

Bogotá D.C, 15 de octubre de 2020

Señores

Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – MINTIC

Proyectos Normativos

Ciudad

Referencia: Comentarios Proyecto de Decreto Servicios Postales de Pago

Estimados señores:

El Banco Davivienda, además de agradecer la oportunidad que ese Ministerio nos ha otorgado de pronunciarnos al respecto, amable y respetuosamente se permite poner a su consideración los siguientes comentarios y observaciones sobre el borrador del 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”*, tomando como punto de partida varias opiniones y argumentos esbozados tanto al interior de la entidad como por expertos del sector financiero, económico y de las telecomunicaciones, a saber:

1. El Proyecto de Decreto podría ser contrario a la Constitución y la Ley

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”*.

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; (...)”*.

En concordancia con ello, el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución 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”.

De esa 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, Decreto 2555 de 2010 y 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 por parte de los Operadores 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 le permitirá a éste, a su turno: 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 cual respetuosamente consideramos que comportaría la reglamentación de actividades de naturaleza financiera.

Así, en los tres casos - Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal-, amablemente opinamos que la prestación de tales servicios por parte de los Operadores postales presuponen la captación masiva y habitual de dineros del público, en la medida en que: i) reciben dineros del público sin suministrarle bienes o servicios como contraprestación a ello¹; y ii) 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 similares². Así mismo, respetuosamente consideramos que la administración de recursos del público que serán depositados en las cuentas abiertas por el público para realizar transacciones de débito y/o abono en ellas, configura un manejo de tales recursos por parte de los Operadores postales, ya que comporta el aprovechamiento de los mismos, en la medida en que cada transacción involucra el cobro de una comisión por parte del Operador postal, cargada al expedidor.

¹ 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.

² Artículo 1 del decreto 1981 de 1988, compilado en el artículo 2.18.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015.

En consecuencia, y observando que la implementación del Proyecto de Decreto objeto de análisis sujetaría el desarrollo de actividades que involucran la captación de recursos del público, su manejo y aprovechamiento a un decreto reglamentario de las leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, las cuales se ocupan de la prestación de servicios postales, cordial y respetuosamente consideramos que su expedición tendría posibles vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad, 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, normas todas 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 el cumplimiento de requisitos especiales en materia de: (i) habilitación; (II) previa autorización de la autoridad competente; (iii) sujetos; (iv) objeto social; (v) capacidad financiera; (vi) apalancamiento y requisitos patrimoniales; (vii) operaciones autorizadas; (viii) riesgos de liquidez, financieros y operativos, entre otros, de cuyo cumplimiento resultarían eximidos los Operadores postales a la luz de la propuesta normativa bajo estudio.

Aunado a lo expuesto, resulta apropiado tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, todo servicio público –como lo es 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 los servicios postales -arts. 4 y 18, Ley 1369 de 2009-, respetuosamente consideramos que no sería viable que, a su turno, le entregue a los operadores privados la facultad de auto-regularse. En este sentido, cortésmente estimamos que 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) definir en los contratos de “colaboración” los riesgos que serán asumidos por los denominados colaboradores, entre otros aspectos.

Por lo tanto, igualmente estimamos que puede resultar contrario a la Constitución que el Proyecto de Decreto delegue en los particulares diversos aspectos regulatorios del servicio público de servicios postales de pago, así como creemos que pudiera ser inconveniente que se deje librado a la iniciativa privada y a la auto -regulación, asuntos de interés público.

Adicional a lo anterior, y observando que el Proyecto de Decreto precisa que la prestación de los nuevos servicios postales de pago se podrá efectuar a través de “colaboradores”, consideramos que resulta apropiado tener en cuenta que, actualmente los Operadores de servicios postales prestan sus servicios mediante un esquema de red de redes, es decir, una estructura que involucra la presencia de puntos propios más la incorporación de puntos de terceros, que se vinculan a través de acuerdos privados como alianzas o acuerdos de colaboración empresarial, incluyendo a aliados como: empresas de chance, empresas de transporte terrestre de pasajeros, loterías, droguerías, entre otros.

Así, y si bien tales contratos plantean exigencias de tipo físico -dimensiones de los puntos-, tecnológicos para poder conectarse a la plataforma de pago de las empresas y de capital humano, entre otros, creemos que no es clara la forma en que estos Colaboradores cumplen con los sistemas de administración de riesgos de los operadores de servicios postales, ni cómo o quién efectúa su supervisión, toda vez que, por ejemplo, en materia de riesgo operativo es claro a partir de una visita a cualquiera de los puntos de servicio, que no se exigen medidas de seguridad especiales y que como cualquier establecimiento de comercio están expuestos a los mismos riesgos de inseguridad, sin que se les exija controles especiales o adicionales.

De acuerdo con lo expuesto, nos permitimos precisar que, en nuestra opinión no es jurídicamente viable que los Colaboradores sean habilitados para la prestación de servicios postales de pago, por una parte, en razón de que el inciso 2.2 del art. 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 estas alianzas implican la utilización de puntos de terceros. Además, porque tratándose los servicios postales de pago de servicios públicos, gentilmente opinamos que 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 en relación con los “*corresponsales bancarios*”, tratándose de las instituciones financieras - Decreto 2233 de 2006-.

Y por otro lado, porque tratándose de entidades que tienen menores medidas de seguridad, administración de riesgos y vigilancia que los mismos Operadores, habilitarlos a prestar servicios que impliquen actividad financiera puede atentar contra el interés general y la protección de los recursos públicos que el Estado debe velar por garantizar.

En armonía con lo expuesto, estimamos que el Proyecto de Decreto también puede contravenir 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, gentilmente consideramos que no resulta viable que en el reglamento de una sus especies, en este caso la de “*Servicios Postales de Pago*”, se pretendan incluir actividades

que exceden las de recepción, transporte y entrega de dinero, como es efectivamente el caso de la apertura de cuentas de depósito, la captación de recursos del público, y la custodia de los saldos depositados.

En tal medida, el Proyecto de Decreto también puede estar 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*”.

En consecuencia, atenta y respetuosamente solicitamos a ese Ministerio que, se archive el Proyecto de Decreto en atención a su potencial oposición a la Constitución y la Ley.

2. Reflexiones sobre una posible ausencia de coordinación interinstitucional

Se aprecia con preocupación, una posible ausencia de coordinación interinstitucional, frente a lo cual, nos permitimos poner de presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1.8 del Decreto 1069 de 2015, por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República, se prescribe que: *“Cuando el respectivo proyecto tenga impacto o comprenda materias propias de ministerios o departamentos administrativos diferentes al que ha tomado la iniciativa de elaboración, este deberá ponerlo en conocimiento de aquellos y coordinar lo pertinente para que el texto remitido a la firma del Presidente de la República se encuentre debidamente conciliado y refleje una visión integral y coherente del asunto. Si el proyecto no logra ser conciliado entre las respectivas entidades y organismos, se informará así a la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que bajo su coordinación y arbitraje se defina el correspondiente contenido”.*

Así, y en atención al contenido del Proyecto de Decreto, consideramos que el mismo ha debido ser conciliado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como ente rector de la política económica y fiscal del país, el cual tiene entre sus funciones *“Participar en la elaboración de la regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora, cooperativa, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público, en coordinación con la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria y expedir lo de su competencia. Igualmente participar en la elaboración de la regulación de la seguridad social.”*³

De igual manera, respetuosamente consideramos que también debió coordinarse con la Unidad de Regulación Financiera -URF-, unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que según el decreto 4172 de 2011, tiene como

³ Cfr artículo 3 decreto 4712 de 2008.

objeto: *“dentro del marco de política fijado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sin perjuicio de las atribuciones de la Junta Directiva del Banco de la República, la preparación de la normativa para el ejercicio de la facultad de reglamentación en materia cambiaria, monetaria y crediticia y de las competencias de regulación e intervención en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, para su posterior expedición por el Gobierno Nacional”*⁴.

Sin embargo, observamos que, ni en el Proyecto de Decreto, ni en la memoria justificativa, reposan referencias de tal labor de coordinación.

Tampoco figura que se haya acudido a la *Comisión Intersectorial de Inclusión Financiera*, instancia creada por el Gobierno Nacional para orientar la política y coordinación de las entidades relacionadas con inclusión financiera -en la cual participa el MINTIC-. Dicha comisión tiene entre sus funciones:

“1. Orientar, asesorar y recomendar la adopción y ejecución de las medidas y políticas tendientes a desarrollar la inclusión financiera en el País.

*2. Coordinar y establecer los lineamientos para el desarrollo de las actividades que adelanten las instituciones públicas y privadas tendientes a ampliar la inclusión financiera en el país.”*⁵

Por lo tanto, creemos que dicha instancia resulta idónea a nivel gubernamental para realizar un análisis sobre esta propuesta, especialmente para determinar si la misma consulta: (i) las necesidades de la población colombiana; (ii) si la oferta actual de servicios ofrecidos por diferentes actores del sistema financiero y solidario, incluidas las SEDPES, no ofrecen los mismos servicios que ahora se pretenden satisfacer; (iii) que dichos servicios ofrecidos desde el sector postal, sean prestados en las mismas condiciones de seguridad y confiabilidad para los usuarios y con las mismas garantías sobre los depósitos que estos ofrecen al público y en esa medida que se salvede el *“ahorro del público”*; (iv) que consulte los mejores estándares internacionales; (v) que los eventuales servicios se ofrezcan en condiciones claras para todos los actores del mercado y, (vi) la constitucionalidad y legalidad de las medidas propuestas.

Ahora bien, en relación con la mencionada inclusión financiera, vale la pena resaltar que en las consideraciones del Proyecto de Decreto se hace alusión a la Ley 1955 de 2019, *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*”, precisando que dicha norma señala que *“mediante el aprovechamiento de las redes postales, que beneficie a la población pobre y vulnerable o en zonas apartadas, se*

⁴ Cfr artículo 2 decreto 4171 de 2011.

⁵ Cfr art 3 del decreto 2338 de 2015.

promueve la innovación, la masificación del comercio electrónico, el cierre de la brecha digital y la inclusión financiera”.

Sin embargo, nos permitimos puntualizar que tal afirmación está en la parte considerativa del Plan de Desarrollo, y por tanto no tiene un carácter vinculante, además, que tal aparte resulta cuestionable pues atribuye a las redes postales: 1) la promoción de la innovación, aporte que estimamos que habría que cambiar mejor por el de contribuir a la diversificación de oportunidades para el envío y recibo de dinero; 2) masificación del comercio electrónico, frente a lo cual consideramos que, realmente el aporte consiste en servir como un canal de pago off line y no a la masificación del comercio electrónico; 3) cierre de la brecha digital, entendido como el aumento en la conectividad del país permitiendo que todos los habitantes puedan tener acceso a los beneficios de las tecnologías de la información y las comunicaciones, por lo cual creemos que no se encuentra la relación entre este objetivo de política y la prestación de los servicios postales de pago; y 4) en cuanto a la inclusión financiera, observando que este objetivo se mide por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Comité Intersectorial de Inclusión Financiera, como la posibilidad de contar con al menos un producto financiero -que de acuerdo con el Reporte de Inclusión Financiera de la Banca de las Oportunidades - Superintendencia Financiera de Colombia del 2020, a junio de 2020, el 83,6% de la población adulta del país tenía al menos un producto de depósito en el sistema financiero, es decir 30,1 millones de personas-, respetuosamente consideramos que los servicios postales no contribuyen a la inclusión financiera, razón por la cual, estimamos que la afirmación bajo estudio no representa un fundamento de conveniencia y oportunidad, como lo exige la presentación de un Proyecto de Decreto como el analizado.

Adicional a lo expuesto, y desde el punto de vista de política pública, se aprecia que los objetivos de políticas sectoriales del Gobierno nacional del sector TIC (postal) y del sector financiero van en contravía respecto al tema de reducción del uso del efectivo, frente a lo cual creemos apropiado tener en cuenta que, la sobreutilización del efectivo se ha convertido en una barrera adicional para la superación de algunos de los problemas históricos de la economía nacional, entre los que se destacan: i) la ilegalidad; ii) la informalidad; y iii) la evasión de impuestos (BID & ASOBANCARIA, 2017), así como barrera a las estrategias de inclusión financiera.

Por una parte, el sector financiero busca reducir el efectivo mediante la implementación de estrategias como la *inclusión financiera rural*, mientras que el sector TIC buscar incrementar el manejo del efectivo en el país por fuera del sistema financiero, no solo potenciando la prestación del actual servicio postal de pago llamado *Giro Nacional*, sino buscando la habilitación de nuevos servicios -*Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal*-, los cuales como se ha mencionado, creemos que implican captación de dinero que incentivaría la consolidación de instrumentos de ahorro cuyos recursos no serán canalizados a través del sistema financiero.

Así, en tanto desde el sector financiero, el Gobierno Nacional actualmente se encuentra adelantando iniciativas para la reducción del uso del efectivo, la masificación de los medios de pago electrónicos y la inclusión financiera digital en respuesta a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022 *“Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*, respetuosamente observamos que, la propuesta de política del sector postal, no se encuentra articulada con el objetivo de reducir el efectivo, promoviendo su manejo por fuera del sistema financiero sin la debida supervisión que estas actividades de captación ameritan y aumentando aún más las asimetrías regulatorias que el mismo regulador (CRC) ha identificado durante los últimos años.

En conclusión, respetuosamente nos permitimos poner de presente que el Proyecto de Decreto podría no estar consultando los mínimos exigibles para su presentación, como lo prevé el citado Decreto 1609 de 2015.

3. Los Operadores postales de pago solo se encuentran habilitados para prestar el servicio de transporte de dinero, por lo tanto, no están legalmente autorizados para desarrollar actividades de captación, intermediación financiera, ni constituyen un sistema de pago

En primer lugar, creemos oportuno precisar que, como lo han anotado varios expertos en el tema, el *Acuerdo de 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 permitiera 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 el mismo hace referencia a un *único territorio postal*, lo que refleja la clara intención de Unión Postal Universal - UPU que se fortaleciera la circulación de los envíos postales entre los países miembros, como parte de la finalidad y razones por las cuales 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.

Al respecto, y observando que de la lectura del Proyecto de Decreto se puede llegar a entender que el Gobierno debe habilitar todos los “*otros*” sistemas de pago que regula tal Acuerdo -distintos de los Giros Nacionales y los Giros Internacionales-, sin excepción alguna, consideramos apropiado poner de presente que, en virtud del mencionado Acuerdo, los países miembros no están obligados a que en sus territorios se presten imperativamente todos los servicios 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, consideramos que 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 puede adolecer de problemas de constitucionalidad, legalidad y conveniencia. Lo anterior, por cuanto a las reglas de aplicación de los tratados, prevalece el principio de la buena fe o “*pacta sunt servanda*”⁶.

Por otra parte, también estimamos importante puntualizar que, en virtud de 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 art. 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 podrá ser ejercido con autorización estatal -previa calificación de su idoneidad moral, su carácter profesional y solvencia económica-, a efectos de proteger el interés público, equilibrio económico, la estabilidad del sistema de pagos y la confianza del público en el régimen de ahorro y crédito.

En armonía con lo anterior, se observa que, a través de 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*”.

