

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Bogotá, D.C., 25 de septiembre de 2020

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS
COMUNICACIONES
FECHA: 29/9/2020 HORA: 09:55:40 FOLIOS: 47
RADICADO NO: **201057680**
PROCEDENCIA: NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
TRAMITE A: 2.1. DIRECCION DE INDUSTRIA DE COMUNICACIO:
DIR. JORGE GUILLERMO BARRERA MEDINA

Doctora
KAREN ABUDINEM ABUCHAIBE
Ministra
**MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS
COMUNICACIONES**
Ciudad

REF.: PROYECTO DE DECRETO SOBRE SERVICIOS POSTALES DE PAGO

Estimada Ministra:

Con un cordial saludo, me refiero al proyecto de decreto “que fija las condiciones para la prestación de otros servicios postales de pago”, así como sobre su “soporte técnico”, documentos publicados para comentarios en la página web del Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (en adelante “Min Tic”).

Con el fin de ofrecer unas observaciones sistemáticas sobre las razones de inconstitucionalidad y de inconveniencia del proyecto de normativa, he considerado pertinente desarrollar los siguientes aspectos fundamentales:

1. Los Servicios Postales de Pago constituyen un servicio público
2. Régimen vigente de los Servicios Postales de Pago
3. Glosas de constitucionalidad y conveniencia al proyecto de decreto
 - 3.1 Cumplimiento del Acuerdo de Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal, suscrito en Ginebra en 2008
 - 3.2 La regulación del servicio de pago postal no le puede ser confiada a los propios operadores
 - 3.3 Los operadores postales no pueden abrir cuentas a terceros: prohibición de actividad financiera

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

- 3.4 Los operadores postales solamente pueden operar con su propia infraestructura: imposibilidad de utilizar “colaboradores”
- 3.5 Observancia del principio de igualdad
- 3.6 El control del lavado de activos y la financiación del terrorismo

4. Conclusiones

I. LOS SERVICIOS POSTALES DE PAGO CONSTITUYEN UN SERVICIO PÚBLICO

La noción de servicio público en Colombia se estructura sobre un concepto material, determinado por la naturaleza de la actividad, en el bien entendido de que el mismo es toda actividad organizada para satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, a cargo del Estado, quien actúa directa o indirectamente a través de particulares¹.

La Constitución de 1991 enmarca el concepto de servicio público dentro de la estructura del Estado Social de Derecho, de tal suerte que -como lo advierte el art. 365 de la Carta- es inherente a la finalidad social del Estado, por lo que le corresponde a este velar por su debida prestación, en términos de eficiencia, regularidad, igualdad, obligatoriedad y universalidad, de acuerdo con las prescripciones que dicte especialmente el legislador para cada servicio. Dispone el precepto constitucional:

***ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara,

¹ Definición aceptada por la jurisprudencia con base en la noción prevista en el Código Sustantivo del Trabajo (art. 430, subrogado por el D.E. 753 de 1956), como lo reconocen las sentencias de la Corte Constitucional C-378 de 2010 y T- 578 de 1992, entre otras.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Por virtud de este enunciado superior, puede decirse que los servicios públicos en Colombia gozan de las siguientes notas características, como han sido genéricamente postuladas por la Corte Constitucional²:

- (i) Tienen una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser universal y eficiente, lo que determina la reserva en la titularidad del servicio en cabeza del Estado y la naturaleza precaria del título con que los operadores particulares desarrollan la actividad.

En el caso específico de los servicios postales de pago, la Corte Constitucional ha precisado que esta actividad “responde claramente a un interés general, que como tal ha merecido siempre una forma de regulación especial”, que se “presta con carácter general a toda persona independientemente de su condición personal o social”³.

- (ii) Su régimen jurídico es el que fije la ley;
- (iii) La prestación le corresponde al Estado, bien sea directamente o a través de particulares;
- (iv) Su regulación, control y vigilancia le corresponde al Estado;

² Ver Sentencia C- 041 de 2003.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 823 de 2011.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

- (v) Su régimen tarifario debe consultar, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos, sin perjuicio de que las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos.

Son múltiples los ejemplos de servicios públicos: la justicia, la salud, la educación, el transporte, la actividad bancaria, etc. Junto a ellos, también son servicios públicos los servicios postales de pago, como lo define el artículo 1º. de la Ley 1369 de 2009, en concordancia con el artículo 365 de la Constitución. En efecto, se lee en el artículo 1º. de la ley citada:

ARTÍCULO 1o., LEY 1369/09. AMBITO DE APLICACIÓN, OBJETO Y ALCANCE. *La presente ley señala el régimen general de prestación de los servicios postales y lo pertinente, a las entidades encargadas de la regulación de estos servicios, que son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Su prestación estará sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, con sujeción a los principios de calidad, eficiencia y universalidad, entendida esta última, como el acceso progresivo a la población en todo el territorio nacional.*

Los Servicios Postales están bajo la titularidad del Estado, el cual para su prestación, podrá habilitar a empresas públicas y privadas en los términos de esta ley (negritas extratextuales).

Por contera, los servicios públicos de pago postal tienen su propia entidad y su propio estatuto. De allí que la Corte Constitucional, con sujeción a la Ley 1369 de 2009, mediante la sentencia C-823 de 2011 ha reconocido que la actividad propia de los servicios postales de pago es un servicio público autónomo, que -por cierto- no se identifica con la actividad financiera:

“[...] para la Corte es claro que debe respetarse, en principio, la decisión del legislador de regular los servicios postales de pago como un servicio público adscrito al sector de las telecomunicaciones, legislado vía ley ordinaria y reglamentado por la cartera ministerial a cargo del sector y por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

“Si esta es la conclusión de la lectura de las normas constitucionales en la materia, mal puede insistirse que en ellas existe un mandato de regular toda actividad que involucre directa o indirectamente lo financiero como si se tratase de las actividades

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

financieras a que hace referencia el artículo 335 Superior. Tampoco existe un mandato constitucional para que todos los asuntos que involucren operaciones financieras, deban regularse de manera similar a la actividad financiera, con los mismos estándares reglamentarios exigidos para tales actividades, ni a someter su control a las mismas autoridades que vigilan las actividades realizadas por las entidades que hacen parte del sistema financiero”.

El servicio público relativo a los servicios postales de pago consiste estrictamente en un servicio de transporte de fondos que se ofrece al público en general, a partir de la infraestructura de la red postal. No por otra razón, en su sentencia C- 823 de 2011 la Corte Constitucional ha reconocido que “el servicio postal involucra un servicio de transporte [‘entre dos lugares geográficos distintos’], pero no se agota en él”, que si bien no versa sobre mensajes, recae sobre “el envío de valores desde sus inicios, ya sea en documentos, bien en metales, piedras preciosas, y dinero”.

