

CHARRY MOSQUERA ABOGADOS ASOCIADOS & Cia. SAS

Derecho Constitucional
Juan Manuel Charry Urueña
(571) 3128500
Calle 72 9-55 Oficina 803 Bogotá – Colombia
www.constitucionaldia.com.co
jcharry@charrymosquera.com.co

Bogotá, D. C., 15 de octubre de 2020.

Señora Doctora

KAREN ABUDINEN ABUCHAIBE

Ministra

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Ciudad.

Asunto: Comentario Proyecto de Decreto que establece condiciones para la prestación de los servicios postales de pago.

Respetada Señora Ministra:

Me permito presentar el marco constitucional y legal del proyecto de decreto mediante el cual se establecen las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, en los siguientes términos:

Los servicios postales de pago tienen claro fundamento constitucional y legal, en el derecho a la información, la inviolabilidad de la correspondencia del artículo 15 superior y la calidad de servicio público sometido al régimen jurídico que señale la ley, en los términos del artículo 365 de la Constitución, fijado por las Leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, junto con el "Acuerdo relativo a los servicios postales de pago", firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008, aprobado por ésta última, y las sentencias C-792 y C-823 de 2011 de la Corte Constitucional.

En consecuencia, establecer las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago previstos en el Acuerdo Internacional aprobado por la Ley 1442 de 2011, se ajusta a la Constitución.

Lo anterior, con fundamento en las siguientes anotaciones:

A. MARCO CONSTITUCIONAL.

1.- El artículo 15 de la Constitución Política, establece:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. (Subrayo)

Además de los derechos a la intimidad, buen nombre y a la información, la Constitución Política establece que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables.

2.- El artículo 365 de la Constitución Política, señala:

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

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

Es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, están sometido al régimen jurídico establecido por la respectiva ley, pueden ser prestados de manera directa o indirecta por particulares, aquél mantendrá el control y vigilancia de dichos servicios.

B. LEY 1369 DE 2009.

1.- El artículo 1º, indica:

“Ámbito de aplicación, objeto y alcance. La presente ley señala el régimen general de prestación de los servicios postales y lo pertinente, a las entidades encargadas de la regulación de estos servicios, que son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Su prestación estará sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, con sujeción a los principios de calidad, eficiencia y universalidad, entendida esta última, como el acceso progresivo a la población en todo el territorio nacional.

Los Servicios Postales están bajo la titularidad del Estado, el cual para su prestación, podrá habilitar a empresas públicas y privadas en los términos de esta ley”.

Los servicios postales son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución, su prestación está sometida a la regulación, control y vigilancia del Estado, quien podrá habilitar a empresas públicas y privadas para su prestación.

2.- El artículo 3, señala:

“Definiciones. Para todos los efectos, se adoptan las siguientes definiciones:

(...) 2.2 *Servicios Postales de Pago.* Conjunto de servicios de pago prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente. Se consideran servicios postales de pago entre otros:

2.2.1 *Giros Nacionales.* Servicio mediante el cual se ordenan pagos a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el territorio nacional, a través de una red postal. La modalidad de envío podrá ser entre otras, física o electrónica.

2.2.2 *Giros Internacionales.* Servicio prestado exclusivamente por el Operador Postal oficial o concesionario de Correo, mediante el cual se envía dinero a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el exterior. La modalidad de envío podrá ser, entre otras, física o electrónica. Los giros internacionales están sometidos a lo señalado en la Ley 9ª de 1991, sus modificaciones, adiciones y reglamentos.

(...) 4.2 *Operador de Servicios Postales de Pago.* Persona jurídica, habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para prestar servicios postales de pago, y está sometido a la reglamentación que en materia de lavado de activos disponga la ley y sus decretos reglamentarios.

Son servicios postales de pago, entre otros, los giros nacionales e internacionales, son un servicio mediante el cual se ordenan pagos a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, dentro del territorio nacional o internacional bien sea a través de una red postal (giros nacionales) o mediante el Operador Postal Oficial o concesionario de Correo (giros internacionales).

