

Panamá, 2 de diciembre de 2004.

Licenciada

Marta Amado

Directora General de Correos y Telégrafos

Ministro de Gobierno y Justicia

E. S. D.

Señora Directora:

Con la presente opinión brindo respuesta a su consulta jurídica relacionada con la naturaleza de los servicios postales.

Situación de hecho según el Ente Activo de la Administración.

Ad Petem Litterae (al pie de la letra), la consultante nos indica que:

“El servicio de Apartados Postales es exclusivo de la Dirección General de Correos y Telégrafos, tal como lo indica el Decreto Ejecutivo No.692 de 29 de diciembre de 1994, el cual establece en su artículo segundo lo siguiente:

“Los Apartados Postales son propiedad de la Dirección de Correos y Telégrafos y serán otorgados en arrendamiento a las personas naturales o jurídicas e instituciones del Estado que lo solicitan en las oficinas postales habilitadas para tal efecto”.

Mas sin embargo, es importante señalar que el Código Fiscal en su Libro II, Título I, hace referencia al servicio de Correos y Telégrafos artículo 301, establece lo siguiente:

“El servicio de Correos y Telégrafos, debe ser prestado exclusivamente por el Estado en el Territorio Nacional, como garantía de la inviolabilidad de correspondencia postal y telegráfica...”

La duda de la Entidad Consultante.

Ya en concreto respecto de la *causa petendi* y la consulta jurídica, propiamente tal, la entidad consultante nos dice lo siguiente:

“Es por ello que recurrimos ante usted, para que interponga sus buenos oficios a fin de en base a lo expuesto nos emita su opinión sobre la ilegalidad del Decreto Ejecutivo No.135 del 15 de abril de 2004, “Por el cual se dictan medidas para regular el servicio de casillas o buzones privados y otros servicios extrapostales relacionados”.

El parecer jurídico de la Entidad Consultante

Gratia argumentadi (por gracia de argumentación) la entidad consultante nos afirma lo siguiente:

“Somos del parecer, que el precipitado Decreto está viciado ya que va en contra de lo que estipula el Código Fiscal. Aunado a esta situación debemos manifestarle que el precipitado decreto no fue emitido o consultado con esta Dependencia, simplemente por una iniciativa del Ministerio de Comercio e Industria y el Ministerio de Gobierno y Justicia, conocimos del mismo al aparecer publicada en Gaceta Oficial.

Para nosotros la apertura del mercado de los Apartados Postales, sería un golpe fatal a los ingresos de la Institución,

que se traduce a su vez en menores contribuciones al Tesoro Nacional, afectando por ende los programas de desarrollo social del Estado”.

La Normativa Jurídica Especialmente Aplicable.

1. En la Carta Política.

"ARTICULO 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

"ARTICULO 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

"ARTICULO 29. La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una

persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores”.

"ARTICULO 282. El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

El Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento **determinará la Ley**". (la negrita es nuestra)

"ARTICULO 283. Para realizar los fines de que trata el artículo anterior, **la Ley** dispondrá que se tomen las medidas siguientes:

1. Crear comisiones de técnicos o de especialistas para que estudien las condiciones y posibilidades en todo tipo de actividades económicas y formulen recomendaciones para desarrollarlas.
2. Promover la creación de empresas particulares que funcionen de acuerdo con las recomendaciones mencionadas en el aparte anterior, establecer empresas estatales e impulsar la creación de las mixtas, en las

cuales participará el Estado, y podrá crear las estatales, para atender las necesidades sociales y la seguridad e intereses públicos.

3. Fundar instituciones de crédito y de fomento o establecer otros medios adecuados con el fin de dar facilidades a los que se dediquen a actividades económicas en pequeña escala.
4. Establecer centros teórico-prácticos para la enseñanza del comercio, la agricultura, la ganadería y el turismo, los oficios y las artes, incluyendo en estas últimas las manuales, y para la formación de obreros y directores industriales especializados". (la negrita es nuestra)

"ARTICULO 284. El Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que **establezca la Ley**, para hacer efectiva la justicia social a que se refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines:

1. Regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los precios de los artículos de cualquier naturaleza, y especialmente los de primera necesidad.
2. Exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad de los artículos mencionados en el aparte anterior.
3. Coordinar los servicios y la producción de artículos. La Ley definirá los artículos de primera necesidad". (la negrita es nuestra)

"ARTICULO 285. La mayor parte del capital de las empresas *privadas* de utilidad pública que funcionen en el país, deberá ser panameña, salvo las excepciones que **establezca la Ley**, que también deberá definir las". (la negrita es nuestra)

"ARTICULO 286. El Estado creará por medio de entidades autónomas o semiautónomas o por otros medios adecuados, empresas de utilidad pública. En igual forma asumirá, cuando

así fuere necesario al bienestar colectivo y mediante expropiación e indemnización, el dominio de las empresas de utilidad pública pertenecientes a particulares, si en cada caso **lo autoriza la Ley**". (la negrita es nuestra)

"ARTICULO 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios". (la negrita es nuestra)

2. En la Legislación

Normas del Código Fiscal

"Artículo 301. El servicio de Correos y Telégrafos debe ser prestado exclusivamente por el Estado en el territorio nacional, como garantía de la inviolabilidad de la correspondencia postal y telegráfica.

El Órgano Ejecutivo podrá contratar con personas particulares de reconocida solvencia el transporte de las valijas de correos y la prestación de servicios telegráficos donde el Gobierno no tenga líneas propias o éstas sean insuficientes.

El servicio de teléfonos y el de comunicaciones radiotelegráficas deberá ser también prestado por el Estado o por las personas con las cuales haya contratado o contrate su establecimiento, o por las que hayan obtenido u obtengan del Órgano Ejecutivo la correspondiente licencia".

"Artículo 302. La regulación del Servicio de correos y de telecomunicaciones debe acomodarse a las disposiciones de los respectivos convenios internacionales; en defecto de ellas a las contenidas en este Código o en sus leyes

complementarias y a falta de éstas, a la regulación del Órgano Ejecutivo”.

“**Artículo 303.** El pago del servicio postal que se presta al público se hace, en general por medio de especies, que el Estado emite con tal objeto, de los valores y clases que se determinan en los Convenios Postales, en las leyes y en los reglamentos.

La emisión de especies postales es una facultad privativa del Estado.

El pago del servicio telegráfico, telefónico y radiotelegráfico se hará en dinero, conforme a las tarifas establecidas o que establezcan las leyes o los decretos del Órgano Ejecutivo”.

“**Artículo 304.** La franquicia postal y de telecomunicaciones se regirá por las disposiciones contenidas en las Convenciones Internacionales y **en las leyes**”. (la negrita es nuestra)

“**Artículo 305.** Cualquier objeto que se despache por correo y que no goce de franquicia, estará sujeto al pago del servicio por medio de los sellos postales en uso a la fecha de su entrada en la Oficina”.

“**Artículo 306.** A Los objetos postales no franqueados o insuficientemente franqueados se les dará curso por el Correo, pero no se entregarán mientras el destinatario no les adhiera los sellos o estampillas por el importe que corresponda según los Convenios Internacionales o los reglamentos”.

“**Artículo 307.** La responsabilidad del Estado en la remisión por correo de dinero o de valores se limita a los envíos que se hagan con los requisitos exigidos por el Órgano Ejecutivo.

La cuantía de la indemnización se regulará conforme a los reglamentos.

El Estado se subrogará en los derechos de la persona que sea indemnizada”.

“**Artículo 308.** El servicio exterior de encomiendas postales se subordinará al régimen aduanero para los efectos de la percepción de los impuestos y derechos que recaen sobre la importación, exportación y reexportación y para la aplicación de las demás disposiciones de ese régimen.

Ningún empleado del correo podrá efectuar la entrega de una encomienda procedente del exterior sin autorización previa de la respectiva autoridad aduanera”.

Este Artículo fue Restablecido por el Artículo 2 del Decreto de Gabinete N°205 de 8 de julio de 1969, publicado en la Gaceta Oficial N° 16.420 de 7 de agosto de 1969.”

“**Artículo 309.** El Estado prestará el servicio de giros y vales postales, el cual consiste en suministrar al público la facilidad de transferir dinero por conducto de las oficinas de correo mediante documentos negociables expedidos y pagaderos por ellas.

También prestará el servicio de giros telegráficos que consiste en la situación de dinero utilizando el servicio telegráfico, por medio de libramiento a favor de determinado beneficiario.

El servicio de giros postales será nacional cuando la transferencia de dinero se efectúe dentro de la República o Internacional cuando tenga lugar entre Panamá y otros países”.

“Artículo 310. El servicio nacional e internacional de vales y giros postales y el de giros telegráficos se regirán por las disposiciones dictadas o que se dicten por el Órgano Ejecutivo.

Las disposiciones que regulen el servicio internacional de giros postales se subordinarán a los Convenios Internacionales que se celebren al respecto”.

“Artículo 311. Queda prohibido:

1. El uso de especies postales anuladas para el franqueo de los objetos que deban cursar por el Correo;
2. El uso indebido de sobres, marquillas o títulos oficiales para el despacho de correspondencia postal o telegráfica particular;
3. Escribir o incluir cartas o notas en impresos o encomiendas que se despachen por correo;
4. El envío de dinero en efectivo, documentos y valores al portador, a menos que se asegure su importe por medio del servicio de cartas o cajas con valores declarados;
5. El envío de toda clase de objetos postales fuera de valija; y,
6. Toda omisión dolosa del pago total o parcial de las tasas, sobre-tasas o franqueo de los objetos postales”.

“Artículo 312. Cualquier infracción de las disposiciones de este Título será sancionada con multa hasta de mil balboas, según su naturaleza y gravedad, sin perjuicio de cualquiera otra sanción que señalen las leyes.

La multa será impuesta por la autoridad de correos y telecomunicaciones que señalen los reglamentos, con apelación para ante la Dirección General de Correos y Telecomunicaciones.”

“Artículo 313. El expendio de especies postales puede efectuarse en establecimientos de comercio siempre que sus dueños o Administradores se registren en la Dirección General del ramo.

El expendio de estas especies por los particulares se sujetará a las mismas condiciones que para las otras especies venales determinan los artículos 952 y 953 de este Código.

El expendio de estas especies en el exterior con fines exclusivamente filatélicos, se efectuará por medio de personas naturales o jurídicas de reconocida solvencia que firmarán contrato con el Órgano Ejecutivo, pudiendo concedérseles un descuento no mayor del veinticinco por ciento (25%), siempre que se comprometan por lo menos a sufragar los gastos de oficina, empleados, y propaganda en el país donde operen, así como a comprar una suma no menor de trescientos mil balboas (B/.300.000.00) al año”.

El último párrafo fue Adicionado por el Artículo 2 de la Ley N°8 de 17 de enero de 1961, publicada en la Gaceta Oficial N°14.330 de 16 de febrero de 1961.

3. En la reglamentación

En el Decreto Ejecutivo 692 de 29 de diciembre de 1994.

“ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: El arrendatario de un apartado postal tendrá los siguientes derechos:

1. Inscribir y excluir a las personas naturales o jurídicas que están autorizadas para recibir correspondencia en su apartado postal.
2. Solicitar la confección de duplicado de llaves por lo cual deberán pagar la suma de B/.1.00 cada vez.

3. Solicitar cambios de cerradura de su apartado postal, por lo cual deberá pagar la suma de B/.6.00 cada vez”.

“**ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO:** Se prohíbe a los arrendatarios vender o traspasar de cualquier otra forma, los apartados postales a otras personas”.

En el Decreto Ejecutivo 135 de 15 de abril de 2004.

“**ARTÍCULO 1.** Toda persona natural o jurídica interesada en prestar el servicio de buzones privados o extra postales requerirán autorización previa expedida mediante resolución otorgada por la Dirección General de Correos y Telégrafos, la cual se expedirá en cumplimiento de las disposiciones del presente decreto”.

Cuestión de Derecho

Desde nuestro punto de vista jurídico, en el centro de la situación-consulta se encuentra la pregunta de si los servicios públicos pueden ser privatizados por medio de instrumentos jurídicos no legales, como lo pueden ser los Decretos Ejecutivos.

La liberación de los servicios públicos en Panamá

No dudamos que las transformaciones que se han producido en materia de servicios públicos, y en concreto la corriente liberalizadora que afecta a los mismos desde la última década, hacen que se produzcan reflexiones y dudas sobre la incidencia jurídica de estos cambios.

Vacilación y aprensión (sobre todo de parte de los servidores públicos, como la entidad consultante), tanto más fuerte cuanto que las condiciones en las que se prestan estos servicios, revisten una notable importancia económica, no sólo para los usuarios, sino además para

las entidades públicas que a la fecha han realizado servicios de maneja monopolística.

Optar por que sea el Estado o, por el contrario, por que sean empresas privadas las encargadas de asegurar la prestación de los servicios clásicamente considerados como públicos, es una elección que, no debiera suponer, en principio, consecuencias de gran calado, si existieran normas legales relativamente claras a este respecto. Sin embargo, para el caso de los servicios postales, el panorama normativo de carácter legal, ha "brillado por su ausencia".

En efecto, la labor normativa del Estado en este campo, ha operado de manera distinta a lo que había sido norma habitual en los modelos de gestión estatal a partir del momento en que los cambios asociados al proceso de liberalización de mercados y privatizaciones de empresas públicas, pues no se han dictado las pautas legales para la sustitución del sistema organizativo en el sector de los servicios postales. Esto nos lleva a preguntarnos ¿qué ocurre si no ha sido el legislador (hoy día Diputado) el que ha permitido la liberación del servicios postal, sino que ello ha ocurrido por medio de instrumentos normativos de menor jerarquía como los Decretos Ejecutivos?

La liberación del mercado postal es de tracto legal.

De las normas constitucionales relacionales con la economía se deja ver con toda claridad y hasta con insistencia¹ que, en esta materia rige el principio de legalidad o mejor, de reserva legal.

Y precisamente, la mayoría de las veces, las leyes ordenan que las privatizaciones, por lo general se realicen mediante una licitación, en la que se ofrece un paquete de acciones de las empresas que se piensan privatizar a inversionistas extranjeros y nacionales, ganando el inversionista que ofrezca más dinero, aunque por lo general el Estado se queda con hasta un máximo del 49 % de las acciones en dichas empresas. Es así como se han logrado privatizar diversas empresas.

¹ Y de ello dan cuenta nuestros resaltos en negrita

Esta liberalización, como hemos expuesto, supone esencialmente una apertura del mercado a la libre competencia, de forma que cualquier empresa puede operar en estos mercados.

No podría ser de otra manera ya que, la actuación administrativa en materia de libre competencia, a la luz de lo señalado en el artículo 298 constitucional, involucra el respaldo de la Asamblea Nacional. Y es que, las experiencias referidas dejan claro que la liberalización, si pretende cumplir los objetivos marcados, debe ir acompañada de un esfuerzo regulador en dos vías:

Las normas legales generales ordenadoras de los sectores objeto de la transformación que dicen:

- a. Por una parte, erigir instituciones y mecanismos jurídicos que permitan asegurar eficazmente la libre competencia. Así se garantiza la obtención de todos los beneficios económicos y sociales posibles del libre juego de la lógica de mercado. En este sentido, esta reglamentación debe ser legal ya que, a no dudar, la instauración de políticas de esta naturaleza son, evidentemente, una opción política. En este orden de ideas, se requerirá de reglamentación **legal** para la determinación de la elección de cuáles mercados son objeto de control administrativo y cuáles no. Esta igualmente es una clara manifestación de una determinada orientación sobre cómo han de regirse ciertas relaciones de armonización de los intereses generales y los particulares. En efecto, esta intervención, aunque pueda parecer paradójico, no pretende más que hacer posible la libre actividad de los partícipes en el mercado; el fin de la legislación y el de los órganos administrativos creados para aplicarla (que sería considerado un ente de regulación) es exclusivamente impedir que la dinámica de las fuerzas del mercado arruinen o restrinjan la competencia, impidiendo la entrada de nuevos competidores o abusando de la posición adquirida.

- b. Por otra parte, la regulación legal no debe obviar la necesidad de determinar las condiciones de prestación de los mismos servicios, cuando la libre competencia demuestre ser ineficaz para la consecución de ciertos objetivos de interés general

Conclusión

Del cotejo del marco constitucional y legal dentro del cual se regula el servicio público postal, cabe concluir que el principio rector en esta materia es la monopolización, de parte del Estado. Por tanto, cualquier excepción a esta tendencia debe ser explícita y su interpretación restrictiva.

La decisión dirigida a la privatización de servicios públicos está repartida en dos poderes del Estado: el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Por tanto, no basta con que el Poder Ejecutivo proponga una legislación material, a través de un decreto ejecutivo, sino que hace falta primero, que haya una legislación formal, dictada por el Poder Legislativo, que desmonopolice dicho servicio y permita su privatización.

Respuesta Concreta

Si bien no estamos facultado legalmente para opinar respecto de la constitucionalidad o legalidad de un determinado instrumento normativo, como podría ser el Decreto Ejecutivo No.135 del 15 de abril de 2004, "Por el cual se dictan medidas para regular el servicio de casillas o buzones privados y otros servicios extrapostales relacionados"; somos de la opinión que dicho servicio no puede ser privatizado por medio de un instrumento tan precario como sería ese Decreto, ya que la propia Carta Política y el Código Fiscal establecen exigencias de una legislación formal a este respecto.

El Decreto de marras podría ser demandada de nulidad, si se considera que ha excedido las normas contenidas en la Constitución y las leyes sobre el tema.

Con la pretensión de haber colaborado en su gestión mediante el presente dictamen, dentro de nuestro marco funcional y legal, quedamos de ustedes, muy atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.