

Bogotá D.C., 15 de diciembre de 2020

Señores

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Proyectos.normativos.dicom@mintic.gov.co

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

Respetados Señores:

Con ocasión de la segunda publicación para comentarios del proyecto de decreto “(...) *para establecer las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal*”, nos permitimos presentar los comentarios que se estiman pertinentes, los cuales, dada la claridad conceptual en relación con la idoneidad jurídica en términos de las facultades, constitucionalidad y legalidad de la expedición del decreto, se limitarán al articulado concreto que se propone.

1. Artículo 1

a. Artículo 2.2.8.5.2.

En relación con el contenido del artículo 2.2.8.5.2. se evidencia que, pese a los comentarios que se presentaron en la primera versión, relacionados con la contradicción normativa que se deriva del contenido del artículo propuesto frente a la arquitectura normativa ya establecida para la operación postal de pago, se mantiene en esta segunda versión el mismo contenido, efecto por el cual se encuentra pertinente reiterar los argumentos presentados el pasado 15 de octubre en los siguientes términos:

- i) El inciso primero del artículo 2.2.8.5.2. establece cuáles son las “*otras modalidades de los servicios postales de pago*”; sin embargo al evaluarse la estructura normativa que hace parte de la operación postal de pago, se evidencia que **la facultad de determinación de cuáles son las modalidades de este tipo de servicios**, no corresponde a la regulación a ser expedida por el Gobierno Nacional (en este caso el Ministerio), sino que la misma **corresponde a una facultad que expresamente se ha incorporado en la Ley, esto es en el numeral 2.2. del artículo 3º de la Ley 1369 de 2009 y el artículo 1º de la Ley 1442 de 2011**, por lo que el texto que se mantiene en la propuesta genera 2 efectos:

- Duplica a nivel regulatorio provisiones que ya están establecidas en normas de orden legal y que, en todo caso no pueden tener ningún tipo de variación.

- Genera un régimen regulatorio diferencial para unas modalidades de giro (giro nacional), para la cual no se incorpora ninguna determinación o definición a nivel regulatorio (decreto) y su normativa en ese sentido se limita a lo que se determina en las normas de carácter legal (Ley 1369 de 2009) y otro régimen para las otras modalidades, las cuales quedan incorporadas tanto en la Ley 1442 de 2011 como en la norma de nivel regulatorio (decreto), situación que materializaría una incongruencia en la estructura normativa de la operación postal de pago.

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

Ahora bien, en caso de que se estime por el Ministerio la necesidad de mantener una norma relacionada con la mención del tipo de servicios objeto de regulación, se insiste en proponer el siguiente texto:

“Artículo 2.2.8.5.2. Otras modalidades de servicios postales de pago. En los términos del numeral 2.2.3. del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009, se entienden como otras modalidades de los Servicios Postales de Pago, aquellos que sean autorizados legalmente, particularmente tratándose de aquellos que deriven de la ratificación de tratados internacionales con la Unión Postal Universal. En todo caso, tales servicios podrán ser prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente”.

ii) Parágrafo primero del artículo 2.2.8.5.2.

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

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

iii) Parágrafo segundo del artículo 2.2.8.5.2.

Revisado nuevamente el contenido del parágrafo a que se refiere el presente ordinal, se encuentra pertinente insistir en su eliminación; en efecto al validar el texto que se propone, se encuentra que éste exige que para la prestación de las modalidades de operación postal de pago a que se refiere la Ley 1442 de 2011 los operadores “(...) *deberán contar previamente con la habilitación otorgada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para cada una de ellas*”, previsión que si bien se estima razonable, en técnica regulatoria tampoco es requerida ya que para este caso aplicarían los requisitos que establezca el Ministerio, igual que ocurre ya con la modalidad de “giro nacional”, motivo por el cual tales previsiones quedarán sujetas a los requisitos que se establezcan por el Mintic vía resolución, por lo que de mantenerse el texto, se estaría generando un régimen diferencial entre la modalidad de giro nacional y las modalidades a que se refiere la Ley 1442 de 2011, pero manteniendo las mismas obligaciones lo que genera una contradicción en la propia norma.

b. Artículo 2.2.8.5.3.

i) Numeral 4.