Son Operadores de Servicios Postales de Pago, las personas jurídicas habilitadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para prestar servicios postales de pago.

3.- El artículo 18, indica:

“Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones fijará la política general de los Servicios Postales, dentro del marco general de la Política de Comunicaciones.

Para tal fin, se guiará por los Tratados Internacionales en materia postal ratificados por Colombia.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá las políticas especiales y el cubrimiento del Servicio Postal Universal prestado por el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo.

Al mismo tiempo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá las siguientes funciones específicas en relación con los Servicios Postales:

1. *Actuar como Autoridad de Inspección, Control y Vigilancia frente a todos los Operadores Postales, con excepción de la vigilancia sobre el cumplimiento de las normas relacionadas con la protección de la Competencia, la protección del consumidor y el lavado de activos.*

2. Adelantar las investigaciones para establecer posibles infracciones al régimen de los servicios postales e imponer las sanciones previstas en la presente ley.
3. Reglamentar lo concerniente a la filatelia.
4. Organizar, actualizar y reglamentar el Registro de Operadores Postales.
5. Actuar como la entidad contratante del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo.
6. Expedir los Reglamentos Técnicos, a que haya lugar teniendo en cuenta las reglas sobre divulgación previa de todo proyecto.
7. Gestionar la asignación de recursos presupuestales, con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, cuando sea necesario para financiar el Servicio Postal Universal.
8. Impulsar bajo la dirección del Presidente de la República, y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las negociaciones internacionales relacionadas con los Servicios Postales y participar en las conferencias internacionales que sobre el mismo sector se realicen. Entre otras competencias en esta materia, propondrá, junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores, la presentación de proyectos de Ley al Congreso para ratificar los Tratados Internacionales suscritos por Colombia”.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones fijará la política general de los Servicios Postales, guiada por los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia postal, además tiene a su cargo la inspección, control y vigilancia de todos los operadores postales, expedir los Reglamentos Técnicos, organizar, actualizar y reglamentar el Registro de Operadores Postales, entre otros.

4.- Por su parte, el artículo 19, señala:

“La Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. Tendrá la función de regular el mercado postal, con el propósito de promover la libre competencia, de manera que los usuarios se beneficien de servicios eficientes”.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones será la encargada de regular el mercado postal con el fin de promover la libre competencia.

C. LEY 1442 DE 2011 - ACUERDO RELATIVO A LOS SERVICIOS POSTALES DE PAGO.

1.- La Ley 1442 de 2011 aprobó el "Acuerdo relativo a los servicios postales de pago", firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008.

2.- El Acuerdo de Servicios Postales de Pago, artículo 1° establece:

“1. Cada país miembro hará el máximo esfuerzo para que en su territorio se preste al menos uno de los siguientes servicios postales de pago:

1.1. Giro en efectivo: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita el pago en efectivo del importe integro, sin retención alguna, al destinatario.

1.2 Giro de pago: el expedidor ordena el debito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita el pago en efectivo del importe integro, sin retención alguna, al destinatario.

1.3 Giro de deposito: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita que se depositen en la cuenta del destinatario, sin retención alguna.

1.4 Transferencia postal: el expedidor ordena el debito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita que se acredite un importe equivalente en la cuenta del destinatario llevada por el operador designado pagador, sin retención alguna”.

Los países miembro se comprometen a prestar al menos uno de los servicios postales de pago como: i) Giro en efectivo, ii) Giro de pago, iii) Giro de depósito, iv) Transferencia postal.

3.- El Acuerdo de Servicios Postales de Pago, artículo 15 establece:

“DEPÓSITO, INGRESO Y TRANSMISIÓN DE LAS ÓRDENES POSTALES DE PAGO.

1. Las condiciones de depósito, ingreso y transmisión de las órdenes postales de pago están definidas en el Reglamento.

2. La duración de la validez de las órdenes postales de pago no podrá prorrogarse. La misma está establecida en el Reglamento.”

El Reglamento establecerá las condiciones de depósito y transmisión de las órdenes de pago, así como la duración de las mismas.

D. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

1.- La Corte Constitucional en sentencia C-823 de 2011, Magistrada Ponente Doctora María Victoria Calle Correa, que declaró EXEQUIBLES algunos artículos de la Ley 1369 de 2009, consideró:

“El servicio postal se encuentra íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos y ello le confiere una naturaleza muy especial. Como garantía de ejercicio de dos derechos humanos centrales para el ejercicio de una vida digna y el desarrollo libre de las ideas y pensamientos, como lo son el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, los servicios postales han venido a concretar la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, la cual se busca proteger aún en tiempos de crisis o de eventos fortuitos.

Es cierto que el servicio postal involucra un servicio de transporte, pero no se agota en él. Se presta con carácter general a toda persona independientemente de su condición personal o social. Es una actividad que responde claramente a un interés general, que como tal ha merecido siempre una forma de regulación especial. Dada su especial relevancia social, no siempre ha sido prestado como un monopolio estatal, pero sí ha implicado consistentemente un servicio prestado por el Estado directamente o autorizado por éste para su prestación por particulares. En su regulación ha sido relevante tanto el objeto transportado y el medio utilizado para asegurar el pago por su utilización”.

El servicio postal esta ligado íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos como garantía del derecho a una vida digna y al desarrollo de las ideas y pensamientos, tales como la libertad de expresión y la intimidad. Los servicios postales concretan la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia.

El servicio postal responde al interés general que requiere de una regulación especial dada su especial relevancia social, prestado por el Estado directamente o autorizado por éste a particulares.

Más adelante indica:

“Si bien los servicios postales de pago no implican la transmisión de mensajes contentivos de ideas o pensamientos, sino una transferencia de fondos entre dos lugares geográficos distintos, especialmente donde la precaria presencia institucional ha impedido el acceso a servicios financieros o medios de pago adicionales a los circulantes en pequeñas o mínimas economías, ello no necesariamente los torna en un servicio distinto de los servicios postales, puesto que éste servicio ha previsto el envío de valores desde sus inicios, ya sea en documentos, bien en metales, piedras preciosas, y dinero, así como distintas modalidades de franqueo del porte de la correspondencia, las cuales incluso han provisto servicios de envíos al debe o con depósitos, para el caso de los grandes usuarios del servicio.

Los servicios postales de pago constituyen igualmente el único medio al que puede acceder la población migrante para poder remitir el fruto de su trabajo a los familiares que dependen de su ingreso y sus remesas. Satisfacen así una necesidad vital de un sector cada vez más importante de la población mundial. En este contexto, los servicios postales de pago efectivamente satisfacen una necesidad de comunicación, pero una comunicación que no se objetiva en bienes inmateriales sino en una transferencia de fondos, la cual inicialmente se garantizaba gracias a la velocidad de las comunicaciones telegráficas, y en la actualidad se hace efectiva vía transmisión electrónica”.

Los servicios postales de pago son una transferencia de fondos entre dos lugares geográficos distintos especialmente en aquellos lugares donde la precaria presencia institucional ha impedido el acceso a servicios financieros o medios de pagos circulantes en mínimas economías, ello no implica que sea un servicio distinto de los servicios postales, igualmente éste resulta ser el único medio con que cuentan los migrantes para poder remitir remesas a sus familiares, lo anterior es una muestra que estos servicios satisfacen una necesidad de comunicación en cuanto a transferencia de fondos.

Y luego manifestó:

“En ese sentido, efectivamente, parecen asemejarse a una transferencia de fondos usual a las que se adelantan en el sector bancario, característica que permite al actor deducir que tales actividades son propias del sector financiero. No obstante, los servicios postales de giro han sido tradicionalmente clasificados como parte de los servicios de correos y telegráficos, o como una subespecie del género de los servicios postales, categorizados en un primer momento como servicios postales financieros y luego como servicios postales de pago.