⁶ 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.*”

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 público⁷, tras realizar una lectura global del documento y observando que a través del mismo se facilita **la apertura de cuentas en el operador postal** –cuyas características como monto y plazo serán determinadas por los mismos, sin atender la normatividad propia de la cuentas de ahorro, los depósitos de bajo monto, o demás productos financieros de depósito-, amablemente consideramos que su contenido habilita, a pesar de mencionarlo como expresamente prohibido, la captación masiva de recursos del público⁸, intermediación financiera, y demás actividades de desarrollo exclusivo de instituciones financieras –tal como se expuso líneas atrás-.

De acuerdo con lo expuesto, respetuosamente consideramos que el Proyecto de Decreto puede ser jurídicamente viable, en la medida que:

- (i) 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;
- (ii) 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 para las entidades financieras como profesionales especializados en la realización de conocimiento del cliente, administración de ahorros públicos y mitigación de riesgos propios de dicha actividad - tales como los riesgos operativos de la captación, el lavado de activos y financiación del terrorismo-, constituidas bajo cualquiera de las formas establecidas en el artículo 2° del Estatuto Orgánico del

⁷ 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.*”

⁸ 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.”

Sistema Financiero, debidamente autorizadas por el Estado y sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia;

- (iii) Aunado a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el depósito irregular de dinero solo se encuentra legalmente autorizado a los establecimientos de crédito, amablemente consideramos que no resulta viable su habilitación mediante las “*cuentas de los operadores*”, ya que tratándose el dinero de una cosa 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 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-, respecto al cual, los Operadores postales no se encontrarían autorizados para su constitución y manejo; y
- (iv) 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*”.

En armonía con lo anterior, creemos que 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.

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, y la sentencia de la Corte Constitucional C- 823 de 2011, respetuosamente consideramos que 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.

4. El Proyecto de Decreto puede resultar contrario a la sentencia C-823 de 2011 de la Corte Constitucional

Por una parte, en la medida en que pareciera que el Proyecto de Decreto pretende apartarse de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-823 de 2011 –conforme a lo expuesto-, para permitir a los Operadores postales la realización de actividades financieras a título de servicios postales de pago, estimamos necesario recordar 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, en tanto se observa que entre los fundamentos jurídicos del proyecto de decreto se señala: “[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”, sin embargo, revisando el numeral 4.3 de dicha 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, respetuosamente consideramos que no es posible afirmar que la Corte avala la apertura de cuentas en 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.

En ese mismo sentido, el CONPES de Inclusión y Educación Económica y 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*

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 de 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.

¹² Documento CONPES 4005 “POLÍTICA NACIONAL DE INCLUSIÓN Y EDUCACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA”, 28 de septiembre de 2020, pág. 19.

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 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.”

5. Eventual configuración de Asimetría Regulatoria respecto a entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Economía Solidaria

En relación con esta preocupación, consideramos que habilitar a los Operadores de servicios postales a la realización de actividades financieras como la apertura y administración de cuentas, captación masiva de recursos del público y hacer parte de los Sistemas de Pago de Bajo Valor - SDPBV, sin cumplir con las autorizaciones estatales, la supervisión a cargo de la Superintendencia Financiera y los demás requisitos de las normas que regulan la materia (capital mínimo permanente, solvencia, sistemas de administración de riesgo, etc.), además de los eventuales 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.

En tal medida, observamos que el contenido del Proyecto de Decreto está regulando una actividad similar a los depósitos de Bajo monto, reglamentados recientemente por el Decreto 222 de 2020, como un mecanismo muy relevante para la inclusión financiera, frente a lo cual, atentamente ponemos de presente que tal situación desconoce que las normas vigentes autorizan a las entidades vigiladas, que pueden ofrecer este producto, bajo su estricta responsabilidad y sujetas los requisitos y vigilancia ya mencionados, a utilizar corresponsales, a 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 el generar la asimetría regulatoria mencionada y los riesgos que se ponen de presente a lo largo de este documento.

Sobre el particular, consideramos apropiado hacer un paréntesis para destacar que, de acuerdo con el Reporte de Inclusión Financiera de la Banca de las Oportunidades - Superintendencia Financiera de Colombia del 2020, el número de adultos con depósitos

electrónicos aumentó en 576 mil adultos durante el primer trimestre y cerca de 3,6 millones para el segundo. Por su parte, el número de adultos con cuentas de ahorro de trámite simplificado se incrementó en 485 mil en el primer semestre y 1,7 millones en el segundo.

De igual forma, estimamos oportuno resaltar que, la figura de corresponsal bancario 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 Subdirección de Desarrollo de Mercados 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.

Además, de acuerdo con el Reporte de Inclusión Financiera de la Banca de las Oportunidades - Superintendencia Financiera de Colombia del 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 durante entre 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 datafonos).

Los corresponsales tienen alrededor de siete principales tipos de transacciones y/o servicios. Entre esas 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.

De igual forma, resulta apropiado destacar que según el Reporte de Inclusión Financiera de la Banca de las Oportunidades - Superintendencia Financiera de Colombia del 2020, la dispersión de recursos de Ingreso Solidario a los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad se realizó en puntos de pago habilitados por cada entidad financiera, oficinas o corresponsales bancarios, lo cual derivó en una contribución a la inclusión financiera, debido a que se logró que más de 650 mil beneficiarios reactivaran o abrieran algún producto financiero.

Aunado a lo expuesto, es del caso precisar 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.

En el documento CONPES de Inclusión y Educación Económica y Financiera, se reconoce expresamente esta complementariedad de los operadores postales y su red, mencionado 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”*. De la misma manera, el reciente documento *“Política Pública para un Mayor Desarrollo del Sistema Financiera”* publicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconoce el papel de los corresponsales bancarios en la política de inclusión financiera de nuestro país.

Retomando la argumentación frente a la asimetría regulatoria mencionada respecto de las entidades financieras y especialmente en cuanto a los depósitos de bajo monto, estimamos que la misma ocasionaría un especial impacto negativo, no solo a los establecimientos de crédito, sino a las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos - SEDPES, instituciones financieras que se introdujeron en la Ley 1735 de 2014, mediante *“la creación de 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 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”*¹³.

En línea con lo expuesto, el citado CONPES de Inclusión y Educación Económica y 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 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 postal.”*¹⁴

De esa manera, respetuosamente consideramos que el Proyecto de Decreto parte de un entendimiento equivocado de las leyes 1369 de 2009 y 1442 de 2011, que lo podría viciar de nulidad, al considerar que los servicios postales de pago pueden incluir la apertura de cuentas de depósito, la captación de recursos del público, y la custodia de los saldos depositados en ella, 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

¹³ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 125 del 3 de abril de 2014, Proyecto de Ley 181 de 2014, Senado.

¹⁴ Documento CONPES 4005 “POLÍTICA NACIONAL DE INCLUSIÓN Y EDUCACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA”, 28 de septiembre de 2020, pág. 39

tales actividades se encuentra por fuera del ámbito jurídico del servicio postal, y que precisamente las actividades que ahora propone permitir el MINTIC a cargo de Operadores postales, son aquellas de naturaleza financiera que expresamente se permiten a las SEDPE en virtud de Ley 1735 de 2014, norma motivada en el reconocimiento de que los Operadores postales no podían desarrollarlas bajo el régimen postal.

En tal medida, creemos que al proponer el Proyecto de Decreto que mediante decreto reglamentario y a título de servicios postales, los Operadores postales puedan desarrollar las actividades que la Ley 1735 de 2014 autorizó exclusivamente a las SEDPE, tal proyecto podría comportar la transgresión de la mencionada Ley 1735.

Además, y atendiendo a lo expuesto, con la expedición del 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 SEDPEs, reguladas a través del artículo 1° de la mencionada Ley -captación de recursos a través de depósitos, hacer pagos y traspasos, y enviar y recibir giros financieros-, 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 Superintendencia Financiera de Colombia, ni cumplir con las mismas disposiciones que las demás instituciones financieras en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo, entre otros aspectos.

Adicionalmente, nos permitimos precisar que evidenciamos una asimetría al comparar los precios finales de los usuarios de los servicios financieros y de los postales de pago, toda vez que, estos últimos al ser catalogados como de transporte o mensajería, se encuentran excluidos de la aplicación de impuestos indirectos del orden nacional que se aplican a las comisiones por las transacciones financieras realizadas por los usuarios del sistema financiero, tales como el Impuesto al Valor Agregado -IVA- (19%) -numeral 9 del artículo 476 del Estatuto Tributario- y/o el Gravamen a los Movimientos Financieros -GMF- (4x1.000). Estos “sobre costos” afectan de manera significativa la competencia entre los actores, ya que los valores que pactan los Operadores de servicios postales de pago se cobran sin considerar las mencionadas cargas tributarias.

Respecto a la supervisión, estimamos necesario recordar que los modelos de supervisión, vigilancia y control son diferentes, siendo el del sector financiero más especializado en la medida en que apunta a conservar la confianza del público en el sistema, de ahí que, el marco de supervisión integral de la SFC se enfoca en la identificación y reducción de riesgos que puedan generar problemas con las actividades financieras. Sobre el particular, vale la pena destacar, que a nivel internacional la prestación de nuevos servicios postales de pago -Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal- es regulada y supervisada por las

autoridades del sector financiero, y el 86% de los *Operadores Postales Designados* a nivel global están regulados/supervisados por autoridades del sector financiero independientemente del (de los) modelo (s) de negocio que adopten.

Aunado a anterior, en nuestra opinión esta situación también genera riesgos para los cuentahabientes, en la medida en 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 el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – contrario a las SEDPES y demás instituciones financieras-, razón por la cual, creemos que los recursos de ahorros del público y la estabilidad del sector financiero quedarían expuestos.

De igual forma y teniendo en cuenta que de acuerdo con el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 1735 de 2014, las SEDPES pueden ser constituidas por cualquier persona natural o jurídica, incluyendo, entre otros, los Operadores de servicios postales, en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables, consideramos que no resulta acertado que de forma paralela se busque impulsar un proyecto normativo que permite a los Operadores de servicios postales cambiar la naturaleza de sus actividades sin cumplir con la reglamentación dispuesta para tales efectos, más aún, teniendo en cuenta que como se expone, estos ya cuentan con la posibilidad de constituirse en debida forma como SEDPES en caso de tener la intención de desarrollar las actividades financieras mencionadas.

En tal medida, y observando que las SEDPES 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 Superintendencia Financiera, 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 2018¹⁵. Así

¹⁵ De ese número de transacciones, el canal que más utilizaron los colombianos fue el celular, con 2,66 millones de operaciones por \$13.006 millones y una representación de 62,7%.

El segundo canal con mayor uso fueron los datafonos, con 955.917 operaciones (22,8%) por \$40.306 millones. Actualmente, Colombia cuenta con cerca de 585.000 unidades.

La tercera posición la ocupa el sistema de transferencias electrónicas ACH, con 260.107 operaciones (6,2%) por \$17.215 millones.

mismo, este 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, amable y respetuosamente consideramos que resulta más apropiado enfocarse en complementar y desarrollar esta figura en lugar de habilitar más servicios y Operadores que se regulen por normatividades asimétricas y disímiles.

Respecto del arbitraje regulatorio en las actividades financieras o que involucran manejo de recursos del público, consideramos oportuno poner de presente que 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*

En su orden, siguen los corresponsales bancarios, con 242.021 transacciones (5,7%) por \$19.976 millones; el internet, con 58.001 operaciones (1,3%) por \$1.512 millones; las oficinas físicas, con 37.281 operaciones (0,89%) por \$102 millones; los cajeros automáticos, con 1.612 operaciones (0,03%) por \$310 millones; y el débito automático, con 24 operaciones.

La SFC reportó que la billetera digital Movii, que, entre otros, ofrece el servicio de tarjeta débito y pagos digitales, es la fintech con mayor participación en el mercado, con 3,82 millones de operaciones durante el año pasado (dos millones monetarias y 1,78 millones no monetarias) por un valor de \$89.399 millones, es decir, 96,7% del total.

Sin embargo, vale aclarar que las demás soluciones digitales comenzaron a operar a mediados o finales de 2019, por lo que para este año las compañías esperan entrar a competir con mayor porcentaje en el mercado y tener más peso en la torta.

Por ejemplo, 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 Powii 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.

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 corresponsalía, 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.

el particular que emanan de las normas superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución”¹⁶.

6. El Proyecto de Decreto puede ocasionar una inobservancia del Principio de Igualdad

Si bien existe un régimen normativo tanto para definir la actividad financiera como la actividad de servicios de pago postal, resulta apropiado puntualizar que en razón del principio de igualdad consagrado en la Constitución, no es posible que dos tipos de agentes realicen una misma actividad económica con injustificadas regulaciones diferentes.

La reglamentación que se procura, entonces, debe tener presente que no es posible acercar los servicios de pago postales a los servicios bancarios de remesas y transferencias, así como a las actividades de las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos, 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, respetuosamente consideramos que no protege debidamente el interés público, en materia de solvencia y demás previsiones prudenciales.

Así, comedidamente estimamos que la consolidación de arbitrajes regulatorios, además de desconocer el derecho constitucional a la igualdad, dificulta la sana competencia y crea barreras de acceso injustificadas.

7. La introducción de un sistema de pagos postales puede distorsionar el sistema financiero de pagos, ocasionando efectos anticompetitivos

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 el documento *“Política Pública para un Mayor Desarrollo del Sistema Financiera”* publicado recientemente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se plantea la importancia de promover el *“... acceso universal, eficiente y seguro al sistema de pagos de bajo valor por parte de la población (...), y para lograrlo se buscará aprovechar en mejor medida las nuevas tecnologías y la innovación financiera”*.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

En armonía con lo anterior, y en relación con los sistemas de pago de bajo valor, estimamos adecuado puntualizar que, en virtud de la figura de Giro Nacional, los usuarios 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 neutras¹⁷-, sino que se prestan mediante un servicio de mensajería de fondos que no requiere de ningún tipo de depósito.

Por lo tanto, y en razón del mencionado instrumento de Giro Nacional, los Operadores postales de pago compiten en el mercado relevante de pagos y transacciones de bajo valor, por tratarse de un bien sustituto, lo cual les permite ejercer presión competitiva dentro de todo el ecosistema de pagos de bajo valor respecto de los servicios prestados por las entidades financieras por medio de contratos de depósito irregular -como cuentas de ahorro o corriente, billeteras digitales, entre otros-.

Por otra parte, y observando que, el Proyecto de Decreto busca habilitar a los Operadores postales de pago para la prestación del servicio de pagos y transferencias electrónicas de bajo valor mediante la utilización de Giro de pago, Giro de depósito y Transferencia postal, así como a celebrar contratos de depósito irregular con los usuarios -cuenta de depósito postal-, lo que implica recaudar y administrar recursos del ahorro del público general -actividades exclusivas del sistema financiero-, consideramos que esto ocasionaría fallas de mercado, en la medida que tanto Operadores de pago como entidades financieras estarían ofreciendo servicios sustitutos que compiten dentro del mismo mercado pero bajo un régimen jurídico injustificadamente diferenciado.

Así, y si bien desde un punto de vista general, es deseable que haya más actores en el mercado, amablemente consideramos apropiado puntualizar que la participación de los mismos debe enmarcarse en: 1) la promoción de la libre y leal competencia; y 2) la protección del ahorro del público.

No obstante, de acuerdo con lo expuesto, y de ser expedida la normatividad propuesta, observamos que se estaría exponiendo el ecosistema de pagos de bajo valor en Colombia y la estabilidad del mismo, **desde el lado de la oferta**, en la medida que establecer un régimen jurídico diferenciado, con cargas regulatorias de los vigilados por la SFC mucho más gravosas que las que tienen que asumir las entidades del sector postal sujetas al control, inspección

¹⁷ 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.

y vigilancia del MINTIC, puede ocasionar una competencia desleal al imponer una barrera de entrada al mercado -para las entidades financieras- y una ventaja competitiva -para los Operadores postales de pago-, lo cual amablemente estimamos que puede transgredir el principio de igualdad del artículo 333 de la Constitución y el régimen de libre competencia del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En tal medida, siendo la licencia postal menos regulada y mucho más flexible que la licencia financiera, de expedirse la norma, atenta y cortésmente consideramos que se estaría desincentivando a las entidades financieras para que participen en el mercado relevante de pagos y transferencias electrónicas de bajo valor, innoven o aporten a la masificación del comercio electrónico, y contribuyan al cierre de la brecha digital y la inclusión financiera, en tanto que eventualmente va a ser más atractivo participar en el mercado relevante bajo la habilitación postal que bajo los requisitos de habilitación de una entidad sometida a la vigilancia de la SFC.

Como consecuencia de lo anterior, opinamos que se podrán ver afectados los bienes jurídicos que protegen el derecho de la libre competencia, tales como la eficiencia económica, la libre concurrencia de las empresas al mercado -de pagos y transferencia electrónica de fondos por medio de cuentas de depósito- y el bienestar del consumidor.

Respecto a la **afectación sobre el bienestar del consumidor**, consideramos que con la expedición del Proyecto de Decreto, se tendría una menor variedad de posibilidades e instrumentos mediante los cuales satisfacer la necesidad de pago y transferencias de bajo valor -sustitutos del efectivo-, en tanto que el sector financiero queda si incentivos para participar dentro del mercado relevante, ya que se influiría sustancialmente sobre la estructura de costos que deben afrontar los modelos de negocio de las entidades financieras, en tanto que va a ser relativamente más oneroso participar en el mercado relevante de pagos y transferencias electrónicas de bajo valor, en relación con los costos que deberán asumir los Operadores postales de pago que utilicen cuentas postales de depósito, y además, que las entidades financieras no se van a preocupar ni van a tener ningún incentivo para ampliar la oferta financiera, con todos sus servicios asociados como la bancarización y la democratización del crédito.

Desde el lado de la demanda, consideramos que la adopción de la normativa expuesta en el Proyecto de Decreto afectaría aspectos como la protección al consumidor y el ahorro del público, en la medida que la asimetría regulatoria potencializa los riesgos de liquidez, operativo, SARLAFT y de manejo de datos de los usuarios, así como que 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.

Así, frente al riesgo de liquidez, creemos que la entidades financieras están mejor preparadas que los Operadores postales, en tanto que pueden apalancar sus cuentas

gracias a la posibilidad que tienen de utilizar el multiplicador bancario del dinero, además, en razón de las reglas prudenciales de capital mínimo, patrimonio adecuado, el régimen de inversiones, entre otros, las entidades financieras están sometidas a un régimen de prohibiciones y reglas de administración del dinero de los depositantes que no está contemplado en la Propuesta de Decreto, y que en consecuencia, su ausencia pondría en riesgo los dineros de los depositantes, aumentando las probabilidades de concretar el riesgo de liquidez.

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.

En relación con los riesgos operativos, se observa que desde el Proyecto de Decreto no aplican las normas que protegen a los usuarios de su posible ocurrencia (por ejemplo, un deficiente funcionamiento de las plataformas o las cuentas de depósitos electrónicos postales). En este sentido, creemos que 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 de bajo valor, en comparación con las condiciones de certeza y seguridad que le brindan las entidades financieras.

Respecto a los riesgos SARLAFT, si bien el Proyecto de Decreto hace referencia a los mismos, y sin perjuicio de los argumentos antes expuesto sobre la inconveniencia y cuestionamientos sobre la constitucionalidad y legalidad del proyecto, consideramos que para 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.

Frente al riesgo sistémico, estimamos que podría devenir una depresión económica generalizada en tanto que el rubro del consumo, dentro de la ecuación macroeconómica fundamental¹⁸, podría verse afectado dado que los consumidores podrían perder confianza, seguridad y tranquilidad respecto del funcionamiento y la dinámica del ecosistema de pagos de bajo valor y sus instrumentos; 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

¹⁸ Consumo + Inversión + Gasto Público = Producto Interno Bruto.

inversión y gasto público (por vía de menores niveles de recaudación) y, por lo tanto, afectando el crecimiento del PIB.

Sobre el manejo de datos e información personal, respetuosamente consideramos que con la mencionada habilitación que se pretende otorgar a los Operadores postales de pago, también se les permitiría tener acceso a muchos más datos e información sobre actividades financieras y movimientos y transferencias de los dineros de los usuarios, sin contar con las mismas reglas que aplican a las entidades financieras habilitadas para operaciones neutras de crédito en lo relacionado con el manejo de información de sus usuarios y el derecho de habeas data de la Ley 1266 de 2008.

8. La Participación en los sistemas de pagos de actores que desarrollen actividades financieras pero manejen normas más laxas que las impuestas a las entidades financieras para el Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, podría poner en riesgo la estabilidad del sistema de pagos.

En atención a la importancia que representa el funcionamiento seguro, transparente y eficiente del sistema de pagos para los mercados financieros y la economía en general, resulta indispensable que las entidades financieras que participen, cuenten con Sistemas de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo robustos que eviten y prevengan el ser utilizados para dar apariencia de legalidad a activos provenientes de acciones delictivas y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas. Esto considerando el desarrollo de actividades como la captación masiva de recursos del público e intermediación financiera.

Adicional a lo anterior, y teniendo en cuenta que los sistemas de pagos tienen la labor de mitigar los riesgos financieros y operacionales resultantes de la interacción de los participantes de los mercados -en especial el riesgo sistémico¹⁹-, aunado a la creciente sofisticación y complejidad de las operaciones financieras y el sustancial incremento de las transferencias que se hacen a través del sistema de pagos²⁰, resulta de gran importancia que sus participantes cuenten con un conjunto de políticas, procedimientos, controles y herramientas encaminados a blindar las actividades o relaciones de actividades delictivas.

En tal medida, y teniendo presente que el ejercicio de actividades financieras contempla un nivel mínimo de regulaciones prudenciales a las entidades financieras que no resultan aplicables para el desarrollo de las actividades autorizadas a los Operadores postales de pago –pese a que el Proyecto de Decreto busca habilitarlos para la realización de actividades

¹⁹ Decreto 2555 de 2010, Artículo 2.17.1.1.1.

²⁰ Banco de la República – La función de seguimiento al Sistema de Pagos en Colombia.

financieras lo cual puede ir contravía de todas las restricciones constitucionales y legales expuestas-, consideramos que la participación de dichos Operadores se efectuaría bajo Sistemas de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo que no atenderían las medidas de control apropiadas y suficientes, ni los estándares mínimos estipulados en la Circular Básica Jurídica (CE 029 de 2014) de la Superintendencia Financiera de Colombia, en desarrollo del artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, amenazando así, la estabilidad de los sistemas de pagos.

9. La inadecuada estructuración y control de Sistemas de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo representa un riesgo que podría afectar la calificación general del país en cuanto a la evaluación de las Recomendaciones GAFI.

Colombia es país miembro del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), ente intergubernamental establecido en 1989 por los Ministerios y sus jurisdicciones miembros, 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 internacional²¹.

En 2012, el GAFI aprobó y publicó las 40 Recomendaciones para combatir el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, 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 de lavado de activos y financiación del terrorismo, 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, consideramos apropiado poner en consideración que el inadecuado manejo y mitigación de riesgos expuestos líneas atrás en el presente documento, constituyen un riesgo frente a un eventual detrimento en la calificación del país en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo, lo cual, conllevaría impactos negativos en la reputación nacional, estabilidad económica, el comercio exterior y la inversión extranjera.

Al respecto, consideramos que el Proyecto de Decreto propone aspectos que pueden resultar contrarios a las disposiciones y sugerencias expedidas por el GAFI, como: (i) la

²¹ OCDE/GAFI. Recomendaciones del GAFI. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación.

inexistencia de un sistema de monitoreo posterior al otorgamiento de las licencias por parte del MINTIC; (ii) el control o supervisión 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 cuantas cuentas pueden haber por 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 mismas condiciones que el Operador, entre otros aspectos.

En tal medida, y teniendo en cuenta que de acuerdo con el Informe sobre la Estrategia Internacional de Control de Narcóticos 2018 (INCSR) del Departamento de Estado de EE.UU.: *“Los sectores y productos de mayor riesgo de lavado de activos en Colombia son los giros postales, mercados de valores, casinos, juegos de suerte y azar, además del contrabando de gasolina, licores y aparatos domésticos. También las remesas, monedas electrónicas y tarjetas prepago”*, consideramos que la expedición de un Proyecto como el analizado, aparte de resultar contrario a la Constitución y la Ley, también puede ser riesgoso e inconveniente.

10. La actividad de 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 a la Superintendencia de Economía Solidaria – tal como se desarrolló a lo largo de este documento-.

Sobre el particular, consideramos apropiado resaltar que, esta actividad ha sido prevista en varios tratados de libre comercio, y definida como una de los servicios bancarios o servicios financieros.²² Entre otros propósitos los tratados de libre comercio (TLC) tienen como

²² 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 se 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 trasfronterizos, entre otros asuntos

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 pago que se pretenden autorizar por el Proyecto de Decreto, amablemente creemos que existe un trato discriminatorio que puede afectar 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 opinamos que 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.

De acuerdo con todos los argumentos expuestos, amable y respetuosamente solicitamos a ese Ministerio archivar el Proyecto de Decreto en atención a su eventual oposición a la Constitución, la Ley, la igualdad, el interés general y la libre y leal competencia.

Agradecemos amablemente su atención.

Cordial saludo,



ÁLVARO MONTERO AGÓN
Vicepresidente Jurídico
BANCO DAVIVIENDA S.A.