Es decir, para la jurisprudencia constitucional los referidos servicios, consistentes en los mencionados giros, se enmarcan dentro de los servicios postales en general y, como tales, corresponden a una actividad de transporte o remesa, con connotación especial. Agrega la Corte Constitucional:

“(…) es necesario concluir que desde la perspectiva de la evolución de la normatividad nacional e internacional, los servicios de giro han formado consistentemente parte de los servicios postales y han sido regulados en el ámbito nacional como servicios que hacen parte de los géneros postal y telegráfico. Si bien no se han considerado tradicionalmente como parte del monopolio estatal en las comunicaciones, han sido prestados por la administración de correos inicialmente, luego por el Banco Postal y finalmente por ADPOSTAL hasta su liquidación (...)”⁴ (llamado extratextual).

Cuando el servicio se presta a través de empresas privadas, dado que los pagos postales están “bajo la titularidad del Estado”, requieren de una especial habilitación oficial, por conducto del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al tenor del art. 4°.

⁴ *Ibíd*em, Pág. 70.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

de la Ley 1369 de 2009, en concordancia con el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Decreto 1078 de 2015, Libro 2, Parte 2, Título 8, Capítulo 1, art. 2.2.8.1.1 y siguientes). A propósito de la habilitación para la prestación de un servicio público por parte de particulares, nos ilustra el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“... el título habilitante que tradicionalmente se ha utilizado en estos casos es la llamada concesión de servicio público, contrato típico de derecho administrativo por medio del cual se encomienda temporalmente a una persona (concesionario), tanto la prestación material de una actividad de servicio público como su organización. La retribución de este negocio jurídico se realiza generalmente con los precios o tarifas pagados por los usuarios. como nota característica relevante para el caso en estudio, se tiene que mediante esta figura contractual opera una delegación en la gestión mas no implica un traslado de la titularidad sobre la actividad; no obstante, la gestión conlleva, en no pocos casos, una verdadera “transferencia transitoria de potestades públicas”. La actuación del particular en este escenario se realiza bajo la dirección y control de la administración para asegurar un cumplimiento satisfactorio, de tal manera que ésta continúa siendo la directa responsable de cualquier perjuicio que se derive de un funcionamiento anormal o de un indebido uso de las potestades transferidas⁵.

II. RÉGIMEN VIGENTE DE LOS SERVICIOS POSTALES DE PAGO

Los servicios postales de pago están regulados en Colombia mediante la Ley 1369 de 2009 y la Ley 1442 de 2011, que aprobó el “Acuerdo sobre Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal”, suscrito en Ginebra en el año 2008 (en adelante también denominado “El Acuerdo”).

El artículo 2.2. 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”.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, Rad: 23001-23-31-000-2003-00650-02.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

En este sentido la misma norma citada, clasifica los servicios mencionados en las siguientes categorías:

- a) **Giros Nacionales:** Servicio mediante el cual se ordenan pagos a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el territorio nacional, a través de una red postal. Este servicio es prestado en la actualidad conforme a las habilitaciones otorgadas por Min Tic, a la luz del art. 4º. de la Ley 1369 de 2009 y del Decreto 1078 de 2015.

Según el registro Nacional de Operadores Postales, en la actualidad cinco empresas prestan el servicio de giros nacionales: Efecty, con una participación en el mercado del 41 %; Supergiros, con un 30 %; SuRed con una cifra cercana al 27 % y, finalmente, Movilred y 4-72 con el 1 %, respectivamente. Estas empresas tienen cerca de 30.000 puntos de atención a lo largo de todo el país.

- b) **Giros Internacionales:** Servicio prestado exclusivamente por el Operador Postal oficial o concesionario de Correo, mediante el cual se envía dinero a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el exterior.
- c) **Otros:** Servicios que la Unión Postal Universal clasifica como tales. Al tenor de la Ley 1442 de 2011, por medio de la cual se aprobó el “Acuerdo relativo los servicios postales de pago”, suscrito en Ginebra el 12 de agosto de 2008, son los siguientes:
- Giro en efectivo: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita el pago en efectivo del importe íntegro, sin retención alguna, al destinatario.
 - Giro de pago: el expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita el pago en efectivo del importe íntegro, sin retención alguna, al destinatario.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

- Giro de depósito: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita que se depositen en la cuenta del destinatario, sin retención alguna.

- Transferencia postal: el expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita que se acredite un importe equivalente en la cuenta del destinatario llevada por el operador designado pagador, sin retención alguna.

Para obtener la mencionada habilitación dichos operadores deben:

- a. Acreditar ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios postales.

- b. Demostrar un capital social mínimo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- c. Definir las características del servicio a prestar en cuanto al ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad; tipo de servicio a prestar; y estructura operativa, que permita asegurar la idoneidad y capacidad para prestar el servicio.

- d. Pagar el monto derivado de su habilitación previamente a la suscripción o expedición del correspondiente acto administrativo de habilitación.

Para el ejercicio de las actividades antedichas las disposiciones en comento contemplan un nivel mínimo de regulaciones prudenciales. Es así como el parágrafo segundo del artículo 4º. de la Ley 1369 de 2009, previó la obligación del Min Tic de reglamentar los requisitos de naturaleza patrimonial y mitigación de riesgos que deberán acreditar los operadores de servicios postales de pago, además de los ya enunciados en los literales a), c) y d) arriba citados, para obtener su respectiva habilitación. Es así como mediante la Resolución 3678 de 2013, dispuso que los operadores deben mantener, además del capital mínimo, un patrimonio

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

equivalente a lo que resulte mayor entre 11.654 salarios mínimos legales mensuales y o el 4% de la duodécima parte del total de operaciones de pago correspondientes al año inmediatamente anterior.

Adicionalmente, mediante la Resolución 3676 de 2013, el Min Tic promulgó los requisitos y parámetros mínimos del sistema de control interno de los operadores; a través de la Resolución 3677 de 2013 fijó el sistema de administración de riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo; mediante la Resolución 3679 de 2013 se regula el riesgo de liquidez y la Resolución 3680 de 2013 regula el riesgo operativo y tecnológico, entre otras disposiciones.

Por lo demás, en lo que tiene que ver con la supervisión de los operadores postales de pago, dicha función se encuentra en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, sin perjuicio de las “facultades con las que cuenta el Banco de la República para solicitar información relativa a operaciones cambiarias y con las que cuentan la DIAN en materia de investigaciones por infracciones al régimen cambiario, así como la Unidad de Información y Análisis Financiero sobre el control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”.

III. GLOSAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENIENCIA AL PROYECTO DE DECRETO

Es evidente que después del fallido proyecto de ley “*pague fácil pague digital*” del año 2012, por virtud del cual se pretendió poner en marcha servicios de pago postales adicionales al denominado Giro Nacional, el proyecto de decreto pretende viabilizar, indebidamente, por la vía de la reglamentación gubernamental, los servicios postales de pago denominados Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal.

La iniciativa adolece de graves defectos conceptuales, desde la perspectiva de su observancia del régimen de constitucionalidad y de su conveniencia.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

A continuación se exponen las principales glosas que merece el proyecto de reglamentación:

3.1 Cumplimiento del Acuerdo de Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal, suscrito en Ginebra en 2008

Lo primero que debe subrayarse es que, según el Acuerdo sobre Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal del 2008, los países miembros del mismo no están obligados a que en sus territorios se presten imperativamente todos los servicios de pago.

