

Presidencia

Bogotá, 15 de octubre de 2020

Doctora
KAREN ABUDINEN ABUCHAIBE
Ministra
MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES
Bogotá, D.C.

Referencia: *Comentarios Proyecto de Decreto Servicios Postales de Pago*

Apreciada Señora Ministra:

De la manera más atenta nos permitimos remitir los comentarios de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -ASOBANCARIA respecto al 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".

1. COMENTARIOS GENERALES

1.1. Propósito del Proyecto de Decreto

Este Proyecto busca, al amparo de la interpretación efectuada por ese Ministerio, autorizar a los operadores postales de pago para prestar los servicios catalogados como "otros" en el numeral 2.2.3 del artículo 3° de la Ley 1369 de 2009, los cuales corresponden a los descritos en la Ley 1442 de 2011 "Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo relativo a los servicios postales de pago", firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008", a saber:

- **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.
- **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.
- **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.

Lo anterior significa que, de ser aprobado este Proyecto, los operadores postales de pago podrán ofrecer la apertura de cuentas postales, cumpliendo estos parámetros:

- Establecer topes máximos para montos consignados, o montos acumulados de los giros o transferencias en un mes (no podrán superar el tope fijado por MinTIC).
- Determinar los plazos máximos para que los montos consignados sean girados o transferidos (de acuerdo con normatividad vigente).



Presidencia

- Contar con mecanismos de cobertura y riesgos, incluidos SARLAFT (establecidos por MinTIC).
- Garantizar el seguimiento en línea del procesamiento de la orden de pago del giro o transferencia, y su revocabilidad.
- Los usuarios solo pueden contar con una cuenta por operador.

Además, el Proyecto de Decreto establece que dichas modalidades de servicios postales de pago serían prestadas directamente por los operadores postales de pago, o a través de sus colaboradores.

Así mismo, enuncia que en desarrollo de estos servicios los operadores de servicios postales de pago no podrán:

- Captar dineros del público, con o sin interés.
- Realizar giros o transferencias cuando sobrepasen el tope y/o plazo de tiempo máximo definido, o que no tengan un destinatario debidamente identificado.
- Prestar servicios cuando se presente una falla de comunicación.
- Prestar servicios o actividades distintas de aquellas para las cuales se encuentran habilitados.
- Efectuar retenciones sobre los montos consignados, salvo el cobro de comisiones.
- Disponer de los montos consignados en las cuentas, por fuera de la autorización expresa de los usuarios.
- Mantener los montos consignados en las cuentas por los usuarios por un término mayor al establecido en la normatividad aplicable.
- Otorgar créditos, financiación u operación de colocación o cualquier otra actividad exclusiva del sector financiero.

1.2. Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago

Como lo han anotado varios expertos en el tema, el *Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago* es el resultado de un trabajo que comenzó muchos años atrás en el Congreso Postal Universal de Beijing (1999) con el objetivo de dotar a los países miembros, a través de su *Operador Designado*, de mecanismos que les permitieran realizar el envío y recibo de dinero.

Para tales expertos, de la lectura de dicho Acuerdo y de las definiciones incluidas en el mismo, se puede concluir que este hace referencia a un *único territorio postal*, lo que refleja la clara intención de la Unión Postal Universal (UPU) de fortalecer la circulación de los envíos postales entre los países miembros, como parte de la finalidad y razones por las que se creó la UPU en el año 1871, que no era otra que facilitar la comunicación en el mundo y la interconexión entre operadores designados.

Este Acuerdo, suscrito en Ginebra el 12 de agosto de 2008, no modifica la legislación interna en materia de prestación de servicios financieros. Por el contrario, preserva la autonomía del derecho bancario nacional, al extremo que cuando no es posible que los operadores postales presten determinados servicios con sujeción a la ley local, no exige su puesta en marcha.

Esto, por cuanto el Acuerdo no se ocupa, y mal haría en hacerlo, de calificar si existe o no captación de recursos del público al establecer que un “operador designado” pueda ofrecer “cuentas”, pues como todo acuerdo internacional supone que, para este caso, los operadores postales de cada país deben cumplir con su legislación interna en relación con todos los temas que atañen a la prestación del servicio.



Presidencia

Al respecto, y observando que el Proyecto de Decreto da a entender que el Gobierno debe habilitar los “otros” servicios postales de pago que regula este Acuerdo -distintos de los giros nacionales y los giros internacionales-, sin excepción alguna, resulta apropiado precisar que en virtud de este Acuerdo los países miembro no están obligados a que en sus territorios se presten imperativamente todos los servicios postales de pago, sino a llevar a cabo el mejor esfuerzo para que entre en vigencia al menos uno de ellos.

En tal medida, tratándose de una obligación internacional de medio, mas no de resultado, Colombia acataría sus deberes internacionales viabilizando cualquiera de los servicios -a la fecha ya está en marcha el giro nacional-, o acreditando que se emplearon los mejores esfuerzos de buena fe en el cumplimiento de lo acordado, sin que esto implique forzar su puesta en marcha, cuando el asunto adolece de problemas de constitucionalidad, legalidad y conveniencia. Lo anterior, por cuanto en las reglas de aplicación de los tratados prevalece el principio de la buena fe o “*pacta sunt servanda*”¹.

Ahora bien, dichas obligaciones internacionales ya fueron cumplidas por el Estado colombiano en tanto que dentro del ordenamiento jurídico interno fueron habilitados y regulados para su prestación los servicios de giros postales denominados por el Acuerdo como giro de efectivo. En efecto, por medio del artículo 4 de la Ley 1369 de 2009 y de las disposiciones del Decreto 1078 de 2015 se encuentra habilitado en Colombia el servicio postal de pago de giro nacional, definido por la Ley en mención como “*Servicio mediante el cual se ordenan pagos a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el territorio nacional a través de una red postal*”. Y, en efecto, esta modalidad de prestación de servicios postales de pago corresponde en su integridad con la indicada en el numeral 1.1 del artículo 1° del Tratado Internacional².

Teniendo en cuenta lo anterior se debe llegar a la conclusión de que la entrada en vigor del Proyecto de Decreto que pretende implementar el Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (MinTIC) no es un requisito ni una exigencia necesaria para que el Estado colombiano cumpla a satisfacción con las obligaciones de carácter internacional que adquirió mediante la firma, protocolización y vigencia del Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago.

Por otra parte, también es apropiado puntualizar que, de conformidad con la Ley 1442 de 2011, por medio de la cual se aprueba el citado Acuerdo, la actividad de los operadores postales no puede mutar de la simple transferencia o mensajería de dinero a la posibilidad de servir de depositarios del ahorro de la comunidad, dado que por mandato del artículo 335 de la Constitución Política, el manejo del ahorro del público y su administración no son asuntos de libre disposición entre particulares y, en consecuencia, sólo puede ser ejercido con autorización estatal -previa calificación de su idoneidad moral, su carácter profesional y solvencia económica-, a efectos de proteger el interés público, el equilibrio económico, la estabilidad del sistema de pagos y la confianza del público en el régimen de ahorro y crédito.

¹ La Ley 32 de 1985, por medio de la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es clara en establecer en su artículo 31 referente a las reglas de interpretación que “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*”

² “*El servicio de giro postal nacional consiste en que en un punto de una red de un operador legalmente habilitado, una persona ordena el pago de un monto de dinero específico a otra persona, para que esta última lo reclame en cualquier punto de esta misma red. En un extremo de la red el operador recibe el dinero (cash in), a través de una plataforma tecnológica transaccional ordena la entrega del dinero a una determinada persona, y en otro extremo de la red entrega el dinero (cash-out)*” Comisión de Regulación de Comunicaciones, *Revisión del mercado de giros postales y aprovechamiento de la red de giros para promover la inclusión financiera en Colombia*, 2018, p. 6. Disponible en <https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/Doc%20Formulaci%C3%B3n%20Giros%20Postales%2024092018.pdf>



Presidencia

En armonía con lo anterior, se observa que en la sentencia C-823 de 2011 la Corte Constitucional analizó varias disposiciones de la Ley 1369 de 2009, Régimen de Servicios Postales, señalando en relación con la naturaleza de los servicios postales de pago, que estos implican *"una transferencia de fondos entre dos lugares geográficos distintos"* y que, en consecuencia, *"los operadores postales no están autorizados por la ley para la realización de actividades financieras ni para el desarrollo de actividades de captación"*.

Así las cosas, y si bien el Proyecto de Decreto dispone que los operadores de servicios postales de pago no podrán realizar operaciones que impliquen la captación de dineros del público³, tras realizar una lectura global del documento y observando que los servicios autorizados suponen **la apertura de cuentas en el operador postal** -cuyas características como monto y plazo serán determinadas por este, sin atender la normatividad propia de las cuentas de ahorro, los depósitos de bajo monto, o demás productos financieros de depósito-, resulta posible colegir que su contenido habilitaría a los operadores postales, a pesar de mencionarlo como expresamente prohibido, la captación masiva de recursos del público⁴ y demás actividades de desarrollo exclusivo de instituciones financieras.

Adicionalmente, en el evento de habilitar a un operador postal la apertura de cuentas, se estaría desnaturalizando su actividad, ya que tratándose el dinero de un bien fungible, de conformidad con el artículo 663 del Código Civil, el operador en calidad de depositario se haría propietario del bien dado en depósito, debido a que su obligación de restitución no se cumpliría con la misma cosa, y, por lo tanto, podría disponer libremente del mismo con la obligación de restituir una cantidad equivalente, configurándose así un depósito irregular en los términos de los artículos 2246 del Código Civil y 1179 del Código de Comercio, sin estar los operadores postales autorizados para su constitución y manejo.

Autorizar que los operadores postales abran depósitos irregulares no solo genera arbitrajes regulatorios, sino que es legalmente inviable en virtud del artículo 6° de la Ley 1442 de 2011, que establece que *"los depósitos en las cuentas de los operadores postales no pasan a ser de propiedad de éstos, sino que son de los clientes o "expedidores"*. A su vez el numeral 2.1 del artículo 10 de esta Ley sobre separación de los fondos establece que *"Los fondos de los usuarios estarán aislados. Esos fondos y los flujos que generen estarán separados de los demás fondos y flujos de los operadores, en especial de sus fondos propios"*. En este sentido, el operador postal no puede adquirir la propiedad de los depósitos de dinero contenidos en las cuentas que "constituya" el operador, lo cual resulta imposible por las características propias de un depósito irregular. Entonces, no es viable que el

³ La captación de recursos del público de manera masiva y habitual, está definida en el Decreto 1981 de 1988, *"Cuando su pasivo para con el público está 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."*

⁴ Superintendencia Financiera de Colombia y Superintendencia de Sociedades. ABC de la Captación Ilegal de Recursos y otras actividades defraudatorias o no autorizadas.

¿Qué es la captación de recursos?

"Es la recepción o recaudo masivo de dinero sin prever como contraprestación un bien o servicio, de terceros que lo entregan a título de mutuo o crédito o para que sea conservado o custodiado durante determinado tiempo por el receptor y lo devuelva con o sin rentabilidad, según su promesa. Quien recibe los dineros puede informar que los destina, por ejemplo, a algún tipo de negocio que genere rentabilidad o los custodia a título de depósito."

La ley fija límites a la captación de recursos, de tal manera que ésta puede ser adelantada en forma masiva únicamente por las entidades autorizadas por el Estado, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria según la naturaleza de la actividad que desarrollen."

Presidencia

operador postal cumpla con la obligación legal de que los depósitos en las cuentas no pasen a ser de su propiedad abriendo una cuenta (depósito irregular) en nombre del cliente o “expedidor” y a ellos no les es legalmente permitido constituir un depósito irregular ya que este solo lo pueden ofrecer los establecimientos de crédito.

1.3. El Proyecto de Decreto es violatorio de la Constitución y la Ley

Aprovechamiento de recursos captados del público

El artículo 335 de la Constitución Política establece que “[L]as 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 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito” (Subrayado fuera del texto).

A su turno, el literal d) del numeral 19 del artículo 150 prevé que corresponde al Congreso de la República: “Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) d. Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; (...)” (Subrayado fuera del texto).”

En concordancia con ello, el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política establece como función del Presidente de la República la de “Ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.” (Subrayado fuera del texto).”

De esta manera, se tiene que las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público deben sujetarse a las leyes expedidas en virtud de la normatividad expuesta, así como a la regulación que en el marco de ellas expida el Gobierno Nacional para ejercer la intervención estatal en el desarrollo de tales actividades, es decir, el Decreto 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el Decreto 2555 de 2010 -Único del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y el Decreto 1068 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

Sin embargo, tras analizar el Proyecto de Decreto, se observa que los artículos 2.2.8.5.3 y 2.2.8.5.4 reconocen como presupuesto básico de la prestación de los servicios de giro de pago, giro de depósito y transferencia postal por parte de los operadores de servicios postales, la apertura de cuentas, la consignación y la acumulación de montos de dinero reflejada en saldos que permanecerán en ellas bajo la custodia del depositario, lo cual les permitiría: i) debitar de la cuenta del expedidor la suma de dinero que será pagada en efectivo al destinatario (giro de pago); o ii) recibir en el punto de acceso los fondos que le entrega el expedidor y depositarlos en la cuenta del destinatario (giro de depósito); o iii) debitar de la cuenta del expedidor una suma de dinero para acreditar un importe equivalente en la cuenta del destinatario (transferencia postal), lo que confirma que este Proyecto pretende reglamentar la realización de actividades de naturaleza financiera por parte de los operadores de servicios postales, sin contar con autorización para ello por no ser instituciones financieras.



Presidencia

De igual forma, el numeral 2) del numeral 3.4 del Soporte Técnico elaborado como fundamento de la iniciativa regulatoria señala “2. *Los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, catalogados como otros servicios postales de pago de la Unión Postal Universal, suponen la apertura de cuentas con los operadores postales, cuyo objetivo es que de tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos*” (Subrayado fuera del texto). Sin embargo, de acuerdo con el Código de Comercio (Arts. 1382 a 1399 del Título XVII de los Contratos Bancarios) el contrato de depósito a término y de ahorro, regulados como contratos bancarios, constituyen una operación autorizada exclusivamente a los establecimientos de crédito.

En este sentido, la prestación de los servicios mencionados presupone la captación masiva y habitual de dineros del público, en la medida en que:

- Reciben dineros del público sin suministrarle bienes o servicios como contraprestación a ello⁵; y
- La recepción de dineros del público es el resultado de haber realizado una oferta pública a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares⁶.

En consecuencia, y observando que el Proyecto de Decreto objeto de análisis busca sujetar el desarrollo de actividades que involucran la captación y manejo de recursos del público a un decreto reglamentario de las Leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, las cuales se ocupan de la prestación de servicios postales, resulta posible concluir que el mismo es inconstitucional e ilegal, por establecer un régimen jurídico diferente a lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 1068 de 2015, entre otras normas producto del ejercicio de las competencias normativas previstas en los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 25, y 335 de la Constitución Política, y que exigen requisitos especiales en materia de habilitación, previa autorización de la autoridad competente, sujetos, objeto social, capacidad financiera, apalancamiento y requisitos patrimoniales, operaciones autorizadas, riesgos de liquidez, financieros y operativos, entre otros, de cuyo cumplimiento estarían eximidos los operadores postales por cuenta del Proyecto que se analiza.

En esta misma línea, la Comisión de Regulación de las Comunicaciones –CRC, en el documento “*Revisión del mercado de giros postales y aprovechamiento de la red de giros para promover la inclusión financiera en Colombia. Formulación del Problema, septiembre de 2018 (CRC, 2018)*”, fue clara en establecer que “(...) un proceso de reglamentación de los servicios UPU relacionados con el manejo cuentas postales, posiblemente requiera una reforma legal previa en la que se establezcan las condiciones de habilitación para que el operador postal oficial o los operadores postales de pago puedan hacer captación de dinero, cumpliendo con los preceptos de la Constitución Política”.

En línea con lo expuesto, el CONPES de Inclusión y Educación Financiera señala claramente que “*En este sentido, es preciso mencionar que estos otros servicios podrían implicar actividades cuyo alcance sean propios de la actividad financiera al permitir operaciones que, por su funcionalidad y sentido*

⁵ A ello se suma que la magnitud financiera de las operaciones de los servicios de giros postales nacionales (que en 2019 cerró en un valor cercano a los 13 billones de pesos) y que a primer trimestre de 2020 evidenció 10,7 millones de giros, permite suponer fácilmente que el pasivo involucrado en la prestación de los Otros Servicios será, de lejos, superior a más de veinte (20) acreedores o más de cincuenta (50) obligaciones.

⁶ Artículo 1 del decreto 1981 de 1988, compilado en el artículo 2.18.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015.

Presidencia

económico, se enmarcarían en la captación masiva de recursos del público, lo cual requeriría revisar la frontera regulatoria entre las actividades financieras y las que se hacen desde el ámbito postal⁷.

Delegación y exceso potestad reglamentaria

Aunado a lo expuesto, resulta necesario tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, todo servicio público, como el Servicio Postal, está sujeto a la regulación y supervisión del Estado. Por lo tanto, y aun cuando su prestación se delegue en particulares (operadores de servicio postal), el Estado preserva su función normativa del servicio, no siendo viable delegar la potestad regulatoria en los particulares, para velar por el interés público y asegurar que la prestación de la actividad pública delegada se cumpla en amplias condiciones de universalidad, eficiencia y competitividad.

En tal medida, si bien el MinTIC recibió por ley ordinaria la competencia para regular el servicio de pagos postales (Arts. 4 y 18 de la Ley 1369 de 2009), mal puede, a su turno, entregar a los operadores privados la facultad de autorregularse. En este sentido, no resulta posible dejar al arbitrio de los operadores postales de pago la definición de aspectos regulatorios esenciales de las nuevas clases de giros que se pretenden habilitar, tales como: (i) la definición de los topes máximos consignados en la cuenta postal y de los montos acumulados de los giros o transferencias que se realicen en un mes, (ii) los plazos máximos para que los montos consignados en la cuenta sean objeto de giro o transferencia, (iii) la definición en los contratos de “colaboración” de los riesgos que serán asumidos por los denominados colaboradores, entre otros aspectos.

Por lo tanto, también resulta contrario a la Constitución Política que el Proyecto de Decreto delegue en los particulares diversos aspectos regulatorios del servicio público de servicios postales de pago, así como es inconveniente que se deje librado a la iniciativa privada y a la autorregulación, asuntos de interés público.

Adicional a lo anterior, y observando que el Proyecto de Decreto precisa que la prestación de los nuevos servicios postales se podrá efectuar a través de “colaboradores”, es apropiado precisar que esto no resulta jurídicamente viable, debido a que, por una parte, el inciso 2.2 del artículo 3º de la Ley 1369 de 2009 define los Servicios Postales de Pago como el “*Conjunto de servicios de pago prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente*”. Y, por otro lado, porque tratándose los servicios postales de pago de servicios públicos, la actividad de los operadores postales no puede delegarse a través de los llamados “colaboradores”, sin que exista previsión legal que así lo autorice, como ocurre con los “*corresponsales bancarios*” tratándose de las instituciones financieras (Decreto 2233 de 2006).

En armonía con lo expuesto, se observa que el Proyecto de Decreto también contraviene la Ley 1369 de 2009, Régimen de Servicios Postales, ya que en el numeral 2 del artículo 3, se precisa que el género “*Servicios Postales*” consiste en el desarrollo de las actividades de “*recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales*”, razón por la cual, no resulta viable que en el reglamento de una de sus especies, en este caso la de “*Servicios Postales de Pago*”, se pretenda incluir en ese concepto actividades que, exceden las de recepción, transporte y entrega de dinero, como es efectivamente el

⁷ Documento CONPES 4005 “POLÍTICA NACIONAL DE INCLUSIÓN Y EDUCACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA”, 28 de septiembre de 2020. Pág. 39

Presidencia

caso de la apertura de cuentas de depósito, que implican la captación de recursos del público y la custodia de los saldos depositados.

En tal medida, el Proyecto de Decreto también se encuentra viciado de nulidad por exceso en la potestad reglamentaria, en tanto añade nuevas disposiciones que incluyen en la especie “*Servicios Postales de Pago*” actividades adicionales a las que definen el género “*Servicios Postales*”.

Competencia del MinTIC para regular las materias objeto del Proyecto de Decreto

El Proyecto de Decreto regula los requisitos que deben cumplir los operadores postales de pago para prestar los servicios de giro de pago, giro de depósito y transferencia postal, en desarrollo del numeral 2.2.3 del artículo 3° de la Ley 1369 de 2009 y el artículo 1° de la Ley 1442 de 2011. En este sentido, establece los requisitos habilitantes que deben cumplir los operadores postales de pago para obtener la licencia para prestar este tipo de servicios postales. Estos requisitos son en buena medida de carácter económico en tanto que están referidos a aspectos relacionados con el capital mínimo con el que deben contar los operadores postales de pago interesados en la habilitación, así como otros requisitos relacionados con la mitigación de riesgos de liquidez, operacionales y de lavado de activos; entre otros. Se puede ver que las disposiciones del Proyecto de Decreto regulan el servicio de comunicación postal que ofrecen los operadores postales de pago y tiene la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores y mitigar los riesgos asociados a la prestación de los servicios que pretende habilitar para su prestación, es decir, garantizar la protección de los derechos del usuario.

A su vez, la Ley 1978 de 2019 definió las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), entre ellos los aspectos económicos asociados a los servicios postales. Se puede verificar lo anterior al observar lo establecido en el artículo 15 de la norma:

“Artículo 15. Modifíquese el artículo 19 de la Ley 1341, el cual quedará así:

Artículo 19. Creación, naturaleza y objeto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) es una Unidad Administrativa Especial, del orden nacional, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal, y con personería jurídica, la cual forma parte del Sector administrativo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La CRC no estará sujeta a control jerárquico o tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente.*

La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicación y garantizar la protección de los derechos de los usuarios, con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicación, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.

Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que promueva la inversión, la protección de los usuarios, la calidad de los servicios, la simplificación regulatoria la neutralidad de la red, e incentive la construcción en un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente Ley (...)

Ahora bien, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 1369 de 2009 “*Requisitos para ser operador postal*”, para ser operador postal se debe contar con la habilitación por parte del MinTIC, y esta habilitación se otorgará previamente al cumplimiento de los requisitos definidos en la norma:

“Artículo 4°. REQUISITOS PARA SER OPERADOR POSTAL. *Para ser operador postal se requiere estar habilitado por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y estar inscrito en el registro de operadores postales. La habilitación (...) se otorgará previamente al cumplimiento de los siguientes requisitos:*

Presidencia

- a) *Acreditar ser una persona jurídica (...) que su objeto social principal sea la prestación de servicios postales.*
- b) *Demstrar un capital social mínimo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- c) *Definir las características del servicio (...)*
- d) *Pagar un monto derivado de su habilitación (...)*

El parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 1369 de 2009 define los requisitos habilitantes para el caso particular de los operadores postales de pago, así

"Para el caso particular de los Operadores de Servicios Postales de Pago, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones reglamentará dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición de la presente ley, los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, que se deberán acreditar para la obtención del respectivo Título Habilitante, adicionales a los contemplados en los literales a, c y d del presente artículo (...)"

No obstante lo anterior, se puede entrever un fenómeno de derogatoria tácita de esta última disposición citada en tanto que el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019 le entregó a la CRC estas facultades regulatorias relacionadas con los aspectos económicos de la prestación de los servicios de comunicación, entre ellos los servicios postales de pago⁸, y los aspectos relacionados con la garantía de los derechos de los usuarios y la mitigación de riesgos dentro de la prestación de estos servicios de comunicación.

Ahora bien, el artículo 18 de la Ley 1369 de 2009 definió las funciones que cumple el MinTIC como autoridad de regulación y vigilancia de los servicios postales. Dice la norma:

"(...) el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones tendrá las siguientes funciones especiales en relación con los Servicios Postales:

1. *Actuar como Autoridad de Inspección, Control y Vigilancia frente a todos los Operadores Postales, con excepción de la vigilancia sobre el cumplimiento de las normas relacionadas con la protección de la Competencia, la protección del consumidor y el lavado de activos.*
2. *Adelantar las investigaciones para establecer posibles infracciones al régimen de los servicios postales e imponer las sanciones prevista en la presente ley.*
3. *Reglamentar lo concerniente a la filatelia.*
4. *Organizar, actualiza y reglamentar el Registro de Operadores Postales.*
5. *Actuar como la entidad contratante del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correos.*
6. *Expedir los Reglamentos Técnicos, a que haya lugar teniendo en cuenta las reglas sobre divulgación previa de todo proyecto.*
7. *Gestionar la asignación de recursos presupuestales, con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, cuando se necesario para financiar el Servicio Postal Universal.*
8. *Impulsar bajo la dirección del Presidente de la República, y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las negociaciones internacionales relacionadas con los Servicios Postales y participar en las conferencias internacionales que sobre el mismo sector se realicen. Entre otras competencias en esta materia, propondrá, junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores, la presentación de proyectos de Ley al Congreso para ratificar los Tratados Internacionales suscritos por Colombia (...)"*

Como se observa, el artículo no le entrega ninguna competencia adicional al MinTIC en materia de regulación de los aspectos económicos del sector postal, del mercado ni los servicios de comunicación -como los son los servicios postales-, ni para garantizar los derechos de los usuarios. En tanto que la Ley 1978 de 2019 establece una regulación y un régimen independiente para el MinTIC y la CRC, se debe concluir que la autoridad competente para regular las materias que son regladas bajo el Proyecto de Decreto no es el MinTIC sino la CRC. Ante lo anterior, al expedir el Proyecto de Decreto, el MinTIC estaría extralimitando sus funciones.

⁸ Definidos como servicios que satisfacen necesidades de comunicación, de conformidad con la Sentencia C-823 de 2011.



1.4. Descontextualización Sentencia C-823 de 2011 de la Corte Constitucional

Por una parte, no resulta viable que el Proyecto de Decreto pretenda apartarse de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-823 de 2011, conforme a lo expuesto en el numeral 1.2., para permitir a los operadores postales la realización de actividades financieras a título de servicios postales de pago, más aun, teniendo en cuenta que *“las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante (...)”*⁹.

Por otra parte, tampoco resulta adecuado que el Proyecto de Decreto descontextualice un párrafo de la mencionada sentencia, señalando entre sus fundamentos jurídicos *“[Q]ue la Corte Constitucional a través de la sentencia C-823 de 2011 determinó que estos servicios suponen la apertura de cuentas postales con los operadores postales, cuyo objetivo es que de tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos”*, ya que revisando el numeral 4.3 de tal sentencia¹⁰, se observa que tal corporación simplemente se limitó, dentro de la descripción que hace del entorno internacional en materia postal, a enumerar los servicios postales de pago que se incluyeron en el Acuerdo de Ginebra de 2008, haciendo alusión a las definiciones allí adoptadas.

En tal medida y teniendo en cuenta que, aunado a lo expuesto, se observa que dicho párrafo corresponde a un simple *“obiter dicta”* que, por su propia naturaleza, no constituye precedente vinculante¹¹, contrario a lo dispuesto por la Corte en la *“ratio decidendi”* de tal Sentencia, respecto a que los servicios postales de pago no constituyen actividades financieras de captación de recursos del público, no resulta admisible afirmar que la Corte avala la apertura de cuentas por parte de los operadores postales, la captación, manejo y aprovechamiento de recursos del público, tratándose de actividades de interés público gobernadas bajo el régimen jurídico citado líneas atrás.

Igualmente, basado en la sentencia C-823 de 2011 el Proyecto de Decreto estipula en sus considerandos que la prestación de los servicios postales de pago de giro de depósito y giro de transferencia cuenta con un marco legal, regulatorio e institucional, propio e independiente derivado de la Ley 1369 de 2009, que lo diferencia de la normatividad, regulación e institucionalidad aplicable al sector financiero. Sin embargo, la anterior aseveración se considera errónea, pues, como se puede observar en la sentencia C-823 de 2011, respecto a este punto la Corte Constitucional solo enfocó su análisis en el servicio postal de pago de giros, pero no en los de giro de depósito o giro de transferencia como se puede observar en su conclusión: *“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. Tampoco adelantan actividades de intermediación de financiera, puesto que no actúan en la economía con el objetivo de recaudar dineros”*.

⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 106 Radicado: 39456 Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013).

¹⁰ *“Entre los servicios postales de pago que se incluyen en el Acuerdo de Ginebra de 2008, se encuentran el giro en efectivo, el giro de pago, el giro de depósito y la transferencia postal. Si bien todas estas modalidades implican transferencia de fondos, tanto el giro de pago, como el de depósito y la transferencia suponen la apertura de cuentas con los operadores postales, cuyo objetivo es que de tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos”*.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-131 de 1993, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, SU-168 de 1999, C- 836 de 2001, SU-1219 de 2001, SU-1300 de 2001, y C-335 de 2008, T-292 de 2006, C-241 de 2010, C-539 de 2011, T-410 de 2014, SU-626 de 2015, y SU-068/18.



Presidencia

de un sector para ubicarlos en otro con fines de impulsar la actividad económica. Dado lo anterior, el hecho de que los servicios postales realicen servicios de pago o giro no desnaturaliza la función principal de servicio público que cumplen los operadores postales" (subrayado fuera del texto).

El mismo MinTIC en su intervención en la Sentencia de Constitucionalidad mencionada, "insiste en la connotación postal de los servicios de pago que regula la Ley 1369, la cual se deriva del tipo de red a la que se acude para su prestación. El giro postal, explica "es un contrato de mandato en virtud del cual el mandante (usuario del servicio) da instrucciones a su mandatario (operador postal) para que ponga a disposición de un tercero una suma determinada, dentro del territorio nacional e internacional y a través de la red postal. Por otra parte, esta actividad así descrita no se ajusta a los parámetros normativamente establecidos para que la Superintendencia Financiera pueda determinar cuándo una actividad implica actividades de intermediación de los recursos del público y por ende quede sometida a su vigilancia y control. Así, resulta evidente que, tal como se define la actividad de los servicios postales de pago, esta no tiene por objeto actividades de intermediación financiera. De ahí se sigue igualmente que los niveles de protección ofrecidos a los usuarios de los dos servicios no deben ser el mismo, sino que deben ser adecuados y proporcionales al tipo de actividad que protegen (...)" (Subrayado fuera de texto).

Por tanto, de la lectura y análisis de la Sentencia en cuestión, se concluye que los referidos operadores no están autorizados "para el desarrollo de actividades de captación", actividad catalogada como financiera. Entonces, en virtud de esta premisa no resulta legalmente viable autorizar a los operadores de servicios postales de pago para que abran cuentas ("depósitos irregulares") en nombre de un cliente o "expedidor" para transferir dinero de un lugar a otro. Aquí solo puede operar la figura de un mandato, como bien lo afirma el MinTIC en la mencionada sentencia, en donde dicho cliente o "expedidor" entrega la tenencia de un dinero a un operador postal a fin de que este entregue dicha suma de dinero a un destinatario designado previamente por el mandante, que bien podría ser un establecimiento de crédito debidamente autorizado, realizando el operador postal un depósito de dinero, en calidad de mandatario, en nombre y por cuenta del cliente o, en términos coloquiales, en desarrollo de una labor de mensajería.

En ese mismo sentido, el CONPES de inclusión Financiera recientemente publicado reconoce expresamente, al referirse al alcance de los servicios postales de pago autorizados en Colombia (Giro en Efectivo), en consonancia con la sentencia de la H. Corte Constitucional antes mencionada, que "El único servicio postal de pago habilitado en el país es el de giros en efectivo, el cual no constituye una actividad financiera (Corte Constitucional de Colombia, 2011) y se presta bajo habilitación, vigilancia y control del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"¹² e igualmente señala que "Lo anterior, dado que la Sentencia C-823 de 2011 de la Corte Constitucional respecto a los servicios postales de pago señala que los operadores de estos servicios no están autorizados por Ley para desarrollar actividades de captación de recursos a la manera de un depósito y requerirían, por tanto, una asunción de riesgos para salvaguardar los recursos del público. 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. De igual forma, el manejo de

¹² Documento CONPES 4005 "POLÍTICA NACIONAL DE INCLUSIÓN Y EDUCACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA", 28 de septiembre de 2020. Pág. 19

Presidencia

recursos del público mediante los sistemas de pago para transacciones digitales que podrían llevarse a cabo con los otros servicios postales de pago requiere también, para su debido funcionamiento, intervención estatal y altos estándares prudenciales y de seguridad”.

2. CAMBIOS Y AVANCES EN INCLUSIÓN FINANCIERA

Sea lo primero comprender que el concepto de inclusión financiera es un concepto social que varía dependiendo de la disciplina. La concepción económica de este término está orientada hacia el amplio contexto del desarrollo integral que considera la inclusividad en los servicios financieros como un medio importante para disminuir la pobreza y la desigualdad. Para OECD la inclusión financiera es *“el proceso de promoción de un acceso asequible, oportuno y adecuado a una amplia gama de productos y servicios financieros regulados, y la ampliación de su uso hacia todos los segmentos de la sociedad mediante la aplicación de enfoques innovadores hechos a la medida, incluyendo actividades de sensibilización y educación financiera con el objetivo de promover tanto el bienestar financiero como la inclusión económica y social”*.

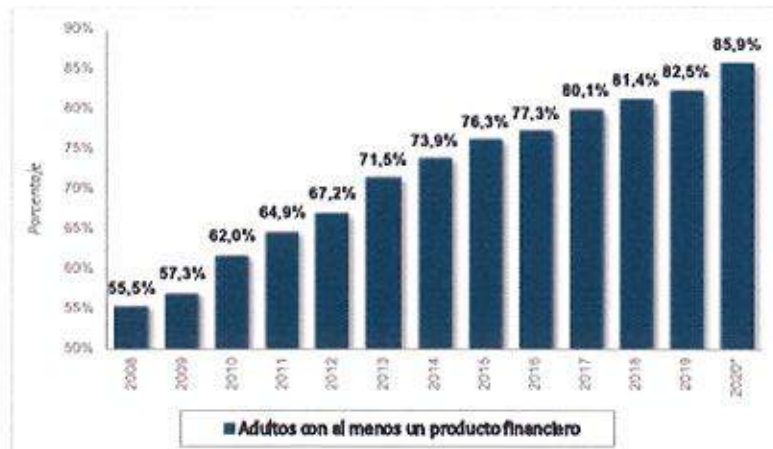
Así las cosas, la definición de estrategias en materia de inclusión financiera debe apuntar a cumplir con todos los elementos que la componen, y no reducirse al acceso a productos transaccionales, que de manera aislada no garantizan la promoción del bienestar financiero en la población. De hecho, la apertura de un producto de depósito, como cuentas de ahorro o depósitos de bajo monto, se convierte en el primer paso dentro del sistema financiero, pues al involucrarse formalmente en el sistema podrán acceder a productos de otra naturaleza, como por ejemplo financiación a través de créditos.

Bajo este escenario y entendiendo la importancia de la inclusión financiera, en la sentencia C-823 de 2011, para la Corte Constitucional fue relevante el estudio del contexto de la época y el rol que jugaban los operadores de servicios postales de pago para garantizar el acceso en poblaciones remotas y marginales donde las instituciones financieras todavía no habían llegado, de tal forma que la población más vulnerable pudiese acceder a servicios de envío y entrega de dinero o remesas, máxime teniendo en cuenta que para dicha fecha la bancarización en el país no alcanzaba porcentajes superiores al 50%. Sin embargo, después de 2011 se han creado productos simplificados para la captación de recursos del público a bajo costo, como son las cuentas de ahorro de trámite simplificado (CATS), los depósitos electrónicos (DE) y las cuentas de ahorro electrónicas (CAE), hoy unificadas bajo la figura de los depósitos de bajo monto. Durante el 2020¹³, estos productos continuaron con una participación importante en materia de acceso, según Banca de las Oportunidades a junio de 2020 más de 5 millones de adultos tienen al menos una CATS y 10.2 millones de adultos tienen al menos un Depósito Electrónico, lo cual indica que más de 15 millones de personas accedieron a los denominados depósitos de bajo monto¹⁴.

¹³ Reporte de Inclusión Financiera. Primer semestre 2020. Banca de las Oportunidades.

¹⁴ Los depósitos de bajo monto son la unificación de las CATS, DE y CAE. Sin embargo, en esta cifra no se ha integrado a las CAE, ya que Banca de las Oportunidades no publicó esta información en el reporte semestral.

Gráfica 1. Evolución del indicador de acceso por parte de los adultos al sistema financiero. (2008 - Junio de 2020).



Fuente: Elaboración Asobancaria. Banca de las Oportunidades – Reportes de Inclusión Financiera.
*Dato a junio de 2020.

Igualmente, como se puede observar en la gráfica anterior, el acceso a servicios financieros ha crecido constantemente en los últimos años de forma segura y supervisada.

Adicionalmente, es necesario destacar la figura de corresponsal bancario que ha contribuido en gran medida a complementar la oferta de valor y la inclusión financiera en el país. Según el Documento Técnico de Canales y Productos Financieros Digitales e Inclusivos de la Unidad de Regulación Financiera, con la implementación de este canal el porcentaje de municipios con cobertura financiera pasó de 30% a 100% entre 2006 y 2015, cobertura que aún se mantiene hasta la actualidad.

Además, de acuerdo con el Reporte Anual de Inclusión Financiera de Banca de las Oportunidades - Superintendencia Financiera de Colombia de 2019, los corresponsales bancarios se han consolidado como una herramienta para garantizar la cobertura física del sistema financiero a nivel nacional, ya que al cierre de 2019 había 159.039 corresponsales, mostrando un crecimiento entre el 2009 y 2019 con expansiones promedio anuales del 39,2%, lo que ha llevado a que la mayoría de los puntos de infraestructura financiera se concentraran en estos canales (97% junto a los datáfonos).

Los corresponsales prestan alrededor de siete principales tipos de transacciones y/o servicios. Entre las transacciones habilitadas, los pagos (49,3%), retiros (26,3%) y depósitos (22,4%) agruparon conjuntamente más del 95% del número de operaciones realizadas a través de este canal en 2019. En el caso de los montos, estos tres tipos de operaciones concentraron el 98% del total.

Aunado a lo expuesto, es del caso mencionar que las transacciones en corresponsales bancarios también han tenido una tendencia creciente. En 2019 el número de transacciones monetarias ascendió a 405 millones con un monto transado de \$154,2 billones, registrando un incremento frente al año 2018 del 24,6% en términos del número y del 36% del monto de transacciones. Así, la expansión de este canal a nivel transaccional ha sido más rápida que la del promedio de los otros canales que integran el sistema financiero, aumentando, de esta manera, su participación en el total de transacciones.

Presidencia

Por ello, no parece necesario insistir en crear un marco regulatorio con la prestación de servicios de depósitos postales y de transferencias entre depósitos postales, por fuera de la regulación financiera y de los sistemas de pago de bajo valor, para lograr una mayor inclusión financiera. En efecto, se puede evidenciar que las estrategias para profundizar la inclusión financiera ya cuentan con una política pública, un marco regulatorio y unos resultados viables y tangibles.

3. ASIMETRÍA REGULATORIA RESPECTO A ENTIDADES VIGILADAS POR LAS SUPERINTENDENCIAS FINANCIERA Y DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA

Inobservancia del derecho fundamental a la igualdad

Si bien existe un régimen normativo tanto para definir la actividad financiera como la de servicios postales de pago, resulta apropiado puntualizar que en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, no es posible que dos tipos de agentes realicen una misma actividad económica con diferentes regulaciones, sin que exista justificación para ello.

La reglamentación que se procura, entonces, debe tener presente que no es posible acercar los servicios de pago postales a los servicios financieros de depósitos, remesas y transferencias, si la actividad de los primeros se lleva a cabo en el marco de un régimen regulatorio diferencial y privilegiado, que genera una asimetría normativa en favor de los operadores postales y que, por supuesto, no protege debidamente el interés público en materia de previsiones prudenciales.

Habilitar a los operadores de servicios postales la realización de actividades financieras como la apertura y administración de cuentas, captación masiva de recursos del público y constitución de Sistemas de Pago de Bajo Valor -SPBV, sin cumplir con las autorizaciones estatales, la supervisión a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) y demás requisitos previstos en las normas que regulan la materia (capital mínimo permanente, solvencia, sistemas de administración de riesgo, etc.), además de los vicios de constitucionalidad y legalidad antes mencionados, genera una asimetría regulatoria frente a las entidades financieras, las cuales para el desarrollo de sus operaciones deben cumplir con cargas y obligaciones más rigurosas, afectando la competencia y desincentivando a los participantes del mercado, tanto para la creación de nuevas instituciones financieras, como en el desempeño de sus funciones y la evolución de la prestación de sus productos y servicios.

La consolidación de arbitrajes regulatorios, además de desconocer el derecho constitucional a la igualdad, dificulta la sana competencia, aparte de crear barreras injustificadas.

Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos

El Proyecto de Decreto pretende regular una actividad similar a la que desarrollan las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos (SEDPE), creadas por la Ley 1735 de 2014 como *“una nueva licencia financiera simplificada, cuyo objeto social exclusivo será la captación de recursos del público en depósitos a la vista y la posibilidad de ofrecer servicios financieros transaccionales como transferencias, giros, pagos y recaudo”*, como un canal de inclusión financiera para atender ciertos segmentos de la población, y ante la necesidad de que *“exista una entidad que pueda ofrecer una gama más amplia de servicios al cliente y le facilite la realización de todas sus operaciones transaccionales en un solo lugar”*, en razón a *“que el giro postal debe ser retirado por el destinatario*

Presidencia

del mismo, en forma inmediata y completa”, no existiendo “la posibilidad de que el operador postal pueda administrar los recursos para hacer otras operaciones del destinatario del giro”.

Esta licencia financiera simplificada, a la que pueden acceder los operadores de servicios postales¹⁵ y cuyos depósitos están protegidos por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin), cuenta con requisitos menores a un establecimiento de crédito y con acceso al sistema de pago de bajo valor, y su creación es posterior a la expedición de las Leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, por lo que en su momento no pudo ser objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en su sentencia.

Dentro de las operaciones autorizadas a las SEDPE por la Ley 1735 se encuentra la apertura de depósitos electrónicos (hoy denominados depósitos de bajo monto, de conformidad con el Decreto 222 de 2020), los que también pueden ser ofrecidos por los establecimientos bancarios, constituyendo un mecanismo muy relevante para la inclusión financiera, y que por sus características se asemejan a los servicios de giro de pago, giro de depósito y transferencia postal, que pretende autorizar este Proyecto de Decreto.

Igualmente, uno de los objetivos del Gobierno al promover la creación de esta licencia fue evitar lo sucedido en varios países del mundo, donde el servicio postal de giro de depósitos no tiene supervisión financiera y el operador no está en posibilidad de devolver el dinero de las cuentas postales o que el saldo nominal es inferior al entregado por el público, como lo manifiesta la misma Unión Postal Universal en su estudio para la inclusión financiera:

“Todo plan que signifique el lanzamiento de servicios financieros postales, su modernización o su formalización como banco postal requiere que esos depósitos estén nuevamente disponibles. En ese sentido, el ejemplo de Camerún es bastante revelador. Allí, solamente el 5% de los saldos estaba disponible, el resto había desaparecido. En Níger, se cancelaron los ahorros postales a principios de 1990 por el mismo problema. Este problema puede resolverse mediante la supervisión del regulador financiero, la automatización de los procesos y mayores controles internos que por desgracia todavía faltan en los Correos menos desarrollados como vimos anteriormente.

*En el caso de los ahorros postales, una licencia bancaria «light» o licencia bancaria limitada en su alcance a los ahorros debería ser suficiente, dado que la entidad no se dedicará a los préstamos (...) Una licencia bancaria «light» puede asegurar la segregación de los ahorros y los saldos de depósitos de las operaciones postales y del tesoro. El banco central no tendría que aconsejar al Correo que solicite una licencia bancaria plena porque eso sería demasiado costoso como lo vimos en la sección de modelos empresariales”.*¹⁶ (Subrayado fuera del texto)

Atendiendo a lo expuesto, de expedirse el Proyecto de Decreto se configuraría la mencionada asimetría regulatoria, en la medida que los servicios financieros que se pretenden habilitar a los operadores de servicios postales de pago corresponden a las actividades propias del objeto social exclusivo de las SEDPE, contando además con otras similitudes como la prohibición para otorgar créditos o cualquier otro tipo de financiación, entre otras, con la gran diferencia, que los operadores de servicios postales de pago no requerirían autorización estatal, ni constituirse como entidades financieras, ni estar sujetas a la inspección, vigilancia y control de la SFC, ni cumplir con las mismas disposiciones de las demás instituciones financieras en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo (LAFT), ni cumplir con iguales cargas tributarias, ya que siendo los servicios postales

¹⁵ Parágrafo 3°, artículo 1° de la Ley 1735 de 2014. Igualmente, la exposición de motivos de la Ley señala “Por otro lado es importante resaltar la posibilidad que tienen diversos agentes de optar por esta licencia. En efecto, pueden optar por esta licencia agentes no solo del mercado financiero, sino aquéllos que teniendo una alta capilaridad y una capacidad instalada, como son las redes postales y las de telecomunicaciones, tengan capacidad para atender este mercado”.

¹⁶ <https://www-qa.upu.int/UPU/media/upu/publications/globalPanoramaPostalFinancieraInclusionFullEs.pdf>

Presidencia

catalogados como de transporte o mensajería, se encuentran excluidos del impuesto a las ventas – IVA- según lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 476 del Estatuto Tributario-, entre otros aspectos.

Adicionalmente, las normas vigentes autorizan a las entidades vigiladas que pueden ofrecer los depósitos de bajo monto, bajo su estricta responsabilidad y sujetas a los requisitos y vigilancia ya mencionados, a utilizar corresponsales, con el fin de lograr una mayor inclusión financiera. Dentro de dichos corresponsales se encuentran los operadores postales que pueden perfectamente tener dicha calidad sin que sea necesario generar la asimetría regulatoria mencionada y los riesgos que se ponen de presente a lo largo de este documento. En el documento CONPES de Inclusión y Educación Financiera, se reconoce expresamente esta complementariedad de los operadores postales y su red, mencionando que *“La capilaridad de las redes postales de pago en las regiones y su complementariedad con las redes del sistema financiero en la modalidad de corresponsales permite una cobertura del 100 % de los municipios del país”*.

En tal medida, al proponer el Proyecto de Decreto que los operadores postales puedan desarrollar las actividades que la Ley 1735 de 2014 autorizó exclusivamente a las SEDPE, a título de servicios postales de pago, se parte de un entendimiento equivocado de las leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, que lo vicia de nulidad, al considerar que los servicios postales de pago pueden incluir la apertura de cuentas de depósito y la custodia de los saldos depositados en estas, a sabiendas de que con posterioridad a tales leyes, tanto el Gobierno como el legislativo, en el ejercicio de sus respectivas competencias, han reconocido que tales actividades se encuentran por fuera del ámbito jurídico del servicio postal y que, precisamente, los servicios que busca permitir el Proyecto a los operadores postales son aquellos de naturaleza financiera que expresamente se permiten a las SEDPE en virtud de Ley 1735, norma motivada en el reconocimiento de que los operadores postales no podían desarrollarlos bajo el régimen postal.

Aunado a anterior, esta situación también genera riesgos para los cuentahabientes, ya que los operadores de servicios postales no deben acreditar el capital mínimo de una SEDPE para su constitución y los depósitos captados por estos no estarían cubiertos por el seguro de depósito administrado por Fogafin –contrario a las SEDPE y demás instituciones financieras-, razón por la cual, los recursos de ahorros del público y la estabilidad del sector financiero quedarían expuestos.

En tal medida, y observando que las SEDPE cumplen de gran forma con los objetivos del Proyecto de Decreto pero acatando los requisitos, estándares y procedimientos requeridos para el ejercicio de actividades financieras, aunado a su exitosa evolución desde su adopción en Colombia hace seis años, lo cual se evidencia con su contribución en la formalización y entrada al sistema financiero de los colombianos, ya que según las cifras más recientes entregadas por la SFC, este mercado integrado por Movii, Coink, Aval Soluciones Digitales (Dale!), Pagos GDE (Powwi) y Tecnipagos (Ding), a 2019 cerró con 4,17 millones de operaciones por un monto de \$92.430 millones, lo que representó un aumento frente a las 118.868 operaciones por \$1.800 millones registradas en 2018¹⁷. Así mismo, este

¹⁷ A través de Coink, plataforma que transforma las monedas y dinero en efectivo en recursos digitales de manera instantánea y ocupó la segunda posición, los colombianos efectuaron 282.427 operaciones por \$209 millones.

Aval Soluciones Digitales, que recientemente lanzó su aplicación Dale! para facilitar los pagos electrónicos en comercios, transferencias y cuentas depósito, registró 60.584 operaciones por un total de \$1.262 millones.

Continúan Pagos GDE, que opera bajo el nombre de Powwi y brinda opciones para pagos, recaudos, transferencias y uso de códigos QR, que finalizó 2019 con 3.971 operaciones con un movimiento de \$1.558 millones.

Presidencia

tipo de entidades cerró el año 2019 con cerca de 11.000 corresponsales bancarios en todo el país, la mayoría de ellos vinculados igualmente a los operadores postales.

Por lo anterior, se recomienda enfocarse en el complemento y desarrollo de esta figura en lugar de habilitar más servicios y operadores que se regulen por normatividades asimétricas y disímiles.

Respecto al arbitraje regulatorio frente a las actividades financieras o que involucran manejo de recursos del público, la Corte Constitucional ha señalado que *“Ahora bien, al definir la actividad financiera el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración; por ejemplo, no podría estimar que dos actividades que por su contenido material son idénticas y que comprometen de manera igual el interés general presente en la actividad de intermediación financiera, queden sujetas a un régimen jurídico distinto que implique sólo en un caso la exclusión de la intervención, vigilancia y control estatales, pues con este proceder desconocería los principios de igualdad y de prevalencia del interés general sobre el particular que emanan de las normas superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución”*¹⁸ (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo expuesto, sería un error crear ese arbitraje, pues la tendencia mundial es que en los países donde se ha generado, la brecha se ha cerrado inclinando la balanza a que los servicios de giros postales de depósito o transferencia sean regulados y vigilados como servicios financieros tal como lo reconoce la misma Unión Postal Universal.

4. EFECTOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE COMPETENCIA

4.1. Análisis desde la oferta

Sobre el particular, se resalta que, de entrar en vigor la normatividad propuesta, se generaría un régimen jurídico que regularía instrumentos de pago y transferencia de fondos a cargo de los operadores postales de pago -operadores ajenos al sistema financiero-, replicando los instrumentos de pago y transferencia de fondos que ya son prestados y administrados por las entidades del sector financiero, bajo la extensa y estricta supervisión de las autoridades del sector financiero.

Dado lo anterior y para evitar crear un régimen que no garantice la libre y leal competencia que termine afectando la eficiencia del mercado, así como el bienestar del consumidor y la libre concurrencia de las empresas, se debe promover una regulación homogénea que garantice un campo de juego nivelado frente a actividades que cuentan con la misma cadena de valor.

Paralelismo entre los instrumentos de pago del sector financiero y el sector postal.

El mercado lo completa Tecnipagos que, con el lanzamiento oficial de la plataforma Ding, permite que los pequeños comerciantes e independientes reciban pagos con tarjetas débito y crédito, códigos QR, claves dinámicas y notificaciones, e hizo 116 operaciones. Sin embargo, su entrada en el mercado inició este año, por lo que no existen cifras de su recaudo o movimiento de dinero.

Sumado a esto, es importante señalar que entre 2018 y 2019 las SEDPES aparecieron como jugadores en los servicios de corresponsalia, aportando cerca de 11.000 puntos de atención de este canal, cifra que creció en cerca de 10.000 unidades entre el cierre de 2018 y el mismo periodo de 2019. Reporte de Inclusión Financiera 2019. Banca de las Oportunidades Superintendencia Financiera de Colombia.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2006. MP: Clara Inés Vargas Hernández.



Presidencia

En primer lugar, resulta apropiado tener en cuenta que la infraestructura de sistemas de pago en Colombia está compuesta por: (i) sistemas de negociación y registro -tanto de valores como de divisas-, (ii) los sistemas de compensación y liquidación de operaciones, (iii) el sistema de pagos de alto valor CUD, y (iv) los sistemas de pago de bajo valor, que comprenden la compensación y liquidación de posiciones multilaterales generadas por el uso de las tarjetas débito, crédito, cheques y transferencias electrónicas.

En armonía con lo anterior y en relación con los sistemas de pago de bajo valor, resulta adecuado puntualizar que, en virtud de la figura de giro nacional, los consumidores también pueden elegir enviar dinero mediante el uso de la red postal, que habilita a los operadores postales a recibir dinero -en calidad de tenencia, no de depósito- de parte de los ordenadores del giro, para que, por medio de canales físicos o electrónicos, remitan dicho importe al beneficiario. En tal medida, esas operaciones también hacen parte del ecosistema de pagos y transferencias de bajo valor, las cuales bajo el régimen de habilitación vigente no requieren cuentas de depósito de dinero -contratos de depósito irregular ni operaciones de crédito neutras¹⁹-, sino que se prestan mediante un servicio de mensajería de fondos que no requiere de ningún tipo de depósito.

En el mismo sentido, con la evolución de los medios tecnológicos y el papel cada vez más importante del Internet y las TIC se ha generado que la cadena de valor del sector postal de pagos se haya transformado, de forma contraria a la naturaleza y fines exclusivos de una industria postal. Esto ha dado lugar a un cambio paulatino desde la infraestructura física (envío de valores y dinero por medios físicos) hacia la infraestructura electrónica (envío de dineros por medios electrónicos).

Esta transformación, ha equiparado de forma artificial los instrumentos de los sistemas postales, a los instrumentos de pago de bajo valor electrónico que hacen parte del ecosistema de pagos de bajo valor, que tiene como objetivo proveer a los agentes de la economía de instrumentos, diferentes al efectivo, por medio de los cuales se efectúan transferencias de fondos y realizan la cancelación de obligaciones dinerarias.

De otro lado, conforme con la normatividad vigente, los operadores postales de pago solamente están habilitados para prestar los servicios de giro nacional, esto es, giros mediante los cuales una persona se dirige a la red postal nacional y ordena el envío de un monto de dinero que, posteriormente, el destinatario de este podrá recoger en otro punto de la misma red postal del operador. Esta característica, definida en la Ley 1369, se debe resaltar como una de las grandes diferencias que se tiene bajo la normatividad de habilitación actual entre los servicios de pago prestados por entidades financieras y los prestados por operadores postales de pago, en tanto que, para estos últimos, no se constituyen cuentas de depósito de dineros del público, como sí lo hacen las entidades del sector financiero.

En efecto, los tres nuevos servicios que se habilitarían y su funcionamiento, así como la necesidad económica que satisfacen, son muy similares a los instrumentos con los que las entidades financieras llevan a cabo operaciones por vía de depósitos financieros, a las cuales les aplica todo un aparato de supervisión basado en las reglas que le imponen al Gobierno Nacional la protección del ahorro del público, conforme con el artículo 150 de la Constitución. En este sentido, tanto operadores de pago como entidades financieras estarían ofreciendo servicios sustitutos que compiten dentro del mismo

¹⁹ En las que el depositario (bajo nuestra legislación una entidad financiera, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia) no se posiciona como acreedor ni como deudor de sus clientes.

Presidencia

mercado de pagos y transferencias electrónicas, en el que tanto los operadores de pago como las entidades financieras, compartirían el canal electrónico para realizar la transferencia de fondos.

Diferencias regulatorias y aplicación del principio de la libre y leal competencia

Como se ha expuesto, tanto los operadores postales de pago como las entidades financieras ejercen actividades comerciales con una cadena de valor cuyos eslabones son tan parecidos y que, a su vez, comparten la misma finalidad social y económica, es decir, satisfacen las mismas necesidades económicas para los consumidores finales (haciendo parte de los instrumentos que componen el ecosistema de pagos de bajo valor); se llega a la conclusión de que, indudablemente, ambos tipos de actividades deberían estar sometidas, como mínimo, a las mismas reglas y al mismo régimen jurídico.

En este sentido, desde el lado de la oferta, se considera que la normatividad propuesta por el MinTIC, en tanto regula actividades económicas con prácticamente, la misma cadena de valor, pero llevadas a cabo por actores diferentes, bajo regímenes jurídicos diferenciados, sería violatoria del régimen de la libre competencia.

Lo anterior riñe en forma directa con el principio de igualdad y vulnera el régimen del derecho de la libre competencia del ordenamiento jurídico colombiano, particularmente lo dispuesto en los artículos 3 y 7 de la Ley 1340 de 2009, sin dejar de lado que, además, la Constitución Política consagra en su artículo 335, que la actividad financiera, bursátil y aseguradora es una actividad de interés público y esta actividad solamente puede ser ejercida con previa autorización del Estado.

En efecto, el Proyecto de Decreto genera que las entidades del sector financiero, particularmente los actores del sistema de pagos de bajo valor, queden en una posición desfavorable, frente a los operadores postales de pago, para llevar a cabo la provisión de instrumentos de pago de bajo valor electrónico mediante cuentas de depósito y cualquier otro sistema sustituto de pago electrónico manejado por las entidades del sistema financiero. Como consecuencia, el Proyecto reduce los incentivos de la industria financiera para competir en tanto que, la disparidad de reglas aplicables al sector postal propicia un funcionamiento ineficiente del mercado, afectando los objetivos de inclusión financiera.