(...) En definitiva, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, y de la regulación de las distintas actividades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, no se trata de actividades financieras, o que constituya una simple provisión de un servicio de transporte, puesto que está atada a la garantía y la eficacia de un derecho fundamental, cual es el derecho a la correspondencia y a su privacidad. Los servicios postales de pago no se confunden materialmente con las actividades financieras, lo que no obsta para advertir que, dada la tecnificación de las comunicaciones, el mecanismo a través del cual operan los giros postales y los giros bancarios sea probablemente el mismo, un mecanismo

electrónico, siendo esta, de momento, la única real similitud que se percibe entre las dos instituciones”. (Subrayo)

Si bien es cierto, parecen asemejarse a la transferencia de fondos realizada por el sector bancario, los servicios postales son clasificados como parte de los servicios de correos y telegráficos, categorizados inicialmente como servicios postales financieros y posteriormente servicios de pago. Los servicios de pago no son actividades financieras, esta atada a la garantía y la eficacia al derecho a la correspondencia y a su privacidad.

Finalmente, concluyó:

“En definitiva, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, y de la regulación de las distintas actividades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, no se trata de actividades financieras, o que constituya una simple provisión de un servicio de transporte, puesto que está atada a la garantía y la eficacia de un derecho fundamental, cual es el derecho a la correspondencia y a su privacidad. Los servicios postales de pago no se confunden materialmente con las actividades financieras, lo que no obsta para advertir que, dada la tecnificación de las comunicaciones, el mecanismo a través del cual operan los giros postales y los giros bancarios sea probablemente el mismo, un mecanismo electrónico, siendo esta, de momento, la única real similitud que se percibe entre las dos instituciones. Por lo anterior, ninguno de los cargos planteados por el actor contra los artículos 2, 3, 4, 11, 12, 18, 20 y 22 de la Ley 1369 de 2009 por supuesta violación del artículo 335 constitucional, prospera, ni tampoco los cargos sucedáneos planteados por el demandante por infracción de los artículos 150-19d y 371 de la Carta, y en esa medida, serán declarados exequibles por este concepto.”

No se trata de servicios financieros, sino de un servicio atado al derecho fundamental a la correspondencia y a la privacidad, que pueden compartir un mecanismo electrónico.

2.- La Corte Constitucional, en sentencia C-792 de 2011, Magistrada Ponente Doctora María Victoria Calle Correa, mediante la cual se declaró EXEQUIBLE el “Acuerdo relativo a los servicios postales de pago”, firmado en Ginebra el 12 de agosto de 2008” y la Ley 1442 de 2011, del 3 de marzo de 2011, por medio de la cual se aprueba, consideró:

“(…) Para la Corte, las obligaciones establecidas en el Acuerdo en materia de prestación de los servicios postales de pago resultan acordes con la Constitución, en particular con el artículo 9 Superior que consagra como fundamentos del manejo de las relaciones exteriores, la soberanía nacional y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. En relación con este punto, el Acuerdo reitera el compromiso de Colombia por honrar sus obligaciones ante la Unión Postal Universal, en materia de servicios postales. Asimismo, los operadores de servicios postales de pago, estarían exonerados de responsabilidad, cuando exista retraso en la entrega del servicio, por situaciones de fuerza mayor, por negligencia del expedidor, especialmente en el suministro de información correcta sobre respaldo o licitud de los fondos. Si bien está prohibido realizar reservas de carácter general en materia de exoneraciones de responsabilidad, tales reservas se admiten a nivel bilateral, con lo cual se asegura que cada Estado Parte, al definir con qué otros Estados participa en la operación de servicios postales de pago, defina en esa relación bilateral las reglas sobre responsabilidad mutuas y se excluyan de las reglas generales para efectos de la relación bilateral, lo cual resulta acorde con el respeto de la soberanía nacional (art. 9, CP) y el principio de reciprocidad (art. 226, CP).

Las obligaciones establecidas en el Acuerdo en materia de prestación de los servicios postales de pago están acordes a la constitución en particular con el artículo 9 que consagra como fundamentos del manejo de las relaciones exteriores la soberanía nacional y el reconocimiento de principios del derecho internacional, además de atribuirle a ambas partes obligaciones recíprocas.

