

Expediente D-8489

Sentencia C-823/11

SERVICIOS POSTALES DE PAGO O GIRO-No constituyen actividad financiera/SERVICIOS POSTALES DE PAGO O GIRO- Competencias del Ministerio de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones y de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en relación con estos servicios

INTERVENCION DEL ESTADO EN SERVICIOS POSTALES-Objetivos

SERVICIOS POSTALES DE PAGO O GIRO-Naturaleza jurídica

SERVICIO POSTAL-Se encuentra íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos y ello le confiere una naturaleza muy especial/SERVICIOS POSTALES-Gozan de garantías especiales

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. 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. 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.

SERVICIOS POSTALES DE PAGO O GIRO-Marco histórico

SERVICIOS POSTALES DE PAGO O GIRO-Instrumentos internacionales

PROTECCION Y CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS DE CARACTER PERSONAL-Cumplimiento de la legislación nacional

SERVICIOS POSTALES DE PAGO O GIRO-Criterios para definir cuando se está ante una actividad financiera y aplicar dichos criterios a estos servicios de pago

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE ACTIVIDADES FINANCIERAS-Alcance/CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS-Concepto/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Gradación del margen/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DEFINICIONES LEGISLATIVAS-Intensidad

La Constitución contiene conceptos jurídicos indeterminados, que en palabras de esta Corte son “aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren ‘... una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”, circunstancia que impone unas consecuencias muy concretas respecto del examen de constitucionalidad: El margen de libertad legislativa a la hora de precisar un concepto jurídico que aparece indefinido en la Constitución depende pues de la precisión de las referencias que la misma Carta contenga, relativas al concepto que el legislador pretende definir. A mayor precisión en las referencias constitucionales, menor libertad de configuración legislativa y viceversa. Correlativamente, la intensidad del control constitucional debe adecuarse a esta mayor o menor libertad de configuración legislativa. La Corte ha precisado que cuando se presentan conceptos jurídicos indeterminados, la labor de la Corte se centra en un control de límites respecto de la actividad definitoria adelantada por el Legislador: “Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional: “... Esta libertad de configuración del Legislador, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales. En efecto, el control material de la Corte de estas definiciones legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad política del Legislador. Por ello, el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas, pues la Carta es un marco de coincidencias básico, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas. “Ese control de

límites varía su intensidad dependiendo de la propia complejidad y desarrollo de la construcción constitucional de un determinado concepto o institución. Así, si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el Constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador. Por el contrario, si la protección constitucional solamente se predica de ciertos elementos, los cuales no delimitan perfectamente la figura jurídica del caso, el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado. En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts 1º, 3º, 8º y 150), se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador.

CONCEPTOS JURIDICOS REFERIDOS A LA ACTIVIDAD FINANCIERA-Jurisprudencia constitucional

ACTIVIDAD FINANCIERA-Naturaleza/ACTIVIDAD FINANCIERA-Vigilancia estatal

CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS-La labor de la Corte Constitucional cuando se presentan, se centra en un control de límites respecto de la actividad definitoria adelantada por el Legislador

INTERMEDIACION FINANCIERA-Contenido y alcance

OPERACIONES BANCARIAS-Clasificación/OPERACION FINANCIERA NEUTRA-Concepto

El concepto de operaciones neutras se ha estructurado en el derecho bancario o financiero, a fin de sistematizar las distintas operaciones que adelantan los bancos y corresponde a una especie de las operaciones bancarias, que reflejan el movimiento de la entidad. Rodríguez Azuero define la operación bancaria como “la operación de crédito realizada por un banco caracterizada porque la entidad respectiva desarrolla su actividad en forma de intermediación o se lucra con los recursos obtenidos para su nueva colocación”. Las operaciones bancarias se clasifican en activas, pasivas y neutras. En las primeras, se incluyen las actividades en las que el establecimiento crediticio asume una posición de acreedor frente al cliente, entre las cuales se cuentan fundamentalmente los préstamos, las aperturas de créditos, los descuentos, entre otros. Las operaciones pasivas se definen, por el contrario, por la posición de deudor que asume el establecimiento de crédito. Entre estas aparecen los depósitos bancarios y los redescuentos. Las operaciones neutras son aquellas en las que el establecimiento crediticio o bancario no asume ningún riesgo, pero que adelanta en virtud de que son actividades instrumentales a las demás, por cuya prestación el establecimiento bancario cobra una comisión. Entre estas se relacionan las cuentas corrientes, los giros y transferencias entre cuentas, las garantías bancarias, las cajillas de seguridad o la domiciliación de recibos para su pago periódico por parte del banco. La doctrina señala que “... pueden considerarse accesorias, por ejemplo las operaciones de cobro o de depósito regular sirven más bien para atraer y conservar clientes,...”. En opinión de Morales Casas, el hecho de que a través de estas operaciones se perciban recursos no las convierte en obligaciones pasivas, puesto que son recursos que recibe el banco, no en calidad de depósito alguno, sino en pago de una actividad bancaria esencialmente distinta. Agrega igualmente que, si bien pueden ser

abundantes, nunca alcanzan las sumas que perciben los establecimientos de crédito vía captación, ni constituyen captación de recursos. También indica que surgen como complemento o actividad suplementaria y ocupan un papel relegado frente a las operaciones pasivas y activas. En el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no se definen las operaciones neutras. Como se evidencia con este breve recuento, la operación bancaria constituye un género dentro del cual se engloban las distintas actividades o negocios que adelantan las entidades bancarias. Como tales no constituyen contratos jurídicos, sino categorías conceptuales que los engloban. Lo anterior significa que los negocios o contratos jurídicos que adelanten las entidades crediticias o bancarias no son esencialmente financieros, pero se engloban como una operación financiera, si son adelantadas por una entidad financiera. Dado el proceso de bancarización, existe una multiplicidad de entidades que realizan este tipo de operaciones, sin que su regulación y vigilancia corresponda al sector financiero. Por ello, lo que se califique como una operación financiera neutra, no implica que se reserve exclusivamente para su prestación por parte de las entidades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, puesto que en tanto que son operaciones instrumentales que sirven a las demás, no son esencialmente ni exclusivamente del sector financiero, como tampoco lo son los contratos o negocios jurídicos que adelanten en desarrollo de su actividad y que hacen parte de lo que se denominan actividades típicamente financieras. Por lo anterior, la caracterización de los servicios postales de pago como operaciones neutras no soluciona por sí sola, al propósito de determinar si tales servicios son o no financieros.

MEDIOS DE PAGO FINANCIERO Y NO FINANCIERO-Contenido

SERVICIOS POSTALES DE PAGO-Finalidad

SERVICIOS POSTALES DE PAGO-No se trata de actividades financieras o que constituya una simple provisión de un servicio de transporte

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

CORTE CONSTITUCIONAL-Competencia para conocer omisiones legislativas relativas

La Corte es competente para conocer de omisiones legislativas relativas por cuanto éstas tienen efectos jurídicos que pueden “presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores.” El ejercicio de este control constitucional resulta necesario para “asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que el mismo texto superior le ha encomendado, ya que de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido libremente ocuparse de una determinada materia, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignoren los criterios y deberes mínimos que por decisión del mismo Constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trata”.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Exigencias

Para que una demanda de inconstitucionalidad contra una omisión legislativa relativa sea admisible, es necesario que el actor acuse el contenido normativo específicamente vinculado con la omisión. El ataque no puede recaer sobre un conjunto indeterminado de normas con el argumento de que omiten la regulación de un aspecto particular, ni tampoco pueden ser demandadas normas de las cuales no emerge el precepto que el actor echa de menos. Así, para que pueda prosperar una demanda contra una omisión legislativa, es necesario que el silencio del Legislador comporte una regla implícita que viole los preceptos superiores, en este caso, que llegue a desconocer el derecho que es objeto de desarrollo legal expreso. Aun cuanto lo más frecuente es que las omisiones legislativas relativas se traduzcan en una situación discriminatoria, la Corte ha aclarado que este no es el único escenario en el que aquéllas pueden plantearse. Para que el juez constitucional pueda declarar la inexecutable por omisión se requiere que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador, o cuando “al regular o construir una institución omita una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, v.gr. si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa”.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Elementos esenciales que deben concurrir para su procedencia

La Corte ha señalado de manera consistente las circunstancias que deben concurrir para que pueda declarársela inexecutable de una omisión legislativa relativa: “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.” Ahora bien, esta Corporación ha indicado que “en caso de acreditarse la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, el remedio que restaura la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica. En algunos casos, la solución consiste en la exclusión, previa declaratoria de su inexecutable, de un ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él. En otros, lo procedente es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, en la que declare que la disposición demandada es executable, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas de las que la norma directamente contempló, precisamente aquellas respecto de las cuales se encontró probada la alegada omisión legislativa.

COMPETENCIAS REGULATORIAS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS- Contenido/POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Sentido y alcance/POTESTAD REGLAMENTARIA-Ejercicio de conformidad con los preceptos constitucionales y legales/POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/POTESTAD REGLAMENTARIA-Su

ejercicio se ve restringida en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos

LEGISLADOR-Importancia de que en determinadas materias asuma una carga mínima especial de intensidad normativa

CLAUSULA DE RESERVA DE LEY-Atiende al desarrollo del principio de división de poderes unido a la necesidad de que el derecho además, de ser legal sea legítimo

La cláusula de reserva de ley atiende al desarrollo del principio de división de poderes unido a la necesidad de que el derecho además, de ser legal sea legítimo. El significado de la legitimidad del derecho se encuentra estrechamente vinculado al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el producto de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad, tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad, que no es homogénea.

LEGISLADOR-No puede atribuir integralmente la reglamentación de la materia al Gobierno al punto de desprenderse de la competencia constitucionalmente conferida a él/POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa

Esta Corte ha precisado que el Legislador no puede atribuir integralmente la reglamentación de la materia al Gobierno al punto de desprenderse de la competencia constitucionalmente atribuida a él. Por ello, “el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley. Y es que si el Legislador no define esa materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley. El “requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria”, ha dicho esta Corte, es “la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar”. La jurisprudencia constitucional ha enfatizado que “la competencia reglamentaria se dirige a la producción de actos administrativos por medio de los cuales lo que se busca es convertir en realidad “el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real.” La potestad reglamentaria se conecta, en consecuencia, con la expedición de normas de carácter general - sean ellas decretos, resoluciones o circulares - imprescindibles “para la cumplida ejecución de la ley”.

REPARTO GENERAL DE COMPETENCIAS NORMATIVAS ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO-Responde a importantes finalidades vinculadas al principio democrático de elaboración de las leyes, así como al de separación de poderes

POTESTAD REGLAMENTARIA-No se ubica únicamente en cabeza del Presidente/COMPETENCIA DE REGULACION EN CABEZA DE LOS MINISTERIOS-Sentido y alcance

En cuanto a la competencia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y en general de los Ministerios, la jurisprudencia constitucional también les ha reconocido una cierta competencia regulativa, que tiene carácter residual. Tanto la doctrina

como la jurisprudencia coinciden en afirmar que la potestad reglamentaria no se ubica únicamente en cabeza del Presidente, dado que en Colombia opera un “sistema difuso” de producción normativa de alcance general, pero cuya naturaleza está destinada a servir de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo. Según el artículo 208 Superior, “los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.” Esta competencia habilita a los Ministerios a emitir la regulación “necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida”. En la sentencia C-675 de 2005, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre el sentido y alcance de la competencia de regulación en cabeza de los Ministerios y su concordancia con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11, a propósito de que pueden materializar un tema a través de una regulación siempre que tal facultad se ejerza dentro de los límites señalados por la Constitución y la ley que se reglamenta, pero depende además de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales deba actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Ejercicio en cualquier tiempo

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Término para ejercicio

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS-Finalidad/PRINCIPIO DE BUENA FE-
Aplicable entre Estados en el derecho internacional

SERVICIOS POSTALES RECONOCIDOS POR LA UNION POSTAL UNIVERSAL INCLUIDOS EN TRATADOS NO RATIFICADOS POR COLOMBIA-Obligación de reglamentarlos solo surge a partir del momento en que el Estado colombiano exprese su consentimiento/SERVICIOS POSTALES RECONOCIDOS POR LA UNION POSTAL UNIVERSAL INCLUIDOS EN TRATADOS NO RATIFICADOS POR COLOMBIA-No impide que un Estado sea o no parte de la Unión Postal Universal, pueda utilizar la experiencia o recomendaciones no vinculantes de ese organismo internacional para orientar su propia legislación nacional

COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES-Regulación de tarifas de servicios postales cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos

Referencia: expediente D-8489

Accionante: Eduardo Cifuentes Muñoz

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3 (parcial), 4 (parcial), 11, 12 (parcial), 18 (parcial), 20 (parcial) y 22 (parcial) de la Ley 1369 de 2009, “por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones.”

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Eduardo Cifuentes Muñoz, demandó los artículos 2, 3 (parcial), 4 (parcial), 11, 12 (parcial), 18 (parcial), 20 (parcial) y 22 (parcial) de la Ley 1369 de 2009 "Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones," por considerar que vulneran los artículos 2, 13, 150-10, 150-16, 150-19d, 189-2, 189-11, 189-25, 333, 335 y 371 de la Constitución Política.

Mediante Auto del veintisiete (27) de abril de 2011, la Magistrada Sustanciadora admitió la demanda referida.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA.

El texto de las disposiciones demandadas, tal como aparecen publicadas en el Diario Oficial No.46494, con los apartes cuestionados en este proceso resaltados en negrilla y subrayados, es el siguiente:

"LEY 1369 DE 2009

(diciembre 30)

Diario Oficial No. 47.578 de 30 de diciembre de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

Artículo 2o. Objetivos de la intervención del Estado. La intervención del Estado en los servicios postales tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar la prestación eficiente, óptima y oportuna de los servicios postales.

2. Asegurar la prestación del Servicio Postal Universal.

3. Garantizar el derecho a la información y a la inviolabilidad de la correspondencia.

4. Asegurar que las tarifas permitan recuperar los costos eficientes de prestación del servicio y que reflejen los distintos niveles de calidad ofrecidos por los Operadores Postales.

5. Promover la libre competencia y evitar los abusos de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.

6. Estimular a los Operadores a incorporar los avances tecnológicos en la prestación de los servicios postales.

7. Sancionar las fallas en la prestación de los servicios y el incumplimiento de la normatividad vigente.

8. Facilitar el desarrollo económico del país.

Artículo 3o. Definiciones. Para todos los efectos, se adoptan las siguientes definiciones:

[...]

2.2.3 Otros. Servicios que la Unión Postal Universal clasifique como tales.

[...]

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.

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

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

b) Demostrar un capital social mínimo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

d) Pagar el monto derivado de su habilitación previamente a la suscripción o expedición del correspondiente acto administrativo de habilitación.

El término de duración del título habilitante para la prestación de los servicios postales no podrá exceder de diez años. Las prórrogas no serán gratuitas ni automáticas. El interesado debe manifestar en forma expresa su intención de prorrogarlo con tres meses de anticipación a su

vencimiento.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red. Será obligación del operador actualizar las modificaciones de los datos que figuran en el registro de operadores postales, dentro de los tres meses siguientes a que estos tengan lugar.

PARÁGRAFO 1o. Para los operadores que soliciten por primera vez su habilitación como operadores postales, el requisito dispuesto sobre estructura operativa en el literal c) de este artículo se entenderá cumplido con la presentación de un Plan detallado sobre las especificaciones técnicas de la red postal que implementará para prestar sus servicios, el cual debe contemplar el cubrimiento nacional en el cual desarrollara su actividad dentro de los tres (3) meses siguientes a recibir la respectiva habilitación. Este requisito será verificado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones una vez cumplido dicho plazo.

PARÁGRAFO 2o. Para el caso particular de los Operadores de Servicios Postales de Pago, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición de la presente ley, los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, que se deberán acreditar para la obtención del respectivo Título Habilitante, adicionales a los contemplados en los literales a, c y d del presente artículo. Las empresas que actualmente prestan el servicio de giros postales a través de Servicios Postales Nacionales, se les garantizará su operatividad con el cumplimiento de los requisitos.

[...]

Artículo 11. Entidad competente. La Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC, es la Autoridad competente para regular el régimen de tarifas y los niveles de calidad de los Servicios Postales distintos a aquellos pertenecientes al Servicio Postal Universal.

[...]

Artículo 12. Régimen tarifario de los servicios postales. Los operadores de servicios postales que presten servicios distintos a aquellos pertenecientes al Servicio Postal Universal, podrán fijar libremente las tarifas que cobran a sus usuarios por la prestación de sus servicios. La Comisión de Regulación de Comunicaciones sólo podrá regular estas tarifas cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos.

En ejercicio de sus funciones de regulación, la Comisión de Regulación podrá exigir la información que estime pertinente para velar que los operadores no incurran en prácticas desleales o restrictivas de la competencia o que constituyan abuso de la posición dominante y que afecten los derechos de los usuarios de los servicios postales.

PARÁGRAFO. Se exceptúa del régimen de libertad de tarifas los servicios de mensajería expresa que tengan como fin la distribución de objetos postales masivos y su interconexión entre operadores, para los cuales la Comisión de Regulación de Comunicaciones deberá fijar una tarifa mínima dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

Las actividades que efectúen los operadores de mensajería expresa diferentes a la recepción, clasificación, transporte y entrega de los objetos postales, se considerarán servicios adicionales,

los cuales no podrán ser incluidos en el cálculo de la tarifa mínima.

[...]

Artículo 18. 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.

[...]

Artículo 20. Funciones regulatorias de la CRC. La CRC tendrá las siguientes funciones regulatorias en asuntos postales:

1. Promover y regular la libre y leal competencia para la prestación de los servicios postales, regular los monopolios cuando la competencia no lo haga posible, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas de la competencia o que constituyan abusos de posición dominante, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales, según la posición de las empresas en el mercado, cuando previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado, de conformidad con la ley.
2. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con las diferentes clases de servicios postales, diferentes a los comprendidos en el Servicio Postal Universal.
3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de tarifas, el régimen de protección al usuario, los parámetros de calidad de los servicios, criterios de eficiencia y en materia de solución de controversias entre los operadores de servicios postales.

[...]

Artículo 22. Vigilancia de los operadores de servicios postales de pago. Corresponderá al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ejercer la inspección, vigilancia y control sobre los Operadores de Servicios Postales de Pago, sin perjuicio de las facultades con las que cuenta el Banco de la República para solicitar información relativa a operaciones cambiarias y con las que cuentan la DIAN en materia de investigaciones por infracciones al régimen cambiario, así como la Unidad de Información y Análisis Financiero sobre el control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo."

I. LA DEMANDA.

Expone el accionante que los artículos demandados vulneran los artículos 2, 13, 150-10, 150-16, 150-19d, 189-2, 189-11, 189-25, 333, 335 y 371 de la Constitución Política de Colombia.

Luego de analizar desde una perspectiva material y formal la noción comúnmente aceptada de lo que constituye una actividad financiera, el actor sostiene que la actividad de "giros nacionales, giros internacionales, así como lo que se denomina "otras actividades," en la práctica (...) corresponde a un sistema de ahorro postal y de cheques postales que constituye una actividad financiera o relacionada, según el caso, con el manejo de recursos del público." Esta definición, plantea el demandante, es necesaria a fin de determinar si el régimen de control estatal y las facultades de regulación señaladas por el Legislador se corresponden con la naturaleza así descrita.

De conformidad con el recuento histórico, afirma, el sistema de ahorro postal se estableció en Colombia desde 1937, con el propósito de facilitar el ahorro a pequeños ahorradores, niños incluidos, a través de las oficinas postales. Los servicios de giro, indica, se prestaron en el país desde 1916 a través de la Caja de Giros Postales, luego sustituida por el Banco Postal, banco que operaba a través de las oficinas dependientes del Ministerio de Correos y Telégrafos, pero sometido a las leyes y obligaciones de los bancos comerciales. En 1950 con la liquidación del banco, vuelven a prestarse los giros en los términos de la ley 68 de 1916, hasta el año de 1996, fecha en la cual Adpostal, entidad que asumió la prestación del servicio de giros, lo suprime de hecho. Posteriormente, el Decreto 229 de 1995 revive los giros postales como un servicio especial que hace parte de los servicios "financieros" de correos, que habrán de ser prestados por los concesionarios de dichos servicios. De conformidad con este recuento, para el demandante resulta claro el "cariz financiero" de este servicio y su relación con el manejo de los recursos del público a lo largo de su vida normativa. En su opinión, esta es la misma conclusión a la que llegó el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, al absolver en el año 2005 una consulta que inquiría acerca de la naturaleza de los giros telegráficos, la cual transcribe parcialmente.[1]

Esta actividad de los giros postales, indica, tradicionalmente sometida al monopolio del Estado, se liberaliza con la ley parcialmente demandada en el presente proceso, lo cual implica que la autorización a los particulares para su realización ya no cuenta con el respaldo que tradicionalmente le ha brindado el Estado con su prestación directa, circunstancia que hace necesario reafirmar su naturaleza financiera, a fin de rodearla de un "alto estándar de protección" a los usuarios.

La regulación de los servicios de pago en los instrumentos de carácter internacional, señala el demandante, también confirma en su parecer su naturaleza financiera, pues el rango de protección que establece el Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal adoptado en 2008, coincide con los criterios de regulación prudencial que establecen los Acuerdos de Basilea en relación con los sistemas de pago que ofrecen los mercados financieros, tal como sucede con la definición del riesgo de liquidez del operador, o los riesgos financieros u operativos, que incluyen categorías similares.

Además, el uso de la expresión "servicios financieros postales" al que acuden los acuerdos, si bien no los califica como tales, sí denota, en el ámbito postal, "un trasfondo financiero o de manejo profesional y masivo de recurso del público" que impone regulaciones de carácter prudencial que reflejen las que gobiernan a la actividad financiera en sentido amplio, lo que se advierte en la Directiva 2007 de 2064 de 20CE del Parlamento Europeo, que se ocupa de reiterar la sujeción de dichos sistemas a estándares

prudenciales especialmente exigentes.

Por otra parte, de conformidad con el criterio material, el actor encuentra que dichos servicios constituyen operaciones "de carácter masivo y habitual, en el que media la custodia o depósito de recursos, o su manejo y pago, según el caso, en desarrollo de mandatos impartidos por el remitente de los recursos, y cuya transferencia en algunos casos implica operaciones de carácter cambiario." En apoyo de su aserto, refiere disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero que autorizan a las entidades bancarias (art. 70) y del sector cambiario (art. 599) a realizar actividades que comprenden servicios de giro y pago, y envío o recepción de pagos y remesas, calificadas por la doctrina en derecho bancario como operaciones neutras. Transcribe igualmente una reflexión del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, contenida en su propuesta de reglamentación de los servicios postales de pago, conforme a la cual clasifica igualmente tales servicios dentro de las denominadas operaciones neutras. Si bien para el Ministerio no constituyen estrictamente operaciones de captación, la entidad aclara que implican manejo de dineros del público, lo que justifica se sometan a especiales controles.

Esta afirmación la comparte parcialmente el demandante, pues advierte que hay otros servicios postales de pago que suponen apertura y manejo de cuentas -como los servicios adicionales de giro de pago, giro de depósito y transferencia postal-, en los que se refuerza aún más su similitud con las actividades financieras en sentido estricto. Pero además, indica, en el caso de los giros internacionales aparece "nítida" su condición de operación de tipo cambiario, tanto por la remisión legal expresa como por la materia de la operación. Así, cita un concepto de la Superintendencia Financiera[2], relativo a una consulta acerca de los servicios de giro internacional, conforme a la cual se trata de una actividad propia de las entidades sometidas a su vigilancia, lo que demanda ostentar la condición de intermediario del mercado cambiario.

En este orden de ideas, concluye el actor, los servicios postales de pago coinciden, desde el punto de vista material, con servicios de giro propios de las entidades financieras, pues los dos implican manejo de recursos del público como actividad profesional y habitual, lo que "ubica tales servicios como de interés público, para los efectos de lo previsto en el artículo 335 de la Constitución Política," coincidencia que es aún mayor frente a los demás servicios de pago previstos por la Unión Postal Universal.

Ahora bien, recalca el demandante, tampoco por el criterio formal existen diferencias relevantes entre los servicios, aunque es distinta la conclusión al analizar las actividades con un criterio orgánico, pues por regla general quien realiza captaciones masivas y habituales de dineros del público debe contar con autorización previa. Desde el año de 1982, indica, se han sentado criterios técnicos para detectar cuándo se está ante una captación masiva y habitual, definición que implica la existencia de un pasivo compuesto por un monto determinado de obligaciones, o contraído con un número determinado de personas. De lo anterior, concluye, los servicios postales de pago constituyen una actividad "propia y característica" de entidades pertenecientes al sector financiero, por lo que el legislador no puede modificar su naturaleza y establecer garantías y condiciones variables según el tipo de entidad que la presta.

Una vez culminada la sustentación acerca de la naturaleza financiera de los servicios postales de giro, el actor procede a la concreción de los cargos de inconstitucionalidad, y

los agrupa según si se trata de una vulneración directa de una norma constitucional o si corresponden a una vulneración por omisión legislativa.

Dentro del conjunto de cargos por vulneración directa de la Constitución, el actor acusa el numeral 2.2.3 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 de vulnerar los artículos 150-10, 150-16, 150-19d, 189-2, 189-11, 189-25, 224 y 335 de la Carta. En opinión del demandante, cuando la norma autoriza a una entidad de carácter supranacional a definir otros servicios postales no previstos por el Congreso, "otorga plena validez y eficacia a tratados que no han sido aprobados por el Congreso," sin intervención del Gobierno ni del Legislativo, por lo que se vulnera el artículo 224 de la Constitución. Además, esta autorización desconoce la competencia del Congreso y del Gobierno en materia de leyes marco para la regulación de las actividades financieras, bursátiles y crediticias, y así transgrede lo estatuido en el artículo 150-19d. Pero además, desconoce el artículo 150-16 –referido a la facultad aprobatoria de tratados que se confiere al Congreso- y el 189-2 –que asigna al Presidente la función de celebrar tratados o convenios que luego habrán de ser sometidos a aprobación del Congreso-. La vía utilizada por el Legislador para ampliar los servicios postales de pago previstos legalmente contradice igualmente los artículos 189-25 y 335 de la Carta, pues no sólo omite la regulación vía ley marco, sino que vacía la facultad de intervención presidencial por decretos de regulación, y desconoce el interés público que caracteriza a la actividad de contenido financiero, según la definición del artículo 335 de la Constitución.

La expresión contenida en el artículo 3, numeral 4.2, que define al "Operador de Servicios Postales de Pago" como "sometido a la reglamentación que en materia de lavado de activos disponga la ley y sus decretos reglamentarios," vulnera para el demandante los artículos 150-19d, 189-25, 333 y 335 de la Constitución Política. En aserto de su tesis, el actor plantea que al limitar la norma la responsabilidad del operador a la reglamentación en materia de lavado de activos, "recorta de manera arbitraria el ámbito de fuentes normativas a las que se encuentran sujetos los operadores de pago, limitándolos a una materia," énfasis que sería admisible si se entendiera que opera sin perjuicio de otras normas que apliquen a la actividad, interpretación a la que no atiende la expresión literal demandada. Para ajustar la disposición a una lectura constitucionalmente admisible, el actor advierte que la Corte cuenta con tres opciones posibles: (i) retirar del ordenamiento la última parte de la proposición normativa, con lo que se evitarían los equívocos que produce una referencia parcial a las fuentes normativas; (ii) declarar exequible la expresión en forma condicionada a que la referencia a las normas sobre lavados de activos no excluya las regulaciones restantes, en particular, las financieras y cambiarias, y (iii), eliminar la expresión demandada.

En cuanto hace al cargo contra el artículo 4º, tanto el inciso séptimo –que confiere al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la facultad de fijar requisitos adicionales a los operadores postales-, como el párrafo –que señala el término de doce meses al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para reglamentar los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos que se deben presentar para la obtención del requisito habilitante de operación-, desconocen la distribución de competencias establecida por el Constituyente en punto de la regulación de las actividades relacionadas con la captación de dineros al público, distribución que, cuando se refiere al Ejecutivo, asigna la competencia de regulación en cabeza del Gobierno Nacional, no de un ministerio en particular, por lo cual se vulneran

los artículos 150-19d, 189-25 y 335 de la Constitución Política.

Por otra parte, si se entiende que con estas previsiones el Legislador efectivamente concedió facultades legales, agrega el demandante, las normas desconocen los artículos 150-19d, 189-25 y 335 de la Carta, en consonancia con los artículos 150-9 y 189-11, puesto que la delegación de facultades extraordinarias en materia de actividades financieras, crediticias o bursátiles es inadmisibles –según la doctrina de la Corte Constitucional-. Añade que aún si fueran plausibles, el término y las condiciones no se avienen con lo establecido en el artículo 150-10. Tampoco admite que dicha delegación haga referencia al ejercicio de funciones propias del Ministerio, no sólo por que violaría la Constitución que él le impusiera para el efecto un término, sino porque corresponde al Gobierno Nacional regular las actividades financieras con sujeción a los parámetros legales.

La justificación a esta disposición tampoco la encuentra en la jurisprudencia constitucional en materia de delegación de funciones, concretamente de funciones reglamentarias en órganos distintos al Gobierno Nacional, puesto que la disposición acusada tampoco versa sobre la función reglamentaria residual que se admite en los órganos administrativos, sino que desplaza al Gobierno Nacional de una regulación que le es propia. En caso de que la Corte Constitucional decida preservar la norma, ello solo podría ser dentro de un marco interpretativo que establezca que las funciones atribuidas al Ministerio se habrán de ejercer con posterioridad al desarrollo de la atribución reglamentaria que le corresponde al Gobierno y no como un sustituto, circunscribirse a una "mera modalidad de microregulación" que no implique el ejercicio de facultades legislativas y, bajo el entendido de que dicha función propia no estaría sujeta a límites temporales.

El demandante plantea como una vulneración por activa de la Constitución, la que opera en razón de lo estatuido en los artículos 11, 12, 18, 20 y 22 de la ley, que fijan competencias en cabeza del Ministerio y la Comisión de Regulación de las Comunicaciones sin preservar las facultades del Gobierno Nacional y del Banco de la República en materia de actividades financieras.

En opinión del actor, "el defecto constitucional de la norma demandada consiste en colocar el nivel de la regulación en el nivel más bajo –ministerio y comisión de regulación- y limitar el entorno normativo de los operadores postales de pago y de los servicios de pago a cargo de ellos, las normas de aquel, excluyendo tanto a las autoridades reguladoras superiores [...] y a las normas que ambos pueden y deben dictar para proteger a los usuarios de dichos servicios y a sus recursos...."

En ese orden de ideas, cuando el artículo 11 atribuye a la Comisión de Regulación de Comunicaciones la regulación de las tarifas y niveles de calidad de los servicios postales distintos a los que pertenecen a la Unión Postal Universal "como lo pueden ser los servicios locales de pago," vulnera la atribución constitucional propia del Gobierno Nacional en relación con la actividad financiera, pues esta comprende naturalmente materias como los mecanismos de fijación de tarifas o estándares de calidad. Igual glosa le efectúa a la fracción acusada del artículo 12. En cuanto el artículo 18 indica al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como rector de la política general de los servicios postales, también desconoce las atribuciones que, en relación con actividades financieras, competen a Legislador y Gobierno, puesto que "la

fijación de políticas, criterios y objetivos generales de intervención en los sistemas de pago" son atribuidos por el Constituyente a estas autoridades públicas. La expresión acusada del artículo 22 vulnera el contenido del artículo 371 de la Carta, puesto que restringe la función institucional de autoridad monetaria y cambiaria del Banco de la República, a una simple solicitud de información de carácter cambiario a los operadores. Estas disposiciones, indica, contravienen en consecuencia los artículos 150-19d, 189-25, 335 y 371 de la Carta.

El segundo grupo de cargos lo subsume el actor bajo el concepto de violación de la Carta por omisión legislativa relativa que se adjudica a las mismas normas ya censuradas por vulneración activa.

Por este aspecto, el demandante advierte que el deber de protección del ahorro y de los recursos del público que se ordena mediante el artículo 355 de la Carta, no sólo se desconoce en el evento de que el Legislador omita totalmente una regulación, sino también en el supuesto en que la ley decide "relajar el control del riesgo financiero con el fin de estimular a una clase de entidades financieras u operadores económicos," en cuyo caso la finalidad de la medida ya no será la de proteger el ahorro sino la de promover a ciertos operadores económicos por la vía del debilitamiento de los requisitos exigidos para la realización de una actividad que, el accionante insiste, es de naturaleza financiera. Además, el establecimiento de dos regímenes de protección diferenciales, indica, brinda a un grupo de usuarios de las operaciones financieras un nivel de protección inferior del que el mismo Legislador ha considerado necesario para precaver el riesgo ordinario en el desarrollo de actividades financieras, con lo cual se vulnera no sólo el artículo 335 de la Constitución Política, sino que se desconocen los artículos 2 y 13 de la Carta.

"Desde la perspectiva de la igualdad," aclara, "no se justifica que dos personas que utilizan un mismo servicio financiero regulado por el estado no reciban de éste, obligado por el deber constitucional de protección del ahorro público y de los recursos del público, el mismo grado de protección normativa,...."

Por otra parte, sostiene, el deber que se contempla en el artículo 355 debe ejercerse bajo un mínimo de efectividad, lo cual sólo es posible si su ejercicio resulta "materialmente idóneo" para garantizar un mínimo de protección a los usuarios o consumidores de productos financieros, efectividad que no se logra por la vía del debilitamiento del régimen de control, como lo persiguen las normas demandadas. El hecho de que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones haya expedido una regulación prudencial, que puede ser acertada, no subsana la usurpación de funciones por parte del Gobierno Nacional, señalado constitucionalmente para su adopción.

A efecto de desarrollar el cargo por omisión legislativa relativa, el demandante recuenta los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y concluye que respecto de las normas demandadas se cumplen todos los supuestos. A la luz de la doctrina de la Corte sobre el punto, precisa que las omisiones denunciadas son susceptibles de control, puesto que el cargo se predica de normas concretas -los artículos 2, 3, 4, 11, 12, 18, 20 y 22 de la Ley 1369 de 2009-. Además, tales normas establecen un régimen de protección de los recursos del ahorro público menos garantista que el previsto en el régimen ordinario para las actividades financieras, déficit de protección que no encuentra respaldo en una razón suficiente. En cuanto a la demostración de la desigualdad negativa generada por el trato diferenciado para los casos excluidos de la

regulación legal cuando se presenta una omisión legislativa relativa, el actor recuerda que la Corte ha advertido que tal cargo no se limita a los casos relacionados con el derecho a la igualdad o al debido proceso, pues dicha mención resulta simplemente ilustrativa, sin que eso evite que evalúe el desconocimiento de la igualdad en el caso bajo estudio.

El demandante aclara la pretensión que se plantea no implica que "la regulación de los servicios postales de pago deba ser idéntica a la de otros agentes económicos que operan en el mercado de los giros o en las demás actividades financieras que potencialmente puedan emprender estos operadores, ni que se deban encontrar sujetos a las mismas autoridades de inspección o vigilancia o que deban contar con los mismos institutos de protección de los intereses de los consumidores y usuarios de tales servicios" (en mayúsculas en el original). Lo que pretende, subraya, es que se "somete a escrutinio constitucional los arbitramentos regulatorios derivados de las disposiciones legales que autorizan el emprendimiento de actividades financieras y afines a instituciones no financieras, todo lo cual es un desarrollo del derecho a la igualdad, respecto a los estándares de protección y frente a las condiciones de concurrencia al mercado."

Para el accionante, en relación con las actividades calificadas como de interés público por el artículo 335 de la Carta, precisamente el Constituyente optó por una medida que "disminuye la incidencia de arbitramentos regulatorios," pues difirió a una misma autoridad la definición de los criterios generales de intervención y atribuyó a una sola autoridad su regulación, presupuestos que, en su opinión, constituyen una garantía funcional del derecho a la igualdad. De romperse esta unidad y desconocerse este sistema de reparto de competencias, se abre el paso a los arbitramentos regulatorios violatorios de la Carta.

Se quebranta la igualdad, prosigue, cuando como en el presente caso no se ofrece una regulación "equilibrada" de los requerimientos de capital y patrimonio de los operadores postales, por lo que existe un vacío que propicia una diferencia de trato, tanto entre consumidores –que se exponen a un riesgo mayor-, como entre competidores –pues productos y actividades semejantes se regulan en un caso con mayor exigencia que en el otro-.

Más aún, señala, la regulación arbitrada no sólo afecta la igualdad en su componente sustancial, sino que promueve "una violación estructural a esta garantía," puesto que la autoridad reguladora escogida –por su visión parcial del mercado- carece del conocimiento, la información y coordinación requeridos para brindar una regulación equilibrada. Las asimetrías de regulación, que deberían ser resueltas por el Legislador, son por el contrario promovidas con la normatividad censurada.

Advierte que la Corte Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse indirectamente sobre el problema de los arbitramentos regulatorios, en la Sentencia C-138 de 2007, y transcribe un aparte en el que el Tribunal reflexiona acerca de la conveniencia de una medida adoptada por el Legislador para el mercado de valores, al analizar el cumplimiento del principio de identidad en el trámite legislativo de la norma entonces acusada.

A renglón seguido sostiene que la Corte ha declarado la inexecutable de disposiciones legales que generan una "distorsión artificial" en el mercado, precisamente por la presencia de arbitrajes regulatorios, aunque no detalla los precedentes. La afectación de la

igualdad no solo "se concreta en un estándar de protección distinto ab initio, sino además en un esquema de regulación llamado a perpetuar y profundizar en el tiempo las desigualdades advertidas."

Finalmente, indica, también se cumple la exigencia respecto del señalamiento de un deber específico por parte del Constituyente cuya omisión se denuncia, puesto que el artículo 150-19d ordena al Legislador sentar los objetivos y criterios para que el Gobierno proceda a regular las actividades relacionadas con el manejo de los recursos del público. De igual forma, el artículo 335 define la intervención del gobierno en actividades que se definen como de interés público, lo que a su juicio "comporta contenidos mínimos de protección y tutela de los intereses de los usuarios y competidores." Toda vez que las normas acusadas no regulan la materia íntegra ni sistemáticamente y definen un conjunto de servicios para cuyos riesgos no se establecen suficientes cautelas, se incumplen dichos deberes generales.

Si bien no existe norma en la Carta que determine los contenidos específicos de la regulación financiera, aparte de los que se refieren a la promoción de la democratización del crédito y a la tutela de la confianza pública, sí existe el deber señalado en un nivel más general, por lo que a pesar de las naturales diferencias entre los operadores del mercado de giros locales e internacionales, la necesidad de la protección de la confianza pública es en ambos casos vinculante. El propósito de expandir los servicios postales de pago a las poblaciones no bancarizadas, demanda una especial tutela del Estado. Lo opuesto, es decir, la ampliación de la cobertura financiera con un consecuente debilitamiento del deber de protección de los recursos del público, hasta el punto de llegar al "desconocimiento" de la connotación financiera de la actividad dedicada a los giros postales, equivale a trasladar a los usuarios más pobres los riesgos que al resto de la población si se le aseguran.

De conformidad con la anterior argumentación, el actor concluye que el artículo 2 de la ley, al establecer una enumeración taxativa de los objetivos de la intervención del Estado en los servicios postales, resulta insuficiente en relación con los objetivos y criterios que se imponen al Estado en orden a garantizar la protección de los recursos del público, de ahí que vulnere los artículos 150-19d, 189-24 y 335 de la Carta. Dichos objetivos, si bien pueden ser suficientes para los servicios postales en general, no lo son en relación con los servicios postales de pago, por la naturaleza financiera de estos y por su relación con el manejo y protección de recursos del público, aserto que busca demostrar con la evidencia comparativa del contenido del artículo 48 del Estatuto Orgánico Financiero.

En relación con el artículo 3, numeral 2.2.3, que permite a los operadores del servicio postal de pago prestar los servicios que la Unión Postal Universal señale, resulta violatorio de la Carta por omisión legislativa relativa, por darle carácter vinculante en el orden interno a tratados internacionales con pretermisión del trámite constitucionalmente previsto para su aprobación interna, y desconocer los mínimos de protección e intervención para las actividades financieras, lo que vulnera los artículos 150-10, 150-16, 150-19d, 189-2, 189-11, 189-25 y 335 de la Constitución Política.

El numeral 4.2. del artículo 3 omite señalar todas las cargas que se derivan del carácter financiero de la actividad de los servicios postales de pago, en relación con riesgos relevantes que deberían precaverse en virtud del deber de protección que señala el Constituyente en el artículo 335, ni remite a tales operadores a la regulación ordinaria

para el sector financiero, por lo cual se desconoce el contenido de los artículos 150-19d, 189-25, 333 y 335 de la Carta.

El inciso séptimo del artículo 4 y su párrafo segundo también incurren en desconocimiento de la Carta por omisión legislativa relativa, al "atribuir una función regulatoria a una entidad constitucionalmente incompetente," y por desconocer las facultades regulatorias del Gobierno en relación con actividades que comprometen los recursos del público, razón por la cual vulneran los artículos 150-9, 150-19d, 189-11, 189-25 y 335 del Texto Fundamental.

Los artículos 11, 12, 18, 20 y 22 demandados parcialmente, al fijar competencias al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, con pretermisión de las facultades del Gobierno y del Banco de la República, no obstante la materia financiera de las actividades de los servicios postales de pago, desconocen por omisión legislativa relativa los artículos 150-19d, 189-25, 335 y 371 de la Constitución Política.

Finalmente, el artículo 4 en su literal b, en su segundo inciso tras el literal h y en su párrafo 2, al decretar un capital mínimo y unos requisitos de tipo patrimonial que no resultan equiparables con los establecidos para los demás operadores financieros, desconoce no solo el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, sino los artículos 150-19d, 189-25, 333 y 335. Esto es cierto tanto si se entiende que el párrafo excluye el requisito de capital consagrado en el literal b, como si se interpreta que lo incluye.

II. INTERVENCIONES

1. Del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones interviene por apoderado especial con el propósito de solicitar a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas.

Como primera medida advierte que la Ley 1369 de 2009 tiene como propósito beneficiar a la población de menores recursos y habitante de las zonas más apartadas del territorio del acceso a las formas de comunicación más avanzadas, a partir de la trayectoria del servicio público postal en Colombia, y que nunca se ha entendido que conlleva el componente financiero que le adjudica el actor.

Para tal fin describe el devenir histórico del servicio público postal en Colombia a partir del Decreto reglamentario 1418 de 1945, que desarrolló el monopolio postal en favor del Gobierno Nacional y reglamentó la materia, época desde la cual la prestación de los servicios postales siempre estuvo en manos del Estado, hasta que en 1992 se autoriza al Ministerio de Comunicaciones el otorgamiento de licencias para la prestación de servicios postales a personas naturales y jurídicas, facultad reafirmada en 1995, en virtud del Decreto 229, y en la Ley 1369, parcialmente acusada en el presente proceso.

En relación con los cargos concretos, el apoderado del Ministerio agrupa los argumentos de la demanda en cuatro vulneraciones. Así, se pronuncia

en primer término en relación con el cargo que se endilga al artículo 3, numeral 2.2.3 por desconocimiento del régimen de competencias de Presidente y Congreso en materia de celebración y aprobación de tratados internacionales.

La Unión Postal Universal, indica, fue establecida en Berna en 1874, y opera desde 1947 como un organismo especializado de Naciones Unidas. Agrupa a 191 países con el propósito de que constituyan un único territorio postal, como lo afirma el artículo 1 de su tratado constitutivo. La pertenencia de Colombia a la Unión data desde 1881, y se ha reafirmado con la aprobación de la Convención de Viena en 1964, del Protocolo Adicional de Tokio de 1969, del 2º Protocolo Adicional de Lausana de 1974 y del Acuerdo relativo a los servicios postales de pago, todos debidamente aprobados en el orden interno.

Mediante Ley 61 de 1973, el país ratificó el tratado de constitución de la Unión Postal Universal, que señala la obligatoriedad del cumplimiento de sus actas –que establecen los reglamentos comunes- para todos los países miembros, a fin de lograr los objetivos de la Unión. Colombia ha aprobado en el orden interno las Actas del XVII Congreso de la Unión Postal –por la Ley 19 de 1978- y adhirió al Acuerdo relativo a los servicios postales de pago mediante la Ley 1442 de 2011, el cual incluye en su artículo primero el giro en efectivo como uno de los servicios postales de pago que deben prestar los miembros en su territorio.

Establecido el carácter supranacional de la Unión Postal Universal, y la función supletoria de su normativa en caso de vacíos en la legislación nacional, según lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1369, procede el interviniente a señalar cómo la Corte Constitucional ya ha admitido la posibilidad de aceptar la competencia de organismos internacionales o de ceder algunas competencias nacionales a instancias supranacionales, y para el efecto cita la sentencia C-578 de 2002, que supedita tal evento a que no haya una cesión total de las competencias nacionales. También lo ha advertido, indica el interviniente, en casos relativos a normativas comunitarias, como lo hizo en el fallo C-155 de 1998, en el cual se explica y avala el traslado de competencias normativas de los países miembros a los órganos supranacionales establecidos por el mismo derecho comunitario. En esa ocasión se indicó, además, que el eventual desarrollo de la legislación nacional de las normas comunitarias se ha de limitar al "complemento indispensable." Luego, mediante Sentencia C-644 de 2004, la Corte aclaró que la independencia que ostentan los países para administrar sus asuntos internos y sus relaciones internacionales no puede ejercerse en contravía de las costumbres, principios y tratados del derecho internacional, que como tales se erigen en un límite para el desarrollo de la soberanía nacional.

De conformidad con estos planteamientos, el apoderado encuentra que la Unión Postal Universal tiene una naturaleza similar a la de la Organización Internacional del Trabajo, y que la norma acusada no

desconoce la Carta, sino que la respeta al acoger las directrices que en materia supranacional esta reconoce y dispone.

Respecto del cargo por desconocimiento de las competencias del Presidente y el Congreso para la regulación de las actividades financieras, que el actor imputa a todas las normas acusadas parcialmente en su demanda, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones sostiene que el cargo es improcedente, toda vez que el actor lo estructura a partir del supuesto de que los servicios postales de pago constituyen actividades financieras o que implican captación masiva de recursos del público, cuando realmente constituyen un servicio público, sujeto a un régimen propio y a la intervención del Estado, por expreso mandato del artículo 365 de la Carta, que históricamente ha sido encargada al actual Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

Transcribe los artículos 4 y 5 del Decreto 229 de 1995, que definen los servicios de giros postales como servicios de correo prestados a través de la red oficial de correos, y que también los denominan como servicios financieros de correos que han de ser prestados por los concesionarios de los servicios de correos.

Ya en la Ley 1369 de 2009, explica, su artículo 1º consagra el servicio postal como servicio público bajo la titularidad del Estado, sujeto a su regulación, vigilancia y control, con sujeción a los principios de calidad, eficiencia y universalidad, que puede ser prestado por empresas públicas y privadas. Por su parte, los servicios postales de giro, en los términos del artículo 3 de la Ley, se prestan exclusivamente a través de la red postal, y cuando implican giros internacionales, se prestan de forma exclusiva a través del operador postal oficial y se sujetan a lo establecido en la Ley 9ª de 1991. Y para enfatizar más su naturaleza postal, la ley define las redes postales como el conjunto de instalaciones, equipos y demás dispositivos destinados a la prestación de los servicios postales.

La naturaleza jurídica del servicio de correo de giro postal, prosigue el interviniente, ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, en la cual se expresa que los "servicios financieros postales son una especie del género de los servicios postales y por ende, son servicios públicos"[3]. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, afirma, al rechazar la censura contra la reserva estatal de los servicios postales, en Sentencia C-407 de 1994.

Según lo expuesto, queda claro para el interviniente su argumento histórico, que demuestra que los servicios postales de pago siempre han hecho parte de los servicios postales y no de los servicios financieros y han sido reconocidos como servicios públicos sujetos a la intervención estatal, la cual siempre se ha ejercido por el ministerio del ramo correspondiente, hoy denominado Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En cuanto a la censura de la demanda por el otorgamiento de facultades reglamentarias al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el apoderado señala que se debe a una equivocada comprensión del actor, toda vez que "se circunscriben a aspectos técnicos y operativos relacionados con el ramo y se encuentran ajustadas a órdenes normativos de más alto rango, como la Ley," y se encuentran sujetas a la reglamentación que expida el Presidente. Sostiene, además, que la facultad no se encuentra sometida a limitación temporal. El término, indica, busca garantizar a los operadores el lleno de requisitos que deben acreditar para la efectiva prestación del servicio.

A continuación recoge jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a las facultades de reglamentación expresamente asignadas por el Legislador a ministerios, conforme a las cuales tal atribución no resulta inconstitucional si las facultades se refieren a regulaciones de carácter técnico u operativo, con lo cual concluye su argumentación sobre el punto.[4]

Respecto de la censura que el actor efectúa a las facultades que se asignan a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, nuevamente el interviniente indica que en anteriores procesos de constitucionalidad se ha avalado su competencia normativa, como en el que culminó con la Sentencia C-403 de 2010, argumento que le basta para desestimar el cargo.

Por otra parte, indica que la opción de regular la intervención del Estado a través del artículo 365 de la Carta, como lo desarrolla la Ley 1369 de 2009 constituye sólo una de las modalidades de intervención del estado en la economía, pero que tiene un campo de acción específico referido a la prestación de los servicios públicos. Nuevamente alude a precedentes de la jurisprudencia constitucional en la materia en demostración de su aserto (sentencias C-176 de 1996 y C-940 de 2003), que no encuentran reparo en una regulación semejante para actividades que no entrañan una naturaleza financiera.

También se pronuncia el apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones respecto de la crítica en cuanto al desarrollo de la materia por vía de una ley ordinaria y no de una ley marco, caso en el cual la jurisprudencia de la Corte no ha encontrado reparo constitucional, salvedad hecha de la preservación del principio de unidad de materia, por lo que, advierte, aún si se estimara que la prestación de los servicios postales de pago implica la captación o el manejo de recursos captados al público, su regulación por vía de una ley ordinaria no ofrecería reparo constitucional.

La tesis acerca de la naturaleza postal que no financiera de los servicios postales de pago, la refuerza el interviniente con apoyo en regulaciones de derecho internacional comunitario, concretamente de la Unión Europea, donde se establece la diferencia normativa entre los servicios de pago prestados por entidades de crédito y los servicios postales de pago

(Directiva 007 de 2064). Alude también a sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España, en las que se enfatiza la diferencia entre las dos actividades.

Añade a lo anterior la información sobre la suscripción por parte del país de varios acuerdos de integración postal, como el referido al Convenio de la Unión de las Américas y España, aprobado mediante Ley 60 de 2073, que constituye la Unión Postal de las Américas y España, así como a sus distintos reglamentos, todos acordados en 1971.

En tales condiciones, el interviniente solicita a la Corte declarar infundados los cargos aducidos en la demanda y declarar exequibles las normas acusadas, puesto que los servicios postales de pago no constituyen actividades de intermediación financiera, y la Ley 1369 se limita a ordenar la intervención del Estado para garantizar la debida prestación del servicio público postal.

En cuanto hace al cargo por desconocimiento de las competencias constitucionales del Banco de la República, que se atribuye parcialmente a los artículos 11, 12, 28, 20 y 22 de la Ley 1369, nuevamente el interviniente señala su improcedencia, puesto que el giro internacional, contrario a lo sostenido por el demandante, se presta con carácter exclusivo por parte del operador postal oficial y se somete a las disposiciones previstas en la Ley 9ª de 199, con lo cual queda en un todo bajo el control del Banco de la República y no restrictivamente, como lo interpreta el actor. Además, aclara, la Corte Constitucional ha indicado que el Legislador no puede acotar, en un catálogo puntual, las conductas pasibles de su control, pues ello podría inhibirlo de apreciar la oportunidad y conveniencia de las medidas que haya adoptar (Sentencia C-208 de 2000).

Finalmente, se pronuncia sobre el cargo que denuncia la violación de la libertad de empresa y del derecho a la igualdad por parte de las expresiones acusadas de los artículos 3 y 4 de la Ley 1369, que estima improcedente, puesto que parte de adjudicar a los servicios postales de pago una naturaleza financiera que no les es propia, definición que permite al actor reclamar por los niveles diversos de protección que se ofrecen a los usuarios de ambas actividades, protección que no es ni debería ser necesariamente similar.

En virtud de lo anterior, el interviniente insiste en la connotación postal de los servicios de pago que regula la Ley 1369, la cual se deriva del tipo de red a la que se acude para su prestación. El giro postal, explica "es un contrato de mandato en virtud del cual el mandante (usuario del servicio) da instrucciones a su mandatario (operador postal) para que ponga a disposición de un tercero una suma determinada, dentro del territorio nacional e internacional y a través de la red postal." Por otra parte, esta actividad así descrita no se ajusta a los parámetros normativamente establecidos para que la Superintendencia Financiera pueda determinar cuándo una actividad implica actividades de intermediación de los

recursos del público y por ende quede sometida a su vigilancia y control. Así, resulta evidente que, tal como se define la actividad de los servicios postales de pago, esta no tiene por objeto actividades de intermediación financiera. De ahí se sigue igualmente que los niveles de protección ofrecidos a los usuarios de los dos servicios no debe ser el mismo, sino que deben ser adecuados y proporcionales al tipo de actividad que protegen. En consecuencia el cargo del actor no resulta procedente.

2. Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público interviene, mediante apoderado, para solicitar se declare la constitucionalidad de las normas acusadas.

A manera de introducción, el interviniente manifiesta que la política macroeconómica, cuya coordinación se adjudica al Ministerio de Hacienda, tiene entre sus objetivos el de lograr la ampliación de los niveles de acceso a los colombianos a los servicios financieros, para lo cual la coordinación entre los distintos actores y un marco legal sólido y coherente resultan prioritarios.

Si bien encuentra que la concepción del demandante de los servicios postales de pago como servicios financieros es acertada y compartida por el Ministerio, considera que su interpretación de las normas acusadas resulta equivocada, pues concluye erróneamente que la regulación de los servicios postales de pago y la previsión del ámbito de protección de sus usuarios se circunscribe al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Para el Ministerio, las normas acusadas no resultan violatorias de la Carta, pues la Ley 1369 que las contiene no excluye los servicios postales de pago de los que implican manejo del dinero público, y por ende quedan cobijados por el contenido del artículo 335 de la Constitución Política. Dicha interpretación, explica, se deriva de las distintas normas constitucionales que se encargan de la referencia a las actividades financieras, pues en todos los casos se incluye toda otra actividad que se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público.

Sobre la interpretación de la Corte Constitucional acerca del contenido del artículo 355, refiere la Sentencia C-041 de 2006, en la cual se advierte que la actividad financiera no está pensada en el texto constitucional como restringida a la que se desarrolla bajo la modalidad de la intermediación, o circunscrita con exclusividad a la que prestan las entidades financieras. La actividad financiera, indica la Corporación, conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos, por lo que debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatal, la cual puede ser diferenciada según la actividad, tratamiento diverso que en todo

caso debe encontrar justificación.

Conforme a lo anterior, el interviniente indica que los servicios postales de pago no deben analizarse en forma restringida como servicios postales, sino que lo deben ser a la luz de los criterios innominados utilizados por el Constituyente en el artículo 355, pues se encuadran en las actividades referidas allí de manera general, de tal forma que tanto los servicios financieros, como los servicios postales de pago, por implicar manejo de recursos del público, deben ser objeto de intervención, vigilancia y control.

Procede luego a referir la cobertura de la regulación establecida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Ley 35 de 1993), primera ley marco para las materias relacionadas con el manejo de recursos del público, que no sólo sienta los parámetros y criterios para la acción gubernamental en relación con las actividades financiera, bursátil y aseguradora, sino para cualquier otra actividad que implique manejo de los recursos captados del público. Con fundamento en esta normatividad, explica, se han dictado reglamentos para atender actividades que no son típicamente financieras, como en el caso de la administración de tarjetas débito y crédito y de los sistemas de pago, regulados por el Decreto 1400 de 2005.

El envío o transmisión de dinero, advierte, también se ha considerado un servicio de pago, lo que ha posibilitado la intervención prevista en el artículo 355 de la Carta respecto de las sociedades de intermediación cambiaria. Esta interpretación coincide con la regulación de la Ley 1328 de 2009 de los servicios de pago a través del envío o transmisión de dinero, en cuyo artículo 98 se dispone la sujeción de dichas actividades a las reglas y condiciones estatales por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Junta Directiva del Banco de la República. El interviniente hace énfasis en la denominación de los servicios postales de giro como servicios financieros de correo, con lo cual quedarían comprendidos bajo la órbita de intervención fijada en la norma citada.

La expresión "servicio financiero de giros," contenida en el artículo 98, advierte el interviniente, no debe ser motivo de restricción del control respecto de los servicios postales de giro, por lo cual, además de las específicas facultades de intervención señaladas por la Ley 1369, también quedan bajo la órbita de control del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyas facultades permanecen incólumes.

El Ministerio también manifiesta que el contrato que surge entre el mandante y mandatario en la operación de giros postales corresponde a un tipo de mutuo, denominado "depósito irregular," en el cual el mandatario adquiere la propiedad de los bienes

entregados y la obligación de entregar al beneficiario del servicio una suma equivalente, por lo que concluye que se trata de una operación que implica el manejo de dineros del público y por lo mismo le es aplicable el tipo de intervención previsto en el artículo 150-19d y 335 de la Constitución.

De ahí que la aparente dicotomía sembrada por el actor, en el sentido de obligar a optar por uno de los dos tipos de controles que previó el Constituyente, realmente no existe, pues las facultades de reglamentación que se delegaron en el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se refieren específicamente a los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, sin que pueda entenderse que desplazan o proscriben toda otra intervención del Estado, vía reglamentación, como la que corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su órbita de competencias.

3. De la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC

La Comisión de Regulación de Comunicaciones interviene, mediante apoderada especial, para solicitar a la Corte la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas.

La apoderada de la Comisión introduce su escrito advirtiendo que tanto desde la perspectiva histórica como del derecho comparado, Colombia se inscribe en una amplia tendencia mundial que facilita el transporte de dineros a través de las redes postales, sin que ello signifique que tales operaciones incluyan intermediación, captación, colocación o inversión de recursos del público, pues por su naturaleza se limitan al recibo y pago de los recursos girados por el usuario postal.

A continuación describe el sector postal en Colombia y su evolución, el cual, en sus inicios, era prestado en forma exclusiva por el Estado, pero que luego se liberaliza gradualmente a fin de abrir la puerta a operadores privados que puedan cumplir con los objetivos del servicio postal.

La apoderada se detiene en el servicio de giro postal, respecto del cual advierte que no ha sido una novedad, pues desde el año de 1916 se cuenta con una normatividad para la prestación de tales servicios. Transcribe las disposiciones pertinentes que se han sucedido en el tiempo, conforme a las cuales dicha actividad se ha prestado por el operador estatal a través de la red postal, bajo el control y financiación del Estado en cabeza del ministerio del ramo de las comunicaciones, hasta concluir con la Ley 1369 de 2009, que incluye entre los denominados servicios postales de pago, los giros nacionales e internacionales y los que la Unión Postal Universal determine como tales.

Posteriormente, la apoderada se refiere a estudios adelantados por

la Comisión de Regulación de Comunicaciones sobre el sector postal, con el objeto de identificar las características técnicas de los servicios postales de pago, y diferenciarlos de los servicios financieros.

Explica que el desarrollo social obligó al Estado colombiano a ajustar el marco legal y liberalizar la prestación de los servicios postales, con el propósito de que dichos servicios "puedan facilitar el crecimiento económico a través del intercambio de bienes y servicios," lo que demanda que los mismos se ajusten a los avances tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones y se inserten en la tendencia mundial de la globalización. Un primer esfuerzo en ese camino, explica la apoderada, lo constituyó la autorización de la participación de los particulares en la prestación de los servicios postales, a través de lo previsto en el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80, art. 37) y en el Decreto 229 de 1995, que desafortunadamente no contó con una legislación que regulara de manera integral el régimen jurídico de tales servicios y definiera las competencias de las distintas autoridades. No obstante, el Gobierno concibió un Plan Integral de Reforma y Desarrollo Postal (PIDEP), cuyos principales presupuestos se incluyeron en el Documento Conpes para el sector (Lineamientos de Política para reestructurar el sector postal colombiano, DNP, 18 de agosto de 2006), que se aúna al reto establecido en el documento Visión Colombia II Centenario – 2019, dirigido a "consolidar un sector postal eficiente integrado a la economía global, que fomente en el largo plazo el desarrollo de un modelo eficiente y sostenible que integre el sector postal con el sector transporte y las redes de logística existentes..." Propósitos todos que se condensan finalmente en la regulación integral del sector contenida en la Ley 1369 de 2009.

Procede a continuación la intervención a referirse a la Unión Postal Universal y al efecto de sus previsiones en el ordenamiento interno colombiano, y advierte que desde que el país accede a la firma del Convenio Postal Universal, se obliga a incorporar en su régimen nacional los acuerdos que se suscriban en los congresos de la Unión Postal Universal. Explica que desde su inclusión como miembro en 1981, el país ha suscrito y ratificado varios acuerdos en el seno de la Unión.[5]

Agrega que la Unión Postal Universal desarrolló el Sistema Financiero Internacional (IFS por sus siglas en inglés), aplicación informática que facilita a las administraciones postales la multiplicación y seguridad de las transacciones, al pasar "del giro postal en soporte papel a una versión electrónica de la transferencia de fondos," aplicación que se utiliza ya en 30 países del mundo y que, gracias a sinergias con empresas de correos y de bancos se ha logrado la

interconexión de redes postales y financieras, lo que disminuye los costos de las transferencias electrónicas de fondos principalmente para los trabajadores migrantes, quienes representan un 3% de la población mundial, que superan los "300.000 millones de dólares al año [y] representan más que la inversión extranjera directa y la asistencia para el desarrollo juntas."

Indica que el servicio postal de giros representa unas ventajas para los remitentes migrantes y los receptores en sus países de origen que no ofrece el sistema financiero, pues por esa vía no están obligados a tener acceso a cuentas de depósito, de las que carecen el "90 por ciento de las personas más pobres del mundo." Así, la amplia presencia en comunidades urbanas y rurales de la red mundial de correos, garantiza tanto la infraestructura física como logística requeridas para ampliar los servicios de remesas a las zonas rurales y así maximizar su impacto en dichas zonas.

Por otra parte, como lo indicó el Gobierno en la exposición de motivos de la Ley 1442 de 2011, la ausencia de adhesión de Colombia al Acuerdo relativo a los servicios postales de pago podría impedir al operador oficial el acceso al instrumento financiero IFS. Conforme a dicho Acuerdo, el país se compromete a garantizar la prestación de los servicios de giro en efectivo, giro de pago, giro de depósito y transferencia postal, así como a adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, lo que, en su opinión, permite constatar "la plena aplicación y vigencia dentro de nuestro sistema jurídico" de las normas técnicas expedidas por la Unión Postal Universal.

En el siguiente acápite de la intervención, la apoderada de la Comisión asegura que los servicios postales de pago no son financieros, pero que facilitan las operaciones de pago en las poblaciones rurales y distantes.

De acuerdo con lo anterior, y en consonancia con lo planteado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en su propuesta de reglamentación parcial del servicio, los servicios postales de pago se prestan exclusivamente a través de la infraestructura postal, implican "operaciones neutras" que no constituyen recepción u otorgamiento de créditos, implican manejo de dineros del público aunque no constituyen operaciones de captación masiva, y su prestación no es libre, pues demandan autorización previa

del Estado.

A fin de desentrañar el servicio definido como servicio postal de pago, advierte que el Legislador en la Ley 1369 siguió las directrices de la Unión Postal Universal y por lo tanto no sólo reguló los tradicionales giros postales -hasta la fecha, único servicio postal de pago autorizado al operador- sino que amplió su espectro a otras modalidades de giro. Entre los servicios postales de pago que previó la Unión Postal Universal adicionales a los giros nacionales e internacionales, se encuentran el giro en efectivo, el giro de pago, el giro de depósito y la transferencia postal, todos novedosos en el sistema jurídico colombiano, actividades que demandaban una armonización del marco normativo existente a fin de garantizar la universalización del servicio postal en todas sus modalidades.

En oposición al criterio del demandante, indica que el ordenamiento jurídico no define qué se debe entender por actividad financiera, por lo que se guía por los conceptos ofrecidos por la jurisprudencia[6] y la Superintendencia Financiera[7], y concluye que los servicios postales de pago no pueden entenderse como actividades financieras, pues no constituyen intermediación en el sentido de colocación de recursos, ni constituyen captación de recursos para su inversión y aprovechamiento, además de utilizar exclusivamente la infraestructura de la red postal. Advierte incluso que, mientras en el sector financiero las entidades se lucran con el diferencial entre las tasas de captación y de colocación de recursos, los operadores postales deben entregar al destinatario los recursos girados en tiempos muy breves, lo cual inhibe el desarrollo de una actividad lucrativa adicional con los recursos entregados. Según estas consideraciones, para la apoderada resulta clara la diferencia esencial y estructural entre los servicios postales de pago y los servicios financieros.

En relación con el cargo de insuficiente protección de los usuarios de los servicios postales de pago derivado del desconocimiento de su naturaleza financiera, la interviniente señala que parte del errado supuesto de que su exclusión del régimen financiero implica su eliminación del espectro de vigilancia y control estatales. La regulación, insiste, contrario a trasladar a los usuarios el riesgo, los precave en coherencia con la naturaleza de la actividad que, insiste, no constituye intermediación financiera.

La existencia de un marco legal y reglamentario de mitigación del riesgo implica que este se limita para el

público, en cumplimiento de los deberes constitucionales, que para el caso de los servicios postales de pago, se concretan con la expedición de la Ley 1369 de 2009.

Luego la interviniente explica cómo los miembros de la Unión Postal Universal han establecido la autoridad de control, que en la mayoría de los casos coincide con el ente regulador de las comunicaciones y en el menor número, se asigna a un regulador postal especializado, sin que en caso alguno se encuentre como autoridad de regulación de los servicios postales de pago a una autoridad de tipo financiero o bancario. Así, explica, Colombia ha seguido la tendencia internacional, sin que ello implique cesión de la soberanía nacional en temas postales.

Para reforzar su tesis, la apoderada sintetiza la normatividad mexicana que resuelve en forma similar la definición de los servicios postales de pago y los controles que sean pertinentes a tal actividad.

Las directrices sentadas para la prestación de los servicios postales de pago en la Unión Europea, advierte, si bien presentan algunas diferencias con los casos colombiano y mexicano, definen los servicios de pago como una actividad que "incluye el envío de dinero, y que puede ser prestada por instituciones postales facultadas en cada territorio nacional."

Para la apoderada este repaso por el derecho comparado le permite sostener que la regulación "en esencia mantiene claras semejanzas, que particularmente se manifiestan en cuanto a la posibilidad de reconocer que el envío de dinero pueda ser tenido como una actividad postal," que puede ser prestada por los operadores de servicios postales, y que generalmente asigna al ente regulador de las comunicaciones su vigilancia y regulación.

En virtud de las consideraciones anotadas, la apoderada procede así a dar respuesta a los cargos concretos planteados por el actor, para lo cual acude a transcribir parcialmente jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala cómo las actividades consagradas en el artículo 355 responden a un concepto jurídico indeterminado que debe ser dotado de contenido por el Legislador[8]. Sostiene nuevamente que los servicios postales de pago no constituyen servicios de intermediación financiera, lo que autoriza al Legislador para definir el régimen legal que estableció, sin que "impliquen competencia para los giros bancarios y para las demás actividades financieras que pretende defender el accionante," ni que signifique para sus

usuarios una relación de dependencia con el sector financiero.

También le resulta evidente a la apoderada que el Legislador podía arbitrar una regulación distinta para unos y otros servicios, puesto que las dos actividades se diferencian por su contenido material y su naturaleza jurídica, sin que ello signifique que el Legislador ha contravenido los mandatos constitucionales referidos a las actividades financieras y a la intervención del Estado en ellas. Igual fundamentación aporta en relación con el cargo que censura el señalamiento de facultades de regulación al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, puesto que el artículo 4 de la Ley 1369 se limita a señalar al Ministerio la reglamentación puntual de los aspectos patrimoniales y de mitigación del riesgo, motivo que explica que, aún si fueran ciertos los supuestos de los que parte el actor, la norma respeta las competencias de la "disciplina" de las leyes marco. Por otra parte, este expediente ha sido avalado reiteradamente por la Corte Constitucional, cuando se ha visto obligada a pronunciarse respecto de la reglamentación residual y subordinada, además de que la regulación así definida, guarda consonancia con el esquema constitucional.

En este orden de ideas, solicita a la Corte rechazar las censuras elevadas por el actor contra los artículos 2, 3, 4, 11, 12, 18, 20 y 22 de la Ley 1369 de 2009.

Para finalizar, se refiere al cargo contra las funciones regulatorias que se asignan a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y reitera que éste se deriva de la premisa errada de la cual parte el actor, contraria a todos los argumentos históricos y de derecho comparado que ha presentado la intervención. Además, expresa, se cumplen en el presente caso las cuatro condiciones que ha señalado la jurisprudencia para admitir la fijación de competencias reglamentarias a órganos que no constituyen Gobierno en los términos del texto constitucional: (i) no existe reserva de ley para la regulación del régimen de tarifas, (ii) y (iii) no desplazan la competencia del Legislador ni del Gobierno, y se asigna a una entidad dependiente del Gobierno Nacional. Por lo anterior, concluye, los artículos 11 y 12 son constitucionales.

4. Del ciudadano Hernando Herrera Mercado

El interviniente precisa, en primera instancia, que "la demanda no se centra en una inconstitucionalidad absoluta de estas normas [11, 12 y 20]," sino en que requieren una adecuación a efecto de evitar

una interpretación que excluya las funciones asignadas a organismos distintos a la Comisión de Regulación de Comunicaciones frente al manejo de una actividad presuntamente financiera como la que representan los servicios postales de giro, por lo que podrían ser constitucionales si se interpretan en tal sentido. No obstante que el cargo así planteado "no encarna una inconstitucionalidad plena," procede a refutar su argumentación.

Así, recuerda que la Corte en varios pronunciamientos ha avalado "la potestad del Legislador para deferir competencias regulatorias y de intervención," como lo indica en la Sentencia C-186 de 2011 al analizar las variadas formas legales en que se materializa la intervención del Estado en la economía, al tenor del artículo 150 constitucional. Al partir de tal supuesto, el interviniente no encuentra cómo se puede concluir que la atribución de facultades regulatorias a la Comisión de Regulación de Comunicaciones en materia postal, materia que no se encuentra reservada al Gobierno o al Banco de la República, desafía el texto constitucional, y no, como efectivamente es, una expresión de la facultad que el artículo 365 de la Carta atribuye al Legislador en materia de regulación de servicios públicos, como lo ha afirmado la Corte Constitucional (Sentencia C-150 de 2003).

Se sigue entonces que si en materia de servicios públicos rige el principio de reserva de ley, competencia que involucra el régimen de intervención estatal, resulta conforme al texto constitucional atribuir competencias regulatorias definidas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones en materia postal, máxime si el texto fundamental no ha asignado tal competencia a ninguna otra autoridad en forma específica.

Añade el ciudadano que la Corte ha entendido la actividad de regulación en un sentido integral, es decir, comprensiva de una actividad económica en su totalidad, pero que se segmenta por sectores económicos o sociales para responder a las particularidades de cada uno, como lo afirmó en la Sentencia C-186 de 2011, "de manera tal que si la ley atribuyó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones la función de regulación de la actividad postal, lo efectuó bajo el claro entendido que esta actividad corresponde a un tópico claramente definido de la economía." Además, expresa, la atribución de tales facultades regulatorias no se ejecuta de forma difusa, pues se desarrolla bajo una comprensión integral de la actividad, que incluye el seguimiento de su evolución y la correspondiente adopción de determinaciones que permitan orientar la dinámica del sector, como lo recuerda la Sentencia C-150 de 2003, con lo que las facultades reconocidas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones se corresponden plenamente.

5. El ciudadano Augusto Roa Piedrahita

El interviniente controvierte el cargo contra el numeral 2.3.3 del artículo 3 conforme al cual el Legislador faculta a la Unión Postal Universal a definir ulteriores servicios postales de pago, que en su opinión es constitucional, puesto que constituye un desarrollo propio de la pertenencia de Colombia al sistema universal para el desarrollo globalizado de los servicios postales, y del reconocimiento de competencias regulatorias al organismo supranacional. En cuanto a la censura contra el artículo 3, en su numeral 4.2, que señala que el operador postal se encontrará sometido a la regulación que en materia de lavado de activos dispongan la ley y sus reglamentos, el ciudadano plantea en contrario que resulta una previsión razonable que no vulnera la Carta, pues es al Legislador a quien le compete dictar las normas en relación con el lavado de activos.

Adicionalmente, el escrito de intervención se concentra en los cargos que critican la atribución de facultades regulatorias al Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones. El ciudadano indica que tales facultades resultan constitucionales, puesto que desarrollan atribuciones expresamente previstas, como la que faculta a los ministros del gabinete fijar las políticas atinentes a su sector, para lo cual el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones aparece como el órgano especializado en la materia. Además, responden a las figuras de descentralización, desconcentración y delegación de la función administrativa, a que alude la Ley 489 de 1998. Finalmente, controvierte el ataque al artículo 2 de la Ley 1369, puesto que en él la ley fija "cada uno de los objetivos del Estado en la intervención de los servicios postales, estableciendo el punto de partida por el cual se deben guiar las entidades públicas competentes para promover, regular, vigilar y controlar el citado servicio," con la generalidad y suficiencia que el sector demanda. Concluye el ciudadano indicando que la intervención en la actividad económica del país "no es sólo para las entidades financieras, sino también se tiene que permitir con el debido control, que se generen operadores de servicios postales de pago y que con sus actividades se genere empleo al país."

6. El ciudadano Alfredo Fajardo Muriel

Su intervención se dirige, advierte, a oponerse a las solicitudes del demandante contra todos los artículos acusados y a ofrecer a la Corte una sustentación de la constitucionalidad de dichas disposiciones.

Como primera medida, procede a efectuar precisiones respecto de la demanda, como quiera que el resultado concreto de acoger las pretensiones "sería impedir que en Colombia puedan en la práctica prestarse los servicios postales de pago" y "desplazar

ilegítimamente a los agentes, competidores, usuarios y empresas partícipes de otros mercados distintos al financiero, con fundamento en una extraña mutación del sector financiero, para ser sustituidos por las empresas financieras y solo en beneficio directo de ellas."

En consonancia con lo anterior procede a precisar la naturaleza jurídica de los servicios postales de pago, con base en un criterio histórico y material. La Ley 1369 de 2009, advierte, corresponde a un nuevo régimen jurídico del servicio público postal en el país, lo que acota su alcance, determina los tipos de prestaciones que cubre, e identifica y diferencia estos servicios de otras actividades sociales.

Tales servicios postales pueden ser rastreados a instancias muy iniciales de la civilización, y su objetivo tradicional lo ha constituido la satisfacción de la necesidad de comunicación que tienen los seres humanos, circunscritos en sus inicios al transporte de comunicaciones, antecedente de los servicios de telecomunicaciones actuales. Por ello, los servicios postales han sido y continúan siendo fundamentalmente servicios de envío y remisión de objetos postales de todo tipo, es decir, de intercambio de información y comunicaciones entre personas, y resultaría "exótico" que el servicio postal se calificara como financiero en función del objeto postal que se envía. Explica el estrecho vínculo original que existe entre la actividad de transporte y los servicios postales y de telecomunicaciones, lo que implicó la necesidad de garantizar un régimen de protecciones especiales dirigido a la preservación de la libre transmisión de ideas y pensamientos, a la seguridad del contenido de las comunicaciones, a su inviolabilidad y a su universalidad. El vínculo entre estas dos formas de transporte de información fue precisamente el motivo de que en gran parte de los países la organización institucional de los correos y de las comunicaciones corresponda a una autoridad común.

Esta relación subsiste hoy en día, tratándose de los servicios de correo aéreo, terrestre y marítimo con las empresas que prestan tal tipo de transporte, lo que permite al ciudadano sostener que el servicio postal es en esencia "una actividad de transporte especialmente regulada, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, con el propósito principal de velar por la confidencialidad, inviolabilidad, secreto y la universalidad de las comunicaciones."

La especie de los servicios postales de pago cumple desde su origen con las mismas condiciones de los demás servicios postales, pues se dedicó al transporte seguro de bienes de valor, como especies monetarias, dinero o metales preciosos entre distintos lugares. Este antecedente sirve al ciudadano para afirmar que los

servicios postales de pago no tienen ni han tenido por objeto el aprovechamiento o inversión de recursos públicos, circunstancia que se reitera con el convenio internacional de la Unión Postal Universal.

Esta condición explica que la reglamentación tradicional de estos servicios se haya dirigido al establecimiento de condiciones respecto del recibo, clasificación y entrega de los objetos postales. En el caso de otros servicios postales distintos de los de giro, como los de cuenta corriente postal, licencia de crédito, servicio de reembolso, estos constituyen desarrollos internacionales y nacionales para facilitar el pago anticipado de servicios postales. Recuerda al respecto que el Código de Comercio regula el contrato de cuenta corriente mercantil en el artículo 1245, que cumple propósitos similares al indicado en el sector postal, contrato que nunca ha sido considerado como de naturaleza financiera y que difiere totalmente del contrato de cuenta bancaria. Agrega que el pago anticipado de bienes o servicios constituye hoy en día una modalidad contractual de amplia aplicación, sin que se pueda pretender que tal actividad constituya una actividad financiera. El pago anticipado, insiste, "no convierte la provisión o suministro del bien o servicio en una actividad financiera."

Asevera que igual sucede con los servicios postales de reembolso, que a pesar de que involucran el recibo del costo de la mercancía, su finalidad no es la de lograr un aprovechamiento económico de tales recursos, sino la de facilitar al vendedor el pago contra entrega por interpuesta persona. El sistema financiero, aclara, "no ofrece un servicio ni siquiera semejante a este producto propio y exclusivo del sistema postal."

El interviniente señala a continuación las razones que, en su opinión, explican la existencia de los servicios postales de pago, que se contraen en esencia a su universalidad, que se manifiesta en la dimensión humana, en el sentido de garantizar a toda persona el acceso y uso de tales servicios sin discriminación alguna, y en la dimensión territorial, pues es prestado en todo el territorio nacional y en el extranjero. Es por ello que se definen como un servicio público universal, inherentes a la función social del Estado, pues se prestan incluso en condiciones deficitarias, por oposición a los servicios financieros, que tan sólo representan un interés general y no tienen pretensión de garantizar su cubrimiento universal. En este caso el servicio se define por las reglas de la oferta y la demanda, la capacidad económica del mercado y su prestación territorial sustentada exclusivamente en criterios de racionalidad económica. Por otra parte, advierte, tales servicios postales de pago se convierte en ocasiones el único instrumento con que cuenta el Estado para retribuir los servicios de sus propios funcionarios, quienes "de otra forma no tendrían posibilidad de

recibir los dineros que requieren de manera eficiente, segura y confiable."

La integración de tales servicios a la Unión Postal Universal constituye prenda de garantía adicional a sus usuarios sobre su idoneidad, igual que la prestación por parte del Estado hasta la fecha.

Por otra parte, la designación de los servicios postales de pago en algunos documentos y normas como financieros, "tampoco implica que las prestaciones así identificadas pertenezcan al sector financiero." Al respecto, señala, la designación correcta por parte de la Unión Postal Universal es la de servicios postales de pago, pero además, el término "financiero" es utilizado en otras áreas del derecho y de la vida social, lo que demuestra que su uso no implica necesariamente una referencia a actividades de captación y aprovechamiento de recursos del público, como es el caso en relación con la hacienda pública o con los grandes negocios mercantiles, o cuando se habla de los balances y estados financieros de las empresas.

A continuación, procede el interviniente a demostrar que los servicios postales de pago tampoco se corresponden materialmente con los servicios financieros. Para tal efecto, indica cómo las referencias al manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos contenidas en el artículo 150-19d, demandan su concurrencia para determinar la existencia de una actividad financiera, además de que sucedan a una actividad previa de captación de recursos del público, tal como lo determinan las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

Además, expresa, los dos servicios se diferencian por las potestades que se reconocen a la entidad encargada de la recepción del dinero. Mientras que en el sector financiero, la entidad adquiere facultades de manejo, aprovechamiento e inversión, en el caso de los servicios postales de pago el operador no adquiere atribución alguna, lo que explica la razón del carácter menos expedito y más oneroso del giro financiero. En los servicios postales el tiempo es un elemento fundamental en la prestación del servicio, máxime cuando al operador no se le faculta para actividad distinta a la de entrega del dinero encomendado. Además, la cobertura territorial en el caso de los giros financieros es menor a la que ofrecen los servicios postales de giro, gracias no sólo al criterio de universalidad que los anima, sino al amplio territorio postal garantizado mediante la constitución de la Unión Postal Universal.

Su naturaleza de servicio público implica también la sujeción de los servicios postales de pago a los principios propios de tal régimen previstos en el artículo 365 de la Carta, como los de

regularidad, igualdad, obligatoriedad y universalidad, que benefician a los usuarios. Además, les es inherente una función social, que implica su prestación continua y eficiente a todos los habitantes en el territorio nacional, lo que explica la reserva en la titularidad ejercida hasta ahora por el Estado, y la calidad precaria en la que los operadores desarrollan la actividad. Los servicios financieros, explica, no dependen de una concesión o habilitación por parte del Estado -quien nunca ha ejercido algún tipo de titularidad sobre los mismos-; carecen de un término para el desarrollo de su operación y no se encuentran sujetos al reconocimiento o pago de prestaciones económicas a favor del Estado. Todo lo anterior, concluye el demandante, explica el mayor poder de intervención, planeación, control y vigilancia respecto de los servicios postales de pago que en relación con los servicios financieros.

Dicha naturaleza de los servicios postales de pago ha sido ratificada por la jurisprudencia, indica el interviniente, y cita extractos de sentencias del Consejo de Estado que afirman su condición de servicio postal y de la Corte Constitucional, en punto de la titularidad del Estado sobre los servicios postales.

En relación con los cargos concretos, y a la luz de la introducción planteada, el interviniente concluye que no existe vulneración del reparto de competencias en materia financiera, no existe cesión irregular de la soberanía normativa del Estado hacia la Unión Postal Universal, las normas no desconocen las facultades del Gobierno Nacional y del Banco de la República y tampoco incurren en violación de la Carta por omisión, puesto que pretender "asimilarles y darles un tratamiento jurídico común a los servicios públicos con los servicios financieros, sería reducir el alcance propio de las protecciones y garantías señaladas por la propia Constitución para los primeros, en beneficio exclusivo de los segundos y en menoscabo no solamente de los usuarios sino de todos los habitantes del territorio...."

Para terminar su intervención, el ciudadano señala las consideraciones que hacen que la regulación, a su juicio, sea adecuada y protectora de los intereses y derechos de los usuarios y de las finalidades estatales que se cumplen con la prestación de los servicios postales.

7. El ciudadano José Gregorio Hernández Galindo

El interviniente defiende la constitucionalidad de las normas demandadas. En primera instancia, indica que la demanda impetrada no busca una declaratoria de inexecutable pura y simple, sino un fallo modulado que "se ajuste a las necesidades específicas o al agrado del actor." Agrega que las demandas de inconstitucionalidad deben sustentarse en el contenido intrínseco

de las normas acusadas, y no en contenidos ajenos a las normas, como los que aquí sustentan la petición del actor, pues el debate se debe plantear entre la norma y la Constitución, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia en forma profusa. Por lo anterior, estima que la demanda adolece de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado como ineptitud sustancial, por falta de "claridad y precisión en la formulación de los cargos de constitucionalidad," por lo que la Corte podría declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo. Pero en el evento en que la decisión de la Corte sea contraria, aporta igualmente argumentos para desvirtuar el fondo de las pretensiones.

De esta manera, procede a describir la "ubicación constitucional de los servicios postales de pago," con el objeto de identificar las falencias argumentativas del actor cuando sostiene que tales servicios debían quedar sujetos a la inspección y vigilancia que se define para las actividades financieras. Para ello, acude a jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la intervención de las actividades financiera, bursátil y aseguradora que aclara que las referencias constitucionales al respecto plantean conceptos indeterminados que el Legislador debe precisar en su sentido y alcance (Sentencia C-940 de 2003), lo que se traduce en el reconocimiento de un amplio margen de libertad de configuración. La ausencia de una definición competencial acerca de la intervención estatal en la actividad financiera en la Carta, complementa, significa que el actor "se equivoca en la formulación del cargo," pues la función de vigilancia se confía al Presidente de la República, quien con autorización legal, puede delegarla en los funcionarios que la ley señale, lo que en efecto se hizo en la Ley 1369 de 2009, al asignar tal competencia al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Los servicios postales de pago, definidos por el actor histórica, formal y materialmente como de naturaleza financiera, impondrían una intervención como la prevista constitucionalmente para actividades de tal carácter, censura que para el interviniente sólo se deriva de su interpretación subjetiva del demandante respecto del servicio de giro.

Según su criterio, solo el Legislador puede definir qué es una actividad financiera, para efectos de someterla a la vigilancia, control e inspección requeridos. La Carta tampoco indica cuáles son las autorizaciones y requisitos que se deben cumplir para la realización de tales actividades, por lo que nuevamente es el Legislador, en ejercicio de su libertad configurativa, el que debe proceder a definir los requisitos, sin que pueda exigirse condiciones adicionales a las previstos por él, en consonancia con lo proveído por el artículo 84 de la Constitución Política. En el caso de los servicios postales de pago, el Legislador ejerció sus

facultades, sin que pueda exigírsele que cumpla con un mandato de adecuada clasificación de los servicios regulados, que no se encuentra inserto en el cuerpo constitucional.

Procede luego el interviniente a desvirtuar la afirmación del actor según la cual la actividad de giro involucra una captación masiva y habitual de recursos, interpretación que se deriva de la confusión que tiene entre el giro postal y el giro bancario. Afirma rotundamente que el giro "no es, ni puede ser, por definición legal" calificado como tal, puesto que la captación masiva de recursos que se realiza como actividad financiera, involucra las facultades de manejo, aprovechamiento e inversión, todas ellas referidas a la posibilidad de beneficio del intermediario financiero, facultades de las cuales carece el operador postal, de lo que se concluye que no es una actividad de captación masiva de recursos del público. Esta conclusión se refuerza con la normatividad parcialmente censurada, pues para el desarrollo de esta actividad se requiere autorización previa, y se establecen obligaciones de los operadores así como derechos de los usuarios, entre varios aspectos que completan la regulación.

Pasa luego a referirse al cargo por supuesto desconocimiento de las competencias constitucionales del Legislador, el Ejecutivo y el Banco de la República, punto en el cual advierte que ninguna de las normas acusadas adjudica funciones vedadas por la Carta, ni suprime funciones propias de tales ramas o entidades. En demostración de su aserto, enumera las funciones del Banco de la República para evidenciar que ninguna de las normas acusadas las desconoce o adjudica a otra autoridad. Las funciones que se le asignan al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, agrega, son propias de ese sector, definidas por el Legislador en desarrollo de la competencia establecida en el artículo 150-7 y se ajustan a los mandatos superiores que facultan a los ministros a formular las políticas de su Despacho (CP., artículo 208). Sobre la facultad de señalar los requisitos que deben reunir quienes aspiren a ser habilitados como operadores postales, refiere a la Sentencia C- 407 de 1994, que encuentra que se trata de una potestad razonable, pues no constituye reglamentación del servicio público –aspecto que goza de reserva legal- sino reglamentación del proceso de contratación –de las concesiones o licencias-, aspecto en el que no existe esa veda a la potestad reglamentaria.

En cuanto a la censura que se hace a la remisión legal del artículo 3 a las definiciones de servicios que realice la Unión Postal Universal, el interviniente señala que se deriva del erróneo concepto del actor sobre el cumplimiento de los tratados internacionales. Recuerda la historia de la incorporación del país a la Unión Postal Universal y la orientación de las normas constitucionales sobre relaciones internacionales. El cumplimiento

de los compromisos adquiridos, indica, demanda que se "diseñen los mecanismos y se consagren las autorizaciones necesarias," bien a través de la incorporación de los acuerdos en el ámbito interno o a través de leyes propias del sector, como se concreta en la disposición censurada. Añade que en el caso de esta "no se hizo otra cosa que prever, hacia el futuro, que cuando se perfeccionara el Acuerdo relativo a los servicios postales de pago suscrito en Ginebra el 12 de agosto de 2008, los servicios que allí se contemplaron fueran admitidos como tales en nuestra legislación," acuerdo que ya fue aprobado por el Congreso de la República, mediante la Ley 1442 de 2011, actualmente en proceso de revisión en la Corte Constitucional. Por lo anterior, estima que el cargo no debe prosperar.

Luego pasa a referirse al cargo del actor de abdicación de sus funciones que le imputa al Legislador, por no haber sentado los criterios a los cuales se debía sujetar el Gobierno en relación con los servicios postales de pago, cargo que se desestima, expresa, con la lectura de la Ley 1369 de 2009 que regula todos los aspectos de la actividad.

El reproche contra el artículo 3, numeral 4.2, de la Ley 1369, sobre sujeción de los operadores postales a la normatividad sobre lavado de activos, por desconocer las atribuciones que Congreso y Gobierno tienen sobre todas las demás materias que deben observar los operadores del mercado financiero, también lo desestima con el argumento de que tal expresa referencia no elimina ni anula otras disposiciones legales dispuestas en otras regulaciones. La referencia a esta particular conducta lesiva que "tanto daño ha causado y causa a la sociedad colombiana," manifiesta, es apenas natural en el marco de la regulación de los servicios postales, sin que ello implique desconocimiento de otros mandatos legales, pues no podría exigírsele al Legislador la repetición indefinida de todas las normas legales ya dictadas.

En cuanto al cargo que se le hace al párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 1369, por no mencionar el literal b) referido al requerimiento del capital mínimo, al señalar facultades al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para establecer los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos de los operadores de servicios postales, omisión que en opinión del demandante desconoce las atribuciones propias del Gobierno Nacional, el ciudadano interviniente advierte que implica ignorar la función del Legislador contenida en el artículo 365 de la Carta en relación con los servicios públicos. La norma, lejos de vulnerar la Constitución, la desarrolla en guarda del interés público que se le ordena proteger y en forma consistente con las facultades que se reconocen a los ministros en el Texto Superior y con el ejercicio difuso de la producción normativa reglamentaria que la

Corte Constitucional ha admitido (Sentencia C-917 de 2002).

Finalmente se refiere el interviniente al cargo por omisión legislativa planteado en la demanda, el cual se presenta como una inconformidad de las normas con el texto constitucional, no "por lo que disponen sino por lo que callan, o por aquello que se abstienen de expresar." Al respecto aclara que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que tal cargo sólo procede cuando existe un precepto constitucional que de manera inequívoca ordena algo al Legislador y este incumple tal orden. Como lo ha dejado ya sentado, no existe un mandato constitucional expreso en relación con la autoridad que debe realizar la función de inspección, vigilancia y control de las actividades financieras. De esta forma, las funciones de regulación reconocidas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones respecto de los operadores de servicios postales constituyen, contrario a lo sostenido por el demandante, un desarrollo legítimo del artículo 365 de la Carta, coherente con su condición de prestadores de un servicio público. Igual sucede con el contenido del artículo 2º, pues desarrolla detalladamente los objetivos de la intervención del Estado en los servicios postales.