El Acuerdo habla de llevar a cabo el mejor esfuerzo para que entre en vigencia al menos uno de ellos. Es decir, Colombia acataría sus deberes internacionales viabilizando cualquiera de los servicios denominados Giro de Efectivo, Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal o, en el peor de los escenarios, acreditando que se empleó de buena fe en el cumplimiento de lo acordado pero que le fue, por ejemplo, legalmente imposible.

El proyecto así lo reconoce en el siguiente considerando, que corresponde al cuarto de todos ellos:

“Que el Acuerdo sobre servicios postales de pago de la Unión Postal Universal, firmado en Ginebra (Suiza) el doce (12) de agosto de 2008, aprobado mediante la Ley 1442 de 2011, determinó que cada país miembro hará el máximo esfuerzo para que en su territorio se preste al menos uno de los siguientes servicios de pago: Giro de Efectivo, Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal”.

No obstante esta realidad, es evidente que el Decreto está inspirado en la idea de que el gobierno debe habilitar todos los “otros” sistemas de pago que regula el Acuerdo de Ginebra, distintos de los Giros Nacionales y los Giros Internacionales, sin excepción alguna. En efecto, el proyecto de normativa adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para viabilizar en todo el territorio nacional la prestación de los servicios de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, por parte de los operadores postales. Así lo reconoce el propuesto art. 2.2.8.5.1, donde se lee:

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Artículo 2.2.8.5.1. Objeto y alcance. El presente capítulo tiene como objeto fijar las condiciones para la prestación de los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, por parte de los operadores habilitados para la prestación de servicios postales de pago, a partir de su vigencia.

Nuestras autoridades deberían entender, para empezar, que según el Acuerdo sobre Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal de Ginebra, del 2008, no es mandatorio que los países suscriptores pongan en vigencia todos estos servicios de giros o remesas postales. De hecho, el artículo 1º. del Acuerdo de Ginebra -aprobado sin reservas por la Ley 1442 de 2011- enseña lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. ALCANCE DEL ACUERDO.

1. Cada País miembro hará el máximo esfuerzo para que en su territorio se preste al menos uno de los siguientes servicios postales de pago:

1.1 Giro en efectivo: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita el pago en efectivo del importe íntegro, sin retención alguna, al destinatario.

1.2 Giro de pago: el expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita el pago en efectivo del importe íntegro, sin retención alguna, al destinatario.

1.3 Giro de depósito: el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita que se depositen en la cuenta del destinatario, sin retención alguna.

1.4 Transferencia postal: el expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita que se acredite un importe equivalente en la cuenta del destinatario llevada por el operador designado pagador, sin retención alguna.

2. El Reglamento fija las medidas necesarias para la ejecución del presente acuerdo”. (el llamado es nuestro)

Se trata de una obligación internacional de medio, mas no de resultado. Porque el país se obligó a llevar a cabo sus “mejores esfuerzos” para poner en marcha los referidos servicios

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

postales, sin que se hubiese comprometido en modo y tiempo para que los mismos entraran efectivamente en funcionamiento en el territorio nacional. Bajo este entendido sería innecesario forzar, por la vía de un simple reglamento, su puesta en marcha, cuando el asunto adolece de problemas de constitucionalidad, legalidad y conveniencia.

Por lo demás, según se dice en el Acuerdo de Ginebra y ya ha quedado expuesto en este documento, la obligación de medio comprometía a Colombia simplemente a intentar poner en marcha uno de los “otros” servicios de pago postales, tales como el Giro en Efectivo, el Giro de Pago, el Giro de Depósito y la Transferencia Postal. No obstante, el Min Tic se empeña en superar el umbral que fijó el Acuerdo, pretendiendo viabilizar mediante el proyecto de decreto tres de los cuatro servicios.

Por supuesto, la disponibilidad del país de reglamentar la entrada en vigencia de estos servicios depende, de un lado, de la política pública y, del otro, de la legislación interna. Así, en caso de no ser posible legalmente que puedan operar estos servicios, Colombia no se encontraría en incumplimiento, tanto más si se tiene en cuenta que a la fecha ya está en marcha el Giro Nacional.

Es que el Acuerdo de Ginebra no le impone a los Estados miembros el cumplimiento de obligaciones imposibles, ni mucho menos contrarias a su ordenamiento interno.

Así, por ejemplo, la eficiencia de los sistemas de pago regulados en el Acuerdo, está asociada en buena medida a la existencia de un sistema de compensación, mediante un esquema centralizado que se funda en la existencia de “cuentas centralizadas”⁶ (arts. 24 y 25, Ley 1442 de 2011) o a través de “cuentas de enlace” para liquidaciones bilaterales. Sin embargo, cuando estas “cuentas de enlace” no puedan abrirse en los operadores postales porque la

⁶ Dispone el art. 24 de la Ley 1442 de 2011 que “cada operador designado tendrá una cuenta centralizadora dedicada para los fondos de los usuarios. Esos fondos serán utilizados exclusivamente para liquidar al operador designado las órdenes postales de pago pagadas a los destinatarios o para reembolsar a los expedidores las órdenes postales de pago no ejecutadas”.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

legislación no permite que libren cheques postales, las mismas deben abrirse en una institución financiera. Al respecto prescribe el numeral 2.2 del artículo 25 de la Ley 1442 de 2011:

“2.2 Cuentas de enlace.

“2.2.1 Cuando los operadores designados contaren con instituciones de cheques postales, podrá abrirse recíprocamente una cuenta de enlace a través de la cual se liquidarán las deudas y los créditos recíprocos relativos a los servicios postales de pago.

“2.2.2 Cuando el operador designado del país de destino no contare con una institución de cheques postales, la cuenta de enlace podrá abrirse en algún otro establecimiento financiero” (el llamado no es del original).

Nada más claro: la Unión Postal Universal jamás ha forzado la puesta en marcha de los instrumentos, por encima de las regulaciones nacionales. De allí que siempre ofrece alternativas frente a las limitaciones legales de cada país o, en últimas, simplemente reclama el “mayor esfuerzo” para la implementación de sus normas en cada país.

De allí que el Acuerdo reafirma, por otro lado, que la apertura de cuentas de los Operadores, está sujeta al derecho interno de cada país. Es así como la denominada “cuenta centralizadora”, indispensable para que pueda funcionar un esquema de compensación centralizado, pende de su posibilidad legal en el derecho interno de cada Estado parte. No por otra razón, prescribe el art. 24 de la Ley 1442 de 2011 que cada operador tendrá “en principio”, una cuenta centralizada:

“Art. 24 Reglas contables y financieras

[...]

4. Cuenta centralizadora

4.1 En principio, cada operador designado tendrá una cuenta centralizadora dedicada para los fondos de los usuarios. Esos fondos serán utilizados exclusivamente para liquidar al operador designado las órdenes postales de pago pagadas a los destinatarios o para reembolsar a los expedidores las órdenes postales de pago no ejecutadas.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

4.2 Cuando el operador designado hiciere pagos a cuenta, éstos se acreditarán en una cuenta centralizadora dedicada del operado designado pagador. Esos pagos a cuenta servirán exclusivamente para efectuar los pagos a los destinatarios” (se llama la atención)..

Adicionalmente, el mismo Reglamento del Acuerdo de Ginebra ordena que las denominadas “cuentas generales” en las que se integran las cuentas del operador pagador, están sujetas “al derecho nacional del operador designado”, bajo el entendido de que los operadores designados que no sean miembros de un sistema de compensación centralizado liquidarán sus cuentas sobre la base del saldo de la cuenta general. Por ello dice el Reglamento:

“Artículo RP 2406 Formulación de las cuentas generales

- 1. Bajo reserva de que la formulación de una cuenta general se ajuste al derecho nacional del operador designado, las cuentas periódicas serán integradas por el operador designado pagador, con la misma periodicidad, en una cuenta general.*
- 2. La cuenta general se enviará al operador designado emisor por la vía más rápida en un plazo de dos semanas después de finalizado el período al que se refiere. Dará lugar a la determinación de un saldo neto.*
- 3. Las cuentas generales serán formuladas por los operadores designados de cada uno de los países contratantes.*
- 4. La cuenta general deberá ser pagada por el operador designado emisor en un plazo de seis semanas a contar desde la finalización del mes al cual se refiere” (el llamado no es del original).*

Y para ratificar lo expuesto, al regularse los sistemas de liquidación o de compensación en el artículo 25 de la Ley 1442 de 2011, se reconoce que cuando no es posible acceder al sistema de liquidación centralizada, por ejemplo por problemas de “asequibilidad financiera de un sistema de compensación centralizado para los operadores designados” (Reglamento RP 2501), la compensación debe efectuarse bilateralmente a través de una “cuenta general”, que si no es posible llevar mediante los propios operadores, según la ley nacional, tendrá que efectuarse a través de instituciones financieras (numeral 2.2.2).

Es por ello que el Reglamento del Acuerdo sobre “Liquidación Bilateral” (RP 2502), instruye que “En el marco de las relaciones bilaterales, los operadores designados podrán abrirse recíprocamente cuentas de enlace en lugar de cuentas centralizadoras de pagos a cuenta. Si

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

no tienen instituciones de cheques postales, la cuenta de enlace podrá abrirse en otro establecimiento financiero”. Por ello es que, como los operadores postales en Colombia no pueden emitir cheques, las denominadas “cuentas de enlace” sólo podrán abrirse en instituciones financieras.

Así de claro: el Acuerdo sobre Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal del 2008 no modifica la legislación interna en materia de legislación bancaria y, por el contrario, se subordina a ella, lo que debe tener presente en todo tiempo Min Tic para evitar que, en su interés en poner en marcha los servicios postales en cuestión, termine por construir una estructura normativa de endeble pilares.

En el presente documento se ofrecen los argumentos por los cuales no es viable, según la legislación interna, que las empresas de servicios postales de pago presten los servicios de Giro de Pago y Transferencia Postal, a través de “cuentas” abiertas en los operadores expedidores o receptores, motivo por el cual se hace legalmente imposible su reglamentación en los términos en que está concebido en el proyecto de Decreto.

3.2 La regulación del servicio de pago postal es de naturaleza estatal y no le puede ser confiada a los propios operadores

Por precepto constitucional, todo servicio público está sujeto a la regulación y supervisión del Estado, con mayor razón cuando su prestación se delega en particulares. El artículo 365 de la Carta es mandatorio al respecto, cuando prescribe: “En todo caso, el Estado **mantendrá** la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”. Es decir, a pesar de que se concesione la prestación de los servicios públicos, el Estado no puede delegar la regulación. El Estado tiene que preservar la función normativa del servicio, 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.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

El concepto de la regulación no es estrecho, ni mucho menos predeterminado. Siguiendo a GENTOT⁷, cuya doctrina es de amplio recibo por parte de la Corte Constitucional, puede decirse que es un concepto “flexible”, que procura ante todo “un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general”.

Esa regulación normativa de una actividad económica y, de más, tratándose de servicios públicos, es expresión genuina de la intervención estatal en la economía, que se cumple por mandato de la Constitución, con el fin de definir las condiciones de acceso al servicio y de funcionamiento del mismo, en un marco de respeto al derecho de propiedad privada, entendida como "función social" (artículo 58 C.P.) y a la libre empresa, también en su dimensión de "función social" (artículo 333 C.P.). La Corte Constitucional ha sido categórica en afirmar, precisamente, que frente a la controversia doctrinaria del paso de un ‘Estado Interventor’ a un ‘Estado Regulador’, lo cierto es que “el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII "Del régimen económico y de la hacienda pública". Ello se aprecia al interpretar armónicamente los artículos de la Carta al respecto, principalmente los artículos 1º, 2º, 150 num. 22 y 23, 189 num. 22, 333, 334 y 365 a 370”⁸.

Por el sentido de la facultad de regulación, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más reconocida, esta función pública se caracteriza por los siguientes elementos:

(i) Emanada de la facultad constitucional de intervención del Estado frente a cualquier actividad económica, con “criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia”⁹.

⁷ GENTOT, Michel. *Les Autorités Administratives Indépendantes*. Ed. Montchrestien, Paris, 1991. Pág. 12.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 150 de 2003.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, *ibídem*.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

(ii) En segundo lugar, como se lee en la sentencia C- 150 de 2003, “La regulación de los servicios públicos corresponde "al Estado", no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades predeterminadas, salvo en lo que respecta a la fijación de su régimen básico, competencia atribuida al Congreso de la República (art. 150-23 de la C.P.)”.

(iii) El Congreso defiere las competencias normativas, por lo general, a autoridades administrativas, ante la inconveniencia de que el marco regulatorio de una actividad se petrifique a partir de reglas de estirpe legal. En tal sentido, la regulación suele confiarse a autoridades administrativas que, al efecto, expiden actos administrativos de carácter general con alto grado de independencia, sujetos -claro está- a control de legalidad, por parte de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Esa distribución de competencias de intervención económica entre el legislativo y el ejecutivo se hace mediante leyes ordinarias y no a través del mecanismo de leyes marco, como ocurre en el caso de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y de comercio exterior (art. 150 num. 19 de la C.P.).

Por ello afirma la Corte Constitucional que “Como el régimen de los servicios públicos es fijado por una ley ordinaria, el legislador puede ocuparse de aspectos puntuales y específicos respecto de la regulación de los servicios públicos. Así, el principio de reserva de ley en esta materia impide que el legislador delegue implícitamente en los órganos de regulación competencias que el constituyente le atribuyó al Congreso de la República [...] (art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367 de la C.P.)”¹⁰.

Por ello mismo, será la ley ordinaria la que le atribuya competencia a una autoridad estatal, de acuerdo con sus propia naturaleza y especialidad, para expedir la regulación correspondiente. Es lo que ha ocurrido, precisamente, con la Ley , que le atribuyó a Min Tic

¹⁰ Ibidem.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

la regulación de los servicios postales de pago.

(iv) La regulación de los servicios públicos es esencialmente mutable o cambiante, a partir del seguimiento que se realice al respectivo sector y a la necesidad de acomodar las reglas de su funcionamiento a las políticas públicas de cada momento.

(v) Al mayor margen de configuración del legislador y de la autoridad administrativa “corresponden unos límites de orden sustantivo orientados a asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho (arts: 1º, 334, 366 y 367 de la C.P.) y la democracia participativa (arts. 1º, 13, 2º, 40, 78 y 369 de la C.P.). Tales límites sustantivos no se concretan exclusivamente en criterios de orden material, como los de solidaridad, eficiencia o redistribución, sino que trascienden bajo la forma de procedimientos decisorios específicos a los órganos competentes de regular tales servicios, de conformidad con la ley”, se lee en la sentencia C- 150 de 2003.

Es un asunto pacífico en la doctrina y la jurisprudencia que la potestad regulatoria es sinónimo de función pública, como quiera que supone la creación de un marco normativo para el ejercicio de una actividad. Por ello ha afirmado la Corte Constitucional -en repetidas oportunidades- que, con base en el art. 365 de la Constitución, la regulación de los servicios públicos corre únicamente por cuenta del Estado:

“...esta Corporación ha puesto de presente que la Constitución atribuye la función de regulación al Estado, sin precisar explícitamente la institución a la cual corresponde. "Por ende [concluye la Corte], la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas”¹¹

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-272 de 1998.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

En este orden de ideas, se hace imprescindible precisar -para el caso que se analiza- que la regulación de los servicios públicos, como emanación de las facultades de intervención del Estado en la economía, como ha quedado dicho, solamente puede ejercerse por parte de organismos o agencias oficiales, con mayor razón cuando los servicios pueden ser prestados por particulares, quienes no pueden ser delegatarios de la potestad regulatoria, ni mucho menos creadores de normas jurídicas. Bien ha dicho la Corte Constitucional:

“Cuando la prestación de servicios públicos se cumple por intermedio de particulares, el desarrollo de su actividad está constitucionalmente amparado por las libertades económicas y en particular por la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia, en los términos del artículo 333 de la Carta Política. Sin embargo, la misma norma reconoce que esos derechos pueden ser restringidos y señala expresamente que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Adicionalmente, el artículo 334 Superior (modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011), asigna al Estado la dirección general de la economía y le impone el deber de intervenir, “por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Significa lo anterior que las restricciones a las libertades económicas han de tener origen y fundamento en la ley, aun cuando ello no excluye la intervención de otras autoridades para regular su ejercicio”¹².

En este contexto, en el que el constituyente estableció que los servicios públicos deben ser regulados por el Estado, los particulares pueden concurrir a la creación de las normas, únicamente a través de opiniones sobre los proyectos de reglamentación, pero nunca pueden suplantar al regulador estatal. La facultad de ser escuchados jamás puede derivar en otorgarles a los terceros particulares, una potestad de promulgación normativa. Así se concluye del paradigmático fallo de la Corte Constitucional sobre la materia, identificado como la sentencia C- 150 de 2003:

“La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-263 de 2013.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general.

“De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los mismos, se busca precaver que el regulador adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura, anteriormente mencionada”.

No se trata simplemente de un debate de rango constitucional sobre la atribución del ejercicio de la potestad normativa, sino una necesaria reflexión que conduce a impedir que los particulares, frente a un manifiesto conflicto de intereses, alcancen para sí el poder normativo del Estado.

De todo lo dicho está claro que los servicios públicos deben ser regulados por el Estado y los terceros concesionarios no pueden suplantar a la autoridad en la definición del marco normativo de la correspondiente actividad, lo que quiere significar para el asunto que es objeto de análisis, que si bien el Min Tic recibió por ley ordinaria la competencia para regular el servicio de pagos postales (arts. 4 y 18, Ley 1369 de 2009), mal puede, a su turno, entregarle a los operadores privados la facultad de auto - regularse.

En este sentido, no es posible dejar al arbitrio de los terceros la definición de aspectos regulatorios esenciales a las nuevas clases de giros, tales como los siguientes:

- Serán los operadores mismos los encargados de definir los “topes máximos consignados en la cuenta [postal] y topes máximos para los montos acumulados de los giros o transferencias que se realicen en un mes calendario” (art. 2.2.8.5.3, numeral 1º., del proyecto), con lo cual el Estado se desprende de la expedición de regulaciones prudenciales que apunten a evitar una insolvencia estructural que afecte el ahorro del público y a impedir que se lleven a cabo transacciones que, por su monto, faciliten el lavado sistemático de activos.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

- Se asigna a los operadores la facultad de “determinar los plazos máximos para que los montos consignados en la cuenta sean objeto de giro o transferencia” (art. 2.2.8.5.3, numeral 2º., del proyecto), asunto que es de vital importancia, porque mediante la determinación de plazos laxos los operadores podrán acumular, en mayor monto, depósitos de los remitentes de los giros. Y, claro está, en la medida en que se incrementen los saldos en esas cuentas, sin que se utilicen para las remesas, se incrementa el riesgo para los depositantes.
- Definir en los contratos de “colaboración” los riesgos que serán asumidos por los denominados colaboradores (art. 2.2.8.5.5, numeral 3º., del proyecto), no obstante que este tipo de colaboración empresarial debería fundarse en la más estricta responsabilidad por parte de los colaboradores, sin que sea posible a las partes su limitación.
- Establecer contractualmente los “mecanismos que aseguren la debida diferenciación de los servicios postales prestados por cada una (sic) de los operadores de servicios postales de pago” (art. 2.2.8.5.5, numeral 10º., del proyecto), cuando un colaborador sirve a varios operadores.
- Fijar la periodicidad para la entrega de efectivo por parte de los colaboradores a los operadores de los servicios postales (art. 2.2.8.5.5, párrafo 1, del proyecto), a pesar de que este asunto es de interés público y no puede quedar librado a la regulación privada, en la medida en que la tenencia de efectivo por plazos inconvenientes aumenta los riesgos de los operadores y, por lo tanto, de sus clientes.

En síntesis, es contrario a la Constitución que el proyecto de decreto en comento delegue en los particulares diversos aspectos regulatorios del servicio público de servicios postales de pago, así como es inconveniente que se deje librado a la iniciativa privada y a la auto - regulación, asuntos que claramente son de interés público.

3.3 Los operadores postales no pueden abrir cuentas a terceros: prohibición de actividad financiera

El proyecto de decreto reglamentario parte de una falacia mayúscula, que se destaca en el Soporte Técnico elaborado por el propio Ministerio como fundamentación de la iniciativa, consistente en la posibilidad que tendrían los operadores postales de abrir en Colombia cuentas en las que se deposite dinero, para hacer posibles los giros, remesas y transferencias, particularmente el Giro de Pago, el Giro de Depósito y la Transferencia Postal.