Más adelante, concluyó:

“Por lo demás, en lo atinente las otras dos Partes del Acuerdo no se percibe ningún problema de constitucionalidad. Así, en la Parte II, relativa a las ‘Reglas aplicables a los servicios postales de pago’, en la cual se dictan disposiciones relacionadas con el procesamiento de las órdenes postales de pago, las reclamaciones y la responsabilidad, del mismo modo que las relaciones financieras, no hay ningún indicio de que se violen los derechos fundamentales de las personas que intervienen activa o pasivamente en las actividades reguladas por el instrumento, ni se desconocen tampoco las competencias y obligaciones establecidas en la Constitución a cargo del poder público. Por consiguiente, el tratado sometido a consideración de la Sala Plena, resulta ajustado a la Carta. Y, en un sentido similar, lo que atañe a la Parte III, integrada por las ‘Disposiciones transitorias y finales’, está en concordancia con las normas fundamentales que regulan las relaciones entre los particulares, entre el Estado y los particulares, y entre las ramas y órganos del Estado entre sí, razón por la cual no son susceptibles de censura constitucional alguna.”

Finalmente, debe señalar la Corte que el Acuerdo busca atender una necesidad real de muchos compatriotas migrantes, pues les permite el envío de remesas a sus lugares de origen, independientemente de dónde se encuentre ubicado el expedidor o su destinatario, gracias a las condiciones de interoperabilidad sentadas para la transmisión internacional de fondos y a la garantía de accesibilidad que se preconiza también en el ámbito geográfico.”

Las reglas aplicables a los servicios postales de pago no tienen problemas de constitucionalidad, no violan derechos fundamentales, como tampoco desconocen competencias u obligaciones del poder público. Se trata de un acuerdo internacional que busca atender una necesidad real de compatriotas migrantes.

E. PROYECTO

El proyecto se ocupa de otras modalidades de servicios postales de pago, opción prevista en el artículo 3° de la Ley 1369 de 2009. Hace referencia al Giro de Pago, al Giro de Depósito y a la Transferencia Postal expresamente previsto en el artículo 1° del “Acuerdo relativo a los servicios postales de pago”, firmado en Ginebra el 12 de agosto de 2008” y aprobado mediante la Ley 1442 de 2011.

Finalmente, reiterar como lo hace la jurisprudencia constitucional, que se trata de un servicio público que atiende la necesidad de muchos ciudadanos, pues les permite el envío de giros.

F. CONCLUSIONES.

- 1.- La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables.
- 2.- Los servicios postales son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución, su prestación está sometida a la regulación, control y vigilancia del Estado, quien podrá habilitar a empresas públicas y privadas para su prestación.

3.- Es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, están sometido al régimen jurídico establecido por la respectiva ley, pueden ser prestados de manera directa o indirecta, éste mantendrá el control y vigilancia de dichos servicios.

4.- El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es el encargado de fijar la política general de los Servicios Postales, con observancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia postal, además tiene a su cargo la inspección, control y vigilancia de todos los Operadores Postales, expedir los Reglamentos Técnicos, organizar, actualizar y reglamentar el Registro de Operadores Postales, entre otros.

5.- Por su parte la Comisión de Regulación de Comunicaciones será la encargada de regular las tarifas del mercado postal con el fin de promover la libre competencia.

6.- El servicio postal esta ligado íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos como garantía del derecho a una vida digna y al desarrollo de las ideas y pensamientos, tales como la libertad de expresión y la intimidad. Los servicios postales concretan la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia.

7.- El servicio postal responde al interés general que requiere de una regulación especial dada su especial relevancia social, prestado por el Estado directamente o autorizado por éste a particulares.

8.- Los servicios postales de pago fueron categorizados inicialmente como servicios postales financieros y posteriormente servicios de pago. Los servicios de pago no son actividades financieras, están atados a la garantía y la eficacia al derecho a la correspondencia y a su privacidad.

De esta forma dejo expuestos mis comentarios, que demuestran los fundamentos constitucionales y legales del proyecto.



JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA