la empresa consultora JAVH MCGREGOR.

5) Por el hecho de no haberse acogido el ahora demandante al nuevo régimen de la Ley 1369 de 2009 sino que optó por utilizar su licencia de mensajería especializada hasta su vencimiento, es decir hasta el 22 de febrero de 2014, no le era aplicable el régimen dispuesto en el Decreto 229 de 1995 por remisión

del artículo 46 de la Ley 1369, el cual es más favorable y de esta manera se le garantizan los principios de favorabilidad, legalidad y el de tipificación y graduación de las faltas.

6) Dentro de la vigencia de la licencia de mensajería especializada a la sociedad demandante -22 de febrero de 2014- se le realizó una auditoría integral el 20 de febrero de 2013, es decir, un año antes de su vencimiento por la empresa de consultoría Jahv Mcgregor SA en la cual se determinaron los hallazgos por no llenar en las guías de los envíos las fechas de admisión y entrega lo que constituye un incumplimiento de la normatividad postal vigente en ese momento que, era el Decreto 229 de 1995 artículo 6 numerales c) y d) y el 41 que regulaba la prestación del servicio de mensajería especializada

7) Lo anterior dio origen a la expedición del auto pliego de cargos no. 1004 de 19 de junio de 2013 en el que se imputó la infracción descrita en los artículos 6 y 41 del decreto 229 de 1995 que regulan, entre otros aspectos, lo siguiente: *“Artículo 6.- SERVICIOS DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA. Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia de las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales, para la recepción, recolección y entrega personalizada de envíos de correspondencia y demás objetos postales, transportados vía superficie y/o aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior. PARÁGRAFO.- Las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada son: (...) c) Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual debe constar: (...). Fecha y hora de admisión. (...). Fecha y hora de entrega. (...)” “Artículo 41.- FALLAS EN EL SERVICIO. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe irregularidades en la prestación de los servicios postales, por parte de los concesionarios o licenciatarios, sancionará con multas sucesivas, cuyo valor podrá oscilar entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las demás sanciones de ley, de la caducidad del contrato o revocatoria de la licencia, en caso de reincidencia.*

8) Las citadas normas tipifican la infracción cometida por el demandante y constituyen una falla en la prestación del servicio de mensajería especializada de acuerdo con el régimen jurídico vigente para la época en que se produjeron y fueron encontrados por la auditoría integral realizada por el consultor de la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con fundamento en el contrato de consultoría 878 de 2012.

9) La investigación se inició mediante la expedición del auto no. 1004 de 19 de junio de 2013 en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que estableció el nuevo procedimiento administrativo sancionatorio para sancionar a los operadores postales de mensajería especializada o expresa que tuvieran vigente su licencia o habilitación, según el caso, en concordancia con lo dispuesto en el estatuto tributario.

10) El *a quo* confundió el régimen jurídico aplicable a los operadores de mensajería especializada previsto en el Decreto 229 de 1995 y sus decretos reglamentarios con el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el Estatuto Tributario en concordancia con el CPACA.

11) El Decreto 229 de 1995 regula la prestación del servicio de mensajería especializada y establece los requisitos y las obligaciones que deben cumplir los licenciarios de este servicio autorizados por la parte demandada, además tipifica las infracciones a la normatividad postal que dan origen al inicio de las investigaciones administrativas sancionatorias por su incumplimiento; muy distinto es el procedimiento sancionatorio que regula las etapas procesales que se deben cumplir para llevar a cabo las investigaciones sancionatorias contra los operadores que hayan infringido las obligaciones establecidas en el Decreto 229 de 1995, para los operadores de mensajería especializada como en este caso teniendo en cuenta la vigencia de la licencia de mensajería especializada que, para el demandante era hasta el 22 de febrero de 2014, y la fecha de la ocurrencia de la infracción a la normatividad postal que para en caso este concreto fue evidenciada el 20 de febrero de 2013, el día en que se produjo la auditoría integral por parte de la empresa consultora JAVH MCGREGOR S.A.

