



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Despacho del Superintendente de Industria y Comercio
Grupo de Trabajo de Competencia Desleal

Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006)

SENTENCIA NÚMERO 004

Por la cual se decide un proceso por competencia desleal

Radicación 03024186
Aserco vs. Adpostal

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a decidir la demanda por competencia desleal instaurada por la sociedad Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada Aserco en contra de la Administración Postal Nacional Adpostal

1. ANTECEDENTES

El 21 de marzo de 2003, mediante memorial radicado 03024186 la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada Aserco presentó acción contra la Administración Postal Nacional Adpostal, por actos de competencia desleal descritos en los Artículos 8 y 11 de la Ley 256 de 1996.

1. Hechos de la demanda

Los hechos que sustentan la demanda, se sintetizan así:

1. La Administración Postal Nacional Adpostal, mediante insistentes oficios a la empresa Telebucaramanga, a sabiendas de que ésta es una empresa privada, a la que no le es aplicable el Artículo 43 del Decreto 229 de 1995¹, le ha exigido el reconocimiento de su monopolio para distribuir facturas de servicio público. Con tales actos ha demostrado su propósito de desviar la clientela en su beneficio.
2. Adpostal, ha presentado demandas temerarias contra operadores privados como la empresa Servireparto, argumentando que estas no pueden distribuir facturas de servicios públicos. Del mismo modo, contra la sociedad Telebucaramanga.
3. Con los anteriores comportamientos, Adpostal, a través de medios ilegítimos, se ha propuesto desviar la clientela en su beneficio y ha inducido a error a los clientes acerca de

¹ DECRETO 299 DE 1995 "Por el cual se reglamenta el Servicio Postal" Artículo 43. "Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, deberán transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el Artículo 10 del Decreto 75 de 1984".

DECRETO 75 DE 1984, Artículo 10 "Sin perjuicio de lo indicado en el numeral f) del Artículo 7, dentro de una misma ciudad, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, están obligados a enviar su correspondencia, recibos de servicio y avisos de todo tipo con la dirección del destinatario, por medio de la Administración Postal Nacional –ADPOSTAL–; la misma regla se observará para el correo terrestre interurbano y la correspondencia destinada al interior y exterior del país, vía aérea, será enviada por intermedio de la entidad autorizada.

"Parágrafo: El Ministerio de Comunicaciones podrá eximir, total o parcialmente de la obligación consagrada en el presente Artículo, a las entidades públicas que por urgencia y volumen de su correspondencia requieren un servicio especial y acrediten ante el Ministerio de Comunicaciones, la necesidad de diligenciarla a través de una de las empresas que hayan contratado con la Administración Postal Nacional –ADPOSTAL–."

la capacidad legal de las demás empresas de mensajería para distribuir facturas de servicios públicos.

2. Pretensiones

Con base en los hechos narrados, la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada Aserco, solicitan a la Superintendencia de Industria y Comercio pronunciarse favorablemente frente a las siguientes pretensiones:

“1.- Se declare la ilegalidad de los actos denunciados constitutivos de COMPETENCIA DESLEAL y en consecuencia se sancione a ADPOSTAL como responsable de los mismos hasta por 2.000 salarios mínimos legales vigentes, de conformidad con los artículos 1, 2 y 4 numeral 15 del Decreto 2153 de 1992.

“2.- Como consecuencia de la anterior declaración, solicito que se ORDENE a ADPOSTAL remover los efectos producidos por dichos actos.

“3.- Se disponga indemnizar los perjuicios causados a las empresas afectadas que debidamente representamos gremialmente, los cuales estaremos tasando durante el curso del proceso, conforme al parágrafo 3(sic) de la Ley 246 de 1998”.

3. Contestación de la demanda

Mediante Resolución 13183 del 20 de mayo del 2003 se dio inicio al proceso. Dicha providencia fue notificada por edicto desfijado el 16 de junio del 2003.

Estando dentro del término judicial fijado en la Resolución 13183 del 2003 para que la demandada solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer en el proceso, por medio de memorial radicado el 9 de julio del 2003 con el número 03024186-30001, la Administración Postal Nacional Adpostal intervino para ejercer su derecho de defensa negando su incursión en los actos de competencia desleal denunciados, fundando su posición en los siguientes argumentos:

1. Adpostal se ha ceñido a las disposiciones legales en materia de correo, así que jamás ha desconocido los derechos y garantías de los licenciatarios de los servicios de mensajería especializada, como lo sostiene la parte accionante.
2. Adpostal tiene el elemento operativo requerido para prestar el servicio de mensajería especializada y es la única empresa que puede prestar, por concesión del Ministerio de Comunicaciones, los servicios de correo normal y certificado, por lo que es la red oficial de correos, según lo normado en los Decretos 75 de 1984, 2563 de 1985 y 229 de 1995, y el concepto número 1363 emitido por el Consejo de Estado.
3. Adpostal dejó de percibir ingresos por la suma de \$501.374.445 durante el período mayo de 2000 – noviembre de 2001, por la adjudicación que Telebucaramanga hizo del contrato de mensajería a Servireparto S.A., incurriendo en desconocimiento de la obligación de contratar los servicios de distribución de correspondencia con Adpostal *“existiendo además prueba contundente dentro del investigativo de la referencia, que la Empresa adjudicataria de la licitación ha venido entregando la facturación por debajo de la puerta, sin firma del destinatario o sea sin prueba de entrega”.*

4. Con base en lo anterior, afirma la sociedad accionada que Adpostal seguirá denunciando a las empresas que manejan mensajería especializada y no cumplan los requisitos exigidos para tal fin, invadiendo la concesión que por mandato de la ley sólo posee el correo estatal para el recibo y entrega de correspondencia normal u ordinaria en la que no se exige prueba de entrega.

4. Actuación procesal

Vencido el término para contestar la demanda, dando cumplimiento a la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación que fue celebrada el día 6 de agosto del 2003, sin que se llegara a dar acuerdo entre las partes, por lo que se continuó el trámite profiriendo acto de pruebas.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, practicadas las pruebas decretadas y vencido el término probatorio, esta Superintendencia adecuó el trámite del proceso a lo dispuesto por el Artículo 49 de la Ley 962 del 2005 y dando aplicación al procedimiento abreviado del Código de Procedimiento Civil, profirió el Auto 3537 del 8 de agosto del 2005, por medio del cual se corrió traslado a las partes para alegar. Dicha providencia fue notificada por Estado 104 del 10 de agosto del 2005, por lo que el término de traslado se cumplió el 18 de agosto del 2005, dentro del cual las partes no presentaron escrito alguno.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. La acción declarativa o de condena

Señala el numeral primero del Artículo 20 de la Ley 256 de 1996, que “[e]l afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante...”.

Luego de examinar el texto de la norma en cuestión, se advierte que la finalidad perseguida con la acción declarativa o de condena en materia de competencia desleal, es declarar la realización de una conducta desleal ya acaecida, ordenar al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados.

En ese orden de ideas, el análisis que a continuación se inicia se hará bajo el entendido de la finalidad perseguida con dicha acción.

2. Supuestos generales de la Ley 256 de 1996

Para que una conducta pueda ser considerada desleal a la luz de los Artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996 es necesario comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial.