De conformidad con lo anterior, considera que el cargo por omisión legislativa es improcedente, pues carece de fundamento, y solicita a la Corte, en primera instancia, su inhibición, por la ausencia de claridad, precisión y pertinencia de los cargos y, en segundo lugar, declarar exequibles todas las disposiciones acusadas si estima procedente un pronunciamiento de fondo.

8. Los ciudadanos María del Rosario Guerra de la Espriella y Juan Daniel Oviedo

Los ciudadanos intervienen en defensa de las normas acusadas. Como primera medida se refieren al cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa que se imputa al artículo 2 de la Ley 1369, frente al cual, con base en normas legales, explican que "la naturaleza explícita de los servicios postales de pago como servicio público" y su connotación esencialmente postal, son coherentes con los objetivos allí enunciados, a fin de que tales servicios "se ofrezcan a precios eficientes, razonables y no discriminatorios."

En relación con la censura que se hace a las expresiones demandadas de los artículos 3 y 4, los intervinientes sostienen que la equivocada interpretación del actor deriva de una lectura incompleta de la Ley 1369 de 2009, en cuyo artículo 18 se estipulan los deberes de fijación de políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en relación con los servicios postales, del cual claramente se desprende que las orientaciones que tome el Ministerio sobre asuntos internacionales

en materia postal deben circunscribirse a la aplicación de tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia."

En cuanto a la censura que se hace a la sujeción de los operadores a la reglamentación sobre lavado de activos, los intervinientes advierten que esta referencia no debe ser interpretada como una "manifestación para eximir," sino como una expresión del interés del legislador "de garantizar las condiciones de eficiencia y seguridad de información de este tipo particular de servicio postal."

El cargo contra el artículo 4 lo refutan los intervinientes al explicar que durante el trámite legislativo de la Ley, quedó explícito un acuerdo entre las diferentes entidades estatales "interesadas," conforme al cual se establecerían estándares regulatorios similares a aquellos aplicados a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera con el objeto de evitar los arbitrajes regulatorios para servicios similares, como el giro financiero y el giro postal.

9. El ciudadano Juan Ernesto Vargas Uribe, representante legal de Servicios Postales Nacionales S.A.

El interviniente explica en su escrito las actividades que cumple la empresa que representa como operador postal oficial, el régimen que la cobija, y la manera en que se ha ampliado la "capilaridad" de la red postal oficial, a fin de garantizar a más número de habitantes en el territorio el acceso a la prestación del servicio, gracias a contratos de mandato que tercerizan actividades postales, para concluir que los servicios postales de pago constituyen un servicio público.

10. El ciudadano Carlos Alberto Valderrama Orjuela

El interviniente también refuta los cargos de inconstitucionalidad planteados por el actor. Como primera medida aclara que la Ley 1369 de 2009, a diferencia de lo planteado por el demandante, no se refiere a servicios de pago sino a servicios postales de pago, servicios que tienen operaciones y finalidades distintas, y por consiguiente un régimen jurídico diferenciado, identidad que se reafirma en el Documento Conpes No. 3440 de 2006.

Indica que los servicios postales de pago no se corresponden con una actividad referida al ahorro público, como lo precave el artículo 189-25, al atribuir al Presidente facultad de intervención sobre tal sector de la economía. Por tratarse de un término que no tiene definición constitucional, el interviniente acude al Estatuto Orgánico Financiero, donde entiende se encuentra su definición legal. De conformidad con los conceptos allí contenidos, concluye que las actividades de ahorro reúnen dos características que, para los efectos del proceso resultan relevantes: (i) su vocación de futuro, y (ii) el ánimo de rentabilidad o aprovechamiento. La

actividad postal, por otra parte, tal como está definida en la Ley 1369, no puede encuadrarse como relacionada con el ahorro del público, pues no se hace con fines de inversión o aprovechamiento, sino que consiste en "recibir, enrutar y entregar un dinero" sin ánimo de especulación.

En cuanto a los servicios postales de pago, "ni aquí ni en ninguno de los países suscriptores del acuerdo, pueden constituir operaciones de captación del ahorro público," puesto que, insiste, no involucran actividades referidas al ahorro público.

A esta misma conclusión arriba por el criterio histórico, conforme al cual la actividad siempre ha estado regulada, administrada y sujeta a vigilancia por el sector de las telecomunicaciones, regla que se reitera por el Legislador con la expedición de la Ley 1369 de 2009.

En el ámbito internacional, aclara, si bien la Unión Postal Universal ha invitado a los países miembros a adoptar sistemas de riesgo semejantes a los empleados para el sector financiero, ello no significa que se haya renunciado al carácter postal de estos servicios. En cuanto al sistema de protección contra el lavado de activos, agrega, este ha sido adoptado por países, actividades, organizaciones de carácter internacional y empresas nacionales pertenecientes a los más diversos sectores, por lo cual no puede sostenerse que siempre que se adopte una regla en esta materia se transmute la actividad concernida en financiera.

Por el aspecto material, prosigue el interviniente, las coincidencias entre las dos actividades es más formal que objetiva, y se desvirtúa con los mismos argumentos ya esbozados. Por el aspecto formal, aclara, el interés público que define la Constitución se fundamenta en el manejo del ahorro del público y no "en el manejo físico de los medios de pago," y las distintas finalidades de una y otra actividad liberan al interviniente de mayor elaboración sobre el punto. Igual sucede si se analizan los servicios desde la perspectiva orgánica, puesto que las competencias constitucionales se determinan, en punto de las actividades financieras, por el componente de ahorro que involucran, cosa que no sucede con los servicios postales de pago.

Tampoco la protección del riesgo, como lo sostiene el demandante, impone una conclusión como la que él pretende, pues el riesgo en la actividad postal es infinitamente inferior que los que se pueden presentar en la actividad financiera, ya que se contrae solo a un siniestro: el de la no entrega de los recursos a un tercero. De ahí que sea falsa la premisa de la cual parte el actor, puesto que el usuario del sector financiero se encuentra más expuesto que el del sector postal. De conformidad con lo anterior, concluye, el Legislador no omitió su competencia ni vulneró el Estatuto

Superior por regular la actividad de los servicios postales de pago a través de una ley ordinaria y no una ley marco.

El cargo que endilga el actor al artículo 2 lo desestima el interviniente en razón de los mismos argumentos ya presentados en torno a las múltiples diferencias entre las dos actividades que el demandante confunde en una, por lo que encuentra que los objetivos señalados en la norma son consistentes con el objeto de su regulación, cual es, el servicio público postal.

La expresión demandada del artículo 3° (numeral 2.3.3) no desconoce la Carta, en opinión del interviniente, puesto que debe ser interpretada de conformidad con los parámetros constitucionales establecidos para la validez de los tratados en el orden interno y no, como lo pretende el actor, a partir de una perspectiva ajena al texto de la Constitución. En cuanto a la expresión censurada del numeral 4.2 del mismo artículo, el interviniente sostiene que no vulnera disposición constitucional alguna pues es simple reflejo de la "sabiduría" del Legislador, respecto de una actividad delictiva a la que se encuentran expuestas todas las actividades comerciales.

La objeción constitucional contra el inciso séptimo del artículo 4 presenta una falla de técnica constitucional, pues de ser retirado el inciso séptimo, la norma resultante carecería de un sentido completo. Por otra parte, en relación con esta expresión, así como con la que se demanda en el párrafo segundo, el ciudadano insiste en el carácter postal, que no financiero, de la actividad regulada en la Ley 1369 de 2009, lo que hace que los cargos no deban prosperar, según su opinión.

Los artículos 11, 12, 18, 20 y 22 de la Ley son también constitucionales, indica el ciudadano, "por la misma razón de que en la actividad postal, no cabe la competencia del Gobierno ni del Banco de la República." La actividad postal, añade, no debe ser desvertebrada para atender las particulares inquietudes del demandante, sino que merece un régimen integral y unificado adecuado a su naturaleza y autonomía. Por otra parte, el llamado del artículo 22 en relación con las actividades cambiarias, resulta plenamente coherente con las funciones que sobre el tema se han reconocido al Banco de la República, por lo que resulta incomprensible la solicitud del actor de retirar dicha expresión del ordenamiento jurídico.

Finalmente, en cuanto a la censura que se hace respecto de la vulneración de la igualdad por la fijación de un capital prudencial, esta se deriva de la asimilación que el actor hace de las dos actividades, cuando el interviniente ha demostrado que tal similitud no existe, y del hecho de que el riesgo asociado a la actividad postal es "ostensiblemente" menor que el asociado a una

operación cambiaria o de carácter financiero, circunstancias que justifican un tratamiento distinto, tal como lo estableció el Legislador.

11. El ciudadano Mauricio López Calderón

El interviniente defiende, con argumentos de su experiencia en el sector, la constitucionalidad de la ley 1369 de 2009. Su exposición se inicia con una referencia a la antigüedad del sector postal, y sugiere que se trata posiblemente del primer servicio público ofrecido por los estados a sus ciudadanos a fin de garantizar su necesidad de comunicación y de información. Sostiene que las redes postales constituyeron los primeros o únicos contactos del Estado con los ciudadanos, por lo que para una organización política que se proclame como social y de derecho deben considerarse las redes y los servicios postales que prestan "como una parte fundamental y esencial del accionar del Estado y una vía fundamental para extender su presencia y servicios a todo el territorio."

Las redes postales, añade, han servido igualmente para la ampliación de servicios adicionales a los de envío de correspondencia, como los giros postales, que como servicios postales de pago, permiten a las personas hacer uso de las redes para enviar "valores" a otras ubicadas en otros lugares geográficos, "de manera análoga a como se envía un objeto postal (carta o paquete) por las mismas redes."

Los servicios postales de pago no reúnen condiciones para ser considerados desde una óptica financiera como servicios propios de este sector, a pesar de que a veces se los denomine como financieros, explica, puesto que no implican captación masiva de recursos de una parte de la población para su posterior uso financiero por otro sector de la sociedad, con el consecuente reconocimiento pecuniario por la colocación y el cobro del interés por la inversión, sumados al aprovechamiento financiero del intermediario que actúa como garante frente al público. Tales condiciones son las que literalmente demandan los artículos 335 y 150-19d de la Carta para que los servicios que presta un sector sean definidos como financieros o bursátiles.

Por ello, un elemento fundamental de los servicios financieros es el de la colocación e inversión de los recursos a un mayor o menor riesgo, de lo cual depende su mayor o menor rentabilidad, "acción esta que **supone una responsabilidad directa de la entidad financiera en cuanto a la administración misma de dichos riesgos**" y así "**generar una rentabilidad** que les permita responder por los compromisos de capital e intereses pactados con el público, cubrir sus costos y contingencias, y en últimas obtener una utilidad en la operación" (negrillas textuales).

Y son precisamente tales características las que justifican el especial interés que el Estado brinda a estas actividades, y las destacadas exigencias de las que las rodea, puesto que una desacertada colocación de los recursos del público puede generar graves afectaciones económicas. Por el contrario, los servicios postales de pago carecen de tal objeto y finalidad, y si bien antes viajaban en forma física en "calidad de órdenes de pago impresas y con los sellos y seguridades documentales del caso" a través de las redes postales, hoy lo hacen como "órdenes electrónicas," gracias a la evolución tecnológica en las redes de telecomunicaciones.

Por ello, la pretensión del actor de convertir dos actividades de géneros distintos en actividades del mismo género por el simple hecho de que los servicios postales de pago involucran la entrega de una suma de dinero y el recibo del mismo, equivaldría a "extender esta pretensión a cualquier tipo de transacción en cualquier campo de la economía," en contravía del querer de la Carta expresado en las citadas disposiciones constitucionales.

Como ejemplo de ello, refiere el caso en el sector de las telecomunicaciones de los operadores locales de telefonía, que actúan como agentes entre los usuarios y los terceros prestadores de otros servicios de telecomunicaciones para el cobro y pago de dichos servicios.

En el caso de los servicios postales de pago, añade, en los que en virtud de una obligación contractual se facilita el envío de dinero entre distintas personas, ha querido el Legislador rodearlos de condiciones adicionales a las rigen en la legislación comercial en materia de calidad y protección de los usuarios, legislación que precisamente demanda el actor por inconstitucional.

Así, concluye, la aceptación de los cargos de la demanda distorsionaría en materia grave las previsiones del Constituyente reservadas para los servicios financieros.

12. El ciudadano Juan Carlos Gómez Jaramillo

El ciudadano igualmente apoya las normas demandadas y solicita a la Corte negar las pretensiones del actor. Al igual que la mayoría de los intervinientes, explica que la demanda parte de una premisa errónea, cual es que los servicios postales de pago son esencialmente financieros. Para desvirtuarla, acude también al argumento histórico, aunque inicia con la regulación expresa del servicio de giros y su prestación a través de Adpostal. También explica la diferencia material que existe entre los dos servicios, con apoyo en las condiciones establecidas en el artículo 150-19d de la Carta y en el Estatuto Orgánico Financiero para ameritar la intervención y regulación de las actividades financieras.

Los servicios postales de pago, por el contrario, se transan

alrededor de un servicio concreto, el de transporte, físico o electrónico, con la particularidad de que el bien transportado corresponde a dinero.

La constatación de que tales servicios no involucran actividades de captación para su manejo, aprovechamiento e inversión la encuentra en sendos conceptos de la Superintendencia Financiera (No 2007021475-002 del 31 de mayo de 2007 y 90838501-0 respectivamente). Del primero resalta que corrobora la distinta naturaleza de los servicios postales de pago y los financieros, en razón de que los primeros no implican la prestación de servicios reservados a los establecimientos de crédito o a los intermediarios del sector cambiario. Del segundo destaca la afirmación de que ciertas operaciones no deben quedar cobijadas por los servicios postales, tales como las que involucren depósitos de dinero para que sean posteriormente descontados de ellos las sumas a ser giradas, pues constituiría un mandato de administración de dineros que desnaturalizaría la operación de giro. Aclara que si bien tales conceptos se emiten bajo la vigencia de la normatividad anterior a la Ley 1369 de 2009, resultan plenamente aplicables a esta nueva normatividad.

De la obligación de traslado inmediato del giro postal deduce el interviniente la inexistencia de un aprovechamiento financiero del operador, siendo la retribución del servicio prestado la que se paga en forma de tarifa.

La inconstitucionalidad pretendida por el actor, señala el ciudadano, deriva de la equivocada pretensión de aplicación expansiva de la regulación financiera destinada por la Carta a unas condiciones especiales. El giro, que también se encuentra autorizado a los establecimientos de crédito, lo explica en razón de la facilidad que tales establecimientos tienen para el movimiento del dinero, por lo que, en sentido estricto, lo que lo torna financiero es que se encuentre vinculado a actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, no su naturaleza intrínseca.

Por otra parte, la preocupación del actor por los riesgos que la actividad pueda significar a los usuarios debe desaparecer con la reserva que la ley establece a favor del operador oficial respecto de los giros internacionales, pues su naturaleza de empresa industrial y comercial del estado brinda la garantía que precisamente reclama. Por el aspecto cambiario además, la normativa del Banco de la República (Circular Externa No 3 de 2006), expresamente restringe los servicios postales de pago a las transacciones sobre divisas que no deban canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario, materia en la cual la misma Ley demandada extrema los controles. Ello debe desvirtuar la vulneración del

artículo 371 aducida, puesto que no deja duda acerca de la reserva de la facultad constitucional y legal que le asiste al Banco y que el actor desconoce.

Para el interviniente se concluye así que los servicios de pago no constituyen operaciones financieras. Ello no es óbice para subrayar el elevado concepto que le merece la prestación del servicio público postal, puesto que la normativa expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones explicita el especial interés público que rodea los servicios postales de pago y, en consecuencia, extrema las medidas de contenido patrimonial y de administración de riesgos que rigen para los demás servicios postales (Resoluciones 2702, 2703, 2704, 2705 y 2706 de 2010).

En relación con el cargo por presunta cesión de la soberanía en materia de legislación postal que el actor deriva de una parte del artículo tercero de la ley 1369 de 2009, el interviniente señala que se desprende de una interpretación que desafía el texto constitucional al entender que autoriza la incorporación automática de servicios definidos por la Unión Postal Universal y la pretermisión de los requisitos constitucionalmente previstos a tal fin, cuando el texto demandado se puede interpretar en un sentido autorizado por la Carta, cual es que sólo busca una concordancia entre la legislación nacional y la regulación que acuerda el organismo internacional del cual el país es parte.

Ello sucede con la Ley 1442 de 2011 aprobatoria del Acuerdo relativo a los servicios postales de pago, que se refiere exclusivamente a los giros internacionales, reservados por la Ley 1369 al operador postal oficial, y que compromete a los países a prestar al menos uno de los servicios previstos en su artículo primero, dejando en libertad al regulador internacional para prestar el que más le resulte conveniente a sus condiciones sociales, económicas o jurídicas. Por el contrario, afirma, respecto de los servicios señalados en los numerales 1.2 y 1.4 de dicho artículo, que en su parecer sí son financieros, el regulador nacional habrá de velar por el cumplimiento de las normas y condiciones señaladas.

El cargo contra el numeral 4.2 del artículo 3, el ciudadano advierte igualmente que se deriva de la opción del actor por una interpretación contraria a la Constitución Política, cuando puede ser interpretada en un sentido conforme al texto superior, cual es que la expresa referencia a la normatividad sobre lavado de activos no excluye otras obligaciones de los operadores, como por ejemplo las que la misma ley recuerda en materia cambiaria. En su opinión este cargo depende de una suposición del actor sobre una situación futura imprevisible, no del tenor expreso de la norma ni de sus supuestos fácticos. Sobre esta debilidad del cargo, el interviniente refiere jurisprudencia de esta Corte (C- 1199 de 2008) que indica

la procedencia de inhibición del tribunal en censuras con la misma falencia, con lo cual concluye su defensa de la normatividad acusada.

13. El ciudadano Gustavo Valbuena Quiñones

El ciudadano interviene en defensa de las normas acusadas. El interviniente recuerda que la Corte ha señalado en forma reiterada la libertad de configuración que le asiste al Legislador para definir la intervención del Estado en la economía, como lo indicó en la Sentencia C-041 de 2006, al analizar la autorización otorgada a entidades del sector cooperativo para realizar actividades financieras. Precisamente tal fallo relleva la necesidad de facilitar el acceso a sectores tradicionalmente excluidos del sector financiero, que el Gobierno Nacional calcula en un 40% de la ciudadanía. En opinión del interviniente, la autorización reconocida a los operadores postales resulta "la única opción" para facilitar alternativas a las personas que habitan en zonas remotas del territorio nacional. Ello le permite sostener que los servicios postales de giro constituyen un verdadero servicio público, al tenor del artículo 365 constitucional.

La Corte incluso, prosigue, en punto de la libertad de configuración del Congreso, ha admitido que actividades con características propias de los seguros, no sean calificadas por el Legislador como actividad aseguradora, al pronunciarse sobre la Ley 795 de 2003 y el contrato de servicios funerarios allí incluido.

La misma justificación que se encontró para tal determinación es la que sustenta la calificación de los servicios postales de pago como servicio público, puesto que no sólo no existe captación de recursos del público, sino porque el Legislador expresamente los definió como un servicio público. Además, porque la realización de actividades "que pueden tener naturaleza financiera" puede, en opinión de la Corte, justificar un tratamiento diferenciado en relación con su regulación, inspección y vigilancia.

El desconocimiento de esta naturaleza de los servicios postales de pago por el demandante, se explica en que parte de premisas erradas para sustentar sus afirmaciones de inconstitucionalidad.

Anota que la noción de servicio público que incorporó el Constituyente en el artículo 365 de la Carta, es fruto de la doctrina nacida en Francia que implica tanto una misión de interés general como un modo de organización, por el cual es el Estado el principal responsable de su prestación, no obstante poder delegar su realización en particulares, pero siempre bajo su tutela. Los servicios postales de pago, indica, no escapan a esta posibilidad, tal como la Ley 1369 de 2009 lo establece.

La segunda premisa falsa de la cual parte el demandante se refiere

a la exigencia que el interés público demanda de una actividad de naturaleza financiera respecto de la protección de los usuarios. El ciudadano advierte que el interés público que subyace a los servicios postales de pago no se deriva de su contenido financiero, sino de su catalogación como servicio público, la cual implica el control, la vigilancia y la inspección por parte del Estado y que se expresa a través de la reglamentación de la actividad y de la habilitación y control estatal.

Así, la expedición de una reglamentación por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Resolución No 2702 de 2010) sobre los requisitos patrimoniales y de mitigación de riesgos, constituye expresión de dicha intervención. La habilitación está determinada por los requisitos que los artículos 4 y 5 de la Ley 1369 demandan para ser operador postal. Y el control se ha desarrollado por el Legislador, tanto en el artículo primero que reitera la fórmula pertinente del artículo 365 constitucional, como en el artículo 18, que asigna la función de inspección, vigilancia y control al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Por lo anterior, si bien la ley propende por la "liberalización" de los servicios postales, ello no significa que han quedado sin el respaldo y garantía que antes representaba el Estado como prestador.

En consecuencia, indica, la presencia de dos actividades de "naturaleza, alcance y contenido diferentes," justifica las diferencias en la modalidad del control.

En cuanto a la naturaleza jurídica del servicio postal de pago, el interviniente aclara que el actor refuerza el sustento financiero que detecta en ellos con las referencias a los distintos servicios regulados por la Unión Postal Universal, cuando de todos ellos, la legislación colombiana sólo se refiere a los servicios postales de pago y a los giros postales, que son "totalmente diferentes al 'ahorro postal' y al 'cheque postal', ya que estos dos últimos involucran lo que ha sido denominado por la Ley, y por el mismo demandante actividades financieras," mientras que los primeros no involucran administración de los recursos por parte del agente.

Procede luego el ciudadano a describir la naturaleza de las actividades financieras, para diferenciarlas de las que prestan los operadores postales. Así, explica que en el sector financiero, el agente bancario se convierte en propietario de los recursos recibidos a través del depósito irregular, cosa que no sucede en el sector postal, donde el operador se convierte en mero tenedor. Por otra parte, indica que la Constitución no señala qué debe entenderse por actividad financiera, por lo que acude a conceptos de la Superintendencia Financiera que puntualizan ese aspecto. No obstante, advierte, resulta fundamental diferenciar entre la

actividad financiera propiamente dicha, y las actividades con contenido financiero, tal como lo ha hecho el Consejo de Estado (Concepto No. 2000048692 de junio 30 de 2000) al referirse a los servicios postales de pago, puesto que sólo la primera demanda la especial intervención del Estado prevista en el artículo 335 de la Carta.

Indica que las actividades con contenido financiero "pueden ser realizadas por cualquier persona natural o jurídica, incluso de manera profesional y masiva, sin que por ello se reputa que dichas personas realizan actividades financieras," y como ejemplo de su aserto cita actividades previstas en el EOSF que pueden desarrollar los operadores financieros exclusivamente, y otras que pueden ser desarrolladas en muchos sectores económicos.

Por lo tanto, la actividad financiera que demanda la intervención especial del Estado, es en palabras de la Corte, la que implica captación de recursos del público, circunstancia que no se presenta en los servicios postales de pago. Más aún, incluso actividades que se reputan como financieras, como las desarrolladas por las cooperativas de ahorro y crédito, han sido asignadas por el legislador a la vigilancia, no de la Superintendencia Financiera, sino a la responsable de Economía Solidaria, y con un régimen legal diferente al de las cooperativas financieras. Agrega que la misma Superintendencia Financiera reconoce el ingrediente financiero en determinadas actividades, aunque no las califica para efectos de intervención del Estado como financieras, como en el caso del Concepto N° 2007021475-002 del 2007, en relación con la prestación del servicio de giros postales.

En conclusión, para el interviniente, en cada caso deberá evaluarse la naturaleza de la actividad que desarrolla el agente para establecer si se reputa o no como financiera, como en el caso del giro postal, el cual realmente representa un "mandato de transferencia de fondos," o el giro de recursos en el sector financiero, que sólo puede ser prestado por el operador bancario, cuando se trata de actividades vinculadas o que complementan los contratos de cuenta corriente o de ahorros, en términos de la Superintendencia Financiera (Concepto No. 2005002779-003 de febrero de 2006). Lo anterior, le sirve al ciudadano para concluir que los giros postales son jurídicamente diversos de los bancarios, pues en los primeros el cliente no necesita sostener una relación previa con el operador. Aunque las dos actividades cumplan con el mismo propósito, cual es el de colocación de fondos, su sustento jurídico y el nivel de riesgo son totalmente diversos, lo que, en su opinión, justifica los regímenes legales distintos.

Por otra parte, como para la Corte el ejercicio de la actividad financiera está determinado por la captación masiva y habitual que

la acompaña, según la Sentencia C-314 de 2009, claramente se trata de una condición que no se presenta en los servicios postales de pago. Para determinar el concepto de captación, el interviniente acude a la normatividad expedida en 1982, que es la que han utilizado las Superintendencias para el desarrollo de sus funciones. De allí se deriva para el ciudadano que los servicios postales de pago no cumplen con las condiciones establecidas en dicha normatividad, pues los operadores no tienen pasivos con el público, ni celebran contratos de mandato para la administración del dinero de sus clientes. Pero aún si el Legislador estimara actividades de contenido financiero como operaciones financieras, teniendo la competencia para hacerlo, en el presente caso no lo hizo, con base en la autorización que la misma Constitución le concede para definir la forma de intervención en una determinada actividad económica. En su opinión, aún si la actividad de giros postales involucrara captación de recursos del público, la Ley no se encontraría viciada, puesto que actividades claramente financieras pueden ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de autoridades distintas del Presidente de la República, tal como lo resaltó la Sentencia C-496 de 1998, por vía de la figura de la desconcentración.

Para finalizar, el interviniente se refiere a la carga argumentativa que deben cumplir quienes demanden disposiciones por omisión legislativa, elementos que deben ser concurrentes, so pena de propiciar un fallo inhibitorio por parte de la Corporación, elementos que no se encuentran presentes en la demanda que suscita el proceso actual.

Así, el cargo que se imputa al artículo 2 de la Ley, deviene en inepto, pues no existe un referente constitucional que imponga al Legislador realizar listas exhaustivas de objetivos de la ley, en relación con las actividades financieras ni con las actividades postales. Esta circunstancia se puede apreciar en la Ley 920 de 2004, avalada por la Corte, referida a actividades financieras, sin que cuente con un listado en dicho sentido. Los objetivos enunciados en dicha norma, explica, no se circunscriben a los consignados, sino que deben ser interpretados en forma armónica y sistemática con los fines del Estado y con los objetivos de intervención constitucional en los servicios públicos.

La censura por insuficiente protección de los usuarios la desestima el interviniente, con base en las estadísticas de prestación del servicio, y añade que la misma Ley 1369 amplió el margen de protección al atribuir a la Superintendencia de Industria y Comercio, en su artículo 21, la vigilancia del respeto de los derechos de los consumidores.

En cuanto hace a la "presunta degradación de funciones

constitucionales," por atribución de facultades regulatorias al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el interviniente indica que no es cierta, puesto que los ministros tienen facultad constitucional para dictaminar los asuntos propios de su entidad, bajo la dirección del Presidente de la República, regla que debe guiar cualquier interpretación de facultades ministeriales. Además, la potestad que se les reconoce debe encontrarse supeditada a la potestad reglamentaria del Presidente, por lo que mal puede sostenerse que se le margine al definir dichas facultades en cabeza del Ministerio, tal como lo aclaró la Sentencia C-640 de 2001, al avalar lo que la jurisprudencia y doctrina denominan como "potestad reglamentaria difusa." La norma acusada, indica, cumple con todos los criterios señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que se entienda conforme con la Carta, y se ajusta a lo señalado en el trámite de objeciones presidenciales al proyecto de ley que se convertiría en Ley 693 de 2001.

Igual sustento tiene la defensa de la norma acusada por supuestamente recortar las fuentes normativas a las que se encuentran sometidos los operadores postales, puesto que la asignación de una facultad de reglamentación puntual no implica, como lo pretende el actor, que se desplace a toda otra autoridad. Ninguno de los ámbitos de regulación señalados al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones despoja al Banco de la República de sus funciones, sostiene el ciudadano. Además, la potestad reglamentaria en materia postal no fue atribuida a ningún órgano en el texto constitucional, por lo que su asignación al ministerio competente del sector resulta ajustada al Texto Fundamental. Tampoco se desconocen las reglas de regulación en materia de reglamentación de servicios públicos, reiteradas en la reciente Sentencia C- 186 de 2011, que autorizan la participación de las comisiones de regulación de los servicios públicos en la definición de aspectos puntuales y operativos de los mismos.

14. La ciudadana Martha Cediél de Peña

La interviniente comienza su intervención explicando que es un deber de quienes se oponen a la demanda "evidenciar cuáles son las verdaderas y únicas razones que mueven al demandante y a la Asociación Bancaria" para demandar las normas acusadas. En su opinión, son tres las razones: (i) la Ley 1369 autoriza una regulación de instrumentos y medios a través de los cuales circulan recursos de la sociedad, sin la participación de los operadores financieros, y sin la posibilidad de su aprovechamiento; (ii) dispone condiciones de habilitación menos exigentes que las dispuestas para el sector financiero, (iii) se facilita el acceso a los usuarios que, por razón de costos o de localización geográfica, no lo tienen al sistema financiero.

Definida dicha intencionalidad, pasa la ciudadana a demostrar que los servicios postales de pago no constituyen actividades financieras, que es la premisa equivocada de la que parte el demandante y que vicia todas sus conclusiones. En primer lugar, recuerda que en Sentencia C-041 de 1996, la Corte advirtió que la Carta no había determinado el alcance de las actividades mencionadas en el artículo 335 constitucional, lo que forzosamente acrecienta la libertad de configuración del Legislador, sin perjuicio de los límites normativos o de los referentes sociales de una determinada actividad. En el caso de los servicios postales de pago, tal referente social cobra especial importancia por la "indiferencia de los intermediarios financieros, respecto de las necesidades de usuarios," quienes desean transferir los recursos a otro punto geográfico sin autorizar el aprovechamiento de quien recibe los recursos para su entrega.

El artículo 335 superior no se refiere exclusivamente a actividades financieras, por lo que el análisis del actor debe enfrentarse al concepto genérico que incorpora, cual es el de "manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público," contexto en el cual debe concluirse que los servicios postales no son financieros, no por arbitraria decisión del Legislador "sino porque las disposiciones acusadas corresponden a las directrices internacionales dictadas por la Unión Postal Universal, de la cual Colombia participa como miembro."

