SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Radicación:2020211703-003-000
Fecha: 2020-10-15 19:14 Sec.día10818
Anexos: No

Trámite::758-ESTUDIOS ESPECIALES
Tipo doc::39-RESPUESTA FINAL E
Remitente: 50300-50300-SUBDIRECCION DE REGULACION
Destinatario::12 - 12-MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - MINTIC

Doctor
MANUEL DOMINGO ABELLO ÁLVAREZ
Director Jurídico
MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - MINTIC
Edificio Murillo Toro Carrera 7 y 8 Calle 12A y 13
minticresponde@mintic.gov.co
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020211703-003-000
Trámite : 758 ESTUDIOS ESPECIALES
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E
Anexos :

Respetado doctor Abello:

De manera respetuosa presentamos nuestros comentarios al proyecto de decreto “mediante el cual se establecen las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal” que fue publicado para comentarios del público por parte del Ministerio de Tecnología de Información y las Comunicaciones (“MinTIC”).

Sobre el particular, expresamos las siguientes consideraciones:

Una vez revisado y analizado el texto propuesto, se concluye que el mismo, amparado en las disposiciones consignadas en las leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011 y sus desarrollos reglamentarios, replica la estructura y funcionamiento de algunos productos y servicios actualmente prestados por entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y que se encuentran enmarcados dentro del arreglo institucional propio del sector financiero.

Concretamente, nos referimos a las operaciones de depósitos de dinero (captación de recursos del público) y a las actividades autorizadas a las Sociedades de Depósitos y Pagos Electrónicas (“SEDPE”), las cuales fueron creadas como mecanismo para promover la inclusión financiera a través de la prestación de servicios financieros transaccionales, fin invocado dentro de la parte motiva del proyecto de decreto.

Frente al particular, es preciso señalar que, de conformidad con lo establecido en la Ley 1735 de 2014, el Gobierno Nacional definió el régimen específico para las SEDPE, el cual tiene como propósito que estas sociedades, en el desarrollo de su operación, cuenten con adecuados estándares en materia patrimonial, administración y gestión de riesgos, canales para su funcionamiento, un esquema idóneo para la protección de los consumidores, entre otros.

Adicionalmente, en este punto resulta relevante señalar que la creación de estas entidades tuvo como propósito el aprovechamiento de la infraestructura tecnológica disponible y la capacidad instalada en términos de cobertura territorial de otros agentes de la economía (vr.gr. las entidades postales), y el diseño de una regulación prudencial más liviana, ajustada a los riesgos que administrarán estas nuevas entidades. Dicho arreglo institucional promovió una mayor competencia en la prestación de servicios financieros transaccionales y acceso a los servicios financieros formales de las poblaciones no bancarizadas .

Bajo este contexto, una vez contrastada la propuesta planteada por el MinTIC, la misma desarrolla de manera similar la cadena de valor del mercado de pagos y transferencias electrónicas en el que ya participan las entidades financieras, circunstancia que justifica la necesidad de reconsiderar su necesidad, pertinencia y viabilidad, así como su homologación con otros regímenes vigentes, con el propósito de reducir y prevenir esquemas de arbitraje regulatorio en actividades de la misma naturaleza y riesgos.

1. LAS ACTIVIDADES DE GIRO DE PAGO, GIRO DE DEPÓSITO Y TRANSFERENCIA POSTAL Y LA CAPTACIÓN DE RECURSOS DEL PÚBLICO.

Atendiendo a las definiciones contenidas en la normativa postal y a los postulados para la configuración de la conducta de captación masiva y habitual de recursos del público (Decreto 1981 de 1998), se hace necesario abordar algunos aspectos respecto de la naturaleza jurídica del giro de depósito.

El artículo 1 de la Ley 1442 de 2011 define al giro de depósito así: “el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita que se depositen en la cuenta del destinatario, sin retención alguna” (Subrayamos).

Adicionalmente, el soporte técnico del proyecto señala que los servicios postales de pago, en los términos del numeral 2.2.3 del artículo 3º de la Ley 1369 de 2009 y la Ley 1442 de 2011, suponen la apertura de cuentas postales con los operadores postales, cuyo objetivo es que con cargo a tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos, según lo determinó la Corte Constitucional en la Sentencia C-823 de 2011.

De las anteriores definiciones, se puede colegir que el giro de depósito corresponde a un contrato de depósito de cosas fungibles regulado en el artículo 1179 del Código de Comercio, el cual establece: “en el depósito de cosas fungibles el depositante podrá convenir con el depositario en que le restituya cosas de la misma especie y calidad. En este caso, sin que cesen las obligaciones propias del depositario adquirirá la propiedad de las cosas depositadas. (Subrayado y negrita por fuera del texto)”.

El emprendimiento es de todos
Minhacienda

La doctrina ha catalogado al depósito de cosas fungible como depósitos irregulares (operación propia de la actividad financiera), en contraposición a los depósitos regulares, en la medida en que el bien objeto de la relación contractual es un bien fungible, a diferencia del depósito regular (bienes no fungibles). En este sentido, Rodriguez Azuero ha señalado que los depósitos irregulares se caracterizan porque el depositario adquiere la propiedad de los bienes que recibe y puede disponer libremente de ellos, en cuanto a su obligación se reduce a tener que devolver una cantidad equivalente. Además, agrega que el depósito irregular de dinero permite reconocer la existencia de una típica operación de crédito, pues existe una transmisión actual de la propiedad por parte del depositante con cargo para este último de devolverá ulteriormente, en una fecha fija o determinable, o en el momento en que depositante así lo indique .

En atención a lo expuesto, se considera que el depósito irregular de dinero a través de los giros de depósito constituye una operación de captación masiva de recursos del público, o se confunde fácilmente con ésta, actividad que es propia de las entidades de carácter financiero definidas y reguladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2020. Lo anterior, en la medida que el operador de servicios postales adquiere pasivos con el público, al estar obligado a devolver ulteriormente los recursos al depositante, y se cumplan los criterios de habitualidad definidos en el Decreto 1981 de 1989 .

Por todo anterior, se considera que el desarrollo de las actividades propuestas en el proyecto se encuentra circunscrito al ámbito de las actividades financieras propias de las entidades sometidas a la vigilancia de esta entidad y para cuyo desarrollo se debe adoptar cualquiera de las licencias ya existentes en el régimen financiero colombiano.

2. INAPLICABILIDAD DE LOS POSTULADOS ESGRIMIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-823 DE 2011 EN MATERIA DE OPERACIONES FINANCIERAS NEUTRAS.

Mediante Sentencia C-823 de 2011, la Corte Constitucional abordó la concepción de los servicios postales descritos en la Ley 1442 de 2011 como las actividades financieras.

En primer lugar, la Corte Constitucional analizó la concepción de “actividad financiera”. Al respecto, concluyó que en el ordenamiento jurídico no se encontraba una definición de “actividad financiera”, pero que se podría considerar como tales la captación de recursos del público y la intermediación financiera.

En segundo lugar, determinó que los servicios postales de pago no se confunden materialmente con actividades financieras y su prestación se encuentra atada a la garantía y a la eficacia de los derechos fundamentales a la correspondencia y a la privacidad. En este orden, para la Corte, 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, las cuales constituyen operaciones neutras.

Sobre las operaciones neutras, la Corte Constitucional explica que son aquellas operaciones en que los establecimientos bancarios no asumen ningún riesgo, pero que se adelantan por

ser actividades instrumentales a las demás, por el cual los establecimientos bancarios cobran una comisión. Agrega además que si bien a través de estas se perciben 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, que surgen como complemento o actividad suplementaria de las operaciones pasivas y activas.

La descripción realizada por la Corte Constitucional no coincide con la operación de giro de depósito postal, la cual implica, como se explicó, la celebración de un contrato de depósito irregular. En su lugar, corresponde a la descripción de la operación de un giro nacional, el cual corresponde a un mandato específico, y que por el cual no constituye captación masiva e ilegal de dineros público a diferencia del giro de depósito.

En consecuencia, se considera que los postulados de la Sentencia C-823 de 2011 no resultan aplicables a la regulación de las operaciones de giro de depósito, en la medida en que no se tiene en cuenta que dicha actividad corresponde a una captación de dineros del público a través de la constitución de depósitos irregulares y no a una operación neutra como las abordadas y analizadas en dicho pronunciamiento.

3. EL MARCO LEGAL FINANCIERO COLOMBIANO PREVÉ LICENCIAS PARA EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DE GIRO DE PAGO, GIRO DE DEPÓSITO Y TRANSFERENCIA POSTAL Y PARA ATENDER LAS NECESIDADES EN MATERIA DE INCLUSIÓN FINANCIERA.

A efectos de desarrollar este punto nos remitiremos a la exposición de motivos de la Ley 1735 de 2014, en la cual se expresó lo siguiente:

“ (…) es importante aclarar que las sociedades especializadas en depósitos y pagos, si bien son instituciones financieras, no hacen parte de aquellas que conforman los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización ni entidades aseguradoras ni los intermediarios de seguros y reaseguros; sino que se constituyen como una entidad financiera diferente a las mencionadas, por lo que se insiste, las normas el EOSF le serán aplicables en la medida de su propia naturaleza.”

“(…) es importante señalar la posibilidad que tienen diversos agentes de optar por esta licencia agentes no solo del mercado financiero, sino aquellos que teniendo una alta capilaridad y una capacidad instalada, como las redes postales y las de telecomunicaciones, tengan capacidad para atender este mercado. Es importante señalar, que el proyecto expresamente autoriza a los establecimientos de crédito a invertir en estas sociedades, sin perjuicio de la facultad que hoy tienen para prestar directamente el servicio. (….)”

Tal y como se desprende del texto citado, la creación de las SEDPE tuvo en consideración la posibilidad de que entidades como las redes postales usaran su infraestructura para la promoción e inclusión de servicios financieros transaccionales a través de los depósitos definidos en la ley, los cuales gozan de atributos semejantes a los referidos a los productos postales de giro de depósito, giro de pago y transferencia postal. Para el efecto, creó una licencia de entidad financiera más “ligera” que atendiera a las características y restricciones

propias de su actividad, la cual fue posteriormente implementada y complementada por el Gobierno Nacional en ejercicio de su facultad reglamentaria.

Dicha posibilidad quedó expresamente consagrada en el parágrafo 3 del artículo 1 de la ley 1735 de 2014 así:

"PARÁGRAFO 3o. Las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos podrán ser constituidas por cualquier persona natural o jurídica, incluyendo, entre otros, los operadores de servicios postales y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables. Se entenderá como operador de servicios postales la persona jurídica, habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que ofrece al público en general servicios postales a través de una red postal, según lo establecido en el numeral 4 del artículo 3o de la Ley 1369 de 2009 y como proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones a la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros, a los que se refiere la Ley 1341 de 2009 y, como Empresas de Servicios Públicos domiciliarios las descritas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994."

Bajo este contexto, en la medida en que las finalidades y objeto del proyecto de decreto y la referida ley 1735 de 2014 se tornan idénticas, y que la propuesta planteada por el Min TIC desarrolla de manera similar la cadena de valor del mercado de pagos y transferencias electrónicas en el que ya participan las entidades financieras, se sugiere evaluar la pertinencia de establecer una nueva licencia y un nuevo esquema de vigilancia no financiera para el desarrollo de idénticas operaciones, más aún cuando el legislador ya adoptó medidas y estableció un arreglo institucional en el cual pueden participar las redes postales.

Finalmente, es importante que el desarrollo de la regulación se equipare de manera íntegra respecto de la implementación de estándares internacionales en materia prudencial (i.e. riesgo de liquidez, operacional, ciberseguridad, SARLAFT y el manejo de depósitos), o de lo contrario se podría incurrir en un de arbitraje regulatorio.

4. CONCLUSIÓN

El sector financiero ha provisto soluciones soportadas en tecnologías para el ofrecimiento de productos de depósitos transaccionales, los cuales tienen una función económica igual a las referidas cuentas postales del proyecto de decreto, al habilitar la transferencia, giro y pago electrónico con cargo a depósitos administrados por las entidades sometidas a la inspección, control y vigilancia del Estado.

La propuesta presentada genera un potencial arbitraje respecto de los servicios prestados por las entidades financieras por medio de contratos de depósito y mediante los cuales los consumidores, a través de los instrumentos de pago definidos por cada entidad, acceden al sistema de pagos y transferencias de bajo valor.

La carga regulatoria que actualmente asumen las entidades financieras que prestan estos servicios, exige requerimientos en materia de riesgo de liquidez, operativo, SARLAFT, mercado, requerimientos de patrimonio, con los que también cuentan los operadores postales pero en distintas condiciones, Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta dentro del proceso de expedición y deben ser homologadas para generar igualdad en las reglas de juego para todos los que desarrollen esta actividad.

Finalmente, la legislación financiera prevé una licencia para que los operadores postales desarrollen las actividades transaccionales previstas en el proyecto de decreto (SEDPE), razón por la cual se hace innecesario establecer un nuevo régimen que desconozca la arquitectura definida por el legislador para el desarrollo de estas operaciones.

En los anteriores términos damos por atendido su requerimiento.
Visítenos en www.superfinanciera.gov.co donde podrá consultar información del sistema financiero, bursátil y asegurador colombiano, realizar trámites en línea y acceder a nuestros espacios de participación ciudadana. Recuerde que también estamos en Twitter y Facebook.

Cordialmente,

FELIPE ALARCON SIERRA
50300-Subdirector de Regulación
50300-SUBDIRECCION DE REGULACION

Copia a:

Elaboró:
PAOLA ROCIO PEÑA RODRIGUEZ
Revisó y aprobó:
FELIPE ALARCON SIERRA