Es claro entonces que, desde esta perspectiva, la normatividad genera fuertes barreras de entrada a las entidades del sector financiero frente al mercado de pagos y transferencias electrónicas de bajo valor, y por su parte, promueve beneficios a favor de los operadores postales de pago. Lo anterior se hace evidente en tanto que los requisitos habilitantes exigidos para los operadores postales de pago -requisitos para entrar en funcionamiento y competir dentro del mercado relevante- serían mucho más laxos que los requisitos exigidos para las entidades sometidas a la supervisión, control y vigilancia de la SFC.

Así las cosas, de expedirse el Proyecto Decreto objeto de estos comentarios, las actividades comerciales de los operadores postales de pagos y las entidades financieras habilitadas para la captación de dineros del público, a través de cuentas electrónicas de depósito funcionarían bajo una cadena de valor muy similar, y lo más adecuado es que las reglas sobre el manejo de riesgos deban ser las mismas. De otra manera los requisitos para un tipo de agentes podrían ser más o menos onerosos respecto de los exigidos para otro tipo de agentes, lo que generaría una barrera de entrada al mercado -para las entidades financieras- y una ventaja competitiva -para los operadores postales de pago- y violaría el régimen de la libre competencia, en el marco del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Presidencia

Lo anterior, constituye en una violación del principio de igualdad contenido en el artículo 333 de la Constitución y del régimen de la libre competencia en Colombia, conforme con la Ley 1340 de 2009. Como consecuencia se verán afectados los bienes jurídicos que protege el derecho de la libre competencia, tales como la eficiencia económica, la libre concurrencia de las empresas al mercado (de captación de recursos del público, de pagos y transferencia electrónica de fondos por medio de cuentas de depósito) y el bienestar del consumidor.

La regulación discrimina de manera significativa al reducir de forma asimétrica los costos del mercado

Al Respecto de los requisitos que deben cumplir las entidades financieras para obtener la habilitación para prestar sus servicios, el decreto 663 de 1993 establece normas sobre el capital mínimo con el que deben contar para emprender su operación. Se tiene que el artículo 80 de la norma establece los capitales mínimos con los que deben contar las instituciones financieras para funcionar (con excepción de los intermediarios de seguros), los cuales son actualizados anualmente a partir de 2003 tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

Así, la norma indica que corresponderá al Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, fijar los capitales mínimos que deberán acreditar las instituciones financieras reguladas por normas especiales que se encuentren sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera y las entidades aseguradoras que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación.

Por otro lado, la Ley 1369 de 2009 establece en su artículo 4 los requisitos para ser operador postal. El literal d del artículo 4 indica que la persona que desee obtener la habilitación por parte del MinTIC deberá “(...) demostrar un capital social de mínimo mil (\$1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Para las entidades financieras los costos de participar y entrar en el mercado de captación de recursos, en el de pagos y transferencias electrónicas de bajo valor resultan mucho más altos que los postales. En efecto, con la exigencia de capital mínimo, y el cumplimiento de requisitos en materia de riesgos y solvencia, la actividad de las entidades financieras resulta más costosa para el operador y con unas presiones competitivas desiguales frente a los operadores postales de pago que hagan uso de cuentas de depósito postal, en desarrollo del decreto, de llegarse a expedir.

En consecuencia, el Proyecto de Decreto limita la capacidad de las entidades financieras para competir en el mercado relevante de captación de recursos del público, y en el de pagos y transferencias electrónicas de bajo valor, en ambos casos mediante la utilización de cuentas de depósito, en tanto que los costos de operación van a ser más altos, los requisitos de habilitación van a ser mayores y las obligaciones y cargas mediante los cuales se mitigan los riesgos de liquidez, operativo y SARLAFT van a ser más onerosos; con relación a los agentes del mercado con una cadena de valor similar, como serían los operadores postales de pago.

4.2. Análisis desde la demanda

La Constitución Política define en su artículo 335 a la actividad financiera como aquella que se encarga del manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. El Proyecto de Decreto tiene importantes efectos en materia de protección del ahorro del público, en tanto lo expone a un sistema de protección más flexible, incrementando los riesgos de captación masiva y habitual, así

Presidencia

como los riesgos de liquidez en el sistema. En este sentido, se resalta que la asimetría regulatoria potencializa los riesgos de liquidez, operativo, SARLAFT y la protección de datos de los usuarios, así como tiene la posibilidad de generar riesgos sistémicos macroeconómicos para la economía colombiana, en tanto que pone en riesgo la confianza de los consumidores en el ecosistema de pagos de bajo valor, lo que desincentiva el consumo a nivel agregado.

Riesgo de liquidez

Las entidades financieras están mejor preparadas para asumir el riesgo de liquidez en tanto pueden apalancar sus cuentas gracias a la posibilidad que tienen de realizar intermediación financiera, lo que da lugar a la utilización del multiplicador bancario del dinero. Mediante la ejecución de operaciones activas y pasivas de crédito tales como el perfeccionamiento de contratos de apertura de crédito y de mutuo, las entidades del sector financiero pueden hacer uso del multiplicador bancario del dinero para apalancar su operación, en caso de que puedan sufrir algún tipo de problema de liquidez.

Así mismo, conforme con el artículo 373²⁰ de la Constitución Política, las entidades financieras eventualmente podrían recibir la ayuda del Banco de la República²¹ -máxima autoridad monetaria y crediticia del país- para asegurar su solvencia vía préstamos de corto plazo o salvamentos. Por otro lado, las cuentas financieras de depósitos están aseguradas mediante el seguro del FOGAFIN (Fondo de Garantías de Instituciones Financieras), lo que les otorga mayor seguridad a los consumidores finales, a los cuentahabientes, y que no podría apoyar la seguridad de los depósitos postales en tanto que este fondo únicamente cubre a los depósitos financieros.

Por otro lado, por virtud de las reglas prudenciales de capital mínimo, patrimonio adecuado, y el régimen de inversiones, entre otros, las entidades financieras deben cumplir con múltiples objetivos contables, precisamente, con el fin de estar mejor preparadas para afrontar posibles riesgos de liquidez. Dentro de estas mismas reglas, las entidades financieras están sometidas a un régimen de prohibiciones y reglas de administración del dinero de los depositantes que, por ejemplo, les impiden hacer inversiones en el sector real o apoyar directamente a sus filiales – de conformidad con el artículo 119 del EOSF-, con el objetivo de proteger los dineros del público; régimen que no está contemplado en la Propuesta de Decreto y que pondría en riesgo los dineros de los depositantes, aumentando las probabilidades de concretar el riesgo de liquidez.

Así las cosas, el Proyecto de Decreto genera importantes asimetrías regulatorias para agentes distintos de mercado (entidades financieras y operadores postales de pago) que llevarían a cabo actividades económicas bajo una cadena de valor muy similar, sin tener en cuenta que la regulación y el régimen jurídico de las entidades sometidas a la vigilancia y control de la SFC, está hecha para proteger a los consumidores finales de las vulnerabilidades y riesgos de liquidez.

²⁰ *El Banco no podrá establecer cupos de crédito, ni otorgar garantías a favor de particulares, salvo cuando se trate de intermediación de crédito externo para su colocación por medio de establecimientos de crédito, o de apoyos transitorios de liquidez para los mismos (...)* (negritas fuera del texto)

²¹ La Resolución Externa N. 2 de 2019 del Banco de la República indica en su artículo 1°: *“APOYOS TRANSITORIOS DE LIQUIDÉZ. En desarrollo de lo previsto en la Constitución Política, el Banco de la República podrá otorgar apoyos transitorios de liquidez a los establecimientos de crédito en las condiciones previstas en la presente resolución (...)*”.

Presidencia

Estas asimetrías no toman en cuenta la necesidad de mitigar al máximo los riesgos de liquidez que los operadores postales de pago pueden presentar respecto del manejo de los dineros del público, depositados, eventualmente, en las cuentas de depósito postales. En este sentido, la habilitación postal de pagos mediante el uso de cuentas postales de depósito no está sujeta al control directo y a los encajes por parte del Banco de la República, por lo que en caso de problemas de liquidez tampoco podría solucionarse, en el corto plazo, por vía de intervenciones de la autoridad monetaria central. Asimismo, no es claro que dichas cuentas de depósito estuviesen cubiertas por un seguro como FOGAFIN; y los requisitos de capital y patrimoniales que deberían cumplir los operadores postales de pago tampoco serían los más idóneos para asegurar o mitigar al máximo los eventuales problemas de liquidez.

Riesgos operativos

Las normas que protegen a los usuarios de la ocurrencia de posibles riesgos operativos (un deficiente funcionamiento de las plataformas o las cuentas de depósitos electrónicos postales, por ejemplo²²) no aplican, desde el Proyecto de Decreto, para los operadores postales de pago, de la misma forma en la que sí lo hacen para el caso de las entidades del sector financiero. Lo anterior carece de sentido en tanto que, como ya se ha visto, las cadenas de valor de los operadores postales de pago y de las entidades financieras que participarían del mercado de captación de recursos y transferencia de fondos y de pagos de bajo valor, serían muy similares. En este sentido el consumidor debe gozar de la confianza en que, respecto de la ocurrencia de posibles riesgos operativos en la utilización de los servicios de depósito irregular, sus derechos estarán protegidos por las mismas normatividades, cuyo cumplimiento debe estar sometido a la misma autoridad de vigilancia, inspección y control, la SFC.

En este sentido el consumidor final estaría en condiciones desventajosas y de desprotección cuando utilice las cuentas postales de depósito para la satisfacción de sus necesidades relacionadas con el pago y transferencia de fondos, por medios electrónicos, en comparación con las condiciones de certeza y seguridad que le brindan las entidades financieras.

No es claro en el Proyecto de Decreto cómo se van a mitigar los riesgos operativos en el funcionamiento del canal de administración y pagos de los operadores postales, lo que sí está claramente regulado para el caso de las entidades financieras. En todo caso la reglamentación debería ser la misma a la cual están sometidas las cuentas de depósito administradas por el sector financiero.

En efecto, mediante las Circulares Externas 048 de 22 de diciembre y 049 de 27 de diciembre de 2006 la SFC fijó las bases y los lineamientos mínimos que deben ser implementados para el desarrollo de un Sistema de Administración del Riesgo Operativo (SARO), en el sistema financiero colombiano. El sistema está compuesto por elementos mínimos (Políticas, Procedimientos, Documentación, Estructura Organizacional, Registro de Eventos de Riesgo Operativo, Órganos de Control, Plataforma Tecnológica, Divulgación de Información y Capacitación) mediante los cuales se busca obtener una efectiva administración del riesgo Operativo.

Es claro, entonces, la preparación y el esquema normativo con el que cuentan las entidades financieras y la SFC para hacer frente a este tipo de riesgos en la administración de los dineros del público vía

²² "Se entiende por Riesgo Operativo, la posibilidad de incurrir en pérdida por deficiencias, fallas o inadecuaciones, en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos que pueda entorpecer el normal desarrollo de las funciones (...)" Scotia Securities, Sistema de Administración de Riesgo Operativo SARO, S.F, p. 1. Disponible en <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/scotiabank-colpatria/pdf/scotia-securities/SARO.pdf>

Presidencia

cuentas de depósito. Situación disímil presentarían los operadores postales de pago, de acuerdo con el Proyecto de Decreto, el que contempla las siguientes prescripciones:

"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 (...) deberán cumplir (...) con las siguientes condiciones:

3. Contar con mecanismos de cobertura de riesgos y garantías, en las modalidades que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...)"

"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:

Prestar servicios cuando se presente una falla de comunicación que impida que las transacciones se puedan realizar en línea con la debida trazabilidad (...)"

"Artículo 2.2.8.5.5. Contenido de los contratos con colaboradores. Los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal podrán ser prestados directamente por los operadores postales de pago o a través de colaboradores (...) dentro de los mencionados contratos se deberá incorporar:

4. La identificación de los riesgos asociados a la prestación de los servicios que serán asumidos por el colaborador frente al Operador de Servicios Postales de Pago (...)

La obligación del colaborador de mantener durante la ejecución del contrato la idoneidad, la infraestructura técnica y de recursos humanos adecuada para la prestación de los servicios, de acuerdo con las disposiciones que para el efecto establezcan el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o la Comisión de Regulación de Comunicaciones (...)

Parágrafo 2. Además se debe incluir en los contratos, las siguientes prohibiciones para el colaborador: (...) Prestar servicios cuando se presente una falla de comunicación que impida que las transacciones se puedan realizar en línea con el operador de servicios postales de pago, en los casos en que la transacción deba realizarse en línea (...)"

Es clara, entonces, la disimilitud en la normatividad frente al manejo de los riesgos operativos que regularía el Proyecto de Decreto, a diferencia de la administración de las cuentas de depósito financieras. Desde la perspectiva de la demanda se constituye en una afectación a la seguridad en las transacciones de los consumidores, los derechos de los mismos y un aumento en el riesgo por pérdida de confianza en el sistema por parte de los ahorradores²³.

Riesgo SARLAFT (lavado de activos y otros)

Aunque el Proyecto de Decreto hace referencia a los riesgos SARLAFT y de lavado de activos, para garantizar la seguridad de los usuarios y no incurrir en asimetrías regulatorias que afectan la dinámica competitiva del mercado, sería necesario que las previsiones con las que tendrían que contar los operadores postales de pago que utilicen cuentas de depósito postal, sean las mismas que las aplicables al sector financiero.

En cuanto al manejo de los riesgos por lavado de activos el consumidor financiero también estaría sometido a dos regímenes normativos disímiles. Por un lado, el sistema riguroso que es aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y, por el otro, el de los operadores

²³ Desde la perspectiva de la Oferta habría que decir que sería violatorio del derecho a la igualdad y de los artículos 7 y 18 de la Ley 256 de 1996, es decir la violación de normas.

Presidencia

postales de pago que se pretende habilitar para estas nuevas modalidades de administración de cuentas de depósito postal.

Riesgo sistémico

Una de las funciones más importantes del sistema financiero, tanto al recibir dineros en depósito, como cuando actúa dentro del sistema de pagos de bajo valor, es el de brindar seguridad y confianza a los depositantes, consumidores y/o pagadores, de tal manera que sientan que los dineros depositados les serán restituidos y que los medios de pago mediante los cuales cancelan obligaciones dinerarias funcionan de forma eficiente y que, efectivamente, tienen el poder y la capacidad de extinguir las obligaciones que sean del caso.

No obstante, el Proyecto de Decreto al establecer normas diferenciadas respecto del tratamiento que agentes diferentes del mercado le darán a los posibles riesgos que representa la participación en estos mercados relevantes, terminaría por hacer menos transparente el mercado para los consumidores, lo que podría derivar en una pérdida de confianza de los mismos.

Adicionalmente, podría devenir una depresión económica generalizada en tanto que el rubro del consumo, dentro de la ecuación macroeconómica fundamental, podría verse afectado dado que los consumidores podrían perder confianza, seguridad y tranquilidad respecto del funcionamiento y la dinámica del sistema financiero, lo que repercutiría, por el efecto de las expectativas en una posible disminución del consumo, golpeando la ecuación macroeconómica fundamental y restándole dinamismo a la economía, afectando, por esa misma vía, las expectativas de inversión y gasto público (por vía de menores niveles de recaudación) y, por lo tanto, afectando el crecimiento del PIB.

Manejo de datos e información personal

La habilitación que se le pretende otorgar a los operadores postales de pago les permitiría, también, tener acceso a muchos más datos e información sobre actividades financieras y movimientos y transferencias de los dineros de los usuarios. En este sentido es importante tener en cuenta que las mismas reglas que aplican a las entidades financieras habilitadas para captar ahorro del público, en lo relacionado con el manejo de información de sus usuarios y el derecho de habeas data de la Ley 1266 de 2008, deberían aplicar en las mismas condiciones para los operadores postales de pago que hagan uso de cuentas de depósito postales.

Adicionalmente, la información que estarían recabando los operadores postales de pago sobre sus usuarios no sería nada despreciable, en tanto que implica el conocimiento de los hábitos de consumo de los cuentahabientes. Sin embargo, esta información no podría ser utilizada por el sector financiero -en tanto que no entraría a la esfera de su conocimiento- con el objetivo de mejorar las técnicas y los datos mediante los cuales se realizan los análisis de riesgos y los colaterales al momento de otorgar un crédito o préstamo a una persona. En este sentido, la información recaudada por los operadores postales de pago, respecto del uso de las cuentas de depósito postales por parte de sus usuarios, no necesariamente estaría coadyuvando al objetivo constitucional de democratizar el crédito.

5. MODIFICACIONES REQUERIDAS PARA ARMONIZAR LAS CUENTAS POSTALES CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como se mencionó previamente, las competencias regulatorias de la CRC se enmarcan en lo prescrito por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019²⁴, la cual le asigna a la CRC la función de promover la competencia en los mercados, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios, con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicación. Así mismo dicho artículo le ordena a la CRC adoptar una regulación que promueva la inversión, la protección de los usuarios, la calidad de los servicios, la simplificación regulatoria y la neutralidad tecnológica, de forma que incentive la creación de mercados competitivos.

De acuerdo con lo anterior, la CRC es el órgano competente para garantizar la efectividad de los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia y el consumo: el bienestar del consumidor, la eficiencia económica y la libre concurrencia de las empresas en el mercado²⁵ de comunicaciones.

No obstante, en ejercicio de su función²⁶ como autoridad de regulación sectorial, la CRC no tiene la capacidad de subsanar las fallas que la normatividad legal presenta respecto a los “otros instrumentos” de giros postales del artículo 3° numeral 2.2.3 de la Ley 1369 de 2009, el artículo 1 de la Ley 1442 de 2011 y el Proyecto de Decreto. Lo anterior en tanto que, como se ha manifestado a lo largo de este documento, las citadas normas legales han generado un régimen que distorsiona de forma estructural el derecho de igualdad constitucional (artículo 13) y genera arbitrajes regulatorios para los agentes que, desde la oferta, compiten en los mercados relevantes financiero de depósito, de pagos y transferencias electrónicas de fondos. En este sentido la intervención de autoridades sectoriales de regulación de mercados, tales como la CRC, no puede, en ningún momento, subsanar esta falla estructural que en materia legal se ha impuesto.

Lo anterior en tanto que no existe unificación legal respecto a la autoridad administrativa de regulación que, de manera holística e integral, debe velar tanto por la igualdad de las cargas públicas, la no imposición de arbitrajes regulatorios, el mantenimiento indemne del régimen de la libre competencia²⁷ y la promoción de la eficiencia dentro del mercado relevante; como por la protección y mitigación más alta de los riesgos asociados para los consumidores, en este caso los riesgos de administración de dineros del público mediante cuentas de depósito -bajo contratos de depósito irregular-, en especial los de liquidez, operacionales, LAFT y manejo de datos personales.

²⁴ Ya transcrito dentro de este texto.

²⁵ De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

²⁶ Cuyos objetivos de regulación se enmarcan en las competencias que le asigna el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

²⁷ Por ejemplo para que la CRC o alguna autoridad administrativa de regulación pudiera ejercer una adecuada labor de protección de la libre competencia y maximización de la eficiencia económica, el bienestar del consumidor y la libre concurrencia de las empresas en el mercado; tendría que tener la capacidad de entender y regular, de forma conjunta, todos los agentes del mercado relevante que, por medio de la oferta de sus bienes y servicios, se constituyen en bienes sustitutos que ejercen presión competitiva (sobre los precios y calidad de los servicios ofrecidos a los consumidores) mutuamente. Como lo resaltan autores como Varian en Análisis Microeconómico, Editor Antoni Bosh, 1992, en un mercado en competencia perfecta los productores tienden a ejercer presiones competitivas entre sí y disminuir el precio del bien hasta igualarlo a su costo marginal.

Presidencia

En este orden de ideas, se llega a la conclusión de que el aparataje legal que regula a los operadores postales de pago -que pretenden ser habilitados por el Proyecto de Decreto del MinTIC- consolida 1) Arbitrajes regulatorios -por el lado de la oferta- en materia de regímenes jurídicos aplicados a agentes que ofrecen sus servicios dentro del mismo mercado relevante de pagos y transferencias electrónicas de fondos²⁸, así como en materia de los estándares y niveles de protección, manejo y administración de riesgos (lavado de activos²⁹, liquidez, operacionales, entre otros); 2) Genera un doble estándar de protección para los usuarios y mitigación de riesgos dentro del mercado relevante de depósitos y de pagos y transferencias electrónicas de fondos.

Por las razones expuestas el régimen legal que fundamenta el Proyecto de Decreto afectaría de manera contundente los tres bienes jurídicos que protege el régimen de la competencia y el consumo en Colombia³⁰.

1. La libre concurrencia de las empresas en el mercado, en tanto que al verse sometidos a regímenes jurídicos diferenciados (arbitraje regulatorio) y más oneroso para las entidades del sector financiero, estas perderán sus incentivos para participar de dicho mercado relevante, así como de innovar e invertir en la mayor eficiencia de este.
2. El bienestar del consumidor, en tanto que los consumidores finales que requieran acceder a los servicios de pagos y transferencias electrónicas de fondos se van a encontrar con que los productos a los cuales tendrán acceso estarán sometidos a regímenes jurídicos de protección y administración de riesgos del consumidor, diferenciados (riesgos de liquidez, SARLAFT, operacionales, entre otros), así como la posible afectación de la confianza de los depositantes en la adecuada administración de sus dineros y el aumento de la vulnerabilidad macroeconómica frente a episodios de pánico económico de los ahorradores³¹ (aumento de la vulnerabilidad frente al riesgo sistémico³²).
3. Disminuye la eficiencia del mercado relevante de depósitos, de pagos y transferencias electrónicas de fondos en tanto que los agentes del sector financiero no van a tener interés en aumentar la presión competitiva en el ofrecimiento de estos productos³³.

Si dentro de un mismo mercado relevante el ordenamiento jurídico decide relajar el control y la administración de los riesgos para un tipo de agentes -los operadores postales de pago-, la finalidad de estas medidas ya no sería promover la inclusión financiera, la bancarización, el cierre de la brecha

²⁸ "(...) no se ofrece una regulación "equilibrada" de los requerimientos de capital y patrimonio de los operadores postales, por lo que existe un vacío que propicia una diferencia de trato, tanto entre consumidores -que se exponen a un riesgo mayor-, como entre competidores -pues productos y actividades semejantes se regulan en un caso con mayor exigencia que en el otro. Corte Constitucional, Sentencia C-823 de 2011, p. 21.

²⁹ La Ley 1369 de 2009 indica en su artículo 4 numeral 4.2: "Operador de Servicios Postales de Pago. Persona jurídica, habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para prestar servicios postales de pago, y será sometido a la reglamentación que en materia de lavado de activos disponga la ley y sus decretos". En este sentido es claro que, mientras que a las entidades del sector financiero se le aplica toda una extensa y onerosa reglamentación en materia de lavado de activos y riesgos SARLAFT (en particular las financieras y cambiarias), a los operadores postales de pago se le aplicarán solamente la reglamentación que en materia de lavado de activos disponga la ley y sus decretos reglamentarios.

³⁰ De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

³¹ Pérez. *El origen del pánico de 2008: La crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos*, 2008, pp. 19-54, en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10 No 19. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v10n19/v10n19a2.pdf>

³² Por la pérdida de confianza de los ahorradores en el sistema de depósitos y la administración de sus recursos.

³³ Varian, *Análisis Microeconómico*, Editor Antoni Bosh, 1992.

Presidencia

digital y la democratización del crédito; ni proteger el ahorro del público, sino promover a ciertos operadores económicos por la vía del debilitamiento de los requisitos exigidos para la realización de una actividad. En este sentido, a la población más vulnerable y que tiene menos acceso al sistema financiero se le estaría condenado a utilizar un servicio sometido a menos controles legales, administrativos y de mitigación de riesgos.

En el mismo orden de ideas, respecto a la protección de los dineros de los ahorradores -depositantes dentro de cuentas de depósito irregular-, el régimen al que estarían sometidas las cuentas de depósito postal sería menos garantista que el previsto en el régimen ordinario para las actividades financieras, déficit de protección que no encuentra respaldo en una razón suficiente.

El propósito de expandir los servicios postales de pago a las poblaciones no bancarizadas, demanda una especial tutela del Estado. Lo opuesto, es decir, la ampliación de la cobertura financiera con un consecuente debilitamiento del deber de protección de los recursos del público equivale a trasladar a los usuarios más pobres los riesgos que al resto de la población sí se le aseguran.

Tomando en consideración que las dificultades que conlleva el Proyecto de Decreto en términos del régimen de la libre competencia y el consumo no pueden ser subsanadas por vía de reglamentaciones administrativas o intervenciones de autoridades de regulación como la CRC, entre otras, es claro que para adoptar las medidas previstas en este Proyecto se requiere una modificación de la ley.

6. REGLAMENTACIÓN Y SUPERVISIÓN OPERADORES DE SERVICIOS POSTALES DE PAGO

De acuerdo con lo previsto en el Proyecto de Decreto, la obligación de reglamentar los requisitos de naturaleza patrimonial y mitigación de riesgos que deberán acreditar los operadores de servicios postales de pago para obtener su habilitación, así como su respectiva inspección, vigilancia y control, se encuentra a cargo del MinTIC, entidad que en atención a sus objetivos y funciones legales, consagradas en el artículo 17 de la Ley 1341 de 2009 modificado por el artículo 13 de la Ley 1978 de 2019, y el Decreto 1064 de 2020, no cuenta con la experiencia, experticia, infraestructura y capacidad necesaria para hacer seguimiento a las actividades financieras que el Proyecto de Decreto busca habilitar en cabeza de los operadores de servicios postales de pago, ni mitigar riesgos, establecer garantías, o monitorear la adecuada estructuración y ejecución de los SARLAFT que tales actividades ameritan, entre otras funciones propias que si cumple la SFC como autoridad encargada de la supervisión de las actividades profesionales y especializadas de las instituciones financieras. Esta situación, además, se evidencia con la intención del MinTIC manifestada en el proyecto de decreto de que los operadores postales se autorregulen en varios aspectos, tal como se expuso líneas atrás.

En tal medida, observando que el Proyecto de Decreto precisa que el MinTIC procederá a la revisión y actualización de las resoluciones relacionadas con los sistemas de administración de los riesgos de LAFT y de liquidez y las garantías para cubrir los riesgos en la prestación de servicios postales de pago, en atención a la connotación que se busca dar a los servicios a prestar por estos operadores y su consecuente habilitación para el desarrollo de actividades financieras, resultaría insuficiente y riesgoso que su supervisión se efectúe por parte de una entidad cuya visión, tanto para los servicios de comunicaciones como postales, está basada en un enfoque de calidad del servicio y protección de usuario y no desde una supervisión basada en riesgos que propenda por la solvencia, estabilidad, solidez y confianza del sistema financiero colombiano.

Presidencia

Desde el año 2005 en Colombia se decidió unificar la supervisión de las actividades financieras en un solo ente especializado y que cuenta con la capacidad para dicha vigilancia, como lo es la SFC.

Afectación calificación general del país en la evaluación de las Recomendaciones GAFI.

Colombia es país miembro del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), ente intergubernamental establecido en 1989, el cual se encarga de fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional³⁴.

En 2012, el GAFI aprobó y publicó las 40 Recomendaciones para combatir el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo -LAFT-, las cuales deben ser implementadas por todos los países miembros del GAFI, surtiendo una evaluación periódica de su implementación por medio de los procesos de evaluación mutua y de los procesos de evaluación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial sobre la base de la metodología de evaluación común del GAFI

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que en virtud de las mencionadas Recomendaciones GAFI los países miembro deben identificar, evaluar y entender sus riesgos LAFT, tomando acciones como la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar el seguimiento de riesgos y la aplicación de recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente, el inadecuado manejo y mitigación de los riesgos expuestos anteriormente, puede ocasionar un eventual detrimento en la calificación del país en materia LAFT, lo cual conllevaría impactos negativos en la reputación nacional, estabilidad económica, el comercio exterior y la inversión extranjera.

Al respecto, resulta apropiado tener presente que el Proyecto de Decreto propone aspectos contrarios a las disposiciones y sugerencias expedidas por el GAFI, como: (i) la insuficiencia de un sistema de monitoreo técnico de LAFT posterior al otorgamiento de las licencias por parte del MinTIC, (ii) el control o supervisión LAFT sobre los colaboradores contratados por los operadores está en cabeza de los mismos operadores, (iii) se busca permitir la creación de cuentas transaccionales sin definir montos máximos (saldos) mensuales/acumulados ni la temporalidad para la permanencia de los saldos en dicha cuenta, (iv) no es claro si por transacción existirán montos máximos individuales o acumulados, (v) no se dispone reglamentación precisa de SARLAFT sobre este tipo de transacciones (transferencias) como si ocurre en el sector financiero, (vi) no existen controles de cuántas cuentas puede tener una persona ni respecto a los montos transados de manera consolidada (en todos los operadores postales), (vii) no se prevé reporte de productos, (viii) no se señala si los colaboradores también deberán establecer un SARLAFT en las mismas condiciones que el operador, entre otros aspectos.

En tal medida, la expedición de un Proyecto como el analizado, aparte de resultar contrario a la Constitución y la Ley, podría resultar riesgoso e inconveniente.

³⁴ OCDE/GAFI. Recomendaciones del GAFI. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación.

7. LA RECEPCIÓN DE DEPÓSITOS COMO ACTIVIDAD FINANCIERA Y LOS TLC

La actividad de recibir depósitos de dinero en cuenta con el fin de restituirlos al mismo depositante o a un tercero, corresponde a una actividad financiera exclusiva de las entidades expresamente autorizadas por la ley, ya sea sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria.

Esta actividad ha sido prevista en varios tratados de libre comercio y definida como uno de los servicios bancarios o servicios financieros³⁵. Entre otros propósitos los tratados de libre comercio (TLC) tienen como finalidad que las personas naturales o jurídicas de una Parte, tengan el mismo tratamiento que las de la otra Parte, sin que ninguna parte pueda por medio de cualquier autorización interna generar tratos discriminatorios.

En el caso particular de los servicios postales de giro que se pretenden autorizar por el Proyecto de Decreto, existe un trato discriminatorio que afecta a las compañías extranjeras que prestan servicios financieros y que se han establecido en Colombia cumpliendo todos los requerimientos regulatorios de capital y administración de riesgos, pues de manera contraria a las bases del sistema financiero, se permite que nacionales sin el cumplimiento de los mismos requisitos, puedan llevar a cabo operaciones financieras definidas en el TLC como tales.

8. CONCLUSIONES

El Proyecto de Decreto no es jurídicamente viable, en la medida que:

- No resulta admisible atribuir a los servicios postales de pago una naturaleza diferente a la de una actividad de transporte o remesa encaminada a permitir o facilitar la comunicación de dos personas ubicadas en puntos geográficos distintos.
- Los servicios que se pretenden prestar por los operadores de servicios de pago concernientes al giro de pago, giro de depósito y transferencia postal, sólo pueden ser de naturaleza postal o telegráfica, y no pueden implicar captación de recursos ni la celebración de contratos de depósito como actividades conexas.
- Los operadores postales de servicios de pago no están habilitados para actuar como instituciones financieras y, por ende, en el desempeño de su objeto social no cuentan con autorización estatal para desarrollar ninguna actividad de este tipo, exclusivas de las instituciones financieras como profesionales especializados en el manejo de ahorro del público y mitigación de riesgos propios de dicha actividad -tales como los riesgos operativos de la

³⁵ A título de ejemplo el TLC con los Estados Unidos de América, establece que se consideran servicios financieros "... cualquier servicios de naturaleza financiera. Los servicios financieros comprenden todos los servicios de seguros y relacionados con seguros, y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (con excepción de los seguros), así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera". Entre estos servicios el citado TLC señala que se incluyen la "Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público".

A su turno, el Capítulo Doce del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, también cataloga como institución financiera a la entidad bancaria que presta servicios de "aceptación de depósitos".

En el mismo sentido, el Tratado de Libre Comercio Canadá/Colombia, define, en el Capítulo Once, como servicio financiero los servicios bancarios, entendiéndose por tales aquellos que consisten en "aceptación de depósitos", para los fines del establecimiento en el país y los derechos transfronterizos, entre otros asuntos.

Presidencia

captación, el lavado de activos y financiación del terrorismo-, constituidas bajo cualquiera de las formas establecidas en el artículo 2° del EOSF, debidamente autorizadas por el Estado y sujetas a la inspección, control y vigilancia de la SFC.

- Aunado a lo expuesto y teniendo en cuenta que el depósito irregular de dinero solo se encuentra legalmente autorizado a los establecimientos de crédito, no resulta viable que a través del Proyecto de Decreto bajo estudio se pretenda su habilitación mediante las “*cuentas de los operadores*”, ya que tratándose el dinero de un bien fungible -Art. 663 del Código Civil -, el operador en calidad depositario se haría titular del bien depositado, ya que su obligación de restitución no se cumpliría con la misma cosa, sino que podría disponer libremente del bien con la obligación de restituir una cantidad equivalente, configurándose así un depósito irregular -en los términos de los artículos 2246 del Código Civil y 1179 del Código de Comercio-, respecto al cual, los operadores postales no se encontrarían autorizados para su constitución y manejo.
- Los servicios postales no forman parte del sistema de pagos, en la medida en que no crean ni administran medios de pago. Además, resulta apropiado precisar que de acuerdo con lo dispuesto por la Corte en la citada sentencia “*los servicios de giro no constituyen por definición un instrumento o un sistema de pago, sino un mecanismo de transferencia de un mensaje con un valor determinado*”.
- Teniendo en cuenta que de acuerdo con el párrafo 3° del artículo 1° de la Ley 1735 de 2014, las SEDPE pueden ser constituidas por cualquier persona natural o jurídica, incluyendo, entre otros, los operadores de servicios postales, en los términos establecidos en el EOSF y demás normas aplicables, no resulta admisible que de forma paralela se busque impulsar un proyecto normativo que permita a los operadores de servicios postales cambiar la naturaleza de sus actividades sin cumplir con la reglamentación dispuesta para tales efectos, más aún cuando estos ya cuentan con la posibilidad de constituirse en debida forma como SEDPE en caso de tener la intención de desarrollar las actividades financieras mencionadas.

En conclusión, y atendiendo lo dispuesto en la Constitución Política, las leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y la sentencia de la Corte Constitucional C- 823 de 2011, no resulta jurídicamente posible que a través del Proyecto de Decreto objeto de análisis se habilite a los operadores de servicios postales de pago a la realización de actividades financieras.

Por tanto, se recomienda al Gobierno Nacional abstenerse de expedir este Proyecto de Decreto por su manifiesta oposición a la Constitución y la Ley.

De esta manera, se espera haber contribuido de manera activa con la labor regulatoria que adelanta el MinTIC.

Cordial saludo,



SANTIAGO CASTRO GÓMEZ
Presidente