

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2020290388-002-000

Fecha: 2020-12-15 20:50 Sec.día 6623

Anexos: No

Trámite: 454-SOLICITUD DE INFORMACIÓN ESPORÁDICA

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-

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - MINTIC

minticresponde@mintic.gov.co

Edificio Murillo Toro Carrera 7 y 8 Calle 12A y 13

Barrio

Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2020290388-002-000
Trámite : 454 SOLICITUD DE INFORMACIÓN ESPORÁDICA
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E
Expediente : *
Anexos :

Referencia: Comentarios de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) al proyecto de decreto “(p)or el cual se adiciona el Capítulo 5 al Título 8 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para establecer las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal”

Respetados señores:

De manera respetuosa presentamos nuestros comentarios al proyecto de decreto “(p)or el cual se adiciona el Capítulo 5 al Título 8 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para establecer 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 MINTIC.

Sobre el particular, expresamos las siguientes consideraciones:

Una vez revisado y analizado el texto propuesto para la segunda ronda de comentarios, se observan ajustes específicos al texto que tienen como finalidad definir de manera puntual aspectos relacionados con la eventual replica de 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.

Los ajustes observados son los siguientes: (i) se mencionó que los montos consignados en la cuenta postal deben ser transferidos o girados conforme a la orden de pago o de transferencia dada por el usuario de acuerdo con la respectiva modalidad (Núm. 2, Artículo 2.2.8.5.3.); (ii) se aclaró que los montos consignados no podrán exceder los plazos máximos que sean fijados por el MINTIC (Núm. 2, Artículo 2.2.8.5.3.); y (iii) se obligó a los operadores postales de pago a asegurar una separación de su patrimonio y la administración de los recursos depositados en las cuentas postales involucradas en la prestación de las otras modalidades descritas en el cuerpo normativo conforme a las reglas y condiciones que determine para el efecto el MINTIC (Núm. 8, Artículo 2.2.8.5.3.).

Se considera que el propósito de dichos cambios consiste en diferenciar las operaciones desarrolladas por los operadores de servicios postales y las entidades vigiladas por la SFC, específicamente en lo atinente a la recepción de recursos de dinero mediante contratos de depósito

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

irregular y blindar los intereses de los usuarios mediante la implementación de esquemas de protección que garanticen la segregación patrimonial entre los activos propios del operador postal y los recursos recibidos de los usuarios de los servicios postales

Sin embargo, es preciso señalar que el arreglo definido en la regulación implica, potencialmente, un riesgo de ejercicio ilegal de la actividad financiera, toda vez que las previsiones contenidas podrían habilitar un esquema de administración de recursos de terceros por parte de entidades no sometidas a la inspección y vigilancia de la SFC, circunstancia que los ubica en los supuestos bajo los cuales una persona natural o jurídica incurre en la conducta de captación masiva y habitual, definida en el Decreto 3227 de 1982, el cual fue modificado en 1988 por el Decreto 1981 de 1981, e incorporado en el Artículo 2.18.2.1 del Decreto 1068 de 2015

Lo anterior, en la medida en que el proyecto de decreto habilita a los operadores de servicios postales a administrar los recursos consignados sin que haya una especificidad respecto del destino de los mismos, y que las definiciones de las distintas modalidades de servicios postales de pago (Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal) no proveen los elementos suficientes para cerrar el destino de los recursos que administraría el operador de servicio postal. Esta afirmación tiene sustento en las disposiciones del Decreto 1981 de 1989 y en el concepto del contrato de mandato dispuesto en la normativa vigente.

En primer lugar, el Decreto 1981 de 1989 establece que:

“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 uno 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 más 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.

Parágrafo 1º. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además 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 2º. 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 4º grado de consanguinidad, 2º 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”.
(Negritas por fuera del texto)*

En segundo lugar, el artículo 2142 del Código Civil define el contrato de mandato como “(...) un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”, negocio que, de acuerdo con el artículo 2149 de la misma norma, es consensual, de modo que: “El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra”.

De la norma referida es factible colegir que el encargo de la gestión puede recaer sobre uno o varios negocios jurídicos determinados o sobre todos los negocios del mandante, de allí que se distinga entre mandatos especiales y mandatos generales.

Así, en el primero, el mandatario celebra y ejecuta un negocio o negocios rigurosamente especificados, conforme a las instrucciones que le han sido dadas, en nombre y por cuenta y riesgo de su mandante; mientras en el segundo, se configura cuando comprende el todo de los negocios del mandante.

En materia comercial es importante señalar que conforme lo expresa el artículo 1262 del Código de Comercio, el mandato ha sido definido como el “contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o varios actos de comercio por cuenta de otra” llamada mandante,



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

quien puede o no conferirle al mandatario facultades de representación”.

Atendiendo el alcance o extensión de la gestión, la doctrina ha clasificado el mandato en discrecional y dirigido, siendo el primero “cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca”, lo que no significa que el mandatario se sienta autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales”, y en el segundo, “cuando el mandante ejerce de manera permanente la facultad de dar instrucciones al mandatario...” (Escobar Sanín Gabriel, Negocios Civiles y Comerciales. Negocios de Sustitución. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, 1987, Bogotá, págs. 324 y 325).

Bajo este contexto, cuando se confiere la facultad a un mandatario de administrar dineros del mandante bajo la modalidad de libre administración, sin respetar los límites consagrados en el proyecto de decreto, dicha actividad del mandatario podría estar incurso dentro del tipo penal que sanciona la captación masiva y habitual descrito en el artículo 316 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) por tratarse de una administración de recursos de terceros sin ser una entidad vigilada por la SFC.

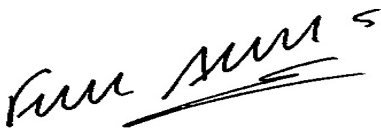
Para el caso específico de las operaciones de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal es necesario evaluar si se podría entender que las características definidas para cada una de ellas carecen de una determinación específica respecto de las operaciones a efectuar con cargo a las denominadas cuentas postales, en la medida en que para su operación no requieren precisar de manera previa, individual y detallada el tipo de débitos que se deben ejecutar con cargo a éstas, el destino de los recursos que se depositan en dicha cuenta, facilitando que, por un lapso de tiempo (hoy desconocido), los operadores de servicios postales tengan discrecionalidad sobre el destino de los recursos depositados por los usuarios. En caso afirmativo, esto podría ser entendido como propio de una actividad de las entidades sometidas a la vigilancia de la SFC.

Independientemente de lo anterior, como quiera que la propuesta planteada por el MINTIC, en lo sustancial, desarrolla de manera similar la cadena de valor del mercado de pagos y transferencias electrónicas en el que participan entidades financieras, se considera relevante que el desarrollo de esta regulación corresponda de manera íntegra a la implementada para este sector en lo relacionado con los estándares internacionales en materia prudencial (i.e. riesgo de liquidez, operacional, ciberseguridad, SARLAFT), con el fin de no incurrir en arbitrajes regulatorios.

En conclusión, el proyecto de decreto, 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 la SFC, los cuales se encuentran enmarcados dentro del arreglo institucional propio del sector financiero, circunstancia por la cual se reitera la relevancia de 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 mediante su adaptación a las reglas por él definidas (ej. Licencia SEDPE).

En los anteriores términos damos por atendida su solicitud.

Cordialmente,



FELIPE ALARCON SIERRA

50300-Subdirector de Regulación
50300-SUBDIRECCION DE REGULACION

Copia a:

Elaboró:

PAOLA ROCIO PEÑA RODRIGUEZ



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Revisó y aprobó:
FELIPE ALARCON SIERRA