Indica que las sentencias C-940 de 2003 y 041- de 2006 acogen una definición de actividad financiera que se circunscribe al mercado financiero, de dinero y de capitales, que se corresponde con la acepción común del término, y que excluye a las actividades que no discurren en dicho escenario. La tesis de la Corte Constitucional, que señala a la actividad financiera el objetivo principal de aprovechamiento de los frutos de los recursos captados (C-314 de 2009), es la misma que prohíjan el Consejo de Estado (Sentencia del 4 de abril de 2003, Exp. 1650) y la Superintendencia Financiera[9]. Los servicios postales de pago, de conformidad con la tesis imperante para los servicios financieros, no comportan inversión, aprovechamiento ni generación de réditos, por lo que el cargo contra el artículo 2 no resulta procedente.

En relación con el cargo contra el artículo 3, que reenvía a la legislación internacional la fijación de otros servicios postales de pago, la interviniente precisa primero qué son los servicios postales –que de conformidad con la Unión Postal Universal constituyen operaciones neutras y no son en sentido estricto actividad de captación-, y luego explica que los servicios a los que la norma acusada se refiere son los que actualmente define la Unión Postal Universal, de la

cual Colombia es parte, y que se han consignado en la Ley 1442 de 2011, por lo que no existe remisión indefinida, ni una remisión que se pueda ignorar por ser, en la actualidad, parte de la legislación interna.

La supuesta inconstitucionalidad del mismo artículo 3, en su numeral 4.2., no es cierta, puesto que la sujeción de los operadores postales a las normas sobre lavado de activos deriva de la consagración internacional de estos servicios, en particular, del mandato contenido en el artículo 2 del Acuerdo.

El cargo contra la autorización al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para establecer una regulación sobre aspectos puntuales de los requerimientos para los operadores y para la mitigación del riesgo, lo desvirtúa la interviniente al sostener que se precisa en razón de la especialidad en la materia y en que no contraviene el contenido del artículo 115 constitucional, tal como ha sido interpretado por la Corte en su Sentencia C-917 de 2002, ni comporta una delegación de facultades extraordinarias, como lo aclaró la Sentencia C-508 de 2002.

Sobre la censura que el actor entabla contra los artículos 11, 12, 18 y 22 de la Ley 1369, la interviniente advierte que el pronunciamiento de la Corte vertido en la Sentencia C-150 de 2003 sobre las facultades de las comisiones de regulación en el marco de la intervención estatal en los servicios públicos la exime de presentar argumentos adicionales de oposición al del actor.

La supuesta restricción de funciones del Banco de la República que el demandante endilga al artículo 22 no surge de la norma demandada, sostiene la ciudadana, puesto que la Ley 1369 se limitó a reconocer las facultades del mismo, sin restricción.

Finalmente, la interviniente se refiere a la acusación por desconocimiento del derecho a la igualdad, y la desestima por tratarse de actividades distintas, con riesgos distintos. Explica que en el sector financiero se comprenden como riesgos circunstancias que sólo mínimamente resultan aplicables a los servicios postales de pago, como el riesgo de cambio –por la volatilidad de los mercados financieros–, el riesgo del tipo de interés, los riesgos asociados a la volatilidad de los mercados o el riesgo de liquidez, elementos que ejemplifican las diferencias entre una y otra actividad.

Para el ciudadano, el demandante parte de una apreciación errónea, cual es que los servicios postales de pago constituyen una actividad financiera, posición que es la misma que la sostenida por la presidenta de la Asociación Bancaria en el congreso realizado en marzo de este año, según transcripción parcial que incluye en su escrito. Esta precisión, advierte el demandante, es necesaria pues "la discusión que se avecina es mucho más profunda de lo que se plantea inicialmente, pues su jurisprudencia trascenderá a otros sectores, pues definirá si el sector financiero tiene el privilegio de manejar los **medios de pago** en general en nuestro País o no (sic)." (Negrilla y subrayado del texto original).

Procede luego a definir la actividad financiera, para lo cual acude en primer término a los conceptos que los teóricos económicos aportan, en tanto se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sintetiza como la actividad de intermediación en el ahorro público, para la captación de recursos de unas personas (obtención de ahorros a cambio de un costo), para colocar dichos recursos en manos de otras (entrega de préstamos a un costo).

Explica entonces las diferencias entre los servicios financieros así definidos y los servicios postales de pago o giros postales, los cuales define como "un **servicio público** por medio del cual un empresario '**moviliza física o electrónicamente**' un dinero de un lugar a otro, cobrando una retribución por su labor" (subrayas y negrillas propias del texto), con base en la concepción que incorpora el artículo 3, numeral 2.2.1 de la Ley 1369. Señala que las dos operaciones, si bien comparten similitudes, como que son tripartitas, implican movimientos de dinero, e involucran la participación de un tercero comerciante, se diferencian profundamente en los demás aspectos.

El interviniente estima que el fundamento constitucional para la expedición de la Ley 1369 de 2009 radica en el numeral 13 del artículo 150, puesto que los servicios postales de pago constituyen un medio de garantía de la libre circulación de la moneda, que identifica con la referencia a la definición del alcance del poder liberatorio de la misma en la norma constitucional.

De conformidad con este planteamiento, el ciudadano indica que la demanda confunde la función que cumple el dinero como instrumento o medio de pago y el papel que cumple en la actividad de captación de recursos del público. El hecho de que los avances tecnológicos faciliten una circulación del dinero más rápida, segura y eficiente no transmuta las operaciones de pago en actividades financieras, pues en tal caso se llegaría al absurdo de concebir como financieras un sinnúmero de actividades y operaciones comerciales, como el transporte de valores por parte de empresas de seguridad, las tarjetas prepago de celulares o de cines, los bonos

de regalo que ofrecen los almacenes, incluso cualquier servicio de taquilla que maneje grandes cantidades de dinero en efectivo.

Aclara a continuación que los servicios postales constituyen un servicio de comunicación, puesto que reúnen los cuatro elementos que la ciencia califica como propios de los procesos comunicativos: el emisor, el receptor, el canal y el mensaje, que para el caso de los giros postales corresponde a la suma que debe ser trasladada, lo que resulta consistente con su consideración histórica tradicional, en prueba de lo cual transcribe apartes del Tratado de Berna de 1874, constitutivo de la Unión Postal Universal.

Los servicios postales de pago, analiza, tienen así una naturaleza mixta: pues constituyen un medio de pago, pero simultáneamente son expresión de un proceso de comunicación.

Las anteriores consideraciones permiten al interviniente concluir que los servicios postales de pago no debían ser regulados por una ley marco, pero que dado que el trámite legislativo que se sigue para su aprobación es el mismo que se realiza para la aprobación de una ley ordinaria, aún si tal requisito constitucional fuera exigible, no se configuraría la vulneración predicada pro el actor.

Tampoco se transfiere soberanía legislativa a la Unión Postal Universal, como lo sostiene el actor al demandar el artículo 3, numeral 2.2.3., puesto que es una interpretación que riñe con la función de la norma en el universo normativo de la Ley 1369. La expresión censurada hace parte de una disposición dedicada a las definiciones operativas requeridas para el cabal entendimiento y ejecución de la ley, no para definir ni otorgar habilitaciones de servicios. Pero además, la disposición no puede ser interpretada en forma aislada del contexto en el que se halla inserta, e indica el contenido del artículo 18 de la Ley, disposición que precisamente prevé el respeto al trámite de incorporación interna de los tratados.

El numeral 4.2 del artículo 3 demandado por supuestamente obligar a los operadores postales solo al respeto de las normas sobre lavado de activos, no incurre en la violación señalada, por cuanto el cargo se deriva de una lectura descontextualizada de la expresión. Por el contrario, indica el ciudadano, la Ley 1369 contiene un haz de instrumentos para posibilitar la intervención del Estado en este servicio público, y para el efecto refiere los artículos 18, que contempla las funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 19 –funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones-, 20 –Superintendencia de Industria y Comercio-, 22 y 23 – Banco de la República, DIAN, UIAF-. Por otra parte, del deber de someterse a la reglamentación que sobre lavado de activos se dicte no puede ser indicativo de que la operación sea financiera, pues estos

sistemas de prevención se han extendido en la actualidad a numerosos sectores económicos.

En consecuencia de lo anterior, tampoco resulta válido el argumento de censura contra el artículo 4, en su inciso séptimo y párrafo 2, puesto que por no tratarse de una actividad financiera no resulta predicable la exigencia de la reglamentación vía decretos de reglamentación de leyes marco, con lo cual, el argüido desplazamiento del Presidente es inexistente. Para el interviniente, la técnica a la que acudió el legislador es adecuada, pues la delegación se acota a aspectos operativos muy concretos, y en todo caso se ejerce en coordinación con las políticas que define el Gobierno Nacional, de conformidad con la interpretación sistemática de la ley y lo estatuido en el artículo 18 de la misma. Por otra parte, la Constitución y la jurisprudencia constitucional avalan la potestad reglamentaria de los ministros bajo ciertas condiciones, como lo señala en cita de la Sentencia C-917 de 2002.

La censura contra los artículos 11, 12, 18, 20 y 22 de la Ley no tiene tampoco fundamento, pues al no ser financiera la actividad no se vulneran las normas superiores sobre intervención en la actividad financiera contenidas en los artículos 189-25, 150-19d y 335. La facultad de regulación que se reconoce a la comisiones en materia de servicios públicos ha sido también avalada por la Corte, en la referida sentencia. Tampoco excluyen la potestad regulatoria del Banco de la República, puesto que normas no aludidas por el demandante reconocen expresamente su competencia en relación con los giros postales internacionales, como los artículos 22 y 37-1 de la Ley 1369. Por otra parte, la referencia que hace el artículo 3, en su numeral 2.2.2, se refiere a giros internacionales, que en todo caso se encuentran regulados en la Ley 9ª de 1991.

Finalmente, en cuanto al cargo por omisión legislativa que plantea, nuevamente recuerda el interviniente la demostración ya realizada respecto del carácter no financiero de los servicios postales de pago. Por otra parte, el actor parte de la apreciación equivocada de que existe una regulación "fuerte" y otra "débil," que se deriva de la "estratificación" de los entes con facultades regulatorias y de inspección. En una comparación que realiza el interviniente encuentra que este no es el caso.

También indica que el actor no cumple con todos los requisitos señalados por la Corte para que se estructure adecuadamente el cargo por omisión legislativa puesto que las normas no excluyen casos asimilables que deberían ser incluidos y, por el contrario resultan comprensivas de los requerimientos de regulación y de protección de los usuarios. Más aún, la demanda deja de mencionar la regulación de derechos y deberes de los usuarios postales (art. 23 y 35, y el capítulo que contempla el régimen

sancionatorio en la prestación de los servicios postales. La ley del sistema financiero (35 de 1993) ni siquiera contempla a los consumidores de productos financieros, y sólo se refiere a los usuarios en dos ocasiones. Tampoco hay igualdad entre las entidades financieras y los operadores postales. Si bien ambos son comerciantes, su actividad no es comparable, por lo que no se puede demandar una uniformidad normativa. Las exigencias en materia de capital no son comparables, pues si bien no se restringen a la suma advertida por el actor, no pueden serlo en virtud de que existen numerosas actividades que el Estatuto Financiero les autoriza a sus destinatarios que no pueden ser realizadas por el operador postal, lo cual obviamente incide en el capital que debe acompañar tal haz de posibilidades de lucro y en el rendimiento que por ellas puedan obtener.

Tampoco existe un deber específico señalado por el Constituyente para que se argumente su omisión. Las circunstancias planteadas demuestran que, contrario a lo pretendido por el actor, en este caso no debe existir una regulación similar, sino una normatividad claramente diferenciada. La presunta existencia de un arbitramento regulatorio no es cierta, puesto que la regulación es coherente con el servicio al que se destina, el cual no es financiero. Se demuestra así que no se reúnen los requisitos para que el cargo por omisión legislativa relativa sea apto, puesto que trata de forzar una presunta igualdad para actividades claramente diversas.

Para concluir advierte que el debate sobre exigencias diferenciadas de capital es en todo caso un debate que escapa a la Corte y que debería dirimir la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que son normas reglamentarias, no legales, las que disponen estos requerimientos. Indica además, que si el Congreso hubiera organizado el sector postal para los servicios de pago en forma diferente, ahí si hubiera vulnerado la igualdad de los operadores postales dentro del mismo sector de las comunicaciones, particularmente de las telecomunicaciones.

III. CONCEPTO PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, mediante Concepto No. 5171 enviado el 2 de junio de 2009, solicita a la Corte Constitucional declarar exequibles el artículo 2 y las expresiones demandadas de los artículos 3, 4, 11, 18, 20 y 22 de la Ley 1369, por los cargos analizados. En el caso de la expresión demandada del numeral 2.2.3 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009, el Ministerio Público solicita a la Corte declararlo exequible, "bajo el entendido de que tales servicios deben hacer parte de los tratados suscritos y aprobados por el Estado colombiano con la Unión Postal Internacional (sic)." En relación con el parágrafo 2 del artículo 4º, la Vista Fiscal solicita se declare exequible la expresión demandada, bajo el entendido de que la referencia a los literales a, c, y d del artículo "no excluye, ni exonera, del cumplimiento del literal b) del mismo artículo, relativo al requisito de contar con un capital mínimo de

1.000 salarios mínimos legales para su funcionamiento."

En primer lugar expone que los problemas jurídicos que está llamada a resolver la Corte se concretan así: "(i) si los servicios postales de pago a través del sistema de giros nacionales e internacionales comportan los elementos propios de la actividad financiera y si, por ende, les son aplicables las normas del Estatuto Financiero; (ii) si las normas demandadas desconocen las competencias propias del Congreso, del Gobierno y del Banco de la República; (iii) si el artículo 2° y las expresiones demandadas de los artículos 3, 4, 11, 18, 20 y 22 de la Ley 1369 de 2009, por carecer de algunos ingredientes normativos, comportan omisiones legislativas relativas; (iv) si la expresión "Otros servicios que la Unión Postal Internacional clasifique como tales" (sic), contenida en el artículo 3° de la precitada ley, vulnera las reglas relativas a los tratados internacionales, suplantando el orden jurídico interno; (v) si se viola el principio de igualdad al exigir a los operadores postales requisitos patrimoniales menores a los previstos para las entidades del sistema financiero; y (vi) si la sujeción de los operadores de servicios postales a lo que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los literales a), c) y d) del artículo 4° de la Ley 1369 de 2009, excluye a tales operadores del cumplimiento de lo previsto en el literal b) del mismo artículo, en relación con el capital requerido para su funcionamiento."

Conforme a lo anterior, indica que la solución al primer problema jurídico es determinante, y obliga a analizar la naturaleza jurídica de los servicios postales de pago.

Como servicio que implican el transporte de mercancías de un lugar a otro a manos de un destinatario, los servicios postales están presentes desde las civilizaciones más antiguas, que incluso se remontan a la civilización egipcia, que pronto se convierten en una herramienta central para las actividades comerciales y diplomáticas. Así, los emisarios no sólo trasladan información, sino mercancías y valores. En Colombia, la organización de las armadas reales que cada anualidad llegaba a puerto a Cartagena con su carga de mercancías, comunicaciones oficiales y noticias, cumpliendo así la tarea de correo entre la metrópoli y el Nuevo Reino de Granada. Los servicios postales conservan este importante papel a lo largo de la historia republicana del país.

Luego de indicar que su primera regulación aparece en el año de 1916 con la Ley 68, concluye que no se trata de un servicio novedoso, sino que comprende un proceso histórico de evolución, y que sólo demanda para su prestación que el bien que se desee remitir sea un bien mueble, tal como el dinero o los bienes valores.

En síntesis, para el Despacho del Procurador General, los servicios postales, aun los servicios de pago, implican un servicio de transporte de mercancías, que en muchos países se regulan como servicio público y se encargan a una autoridad ejecutiva –concretamente la encargada del sector de las comunicaciones–.

Los servicios postales de pago, a la luz de los tratados, hacen parte de los servicios postales, como se constata al revisar el acuerdo que sobre el tema aprueba la Ley 1442 de 2011. Y al ser un medio de transporte y entrega de dinero

como mercancía y no como medio de pago, no implica captación de recursos del público, como tampoco aprovechamiento, como sí ocurre con las entidades cuya actividad se define como financiera. Encuentra que la principal diferencia entre la actividad postal y la financiera radica en que el operador postal recibe el pago de una tarifa como retribución por el transporte, mientras que en la actividad financiera es el operador el que reconoce un pago a título de intereses, y se compromete a la devolución de la suma inicialmente entregada.

Los servicios financieros, además, no se caracterizan por su inmediatez, pues los recursos se captan con plazos, cosa contraria a la que sucede en el sector postal, pues la entrega debe hacerse en el menor tiempo posible. Por consiguiente los riesgos asociados a las dos actividades son notoriamente diferentes. En el servicio postal de pago, se trata de un contrato de transporte, mientras que en el sector financiero se habla de distintos contratos según el servicio financiero que desea el usuario. Por ello, la premisa fundamental de la demanda carece de apoyo, y resulta irrazonable al pretender equiparar dos actividades objetivamente distintas. La simple constatación de que el transporte de la mercancía representada en dinero se realice a través de sistemas electrónicos no cambia la naturaleza, el objeto, los riesgos ni las demás obligaciones y responsabilidades que asumen los operadores postales.

En consecuencia, los servicios postales no son parte de aquéllos a los que se refieren los artículos 150-19d, 189-25 y 335 de la Constitución, que por tanto no pueden ser vulnerados por la Ley demandada parcialmente. El régimen aplicable a los servicios postales de pago es el de los servicios públicos. También se desprende de esta conclusión que los problemas enunciados relativos al desconocimiento de competencias propias del Congreso, Gobierno y Banco de la República, a la existencia de omisiones legislativas y a la violación del derecho de igualdad se resuelven en forma negativa.

En cuanto a la posible suplantación de la facultad legislativa interna, que se opera mediante el artículo 3, numeral 2.2.2, sí podría interpretarse en el sentido señalado por el actor, por lo que solicita a la Corte modular su fallo y declarar la exequibilidad condicionada a que efectivamente se refiera a tratados suscritos y aprobados por Colombia con la Unión Postal Universal. Igual solución propone en cuanto al cargo por la relevación de los operadores postales del cumplimiento del requisito establecido en el literal b) del artículo 4º de la ley, pues la expresión contenida en el parágrafo segundo podría interpretarse en tal sentido.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 Superior, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Clarificación de los cuestionamientos constitucionales

La demanda que plantea el actor reviste una cierta complejidad, pues al tiempo que parte de una premisa sobre la naturaleza financiera de los servicios postales de pago, de la cual se derivan gran parte de las censuras

elevadas, cuestiona de manera subsidiaria el estándar de regulación y control y las competencias regulatorias que establece el legislador para dichos servicios, cuestionamiento del cual depende un segundo conjunto de cargos.

Con el propósito de clarificar los cuestionamientos constitucionales, y determinar su aptitud y definir la metodología a desarrollar, se precisarán y resumirán los cargos, así como las respuestas de los intervinientes a los mismos, para luego señalar los pasos en que se desarrollará el análisis que se le demanda a la Corte.

El demandante sostiene que los servicios postales de pago previstos en la Ley 1369 de 2009, tanto en virtud de un análisis histórico, como de su consagración en el derecho internacional y de su carácter material, corresponden a actividades financieras, puesto que implican captación de recursos del público. Si bien no caracteriza los servicios postales de pago, refiere citas doctrinales sobre las operaciones neutras, e incluso los denomina en una oportunidad como medios de pago. La única diferencia que existe entre los giros postales y los autorizados al sector financiero, afirma, es el criterio orgánico, puesto que en un caso son los operadores postales los que pueden realizar la actividad y en el otro, las entidades del sector financiero. Por ello, aunque el Legislador no haya definido la actividad de los giros como una actividad financiera, ni tenga la obligación de reservar toda actividad esencialmente financiera a los operadores de este sector, los servicios postales de pago, por ser de interés público, debían sujetarse a la disciplina de intervención marcada para las operaciones financieras por el Constituyente. En consecuencia, el actor aclara que la censura no se dirige contra la autorización que hace el legislador a los operadores postales para desarrollar actividades que él entiende como típicamente financieras, sino contra el reparto de competencias regulatorias y de intervención determinado y omitido en la Ley 1369 de 2009.

De lo anterior el actor deriva dos cargos por vulneración activa de disposiciones constitucionales: (i) que la sujeción a la vigilancia y control estatal de estos servicios al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, contraviene el marco de regulación previsto por el Constituyente para las actividades financieras o que involucran captación de recursos del público, que se concreta en la expedición de leyes marco y decretos reglamentarios de las mismas, tal como lo dispone el artículo 150-19d; y (ii) que el ámbito de regulación que se reconoce al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones desplaza a las autoridades constitucionalmente señaladas para reglamentar los temas financieros, concretamente el Legislador, el Gobierno Nacional y el Banco de la República, al tenor de los artículos 150-19d, 189-25 y 371 de la Carta.

La premisa acerca del carácter financiero de los servicios postales de pago

ha sido rebatida prácticamente por todos los intervinientes, con excepción del apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para la mayoría de ellos y para el Ministerio Público, el punto de partida argumental del actor es errado, puesto que los servicios postales de pago corresponden histórica y materialmente a un servicio público, tradicionalmente reservado como un monopolio del Estado y que se liberaliza, previa habilitación estatal. Más allá, algunos intervinientes caracterizan el giro postal como una relación de mandato, otros, como de transporte especial. Hay intervinientes que destacan, por el contrario, que constituyen un medio de pago, una actividad con contenido financiero o una operación neutra, sin que ello signifique que sea financiera o implique captación de recursos del público. Otro interviniente inclusive plantea que del género de los servicios postales de pago, el giro postal –que es el servicio en el que se centra la ley- no corresponde a una actividad típicamente financiera, mientras que otros como el ahorro postal y el cheque postal si constituyen actividades típicamente financieras.

Por su parte, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público coincide en la consideración del demandante de los servicios postales de pago como servicios financieros, puesto que se trata de una actividad basada en contratos de mutuo que implican manejo de recursos del público y, además, constituyen un medio de pago en los términos definidos por la Ley.

Ahora bien, a pesar de las grandes divergencias en cuanto a la caracterización de los servicios postales de pago, todos los intervinientes, incluido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se apartan de las consecuencias que el actor deriva de la consideración financiera de los mismos. Como servicio público que es, indican, la modalidad de intervención que corresponde es la prevista en el artículo 365 de la Carta y no requiere de ley marco sino de ley ordinaria. Un interviniente asegura, incluso, con base en jurisprudencia de esta Corporación, que aún si se admitiera que los servicios postales de pago constituyen actividades financieras, no hay vulneración alguna del trámite legislativo, puesto que tanto las leyes marco como las ordinarias cumplen idéntico procedimiento para su aprobación. En la misma línea, hoy el control y vigilancia de los servicios queda, acertadamente, en manos del ministerio que tradicionalmente ha sido encargado de los asuntos de las comunicaciones y la actividad postal, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público opina que la interpretación que hace el actor de las normas acusadas resulta equivocada, pues la regulación de los servicios postales de pago como parte de las actividades que implican manejo de dineros del público sometidas a control del Estado según el artículo 335 Superior y la previsión del ámbito de protección de los recursos de sus usuarios no se circunscriben al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como este aduce.

En cuanto a los cargos que cuestionan las facultades de reglamentación que se reconocen al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, los intervinientes indican que, consecuentemente con la naturaleza de los servicios postales de pago, no existe una veda para que autoridades distintas al Gobierno Nacional intervengan en la reglamentación. Por el contrario, indican en su mayoría, las atribuciones asignadas al Ministerio encuentran pleno respaldo constitucional, puesto que los responsables de las carteras pueden reglamentar los asuntos propios de su Ministerio (CP. Art. 201), y se les reconoce, en consonancia con los precedentes constitucionales, una potestad reglamentaria residual, adicional a la general de la reglamentación de las leyes, en temas técnicos y operativos. En cuanto a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, también encuentran que la jurisprudencia constitucional ha avalado esta técnica de regulación localizada en organismos técnicos de la administración, para ocuparse de temas de esa naturaleza del correspondiente servicio público. Para el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no existe dicotomía, pues los servicios postales de pago como servicios financieros que son, quedan sometidos a toda regulación que al respecto dicten las autoridades competentes.

En cuanto a la censura de la referencia a la observancia de las normas sobre lavado de activos, que se incluye en la definición de operador de servicios postales de pago del artículo 2, numeral 4.2, por excluir toda otra reglamentación que, dado su carácter financiero, debería obligarlos, los intervinientes estiman, en primer lugar, que por no ser financieros, no deben regirse por las reglas del sector financiero que el actor extraña. Además, afirman que corresponde a una interpretación que desconoce la inquietud a nivel mundial frente al lavado de activos, y que su inclusión en la definición no obedece sino a resaltar tal interés, sin que ello signifique que tal referencia excluya la competencia regulatoria o de supervisión que la misma ley reconoce a otras autoridades. Para la Vista Fiscal, por el contrario, la interpretación que hace el actor es posible y resultaría inconstitucional, no por tratarse de temas financieros, sino porque permite deducir que esta regulación sería la única que cobijara a este tipo de servicios, por fuera de la dictada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por lo que solicita a la Corte excluir la interpretación inconstitucional de la norma.

Adicionalmente a estas críticas constitucionales, el actor plantea cargos que tienen un carácter autónomo frente a la premisa ya señalada. En este sentido, demanda el eventual desconocimiento de las competencias constitucionales para la celebración y aprobación de tratados internacionales –del que acusa al artículo 3, numeral 2.2.3.–, cargo que para la mayoría de intervinientes no es cierto, puesto que se deriva de una interpretación sesgada del tenor literal de la norma. La mayoría destaca que como Colombia es parte de la Unión Postal Universal, la referencia legal a los otros servicios que defina tal institución debe ser incorporada automáticamente al orden interno, de conformidad con los principios de

aplicación de los tratados internacionales. Otros indican que la censura del actor deriva de una lectura aislada de la expresión, puesto que si se analiza en relación con otras normas, es claro que la definición de nuevos servicios postales de pago que pueda hacer la Unión Postal Universal se encuentra sometida a su posterior aprobación en el orden interno, procedimiento de incorporación al que no se opone la expresión acusada. Por el contrario, el Procurador General de la Nación es del concepto de que dicha disposición puede interpretarse en ambos sentidos, siendo uno acorde al texto constitucional y el otro no, por lo cual la Corte debería así anotarlo en su sentencia y fijar sólo la interpretación coherente con la Constitución Política, en un fallo de modulación.

Otro cargo autónomo es el que se refiere al cuestionamiento a la asignación de facultades regulatorias al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (art. 7) por desplazamiento del Presidente de la República como única autoridad con potestad reglamentaria reconocida por la Carta, el cual subsiste independientemente de la definición en torno a la naturaleza jurídica de los servicios postales de pago.

A partir de esta misma disposición, se desprende la última de las censuras autónomas, pues el actor se refiere al silencio respecto del requisito legal sobre capital para los operadores postales previsto en el literal b, cuando el párrafo del artículo 7 habilita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a establecer los requisitos patrimoniales y de mitigación de riesgos adicionales a los previstos en los tres literales adicionales a este que omite. Algunos de los intervinientes no se pronuncian sobre este cargo, otros advierten que se deriva de una interpretación aislada de la norma, mientras que el Ministerio Público es de la opinión que este requisito, precisamente el de capital, debe considerarse incluido dentro de la referencia a la habilitación, y en consecuencia solicita a la Corte un fallo modulado.

El siguiente grupo de cargos se construye a partir de una vulneración por omisión legislativa relativa de la Carta, censuras que parten ya no de la naturaleza jurídica compartida entre los servicios postales de pago y las actividades financieras, sino de su similitud. De esta manera argumenta que, aún en el caso de no considerar los servicios postales de pago como actividades financieras, estos presentan un componente financiero o afín al financiero por su vínculo con el ahorro del público, así como una especial similitud con los giros bancarios y otros productos financieros.

De conformidad con el mandato de protección del ahorro contenido en el artículo 335 de la Carta, se impone al Legislador el deber de establecer criterios de protección del riesgo de los usuarios similares a los definidos para las actividades típicamente financieras, así como requisitos de capital semejantes para los operadores, so pena de fomentar un marco regulatorio desigual para usuarios y actores -postales y financieros- para actividades afines, arbitramento regulatorio que no se aviene al texto constitucional.

Por esta razón, todas las previsiones normativas ya acusadas son igualmente inconstitucionales en tanto omiten el cumplimiento de ese mandato constitucional en relación con la protección del ahorro del público.

De esta forma, las normas que contienen el reparto de competencias entre distintas autoridades en relación con los servicios postales de pago, que fijan los requerimientos de capital y las determinaciones sobre exigencias patrimoniales y de mitigación de riesgos a los operadores, que imponen restricción de fuentes normativas obligatorias para los operadores de servicios postales de pago, y que deslegalizan actividades financieras reservadas al designio del legislador al delegar su establecimiento en un organismo internacional, vulneran la Carta por omisión legislativa relativa y por vulneración del derecho a la igualdad.

Respecto de este cargo, algunos de los intervinientes concluyen que no es apto para propiciar un pronunciamiento de fondo de la Corte, puesto que se deriva de la falsa apreciación del demandante del contenido de unas normas constitucionales que no señalan el deber que él deduce. No obstante, todos los intervinientes se pronuncian de fondo, a partir de lo cual, en compañía del concepto de la Vista Fiscal, se apartan de la consecuencia planteada por el actor. Estiman, por el contrario, que la particular naturaleza jurídica de los servicios postales de pago impone un régimen regulatorio adecuado a la misma, concretamente como servicios públicos, régimen que atiende a las particularidades y exigencias diferenciales de este servicio, de manera que no se presenta una omisión legislativa relativa.

De conformidad con esta presentación esquemática de los cargos, debe la Corte resolver en primer lugar el problema jurídico principal sobre la naturaleza jurídica de los servicios postales de pago. Sólo superada esta exigencia podrá la Corte evaluar la aptitud de los cargos que de ella dependen y los problemas jurídicos que despierten. Deberá también formular los problemas jurídicos adicionales que se desprenden de los cuestionamientos del actor que no se derivan de la premisa central.

3. Los problemas jurídicos

Como se puede apreciar de la anterior síntesis, varios de los cargos –tanto por violación activa de la Carta como por violación pasiva- dependen inescindiblemente de la premisa argumentativa de la que parte el actor, por lo que sólo definido este punto inicial podrá evaluarse la prosperidad de los cargos derivados. Incluso el cargo que se enuncia como vulneración de la Carta por omisión legislativa relativa que comporta una violación del derecho a la igualdad, depende parcialmente de la solución de esta premisa. En efecto, dicha censura envuelve dos cargos identificables y separables.