2.1 Ámbito objetivo de aplicación

El Artículo 2 de la Ley 256 de 1996, establece el ámbito objetivo de aplicación en los siguientes términos: “Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.- La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se

realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

En el caso bajo estudio, en los términos de la demanda, la acción de competencia desleal tiene fundamento en presuntos actos de competencia desleal ejecutados por Adpostal, que perjudican los intereses de quienes se agremian en la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada Aserco, a través de dos conductas: por una parte, el envío de oficios o cartas a entidades estatales prestadoras de servicios públicos, clientes del servicio postal en el territorio colombiano, y de otra parte, la interposición de acciones temerarias ante entes administrativos y jurisdiccionales en contra de las empresas privadas de mensajería, Servireparto S.A. y Menser Ltda.

En lo que se refiere al **envío de oficios** a entidades prestadoras de servicios públicos, clientes del servicio postal para la entrega de sus facturas, que aluden a la supuesta incapacidad de las empresas privadas de mensajería para distribuir facturas de servicios públicos, en virtud de un monopolio que reclama por ser empresa industrial y comercial del Estado, por su naturaleza comercial, se revela como una conducta realizada en el mercado y objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación de la Administración Postal Nacional Adpostal en él.

En cuanto a la interposición de acciones temerarias, considera el Despacho que aunque no es obvia la finalidad concurrencial de una conducta que se origina en el ejercicio del derecho fundamental a accionar, podría llegarse a concluir que a pesar de que la actuación se inició en los estrados judiciales o administrativos, tanto su causa como su objeto o efecto tuvieron origen en el mercado, como cuando según las circunstancias, las acciones judiciales interpuestas no tenían por objeto obtener una sentencia o un acto administrativo favorable a sus pretensiones sino interferir en los negocios de un agente del mercado, entre otras.

En tal sentido es que este despacho considera que de estar en presencia de un ejercicio ilegítimo del derecho a accionar, puede, eventualmente, acaecer un acto concurrencial realizado en el mercado, en tanto y en cuanto la causa y el objeto o efecto de tal actividad sea de naturaleza comercial, no obstante haberse desarrollado en el escenario judicial o en el administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la descripción de la conducta de Adpostal, considerada por Aserco como acto de competencia desleal, consistente en la **interposición de acciones temerarias** ante entes administrativos y jurisdiccionales en contra de las empresas privadas de mensajería, Servireparto S.A. y Menser Ltda., contiene los elementos normativos propios del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996, por lo que ésta le es aplicable.

Habiéndose deducido la finalidad concurrencial de las conductas por las que se demanda a la Administración Postal Nacional Adpostal, en ejercicio de la acción de competencia desleal, ante la ausencia de prueba en contrario, se mantiene la presunción que establece la norma y se tiene por cumplido el presupuesto al que se refiere este acápite.

2.2 Ámbito subjetivo de aplicación

El Artículo 3 de la Ley 256 de 1996 establece: *“Ámbito subjetivo de aplicación. Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.- La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”.*

Por otra parte, la misma ley en su Artículo 21 dispone que las acciones derivadas de la competencia desleal también pueden ejercitarse por *“asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros”* (subraya del despacho).

Actuando Aserco en representación de las empresas de mensajería especializada quienes pueden resultar gravemente afectadas por los supuestos actos de competencia desleal de Adpostal, y probada durante el proceso la calidad de participantes en el mercado del servicio postal de los sujetos procesales, se considera cumplido el presupuesto subjetivo. Sin embargo, es importante señalar que entre la actividad defendida y promovida por la asociación accionante, el servicio de mensajería especializada al que se dedican sus miembros, y la actividad de la empresa accionada, el servicio oficial de correo normal y especializado, existe una clara relación de competencia directa.

2.3 Ámbito territorial de aplicación

El Artículo 4 de la Ley 256 de 1996 señala: *“...se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”*

Por medio de este proceso se investiga la conducta de la Administración Postal Nacional Adpostal, empresa industrial y comercial del Estado colombiano, por su supuesta incursión en actos de competencia desleal, realizados en el mercado nacional, de lo que se infiere que los efectos principales de su conducta estarían llamados a cumplirse en el territorio colombiano.

3. **Análisis de lealtad de la conducta de la Administración Postal Nacional Adpostal**

Estando acreditados los supuestos sobre legitimidad en la causa por activa y por pasiva, y encontrándose establecido que los hechos objeto del proceso reúnen las condiciones generales para ser considerados como actos concurrenciales, corresponde analizar si los mismos son calificables como desleales y, en consecuencia, si son susceptibles de ser reprimidos como de competencia desleal.

3.1 **Actos de engaño**

El Artículo 11 de la Ley 256 de 1996, dispone lo siguiente:

“En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994² se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

“Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

² El punto 3 del numeral 3 del Artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, dispone que *“en particular deberán prohibirse... 3) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error, sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.*

El Artículo 11 de la Ley 256 de 1996 expresa que dicha norma se encuentra en concordancia con lo dispuesto acerca del engaño en el Convenio de París³, concordancia que se hace manifiesta al presumir el artículo la deslealtad de la conducta cuando se encuentre demostrado que un acto es susceptible de inducir a error al consumidor, bien sea porque se difundan aseveraciones falsas o incorrectas que tengan tal efecto en las personas a las que se dirigen, bien porque se omitan las verdaderas características de un bien o servicio y se genere en el público error, o bien porque se realice cualquier otro acto que cause dicha consecuencia en quienes perciben la conducta.

La argumentación de las partes y su soporte probatorio

- Parte accionante - Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada Aserco

La Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada Aserco acusa a la Administración Postal Nacional Adpostal, de estar realizando actos de engaño. Fundamenta su señalamiento en la presentación, por parte de Adpostal, de varias denuncias por competencia desleal en contra de empresas de mensajería, así como de la presentación de insistentes oficios a la sociedad Telebucaramanga.

Apoya el criterio de la asociación accionante, el testimonio del señor **Mario Alberto Rodríguez Ariza**⁴, ingeniero de sistemas, consultor independiente, que entre otras empresas y agremiaciones, asesora a Aserco. Durante la diligencia, el testigo expuso que a partir de una equivocada interpretación del Artículo 43 del Decreto 229 de 1995, Adpostal cree que no solamente el mercado de las empresas estatales del orden nacional son parte de su monopolio, sino que incluye en la esfera de tal obligación a todas aquellas de orden nacional o local, prestadoras de servicios públicos que están reguladas por la Ley 142 de 1994. En opinión del testigo, tal interpretación contradice la legislación comercial de las empresas de derecho público que se mueven en el ámbito del derecho privado y que están autorizadas para contratar con cualquier operador autorizado por el Ministerio de Comunicaciones. Según el testigo, la incorrecta interpretación de la ley por parte de Adpostal, ha causado el cierre de empresas de mensajería que optaron por ofrecer sus servicios exclusivamente a las empresas de servicios públicos. Por otra parte, afirma que la pérdida de mercado que ha sufrido Adpostal a lo largo de los últimos 8 años se debe a su obsolescencia estructural, dificultad que no ha podido superarse, dada la precariedad de los recursos de la entidad para modernizarse.

El testimonio del doctor **Marcos Vidal Vesga León**⁵, abogado litigante, asesor jurídico eventual de Servireparto S.A., a pesar de haber sido solicitado por la parte accionante, no aporta elementos reales de juicio a este proceso, teniendo en cuenta que su declaración y el enfoque que se dio a su interrogatorio, se centró en eventos ocurridos durante el proceso iniciado por Adpostal contra Servireparto S.A., seguido en el expediente 02074656, sobre los cuales no existe más que el dicho del testigo y resultan, por lo demás, impertinentes.

³ El Convenio de París fue incorporado a nuestro ordenamiento legislativo por medio de la Ley 178 de 1994, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante fallo C-02 de 1996, cuya vigencia empezó el 2 de septiembre de 1996.

⁴ Folios 179 a 185 del cuaderno 1.

⁵ Folios 186 a 189 del cuaderno 1.

- Parte accionada – Administración Postal Nacional Adpostal

Por su parte, Adpostal dio respuesta a la acción, oponiéndose a la acusación de Aserco y reafirmando su interpretación de la legislación postal, según la cual, Telebucaramanga desconoció las disposiciones que reglamentan el sector de las comunicaciones durante el proceso licitatorio en el que resultó favorecida la entidad privada Servireparto S.A., no teniendo la estructura necesaria para distribuir un gran número de facturas por mensajería especializada, de la manera exigida legalmente, mientras que Adpostal, además de contar con la capacidad necesaria para cumplir el contrato, está autorizada para prestar el servicio de mensajería especializada y es la única empresa que puede prestar los servicios de correo normal y certificado. Fundamenta su interpretación en los conceptos número 1363 del Consejo de Estado y 1738 de la Contraloría General de la República.

La posición jurídica de Adpostal consta en el expediente, representada por la prueba documental obrante a folios 30 a 32⁶, 51 a 53⁷, 79⁸, 80⁹, 215 a 219¹⁰, 273¹¹, 334¹² y 394¹³, del cuaderno 1 del expediente.

Igualmente, se evidencia tal criterio jurídico en el testimonio del señor **Juan Fernando Díaz Quintero**¹⁴, Jefe de la Oficina Jurídica de Adpostal, desde el 7 de septiembre de 2001. Al declarar, el testigo manifestó que Adpostal inició un proceso de recuperación masiva de su clientela, comenzando con entidades estatales como la DIAN, el ISS, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Presidencia de la República, la Contraloría, la Procuraduría, etc. Posteriormente, Adpostal hizo contacto con empresas de servicios públicos domiciliarios que, “si bien no tendrían la obligatoriedad de contratar con la Administración Postal como Estado, sí podíamos prestarle un servicio acorde a sus necesidades”. Durante ese proceso, Adpostal advirtió que las empresas privadas de mensajería no estaban prestando a esas empresas de servicios públicos domiciliarios el servicio de mensajería especializada, en las condiciones señaladas en el parágrafo del Artículo 6 del Decreto 229 de 1995, convirtiéndose el servicio especializado contratado, en el de correo, modalidad del servicio postal cuyo ejercicio está atribuido legalmente y de manera exclusiva a Adpostal, según criterio del declarante¹⁵.

⁶ Argumentación de Adpostal al instaurar la acción de cumplimiento ante el Tribunal Administrativo de Santander, en contra de las Empresas Públicas de Bucaramanga y Menser Ltda.

⁷ Argumentación de Adpostal al interponer recurso de apelación ante el Honorable Consejo de Estado, en contra del fallo del 2 de abril de 1998, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander al decidir la acción de incumplimiento contra Empresas Públicas de Bucaramanga y Menser Ltda.

⁸ Oficio del 23 de octubre de 2001, suscrito por la Subgerente de Mercadeo de ADPOSTAL, enviado a los gerentes regionales y jefes de mercadeo regionales de la misma entidad.

⁹ Oficio 1725 del 14 de noviembre de 2001, enviado por el Gerente Regional Bucaramanga al director general de Adpostal.

¹⁰ Argumentación de la acción de competencia desleal de ADPOSTAL contra Servireparto S.A, tramitada en el expediente 02074656.

¹¹ Oficio 1610 del 29 de octubre de 2001, enviado por el Gerente Regional de Adpostal al Gerente Departamental de Telecom.

¹² Oficio 0941 del 15 de noviembre de 2001, suscrito por el Director General de Adpostal, enviado al Gerente de Telebucaramanga.

¹³ Oficio 501 del 5 de agosto de 1997, suscrito por la Gerente Regional, encargada, de Adpostal Regional Bucaramanga, dirigido al Gerente de Empresas Públicas de Bucaramanga.

¹⁴ TESTIMONIO DE JUAN FERNANDO DÍAZ QUINTERO, folios 191 a 198.

¹⁵ TESTIMONIO DE JUAN FERNANDO DÍAZ QUINTERO, preguntas 16 y 17, folio 196 del cuaderno 1. *“Por algunas evidencias que tuvo ADPOSTAL frente a la presunta irregular distribución de facturación sin el lleno de los requisitos del parágrafo del Artículo 6 del Decreto 229, más concretamente, sin que dicha facturación se entregara a su destinatario sin, al parecer, la prueba individual de entrega. No había otra razón (...) A la Superintendencia se le puso en conocimiento la normatividad que rige los servicios postales en Colombia, para que, y según su competencia, determinara si el hecho de distribuir facturación sin prueba individual de entrega era violatoria o no de la normatividad que se le ponía de presente, y si esa misma actividad constituía o no una actividad restrictiva de la actividad comercial o se podía enmarcar con una práctica ilegal, etc., porque resulta apenas evidente que si una entidad privada o pública contrata con una*

El dicho del testigo, en relación con la contratación de servicios postales por parte de la empresas estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es el siguiente: *“Jurídicamente tengo muy claro que un contrato celebrado entre una empresa industrial y comercial del Estado, independientemente de que preste servicios públicos y ADPOSTAL adquiere el carácter de interadministrativo haciéndolo desde todo punto de vista muchísimo más conveniente a nivel de exenciones tributarias, principios de transparencia, etc. Condiciones que no ostentaría contrato celebrado con otro courier, con un courier privado. De poder hacerlo, lo pueden hacer, pero si lo hacen con una persona diferente a ADPOSTAL, el servicio contratado, sola y exclusivamente, puede ser el servicio de mensajería especializada, con las implicaciones y condiciones del parágrafo del artículo 6 del Decreto 229. De lo contrario, el objeto contratado difiere del servicio prestado”.*

Coherente con el testimonio del doctor Díaz Quintero, depuso la doctora **Lenny Yudith Gómez Portilla**¹⁶, abogada, Coordinadora de la División Administrativa y Financiera Regional - Distrito Capital, de Adpostal, quien expuso que la razón por la cual esa entidad interpuso acción de competencia desleal contra la sociedad Servireparto S.A. fue el hecho de no habersele adjudicado el contrato para la distribución de 220.000 facturas de teléfono, expedidas por Telebucaramanga, lo que, en opinión de Adpostal, apoyada en el concepto 1363 del Consejo de Estado, no coincide con las disposiciones legales que establecen que las entidades del Estado deben hacer uso de Adpostal para contratar el envío de correo. Al ser Servireparto S.A. una empresa de mensajería especializada que no pertenece al sector oficial, no debió adjudicársele el contrato de distribución por Telebucaramanga.

Apreciación de los hechos y las pruebas por parte del Despacho, frente a la presunción del Artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

Examinada la totalidad de las pruebas aportadas al proceso en su conjunto y con base en los principios de la sana crítica¹⁷, se tiene que frente al primero de los escenarios donde el accionante ubica la conducta desleal de Adpostal, cual es la presentación de denuncias por competencia desleal en contra de empresas de mensajería, los hechos son los siguientes:

- Que Adpostal, el 26 de agosto de 2002, presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, **acción por competencia desleal en contra de la sociedad de mensajería Servireparto S.A.**¹⁸ (proceso seguido en el expediente 02074656), pues en opinión de Adpostal, al serle adjudicado el contrato ofertado por la empresa Telebucaramanga (solicitud privada de ofertas No. 20 de 2001¹⁹) que tenía por objeto la distribución y entrega a domicilio de las facturas por cobro de los servicios telefónicos a los usuarios ubicados en Bucaramanga y su área metropolitana, Servireparto desconoció las normas sobre correos, invadiendo con pleno conocimiento el derecho exclusivo y legal de Adpostal de suministrar la prestación de este servicio público a una empresa estatal como lo es Telebucaramanga²⁰.

empresa diferente a la Administración Postal Nacional, únicamente lo puede hacer para ejercer mensajería especializada, con lo que eso implica”

¹⁶ Folios 199 a 201 del cuaderno 1.

¹⁷ Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁸ Folios 214 a 469 del cuaderno 1.

¹⁹ Folio 272 del cuaderno 1.

²⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE COMERCIO DE BUCARAMANGA, folio 360. “Naturaleza: La sociedad es una empresa de servicios públicos mixta, del tipo de las anónimas y tendrá por nombre la denominación social de la Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. Telebucaramanga; dedicada a la prestación de servicios públicos, domiciliarios, de nacionalidad colombiana

- Que Adpostal, el 4 de marzo de 1998, presentó **acción de cumplimiento ante el Tribunal Administrativo de Santander en contra de las Empresas Públicas de Bucaramanga y la Empresa de Mensajería y Servicios Menser Ltda.**, por omisión en la aplicación del Decreto 229 de 1995, en la ejecución del contrato suscrito entre los accionados (Telebucaramanga y Menser) que tuvo por objeto el reparto y distribución a domicilio de un estimado de 180.000 facturas telefónicas mensuales. De acuerdo con Adpostal, en el contrato mencionado no se pactó expresamente la entrega de las facturas por medio de mensajería especializada, razón por la cual la entrega se hace como correo tradicional²¹.
- Que la Gerente Regional (E) de Adpostal Regional Bucaramanga, por medio de comunicación del 5 de agosto de 1997, hizo la siguiente **advertencia al Gerente de Empresas Públicas de Bucaramanga**: *“Encuentro que las cuentas de recibos oficiales (ciclo 15) y los ciclos 11 y 12 del mes anterior (20.519), fueron impuestos en la empresa ‘MENSER LTDA.’, refiriéndose al incumplimiento del contrato 3002, vigente hasta el 31 de diciembre de 1997 y a la violación del Estatuto de Contratación Administrativa y los Decretos 75 de 1984, 2563 de 1985 y 229 de 1995, ya que en opinión de Adpostal, de acuerdo con la normatividad vigente en esa época, el hecho de contratar con una empresa privada la distribución de las facturas, constituye una flagrante violación a las normas precitadas anteriormente, pues en virtud de ellas las entidades territoriales y descentralizadas de todos los órdenes administrativos están obligadas a remitir sus envíos de correspondencia a través de Adpostal*²².
- Que el Gerente Regional de Adpostal, por medio de oficio con fecha 24 de octubre de 2001, **advirtió al Gerente Departamental (Cesar) de Telecom**, sobre la obligatoriedad de la contratación de Adpostal para distribuir las 7.000 facturas de Telecom en la localidad de Aguachica, teniendo en cuenta, según sus términos, que Adpostal es la única empresa que puede distribuir las facturas de servicios públicos sin comprobante de entrega²³.

Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis de este evento girará en torno al problema jurídico planteado por la parte accionante relativo a si Adpostal, al presentar las acciones de cumplimiento y de competencia desleal en contra de empresas de mensajería, y al enviar comunicaciones a Telebucaramanga y a Telecom, utilizó o difundió indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, que, por las circunstancias en que tuvieron lugar, tenían la capacidad para inducir a error a las personas a las que se dirigieron o alcanzaron, bien sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de Aserco, o sobre la naturaleza o las características del servicio prestado por Adpostal, o las dos. Como puede verse, se trata de dos eventos que han de ser analizados por separado.

En aras de la claridad, el despacho analizará el primero de los eventos planteados para establecer si hubo temeridad en la conducta de Adpostal, para proceder a adecuar esa temeridad a los presupuestos del Artículo 11 de la Ley 256 de 1996, tal como lo pretende la

regulada por la Ley 142 de 1994, por las disposiciones que la complementen, reglamenten, sustituyan o modifiquen, por los presentes estatutos y por las normas del Código de Comercio en lo pertinente a sociedades.

²¹ Folios 30 a 72 del cuaderno 1.

²² Folios 77 y 78 del cuaderno 1.

²³ Folio 273 del cuaderno 1.

parte accionante. En segundo lugar, se estudiará el comportamiento de Adpostal frente a las comunicaciones enviadas a Telebucaramanga y a Telecom.

Temeridad

El derecho constitucional de acceso a la justicia es un derecho relativo y no absoluto²⁴, por lo tanto, es posible el abuso de su ejercicio²⁵, pues puede llegar a afectar injustamente derechos ajenos, que bien pueden corresponder a aquellos garantizados constitucionalmente en el Artículo 333 Superior -fundamento constitucional de la legislación sobre competencia desleal-, produciendo eventualmente una perturbación en el funcionamiento concurrencial del mercado, manteniendo o incrementando la participación en él de quien lo realiza o de un tercero, perturbación concurrencial que resulta censurable en la medida en que se deriva del referido abuso.

En criterio del Despacho, avalado por la jurisprudencia²⁶, mal podría deducirse de Adpostal un comportamiento de deslealtad comercial, de la simple interposición de acciones ante entes administrativos y jurisdiccionales, en ejercicio de su derecho de acción²⁷, derecho que corresponde al desarrollo de la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia²⁸.

De tal manera, deberá comprobarse si la conducta de Adpostal, consistente en la presentación de acciones en contra de varias empresas de mensajería, resultó abusiva del derecho a accionar y, por lo tanto, si estas acciones fueron temerarias. Comprobada la temeridad se verificará si la actuación temeraria se realizó en el mercado y con fines concurrenciales como quedó dicho renglones atrás, para entrar a ver si se adecua a los demás supuestos de hecho que consagra la norma de deslealtad bajo estudio.

Es importante aclarar en este punto que, en cuanto hace referencia a la competencia de este despacho para conocer de la temeridad alegada por la parte accionante, se acoge la interpretación que del Artículo 72 del Código de Procedimiento Civil hace el Tribunal Superior

²⁴ Esta conclusión, de acuerdo con la teoría de la relatividad de los derechos subjetivos acogida por la Corte Suprema de Justicia en la segunda mitad de los años 30 del siglo pasado. "En casación de 31 de octubre de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, CCXXXVII, pp. 1269 y ss., la Corte insiste: 'A partir de la moderna concepción del derecho, conforme a la cual cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentre investida una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen, la jurisprudencia nacional, con apoyo en el Artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, dio cabida a este principio general, por encontrar que es una regla imprescindible para refutar la pacífica convivencia entre los asociados, que se encuentra inmersa en el espíritu general de la legislación' (RENGIFO GARCÍA, Ernesto. "Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 42).

²⁵ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO "Abuso del Derecho" Edit. Astrea, Buenos Aires 1992, pág. 139 y 143, citado en la obra "Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante" Universidad Externado de Colombia, 2002, página 60, de RENGIFO GARCÍA, Ernesto. "La teoría del deber jurídico, como mandato general limitante del principio de autonomía de la voluntad, encuentra su dinámica en el principio del abuso del derecho, relacionado con los límites internos que resulta esencial imponer en el ejercicio de las libertades que posibilitan comercial, con el fin de mantener el equilibrio colectivo. Se abusa del derecho cuando se transgrede el deber jurídico genérico de no exceder el uso del derecho, de manera antisocial e inmoral, capaz de lesionar a otro o de no emplearlo adecuadamente en relación con su propia finalidad socioeconómica".

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-318 del 30 de junio de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-276 del 29 de abril de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-159 del 25 de febrero del 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando "Compendio de Derecho Procesal Civil" Ed. Dike, 1990, página 155. "el derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia a través de un proceso".

²⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 229. "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de un abogado".

del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil²⁹:

"La competencia para reprimir la temeridad con que se ha obrado en un proceso, corresponde al juez que conoce de él. Excepcionalmente el agraviado puede provocar un nuevo proceso para que se juzgue dicha conducta, "...sujetándose a una exigencia implícita en el Art. 72 del C.P.C.", consistente en mejorar la prueba existente en el proceso anterior, pues con la misma evidencia que obró en él, no puede obtener sentencia favorable". Y señala: "...si el juez no se pronuncia sobre la temeridad de una de las partes, el perjudicado puede promover un proceso específico para que se juzgue, pero estima que conforme al mismo precepto, el ejercicio de tal derecho se subordina a que el afectado mejore la prueba existente en el proceso anterior", premisas a partir de las cuales colige que "...si la evidencia de la temeridad estuvo en presencia del Juzgado Diecinueve Civil del Circuito, a este correspondía hacer la condena y el silencio de este Juez, ante quien se cometió la temeridad es sinónimo de inexistencia de esta, a menos que en nuevo juicio se mejore la prueba". Con base en lo anterior, concluye que "...era deber del demandante acreditar en este proceso la temeridad observada por su oponente, no con las mismas pruebas del juicio antecedente, que ya fueron examinadas por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito, sino con nuevos elementos que lleven a la convicción de la existencia de temeridad".

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que la temeridad alegada por la parte accionante no tiene su fundamento factual en el nacimiento o desarrollo del presente proceso, sino en hechos que, según Aserco, tuvieron lugar en desarrollo de la acción por competencia desleal en contra de la sociedad de mensajería Servireparto S.A. (proceso seguido en el expediente 02074656 ante esta superintendencia) y la acción de cumplimiento ante el Tribunal Administrativo de Santander en contra de las Empresas Públicas de Bucaramanga y la Empresa de Mensajería y Servicios Menser Ltda., este despacho considera esencial la declaración de temeridad en los procesos respectivos, para tener este hecho como base de la acusación que en este proceso se hace de temeridad como acto de competencia desleal.

No habiéndose acreditado la declaración de temeridad de Adpostal por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al conocer el proceso 02074656, ni por el Tribunal Administrativo de Santander, este despacho concluye que no es competente para conocer de la supuesta temeridad en la que incurrió Adpostal al promover tales procesos.

No obstante, el despacho advierte que en lo que constituye el recaudo probatorio en el presente proceso tampoco se observa el fenómeno de la temeridad por parte de Adpostal, pues, en primer lugar, es evidente que los hechos que nutren las razones de cada acción son diferentes: a) la acción de cumplimiento tenía por pretensión lograr del Tribunal Administrativo de Santander la expedición de una orden dirigida a Empresas Públicas de Bucaramanga y a Menser Ltda., para que dieran cumplimiento al Artículo 6 del Decreto 229 de 1995 en la entrega de la facturación telefónica, objeto del contrato de concesión para mensajería especializada, correspondiente a la invitación del 26 de noviembre de 1997, celebrado entre Empresas Públicas de Bucaramanga y Menser Ltda.; b) la acción de competencia desleal contra Servireparto S.A. pretendía la declaración de incursión en actos de competencia desleal por parte de esta empresa postal privada, por haberle sido adjudicado un contrato, correspondiente a la oferta No. 20-2001, con acta de cierre del 2 de noviembre de 2001, cuyo objeto era la distribución y entrega a domicilio de las facturas del servicio telefónico prestado

²⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, Sentencia del 27 de julio de 1995. Proceso ordinario promovido por Melchor Escrig Magdalena, Ana Enriqueta Eissner de Escrig, y E Import Engines and Parts Ltda., contra el Banco de Occidente.

por Telebucaramanga.

Por lo que respecta al presente proceso de competencia desleal, el despacho no observa la concurrencia de alguna de las comportamientos que de manera enunciativa se señalan en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Civil y que se adjetivan como actos de temeridad o mala fe, ni contempla en la conducta procesal de Adpostal elementos que de manera general pudieran conculcar los principios de lealtad y buena fe procesal, teniendo en cuenta que la temeridad se ha definido jurisprudencialmente como *"una reprochable conducta mediante la cual una persona, independientemente de su posición activa o pasiva dentro del proceso, hace uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o procesal -desvirtuándolos- en búsqueda de efectos favorables a sus pretensiones"*³⁰, *"...del ejercicio irresponsable, ilegal y temerario por parte del actor de una acción prevista para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, pero que en este caso, como ocurrió en uno anterior, lo único que ha logrado es el desconocimiento de la normatividad referente a la tutela y la alteración del buen funcionamiento de los despachos judiciales a los que ha correspondido conocer de las acciones instauradas por los mismos hechos"*³¹, y *"la actitud del litigante que demanda o excepciona a sabiendas de su falta de razón"* o en otras palabras, *la malicia que utilice para entorpecer el proceso"*³².

No habiéndose probado el abuso del derecho al acceso a la administración de justicia, por parte de Adpostal, tal conducta no alcanza a ser considerada bajo los supuestos consagrados en el Artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

En consecuencia, el análisis subsiguiente de la conducta de Adpostal frente a los requerimientos del Artículo 11 de la Ley 256 de 1996, continuará con la supuesta incorrección o falsedad de la información utilizada por Adpostal, con claros fines concurrenciales, al enviarla directamente a sus antiguos clientes, Telebucaramanga y Telecom.

Incorrección o falsedad de la información

- Análisis de las normas postales, vigentes entre el 4 de marzo de 1998 y el 26 de agosto de 2002

Para determinar la veracidad de las afirmaciones de Adpostal es necesario analizar las normas postales vigentes entre el 4 de marzo de 1998 y el 26 de agosto de 2002, fecha en que se instauraron las acciones y se produjeron las comunicaciones de Adpostal hacia consumidores de servicios de mensajería, como Telebucaramanga y Telecom, y prestadores del mismo, como Menser Ltda. y Servireparto S.A., que el accionante juzga como actos de competencia desleal.

Una retrospectiva normativa acerca del servicio de correos, muestra que antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, el Estado ejercía el monopolio de esta actividad –en la que se incluían implícitamente los servicios de correo y mensajería especializada- a través de Adpostal, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, SU-253 del 27 de mayo de 1998.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 25 de febrero del 2002. Expediente 5925. Magistrado Ponente, doctor José Fernando Ramírez Gómez.

³² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de noviembre del 2002. Expediente 14040. Consejero Ponente, doctor Ricardo Hoyos Duque.

comunicaciones, creada y organizada mediante Decreto 3267 de 1963³³ y reestructurada a través del Decreto 2124 de 1992³⁴.

Es así como, siendo el servicio de correos de titularidad pública exclusiva, era innecesario hacer distinciones explícitas, y de conformidad con esta orientación se expidieron los Decretos 075 de 1984 y 2365 de 1985. Sólo a partir del texto de la Ley 80 de 1993, Artículo 37, se establecen las diferencias entre mensajería especializada y correos, *“con el único objeto de determinar el régimen contractual aplicable a una u otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los de mensajería especializada”*³⁵.

A su vez, el Artículo 10 del Decreto 75 de 1984, disponía (pues fue modificado por el Artículo 1 del Decreto 2563 de 1985):

“Sin perjuicio de lo indicado en el literal f) del artículo 7º, dentro de una misma ciudad, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, están obligados a enviar su correspondencia, recibos de servicio y avisos de todo tipo con la dirección del destinatario, por medio de la Administración Postal Nacional – ADPOSTAL-; la misma regla se observará para el correo terrestre, interurbano, y la correspondencia destinada al interior y exterior del país, vía aérea, será enviada por intermedio de la entidad que esté debidamente autorizada.

Parágrafo. El Ministerio de Comunicaciones, podrá eximir, total o parcialmente de la obligación consagrada en el presente artículo, a las entidades públicas que por urgencia y volumen de su correspondencia requieren un servicio especial y acrediten ante el Ministerio de Comunicaciones la necesidad de diligenciarla a través de alguna de las empresas que hayan contratado con la Administración Postal Nacional – ADPOSTAL-“.

La reforma que introdujo al anterior Artículo, el 1 del Decreto 2563 de 1985, es la siguiente:

“Modifícase el artículo 10 del Decreto 75 de 1984, así: Sin perjuicio de lo establecido en el literal f) del artículo 7º del Decreto 75 de 1984, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, las entidades territoriales descentralizadas de todos los órdenes administrativos, deberán remitir los envíos de correspondencia y objetos postales incluidos dentro del monopolio estatal a nivel urbano, nacional e internacional, a través de la Administración Postal Nacional –ADPOSTAL- de conformidad con las disposiciones reglamentarias que al efecto se dicten, para regular la prestación de diversas modalidades de correo.

“La presente disposición se aplicará sin perjuicio de las franquicias postales creadas por la ley en beneficio de entidades y dependencias oficiales o para el ejercicio de determinadas funciones públicas.

“Parágrafo. Para los efectos de la presente disposición el término entidades descentralizadas comprenderá aquellas del orden nacional, departamental, municipal, distrital, intendencial y comisarial”.

³³ DECRETO 3267 DE 1963, Artículos 4 y 12 a 29. Folios 442 y 444 a 447.

³⁴ DECRETO 2124 DE 1992, Artículo 1. Folio 438.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-407 de 1994.

Ahora, el Decreto 229 de 1995, reglamentó el Artículo 37 de la Ley 80 de 1993, que en su Artículo 43 dispone:

“Los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, deberán transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el artículo 10 del Decreto 75 de 1984”.

Sobre el efecto jurídico de la modificación del Artículo 10 del Decreto 75 de 1984, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al resolver el 9 de agosto de 2001, la consulta de la Ministra de Comunicaciones radicada con el número 1363, así: *“Respecto de estas normas, en primer término, debe señalarse como se desprende claramente de éste último precepto, que el efecto jurídico de la modificación del artículo 10 del Decreto 75 de 1984 originario es su sustitución por el nuevo texto y, por lo tanto, a esta última norma habrá de sujetarse la interpretación”.*

En virtud de la anterior precisión, el mismo colegiado concluyó: primero, que el servicio de correos al que hace referencia el Artículo 1 del Decreto 2563 de 1985, incluye la modalidad de mensajería especializada; segundo, que el mandato contenido en el Artículo 43 del Decreto 229 de 1995 y en el Artículo 1 del Decreto 2563 de 1985, es puro y simple: **las entidades públicas nacionales a las que hace mención el artículo 43 del Decreto 229 (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional) , tienen la obligación de transportar el correo a través de la red oficial de correos, que es ADPOSTAL, sin distinción de modalidad ni cumplimiento de condiciones.**

En el caso que se decide, de acuerdo con el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, la Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. Telebucaramanga, es una empresa de servicios públicos mixta³⁶.

Ahora, si bien es cierto que se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, y por ello, sujeta a las normas de la Ley 142 de 1994, también lo es que esta misma norma, define en su artículo 14, numeral 6, que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%. Con lo cual queda claro que se trata de una sociedad de economía mixta y, por lo tanto, perteneciente al nivel descentralizado del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho no comparte el argumento del apoderado de Aserco en su escrito de acción, según el cual *“cuando Adpostal afirmó ante la propia Superintendencia de Industria y Comercio, en forma falaz, que SOLO ELLOS PUEDEN DISTRIBUIR LAS FACTURAS DE TELEBUCARAMANGA, calificándola como “empresa estatal” (Denuncia contra Servireparto, Hechos.- DECIMOSEGUNDO), cuando de la simple lectura del certificado de representación legal se concluye que es sociedad anónima, se establece necesariamente que ha utilizado el engaño no solo ante la empresa telefónica y la competencia, sino ante las propias instituciones del Estado, como la Superintendencia,*

³⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BUCARAMANGA, certificado de existencia y representación legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. Telebucaramanga, Folio 361.

*encargada de investigar y sancionar esta clase de conductas*³⁷, pues el hecho de que Telebucaramanga sea una sociedad anónima no le resta su carácter de empresa estatal del nivel descentralizado.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que Telebucaramanga no sólo es una empresa estatal del nivel descentralizado, sino que también es una empresa de servicios públicos domiciliarios. De tal manera que será necesario analizar si con el fin de cumplir con el reparto y distribución periódica de las facturas telefónicas, le es aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993- (y, por lo tanto, el Artículo 43 de su norma reglamentaria, el Decreto 229 de 1995) o la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios –Ley 142 de 1994-.

En primer lugar, es forzoso manifestar que el envío de la facturación por servicios públicos domiciliarios de Telecomunicaciones corresponde a una de las obligaciones del contrato de prestación de servicios públicos, de acuerdo con la definición del numeral 9 del Artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones contenidas en su Capítulo VI. Por lo tanto, el régimen jurídico aplicable al servicio también le será aplicable a su facturación:

“14.9. FACTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Es la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos”.* (Subrayado fuera de texto)

(...)

“CAPÍTULO VI. DE LAS FACTURAS

“ARTÍCULO 147. NATURALEZA Y REQUISITOS DE LAS FACTURAS. *Las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos (...).*

“En las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos podrá preverse la obligación para el suscriptor o usuario de garantizar con un título valor el pago de las facturas a su cargo. (...)

“ARTÍCULO 148. REQUISITOS DE LAS FACTURAS. *Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciñó a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan éstos y su precio con los de períodos anteriores, y el plazo y modo en el que debe hacerse el pago.*

“En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla. No se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes

³⁷ ASERCO – Escrito de Acción, folio 3.

de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario. (Subrayado fuera del texto)

Ahora, con respecto al **régimen de contratación** para las empresas de servicios públicos domiciliarios (como es el caso de Telebucaramanga), en el Artículo 31 de la Ley 142 de 1994, se establece que no será el Estatuto General de Contratación de la Administración el que se aplique, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”. (Subrayado fuera del texto).

“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

“PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

Seguidamente, en el Artículo 32, en relación con el **régimen jurídico** aplicable a los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se establece:

“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Subrayado fuera del texto legal).

De lo anterior se concluye que al ser Telebucaramanga una empresa de economía mixta, por lo tanto estatal, -por este hecho y por regla general- estaría sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración – Ley 80 de 1993 –. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de servicios que presta, la misma se clasifica dentro de la categoría especial, de empresa estatal de servicios públicos, regida especialmente por la Ley 142 de 1994.

De tal manera que, siendo Telebucaramanga una empresa estatal de economía mixta, prestadora de servicios públicos, su régimen de contratación no corresponde al general de la Ley 80 de 1993, sino al especial que reglamenta la prestación de los servicios públicos, es decir, la Ley 142 de 1994, y su régimen jurídico será el que guía el derecho privado.

Pero analicemos esta conclusión frente a los documentos oficiales aportados al expediente por las partes, como lo son: a) el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 2 de abril de 1998, correspondiente a la acción de cumplimiento instaurada por Adpostal contra Empresas Públicas de Bucaramanga y Menser Ltda.³⁸; b) el fallo de segunda instancia del caso anterior, dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 28 de mayo de 1998, por medio del cual confirma la decisión de primera instancia³⁹; c) el concepto 1363 rendido el 9 de agosto de 2001 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ocasión de la consulta del Ministerio de Comunicaciones alrededor del tema de las obligaciones de las entidades estatales nacionales frente a los servicios postales⁴⁰; d) el concepto 1738 rendido el 25 de junio de 2002 por la Contraloría General de la República, con ocasión de la consulta elevada por el Gerente Departamental del Valle del Cauca, doctor Gilberto Hernán Zapata Bonilla, con respecto a las posibles dificultades en la aplicación de los Decretos 1737 y 1738 de 1998 –sobre austeridad del gasto público- por el concepto 1363 del Consejo de Estado⁴¹.

a) En fallo de primera instancia del 2 de abril de 1998, el Tribunal Administrativo de Santander, decidió la acción de cumplimiento instaurada por Adpostal contra Empresas Públicas de Bucaramanga y Menser Ltda. Fundamentó la acción en la adjudicación del contrato de distribución a domicilio de un estimado de 180.000 facturas telefónicas de empresas Públicas de Bucaramanga, a Menser Ltda., quien en ejecución del contrato no ha entregado las facturas con las características de mensajería especializada, sino con las de correo tradicional, para lo que se encuentra imposibilitada, de acuerdo con el Artículo 6 del Decreto 229 de 1995.

La decisión del Tribunal Administrativo de Santander fue denegar la acción de cumplimiento, teniendo en cuenta que las situaciones fácticas planteadas por el peticionario se concretaron a obtener la declaratoria de nulidad de un contrato susceptible de ser demandado mediante el ejercicio de un proceso ordinario, en consideración a lo dispuesto en el Artículo 14, numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

b) Al pronunciarse en segunda instancia sobre la acción de cumplimiento a la que se hizo referencia en el literal precedente, el 28 de mayo de 1998, la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Santander.

c) De acuerdo con el concepto 1363 rendido el 9 de agosto de 2001 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, con ocasión de la consulta del Ministerio de Comunicaciones alrededor del tema de las obligaciones de las entidades estatales nacionales frente a los servicios postales, cuyos interrogantes se transcriben a continuación:

“¿Tienen las entidades estatales del orden nacional la obligación de contratar los servicios de mensajería especializada con Adpostal?”

“¿El artículo 10 del Decreto 75 de 1984 es el texto original del Decreto 75 mencionado o es el texto tal como lo modificó el Decreto 2563 de 1985?”

³⁸ Folios 38 a 46.

³⁹ Folios 61 a 67.

⁴⁰ Folios 152 a 159.

⁴¹ Folios 149 a 151.

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

De lo anterior, el Consejo de Estado precisa el problema jurídico fundamental de la consulta, así: *“[l]a consulta se remite, de manera principal, a establecer si las entidades estatales a que se refiere el artículo 43 del Decreto 229 de 1995 tienen o no la obligación de contratar con ADPOSTAL los servicios de mensajería especializada, tomando en cuenta que los artículos 10 del Decreto 75 de 1984 y 1º del 2563 de 1985 –modificatorio del anterior- no hacen distinción entre correo y mensajería especializada, clasificación que sólo aparece en el artículo 37 de la Ley 80 y en su decreto reglamentario, el 229 de 1995”.*

Para dar respuesta, el Consejo de Estado realizó un recuento histórico de las normas postales en Colombia y acudió a la cita de la Sentencia C-407 de 1994, proferida por la Corte Constitucional para decidir sobre la constitucionalidad del Artículo 37 de la Ley 80 de 1993⁴², vía por la que llegó a la conclusión de que *“al disponer el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 que los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada, no hizo más que explicitar las actividades desarrolladas desde mucho antes por el Estado (...)”*, de tal manera que la distinción establecida por el citado Artículo 37 tenía como único objetivo determinar el régimen contractual aplicable a una u otra actividad: contrato de concesión para servicios de correo, y de licencia para los servicios de mensajería especializada.

Frente a lo que debe entenderse por la remisión que el Artículo 43 del Decreto 229 de 1995 hace al Artículo 10 del Decreto 75 de 1984 –sustituido por el Artículo 1 del Decreto 2563 de 1985-, el Consejo de Estado concluyó que debe ser la que corresponde a su sentido obvio: *“que ADPOSTAL es la entidad transportadora de los envíos de correspondencia y demás objetos postales incluidos dentro del monopolio estatal, incluida la modalidad de mensajería especializada”.*

Por último, señala el Consejo de Estado que la interpretación armónica de los Artículos 43 del Decreto 229 y 1 del 2563, lleva a la certidumbre de que *“la obligación de las entidades públicas nacionales no está sujeta a condición o excepción alguna; el mandato es puro y simple, pues el transporte debe hacerse a través de la red oficial de correos, la cual está a cargo de ADPOSTAL. Así, esta entidad, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 2563 de 1985 –en los términos señalados y sin distinción de modalidad-, debe prestar los servicios postales a las dependencias y entidades señaladas en el artículo 43, incluido el de mensajería especializada”.*

Como se advierte, la interpretación del Consejo de Estado, transcrita en el párrafo anterior, está haciendo referencia a la igualdad de circunstancias que envuelven la contratación del servicio postal -correo ordinario y mensajería especializada- por parte de las entidades estatales mencionadas en el Artículo 43 de Decreto 229.

⁴² La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-407 de 1994, centra su discurso en torno al tema de la distinción entre el servicio de correo y el de mensajería especializada, al que se refiere el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, para explicar que, contrariamente a lo argumentado por quien demandara la inconstitucionalidad de la norma en cita, el artículo 37, al establecer el régimen de concesión de los servicios postales, apunta a desmonopolizar esa actividad, tradicionalmente en manos del Estado, por gestión directa o a través de Adpostal. En ningún momento se incorpora el tema especial de la contratación del servicio postal cuando la entidad estatal, además, es prestadora de servicios públicos domiciliarios.

Por lo anterior, es importante tener en cuenta que el problema jurídico resuelto por el concepto 1363 no incluyó consideraciones acerca de entidades diferentes de las mencionadas en el Artículo 43 del Decreto 229, reglamentario del Artículo 37 de la Ley 80 de 1993, toda vez que el Consejo de Estado no abordó más que el análisis de la generalidad de las entidades estatales. Por otra parte, el legislador estableció diferencias entre los regímenes de contratación aplicables a las entidades públicas y a las empresas estatales que prestan servicios públicos domiciliarios (como lo son Telebucaramanga y Telecom.) por medio de una ley posterior a la expedición del Estatuto General de Contratación Administrativa como lo es la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

d) El pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado mediante el concepto 1363 del 9 de agosto de 2001, motivó la consulta del Gerente Departamental del Valle del Cauca, doctor Gilberto Hernán Zapata Bonilla, a la Contraloría General de la República, con respecto a las posibles dificultades en la aplicación de los Decretos 1737 y 1738 de 1998 –sobre austeridad del gasto público-, en los siguientes términos:

“A raíz de la emisión de la Sentencia(sic) del Consejo de Estado No. 1363 de agosto 09 de 2001, en la que se establece la obligación de las Entidades Estatales de contratar los servicios de correo y mensajería especializada con la Empresa ADPOSTAL, la cual tiene tarifas que doblan las del resto de empresas existentes en el mercado”.

El Ente consultado respondió las inquietudes planteadas, por medio del concepto 1738 del 25 de junio de 2002, repasando el concepto 1363 del Consejo de Estado y concluyendo lo siguiente:

“Vemos entonces, cómo las normas de austeridad, no son contrarias a los decretos que regulan la prestación del servicio de correo, por cuanto, las primeras se dictaron con el fin de racionalizar el gasto público (gastos suntuarios e innecesarios), y las segundas, en desarrollo de la figura del monopolio estatal, norma que no está sujeta a condición o excepción alguna, pues el servicio de correo debe hacerse a través de la red oficial de correos, la cual está a cargo de ADPOSTAL. La propia Constitución Política autoriza al Estado, para que se reserve el monopolio de ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, cuando determinadas razones de soberanía nacional o de interés social así lo justifiquen. (C.P. Art. 365)”.

De lo anterior se concluye que de acuerdo con la Ley 142 de 1994, las empresas que presten servicios públicos domiciliarios, así pertenezcan al sector descentralizado del Estado, pueden contratar a entidades diferentes de Adpostal para la entrega de facturas, en cumplimiento del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios. Pero, debe tenerse en cuenta que el Decreto 229 del 1 de febrero de 1995 es la norma especial que reglamenta el servicio postal nacional, y en ella se definen y diferencian los servicios postales, así:

“Artículo 1. Servicios Postales. *Se entiende por servicios postales, el servicio público de recepción, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales. Los servicios postales comprenden la prestación del servicio de correos nacionales e internacionales y del servicio de mensajería especializada. (Subraya fuera del texto legal)*

“Artículo 3. Red oficial. La red oficial de correos se encuentra constituida por todos los recursos utilizados para la admisión, clasificación, y entrega de los envíos de correspondencia y otros objetos postales, que autorice el Ministerio de Comunicaciones para la prestación de los servicios de correos nacionales e internacionales mediante contrato de concesión. Toda concesión para la prestación de servicios de correos deberá incluir la aprobación de una red oficial que garantice la universalidad del servicio. (Subraya fuera del texto legal)

“Artículo 4. Servicios de correo. Se entiende por servicios de correo la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados por las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, debidamente autorizadas por concesión otorgada mediante contrato, por el Ministerio de Comunicaciones vía superficie y/o aérea a través de la red oficial de correos, dentro del territorio nacional e internacional (...). (Subraya fuera del texto legal)

“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 exterior⁴³. (Subraya fuera del texto legal)

De tal manera que, si bien es cierto que las empresas estatales de servicios públicos domiciliarios pueden contratar empresas diferentes de Adpostal para el envío y recepción de sus facturas, en la medida en que no les es aplicable el régimen de contratación previsto en la Ley 80 de 1993, éstas empresas están obligadas a cumplir las normas especiales sobre servicios postales. Así, interpretando sistemáticamente la Ley 142 de 1994 con el Decreto 229 de 1995, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios podrán contratar entidades diferentes a Adpostal, para el envío y recepción de sus facturas, en la modalidad de

⁴³ Continúa la norma con su párrafo, en el que se establecen las características del servicio de mensajería especializada: “Párrafo. Las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada son:

“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”.

servicio postal (correo o mensajería especializada) para el que las haya autorizado el Ministerio de Comunicaciones.

Para la época de los hechos -5 de agosto de 1997-, la única empresa concesionaria del servicio de correo era Adpostal –y lo sigue siendo actualmente-, como consta en la certificación expedida por el Ministerio de Comunicaciones, obrante a folio 1 del cuaderno 2 del expediente.

Por todo lo anterior se concluye que para la fecha de la comunicación, **es cierta la información remitida por Adpostal, el 5 de agosto de 1997, a Empresas Públicas de Bucaramanga, según la cual:**

“En lo que respecta a la normatividad vigente, el hecho de contratar con una empresa privada la distribución de las facturas, constituye una flagrante violación a las normas precitadas anteriormente; pues en virtud de ellas “las entidades Territoriales y Descentralizadas de todos los ordenes(sic) administrativos, están obligados a remitir sus envíos de correspondencia y objetos postales a través de la Administración Postal Nacional –“ADPOSTAL”

“De otro lado, el decreto 229 de 1.995, reglamentó las concesiones para la prestación del servicio de correo y del servicio de mensajería especializada; siendo la Administración Postal Nacional la única empresa concesionaria del servicio de correo en la actualidad, mediante el contrato de concesión No. 001 del 16 de marzo de 1.995. Esto es que no podrán prestar el servicio y por lo tanto contratarse, aquellas empresas que por no llenar los requisitos exigidos de infraestructura (Red Oficial Propia), capital, etc, no han podido acceder al otorgamiento de la concesión”. (Subraya fuera del texto original)

Igualmente, **es cierta la información remitida por Adpostal, el 24 de octubre de 2001, a Telecom, según la cual:**

“Adpostal es la única Empresa que puede distribuir las facturas de servicios públicos sin comprobante de entrega”

Siendo correcta esta información, se concluye que la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada – Aserco, como accionante en el presente proceso, no probó el hecho base del cual parte la presunción contenida en el Artículo 11 de la Ley 256 de 1996: la falsedad o incorrección de la información difundida por Adpostal entre consumidores de servicios de mensajería -como Telebucaramanga y Telecom- y prestadores del mismo -como Menser Ltda. y Servireparto S.A.-

Comprobada la veracidad de la información analizada, no es posible que su empleo en el ejercicio del comercio induzca al consumidor a error sobre la aptitud legal del servicio postal ofrecido por las empresas privadas de mensajería. Por el contrario, es una práctica sana al advertirle sobre el cumplimiento de las normas especiales que reglamentan el servicio postal nacional.

3.2 Actos de desviación de la clientela

Dispone el Artículo 8 de la Ley 256 de 1.996 lo siguiente:

“Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Esta norma pone de manifiesto que ética y legalmente es igualmente reprochable violar la ley, transgredir una costumbre o actuar por fuera de los parámetros honestos, quien así actúa viola en todos los casos las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial, comercial y publicitaria. En tal sentido, quien así actúa obra deslealmente, pues su comportamiento no se compagina con la forma honrada y éticamente cuidadosa como deben actuar las personas honestas en el mercado.

En virtud de lo anterior, al referirse el Artículo 8 de la ley 256 de 1996, a sanas costumbres mercantiles o usos honestos en materia industrial y comercial está señalando que los comerciantes y demás participantes en el mercado deben ceñir su conducta a actos morales, éticos, leales y honestos que permitan una competencia transparente y bien vista por todos los que conforman la actividad.

Considerando que no se probó que Adpostal haya incurrido en temeridad o que haya utilizado o difundido información incorrecta o falsa y, en consecuencia, que por estas circunstancias hubiese obrado de manera contraria a las sanas costumbres y a los usos honestos, **este Despacho concluye que la conducta analizada no es constitutiva de deslealtad, en los términos del Artículo 8 de la Ley 256 de 1996.**

DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Deniéguense las pretensiones de la parte demandante.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de las costas del proceso.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio,

JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones:

Doctor

CARLOS ALBERTO DÍAZ SAAB

C.C. 13.810.143

Apoderado

ASERCO

No. S0003277

Calle 24 No. 22-06

Bucaramanga.

Doctor

ORLANDO RAFAEL CURCIO ORDÓÑEZ

C.C. 79.265.514

Apoderado

ADPOSTAL

NIT 899.999.486

Calle 12 A y 13, con Carrera 8

Edificio Murillo Toro

Bogotá, D.C.