En efecto, en el numeral 3.4 del Soporte Técnico, que acompaña el proyecto de decreto que se analiza, se da por sentado que le es posible a los Operadores Postales llevar a cabo la apertura de cuentas para poder prestar estos servicios, sin confrontar la legislación interna:

“2. Los servicios postales de pago de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, catalogados como otros servicios postales de pago de la Unión Postal Universal, suponen la apertura de cuentas con los operadores postales, cuyo objetivo es que de tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos”.

a) La jurisprudencia constitucional

Lo primero que debe señalarse es que el Acuerdo de Servicios Postales de Pago de la Unión Postal Universal, suscrito en Ginebra el 12 de agosto de 2008, en modo alguno modifica la legislación interna en materia de prestación de servicios financieros.

De hecho, en sus diversas disposiciones y Reglamentos, el Acuerdo de la UPU 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, como se dicta en varias de sus disposiciones, entre otras, como ya se mencionó, en el art. 25, numeral 2.2. Además, Colombia -como estado suscriptor del Acuerdo- simplemente se obligó de buena fe a llevar a cabo sus mejores esfuerzos para

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

facilitar que en el país pudieran operar los servicios de pago de Giro Efectivo, Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, pero no comprometió la legislación doméstica.

En este contexto hay que recordar, sobre este asunto, que la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, vertida en la sentencia C- 823 de 2011, reconoció que el servicio de giros y remesas de los operadores postales, se asocia con un servicio de transporte postal, pero en modo alguno puede alcanzar la categoría de servicio bancario o financiero. En consecuencia, resulta impropio que un reglamento le autorice a las entidades que ejercen la actividad postal, la prestación de servicios propiamente bancarios y, en específico, atribuirles la competencia para llevar a cabo operaciones de depósito o captación de dineros del público. A este respecto consideró la Corte:

“A manera de conclusión se tiene entonces que tal como lo ha establecido esta Corporación, los conceptos incluidos en los artículos 150-19d, 189-25 y 335 de la Carta son conceptos indeterminados que demandan ser llenados de contenido por el Legislador, lo cual claramente implica un muy amplio margen de configuración, dentro del cual el legislador puede moverse, sin que necesariamente deba agotar todos los eventos en una legislación. Si bien no hay una definición constitucional o legal de lo que constituyen las actividades financieras o de captación de recursos, la Superintendencia Financiera ha acudido a sentar una definición de lo primero vía su función legal de emitir conceptos vinculantes para sus entidades vigiladas, y en cuanto a lo segundo, se ha apoyado en la definición legal de lo que constituye una “captación masiva y habitual” para efectos penales, a partir de la cual señala que será actividad de captación financiera toda aquella que se caracterice por las operaciones y montos descritos, y que se encuentre debidamente autorizada por la autoridad competente.

“En consecuencia, sólo hay captación de recursos cuando se tiene un determinado monto mínimo de pasivos con un determinado número mínimo de personas, originados en operaciones de mutuo o cualquier otra actividad que no prevea una contraprestación en bienes o servicios, o se hayan realizado un monto mínimo de contratos de mandato o administración de los recursos, y que en ambos casos se comprometa más allá del 50 por ciento del patrimonio líquido de la persona.

“Los operadores postales no están autorizados por la ley para la realización de actividades financieras ni para el desarrollo de actividades de captación”¹³. (Se resalta).

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-263 de 2013. Pág. 82.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Esta consideración, *obiter dicta*, no es irrelevante. Es concluyente, categórica y conceptualmente. Porque si bien es cierto, como lo dice la Corte, que “el servicio postal involucra un servicio de transporte pero no se agota en él”, en modo alguno deja un resquicio para que las actividades complementarias y conexas al servicio de transporte puedan llegar a calificarse como financieras o fiduciarias, porque no es cierto que la Ley 1369 de 2009 y de la Ley 1442 de 2011 hayan convertido a los operadores postales en depositarios de la fe pública bancaria, mediante la apertura de “cuentas postales” que faciliten diversas modalidades de giros.

Esto es así de claro porque el Acuerdo aprobado por la Ley 1442 de 2011, al hacer referencia a las “cuentas postales llevadas por los operadores”, no modifica la legislación nacional sobre depósitos del público, como quiera que -según lo expuesto- el Acuerdo de la Unión Postal Universal respeta el derecho local y, en todo caso, requiere de los países hacer su mayor esfuerzo en la implementación de todos los servicios postales de pago, lo que no significa que necesariamente tengan que entrar en servicio, si la ley no lo autoriza, por ejemplo.

La actividad de servicios postales de pago y de servicios financieros, a lo sumo, puede tener una sola coincidencia, en relación con los servicios de transferencias: la utilización de mecanismos electrónicos para llevar a cabo remesas de dinero. Esta es la única real similitud que pueden llegar a tener estos servicios, pero jamás la captación o depósitos de dinero. Afirma la Corte Constitucional:

“En definitiva, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, y de la regulación de las distintas actividades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, no se trata de actividades financieras, o que constituya una simple provisión de un servicio de transporte, puesto que está atada a la garantía y la eficacia de un derecho fundamental, cual es el derecho a la correspondencia y a su privacidad. **Los servicios postales de pago no se confunden materialmente con las actividades financieras, lo que no obsta para advertir que, dada la tecnificación de las comunicaciones, el mecanismo a través del cual operan los giros postales y los giros bancarios sea probablemente el mismo, un mecanismo electrónico, siendo**

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

esta, de momento, la única real similitud que se percibe entre las dos instituciones¹⁴. (Se resalta).

Son razones de orden público económico las que han inspirado la existencia de una categoría de agentes económicos, sujetos a la supervigilancia del Estado y al cumplimiento de toda una suerte de regulaciones de carácter prudencial, de naturaleza global, que pueden administrar el ahorro de la comunidad a través de depósitos, cuentas bancarias u otros servicios similares. Se trata de las instituciones financieras, cuyo calificado servicio público es regulado desde la Constitución Política en los artículos 335 y 150, numeral 19, literal d).

A la sombra de dichas disposiciones superiores, el artículo 90 de la Ley 45 de 1990 califica como instituciones financieras a las entidades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, que tienen por objeto la captación, el manejo, aprovechamiento e inversión de dineros provenientes del ahorro del público, y de la prestación de servicios complementarios al crédito.

Como consecuencia de lo anterior, resulta inequívoco que los operadores de servicios postales de pago, vigilados por Min Tic, no están autorizados por el derecho interno para adelantar o desarrollar actividades de naturaleza financiera o bancaria, particularmente actividades de depósito bancario, captación, servicios fiduciarios, etc., a menos que una ley así los autorice expresamente y los someta a las regulaciones bancarias, propiamente dichas.

Esta precisión es útil frente al análisis que se adelanta, porque mal podría el Min Tic sostener que la habilitación para llevar a cabo servicios bancarios, como la apertura indiscriminada y abierta al público de “cuentas postales”, por parte de los operadores de servicios de pagos postales, nace del Acuerdo de Ginebra de 2008, ya que el mismo somete esta posibilidad al derecho interno de cada país y, en modo alguno, puede sostenerse que modificó el derecho nacional para viabilizar les la captación de recursos del público.