Por un lado, el actor estructura un cargo por omisión legislativa relativa en el que ya no parte de la esencia financiera de los servicios postales de pago, sino de su similitud con los servicios financieros. No obstante,

denuncia como vulneradas las mismas normas que ya habían sido objeto de glosa por activa, en tanto debían ser aplicadas por el legislador al reglamentar los servicios postales de pago, dada su naturaleza financiera. Su solución estará así dada por la definición de la premisa central.

Por otra parte, se encuentra el cargo por vulneración de la igualdad, el cual permanece incólume, a pesar de que se estimen los servicios postales de pago como de una naturaleza distinta a la de las actividades financieras, pues aquí el cargo se estructura no ya a partir de la exigencia de regular tales servicios desde una perspectiva netamente financiera, sino de la necesidad de definir si dos actividades económicas de dos sectores distintos, dada su similitud o afinidad, merecen un tratamiento normativo similar.

En consecuencia, la Corte debe resolver este primer problema jurídico:

¿Es inconstitucional la regulación vía ley ordinaria de los servicios postales de pago, tales como los giros en efectivo nacionales e internacionales, los giros de pago, el giro de depósito, y la transferencia postal, como expresión del servicio público postal y objeto de intervención según el artículo 365 constitucional, por tratarse de servicios que constituyen actividades financieras de captación de recursos del público u operaciones que deben adecuarse al modelo de intervención planteado en el artículo 335 de la Carta Política y al reparto de competencias regulatorias vía ley marco del artículo 150-19d y decretos ejecutivos del artículo 189-25?

Definida esta cuestión de fondo será posible determinar si los dos cargos planteados que dependen de que se reconozca una naturaleza financiera a los servicios postales son aptos para permitir un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional: (i) el supuesto desconocimiento del artículo 150-19d Superior porque el legislador ordinario sujetó la vigilancia y control estatal de los servicios postales al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, a pesar de que las actividades financieras o que involucran captación de recursos del público debe concretarse en la expedición de leyes marco y decretos reglamentarios de las mismas; y (ii) el supuesto desconocimiento de los artículos 150-19d, 189-25 y 371 de la Carta porque las normas cuestionadas desplazan la facultad de reglamentación de temas financieros que corresponden constitucionalmente al Legislador, al Gobierno Nacional y al Banco de la República, y se las asigna al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

De concluirse que los servicios postales no tienen naturaleza financiera, deberá explorarse subsidiariamente si la omisión legislativa relativa en que incurre supuestamente el literal b y el inciso séptimo del artículo 4º de la Ley 1369 de 2009, que determinan algunos de los requisitos exigidos a quienes se postulan como operadores postales, así como el artículo 22 cuestionado por referirse exclusivamente a la normatividad sobre lavado

de activos a la que deben someterse los operadores de servicios postales de pago, con lo cual supuestamente se reducen las fuentes normativas de obligatoria observancia para tales operadores, derivan en un déficit de protección de los recursos del público y establece un tratamiento violatorio del derecho a la igualdad entre las personas jurídicas que realizan actividades financieras y las que se dedican a prestar servicios postales, que resulta contrario a la Carta. En consecuencia este problema jurídico se formulará así:

¿Es contrario al derecho a la igualdad y a la obligación estatal de proteger los recursos del público que el literal b y el inciso séptimo del artículo 4 y el artículo 22 de la Ley 1369 de 2009, establezcan requisitos menos gravosos a los operadores de servicios postales que los exigibles a quienes realizan actividades financieras en términos de capital mínimo exigible, mitigación de riesgos y control a actividades que puedan derivar en lavado de activos, de tal manera que dicha fórmula de regulación constituya un déficit de protección constitucionalmente relevante?

De conformidad con la censura del actor, subsistiría en torno al punto de las competencias un problema adicional que habría que abordar y que no depende de la naturaleza de los servicios postales, el cual se refiere al cuestionamiento a la asignación de facultades regulatorias al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por desplazamiento del Presidente de la República como única autoridad con potestad reglamentaria reconocida por la Carta. Dicho interrogante se puede formular de la siguiente manera:

¿La asignación por parte del Legislador de facultades regulatorias en cabeza de un ministro del despacho, para ser ejercidas dentro de un término de doce (12) meses, desconoce la facultad reglamentaria que constitucionalmente se reserva al Gobierno Nacional (CP, art. 189-11), o vulnera una órbita propia del Ministerio al imponerle un horizonte temporal?

Otro punto de debate lo constituye lo que el demandante interpreta como una aplicación directa de reglamentos y decisiones de un organismo internacional por vía de la previsión contenida en el artículo 3 de la Ley, relativo a definiciones, en su numeral 2.2.3, el cual adiciona a los servicios postales expresamente mencionados, otros clasificados por la Unión Postal Universal en el futuro como tales. Para el grueso de intervinientes, esta posibilidad normativa no implica desconocimiento constitucional alguno, en tanto se resuelve vía interpretación sistemática, mientras que para el Procurador General de la Nación, esta previsión puede entenderse en el sentido afirmado por el demandante, en cuyo caso sugiere modular la decisión. En este orden de ideas, se habrá de dar respuesta a este cuarto interrogante:

¿Se desconocen las facultades constitucionales del Presidente de la República y del Congreso de la República en materia de celebración y aprobación de tratados internacionales (CP arts. 188-2 y 150-16), con la

decisión del legislador de incluir, en una norma dedicada a definiciones para efectos de lo ordenado en una ley (artículos 3, numeral 2.2.3, 11 y 20 de la Ley 1369 de 2009), la referencia a futuros nuevos servicios definidos por la Unión Postal Universal de la cual el país es parte?

Con el fin de resolver los anteriores problemas, la Corte procederá primero a determinar la naturaleza de los servicios postales de pago, a través de un recorrido de la historia normativa de los servicios postales en Colombia, así como en el ámbito internacional, con el propósito de lograr una tipificación de tales servicios en general y determinar si los servicios postales de pago difieren materialmente de los que el género cubre y, en caso afirmativo, definir si constituyen medios de pago neutros o actividades de captación de recursos del público y si en tal condición deben estimarse como actividades financieras. Sólo entonces será posible concluir acerca del régimen de intervención y de regulación que se aviene con la naturaleza de los servicios postales de pago.

Resuelto lo anterior, pasará la Corte evaluar el cargo por omisión legislativa relativa por el establecimiento de un régimen regulatorio menos exigente para los operadores de servicios postales de pago que el exigido a las entidades financieras, a pesar de que realizan actividades afines que pueden ser afectar los recursos del público.

La Corte también habrá de determinar el alcance del compromiso asumido por el país en relación con la Unión Postal Universal, para poder evaluar el fundamento de la censura contra el artículo 3, en su numeral 2.2.3., para lo cual habrá de analizar las obligaciones en materia postal, y recordar la jurisprudencia de esta Corte en punto de la competencia regulatoria de determinados organismos multilaterales a fin de verificar su aplicabilidad.

Igualmente se referirá al marco constitucional que define el alcance de las atribuciones de los ministros cuando actúan independientemente y no como Gobierno Nacional, y recordará la jurisprudencia de esta Corte en punto a la fijación por parte del legislador de plazos temporales para el ejercicio de facultades reglamentarias.

4. La naturaleza de los servicios postales de pago y su vínculo con los servicios postales en general.

4.1. La apuesta del actor por el carácter financiero de los servicios postales de pago impone avanzar hacia una definición de su naturaleza jurídica, lo cual pasa necesariamente por la definición de la naturaleza de los servicios postales como género, a fin de determinar si los de pago difieren esencialmente o no de aquellos. Como quiera que uno de los argumentos del actor está basado en la evolución normativa de la regulación de estos servicios, este acápite se concentrará en la regulación nacional e internacional.

La mayoría de intervenciones subrayan la condición de los servicios postales como servicio público. Algunas van más allá en su caracterización, con el propósito de ubicarlos bajo la modalidad de un

contrato de transporte especial, característica que sería compartida por los servicios postales de pago.

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.

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.

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.

4.2. Desde el punto de vista histórico, tanto en la regulación nacional como en la internacional, los servicios postales han estado rodeados de garantías especiales, como la de protección especial a la integridad de la correspondencia y de quienes la portan o el respaldo estatal y de la comunidad internacional a su prestación. La especialísima razón que ha ameritado tal tratamiento, es la de que este servicio nace con el propósito de ser el medio para hacer efectiva la necesidad de comunicación de las personas, y se desarrolla a fin de extender esa garantía al mayor número de personas en el mayor número de países posibles. Esa protección especial ha cobijado, desde sus primeras regulaciones, tanto a los servicios postales, en general, su prestación por el Estado directamente o por particulares habilitados, la autorización del transporte de valores, así como la utilización de los servicios postales de pago o de giro, y de ciertos medios de pago, para asegurar su prestación.

Durante la época de la Colonia, el servicio de correo postal era prestado por particulares, gracias a privilegios reales. Ya en la época republicana, mediante la Ley Orgánica de los Correos Nacionales del 27 de abril de 1859, se realizó un esfuerzo por organizar una prestación continua del servicio de correo a lo largo del país, pero no fue establecido como un monopolio a favor del Estado (Confederación Granadina), de manera que se autorizaba la prestación por parte de particulares, incluso en las mismas líneas establecidas por el Gobierno Nacional. La Ley Orgánica de los Correos Nacionales del 27 de abril de 1859, en su artículo 11 autorizó el envío de correspondencia y encomiendas de valores, entre los cuales se mencionan "alhajas de oro y piedras preciosas," "plata o platina en barras," "plata amonedada o en alhajas" y "oro en polvo o en barras".

El Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, expedido en 1873, en su Título 7º reglamentó el servicio de correos, establecido con el propósito "de transportar la correspondencia y los impresos que cursen por las líneas de correos que mantenga el Gobierno nacional," y poner en comunicación al Gobierno con los Estados de la Unión, con las aduanas, puertos, salinas y demás puntos con intereses del Gobierno, conducir con celeridad y seguridad la correspondencia del comercio y la industria nacionales y "[f]omentar la civilización nacional."

El posterior Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912), incluyó dentro de lo que denominaba como servicios nacionales, el servicio de "Correos y Telégrafos," el cual estaba a cargo del Estado a través de una Dirección General[10], y autorizó su desarrollo por parte de entidades territoriales y particulares. La prestación del servicio de telégrafos, o de cualquier otra forma de comunicación inalámbrica se entendía como reservada al Estado,

el cual mediante habilitación podía realizarla conjuntamente con particulares. La forma de cancelación del servicio por parte de los particulares también fue prevista en el Código, a través de "especies postales" emitidas privativamente por el Gobierno para dicho propósito, entre las cuales se mencionaban sellos de correo, tarjetas, cubiertas de valor, cubiertas de servicio postal y patentes, que se emitirían con los valores y clases determinadas en las convenciones postales, leyes y reglamentos. En 1913, mediante la Ley 124, se nacionaliza el servicio de correos en el país y se ordena al Gobierno organizar y financiar el servicio en todo el territorio, con la transitoria participación de los departamentos en la prestación del mismo y en la emisión de especies postales.

En consonancia con el mandato encargado al Gobierno, se dictó en 1914 la Ley 76, "orgánica de los ramos de Correos y Telégrafos." La ley reiteró la exclusividad estatal en la prestación del servicio de correos y telegrafía, asunto que fue reiterado por la Ley 68 del 15 de diciembre de 1916. La Ley 82 de 1916 reformó la ley orgánica de correos y telégrafos de 1914 para dictar normas destinadas a mejorar la prestación del servicio, y autorizó nuevamente la prestación por parte y a cuenta de las entidades territoriales del servicio de correos. En cuanto a los servicios postales de giro, en el artículo 3º de la mencionada ley, se definió el giro ordinario como el que "se expide por medio de un libramiento postal que el Jefe de la oficina expedidora entrega al remitente para que el destinatario lo presente en la oficina de pago respectiva" y como extraordinario aquél expedido por medio de un telegrama urgente.

En 1945 se expidió el Decreto 1418 "reglamentario de los Servicios Nacionales de Correos, Telégrafos y Teléfonos," en él se reiteró el monopolio estatal sobre el servicio de correos, sin perjuicio del servicio especial que pudiera ser prestado por las entidades territoriales a su cargo y por su cuenta. El correo aéreo quedó expresamente reservado al Gobierno. Sin perjuicio del monopolio, la ley autorizó al Ministerio de Correos y Telégrafos[11] para permitir a particulares el establecimiento de servicios de correspondencia previo contrato y sólo para correspondencia ordinaria dentro del país. Este decreto también previó la emisión de especies postales, definidas como el medio de pago del servicio postal, que se reserva con exclusividad al Estado[12]. En el territorio nacional se prohibió el envío de valores con la correspondencia, salvo que se realizara con valor declarado, mientras que en el servicio internacional sólo se admitió en cartas certificadas bajo sobre cerrado, con licencia de la Oficina de Control de Cambios y exportaciones. Este decreto también previó el envío contra reembolso que implicaba hacer efectivo el valor del envío a favor del remitente y a cargo del destinatario, quien podía cancelar el servicio en giro postal o en valor declarado a favor del remitente (arts. 152 y 156). Por su parte, el servicio de correspondencia a debe –que se gira por los correos sin franqueo previo para cartas[13] y tarjetas postales sencillas- implicaba un aumento en el costo del servicio que se carga al destinatario[14]. En el servicio internacional se admitieron no sólo cartas con valor declarado sino cajas que pudieran contener "alhajas y otros

objetos preciosos"[15], en cuyo caso, el remitente debía tramitar licencia ante la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones. En este año, nuevamente se admitieron las encomiendas postales (art. 511), servicio que implicaba el transporte de objetos en el territorio nacional, sin exceder determinado peso, tamaño y valor. También se preveían las encomiendas con valor declarado (art. 532), así como encomiendas contra reembolso, las cuales se entregaban después de que el destinatario hubiera pagado el valor. A partir del artículo 922, el decreto reguló el denominado "ahorro postal," como un mecanismo para propiciar el ahorro en el país, posibilitando la acumulación de sumas pequeñas y protegiéndolas de la posibilidad de un embargo[16]. A tal fin, se autorizó al Banco Postal la emisión de estampillas de ahorro postal y certificados de ahorro postal, los cuales podían ser comprados u obtenidos por canje por estampillas postales, certificados que ofrecían un rendimiento financiero por el ahorro.

A pesar de su denominación, el Banco Postal fue creado con el propósito de desarrollar tareas más cercanas al servicio postal, comoquiera que se le encargaba de la emisión de las especies postales requeridas para la financiación del servicio. Efectivamente, durante una época, se estableció un mecanismo de ahorro prestado y desarrollado desde el sector postal –a través del Banco y tras su desaparición, de ADPOSTAL-, con el propósito de desarrollar una cultura del ahorro, fomentar este hábito en los menores de edad y permitir a personas de escasos recursos –por fuera del área de interés del sector bancario- el acceso a una modalidad menos tradicional y más segura de ahorro.[18] El ahorro postal se configuró a través de la adquisición de un instrumento típicamente postal, las estampillas de baja denominación, que luego podían ser canjeadas por certificados que producían rendimientos. Merece destacarse que los recursos así obtenidos del ahorro del público no generaban rendimientos gracias a una presunta actividad financiera del Banco Postal, sino que eran consignados por éste en la Caja Colombiana de Ahorros, encargada de garantizar rendimientos tanto al público como al Banco.

Con el Decreto 1580 de 1974 se definió el servicio postal como aquél que "comprende el servicio de correos y los servicios financieros de carácter postal, prestado tanto en el interior como en el exterior."[19] Esta normatividad reiteró la prestación del servicio postal a título de monopolio estatal, sin perjuicio del concurso de los particulares,[20] con el propósito de "garantizar la libertad y el secreto de la correspondencia" y asegurar la comunicación del Gobierno nacional con todos los funcionarios y mantener el orden y la defensa del estado.[21] Los giros postales expresamente se señalaron como no constitutivos del monopolio estatal.

En este decreto las áreas del servicio postal se agrupan en: envíos de correspondencia, servicios postales especiales, servicios postales complementarios y servicios postales financieros.[23] Mientras que el primero de ellos agrupa los servicios tradicionales, el segundo desarrolla servicios adicionales en relación con el transporte de la correspondencia, tales como los servicios recomendados, asegurados, apartados postales o

respuestas comerciales.[24] Los servicios definidos como postales financieros, comprendían servicios ya tradicionales como las cartas, cajas y encomiendas con valor declarado,[25] los giros postales y servicios nuevos como los de reembolso – a través de los cuales se entregaban al correo de mercancías u objetos de valor contra el pago posterior de la misma por parte del destinatario con el concurso del servicio de correos-[26]; el de "efectos a cobrar" –para el transporte y distribución de facturas y recibos, entre otros-[27], el ya establecido servicio de "ahorro postal",[28] y las "transferencias postales," que implicaban la apertura de cuentas de ahorro postal sobre las cuales el titular podía solicitar transferencia para el "intercambio de depósitos postales, cheques y cheques postales de viaje entre diferentes oficinas".

En 1994 se dictó el Decreto 1697, en el cual se autorizó a los concesionarios de servicios de correos a prestar los servicios tradicionales de correo recomendado o asegurado y, en general, los definidos como postales especiales hasta tal fecha, así como los servicios financieros de correos, es decir aquellos envíos con valor declarado y los giros postales y telegráficos[30]. Al Ministerio de Comunicaciones se le asignó el ejercicio, a nombre de la Nación, de la titularidad de los servicios postales, facultad que le confería atribuciones para dirigir, planificar y vigilar los servicios, para el otorgamiento de concesiones y licencias, para el establecimiento de reglamentos y normas, así como para la representación del Estado ante los organismos internacionales del orden postal.

Sólo hasta el año de 2009 vuelve a expedirse una legislación integral sobre los servicios postales, precisamente la incluida en la Ley 1369 aquí parcialmente demandada. En esta Ley 1369 de 2009 se reitera la categorización de los servicios postales como un servicio público, sujeto a los principios de calidad, eficiencia y universalidad definidos en el artículo 365 de la Constitución Política, así como el monopolio estatal sobre los mismos, y la prestación con el concurso de los particulares, previa habilitación[32]. Como servicios postales se definen las actividades de "recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales" dentro y fuera del país, entre las cuales se indican los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa (numeral 2). Los servicios postales de pago, son definidos como el "conjunto de servicios de pago prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente" (numeral 2.2.), e incluye entre tales servicios los giros nacionales (numeral 2.2.1), los internacionales (2.2.2) y "otros" que serán los que la Unión Postal Universal clasifique como tales (numeral 2.2.3.). Vale anotar que tanto respecto de los servicios de correo (numeral 2.1.4) como de los servicios postales en general (numeral 2.4), la ley agregó a la enunciación de los servicios una cláusula abierta, a fin de incluir los que la Unión Postal Universal clasifique como tales.

En esta ley se consagran tres tipos distintos de operadores a ser habilitados para el servicio postal: (i) el operador postal oficial –que es la persona jurídica que presta el servicio postal de correo, servicios de mensajería

expresa y servicios postales de pago a nivel nacional e internacional; (ii) el operador de servicios postales de pago[34] y (iii) el operador de mensajería expresa[35]. Conforme a su definición, el giro de pago es aquél en el que el "expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita el pago en efectivo del importe íntegro, sin retención alguna al destinatario"[36]. Por su parte, el giro de depósito implica una cuenta del destinatario llevada por el operador designado, en la cual se depositan los fondos entregados por el expedidor[37]. La transferencia postal[38] requiere la existencia de sendas cuentas con operadores postales designados, entre las cuales se pueden ordenar depósitos. Todos estos servicios, se aclara, suponen el pago o depósito total del importe al destinatario, sin retención alguna.

4.3. En el ámbito internacional, Colombia hace parte de la Unión Postal Internacional[39] desde 1881.[40] Esta organización, establecida desde 1874, es considerada la segunda organización multilateral más antigua del mundo, que desde 1948 se integra a la Organización de Naciones Unidas como un organismo especializado.

Esta organización tiene como objetivo afianzar y mejorar los servicios postales, participar en la asistencia técnica postal que soliciten los países miembros y fomentar la cooperación internacional en materia postal. La Unión fija tarifas, límites máximos y mínimos de peso y tamaño, reglas para el uso y control de los sistemas postales de pago, establece las condiciones de aceptación de la correspondencia, y reglamentos aplicables a ésta y a objetos cuyo transporte implican algún riesgo, como sustancias infecciosas y radiactivas.

Colombia es además Parte de las Actas de las Constituciones, el Convenio, los Acuerdos y los respectivos Reglamentos del XVI Congreso de la Unión Postal Universal firmado en Tokio en 1969, incorporadas al orden interno mediante la Ley 61 de 1973, mientras que la Ley 19 de 1978 incorporó en el orden interno las Actas del XVII Congreso de la Unión, firmadas en Lausana en 1974. Respecto de las Actas aprobadas en el Congreso de Ginebra en 2008, el país acaba de aprobar el Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago, mediante Ley 1442 de 2011 y falta formalizar su adhesión.

En el ámbito internacional, los giros postales han sido desarrollados como servicios postales adicionales al servicio postal universal, bajo los presupuestos y modalidades definidas en la Unión Postal Universal y con su cooperación. Se trata de servicios que se prestan en condiciones de universalidad, y con la pretensión de asegurar el mayor cubrimiento territorial, tanto en los territorios nacionales, como a nivel mundial, lo mismo que la de asegurar la transferencia de remesas a menor costo.

Estos acuerdos contienen disposiciones sobre giros postales y medios de pago para asegurar la prestación adecuada de los servicios postales, adoptados en los Congresos realizados por la Unión Postal Universal, que a pesar de tener una vigencia relativamente corta, establecen los servicios

postales de pago como parte de los servicios postales y establecen reglas comunes para reducir los riesgos por su uso abusivo.

Entre los servicios postales de pago que se incluyen en el Acuerdo de Ginebra de 2008, se encuentran el giro en efectivo, el giro de pago, el giro de depósito y la transferencia postal. Si bien todas estas modalidades implican transferencia de fondos, tanto el giro de pago, como el de depósito y la transferencia suponen la apertura de cuentas con los operadores postales, cuyo objetivo es de que de tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos.

Con base en estos convenios, los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas para garantizar la continuidad de los servicios postales de pago en caso de incumplimiento de su operador u operadores designados y informar a través de la Unión Postal Internacional a los demás países de la suspensión y reanudación del servicio. Las sumas de dinero que se destinen al cumplimiento de una orden postal de pago, pertenecen al expedidor hasta el momento de su pago al destinatario o hasta su acreditación en la cuenta del destinatario, por lo que el expedidor se encuentra facultado para revocar la orden postal de pago hasta antes del momento de la entrega o consignación de las mismas[42]. Los operadores tienen igualmente el deber de implementar las medidas que se requieran para el cumplimiento de la legislación nacional e internacional, con un especial énfasis por las normas que se refieran al lavado de activos, la financiación del terrorismo y a los delitos financieros.

La protección y confidencialidad de los datos de carácter personal que se requieren para el trámite de una orden postal debe cumplir la legislación nacional y en todo caso, las obligaciones internacionales en la materia, sin perjuicio de la posibilidad de comunicar tales datos personales cuando las autoridades nacionales así lo requieran, bajo el respeto de la legislación nacional. Anualmente tales datos se deben transferir a la Unión Postal Internacional con fines estadísticos, de evaluación de la calidad del servicio o de compensación entre operadores.

4.4. De conformidad con este recuento, es necesario concluir que desde la perspectiva de la evolución de la normatividad nacional e internacional, los servicios de giro han formado consistentemente parte de los servicios postales y han sido regulados en el ámbito nacional como servicios que hacen parte de los géneros postal y telegráfico. Si bien no se han considerado tradicionalmente como parte del monopolio estatal en las comunicaciones, han sido prestados por la administración de correos inicialmente,[43] luego por el Banco Postal[44] y finalmente por ADPOSTAL hasta su liquidación.[45] Inicialmente fueron denominados simplemente como giros postales o telegráficos,[46] luego se clasificaron como servicios postales financieros[47] o servicios financieros de correos,[48] hasta llegar a su catalogación actual como servicios postales de pago.[49]. Por el aspecto de la denominación, entonces, solo durante un porcentaje menor del tiempo de su existencia legal se les ha adicionado la

rúbrica "financiera," la cual nuevamente desaparece con la última normatividad expedida, sin que tal denominación los haya sacado del ámbito de los servicios postales. Sin embargo, la creación del Banco Postal y del ahorro postal a los que alude el demandante como otro de los sustentos para la clasificación de los servicios postales como actividades financieras y como ajenos a los servicios postales, tampoco conducen a la conclusión que pretende el accionante, pues ya se evidenció que su objeto y ámbito de operación se sustentaban en el sistema postal.

No obstante lo anterior, este recorrido histórico y de evolución normativa nacional e internacional es útil para concluir que los servicios postales de pago o giro hacen parte de los servicios postales en general, tal recorrido es aún insuficiente para concluir que el uso de los servicios postales de pago o la transferencia de fondos en el sector postal –que eventualmente puede implicar la apertura de cuentas postales-, no corresponden materialmente a una actividad financiera y si en tal evento, lo que se ha regulado como servicios postales de pago debe quedar sometido a los criterios de intervención, regulación, vigilancia y control establecidos por el Constituyente para las actividades financieras. Por lo que es necesario recordar los criterios para definir cuándo se está ante una actividad financiera y aplicar dichos criterios a estos servicios de pago.

5. Análisis material de la especie de los servicios postales de pago

Sobre este punto, no hay coincidencia plena entre los intervinientes. Para el actor, los servicios postales de pago son materialmente financieros, pues en su opinión implican una actividad de captación masiva de recursos en la que media su custodia, depósito, manejo o pago, lo que coincide con las actividades que el Estatuto Financiero define como operaciones bancarias o autorizadas a entidades financieras. Incluso menciona las operaciones neutras y los medios de pago, como sus posibles caracterizaciones financieras. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo acompaña en esta consideración, puesto que se trata de una "actividad que implica manejo de dineros del público," y compromete "de la misma forma el interés general al que hace alusión el artículo 355" constitucional.

La mayoría de los intervinientes aluden a las características de servicio público que definen el servicio postal, deteniéndose especialmente en el aspecto de la universalidad para controvertir la tesis del actor. Todos refieren conceptos autorizados o jurisprudencia, en demostración de sus respectivas tesis. Otro interviniente aclara que la naturaleza de la actividad no puede estar supeditada a la del bien transportado, por lo que el hecho de que en los giros el bien remitido sea dinero, no trastoca ni muta el carácter postal del servicio, que es en esencia un servicio de transporte. Uno más indica que los giros postales son esencialmente un medio de pago, que como tal, no es necesariamente financiero, aunque les haya sido autorizado a las entidades del sector bancario. La intervención de la Comisión de Regulación de Comunicaciones claramente refiere los servicios postales de pago como operaciones neutras.

Esta Corte debe advertir que el cargo del demandante presenta una dificultad adicional, puesto que no olvida que su libelo discute la naturaleza postal en favor de una esencia financiera en los giros postales, pero no censura todas las previsiones que incorporan este servicio dentro del sector postal, ni siquiera pretende que todo el servicio se traslade normativamente al sector financiero, o sea prestado exclusivamente por entidades del sector financiero, o se encuentre

sometido a la vigilancia de las entidades con competencias en temas financieros. Como él mismo lo afirma, la pretensión de la demanda no es anular la habilitación extendida a los operadores postales para la realización de la actividad de los servicios de pago, sino la de propiciar un pronunciamiento de la Corte en punto de la forma de producir esta habilitación, así como de las condiciones y garantías que la actividad de los servicios de pago demanda del Estado, si bien no pretende que dicho régimen legal y reglamentario sea "idéntico."

Lo anterior significa que, por una parte, llame a la Corte a determinar si las actividades postales son esencialmente financieras y por lo tanto idénticas a las financieras, mientras que por el otro, pretende solo que la Corte determine si son similares a las actividades financieras, a efecto de definir si su régimen legal y de intervención resulta disímil en exceso, y por tanto vulneratorio del derecho a la igualdad.

Así, para resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario ahora determinar si los servicios postales de pago constituyen una operación neutra, un medio de pago, o implican captación, manejo o aprovechamiento de recursos del público, o si son de tal similitud a las actividades financieras que se impondría un desarrollo legal similar o idéntico.

5.1. Libertad de configuración del legislador en materia de actividades financieras

El primer obstáculo que se presenta para este análisis es el carácter de las cláusulas constitucionales que se refieren a las actividades financieras. Los artículos 150-19d, 189-25 y 335 de la Carta, a los que insistentemente alude el actor, no definen lo que implica la actividad financiera, como tampoco concretan lo que el Constituyente denominó como actividad de captación de recursos del público. Por este inconveniente, tanto el actor como la mayoría de los intervinientes, acuden a la normatividad contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF-, así como a conceptos de autoridad –de la Superintendencia Financiera y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado-, a jurisprudencia de esta Corte para concretar lo que implican estas actividades, e incluso a conceptos reputados de la doctrina económica.

Este es uno de los casos en que la Constitución contiene conceptos jurídicos indeterminados, que en palabras de esta Corte son "aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren '... una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.'[50]," circunstancia que impone unas consecuencias muy concretas respecto del examen de constitucionalidad:

El margen de libertad legislativa a la hora de precisar un concepto jurídico que aparece indefinido en la Constitución depende pues de la precisión de las referencias que la misma Carta contenga, relativas al concepto que el legislador pretende definir. A mayor precisión en las referencias constitucionales, menor libertad de configuración legislativa y viceversa. Correlativamente, la intensidad del control constitucional debe adecuarse a esta mayor o menor libertad de configuración legislativa.[51]

La Corte ha precisado que cuando se presentan conceptos jurídicos indeterminados, la labor de la Corte se centra en un control de límites respecto de la actividad definitoria adelantada por el Legislador:

"Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración

del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional:

"... Esta libertad de configuración del Legislador, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales. En efecto, el control material de la Corte de estas definiciones legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad política del Legislador. Por ello, el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas, pues la Carta es un marco de coincidencias básico, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas.