El numeral 4º del artículo en comento, determina como obligatorio el deber de “*Asegurar el intercambio de datos necesarios (...) que permita asegurar (...)*” la interoperabilidad entre los Operadores Postales de Pago, **previsión que dada la configuración legal y de mercado en Colombia** si bien se estima pertinente como una facultad a ser desarrollada por los operadores, **no es posible que sea concebida como una obligación a ser irrestrictamente acatada para poder prestar los servicios postales complementarios.**

En relación con esta observación, sea lo primero señalar que, si bien es cierto la interoperabilidad es una práctica natural a los servicios postales, ésta corresponde a la necesidad de que tales servicios tengan un carácter universal y, por tanto, como la propia Ley 1442 de 2011 lo prevé, éste sea “(...) *accesible y adaptado al mayor número de usuarios en función de sistemas que permitan la interoperabilidad de las redes de los operadores designados*”, previsión que significa que tal interoperabilidad requiere sistemas y redes que ofrezcan de manera unívoca el servicio sin distingos entre los usuarios, de tal manera que a éstos se garantice la prestación del servicio público postal y por tanto se garanticen los derechos fundamentales y de otra naturaleza que de su prestación devienen.

Sin embargo, tratándose de operadores que logren la configuración de una red postal de pago que cuente con la suficiente capilaridad que garantice la universalidad del servicio, en un territorio nacional determinado, ello configura la materialización del principio de interconexión, ello mediante la debida comunicación y funcionamiento de sus propios

sistemas, por lo que en este tipo de situaciones la interconexión no debe referirse a otros operadores habilitados (designados en los términos de la Ley 1442 de 2011).

Para el caso del mercado colombiano se tiene la concurrencia de la situación antes descrita, donde por una parte existen operadores que, dado su limitado alcance territorial en unas regiones determinadas, requieren que la interconexión de sistemas se materialice con otros operadores, en tanto que, tratándose de entidades como Efectivo Ltda. (Efecty), éste corresponde a un operador que ha garantizado en el 99,9% de las regiones del país, asegurando una correcta comunicación y funcionamiento en tiempo real de sus sistemas, generando así los servicios de manera universal y sin distingo de usuarios, por lo que en este caso este Operador ha cumplido con los principios legales a través de los ingentes inversiones y esfuerzos operativos por lo que no requiere la aplicación de ningún tipo de interconexión con otros operadores.

Así las cosas, la interconexión como requerimiento facultativo para aquellos operadores que no tienen presencia nacional tiene sentido y cumple con los requisitos establecidos en la Ley 1442 de 2011, en tanto que, la imposición como requerimiento obligatorio, no solo contrariaría las normas postales de pago y de ejercicio libre de empresa, sino que se generaría como un desincentivo a la prestación de servicios de vanguardia y alta calidad como los que ha desarrollado en el País Efecty.

Por lo anterior para la expedición de una norma que se compadezca con los principios constitucionales de libre empresa, así como con el bloque de constitucionalidad que constituye la Ley 1442 de 2011 en términos de cobertura, universalidad e integridad del servicio, es necesario que la obligación del numeral 4º sea facultativa por lo que se sugiere el siguiente texto:

“4. En los eventos en los cuales los operadores no cuenten con la suficiente cobertura territorial o bajo su propia voluntad pacten su interoperabilidad, asegurar el intercambio de datos necesarios para una cabal prestación de los servicios postales de pago”.

ii) Numeral 7.

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

Lo anterior teniendo en cuenta que, atendiendo la naturaleza operativa del servicio, **no existe impedimento legal que justifique la limitación que se** impone y, por el contrario, se encontraría útil poder ofrecer a los usuarios más de una cuenta que les permita contar con diferentes alternativas a la hora de administrar sus pagos.

c. **Artículo 2.2.8.5.4.**

i. Numeral 1.

En relación con el contenido del numeral 1º, el proyecto de decreto establece la prohibición de prestar “operaciones o actividades distintas” para las cuales se otorgó expresamente la habilitación.

La previsión regulatoria establece un régimen de objeto social exclusivo que claramente excede las facultades legales que asisten a una norma de carácter regulatorio, limitación **que únicamente puede tener objeto legal, en este caso no previsto ni en la Ley 1369 de 2009 y en la Ley 1442 de 2011**, por lo que es forzosa la eliminación de esta redacción que claramente se traduciría en una norma que incurre en una desviación material de la normativa aplicable y estaría llamada a la ilegalidad.

Adicionalmente, la naturaleza de los servicios postales de pago incorporan una naturaleza única y especial, cual es la de contar con instrumentos de funcionamiento operativo que les permitan constituirse como elementos de inclusión financiera (como ya lo hacen) en aquellos territorios, sectores poblacionales y económicos que no tienen acceso al sector bancario, por lo que incorporar una norma de objeto social exclusivo redundaría en un poderoso incentivo de eliminación de la industria.

Téngase en cuenta que adicionalmente esta previsión es incongruente con el numeral 8º del proyecto de artículo 2.2.8.5.3. que acertadamente consideramos se insertó en este segundo borrador, en tanto justamente con la separación contable patrimonial se mitigan riesgos de mezcla de recursos e indebida utilización de los mismos que, por demás no han concurrido en el sector postal de pagos hasta la fecha.

Por lo anterior, se insiste en la consideración presentada sobre el primer borrador de decreto publicado para comentarios relacionada con la incorporación de un texto del siguiente tenor que elimine cualquier riesgo asociado:

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

ii. Numeral 9.

En relación con el numeral 9º del mismo artículo, se debe insistir en el comentario presentado frente al primer borrador, relacionado con que el mismo hace referencia a actividades que ni constitucional ni legalmente están limitadas o prohibidas para agentes diferentes a entidades financieras bajo determinadas condiciones.

En efecto, al revisar el literal taxativo del numeral encontramos las siguientes actividades:

- *Otorgamiento de créditos, financiación u operación de colocación.* El otorgamiento de créditos en Colombia no es una actividad vedada para entidades diferentes a las instituciones financieras y, por el contrario, existe una intensa actividad por entidades de diferente naturaleza en la materia, por lo que no existe justificación operativa, fáctica y particularmente legal o regulatoria que sustente esta limitación, por lo que se hace necesaria su eliminación.

Es de precisar que, la prohibición está radicada en la utilización de recursos de usuarios para los fines antes descritos (intermediación), situación que se insiste, acertadamente se ha administrado y controlado en el sector mediante el principio de separación contable que se ratifica en este segundo borrador de decreto, por lo que no existe si quiera un argumento relevante de gestión de riesgo que sugiera la pertinencia de esta prohibición.

- *Desarrollar cualquier otra actividad exclusiva de los productos y servicios del sector financiero.* Para los operadores o cualquier otro agente de cualquier naturaleza es clara esta prohibición, por lo que se insiste en la incorporación de un solo numeral 1º de prohibiciones que disponga como prohibición:

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

Esta redacción se ajusta a las previsiones legales y regulatorias de carácter financiero y, a su vez, no genera limitaciones contrarias a las normas vigentes en la materia.

d. Artículo 2.2.8.5.5.

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

En efecto, la gestión de las transferencias y las cuentas corresponden a la responsabilidad exclusiva del operador postal de pago (igual que ocurre con el giro nacional), pero en este caso tales operaciones ocurren exclusivamente en el ámbito electrónico, motivo por el cual la operación de los Colaboradores se mantiene en idénticas condiciones a las que ocurre actualmente, esto es para entregar o recibir dineros, por lo que no se encuentra claro el objetivo de la norma que se propone en el artículo 2.2.8.5.5.

Ahora bien, si la justificación está relacionada con proveedores de tecnología que podrían prestar los servicios complementarios, las previsiones deberán corresponder justamente a la dependencia de éstos del operador y normas que se ajusten a los requerimientos que, por ejemplo, tratándose de la corresponsalia bancaria se limitaron a la creación regulatoria de la facultad expresa para prestar los servicios a través de estos “corresponsales digitales” y a los deberes de publicidad y atención al cliente que deben cumplirse en todo caso.

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

Finalmente nos referimos al contenido del numeral 10º del proyecto de artículo en comento que prohíbe la posibilidad de “*pactar exclusividad entre un operador de servicios postales y un determinado colaborador*”, previsión que a todas luces contraviene la lógica de mercado con que exitosamente ha operado la industria y que, de hecho, hoy en día prevé una norma de protección contra la competencia desleal que hace que un Colaborador no pueda suscribir un nuevo contrato con otro operador dentro de los seis meses siguientes a la terminación de un contrato.

En efecto, las redes postales corresponden a ingentes esfuerzos realizados por los operadores para prestar servicios en lugares y a poblaciones a donde no llegan otro tipo de servicios e incluso de operadores, motivo por el cual permitir que se comparta la red postal corresponde a una indebida e injustificada limitación a la libertad contractual y de empresa que entraña la operación y que justamente desincentivará cualquier ejercicio de crecimiento y mejor atención a los usuarios, escenario que concurre en el aprovechamiento del negocio de unos por otros de manera indebida.

En esos términos se insiste en la eliminación del artículo, particularmente del numeral 10º.

2. Artículo 2

Sobre el contenido del artículo 2º se encuentra que se ampliaron los términos de expedición de las resoluciones regulatorias que desarrollen la normativa aquí propuesta. Sobre este punto es importante solicitar se reduzcan tales términos, toda vez que, aunque la operación postal de pago es la institucionalidad que cuenta con un marco normativo, de regulación prudencial y de licenciamiento más antiguo en el país, otras entidades creadas y más grave aún no vigiladas y sin ningún tipo de regulación incursionaron en los sistemas de pagos de manera anticipada, **por lo que las demoras en la operación solamente soslayarían el legítimo interés de los usuarios y población menos favorecida que se atiene de contar con instrumentos de pagos**

de inclusión financiera que les han sido negadas por la demás institucionalidad en el país, desfavoreciéndose así a sectores históricamente marginados solo atendidos por la operación postal de pago.

Por su parte, en relación con la obligación de conexión con la Registraduría Nacional del Estado Civil, se insiste en modificación del texto, ello debido a que la obligación no solo genera cargas económicas adicionales que no se compadecen con el servicio que ya garantiza plena identificación, sino que previsiones de ésta naturaleza sí constituyen asimetrías regulatorias que nuevamente generan exclusión y gastos de quienes no tienen acceso a otro tipo de servicios que, además de no tener que acatar este tipo de obligaciones, tampoco prestan los servicios a la población menos favorecida como lo hace la operación postal de pago, lo que genera desventajas competitivas que juegan siempre en contra del usuario.

Por lo anterior se sugiere la siguiente redacción:

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

*En particular, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá las condiciones para que los operadores postales de pago se **cuenten con mecanismos idóneos de plena identificación de los clientes y usuarios, por medio de los cuales el operador garantice la identificación y precisa autenticación biométrica del usuario y, adicionalmente, determinará el tipo** y las coberturas de las garantías específicas que deberán constituir y mantener vigentes para cubrir el riesgo asociado a la identificación, ubicación y recuperación de los recursos consignados por los usuarios en las cuentas postales en tanto se materialice la orden de pago o de transferencia del giro dada al momento de su consignación.*

Lo anterior teniendo en cuenta que, los términos de disponibilidad y costos de la Registraduría pueden generar afectación en el servicio e incluso, industrias como la bancaria no necesariamente utilizan tal mecanismo sino otros como centrales de riesgo que permiten mecanismos de plena e idónea identificación.

3. Artículo 3.

Es importante que la operación postal de pago como primera institucionalidad regulada, vigilada y en pleno funcionamiento, que no ha concurrido en riesgos asociados a la operación que lleven a la pérdida de ningún recurso de persona alguna o a intervención del Estado, pueda ejercer pronta y plenamente su actividad natural, particularmente frente a otras institucionalidades posteriores o a entidades que iniciaron su prestación de servicios de manera desregulada y, por tanto ilegal, generando cualquier demora perjuicios a la competitividad de este tipo de operadores.

Por lo anterior, agradecemos se reconsideren los términos regulatorios de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para que los plazos de expedición de la regulación sean mucho más expeditos.

I. CONCLUSIONES

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

Agradecemos su amable atención.

Cordialmente,

LUDIVIA POSADA VALENCIA
REPRESENTANTE LEGAL
EFFECTIVO LTDA.