

1.2 Subdirección de Desarrollo de Mercados

Doctor

IVÁN MANTILLA GAVIRIA

Viceministro de Conectividad y Digitalización

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

proyectos.normativos.dicom@mintic.gov.co

Ciudad

Asunto: Concepto proyecto de decreto “*Por 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*”

Respetado doctor Mantilla:

De manera atenta nos permitimos reiterar a usted los siguientes comentarios frente al proyecto de decreto mediante el cual el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamenta las condiciones para la prestación de los servicios de giro de pago, giro de depósito y transferencia postal, definidos en la Ley 1442 del 2011, así:

- “1.1 Giro en efectivo: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita el pago en efectivo del importe íntegro, sin retención alguna, al destinatario.*
- 1.2 Giro de pago: 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.*
- 1.3 Giro de depósito: 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.*
- 1.4 Transferencia postal: el expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita que se acredite un importe equivalente en la cuenta del destinatario llevada por el operador designado pagador, sin retención alguna.”*

Para efectos del análisis que corresponde realizar a esta Unidad desde el ámbito de su competencia, estimamos pertinente resaltar que, tal como se menciona en los considerandos del proyecto de norma, dichos servicios suponen la apertura de cuentas con los operadores postales, con el fin de que de tales cuentas se debiten o acrediten los montos a ser transferidos en virtud del giro o transferencia postal.

En efecto, según el artículo 2.2.8.5.3. de la propuesta normativa, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará los montos y plazos máximos para conservación de los fondos de los usuarios, quienes en cualquier caso solo podrán contar con una cuenta por cada operador postal de pago.

En tal sentido la proyectada disposición prevé:

“Artículo 2.2.8.5.3. Condiciones para la prestación de las otras modalidades de servicios postales de pago. Los interesados en la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal deberán cumplir, sin perjuicio de los requisitos y condiciones establecidas para la habilitación de los Operadores de Servicios Postales de Pago, con las siguientes condiciones:

1. Establecer topes máximos para los montos consignados en la cuenta y topes máximos para los montos acumulados de los giros o transferencias que se realicen en un mes calendario, en cualquier caso, estos no podrán exceder el tope máximo que sea fijado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2. Determinar los plazos máximos para que los montos consignados en la cuenta sean objeto de giro o transferencia, de acuerdo con la modalidad, Giro de Pago, Giro de Depósito o Transferencia postal, atendiendo a la normatividad vigente.

(...).”

En adición a lo anterior el proyecto contempla entre las prohibiciones a los operadores las siguientes:

“Artículo 2.2.8.5.4. Prohibiciones. A los operadores de servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, les aplican las siguientes prohibiciones:

- 1. Realizar operaciones que impliquen la captación de dineros del público, con o sin interés.*
- 2. Realizar cualquier giro o transferencia que no tenga un destinatario debidamente identificado. El tempo para realizar el giro o transferencia no podrá superar los plazos máximos establecidos, al os que se refiere el numeral 2 del artículo*

2,2,8,5,3, del presente decreto.

5. Efectuar retenciones sobre los montos consignados en las cuentas, excepto cuando se trate del cobro del valor de la comisión por servicios que establezca cada uno de los operadores (se subraya).

Esta Unidad advierte que las disposiciones proyectadas plantean, de una parte, actividades cuyo alcance son propios de la actividad financiera, y, de otra, que podrían plantear una posible contradicción en el mismo cuerpo normativo, al permitir operaciones que por su funcionalidad y sentido económico se enmarcarían en la captación masiva de recursos del público.

En efecto, considerando que no hay ninguna mención a que la entrega a favor del destinatario de los recursos comprendidos en las operaciones se deba realizar por la totalidad del valor del giro y, por el contrario, al reconocerse en varios apartes del proyecto que es factible para el operador “almacenar”, “acumular” y “conservar” los fondos de los usuarios, así sea con carácter temporal, forzoso resultaría concluir que el régimen permitiría la generación masiva de pasivos a cargo del operador y a favor de sus usuarios, así como el pago fraccionado del importe de los giros y transferencias.

Entendiendo que el aspecto planteado por esta Unidad ha sido materia de diversos análisis y consideraciones, pero siendo imperativo para esta dependencia preservar el tratamiento uniforme de actividades que tienen el carácter de financieras, la integridad y coherencia del régimen a ellas aplicable, pero especialmente la protección de los recursos del público, a continuación, se presentan los siguientes comentarios:

1. Alcance de algunas de las operaciones previstas en el proyecto de decreto. Su identidad con operaciones financieras que implican la captación masiva de recursos del público

Esta Unidad no desconoce que el debate jurídico conceptual en tono a la frontera regulatoria entre las actividades financieras y las que se hacen desde el ámbito postal ha sido amplio y complejo. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido la evidente similitud e incluso identidad de algunas operaciones realizadas por instituciones financieras y operadores postales, reconociendo la coexistencia de esos dos regímenes, pero planteando, a nuestro juicio, con absoluta claridad, cuándo ciertas operaciones deben ser entendidas como propias del perímetro de la regulación financiera.

Para el efecto estimamos pertinente plantear las siguientes consideraciones:

a. Servicios postales de pago y perímetro de la actividad financiera. Jurisprudencia sobre la actividad de captación de recursos del público y los servicios postales de pago

En la Sentencia C-823 de 2011 la Corte Constitucional concluyó, entre otros 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”*.

Adicionalmente el máximo Tribunal Constitucional aseveró sobre los servicios postales de pago que: *“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”*.

Debe resaltarse no obstante que tan precisa conclusión partió de un presupuesto planteado con absoluta claridad en la providencia: *“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”*. Y reitera la providencia que los servicios postales de pago implican *“una transferencia de fondos entre dos lugares geográficos distintos”* (se resalta).

Esta reseña de jurisprudencia, que podría ser más extensa, plantea a nuestro juicio, con meridiana claridad que si bien los servicios postales de pago suponen el manejo de fondos, no deben considerarse a la luz de los preceptos de la Ley 1369 de 2009 como servicios financieros a pesar de la identidad de algunos de éstos con los primeros, asumiendo sí que son actividades que se encuentran por fuera del perímetro regulatorio financiero porque no implican la captación masiva de recursos del público a la luz de los criterios previstos en el Decreto 1981 de 1988, normativa a partir de la cual la Superintendencia Financiera ha construido la frontera de la actividad financiera.

Del análisis de la Corte debe resaltarse además la consideración que hizo de la clasificación de las operaciones bancarias en activas, pasivas y neutras. Citando distintas fuentes doctrinales la Corte señaló que *“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”.

Y en punto al estudio que abordaba señaló que “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”.

Obsérvese por lo tanto que la exclusión de los servicios postales de pago parte de un principio según el cual no pueden implicar la captación masiva de recursos del público. Resulta tan categórica esta afirmación que la misma Corte entiende conceptualmente los servicios postales de pago como una operación neutra, similar a las facilidades bancarias que permiten la transferencia de fondos entre un lugar y otro, pero reiterando que nunca puede suponer la captación de recursos a la manera de un depósito, puesto que implica una asunción de riesgos.

b. Algunas de las operaciones previstas en el proyecto de decreto frente al perímetro de la regulación financiera

Esta Unidad observa que las operaciones previstas en el proyecto de decreto que se refieren a “una cuenta llevada por el operador”, colocarían a éste en posición de captar masivamente recursos del público, actividad no permitida a los operadores postales y que es propia de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

En efecto, en línea con la aproximación precedente, adoptada por la jurisprudencia y la doctrina, entendemos que conceptualmente los servicios postales de pago suponen la transferencia de dinero de un lugar a otro, en virtud de un contrato de mandato, mediante el cual el mandante instruye al operador postal para que actúe como mandatario y entregue unos recursos a un beneficiario.

En la operación, el operador postal sirve de canal para materializar el traspaso de los recursos y mantiene bajo su custodia los dineros objeto de la operación solo durante el lapso de tiempo que le toma realizar la entrega de los mismos. El contrato de mandato que aquí se configura es de ejecución instantánea y necesariamente la totalidad de los recursos objeto del giro deben ser entregados al beneficiario en una única operación.

En ese sentido, en la operación de giro el operador postal debe entregar los recursos de manera íntegra al beneficiario, y no podrá ni retenerlos ni entregarlos de manera fraccionada, aún y cuando ésta fuera la voluntad del beneficiario, tal como lo estipula la Ley 1442 de 2011. De hecho, los giros aun cuando suponen el manejo de recursos, no pueden conllevar a la realización de una operación pasiva de captación. El manejo de los recursos se da como consecuencia del mandato antes explicado y solo por el tiempo requerido para el cumplimiento de su objeto, pero en ningún caso dicha facultad se extiende a otras actividades.

En este sentido, entendemos que la actividad de administración de cuentas propuesta en el proyecto configura una actividad privativa de las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, por cuanto supone la recepción de recursos del público y su administración excediendo la naturaleza de los giros postales conforme fue explicada anteriormente.

Este aspecto resulta de la mayor relevancia. La doctrina reconoce que actividades como la intermediación en pagos, giros y transferencias se enmarcan en operaciones que tienen como subyacente contractual el mandato. En éstas hay una provisión de fondos destinada a que los mismos se coloquen en un lugar distinto a favor del mismo remitente o de un tercero. En otras palabras, el encargo –mandato– consiste en transferir una provisión o monto de recursos de un lugar a otro¹.

En línea con lo anterior, como se mencionaba, la doctrina y la misma regulación han reconocido la clasificación tradicional de las operaciones financieras en operaciones activas, pasivas y neutras según su naturaleza. Esta clasificación, si bien es propia de las operaciones bancarias, se ha empleado, como hemos señalado, para analizar la naturaleza de transacciones realizadas por terceros, atendiendo el contenido y alcance de éstas.

En las primeras, activas, se está frente a operaciones generalmente enmarcadas en contratos de mutuo, en virtud de los cuales una institución entrega recursos que deben posteriormente ser entregados por el deudor en el plazo y condiciones pactadas. En las pasivas, que generalmente obedecen a contratos de depósito, la institución capta masivamente dinero del público, recursos que deben ser restituidos a los depositantes en los términos y condiciones pactados, a la vista o a término. Se resalta que en estas la entidad acumula recursos de terceros que tiene la responsabilidad de custodiar y devolver, esencia de la regulación prudencial financiera.

Y por último, en las operaciones neutras, entre ellas los giros y otras actividades de pagos, la entidad no adquiere la condición de acreedor o deudor, sino que recibe un encargo para hacer una gestión, generalmente de transferir recursos².

De esta breve reseña debe resaltarse que una operación neutra, como el giro, supone una transferencia de recursos que debe ser ejecutada en una única instancia.

En efecto, no entregar la totalidad de los dineros en un único pago generaría una mutación del contrato de mandato de ejecución instantánea a uno de ejecución sucesiva y, en consecuencia, se configurarían los elementos del contrato de depósito, en donde el operador postal dejaría de ser un canal de traslado de recursos y pasaría a captar y/o administrar recursos del público.

¹ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Ed. Legis 2009. Págs 734 y siguientes.

² Ibídem, págs., 152 y siguientes.

La posibilidad de fraccionar el pago del giro, incluso con autorización del remitente y/o el beneficiario, radica en la institución una responsabilidad de custodia y restitución, convirtiendo una operación originalmente neutra en otra que tiene el carácter de pasiva, que correspondería al depósito irregular de dinero, actividad que es exclusiva de las instituciones financieras.

En ese sentido, para la Unidad de Regulación Financiera la reglamentación de los servicios postales de pago propuesta, tipifica una actividad financiera relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público a la que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 y el artículo 335 de la Constitución Política y la cual se ha establecido, únicamente puede ser ejercida por las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera las cuales deben cumplir con la regulación financiera aplicable.

Por lo anterior, consideramos que la propuesta transgrede el ámbito regulatorio de la actividad financiera.

2. Consideraciones frente a la protección de la confianza del público

Tal como lo establece la Corte Constitucional en su Sentencia C-823 de 2011, la Constitución no define el alcance las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 y el artículo 335 de la Constitución Política. Por lo anterior, el alto tribunal ha señalado que el legislador tiene la competencia para definir estos conceptos en función de los fines que se persiguen con la intervención.

Ahora bien, al mismo tiempo, la Corte Constitucional ha expresado que el fundamento de la intervención en las actividades financiera, bursátil y aseguradora no se encuentra exclusiva y principalmente en la captación de recursos sino en la protección de la confianza del público, en que estos sectores funcionen de forma adecuada y se cumplan los compromisos contractuales con los consumidores financieros³.

Para efectos ilustrativos a continuación se transcriben algunos apartes de la sentencia C-640 de 2010:

“La actividad financiera, bursátil y aseguradora es, pues, una actividad esencial para el desarrollo económico; constituye principal mecanismo de administración del ahorro del público y de financiación de la inversión pública y privada y está fundada en un pacto intangible de confianza. Se trata de la confianza por parte de los usuarios en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas. Y esa confianza está a su vez cimentada en una regulación adecuada y en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente. Esa confianza ha de ser permanente, continua, y totalmente extendida para que el sistema funcione. La historia económica global reciente demuestra que este no es un planteamiento meramente teórico: en el momento en que se rompe la confianza, el sistema financiero se paraliza, y con él la economía que de él depende. Las personas empiezan a desconfiar del sistema, y de su

³ Sentencia C-314 de 2009, Sentencia C-138 de 2018, Sentencia C-692 de 2007, Sentencia T-136 de 2013.

capacidad de cumplir la promesa contenida en cada una de las millones de transacciones diarias que dentro de él se realizan. El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del estado en este tipo de actividades. En eso, principalmente, consiste el carácter de "interés público" que la Constitución le imprime a este tipo de actividades, y de ahí el particular diseño institucional con el cual el constituyente dotó al Estado para permitirle la intervención en este tipo de actividades económicas."

En esa línea, la salvaguarda de los recursos del público es una actividad de interés público que implica una fuerte intervención estatal y que requiere el cumplimiento de las disposiciones prudenciales, conductuales y de administración de riesgo ya previstas en la regulación financiera, así mismo, requiere de una vigilancia estricta por parte de las autoridades competentes, como es el caso de la supervisión detallada que realiza la Superintendencia Financiera de Colombia.

Como fue mencionado en el acápite anterior, las disposiciones incluidas en el proyecto de decreto que tienen por objeto el habilitar al operador postal la conservación de los recursos de los usuarios por periodos de tiempo determinados, conllevan no solo a la desnaturalización de la mencionada actividad, sino que desconocen el perímetro regulatorio previsto desde la Constitución Política para las actividades financieras, bursátiles, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación.

Habilitar estas facultades en cabeza de los operadores postales de pago, supondría dotarlos de la capacidad de captar recursos para devolverlos, más allá de un mandato para el pago, en la medida en que la recepción debe suponer a su vez, la posibilidad de restitución de los mismos, así como su adecuada conservación y un régimen de responsabilidad determinado en el desarrollo de tales actividades. Es precisamente por ello que las instituciones financieras se encuentran bajo la rigurosa supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, quien es la encargada de velar por su adecuado funcionamiento y el cumplimiento de las normas aplicables.

Adicionalmente, la habilitación de estos servicios en cabeza de los operadores postales, supondría la creación de asimetrías regulatorias entre las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos y los mencionados operadores, a quienes por esta vía se les estaría facultando para el desarrollo de actividades, hasta la fecha exclusivas de las entidades financieras expresamente autorizadas para el efecto.

3. Consideraciones frente al ecosistema de pagos electrónicos

Finalmente, debe tenerse en cuenta que actualmente la Unidad de Regulación Financiera adelanta el proceso de expedición del decreto mediante el cual se actualiza la normativa del

sistema de pago de bajo valor⁴ la cual principalmente busca: i) precisar las actividades del sistema, definir los participantes y deberes aplicables a éstos; ii) fortalecer los estándares de gobierno corporativo de los administradores de los sistemas de pago y iii) elevar los estándares de transparencia e interoperabilidad en el sistema. La expedición del Decreto se enmarca en una visión de política de gobierno bajo la cual, disponer de sistemas de pagos eficientes, modernos e interoperables, es una condición de infraestructura financiera indispensable para el desarrollo económico del país.

Observamos como el proyecto de decreto aquí analizado, al reglamentar la interoperabilidad entre los operadores de pago postal, ocasiona la creación de un sistema de pagos paralelo al que actualmente opera en el país. En ese sentido, esta Unidad no considera conveniente originar un nuevo sistema de pago, con distinta reglamentación, actores y estándares de seguridad, ya que plantearía asimetrías regulatorias fundamentadas en el actor que presta los servicios.

La reglamentación propuesta desde la Unidad y la reglamentación que actualmente rige al sistema de pagos refleja la importancia de contar con actores regulados y vigilados, que garanticen la seguridad y confianza en el sistema.

La supervisión y regulación de los sistemas de pago son el desarrollo de la intervención estatal, toda vez que el legislador consideró que la administración de un sistema de pagos es una actividad que implica el manejo de recursos del público y por lo tanto debe contar con los estándares prudenciales y de seguridad suficientes para garantizar su debido funcionamiento. En efecto, el artículo 6 de la ley 795 de 2003 faculta al gobierno nacional para intervenir en las actividades que consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público, y para regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio, así como el artículo 72 de la misma ley trae a la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia las entidades que administren sistemas de pagos y compensación.

La creación de un sistema de pago que no garantice los estándares prudenciales adecuados para su debido funcionamiento, desconoce el espíritu del legislador y su mandato de velar por la protección de los recursos del público.

En ese sentido, vemos inconveniente la generación de un nuevo sistema de pago separado del que hoy opera y sobre el cual precisamente se viene adelantando un ajuste normativo que busca que dicho sistema sea más moderno, eficiente e incluyente.

⁴ El sistema de pago de bajo valor (SPBV) reúne las transacciones y pagos entre personas y comercios y es por lo tanto esencial para el adecuado funcionamiento del sector financiero y la economía en general. Ver, “Estudio sobre los sistemas de pago de bajo valor y su regulación” URF 2018.

Por lo anteriormente expuesto, la Unidad de Regulación Financiera considera que avanzar en la propuesta normativa analizada no es conveniente, pues abre la puerta para el desarrollo de actividades relacionadas con el manejo y aprovechamiento de recursos del público por fuera del marco normativo e institucional previsto para el desarrollo de dichas actividades, genera asimetrías regulatorias y no observa de forma integral las medidas de protección al consumidor.

Cordial saludo,

PEDRO FELIPE LEGA
Director

ELABORÓ: JOSE DAVID TORRES JIMENEZ