"Ese control de límites varía su intensidad dependiendo de la propia complejidad y desarrollo de la construcción constitucional de un determinado concepto o institución. Así, si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el Constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador. Por el contrario, si la protección constitucional solamente se predica de ciertos elementos, los cuales no delimitan perfectamente la figura jurídica del caso, el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado. En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts 1º, 3º, 8º y 150), se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador." [52]

Ahora bien, en punto de los conceptos jurídicos referidos a la actividad financiera, ha dicho esta Corporación:

"Es claro que el constituyente ordena que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que implique la captación de ahorro público deba ser regulada por el Congreso e intervenida por el Gobierno de conformidad con la ley, así como estar sometida a la inspección, vigilancia y control estatales. Empero, **la Constitución no se ocupa de definir en qué consisten dichas actividades, es decir, no suministra la definición de lo que se debe entender por actividad financiera, aseguradora o bursátil.** Así, tales conceptos están indeterminados en la Constitución, siendo del resorte del legislador precisar su sentido y alcance.

...

Para definir el concepto de actividad financiera, el legislador puede acudir a diversos criterios. Uno de ellos es el **criterio material**, que mira a la naturaleza misma de la actividad; desde este punto de vista, por ejemplo, podría decirse que **actividad financiera es la que se desenvuelve a**

través de la intermediación. Podría también utilizar elementos definitorios positivos o negativos, es decir podría **señalar operaciones jurídicas que considera que constituyen actividad financiera**, y otras que no considera como tales. Otro de los criterios a que podría acudir el legislador para definir la actividad financiera, sería uno de **naturaleza orgánica**, a partir del cual podría considerar como financiera la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente.

Ahora bien, al definir la actividad financiera el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración; por ejemplo, no podría estimar que dos actividades que por su contenido material son idénticas y que comprometen de manera igual el interés general presente en la actividad de intermediación financiera, queden sujetas a un régimen jurídico distinto que implique sólo en un caso la exclusión de la intervención, vigilancia y control estatales, pues con este proceder desconocería los principios de igualdad y de prevalencia del interés general sobre el particular que emanan de las normas superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución. (C.P art. 334).

De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones de cara al problema jurídico que se plantea en la presente demanda: **(i) de la Constitución no emana que la actividad financiera sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma de intermediación; (ii) de la Constitución no se desprende que la actividad financiera sea exclusivamente aquella que desarrollan las instituciones financieras o las entidades que hacen parte del sector financiero; (iii) de la Constitución no emana que toda actividad que implique captación y colocación de recursos debe hacerse entre el público y para el público; (iv) de la Constitución sí emana que la actividad financiera conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las "leyes marco." (v) de la Constitución no emana que la intervención y vigilancia de la actividad financiera o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal.** Empero, las diferencias que se introduzcan en las modalidades de control deben aparecer justificadas, so pena de desconocer el principio de igualdad.

No obstante todo lo anterior, la Corte no pierde de vista que existen referentes no constitucionales, tanto jurídicos como económicos y técnicos, que ofrecen una noción de actividad financiera comúnmente aceptada. Sin embargo, estima la Corte, el Congreso no está obligado a definir que se está en presencia de actividad financiera, para efectos de restringir el ejercicio de tal actividad reservándolo únicamente a los establecimientos de crédito." [53] (Resaltado agregado al texto)

Respecto de las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el artículo 335 de la Carta, en concordancia con los artículos 150-19-d) y 189-24 del mismo ordenamiento, las declara de "interés público", al tiempo que dispone que las mismas sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y de acuerdo con la ley, asignándole al Gobierno específicas funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que las realizan. Sobre este

punto, dijo la Corte en la Sentencia C-1062 de 2003[54]:

"Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos.[55] Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo "social de derecho", en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financieras, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público".

Esta misma Corporación ha aclarado que, aun cuando la Constitución no hace específica referencia a la actividad bancaria, la misma se encuentra comprendida en la expresión genérica actividad financiera a la que sí se refiere la Carta[57], con lo cual la banca es igualmente una actividad económica que compromete el interés público y que se encuentra sometida al mandato de intervención estatal reforzada en la economía que propugnan los artículos 189-24 y 335 de la Constitución Política.

Ese régimen de intervención en las actividades financieras, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, es a su vez reforzado, y se materializa en la necesidad de solicitar autorización previa para su funcionamiento, e igualmente, en el hecho de ser objeto de vigilancia y control permanente por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, "con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos, en especial, relacionados con el lavado de activos, y proteger los intereses de terceros de buena fe que pueden resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas"[58]

Dentro de la línea jurisprudencial en la materia, han sido reconocidas como actividades financieras sometidas al ámbito de intervención previsto en los artículos 335, 150-19-d) y 189-24 de la Carta las actividades: 1) la actividad bancaria,[59] 2) la actividad bursátil,[60] 3) la actividad aseguradora,[61] 4) la actividad fiduciaria,[62] 5) la intermediación de recursos financieros,[63] 6) la actividad crediticia,[64] 7) "la operación y gestión de las instituciones financieras en lo relativo a los créditos de largo plazo para adquisición y construcción de inmuebles destinados a vivienda",[65] 8) la actividad de los almacenes generales de depósito y de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía,[66] 9) la relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, entre otras.

De conformidad con lo anterior, si hay una actividad que puede ser y no ser financiera, no existe ninguna obligación del legislador de regularla, acotarla y limitarla al ámbito financiero. Por el momento, entonces, nada contraría la opción del Legislador de regular los servicios postales de pago por fuera del ámbito financiero.

Además de lo anterior, para el asunto bajo examen es relevante examinar cómo ha sido esa regulación, como quiera que el Legislador ha desarrollado ampliamente los descritos conceptos constitucionales. Revisado el Estatuto Orgánico Financiero, también se encuentra que no aparece una definición concreta que aclare en qué consiste una actividad financiera, o que establezca cuándo se presenta una intermediación financiera o de captación de recursos del público. De hecho el Estatuto describe casuísticamente las actividades sobre las que realiza vigilancia. Así, en sus artículos 1 y 2, señala cómo se encuentra conformado el sistema financiero e incluye dentro de tal a) los establecimientos de crédito, dentro de los cuales se encuentran las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito; las sociedades de servicios financieros; b) los establecimientos bancarios, definidas como las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito; c) las corporaciones financieras, que tienen por función principal la captación de recursos a término, a través de depósitos o de instrumentos de deuda a plazo, con el fin de realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, con el objeto primordial de fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas en los sectores que establezcan las normas que regulan su actividad; d) las corporaciones de ahorro y vivienda aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos para realizar primordialmente operaciones activas de crédito hipotecario de largo plazo; e) las compañías de financiamiento comercial, cuya función principal captar recursos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes y servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing; f) las cooperativas financieras, cuya función principal consiste en adelantar actividad financiera; g) las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y de cesantías y las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad; h) las sociedades de capitalización, cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución, en cualquier forma, de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos, con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos; i) las entidades aseguradoras y j) los intermediarios de seguros y reaseguros, dedicada a la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros.

Las definiciones de las actividades de intermediación y captación, se encuentran en realidad en los conceptos de la Superintendencia Financiera. Para la Superintendencia Financiera, existe actividad de captación cuando se presentan los supuestos previstos en el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, la cual sólo se puede realizar legalmente si se enmarca en una actividad previamente autorizada:

Bajo este contexto se precisa que la intermediación financiera es una actividad propia de las entidades vigiladas por este Organismo y se entiende como la captación profesional de recursos del público mediante operaciones pasivas (recepción de dineros), y a su vez la transferencia de dichos recursos mediante la realización de operaciones activas (otorgamiento de créditos),

gestión que por su naturaleza requiere previa autorización administrativa.

Sobre el tema de la intermediación financiera esta Superintendencia en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"(...) es una industria objeto de estricta regulación en nuestro ordenamiento jurídico, a tal punto que no hay plena liberación para crear sociedades destinadas al ejercicio de esta actividad, como tampoco la conducción de sus negocios, por cuanto estos aspectos están sometidos al principio de la autorización administrativa, por ser la intermediación un servicio público, sujeto a concesión y a un régimen de derecho público. Por tal motivo esta actividad solo puede ser ejercida por entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, en los términos que señalan los artículos 90 y 92 de la Ley 45 de 1990.

Con fundamento en lo anterior, la actividad de captar dinero del público y prestarlo, solo puede ser llevada a cabo por una institución financiera debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria, so pena de incurrir en el delito de captación masiva y habitual, conducta predicable tanto de personas naturales como jurídicas, sancionado por el artículo 2081, numeral 3, del Decreto 663 de 1993, con pena de prisión de dos a seis años, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988(...)"2 (se resalta).

Como puede apreciarse, **una de las características de la intermediación financiera es la relación íntima o nexo causal existente entre la captación de recursos del público y la colocación de los mismos a terceros, actividad que sólo puede ser desarrollada por entidades sometidas al control y vigilancia del Estado (Superintendencia Bancaria, Superintendencia de la Economía Solidaria).**

Ahora bien, en la hipótesis planteada se observa que la sociedad aludida pretende captar recursos del público, operación que como se advierte es desarrollada por las entidades vigiladas, pero para que se enmarque como actividad irregular debe tipificarse el delito de captación masiva y habitual de que trata el artículo 316 del Código Penal cuyos elementos integradores se encuentran descritos en el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, el cual es del siguiente tenor:

"Artículo 1°. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un periodo de tres (3) meses consecutivos mas de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el periodo de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta."

Como requisito para la adecuación del comportamiento al evento descrito es necesario que en cualquiera de los casos señalados concorra una de las siguientes condiciones:

"a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona, o

b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2°. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un periodo de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982."

Así las cosas, si se pretende que la entidad capte ahorro del público como actividad profesional por fuera de los parámetros del Decreto anotado deberá constituirse bajo cualquiera de las formas establecidas en el artículo 2° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero siguiendo, para el efecto, el procedimiento establecido en el artículo 53 ibídem, en concordancia con el numeral 1 del Capítulo I del Título Primero de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia[68].

Por otra parte, la Superintendencia también se ha pronunciado sobre lo que estima constituye una actividad de intermediación:

Así mismo, en concepto reciente manifestó que "la intermediación financiera es una actividad sometida al control de este Organismo, ya que es propia de las instituciones vigiladas, y se entiende como la captación profesional de recursos del público mediante operaciones pasivas (recepción de depósitos), y a su vez la transferencia de dichos recursos mediante la realización de operaciones activas (otorgamiento de créditos), gestión que por su naturaleza requiere previa autorización administrativa."

Como puede apreciarse, una de las características de la intermediación financiera es la relación íntima o nexo causal existente entre la captación de recursos del público y la colocación de los mismos a terceros, actividad que solo puede ser desarrollada por entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.[69]

Como consecuencia de esta definición de la actividad de intermediación financiera, hay actividades que pueden resultar similares a las adelantadas por entidades del sector financiero, pero que por no ser prestadas en virtud de operaciones de captación de ahorros del público, no se estiman como actividades de intermediación financiera y por lo tanto no requieren habilitación de esta, como la oferta de tarjetas de crédito propias, financiadas con recursos propios.[70]

Ahora bien, con ocasión de la autorización otorgada por el Gobierno Nacional de ampliar la cobertura de los servicios de las entidades de crédito, se expidió el Decreto 2236 de 2006, por medio del cual se autoriza a las entidades vigiladas a suscribir contratos con corresponsales no bancarios, a fin de que estos puedan desempeñar algunas de las tareas propias de los establecimientos de crédito, a nombre de la correspondiente entidad financiera.

A raíz de esta posibilidad, así como del deber de someter a autorización los contratos con los corresponsales bancarios, la Superintendencia Financiera emitió un concepto que resulta del caso destacar en esta oportunidad, puesto que responde sobre la posibilidad de que un operador de servicios postales pueda actuar como corresponsal bancario:

3. De la consideración de servicios financieros de las operaciones adelantadas por la sociedad Servicios Postales Nacionales

Prescribe el artículo 1° del Decreto 299 de 1995, lo siguiente:

"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".

A su turno, el artículo 5° de la misma norma establece:

"Artículo 5°. Servicios especiales y financieros de correos. Los servicios especiales de correos estarán a cargo de los concesionarios de los servicios de correos y comprenden los servicios tradicionales de correo recomendado o certificado, asegurado, de entrega inmediata, de correo expreso, apartados postales, lista de correos, respuesta comercial, acuse de recibo, cupón de respuesta internacional, solicitud de devolución o modificación de dirección, almacenaje, así como los nuevos servicios que implementen los concesionarios en orden a ofrecer un servicio de alta calidad que satisfaga los requerimientos de los usuarios.

De igual manera, los servicios financieros de correos que comprenden el servicio de cartas, impresos, paquetes y encomiendas con valor declarado y la prestación del servicio de giros postales y telegráficos, serán prestados por los concesionarios de los servicios de correos".

Ahora bien, para los efectos de la norma en cuestión resulta evidente que los servicios especiales y financieros de correos, están limitados a las operaciones definidas en forma expresa, sin que pueda pretenderse que los mismos puedan tener la connotación que es aplicable a las entidades financieras cuya actividad está regulada preferentemente en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Las características particulares del contrato de corresponsalía no financiera y los términos en los que de acuerdo con el decreto tantas veces mencionado debe confeccionarse el correspondiente contrato entre el corresponsal y el establecimiento de crédito, hace pensar en la conveniencia de que en el objeto social de la persona jurídica se autorice inequívocamente la posibilidad de celebrar este tipo de operaciones.

Así, cuando la norma establece que los servicios de correos comprenden el servicio de cartas, impresos, paquetes y encomiendas con valor declarado y la prestación del servicio de giros postales y telegráficos, en manera alguna está presuponiendo la prestación o la ejecución de alguna de las operaciones que sólo pueden ser desarrolladas por los establecimientos de crédito o

por los intermediarios del mercado cambiarlo, siendo claro que en manera alguna la posibilidad de desarrollar las operaciones señaladas puede catalogarse como operaciones de carácter financiero o como operaciones cambiarias propiamente dichas.

Por ello cuando la norma en comentario proscribiera que el corresponsal no bancario preste directamente servicios financieros, en primer lugar, se parte de la base de que se hace referencia a las operaciones financieras que son propias de los establecimientos de crédito, las cuales, se reitera, no pueden confundirse con las desarrolladas por las sociedades facultadas para prestar servicios de correo especiales o financieros, bajo los precisos términos del Decreto 229 de 1995[71].

A manera de conclusión se tiene entonces que tal como lo ha establecido esta Corporación, los conceptos incluidos en los artículos 150-19d, 189-25 y 335 de la Carta son conceptos indeterminados que demandan ser llenados de contenido por el Legislador, lo cual claramente implica un muy amplio margen de configuración, dentro del cual el legislador puede moverse, sin que necesariamente deba agotar todos los eventos en una legislación. Si bien no hay una definición constitucional o legal de lo que constituyen las actividades financieras o de captación de recursos, la Superintendencia Financiera ha acudido a sentar una definición de lo primero vía su función legal de emitir conceptos vinculantes para sus entidades vigiladas, y en cuanto a lo segundo, se ha apoyado en la definición legal de lo que constituye una "captación masiva y habitual" para efectos penales, a partir de la cual señala que será actividad de captación financiera toda aquella que se caracterice por las operaciones y montos descritos, y que se encuentre debidamente autorizada por la autoridad competente.

En consecuencia, sólo hay captación de recursos cuando se tiene un determinado monto mínimo de pasivos con un determinado número mínimo de personas, originados en operaciones de mutuo o cualquier otra actividad que no prevea una contraprestación en bienes o servicios, o se hayan realizado un monto mínimo de contratos de mandato o administración de los recursos, y que en ambos casos se comprometa más allá del 50 por ciento del patrimonio líquido de la persona.

Los operadores postales no están autorizados por la ley para la realización de actividades financieras ni para el desarrollo de actividades de captación. Como se evidencia de la normatividad que determina qué operaciones constituyen captación de recursos, los operadores postales reciben unas sumas para ser entregadas a un destinatario, operación por la cual cobran una tarifa a título de retribución del servicio prestado. Tampoco adelantan actividades de intermediación de financiera, puesto que no actúan en la economía con el objetivo de recaudar dineros de un sector para ubicarlos en otro con fines de impulsar la actividad económica. Dado lo anterior, el hecho de que los servicios postales realicen servicios de pago o giro, no desnaturaliza la función principal de servicio público que cumplen los operadores postales.

Queda por definir si los servicios postales de pago constituyen una operación financiera o una operación neutra, esto es instrumental, que no desnaturaliza los servicios postales, cuya regulación y control deba hacerse desde el sector financiero.

5.2. Las operaciones neutras

El concepto de operaciones neutras se ha estructurado en el derecho bancario o financiero, a fin de sistematizar las distintas operaciones que adelantan los bancos y corresponde a una especie de las operaciones bancarias, que reflejan el movimiento de la entidad. Rodríguez Azuero define la operación bancaria como "la operación de crédito realizada por un banco caracterizada porque la

entidad respectiva desarrolla su actividad en forma de intermediación o se lucra con los recursos obtenidos para su nueva colocación." [72]

Las operaciones bancarias se clasifican en activas, pasivas y neutras. En las primeras, se incluyen las actividades en las que el establecimiento crediticio asume una posición de acreedor frente al cliente, entre las cuales se cuentan fundamentalmente los préstamos, las aperturas de créditos, los descuentos, entre otros. Las operaciones pasivas se definen, por el contrario, por la posición de deudor que asume el establecimiento de crédito. Entre estas aparecen los depósitos bancarios y los redescuentos.

Las operaciones neutras son aquellas en las que el establecimiento crediticio o bancario no asume ningún riesgo, pero que adelanta en virtud de que son actividades instrumentales a las demás, por cuya prestación el establecimiento bancario cobra una comisión. Entre estas se relacionan las cuentas corrientes, los giros y transferencias entre cuentas, las garantías bancarias, las cajillas de seguridad o la domiciliación de recibos para su pago periódico por parte del banco. La doctrina señala que "... pueden considerarse accesorias, por ejemplo las operaciones de cobro o de depósito regular sirven más bien para atraer y conservar clientes,..." [73]

En opinión de Morales Casas, el hecho de que a través de estas operaciones se perciban recursos no las convierte en obligaciones pasivas, puesto que son recursos que recibe el banco, no en calidad de depósito alguno, sino en pago de una actividad bancaria esencialmente distinta. Agrega igualmente que, si bien pueden ser abundantes, nunca alcanzan las sumas que perciben los establecimientos de crédito vía captación, ni constituyen captación de recursos. También indica que surgen como complemento o actividad suplementaria y ocupan un papel relegado frente a las operaciones pasivas y activas [74]. En el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no se definen las operaciones neutras.

Como se evidencia con este breve recuento, la operación bancaria constituye un género dentro del cual se engloban las distintas actividades o negocios que adelantan las entidades bancarias. Como tales no constituyen contratos jurídicos, sino categorías conceptuales que los engloban.

Lo anterior significa que los negocios o contratos jurídicos [75] que adelanten las entidades crediticias o bancarias no son esencialmente financieros, pero se engloban como una operación financiera, si son adelantadas por una entidad financiera. Dado el proceso de bancarización, existe una multiplicidad de entidades que realizan este tipo de operaciones, sin que su regulación y vigilancia corresponda al sector financiero.

Por ello, lo que se califique como una operación financiera neutra, no implica que se reserve exclusivamente para su prestación por parte de las entidades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, puesto que en tanto que son operaciones instrumentales que sirven a las demás, no son esencialmente ni exclusivamente del sector financiero, como tampoco lo son los contratos o negocios jurídicos que adelanten en desarrollo de su actividad y que hacen parte de lo que se denominan actividades típicamente financieras.

Por lo anterior, la caracterización de los servicios postales de pago como operaciones neutras no soluciona por sí sola, al propósito de determinar si tales servicios son o no financieros.

5.3. Medios de pago financieros y no financieros

Ahora bien, en cuanto a los medios de pago, se tiene lo siguiente. Casas Morales define los medios de pago como los instrumentos o mecanismos que reemplazan el dinero en las

transacciones, e indica como tales los cheques, las tarjetas débito, las tarjetas de crédito, los débitos telefónicos y electrónicos y los cajeros automáticos.

Para Cañola Crespo, el dinero "es una capacidad general de compra expresada en alguna unidad de cálculo," de manera que tal capacidad de compra se expresa usualmente "con títulos para su fácil negociación." Definido así el dinero, como un derecho, las especies monetarias se corresponden con el título, es decir "son simplemente los concretos medios de pago, instrumentos materiales o títulos en los cuales se expresa el dinero"[76]. En la actualidad, indica, el término ha reemplazado el de especies monetarias y denomina, tanto a la moneda de curso legal como a la bancaria.[77] Según esta definición, la caracterización que hacen varios de los intervinientes de los servicios postales de pago como medios de pago, implica que los ubican como un título que permite concretar una capacidad de compra.

Durante largo tiempo, las entidades financieras fueron las principales fuentes de emisión de distintos tipos de medios de pago, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte:

"5. Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo "social de derecho," en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público"[78]

No obstante, ese hecho ha variado sustancialmente en la actualidad, puesto que muchos de los actores que participan en la actividad económica como comerciantes, también están en capacidad de emitir sus propios medios de pago: hoy no es extraño encontrar que los distintos establecimientos de comercio lancen sus propias tarjetas de crédito, o emitan tarjetas débito o bonos de regalo.

Ahora bien, en ejercicio de las facultades consignadas en los artículos 48-1j y 325-2, párrafo 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1400 de 2005 "por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones." En este conjunto normativo, por instrumento de pago se entienden los "documentos físicos o mensajes de datos que permiten a una persona extinguir una obligación dineraria o transferir fondos a través de un sistema de pago."[79] Por sistema de pago, el "conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos,

instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo.[80]" Nótese que esta norma advierte que "un sistema de pago solo será considerado como tal cuando actúen, en calidad de participantes, tres (3) o más instituciones vigiladas por las Superintendencia Bancaria o de Valores," a efecto de imponer la vigilancia de la Superintendencia Financiera. De conformidad con lo anterior, medio de pago e instrumento de pago resultan conceptos equivalentes.

Es oportuno advertir que este mismo Decreto establece que las entidades que administren sistemas de pago en las condiciones allí descritas, deberán cumplir con las normas aplicables a las compañías de financiamiento comercial señaladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con excepción de los requerimientos de capital mínimo.

De conformidad con lo establecido en este Decreto, no todo sistema y medio de pago está sometido a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Para que opere tal condición se acude a un criterio orgánico y a uno cuantitativo, conforme al cual se demanda no sólo la participación de entidades ya vigiladas por el sector, sino que participen al menos tres de estas. Huelga concluir que existen medios de pago financieros y no financieros, lo que significa que no toda actividad que implique la operación de un sistema de pago o la generación de un medio de pago es financiera.

Resta determinar si los servicios postales de pago constituyen o no un sistema y un medio de pago, lo cual no significa que, en caso afirmativo, como acaba de quedar establecido, deban ser regulados y asimilados por el sector financiero y desterrados del sector postal.

5.4. Potencial de los servicios postales de pago como medio de pago

Según lo apreciado hasta ahora, debería poderse determinar si los servicios postales de pago constituyen o no medios o sistemas de pago.

El servicio postal de pago nace con el propósito de facilitar la transferencia de recursos entre dos puntos geográficos distintos, a partir de una orden del remitente, con destino al receptor señalado de los recursos. Los servicios de giro no constituyen por definición un instrumento o un sistema de pago, sino un mecanismo de transferencia de un mensaje con un valor determinado. Ha sido eventualmente utilizado para cancelar obligaciones laborales del Estado con personas ubicadas en zonas apartadas de la geografía nacional, lo que evidencia que si bien no surge como tal, su funcionalidad le permite fungir como un sistema de pago.

Otra diferencia sustancial entre los dos sectores está dada por las necesidades de información que tienen respecto de sus potenciales usuarios. Precisamente, las asimetrías de información acerca de los hábitos de consumo y de carácter crediticio o financiero tanto de potenciales ahorradores como de los potenciales destinatarios de la inversión de los recursos captados, constituyen el fundamento al que alude el sector financiero para justificar su escasa penetración social, en particular, en los sectores de la población tradicionalmente excluidos de los mismos.

Los operadores postales no requieren de una información tan detallada ni de la experticia en el manejo de la misma. Más allá de las necesidades de caracterización de su público objetivo para efectos de los requerimientos publicitarios de colocación de su producto, les resultan irrelevantes las características de la edad, la capacidad económica, el género, la actividad, los hábitos financieros, comerciales y crediticios de sus usuarios, puesto que una vez se encuentran en sus

locales comerciales, lo único que requieren es la disponibilidad de los recursos a ser girados y la relación previa entre emisor y destinatario.

Esta relación previa entre emisor y destinatario es precisamente otra de las grandes diferencias entre el sector postal y el sector financiero, pues este último precisamente se constituye precisamente para mediar entre los dueños de los recursos y los destinatarios de los mismos, entre quienes no se constituye ninguna relación previa ni posterior.

5.5. Conclusiones de lo anterior para decidir la suerte de algunos de los cargos

Concluye así la Corte que no es cierta la premisa fundamental del actor, conforme a la cual la prestación de servicios postales de pago es una actividad financiera. Como antes se dijo, en su demanda el ciudadano manifestó que a esa conclusión podía llegar cualquiera que efectuara un análisis histórico, material e internacional de la institución. De esa misma opinión es el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien en su intervención expresó que los servicios postales de pago consisten básicamente en la celebración de contratos de mutuo que implican manejo de recursos del público y, además, constituyen un medio de pago en los términos definidos por la Ley, y que esa actividad es típicamente financiera. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en cambio, lo mismo que los demás intervinientes que se pronunciaron al respecto, sostuvo que el cargo parte del supuesto de que los servicios postales de pago constituyen actividades financieras o que implican captación masiva de recursos del público, cuando en realidad no lo son, y más bien se relacionan con un servicio público distinto, sujeto a un régimen propio y a la intervención del Estado, por expreso mandato del artículo 365 de la Carta, que históricamente ha sido encargada al actual Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Y la Corte cree, definitivamente, que es a este último grupo de intervinientes a quienes en parte les asiste la razón.

En efecto, de todo lo anterior puede concluirse que la Constitución no define expresamente cuáles actividades deben clasificarse como financieras, razón por la cual no es posible colegir a partir de la sola normatividad superior que, por mandato de la Constitución, la prestación de servicios postales de pago debe clasificarse dentro del grupo de las actividades financieras. Asimismo, la Corte advierte que en términos estrictos tampoco hay un precedente jurisprudencial, referido de manera específica a la prestación de esta clase de servicios, que determine si se trata de una actividad financiera. Lo que se ha propuesto dentro del debate parte de criterios normativos y apreciaciones doctrinales no vinculantes. Y en un contexto de esa naturaleza, lo constitucionalmente admisible no es que la Corte le imponga al legislador una definición conceptual, discutible como todas las que se postulan en el ámbito de la dogmática y de la doctrina, sino que sea el legislador quien clasifique a una actividad como financiera o no, por supuesto dentro de un margen de apreciación definible. La pregunta que debía resolver la Corte no era, entonces, si la actividad de prestación de servicios postales de pago era financiera, sino si era inconstitucional no definirla como financiera, y regularla de conformidad.

Y luego de evaluar los argumentos del debate, la Corte concluyó que no, y que por lo tanto el legislador podía legítimamente no definir a la prestación del servicio postal de pago como una actividad financiera. Para empezar, el estudio histórico (nacional e internacional) de los servicios postales de pago conduce a la Corte a juzgar que la prestación de servicios postales de pago puede con muy buenos fundamentos considerarse como una actividad asociada con más fuerza a los servicios postales, que a los servicios financieros. Efectivamente, la perspectiva histórica indica, por una parte, que la prestación de servicios de giro se le encomendó a la administración de correos inicialmente, pero luego al Banco Postal y por último a ADPOSTAL.[81] Esto es

revelador, porque sugiere que en el derecho nacional se ha entendido que esta función está más estrechamente ligada a la que cumplen entidades encargadas de prestar servicios postales, que a la función cumplida por entidades financieras. Es cierto que una de esas entidades se denominó Banco, pero el acento debe ponerse es en el adjetivo (Postal), que es el que califica al sustantivo, y no al contrario, como lo propone el demandante, pues está visto que pese a su denominación, el Banco Postal se creó con el cometido de cumplir funciones más próximas al servicio postal que a las actividades financieras.

Por lo demás, en el ámbito internacional cree la Corte que también se puede advertir una tendencia a incluir los servicios postales de pago en el género más amplio de los servicios postales, que es por cierto más fuerte que la que podría llegar a construirse para sostener que los servicios postales de pago son una manifestación de la actividad financiera. Muestra de ello es la inclusión reciente, en el Acuerdo de Ginebra de 2008, de todos los servicios postales de pago dentro de los servicios postales cuya prestación está disciplinada, en parte, por los presupuestos y modalidades definidas por la Unión Postal Universal.

Aparte de eso, la denominación histórica también permite entender que es válido para el legislador, no clasificar esta clase de actividades dentro del género de las actividades financieras. Pues, según se refirió más atrás, dichos servicios fueron denominados antes simplemente como giros postales o telegráficos, luego se clasificaron como servicios postales financieros[82] o servicios financieros de correos, y hoy por hoy se catalogan como servicios postales de pago.

Por el aspecto de la denominación, entonces, se aprecia que solo durante un porcentaje comparativamente inferior del tiempo de su existencia legal, a los servicios postales de pago se les ha adicionado la rúbrica "financiera," la cual desapareció con la última normatividad expedida.

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.

1. Aptitud del cargo por omisión legislativa relativa por vulneración de la igualdad

El actor plantea un cargo por omisión legislativa relativa contra el literal b y el inciso séptimo del artículo 4 y el artículo 22 de la Ley 1369 de 2009.

Esta Corporación se ha referido en numerosas ocasiones[83] a cargos relacionados con las omisiones legislativas, y ha aceptado que el legislador puede vulnerar la Constitución por vía de omisión. Con todo, la jurisprudencia ha reconocido que no toda omisión del Legislador puede ser sometida a control constitucional. Al caracterizar cuándo se puede presentar una omisión legislativa,

esta Corporación ha señalado lo siguiente:

"En relación con el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, esta Corporación ha afirmado que tiene lugar cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras : a) Cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente ; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros ; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás ; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa **absoluta**, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa **relativa**, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad."[84]

De conformidad con lo anterior, esta Corporación ha señalado que frente a las llamadas omisiones absolutas, esto es, aquellas situaciones en las que existe una falta total de regulación normativa, carece de competencia para pronunciarse.[85] Dado que es de la esencia del juicio de constitucionalidad la existencia de una norma legal específica cuya expulsión del ordenamiento se ha solicitado, no es posible para la Corte Constitucional pronunciarse si está ausente el referente normativo sobre el cual debe recaer el análisis.

Contrario sensu, ha sostenido que resulta viable ocuparse de las posibles omisiones relativas,[86] esto es, casos en los que sí existe un desarrollo legislativo vigente pero es imperfecto por excluir de manera implícita un ingrediente normativo que debió ser contemplado por el Legislador al existir un deber constitucional específico, en esos eventos es factible llegar a una conclusión sobre su exequibilidad a partir de su confrontación con los textos superiores de los que emanaría el deber incumplido por el legislador.

La Corte es entonces competente para conocer de omisiones legislativas relativas por cuanto éstas tienen efectos jurídicos que pueden "presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores."[87] El ejercicio de este control constitucional resulta necesario para "asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que el mismo texto superior le ha encomendado, ya que de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido libremente ocuparse de una determinada materia, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignoren los criterios y deberes mínimos que por decisión del mismo Constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trata."

Para que una demanda de inconstitucionalidad contra una omisión legislativa

relativa sea admisible, es necesario que el actor acuse el contenido normativo específicamente vinculado con la omisión. El ataque no puede recaer sobre un conjunto indeterminado de normas con el argumento de que omiten la regulación de un aspecto particular,[89] ni tampoco pueden ser demandadas normas de las cuales no emerge el precepto que el actor echa de menos.[90] Así, para que pueda prosperar una demanda contra una omisión legislativa, es necesario que el silencio del Legislador comporte una regla implícita que viole los preceptos superiores, en este caso, que llegue a desconocer el derecho que es objeto de desarrollo legal expreso.

Aun cuanto lo más frecuente es que las omisiones legislativas relativas se traduzcan en una situación discriminatoria, la Corte ha aclarado que este no es el único escenario en el que aquéllas pueden plantearse. Para que el juez constitucional pueda declarar la inexecutable por omisión se requiere que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador,[91] o cuando "al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, v.gr. si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa".

La Corte ha señalado de manera consistente las circunstancias que deben concurrir para que pueda declararse la inexecutable de una omisión legislativa relativa:

"(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador." [93]

Ahora bien, esta Corporación ha indicado que "en caso de acreditarse la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, el remedio que restaura la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica. En algunos casos, la solución consiste en la exclusión, previa declaratoria de su inexecutable, de un ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él. En otros, lo procedente es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, en la que declare que la disposición demandada es executable, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas de las que la norma directamente contempló, precisamente aquellas respecto de las cuales se encontró probada la alegada omisión legislativa." [94]

En el asunto planteado por el demandante, las normas de la Ley 1369 de 2009 que regulan los servicios postales de pago cuestionadas en este proceso, habrían incurrido en una omisión legislativa relativa al establecer un régimen de protección de los recursos del ahorro público menos garantista que el previsto en el régimen ordinario para las actividades financieras. En este sentido el accionante cuestiona las normas demandadas ya no por regular en forma inconstitucional los servicios postales de pago como servicios públicos adscritos al sector de las telecomunicaciones a pesar de ser esencialmente actividades financieras, sino por brindar en forma irrazonablemente un tratamiento desigual a dos actividades similares.

No obstante lo anterior, dado que la supuesta omisión legislativa se presenta por la similitud de los servicios postales de pago con actividades sometidas a la intervención estatal, a la regulación legal y reglamentaria, así como a la vigilancia y control de las actividades financieras, habiendo clarificado que en la sección anterior que tales servicios de pago no son operaciones financieras, ni se asemejan a actividades financieras, no puede la Corte entrar a examinar dicha omisión, como quiera que "sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso."

Como ya lo dejó establecido esta Corporación, las normas constitucionales aludidas no contienen una definición de las actividades financieras o de captación de ahorros del público, pues son conceptos jurídicos indeterminados que se dejan para que el Legislador los llene, por lo que no es imperativo que ciertas actividades estén reservadas a tal ámbito, ni siquiera que toda actividad financiera deba quedar sometida a la vigilancia y control de una sola autoridad.

En este orden de ideas, para la Corte es claro que debe respetarse, en principio, la decisión del legislador de regular los servicios postales de pago como un servicio público adscrito al sector de las telecomunicaciones, legislado vía ley ordinaria y reglamentado por la cartera ministerial a cargo del sector y por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Si esta es la conclusión de la lectura de las normas constitucionales en la materia, mal puede insistirse que en ellas existe un mandato de regular toda actividad que involucre directa o indirectamente lo financiero como si se tratase de las actividades financieras a que hace referencia el artículo 335 Superior. Tampoco existe un mandato constitucional para que todos los asuntos que involucren operaciones financieras, deban regularse de manera similar a la actividad financiera, con los mismos estándares reglamentarios exigidos para tales actividades, ni a someter su control a las mismas autoridades que vigilan las actividades realizadas por las entidades que hacen parte del sistema financiero.

Dado lo anterior, el cargo por omisión legislativa relativa dirigido contra el literal b y el inciso séptimo del artículo 4 y el artículo 22 de la Ley 1369 de 2009 resulta

inepto y esta Corporación se inhibirá de un pronunciamiento de fondo.

2. Las competencias regulatorias de autoridades administrativas y la potestad reglamentaria general del Gobierno Nacional

Otro de los temas de censura del actor, está dirigido contra el párrafo 2º del artículo 4 de la Ley 1369 de 2009, que según el demandante viola la potestad reglamentaria del Presidente de la República reconocida por el artículo 189-11 de la Carta, al asignar facultades regulatorias en materia de servicios postales de pago al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y fijar además un límite temporal para su ejercicio.

Sobre del sentido y alcance de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11 Superior, esta Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades.[95] Como reiteradamente se ha afirmado, la potestad reglamentaria es una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley, la cual debe ser ejercida de conformidad con los preceptos legales y constitucionales.

Esta potestad que se ve restringida "en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos",[97] pues el legislador puede llegar a ser muy detallado en su regulación, que la tarea de la autoridad encargada de reglamentar la ley se minimiza. No obstante, cuando la Constitución ha definido cuál es el ámbito de la ley y cuál es el del reglamento, por haberle atribuido expresamente al Congreso la competencia para regular una materia específica, si bien es cierto que el legislador no está obligado a tratar de manera exhaustiva todos los aspectos de la misma, sí debe adoptar las decisiones mínimas relativas a la definición, los alcances y los fines de las principales instituciones que desarrollan dicha materia. Sin embargo, el margen de configuración del legislador no es tan amplio como para que se abstenga de ejercer su potestad de configuración.

En este sentido, la regla según la cual el ámbito del reglamento llega hasta donde se lo permita la ley reglamentada tiene un límite de orden material consistente en que el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que el Constituyente le ha confiado, ni instrumento a través del cual se reglamenta puede adoptar las decisiones que sean propias del ámbito del Legislador. En la sentencia C-265 de 2002, la Corte señaló la importancia de que en determinadas materias el legislador asuma una "carga mínima especial de intensidad normativa". Sobre este tema dijo la Corte:

"(A)sí como el legislador no puede dejar de sentar unos parámetros, así éstos consistan en unos lineamientos generales que orienten la actuación de la administración en materia de espacio

público, tampoco puede exigírsele que él mismo regule en detalle una materia esencialmente variable según las circunstancias fácticas, cuya regulación concreta obedece a consideraciones de orden técnico y compete a autoridades administrativas, en principio, locales.

Por eso, las disposiciones legales que desarrollan la manera como se articulan la protección del espacio público frente a los derechos de los particulares, deben trazar criterios inteligibles que constituyan una pauta clara de la acción administrativa al respecto, en lugar de acudir a expresiones tan vagas que no ofrezcan un parámetro que oriente a la administración y a los jueces que controlarán sus actos. En estos eventos será preciso que el legislador señale, al menos, las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas. De no hacerlo, la limitación al espacio público y el otorgamiento de licencias a favor de ciertos ciudadanos podría derivar en privilegios o arbitrariedades así como en el desconocimiento de los principios y derechos anteriormente mencionados en desmedro de la destinación del espacio público al uso común.

(...)

Es posible que la rama legislativa con la utilización de un lenguaje amplio reconozca a la autoridad administrativa competente un margen suficiente para el desarrollo específico de algunos de los supuestos definidos en la ley con el propósito de concretar la aplicación de ciertos preceptos legales a circunstancias diversas y cambiantes. Eso es propio de un Estado regulador. Sin embargo, en esos eventos la acción de la administración y el cumplimiento de las políticas públicas que animan la ley y las regulaciones administrativas que las materializan dependen de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho."[98]

Este reparto general de competencias normativas entre la ley y el reglamento responde a importantes finalidades, vinculadas al principio democrático de elaboración de las leyes, así como al de separación de poderes.[99] Así, la sentencia C-710 de 2001, indicó que esa estructura de competencias atiende al desarrollo del principio de división de poderes y a la necesidad de que el derecho, además de ser legal, sea democráticamente legítimo (CP arts 1°, 2°, 3° y 113). Dijo entonces la Corte:

"La cláusula de reserva de ley atiende al desarrollo del principio de división de poderes unido a la necesidad de que el derecho además, de ser legal sea legítimo. El significado de la legitimidad del

derecho se encuentra estrechamente vinculado al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el producto de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad, tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad, que no es homogénea."[100]

Esta Corte también ha precisado que el Legislador no puede atribuir integralmente la reglamentación de la materia al Gobierno al punto de desprenderse de la competencia constitucionalmente atribuida a él. Por ello, "el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley. Y es que si el Legislador no define esa materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley. El "requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria", ha dicho esta Corte, es "la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar."[101]"

La jurisprudencia constitucional ha enfatizado que "la competencia reglamentaria se dirige a la producción de actos administrativos por medio de los cuales lo que se busca es convertir en realidad "el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real[103]." La potestad reglamentaria se conecta, en consecuencia, con la expedición de normas de carácter general - sean ellas decretos, resoluciones o circulares - imprescindibles "para la cumplida ejecución de la ley."

En cuanto a la competencia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y en general de los Ministerios, la jurisprudencia constitucional también les ha reconocido una cierta competencia regulativa, que tiene carácter residual. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que la potestad reglamentaria no se ubica únicamente en cabeza del Presidente, dado que en Colombia opera un "sistema difuso" de producción normativa de alcance general, pero cuya naturaleza está destinada a servir de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo.[105]

Según el artículo 208 Superior, "los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Bajo la dirección del Presidente

de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley." Esta competencia habilita a los Ministerios a emitir la regulación "necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida." [106]

En la sentencia C-675 de 2005, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre el sentido y alcance de la competencia de regulación en cabeza de los Ministerios y su concordancia con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11, a propósito de que pueden materializar un tema a través de una regulación siempre que tal facultad se ejerza dentro de los límites señalados por la Constitución y la ley que se reglamenta, pero depende además de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales deba actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho. [107]

Por lo anterior, de conformidad con el precedente jurisprudencial citado, considera la Corte que la competencia regulatoria asignada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para la expedición de los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, que se deberán acreditar para la obtención del respectivo Título Habilitante, adicionales a los contemplados en los literales a, c y d del artículo 4, no viola el artículo 189, numeral 11 superior, como quiera que el Legislador fijó los parámetros mínimos de dicha reglamentación.

No obstante, dado que el párrafo 2º no incluye dentro de los artículos que pueden ser objeto de reglamentación, el límite de capital que establece el literal b) del mismo artículo, que deben cumplir los operadores postales, pudiera entenderse, como lo hace el demandante, que no sería posible para el Ejecutivo exigir en materia patrimonial, requisitos adicionales a los fijados por el Legislador. Sin embargo una lectura sistemática del párrafo segundo con el resto del artículo y en particular con el inciso séptimo del artículo 4, que señala que también puede el Ministerio "fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red," permite deducir que siempre podrá ese ministerio, si las necesidades del servicio lo requieren, o los riesgos de utilización de los servicios postales para actividades delictivas, tales como el lavado de activos lo señalan, establecer requisitos adicionales.

En cuanto al límite temporal cuestionado por el demandante, debe la Corte recordar que el artículo 189, numeral 11 de la Carta, no

contiene ninguna limitación temporal para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como quiera que la cumplida ejecución de la ley requiere que "ella sea permanente, que pueda adaptarse a las circunstancias sociales de suyo cambiantes, y, en consecuencia que permanezca en el Presidente de la República mientras dure la vigencia de la ley sin que se extinga por su ejercicio, pues el reglamento inicial puede ser objeto de variación posterior cuando ello se requiera; cuando el legislador fija un plazo para que el Gobierno ejerza su facultad de reglamentar una ley, dicho término puede ser considerado como impulsor[108] con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso que el legislador considere que por la materia de que se trata se requiere de una pronta y urgente reglamentación. Pero dicho plazo, en todo caso no limita ni agota la posibilidad de que el Presidente de la República reglamente la ley en cualquier tiempo durante su vigencia." [109] Sobre la utilización de este tipo de cláusulas temporales, esta Corporación señaló lo siguiente en la sentencia C-805 de 2001:

"[T]al potestad, como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo.

Esta interpretación, que en su aspecto central guarda armonía con lo expresado por la Corte en Sentencia C-066 de 1999, en cuanto que en aquella oportunidad se dijo que la potestad reglamentaria no es susceptible de limitarse en el tiempo por el legislador, se aparta, sin embargo de dicha providencia en el alcance de tal restricción para el legislador, puesto que entiende ahora la Corte que no es contrario a la Constitución que la ley señale un término dentro del cual el Presidente deba expedir un determinado reglamento. Esta posibilidad es congruente con una serie de disposiciones y principios constitucionales, en particular con aquellos que se orientan a lograr la efectividad de la legislación, tales como los numerales 10 y 11 del artículo 189, en cuanto que establecen para el Presidente de la República el deber de velar por

el estricto cumplimiento de la ley, así como el de ejercer la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes. Así mismo, el artículo 2 de la Carta establece para las autoridades del Estado el deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y el artículo 87 habilita a toda persona para acudir ante cualquier autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley.

Dentro de ese contexto resulta claro para la Corte que en determinadas leyes, para cuya aplicación sea imprescindible la expedición de un reglamento, no puede reputarse contrario a la Constitución que el legislador, para lograr la efectividad de una ley dentro de un límite temporal, establezca un plazo para la reglamentación de la misma"[110].

De conformidad con lo expuesto, considera la Corte que el plazo de 12 meses fijado por el legislador para que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamente los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, que se deberán acreditar los operadores postales para la obtención del respectivo Título Habilitante, adicionales a los contemplados en los literales a, c y d del artículo 4, no viola el artículo 189, numeral 11 superior, siempre y cuando se entienda que dicho límite temporal tiene como finalidad señalar la urgencia de dicha reglamentación, pero no impedir el ejercicio futuro de dicha potestad, lo cual sería violatorio de la Constitución.

En consecuencia, la Corte Constitucional declarará exequible el parágrafo 2º del artículo 4 de la Ley 1369 de 2009, bajo el entendido de que dicho término no se convierte en una limitación temporal para el ejercicio de dicha facultad constitucional, pues como ha quedado establecido esa potestad no se agota y, en consecuencia puede ser ejercida en cualquier tiempo.

3. Aplicación directa de una regulación contenida en un tratado internacional

El último asunto de debate planteado por el demandante, está dirigido a cuestionar una supuesta aplicación directa de reglamentos y decisiones de un organismo internacional por vía de la previsión contenida en el artículo 3 de la Ley, relativo a definiciones, en los artículos 3, numeral 2.2.3, 11 y 20 de la Ley 1369 de 2009, que adicionan a los servicios postales expresamente mencionados, otros que puedan ser clasificados como tales en el futuro por la Unión Postal Universal.

Para la mayor parte de los intervinientes, esta posibilidad normativa no implica desconocimiento constitucional alguno, en tanto se resuelve vía interpretación sistemática, mientras que para el Procurador General de la Nación, esta previsión puede entenderse en el sentido afirmado por el demandante, en cuyo caso sería inconstitucional.

La Corte Constitucional considera que la interpretación que hace el actor

de la norma cuestionada, aunque plausible, es desacertada en la medida que funde bajo un mismo efecto, las obligaciones internacionales que surgen para el Estado colombiano de los tratados ratificados y la posibilidad de reglamentación interna de distintos servicios postales.

En efecto, dado que la finalidad del derecho internacional de los tratados es reglamentar las relaciones y obligaciones entre Estados en distintas materias, tales obligaciones solo surgen cuando el Estado colombiano ha dado su consentimiento para obligarse, principio de derecho internacional incluido en el art. 9 de la Constitución Política. En esa medida, solo las obligaciones convencionales aceptadas por Colombia como Estado soberano y ratificadas según el procedimiento constitucional y legal previsto para ello, son exigibles internacionalmente.

Adicionalmente, de conformidad con el principio de buena fe aplicable entre Estados en el derecho internacional, también incorporado en el artículo 9 Superior, un Estado Parte se compromete a cumplir de buena fe las obligaciones que surgen del tratado ratificado, e incluso acepta, cuando ha manifestado su voluntad de ratificar el tratado pero no ha completado el procedimiento interno para la expedición del consentimiento, no actuar en contra del tratado que ratificará. En esa medida, la obligación de reglamentar servicios postales reconocidos por la Unión Postal Universal, pero incluidos en tratados no ratificados por Colombia, solo surge a partir del momento en que el Estado colombiano exprese su consentimiento para obligarse.

No obstante, ello no impide que un Estado, sea o no parte de la Unión Postal Universal, pueda utilizar la experiencia o recomendaciones no vinculantes de ese organismo internacional para orientar su propia legislación nacional. En esos eventos, dado el dinamismo de los servicios postales y el hecho de que Colombia es Parte de la Unión Postal Universal, es posible que, por ejemplo, para prevenir que una modalidad de servicio postal sea usado nacionalmente para realizar actividades delictivas o para transportar sustancias peligrosas, soberanamente reglamente la materia, sin comprometer sus obligaciones internacionales.

Sin desconocer que este tipo de comportamientos es común y universal y puede ser la fuente futura de una costumbre internacional exigible a los Estados, dicha posibilidad, recogida en la norma cuestionada por el demandante, no supone la asunción de compromisos internacionales que desconozcan las facultades del Presidente de la República como director de las relaciones internacionales o las competencias del Congreso y la Corte Constitucional en materia de aprobación de tratados.

En esa medida los artículos 3, numeral 2.2.3, 11 y 20 de la Ley 1369 de 2009, no desconocen las facultades constitucionales del Presidente de la República y del Congreso de la República en materia de celebración y aprobación de tratados internacionales (CP arts. 188-2 y 150-16), con la decisión del legislador de incluir, en una norma dedicada a definiciones para efectos de lo ordenado en una ley (, de la Ley 1369 de 2009), la

referencia a futuros nuevos servicios definidos por la Unión Postal Universal de la cual el país es parte

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 2, 3, numerales 2.2.3. y 4.2, Artículo 4, literal b, inciso séptimo, 11, la expresión "La Comisión de Regulación de Comunicaciones sólo podrá regular estas tarifas cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos" contenida en el inciso primero del artículo 12, los incisos primero y tercero del artículo 18, los numerales 2 y 3 del artículo 20 y la expresión "para solicitar información relativa a operaciones cambiarias," contenida en el artículo 22 de la Ley 1369 de 2009, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- INHIBIRSE de proferir pronunciamiento de fondo frente al cargo de omisión legislativa dirigido contra el literal b) y el inciso séptimo del artículo 4 y el artículo 22 de la Ley 1369 de 2009, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos examinados en el presente proceso, el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 1369 de 2009.

Cuarto.- Declarar exequibles los artículos 3, numeral 2.2.3, 11 y 20 de la Ley 1369 de 2009, por los cargos examinados en el presente proceso.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, CP: Flavio Augusto Rodríguez Arce, de 10 marzo de 2005, RAD. No. 1631.

[2] Superintendencia Financiera, Concepto # 2009020025-003, 29 abril de 2009.

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP: Enrique Gil Botero, Sentencia del 6 de diciembre de 2007, Rad. No. 11001-03-26-000-1995-11493-00 (11493)

[4] Sentencias C-805 de 2001 y C-1005 de 2008.

[5] Indica la suscripción de la Constitución de Viena de 1964 –aprobada mediante Ley 61 de 1993-, el Protocolo Adicional de Tokio de 1969 y el 2º Protocolo Adicional de Lausana de 1974 –ratificados mediante Ley 19 de 1978-, hasta el 8º Protocolo Adicional de 2008 de Nairobi, incluido el Acuerdo Relativo a los Servicios Postales de Pago, adoptado en Bucarest en 2008.

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 1993, T-083 de 2002, C-314 de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, MP: Juan Ángel Hincapié, Sentencia del 4 de abril de 2003, Exp. No, 1650

[7] Concepto No. 2009003482-002, del 27 de febrero de 2009

[8] Sentencias C-940 de 2003 y C-041 de 2006

[9] Concepto 2009003482-002 del 27 de febrero de 2009.

[10] Artículo 519.

[11] Creado mediante Ley 31 de 1923

[12] Artículo 18

[13] Las cartas con valor declarado son aquellas que contengan "papel moneda, billetes de banco, documentos de crédito público, cédulas hipotecarias, acciones y títulos de bancos y sociedades anónimas, cupones de dividendos y de intereses, boletas para rifas y loterías" y todo documento representativo de valores (Artículo 438)

[14] Artículo 174

[15] Artículo 481

[16] Artículo 942

[17] Artículo 924

[18] De conformidad con el artículo 926, los "dineros provenientes del Ahorro Postal serán íntegramente consignados en la Caja Colombiana de Ahorros", a fin de tener un porcentaje a disposición del Banco Postal y el resto invertirlos para abonar sus rendimientos posteriormente al Banco Postal. El artículo 937 consagró que el Ahorro Postal estaría a disposición de todo niño mayor de diez años en forma directa, y por intermedio de un adulto hasta dicha edad. Al Banco Postal, además, se le permitió el uso exclusivo de las expresiones relacionadas con esta modalidad de ahorro (art. 943).

[19] Artículo Primero.

[20] Artículo cincuenta y cinco.

[21] Artículo cincuenta y seis.

[22] Artículo cincuenta y ocho g)

[23] Artículo Diecisiete

[24] Artículo veintiuno y siguientes.

[25] Artículo Veinticuatro a), b) y c)

[26] Artículo Veintinueve

[27] Artículo Treintaiuno

[28] Artículo Treinta y dos

[29] Artículo Treinta y tres

[30] Artículo 5

[31] Artículo 12.

[32] Artículo 1.

[33] Conforme a la Ley 1244 de 2011, los otros servicios postales de pago que ha previsto la Unión Postal Universal adicionales a los de giros en efectivo son el giro de pago, el giro de depósito y la transferencia postal.

[34] Numeral 4.2

[35] Numera 4.3

[36] Artículo 1, numeral 1.2

[37] Artículo 1, numeral 1.3

[38] Artículo 1, numeral 1.4

[39] La Unión Postal Internacional cuenta con cuatro órganos. El Congreso es el principal de ellos cuya función es de carácter legislativo, y reúne cada cuatro años a los representantes plenipotenciarios de los países miembros. También cuenta con un Consejo de Administración, el cual sesiona anualmente con representantes de 41 países miembros, y se encarga de garantizar la continuidad de las labores de la Unión Postal Internacional entre congresos, e incluso de adoptar medidas relativas a los servicios postales que se hagan necesarias en el interregno de los congresos, a propuesta del Consejo de Operaciones Postales. El Consejo de Operaciones Postales, también integrado por representantes de 40 países miembros elegidos por el congreso, es un órgano de carácter técnico y operativo, que se encarga de la proposición de medidas para el sector postal, de asesorar a las administraciones postales nacionales, de vigilar las necesidades operacionales, económicas y comerciales de los servicios postales y de formular recomendaciones a los países miembros en torno a la estandarización de los distintos servicios. Finalmente se encuentra la Oficina Internacional, que como órgano administrativo cumple funciones secretariales para todos los demás órganos y adelanta sus funciones ininterrumpidamente en la sede de la Unión. De conformidad con la Constitución de la Unión Postal Universal—que es el tratado por el cual se establecen las reglas para la organización y la adopción de sus decisiones, la Unión Postal Internacional adopta sus determinaciones mediante Actas. La principal de ellas es la Constitución. Luego se encuentra la Convención de servicios postales, acuerdo que rige la esencia de los servicios postales y determina las condiciones que posibilitan su universalidad. Los Reglamentos desarrollan en mayor detalle los acuerdos contenidos en las diferentes modalidades de Actas. Los Acuerdos, por su parte, son aquellos tratados de carácter multilateral, que sólo obligan a los países miembros que los suscriban o que se adhieran, y tienen por objeto establecer servicios adicionales al postal universal.

[40] "Acuerdo relativo a los servicios postales de pago", firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008, aprobado por Ley 1442 de 2011. Declarado exequible mediante la Sentencia C-792 de 2011.

[41] *Ibídem*.

[42] Artículo 6º del Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago, adoptado mediante Ley 1442 de 2011

[43] Decreto 168 de 1917

[44] Decreto 1418 de 1945

[45] Decreto 1580 de 1974

[46] Ley 68 de 1916

[47] Decreto 1580 de 1974

[48] Decreto 1697 de 1994

[49] Ley 1369 de 2009

[50] Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986, Tomo I, p. 433, citado en la Sentencia C-371 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil

[51] Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

[52] Corte Constitucional, Sentencia C-081 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero

[53] Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández, unánime

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-1062 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, unánime.

[55] Corte Constitucional, Sentencia C- 1107 de 2001, MP. Jaime Araujo Rentería, unánime

[56] Sentencia C-940 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

[57] Sobre este mismo punto ver la Sentencia C-860 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto AV. Álvaro Tafur Galvis, SV. Jaime Araujo Rentería. En la Sentencia T-520 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil, se dijo: "La distinción terminológica usual entre actividad financiera y actividad bancaria supone que la segunda es una especie de la primera, a la cual corresponderían también la actividad bursátil y aseguradora. Sin embargo, como la Constitución trata éstas dos últimas como categorías aparte, la utilización indistinta de las expresiones "actividad bancaria" y "actividad financiera" no supone problemas en el ámbito constitucional".

[58] Sentencia C-860 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto AV. Álvaro Tafur Galvis, SV. Jaime Araujo Rentería.

[59] C-692 de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil.

[60] C-860 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto AV. Álvaro Tafur Galvis, SV. Jaime Araujo Rentería.

[61] C-940 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[62] C-860 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto AV. Álvaro Tafur Galvis, SV. Jaime Araujo Rentería.

[63] C-948 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández SPV: Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

[64] C-560 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[65] Sentencia C-700 de 1999, MP. MP. José Gregorio Hernández Galindo, SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa, y Álvaro Tafur Galvis; AV. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo.

[66] C-041 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[67] C-936 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett SV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández.

[68] Superintendencia Financiera, Concepto 200202222 del 10 de mayo de 2002

[69] Superintendencia Financiera, Concepto No 2000048692-1. Junio 30 de 2000.

[70] Superintendencia Financiera Concepto 2008033390-001 del 4 de junio de 2008.

[71] Superintendencia Financiera, Concepto No. 2007021475-002 del 31 de mayo de 2007.

[72] Rodríguez Azuero Sergio, Contratos Bancarios, 3ª Ed., Ed. Biblioteca Flagan, Bogotá, 1985, p. 115

[73] Aldrighetti, citado en Casas Morales Francisco, Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios, Jurídica Radar, Bogotá 2005, p. 744

[74] *Ibídem.*

[75] Entre los contratos que pueden adelantar las entidades bancarias se cuentan contratos regulados en el Código Civil o en el Código de Comercio, como el mutuo, entre otros, que han sido tipificados especialmente para el caso de las entidades crediticias.

[76] Cañola Crespo Jairo, Economía Monetaria y Sistema Financiero en Colombia, Medellín 1987, p. 2.

[77] *Ibídem.*, p. 6-7

[78] Corte Constitucional, C-041 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández

[79] Artículo 1-d

[80] Artículo 1-n

[81] Decreto 1580 de 1974

[82] Decreto 1580 de 1974

[83] Sobre el tema de la omisión legislativa, algunas de las sentencias más recientes ver, C-314 de 2009 MP: Nilson Pinilla Pinilla, C-1266 de 2005 MP: Humberto Antonio Sierra Porto y C-647 de 2010 MP: Luis Ernesto Vargas Silva

[84] Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 1999 MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[85] Sobre omisión legislativa absoluta ver las sentencias C-543 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), C-780 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1154 de 2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa y C-542 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

[86] Sobre omisión relativa ver, entre otras, las sentencias C-823 de 2005 M P. Álvaro Tafur Galvis, C-185 de 2002, C-891A de 2006 y C-208 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil, C-394 de 2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto y C-463 de 2008 MP. Jaime Araujo Rentería.

[87] Sentencia C-690 de 1996, fundamento 4. En el mismo sentido, ver, en particular, la sentencia C-543 de 1996, y las sentencias C-146 de 1998, C-067 de 1998 y C-1255 de 2001.

[88] C-314 de 2009 MP. Nilson Pinilla Pinilla

[89] C-543 de 1996, MP.

[90] C-1549 de 2000.

[91] Sentencia C-427 de 2000.

[92] Sentencia C-543 de 1996

[93] C-185 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

[94] C-314 de 2009 MP. Nilson Pinilla Pinilla

[95] Sentencias C-228 de 1993; C-397 de 1995; C-350 de 1997; C-066 de 1999; C-302 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Antonio Barrera Carbonell; C-088 de 2001, MP.XXX; C-805 de 2001, MP. XXX; C-508 de 2002 MP. Alfredo Beltrán Sierra AV Álvaro Tafur Galvis y Manuel José Cepeda Espinosa; C-917 de 2002 MP. XXX; C-530 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett; C-675 de 2005, MP. XXX; C-852 de 2005 MP. Rodrigo Escobar Gil y C-1005 de 2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

[96] C-302 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Antonio Barrera Carbonell

[97] C-028 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero

[98] C-265 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

[99] Ver, entre otras, las sentencias C-234 de 2002 y C-710 de 2001.

[100] C-710 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño

[101] Sentencia C-290 de 1997, Consideración Quinta. Ver también Sentencia C-675 de 2005

[102] C-530 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett

[103] En la sentencia C-805 de 2001, se señaló que la potestad reglamentaria radicada en cabeza del Presidente de la República no podía "desplazarse a uno de los ministerios, ni a ninguno otro de los organismos del Estado, pues esa potestad se [atribuía] al Presidente como suprema autoridad administrativa quien, desde luego, al ejercitarla [habría] de expedir los decretos necesarios con la firma del Ministro del ramo respectivo.

[104] C-1005 de 2008; MP Humberto Antonio Sierra Porto

[105] C-350 de 1997.

[106] C-917 de 2002.

[107] C-1005 de 2008; MP Humberto Antonio Sierra Porto

[108] Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 10.158

[109] C-508 de 2002 MP. Alfredo Beltrán Sierra AV Álvaro Tafur Galvis y Manuel José Cepeda Espinosa

[110] Sent. C-805/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil



n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

 logo