12) Ejerció en forma legal su potestad sancionatoria frente al actor que prestó el servicio de mensajería especializada de acuerdo con lo dispuesto el artículo 46 de la Ley 1369 (régimen de transición) y el Decreto 229 de 1995 porque para tipificar y sancionar al demandante se tuvieron en cuenta las fechas de ocurrencia de las infracciones a la normatividad postal (antes del 20 de febrero de 2013 fecha de la auditoría) y la de vigencia de la licencia de mensajería especializada otorgada al demandante que, concluyó el día 22 de febrero de 2014, se le respetaron los principios fundamentales del debido proceso y se le garantizó su derecho a la defensa porque se aplicó el procedimiento administrativo sancionatorio teniendo en cuenta que la investigación inició mediante el auto no 1004 de 19 de junio de 2013 cuanto todavía estaba vigente la licencia de mensajería especializada del demandante, y se surtieron todas las etapas procesales previstas en el Estatuto Tributario y en el CPACA, normas estas vigentes al momento de iniciar la respectiva investigación sancionatoria.

13) En el auto no. 1004 de 2013 se especificó la infracción descrita en el párrafo del artículo 6 en concordancia con el artículo 41 del Decreto 229 de 1995 que tipifica como una falla en la prestación del servicio de mensajería especializada el hecho de no diligenciar la fecha y hora de admisión y la fecha y hora de entrega de cada envío, lo que es importante para demostrar el cumplimiento de sus obligaciones como operador postal de mensajería especializada como lo es el tiempo de entrega de los objetos postales que es de 24, 48 o 96 horas contados desde su admisión según si el servicio que se presta es urbano, nacional o internacional.

8. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto de 15 de noviembre de 2018 (fl. 4 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 7 de diciembre de ese mismo año (fl. 8 cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso, al Ministerio Público para que emitiera concepto.

En dicho término, la parte actora presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y las consideraciones expuestas por el *a quo* al emitir el fallo de primera instancia (fls. 10 a 13 cdno. ppal.).

9. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia; 2) objeto de la apelación y competencia del *ad quem*, 3) análisis de la impugnación, 4) conclusión y, 5) condena en costas.

1. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad de la Resolución no. 0003110 de 4 de noviembre de 2014 proferida por la Directora de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones través de la cual se impuso una sanción de multa a la empresa Hecc Courirrer Express Ltda en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por haber incurrido en la infracción de lo dispuesto en el literal c) del artículo 6 del Decreto 229 de 1995, por el hecho de no diligenciar en forma adecuada las guías o recibos de admisión números 01301040916, 01301030343 y 01301030366 en cuanto tiene que ver con la hora de admisión y la fecha y hora de entrega; asimismo, se discute la legalidad de la Resolución no. 0000690 de 23 de abril de 2015 expedida por la Directora de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo inicial, y de la Resolución no. 0003023 de 1 de diciembre de 2015 emitida por la Viceministra General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

por la cual se resolvió el recurso de apelación esgrimido en contra del acto que impuso la sanción, confirmando la sanción impuesta.

La parte actora no rotuló ni enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos acusados pero la censura invocada corresponde a la causal genérica de nulidad consistente en la violación de normas jurídicas superiores, y en ese marco entonces manifestó que se vulneraron los artículos 37 y 53 de la Ley 1369 de 2009 ya que la infracción imputada no aparece reglamentada en el artículo 37 citado y que al aplicarse el artículo 41 de la Ley 229 de 1995 no se tuvo en cuenta que esa norma fue derogada por el 53 de la Ley 1369 de 2009.

El juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que la parte demandada le dio un alcance diferente a lo establecido por el legislador respecto de la vigencia del Decreto 229 de 1995, que el ministerio en el trámite sancionatorio adelantado contra la parte actora debió aplicar el procedimiento sancionatorio fijado en la Ley 1369 de 2009 y no el definido por el Decreto 229 de 1995 el cual, a su juicio, no era posible aplicarlo por la limitación contenida en el artículo 46 de la Ley 1369 de 2009.

El problema jurídico en esta la segunda instancia consiste en determinar lo siguiente:

a) Si la parte actora se acogió a la alternativa contemplada en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 1369 de 30 de diciembre de 2009 que estableció un régimen de transición en el sentido de que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de aquella podían mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de duración de los mismos con sujeción a la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos solo para esas habilitaciones, esto es, el Decreto 229 de 1995, y que cumplido el término fijado por las concesiones o licencias -que en este caso era hasta el 22 de febrero de 2014- se les aplicaría el nuevo régimen previsto en la Ley 1369 de 2009.

b) Si al acogerse a la opción prevista en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 1369 de 2009 generó que a las infracciones de la normatividad postal ocurridas durante la vigencia de su licencia de mensajería especializada se les tuviera que aplicar el régimen jurídico dispuesto en el Decreto 229 de 1995 ya que, según la parte demandada las faltas fueron evidenciadas en la auditoría integral realizada el 20 de febrero de 2013 por la empresa consultora Javh McGregor SA por no llenar en las guías de los envíos las fechas de admisión y entrega lo que constituye un incumplimiento de la normatividad postal vigente en ese momento que, eran los artículos 6 numerales c) y d) y 41 del Decreto 229 de 1995 que regulaban la prestación del servicio de mensajería especializada.

c) Si el *a quo* confundió el régimen jurídico aplicable a los operadores de mensajería especializada contenido en el Decreto 229 de 1995 y sus decretos reglamentarios con el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Estatuto Tributario en concordancia con el CPACA.

2. Objeto de la apelación y competencia del *ad quem*

Sobre el punto cabe advertir que en el asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte demandada Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

De acuerdo con lo anterior se tiene que se trata de una situación de apelante único donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso¹, norma aplicable en virtud de la remisión legal contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En efecto el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa:

“Artículo 328.- El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin

¹ Normatividad procesal aplicable atendiendo el criterio consignado en el Acuerdo no. PSAA-10392 de 1 de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en la Sentencia C-229 de 21 de abril de 2015 proferida por la Corte Constitucional, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”. (resalta la Sala).

En ese contexto es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, vale decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, razón por la cual la competencia funcional de esta Corporación se encuentra restringida legalmente.

Por consiguiente, cuando se trata de apelante único el superior en principio solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, huelga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso; no obstante cuando quiera que en el fallo de primera instancia no se analizan y deciden la totalidad de los cargos de nulidad esgrimidos con la demanda por motivo de prosperar uno de ellos y por tanto estimar el juez no necesario examinar los restantes motivos de acusación, en el curso de la segunda instancia en el evento de ser de recibo los argumentos del recurso de alzada, lo que en principio conduciría a revocar el fallo objeto de apelación, en garantía del derecho constitucional fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia se hace necesario examinar aquellos otros fundamentos de la demanda que no fueron objeto de pronunciamiento por parte del *a quo*.

3. Análisis de la impugnación

La sentencia apelada será revocada y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda por las razones que se exponen a continuación:

3.1 Las razones invocadas por la entidad apelante

El recurso de alzada formulado por la parte demandada se centra en cuestionar lo siguiente:

a) La parte actora se acogió a la opción dispuesta en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 1369 de 30 de diciembre de 2009 que estableció un régimen de transición, en el sentido de que las empresas que prestaran servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de aquella podían mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de duración de estas con sujeción a la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos solo para esas habilitaciones, esto es, el Decreto 229 de 1995, y que cumplido el término fijado por las concesiones o licencias -que en este caso era hasta el 22 de febrero de 2014- se les aplicaría el nuevo régimen previsto en la Ley 1369 de 2009.

b) Lo anterior generó que a las infracciones a la normatividad postal ocurridas durante la vigencia de su licencia de mensajería especializada se les tuviera que aplicar el régimen jurídico dispuesto en el Decreto 229 de 1995 ya que las faltas fueron evidenciadas en la auditoría integral realizada el 20 de febrero de 2013 por la empresa consultora Javh McGregor SA por no llenar en las guías de los envíos las fechas de admisión y entrega, lo cual constituye un incumplimiento de la normatividad postal vigente en ese momento que eran los artículos 6 numerales c) y d) y 41 del Decreto 229 de 1995 que regulaban la prestación del servicio de mensajería especializada.

c) El juez de primera instancia confundió el régimen jurídico aplicable a los operadores de mensajería especializada previsto en el Decreto 229 de 1995 y sus decretos reglamentarios con el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el Estatuto Tributario en concordancia con el CPACA,

resaltando que el Decreto 229 de 1995 regula la prestación del servicio de mensajería especializada y determina los requisitos y las obligaciones que deben cumplir los licenciarios de este servicio autorizados por la parte demandada, además tipifica las infracciones a la normatividad postal que dan origen al inicio de las investigaciones administrativas sancionatorias por su incumplimiento, y que muy distinto es el procedimiento sancionatorio que regula las etapas procesales que se deben cumplir para llevar a cabo las investigaciones sancionatorias contra los operadores que hayan infringido las obligaciones establecidas en el Decreto 229 de 1995 para los operadores de mensajería especializada como en este caso.

La Sala observa que los citados motivos de apelación están llamados a prosperar por los motivos que se consignan a continuación:

1) El artículo 46 transitorio de la Ley de la Ley 1369 de 2009 estipula lo siguiente:

“Artículo 46. Transitorio. Las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones. Cumplido el término fijado por las concesiones o licencias, se les aplicará el nuevo régimen previsto en la ley.

En caso que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a los términos de la misma, contarán con un plazo de seis (6) meses para adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella contenidos.” (resalta la Sala).

De la citada norma se tiene lo siguiente:

a) Las empresas que prestaban servicios postales para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1369 de 2009 -30 de diciembre de 2009²- podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de duración de estos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones, cumplido el término fijado por las concesiones o licencias se les aplicará el nuevo régimen previsto en la citada ley.

² Cuerpo normativo publicado en el Diario Oficial no. 47.578 de 30 de diciembre de 2009.

b) Por otro lado, el artículo transitorio dispuso que en caso de que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1369 de 2009 decidieran acogerse a los términos de la misma contaban con un plazo de seis (6) meses para adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella contenidos.

2) En ese sentido no son de recibo los argumentos expuestos por el juez de primera instancia consistentes en que " (...) *La transición conlleva a que el concesionario o el titular de la licencia continúe con el objeto social desarrollado sin acreditar nuevos requisitos a los ya exigidos hasta la finalización de la licencia o de la concesión, sin que las sanciones previstas se prorroguen en el tiempo, ello tiene validez no sólo por la precisión de la redacción del artículo 46 en cita sino por el espíritu de la nueva norma, pues en ella se estableció claramente un régimen sancionatorio acorde con las particularidades del servicio postal, precisando entonces que aunque las características para la prestación del servicio en el fondo siguieron siendo las mismas, la infracción por la cual se sancionó a la sociedad demandante, desapareció como actuación susceptible de ser sancionada, razones que conllevan a concluir que en efecto el régimen sancionatorio para quienes son beneficiarios del artículo 46 de la Ley 1369 de 2009 no es otro que el definido en esa ley y no en el régimen derogado. (...). Si bien los requisitos y condiciones para acceder a la licencia de operación de servicios de mensajería especializada seguían vigentes conforme lo dispuesto en la reglamentación que se encontraba vigente al momento de su otorgamiento esto es el Decreto 229 de 1995 en atención de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1369 de 2009, no sucede lo mismo respecto del régimen sancionatorio como quiera que el alcance del citado artículo es exclusivo respecto de las condiciones en las que fue otorgada la licencia a la parte demandante más no de los hechos o conductas constitutivas de infracción y/o la cuantificación de las sanciones.*", por las siguientes razones:

a) El régimen de transición contenido en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 1369 de 2009 de manera clara y precisa estableció que las empresas que estuviesen habilitadas para prestar servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de esa ley podían mantener sus concesiones y licencias con sujeción

régimen jurídico vigente en el momento de expedición de esos permisos o licencias hasta por el término de duración de los mismos.

b) En este caso concreto el Ministerio de Tecnología de la Información y la Comunicaciones mediante Resolución no. 1783 de 3 de julio de 2009 otorgó licencia para prestar el servicio de mensajería especializada a la parte actora con vigencia hasta el 22 de febrero de 2014 (fl. 200).

c) En el expediente no obra prueba de que la parte actora hubiese decidido acogerse a los términos de la Ley 1369 de 2009 desde su entrada en vigencia -30 de diciembre de 2009- que, era una opción que daba el inciso segundo del artículo 46 transitorio de ese cuerpo normativo ya que, no existe evidencia que dentro de los 6 meses siguientes a la vigencia de esa ley se hubiese adecuado al cumplimiento de los requisitos establecidos en ese cuerpo normativo para dejar de ser una empresa de mensajería especializada y transformarse en otro operador postal de los regulados en la nueva normatividad.

d) En ese sentido es diáfano que de conformidad con lo preceptuado en el inciso primero del artículo 46 transitorio de la Ley 1369 de 2009 le era aplicable el régimen jurídico vigente a la fecha de expedición de licencia para prestar el servicio de mensajería especializada -3 de julio de 2009- hasta su vencimiento -22 de febrero de 2014- contenido en el Decreto 229 de 1995 en donde se regula precisamente el servicio postal de mensajería especializada.

e) En efecto, en este caso concreto la actuación administrativa inició el 27 de febrero de 2013 cuando la empresa de consultoría Jahv Mcgregor SA remitió el informe de auditoría a la parte demandada en donde se daba cuenta que las guías del operador postal no contaban con hora de entrega (fls. 5, 92, 108, 201 y 280 cdno. no. 1), por tanto como la licencia de la parte actora como empresa de mensajería especializada aún no finalizaba ya que estaba vigente hasta el 22 de febrero de 2014 el régimen jurídico aplicable a este caso concreto era el establecido Decreto 229 de 1995 *“por el cual se reglamenta el servicio postal”* el cual se encontraba vigente para el momento de expedición de la licencia -3 de julio de 2009-, y que regula la infracción por la cual fue sancionada la parte actora en los actos acusados contenida en el literal c) del artículo 6 por el

hecho de no diligenciar en forma adecuada las guías o recibos de admisión con hora de admisión y fecha y hora de entrega (fl. 244 a 246 vlto. cdno. no. 1).

f) En ese contexto fáctico y jurídico el régimen jurídico aplicable a la parte actora como entidad habilitada para prestar el servicio postal de mensajería especializada era el contenido en el Decreto 229 de 1995 en el que se encontraban reguladas las infracciones y sanciones aplicables por incumplimiento de las obligaciones de servicio postal para ese preciso tipo de empresas como se tiene de los artículos 6 y 41, y no en la Ley 1369 de 2009 como equivocadamente lo expusieron la parte actora y el juez de primera instancia toda vez que este último cuerpo normativo regula el régimen aplicable a otra clase distinta de servicios postales dentro de los cuales no se encuentra el servicio de mensajería especializada.

g) Ahora bien, la parte actora reprocha que se violaron los artículos 37 y 53 de la Ley 1369 de 2009 por estimar que la infracción imputada no aparece reglamentada en el artículo 37 citado y al aplicarse el artículo 41 del Decreto 229 de 1995 no se tuvo en cuenta que esa norma fue derogada por el 53 de la Ley 1369 de 2009.

El citado argumento no es de recibo para la Sala porque si bien en la Ley 1369 de 2009 también se regularon las infracciones postales y las sanciones respectivas en los artículos 37 y 38, lo cierto es que ese régimen jurídico solo es aplicable a las empresa de servicios postales reguladas por ese nuevo cuerpo normativo dentro de las cuales no se encuentran las empresas de mensajería especializada, además, como se explicó, fue la propia parte actora quien autónomamente y por autorización legal decidió continuar con el régimen jurídico vigente para la fecha de expedición de su licencia como operador de mensajería especializada y hasta su vencimiento, esto es con el Decreto 229 de 1995, es decir se acogió a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 46 de la Ley 1396 de 2009 que estableció el régimen de transición para los operadores postales de mensajería especializada que no se acogieron a la nueva normatividad postal.

En consecuencia en debida aplicación de lo dispuesto en el artículo de la Ley es inequívoco que en el evento de acogerse la empresa de servicios postales a la norma de transición según la cual podía continuar operando con sujeción a las normas con base en las cuales le fue otorgada la licencia hasta la fecha de vencimiento del término por el cual le fue esta concedida, el régimen jurídico aplicable a los hechos por los cuales fue objeto de investigación no es otro que el contenido en el Decreto 229 de 1995 y no el de la Ley 1369 de 2009, en la medida en que esta en el inciso primero del artículo 46 de esta última dispuso que las empresas *“podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos solo para esas habilitaciones. Cumplido el término fijado por las concesiones o licencias, se les aplicará el nuevo régimen previsto en la ley”*, por consiguiente, por expresa determinación del legislador la continuación en la prestación del servicio así como el régimen de deberes, infracciones y sanciones a que hubiere lugar por tal concepto es el previsto en el Decreto 229 de 1995 por todo el tiempo de vigencia y uso de la licencia que la parte actora era titular para ese momento, más aún si se tiene en cuenta que dicha norma no exceptuó de ese régimen de transición lo atinente a la tipificación de las faltas y de las sanciones susceptibles de imponer, circunstancia por la cual sobre ese preciso aspecto no era ni es posible aplicar en el presente asunto las disposiciones de la Ley 1369 de 2009, como equivocadamente lo hizo el juez de primera instancia.

h) Asimismo cabe manifestar también que el *a quo* confundió el régimen jurídico aplicable a los operadores de mensajería especializada previsto en el Decreto 229 de 1995 con el procedimiento administrativo sancionatorio puesto que el citado decreto regula la prestación del servicio de mensajería especializada, establece los requisitos y las obligaciones que deben cumplir los licenciatarios de este servicio autorizados por la parte demandada y tipifica las infracciones a la normatividad postal que dan origen al inicio de las investigaciones administrativas sancionatorias por su incumplimiento y, otro aspecto distinto es el procedimiento sancionatorio el cual regula las etapas procesales que se deben cumplir para llevar a cabo las investigaciones sancionatorias contra los operadores de mensajería especializada que hayan infringido las obligaciones establecidas en el Decreto 229 de 1995, sin embargo

en la demanda no se formuló ningún cargo de nulidad por vulneración del procedimiento adelantado dentro de la actuación administrativa por lo que no hay lugar a pronunciarse al respecto.

3) Por lo anotado los argumentos expuestos en el recurso de alzada por la parte demandada están llamados a prosperar motivo por el cual se procederá a estudiar los otros cargos de nulidad formulados con la demanda.

3.2 Las otras razones de ilegalidad invocadas con la demanda

En los hechos de la demanda la parte actora argumenta que en este caso concreto la falla del servicio no fue comprobada por la administración, que las guías elaboradas o expedidas para la prestación del servicio sí contienen la fecha y hora de entrega, que la parte demandada no pudo comprobar que las guías del operador postal no contaban con la hora de entrega, además que para que exista una falla del servicio debe generarse un perjuicio al Estado y al particular a quien se presta el servicio pero que en este caso no existe un reclamo por los remitentes y destinatarios de las guías números 01301040916, 013010300343 y 01301030366 por lo que el supuesto hecho de que las citadas guías no cuentan con la hora de entrega es más una cuestión de forma que de fondo ya que los usuarios del servicio no tuvieron ningún detrimento patrimonial; de igual manera no se probaron los elementos de la falla del servicio, esto es, la existencia de un daño antijurídico, que la falla del servicio haya ocasionado un daño pronado al destinatario, remitente o al Estado y que la acusación de los citados elementos conduzca con certeza a que realmente se ocasionó una daño.

Al respecto la Sala observa que este motivo de censura no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

1) Los literales c), e) y f) del párrafo del artículo 6 del Decreto 229 de 1995 definen como características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada, entre otras, las siguientes:

“Artículo 6°. Servicios de mensajería especializada. Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal

prestado con independencia de las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales, para la recepción, recolección y entrega personalizada de envíos de correspondencia y demás objetos postales, transportados vía superficie y/o aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.

Parágrafo. Las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada son:

(...)

c. Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual debe constar:

- Número de identificación del envío.

- **Fecha y hora de admisión.**

- Peso del envío en gramos.

- Valor del servicio.

- Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.

- **Fecha y hora de entrega;**

(...).

e. Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a:

Veinticuatro (24) horas en servicio urbano.

Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional a cualquier lugar del país.

Noventa y seis (96) horas en servicio internacional;

f. Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada, puede exigir la prueba de entrega del envío, donde consta fecha y hora de entrega y firma e identificación de quien recibe.” (destaca la Sala).

De la citada norma se tiene lo siguiente:

a) El prestador del servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía por cada envío en el cual *debe* constar entre otros aspectos la fecha y hora de admisión y la fecha y hora de entrega.

b) La importancia de que en la guía de mensajería consten la fecha y hora de admisión y la fecha y hora de entrega obedece a que los envíos de mensajería

especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega con unos tiempos de entrega no superiores a 24 horas para el servicio en el sector urbano, 48 horas para el servicio nacional a cualquier lugar del país y 96 horas para el servicio de carácter internacional, de manera que el cliente usuario del servicio de mensajería especializada puede exigir la prueba de entrega del envío donde conste fecha y hora de entrega y firma e identificación de quien recibe.

2) Por su parte el artículo 41 del del Decreto 229 de 1995 consagra que la parte demandada cuando comprueba irregularidades en la prestación de los servicios postales por parte de los concesionarios o licenciatarios sancionará con multas sucesivas cuyo valor podrá oscilar entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las demás sanciones de ley, de la caducidad del contrato o revocatoria de la licencia, en caso de reincidencia.

Al respecto la norma preceptúa lo siguiente:

“Artículo 41. Fallas en el servicio. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe irregularidades en la prestación de los servicios postales, por parte de los concesionarios o licenciatarios, sancionará con multas sucesivas, cuyo valor podrá oscilar entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las demás sanciones de ley, de la caducidad del contrato o revocatoria de la licencia, en caso de reincidencia.” (negrillas adicionales).

3) Con el informe de auditoría integral entregado por la empresa consultora Jahv Mcgregor SA a la parte demandada el 27 de febrero de 2013 (fls. 92 a 108 cdno.) se allegaron copias de las guías de mensajería números 01301040916, 01301030343 y 01301030366 en las cuales no se observa el diligenciamiento de la hora de admisión ni de la fecha y hora de entrega de esos envíos (fls. 129, 131 y 132 cdno. no. 1).

4) Frente al citado hecho como consta en el informe de auditoria y en los actos acusados la parte actora se comprometió a *“capacitar al personal en cuanto a la importancia y correcto funcionamiento de la guía y establecer los mecanismos para fijar la hora en el momento de la entrega”* (fls. 104 y 244 vlto.

y 245 cdno. no. 1), es decir, la propia parte actora aceptó la comisión de la falta comprometiéndose para el efecto a adelantar un plan de mejoramiento (fl. 124).

5) De igual manera debe advertirse que si bien la parte actora el 1o de marzo de 2013 allegó mediante correo electrónico unas guías de mensajería con fecha y hora de entrega en cumplimiento del plan de mejoramiento lo cierto es que esas guías corresponden a otras series distintas a las reportadas por la empresa consultora y que sirvieron de fundamento para la imposición de la sanción de multa ya que corresponden a los números 01301049183, 01301050062, 01301048381, 01301048301, 01301048362, 01301048340, 01301049499, 01301049502, 01301049511, 01301049521, 01301058983, 01301055791, 01301071076 y 01301049556, (fls. 220 a 237 cdno. no. 1).

6) El hecho de haberse cumplido el plan de mejoramiento no desvirtúa los hallazgos encontrados por la empresa consultora y reportados a la parte demandada los cuales constituyen una irregularidad en la prestación del servicio postal susceptible de ser sancionada como finalmente ocurrió en los actos administrativos demandados.

7) De las pruebas aportadas se tiene que en este caso concreto se desconocen la hora de admisión y la fecha y hora de entrega de las guías de mensajería especializada números 01301040916, 01301030343 y 01301030366 ya que esos campos no fueron diligenciados por la parte actora lo cual sin duda alguna configura la comisión de la infracción que finalmente fue sancionada contenida en el parágrafo literal c) del artículo 6 del Decreto 229 de 1995.

8) Cuando no se registran o no se diligencian en debida forma *la fecha y hora de admisión y la fecha y hora de entrega* de cada envío se presenta una falla o irregularidad en la prestación del servicio por parte del operador postal de mensajería especializada en cuanto esos precisos aspectos y requisitos son importantes para demostrar el cumplimiento de sus obligaciones como lo es el tiempo de entrega de los objetos postales que, es de 24, 48 o 96 horas contados desde su admisión según si el servicio que se presta es urbano,

nacional o internacional según lo regulado en el literal e) del párrafo del artículo 6 del Decreto 229 de 1995.

9) De otra parte debe ponerse de presente, como se expuso en los actos demandados, que en este caso concreto no opera la teoría de responsabilidad del Estado por falla del servicio porque esta se refiere a la responsabilidad de entidades estatales cuando en ejercicio o cumplimiento de sus funciones o por omisión o extralimitación de las mismas causan un daño a otros y que por tal motivo asumen la obligación jurídica de indemnizar a las respectivas víctimas, para cuya configuración y exigibilidad se requiere demostrar (i) la existencia de una conducta del Estado (activa o pasiva), (ii) el incumplimiento de un deber legal a su cargo de la entidad demanda, (iii) la generación de un daño antijurídico y, (iv) un nexo causal entre el origen del daño y la falla del servicio, aspecto que este sustancialmente distinto al proceso sancionatorio administrativo que puede y debe ser adelantado en contra de los prestadores del servicio postal que, fue que se adelantó en este caso concreto para expedir los actos demandados y el cual tiene por finalidad no la reparación del daño sino sancionar a los operadores postales de mensajería por el incumplimiento de la normatividad postal a la cual están sujetos para el desarrollo de esa actividad.

10) En síntesis, en este caso concreto la falta o infracción es imputable a la parte actora por cuanto la empresa demandante tenía el deber legal de diligenciar en las guías de mensajería especializada ya anotadas la hora de admisión y la fecha y hora de entrega, sin embargo, no lo hizo, conducta que inclusive fue aceptada por la propia entidad demandante al suscribir el plan de mejoramiento, por lo que sin duda alguna en este caso concreto se presentó una falla o irregularidad en la prestación del servicio motivo por el cual la sanción impuesta en los actos acusados se ajusta a derecho.

4. Conclusión

Por lo anotado la sentencia de primera instancia será revocada y en consecuencia se denegarán las pretensiones de la demanda por no haberse

desvirtuado la presunción de legalidad que ampara a los actos cuya nulidad se depreca con la demanda.

5. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso como la sentencia de primera instancia será revocada, en el presente evento hay lugar a condenar en costas causadas en ambas instancias a la parte actora en la condición de parte vencida cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 *ibidem* que preceptúa *“las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior”*.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

1º) Revócase la sentencia de 25 de junio 2018 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá.

2º) Deniéganse las pretensiones de la demanda.

3º) Condénase en costas causadas en ambas instancias procesales a la parte actora conforme de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 numeral 4 y 366 del Código General del Proceso cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia.

4º) Ejecutoriada esta providencia por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha.



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado