

Bogotá D.C., 15 de octubre de 2020

Señores

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Proyectos.normativos.dicom@mintic.gov.co

ASUNTO: COMENTARIOS PROYECTO DE DECRETO SOBRE CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DE OTROS SERVICIOS POSTALES DE PAGO

Respetados Señores:

Atendiendo la publicación para comentarios del proyecto de decreto “(...) para establecer las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal”, sea lo primero resaltar el esfuerzo regulatorio que está desarrollando el Ministerio frente a la materia, ello atendiendo las oportunidades de evolución innovadora que este tipo de servicios permitirán ofrecer a la población que se atiende, especialmente a la menos favorecida que hace parte de un importante nicho históricamente excluido del acceso a servicios financieros y, por esa vía, a bienes y servicios necesarios para garantizar derechos fundamentales.

Bajo tal criterio encontramos pertinente poner en su conocimiento nuestro expreso apoyo a la iniciativa regulatoria, particularmente ratificando argumentos que, aunque seguramente el Ministerio ya conoce, nos permitimos reiterar, y que se relacionan con las discusiones que en el pasado se han dado en lo que hace a la constitucionalidad, legalidad y pertinencia de las normas que se desarrollan con el proyecto de decreto.

Así las cosas el documento se divide en dos acápite. El primero (ordinal I.) relacionado con los argumentos que en su momento fueron tenidos en cuenta para determinar la constitucionalidad y legalidad de las normas objeto de regulación y un segundo acápite (ordinal II.) en el cual incorporamos observaciones menores que estimamos pueden contribuir en el ejercicio de desarrollo normativo adelantado por el Ministerio.

I. COMENTARIOS TRANSVERSALES AL PROYECTO DE DECRETO

CERTEZA LEGAL DE LA FACULTAD REGULATORIA DE LOS SERVICIOS

a. Plena incorporación de los servicios postales de pago en la legislación nacional

Como el proyecto de Decreto lo determina¹, tiene origen la expedición de una norma de tal naturaleza, en la obligación reglamentaria que, con origen constitucional y legal, se deriva para el Estado Colombiano, de la suscripción del “Acuerdo relativo a los servicios postales de pago” firmado el 12 de agosto de 2008 en Ginebra y la consecuente expedición de la Ley 1442 de 2011 mediante la cual se ratificó el mismo.

Ahora bien, tal deber constitucional y legal plasmado en la precitada norma, al derivar de la ratificación de un acuerdo internacional por el Estado Colombiano, ha sido objeto de los más exigentes controles institucionales en lo que se refiere a la **convalidación legal de su existencia e incorporación jurídica en el ordenamiento colombiano**, esto es que, una vez expedida la ley, ésta se sometió al análisis de la Corte Constitucional, órgano judicial que tratándose de este tipo de leyes, lleva a cabo un **control tanto formal como material** de las mismas a efectos de determinar que se ejecutaron en debida forma los procedimientos para su expedición, así como que lo allí previsto no contraría el ordenamiento constitucional y por tanto, se incorpora correctamente en la legislación nacional.

Lo anterior significa que, conforme lo ha determinado la jurisprudencia constitucional², además de los controles formales que implican la revisión de la validez de la representación del Estado Colombiano en la negociación del tratado internacional, la determinación de los grados de consulta a que debía someterse la norma y los procesos de aprobación presidencial y legislativo, **este tipo de leyes son objeto de una revisión material de su contenido**, es decir que tal control consiste en confrontar el contenido “(...) del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, **con la totalidad de las disposiciones de la Constitución**, para determinar si se ajusta o no a la Carta Política”³.

Conforme lo expuesto es relevante que se tenga en cuenta por parte del Ministerio que, el control de constitucionalidad a que aquí se hace referencia en relación con la Ley 1442 de 2011 culminó con la expedición de la Sentencia C-792 de 2011⁴ decisión que determinó de manera expresa y sin lugar a cuestionamientos que:

*“En concepto de la Corte, **el tratado se ajusta a la Constitución**, por las siguientes razones. Para empezar, en lo referente al análisis global del tratado de conformidad con el principio de reciprocidad y la soberanía nacional, que según los artículos 9 y 226 de la CP deben regir el desarrollo de las relaciones internacionales, esta Corporación no encuentra vicio alguno. Porque, en efecto, de un lado **es apreciable que todas las cláusulas integrantes del instrumento** prevén obligaciones recíprocas para las Partes y, de otro lado, **están en perfecta concordancia con la soberanía nacional. Así ocurre, por ejemplo, en las***

¹ Inciso 4 del acápite de consideraciones del proyecto.

² Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019 con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido.

³ Sentencia C-446 de 8 de julio de 2009 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, ratificada en Sentencia C-252 de 6 de junio de 2019 con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido.

⁴ Sentencia C-792 de 20 de octubre de 2011 con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa.

cláusulas en las cuales el Acuerdo se remite a la legislación nacional para fijar los estándares regulatorios en materia de lavado de activos, financiación del terrorismo, delitos financieros y ciertos aspectos comerciales". (Subraya y negrilla propias).

Así las cosas, la Ley 1442 de 2011 fue declarada de manera expresa e inequívoca exequible frente al ordenamiento constitucional, decisión que además de la expedición de la norma, **significa que ésta no contraría ninguna otra norma, precepto o principio constitucional y que, por tanto, se incorporó sin ninguna restricción al orden jurídico colombiano como una nueva norma que hace parte de las disposiciones de mandatorio cumplimiento para instituciones y personas**, motivo por el cual, en relación con el proyecto de decreto, se sugiere de manera respetuosa, incorporar una consideración como quinto inciso de ese acápite del proyecto de norma, del siguiente tenor:

“Que la Ley 1442 de 2011, aprobatoria del Acuerdo sobre servicios postales de pago de la Unión Postal Universal, fue objeto de control de constitucionalidad en virtud del cual, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-792 de 2011 determinó que tal norma se ajusta a la constitución y, por tanto resolvió declararla exequible e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano”.

Cabe señalar que, las precisiones de legalidad e incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de las previsiones de la Ley 1442 de 2011, se ratifican y complementan con el contenido de la Sentencia C-823 de 2 de noviembre de 2011 con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, en virtud de la cual se resolvió la exequibilidad de los artículos 3º y 4º de la Ley 1369 de 2009 en los numerales específicos que fueron demandados en relación con los servicios postales de pago, particularmente tratándose de la concordancia de la prestación de éstos servicios frente a su supuesta concurrencia con servicios financieros, respecto de la cual se determinó, sin lugar a ambigüedades, que corresponden a servicios aunque similares, diferentes y que la reserva de ley propia del Estado para regular este tipo de actividades no es exclusiva de las autoridades financieras.

Corolario de lo expuesto y atendiendo las decisiones de política pública traducidas en la Ley expedida, es claro que en este caso la norma a regular ha sido plenamente incorporada en el ordenamiento y que, por tanto, se configura como norma especial de carácter postal para servicios postales de pago (como ocurre con otras normas especiales –financieras, servicios públicos, etc.-) lo que hace viable y necesario su desarrollo por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

b. Autonomía legal de las normas y regulación postal de pago frente a la actividad financiera

La expedición de la Ley 1442 de 2011, respondió a la adopción de una política pública que el Estado Colombiano decidió aplicar en relación con su participación en el foro internacional de las Naciones Unidas a través de la Unión Postal Universal, ley que previos los controles judiciales a que hay lugar se ha incorporado de manera plena al ordenamiento legal colombiano.

Ello significa que, las modalidades de servicio postal de pago a que se refiere la ley y los conceptos de cuenta y depósito determinados en la misma son diferentes de aquellos establecidos en otras normas y, por tanto, corresponden a **instituciones jurídicas diferentes incorporadas debidamente en el ordenamiento jurídico colombiano** que no pueden confundirse y aplicar su normativa de manera indiscriminada.

Así las cosas, si bien es cierto el servicio postal de pago corresponde a una actividad a la que es aplicable la reserva de ley propia de los asuntos de especial interés respecto de los cuales el Estado debe regular y autorizar su funcionamiento, dada su particular relevancia en la actividad social, tal reserva legal se estableció específicamente en cabeza del Ministerio de la autoridad de comunicaciones (para este caso el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) y allí radica la plena obligación y facultad para esa entidad de expedir la regulación que hoy pone a consideración del público, precepto claramente determinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-823 de 2011 así:

“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**”.*

(...)

*“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**”.*

*“Como ya lo dejó 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**”.*

Como conclusión de lo expuesto se advierte entonces, que la operación postal de pago, en todas las modalidades incorporadas en el ordenamiento jurídico colombiano, corresponde a una institucionalidad jurídica autónoma e independiente de aquellas que han sido establecidas en otras normas que hacen parte de la normativa aplicable en Colombia, por lo que tal autonomía, ratificada judicialmente y, por tanto incuestionable desde toda óptica, determina el acierto y facultad regulatoria que le aplica al Ministerio en la expedición de una norma de esta naturaleza.

II. COMENTARIOS ESPECÍFICOS AL ARTICULADO

1. Artículo 1

a. Artículo 2.2.8.5.2.

En relación con el contenido del artículo 2.2.8.5.2. se tienen los siguientes comentarios:

- i) El inciso primero del artículo 2.2.8.5.2. incorpora la determinación del entendimiento que se deberá tener de la categoría “*otras modalidades de los Servicios Postales de Pago*”, previsión que si bien comprendemos no incluye la definición de tales modalidades, sí determina cuáles son; sin embargo al evaluar la arquitectura normativa de los servicios postales (entre ellos los servicios postales de pago), se encuentra que la determinación (delimitación) y definición de los servicios tiene origen legal, esto es, tratándose de los servicios postales de pago, se encuentra incorporada en la Ley 1369 de 2009 y en la Ley 1442 de 2011, no así en el Decreto 1078 de 2015 donde se hace referencia al género “operación postal de pago” más no a la modalidad de “giro nacional” definida expresamente en las leyes antes señaladas, motivo por el cual la incorporación del artículo 2.2.8.5.2. podría generar una discordancia regulatoria que por demás no tendría un carácter vinculante al legalmente establecido, motivo por el cual se sugiere su eliminación.

Lo anterior es coherente con la estructura regulatoria con que ya se vienen operando los servicios en el país, donde el Capítulo 1 del Título 8 del Decreto 1078 de 2015 no se refiere específicamente al servicio e “*giro nacional*” que hoy en día se opera, sino que se determinan de manera genérica los servicios postales de pago.

Ahora bien, si se estima necesario mantener el contenido del artículo 2.2.8.5.2. del proyecto, se sugiere su modificación con el siguiente texto:

“Artículo 2.2.8.5.2. Otras modalidades de servicios postales de pago. En los términos del numeral 2.2.3. del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009, se entienden como otras modalidades de los Servicios Postales de Pago, aquellos que sean autorizados legalmente, particularmente tratándose de aquellos que deriven de la ratificación de tratados internacionales con la Unión Postal Universal. En todo

caso, tales servicios podrán ser prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente”.

ii) **Parágrafo primero del artículo 2.2.8.5.2.**

El texto del proyecto correspondiente al parágrafo primero del artículo 2.2.8.5.2., determina la obligación de que, aquellas personas jurídicas que pretendan la prestación de los servicios, deban acreditar el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el Capítulo 1 del Título 8 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1078 de 2015; sin embargo, al hacer una evaluación sistemática del texto, se encuentra que no es necesaria su incorporación en una nueva norma, toda vez que el Capítulo a que se hace referencia (artículos 2.2.3.1.1. y ss.), justamente determinan condiciones generales para operadores postales y sería de obligatorio cumplimiento, en todo caso, para efectos de la prestación de los servicios postales de pago a que se refiere la Ley 1442 de 2011.

Así mismo la eliminación del parágrafo a que aquí se hace referencia no inhibe de manera alguna la facultad a que se refiere el inciso segundo del parágrafo primero del proyecto de artículo 2.2.8.5.2., la cual se ha desarrollado respecto de las operaciones postales de pago (genéricamente consideradas) para la modalidad de giro nacional, por lo cual se reitera la sugerencia de eliminar el parágrafo completo.

iii) **Parágrafo segundo del artículo 2.2.8.5.2.**

En lo que hace al contenido del citado parágrafo segundo, también se sugiere su eliminación; en efecto al validar el texto que se propone, se encuentra que éste exige que para la prestación de las modalidades de operación postal de pago a que se refiere la Ley 1442 de 2011 los operadores “(...) *deberán contar previamente con la habilitación otorgada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para cada una de ellas*”, previsión que si bien se estima razonable, en técnica regulatoria tampoco es requerida ya que para este caso aplicarían los requisitos que establezca el Ministerio, igual que ocurre ya con la modalidad de “giro nacional”, motivo por el cual tales previsiones quedarán sujetas a los requisitos que se establezcan por el Mintic vía resolución.

b. Artículo 2.2.8.5.3.

i) **Numeral 4.**

La obligación de “Asegurar” el intercambio de datos con otros operadores en el marco de garantizar un esquema de interoperabilidad, no se estima, debe corresponder a una obligación, sino a un deber que se aplique cuando facultativamente el respectivo operador concurra en la figura de la interoperabilidad.

En efecto, si bien es cierto la interoperabilidad es un principio que gobierna la actividad postal, tal principio se deriva del logro de la cobertura geográfica en aquellos eventos en los cuales los operadores tienen un alcance parcial de los territorios, no así cuando éstos han logrado la suficiente capilaridad para contar con una cobertura total.

En ese orden se requiere que la obligación del numeral 4º sea facultativa por lo que se sugiere el siguiente texto:

“4. En los eventos en los cuales los operadores pacten su interoperabilidad, asegurar el intercambio de datos necesarios para una cabal prestación de los servicios postales de pago”.

ii) Numeral 7.

En relación con la obligación de que los usuarios cuenten, como máximo, con una sola cuenta por cada operador postal de pago, es pertinente aclarar el origen y finalidad de la limitación que se incorpora en el proyecto.

Lo anterior teniendo en cuenta que, atendiendo la naturaleza operativa del servicio, se encontraría útil poder ofrecer a los usuarios más de una cuenta que les permita contar con diferentes alternativas a la hora de administrar sus pagos.

c. Artículo 2.2.8.5.4.

Numerales 1 y 9.

Los numerales a que aquí se hace referencia, incorporan prohibiciones relacionadas con el ejercicio de actividades vedadas a agentes que no tengan la capacidad legal para tales fines.

Sin embargo al validar el contenido de cada uno de los numerales se observa que:

- i) Sobre el numeral 1º se refiere a actividades de captación cuya prohibición deviene de normas de carácter legal y especial pero que, a su vez, no son incompatibles con la institucionalidad jurídica autónoma que se instauró mediante la Ley 1369 de 2009 y la Ley 1442 de 2011, motivo por el cual se sugiere la redacción a que se hace referencia más adelante.
- ii) Sobre el numeral 9 se observa que, por una parte, éste se refiere a actividades que legalmente no necesariamente están prohibidas para agentes diferentes a las entidades financieras bajo ciertas condiciones y que, a su vez, incorpora actividades que como aquella a que se refiere el numeral 1º se determinan en normas especiales.

Atendiendo lo aquí considerado, se sugiere reemplazar los 2 numerales por uno del siguiente texto que en efecto generaría la prohibición expresa que se ha plasmado en el proyecto:

“1. Realizar actividades cuyo ejercicio esté legalmente prohibido para los Operadores Postales de Pago”

d. Artículo 2.2.8.5.5.

Al analizar la naturaleza propia de los servicios postales de pago diferentes al giro nacional a que se refiere la Ley 1442 de 2011 y que son objeto de regulación con el proyecto, se encuentra que éstos no tendrán una incidencia jurídica o fáctica respecto del régimen de Colaboradores que ya está establecido para el servicio de giro nacional, motivo por el cual se sugiere respetuosamente eliminar este artículo.

Ahora bien, con independencia de la anterior consideración, también se estima pertinente que se tenga en cuenta que en la arquitectura regulatoria con que viene funcionando la industria, la definición de los contenidos de los contratos con los Colaboradores está determinada en las Resoluciones expedidas por el Ministerio, motivo por el cual, de considerarse necesario mantener la totalidad o parte del contenido del presente artículo, se sugiere que el mismo se deje para una resolución a ser expedida sobre la materia, lo que permitirá mantener uniformidad y una estructura normativa técnicamente determinada.

2. Artículo 2

Sobre el contenido del artículo 2º se sugiere reemplazar la obligación de conexión con la Registraduría Nacional del Estado Civil por la siguiente:

*“Artículo 2. Revisión de la reglamentación por parte del MINTIC. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones procederá, dentro de un plazo máximo de seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de este Decreto, a la revisión y actualización de las resoluciones relacionadas con el sistema de administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, sobre los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, el sistema de administración del riesgo de liquidez, el sistema de administración del riesgo operativo y de tipo tecnológico, igualmente el sistema de control interno, de información periódica y funcionamiento en materia de giros declarados en rezago y sobre aquella que establece las garantías para cubrir los riesgos en la prestación de servicios postales de pago en virtud de lo dispuesto en el presente decreto. En particular, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá las condiciones para que los operadores postales de pago se **cuenten con mecanismos idóneos de plena identificación de los clientes y usuarios.**”*

Lo anterior teniendo en cuenta que, los términos de disponibilidad y costos de la Registraduría pueden generar afectación en el servicio e incluso, industrias como la bancaria no

necesariamente utilizan tal mecanismo sino otros como centrales de riesgo que permiten mecanismos de plena e idónea identificación.

III. CONCLUSIONES

Como conclusión nos permitimos manifestar nuestro agradecimiento y el de nuestros usuarios por el paso regulatorio que se propone, ello en el marco de ofrecer mayores alternativas en medios de pago a los sectores menos favorecidos y, por ese medio, mejores niveles de inclusión financiera que genere bienestar en la población.

Agradecemos su amable atención.

Cordialmente,

LUDIVIA POSADA VALENCIA
REPRESENTANTE LEGAL
EFFECTIVO LTDA.