¹⁴ Ibídem. Pág. 89.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

A riesgo de ser repetitivos, digamos que por virtud de la Ley 1442 de 2011, 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,

En síntesis, el regulador postal no puede pasar por alto que su facultad reglamentaria encuentra una barrera en la ley y la jurisprudencia, cuando afirma que **“Los operadores postales no están autorizados por la ley para la realización de actividades financieras ni para el desarrollo de actividades de captación”**.

b) *La reserva de ley*

Por mandato de la Constitución, el manejo del ahorro del público y su administración mediante distintas formas de depósito, no es asunto de libre disposición entre particulares. El art. 335 de la Constitución prescribe que sólo puede ser ejercido previa autorización estatal, conforme a la ley:

ARTICULO 335, C.P. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 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.

El lector de la disposición constitucional debe entender que cualquier modalidad de manejo del ahorro del público y no solamente las actividades de intermediación financiera, bursátil y aseguradora, debe ser objeto de regulación legal. Se trata, en el lenguaje de la doctrina especializada, de un asunto que goza de “reserva de ley”. Porque la habilitación legal es de su esencia, por mandato superior, dado que el manejo del ahorro es un instrumento esencial para garantizar los derechos de las personas (Corte Constitucional, sentencia T- 585 de 2013) y un factor fundamental para la estabilidad de la economía y la protección del derecho de propiedad.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Nótese que la Constitución Nacional no determinó los agentes que podían manejar o administrar el ahorro de la comunidad, dejando un amplio margen de configuración legal para caracterizar los profesionales que pueden acceder al manejo, aprovechamiento e inversión del dinero del público¹⁵. Por ello son objeto de intervención, tipificación y regulación especial, no solamente los intermediarios financieros o establecimientos de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas bursátiles, a que alude expresamente el artículo 335 C.P., sino también las sociedades fiduciarias [Sentencia C-860 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto AV. Álvaro Tafur Galvis, SV. Jaime Araujo Rentería]; los almacenes generales de depósito [Sentencia C-041 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández]; las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía [Sentencia C-041 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández] y, en general, toda otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público [Sentencia C-936 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett SV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández].

Mención especial debemos a las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos, por tratarse de empresas cuya actividad sería análoga a la de los Operadores Postales de Pago, en caso de ser habilitados para abrir “cuentas postales” para facilitar la administración y transferencia de fondos. Dichas Sociedades Especializadas, más conocidas como SEDPEs, fueron creadas mediante la Ley 1735 de 2014, que las autorizó para abrir depósitos electrónicos¹⁶, con la única finalidad de hacer pagos, traspasos y giros financieros.

¹⁵ Dice la Corte Constitucional: “La Constitución de 1991 reconoció un espacio a la actividad financiera sin entrar a determinar un contenido concreto, lo cual indica que las normas que a ella se refieren son de aquellas de textura abierta cuyo alcance material se determina en virtud de las funciones específicas que dicha actividad cumpla concretamente en el marco de las variables circunstancias del sistema económico en su conjunto. Se ocupa de establecer claramente los ámbitos de competencia de la regulación de esta actividad. Es así como dispone que corresponde al Congreso regularla por medio de normas generales, en cuanto se trata de una actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 024 de 1993. Magistrado Ponente: Ciro ANGARITA).

¹⁶ Los denominados “depósitos electrónicos” fueron regulados por primera vez en el año 2011 con la expedición del Decreto 4687, incorporado al Decreto 2555 de 2010, definidos como los depósitos “...ofrecidos por

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Se advierte de su objeto restringido, que su advenimiento al escenario financiero sólo fue posible a partir de la promulgación de una ley, precisamente porque al ser facultadas para abrir depósitos con miras a profundizar los servicios financieros transaccionales, manejan ahorro del público y, por lo tanto, su actividad debe ser habilitada por la ley, en desarrollo del tantas veces citado artículo 335 de la Carta Política.

Por ello es que en la exposición de motivos del proyecto de ley, que dio origen a las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos, sus autores expresamente manifestaron que la iniciativa buscaba regular, mediante una nueva disposición de rango legal, un servicio de gran capilaridad que permitiera el manejo y administración del “ahorro formal”, a partir de una nueva licencia financiera que les permitiera captar recursos del público mediante depósitos a la vista:

“Al respecto valga señalar, que una de las operaciones más común entre personas es el giro. Es decir, la posibilidad de enviar dinero de un lugar a otro. Estas operaciones está (sic) siendo atendida en Colombia principalmente por los operadores postales, quienes realizan esta operación de forma segura para los colombianos y se han ganado la confianza de la población. Sin embargo, dado que el giro postal debe ser retirado por el destinatario del mismo, en forma inmediata y completa, hoy no existe la posibilidad de que el operador postal pueda administrar los recursos para hacer otras operaciones del destinatario del giro. Por lo tanto, si dicho destinatario necesita hacer un pago con los recursos que le han girado a través de una oficina postal primero tiene que retirar el dinero y luego realizar el pago o las otras transacciones que requiera, bien esa en esa misma postal o en un banco o en las oficinas del prestador del servicio público, según lo requiera.

“Por lo tanto, si bien la operación de giro está siendo atendida en Colombia, aún es importante 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 este contexto, y entendiendo que la provisión de servicios financieros transaccionales e un negocio de volumen negocio de volumen, con márgenes pequeños y con una lógica de negocio particular, que no excluye a los canales tradicionales, el proyecto de ley propone la creación de una nueva licencia financiera simplificada, cuyo objeto social exclusivo será la captación de recursos del público

establecimientos de crédito, son depósitos a la vista, diferentes de las cuentas corrientes y de ahorro, a nombre de personas naturales o jurídicas (...).”

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

en depósitos a la vista y la posibilidad de ofrecer servicios financieros transaccionales como transferencias, giros, pagos y recaudos¹⁷.

Este antecedente es de señalada importancia en el asunto que se estudia. De un lado, el gobierno reconoce que, en los términos de la Constitución, se requiere de una licencia financiera para que un administrador de giros o pagos pueda captar dineros mediante depósitos a la vista.

Por otro lado, porque en la exposición de motivos trascrita el propio gobierno puso de presente que el Operador Postal tiene una limitación estructural, de naturaleza legal, consistente en que carece de la capacidad de ofrecer depósitos para administrar el efectivo que surge de los giros, remesas y transferencias, limitación que -por supuesto- no puede remontar con un simple decreto reglamentario, como ahora se pretende, lo que en su momento hubiera permitido obviar la creación de las SEDPEs.

De hecho la iniciativa del 2014 (Proyecto de Ley No. 181 de 2014 - SENADO, 194 de 2014 - CÁMARA), que se convirtió en la Ley 1735 de 2014, lo que hizo, de cara a las limitaciones de los Operadores Postales, fue permitir que estas entidades pudieran constituir Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos, como se dispone en el art. 1º., párrafo 3º., de la ley referida.

Reconocido como está que la ley interna no faculta a los Operadores Postales a abrir cuentas o llevar a cabo mecanismos de captación, mediante depósitos a la vista, limitación de derecho interno que respeta el Acuerdo de Ginebra de 2008, no es viable que mediante una mera decisión gubernamental, se provea lo pertinente para que puedan iniciar los servicios postales de pago denominados Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal. Como ha quedado expuesto, se trata de un asunto de reserva de ley,

¹⁷ Proyecto de Ley No. 181/14 Senado, Gaceta del Congreso 125 del 3 de abril de 2014.

c) *La naturaleza de las “cuentas postales” no es de recibo en el derecho interno*

Mediante el contrato de depósito, un sujeto denominado depositante hace entrega o confía una cosa a otra persona, llamada depositario, quien asume la obligación de guardarla y restituirla, en la misma especie, en los términos y condiciones definidos por las partes, de acuerdo con el art. 2236 del Código Civil.

Por principio el depositario no puede hacerse a la propiedad de la cosa y por ello debe reintegrar la misma especie que le fue depositada. No obstante, cuando se trata de cosas fungibles y en particular de dinero, se presume que el depositario se hace titular del bien depositado, por manera que su obligación de restitución no se cumple con la misma cosa, sino con otro tanto en la misma moneda.

En este último caso se habla de un depósito irregular, definido en los artículos 2246 del Código Civil y 1179 del Código de Comercio.

Los depósitos dinerarios constituyen una modalidad de depósito irregular porque el depositario se hace propietario del bien que se le entrega y, por lo tanto, puede disponer libremente del mismo con la obligación de restituir una cantidad equivalente. Se dispone sobre el particular en el art. 2246 del Código Civil:

“ARTICULO 2246, Código Civil.- En el depósito de dinero si no es en arca cerrada, cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin factura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda”.

Por esta razón afirma Sergio RODRIGUEZ AZUERO que el depósito irregular en verdad da lugar a una “(...) típica operación de crédito”, en la medida en que el depositario debe entregar una suma idéntica a la del dinero que recibió a título de depósito.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Por su parte, el contrato de depósito a término es regulado como un contrato bancario en el Código de Comercio y constituye una operación autorizada, exclusivamente, a los establecimientos de crédito.

Se dirá, sin embargo, que a la luz del artículo 6°. de la Ley 1442 de 2011, los depósitos en cuentas de los operadores postales NO constituyen depósitos irregulares porque los mismos no pasan a ser propiedad de los operadores del sistema de pagos postales, con base en el artículo 6° citado, de conformidad con el cual los dineros que reciben los operadores son de propiedad de los clientes o “expedidores” hasta que se cumpla con la remesa o giro dinerario:

“ARTÍCULO 6. PERTENENCIA DE LOS FONDOS DE LOS SERVICIOS POSTALES DE PAGO.

1. Cualquier suma de dinero, depositada en efectivo o debitada de una cuenta con el fin de cumplir una orden postal de pago, pertenece al expedidor hasta el momento de su pago al destinatario o hasta el crédito del importe en la cuenta del destinatario. [...]

En concordancia con este principio, el art. 10°. del Acuerdo sobre Servicios Postales de Pago y los Reglamentos del Acuerdo de Ginebra de 2008, prescriben que los dineros de los clientes de los Operadores Postales deben “aislarse” respecto de los activos propios del agente:

“ARTÍCULO 10. PRINCIPIOS GENERALES.

[...]

“2. Separación de los fondos.

“2.1 Los fondos de los usuarios estarán aislados. Esos fondos y los flujos que generen estarán separados de los demás fondos y flujos de los operadores, en especial de sus fondos propios”.

Las disposiciones del Reglamento de la Unión Postal Universal reafirman la obligación de la separación y aislamiento de los fondos de los clientes:

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA

ABOGADO

“Artículo RP 1001 Separación de los fondos 1. Los fondos de los usuarios estarán separados desde el punto de vista contable y financiero de los fondos de los operadores designados emisores y pagadores”.

“Artículo RP 1002 Aislamiento de los fondos de los usuarios

“1. Los importes entregados por los usuarios o debitados de su cuenta quedarán aislados y estarán reservados para el pago de las órdenes postales de pago entre operadores designados y el reembolso”.

Como consecuencia del denominado aislamiento de los “fondos de los usuarios”, debería afirmarse que el Operador Postal no puede adquirir la propiedad de los depósitos de dinero que realizan sus clientes en las “cuentas que lleva el operador”, lo que significa que no alcanzan la condición de depósito irregular, lo que a la luz de nuestro derecho positivo resulta jurídica y prácticamente imposible.

En efecto, para que el cliente conserve la propiedad del dinero que deposita en la presunta cuenta del Operador con el fin de hacer un giro, sería necesario que en ningún caso aquel se haga titular del mismo y respete el dominio que sobre la especie monetaria tiene el Cliente, presupuesto bajo el cual serían imposibles las transferencias electrónicas al beneficiario, personalmente o en cuenta. Así de claro, porque para que jurídicamente ello sea posible, el dinero del depositario debería dejar de ser fungible, contra expresa disposición del art. 663 del Código Civil y, en consecuencia, el Operador Postal debería entregar al beneficiario del giro exactamente los mismos billetes entregados por el expedidor o cliente, identificados por su serie, lo que rayaría en el absurdo.

Dice la doctrina¹⁸, sin eufemismos, a este respecto:

“El depositante no tendría cómo demostrar que este último es otro dinero que el entregado, a menos que lo hubiera desfungibilizado, por ejemplo, anotando la serie individual de cada billete (lo cual equivaldría a la consideración legal de haber guardado el dinero en arca cerrada cuya llave conserve el depositante, o con

¹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. EL DEPÓSITO IRREGULAR EN EL DERECHO CHILENO. Revista Chilena de Derecho Privado. RChDP No.23, Santiago, Diciembre de 2014.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura), en el cual caso ya estaríamos fuera del ámbito que constituye el objeto propio de la regulación del artículo 2221 del CC”.

Es decir, que para hacer posible que el depósito de dinero que se haga a los Operadores Postales no de lugar a que estos adquieran la propiedad del mismo, mientras efectúan el giro, la moneda debería dejar de ser fungible, lo que sólo es viable identificando uno a uno cada billete, por su serie individual, y -a su vez- entregar al destinatario de la remesa exactamente los mismos billetes. Porque, digamos con GUZMÁN BRITO, “solo pueden ser reivindicadas las cosas infungibles o identificables; si no lo sean, no resulta posible que, en el conjunto de las existentes, sean señaladas por alguien para separarlas como propias a diferencia de las restantes, que son ajenas. Si son todas iguales, ¿cómo alguien podría ejecutar semejante operación discriminadora en un conjunto de cosas confundidas y no pre-identificadas por algún signo exterior?”.

En un plano estrictamente jurídico, lo anterior significa que si el depositario no puede hacerse a la propiedad del dinero, la simple tenencia del mismo sería el único título a partir del cual lo poseería el Operador Postal, desde el momento en el que le sea entregado por el cliente. En tal caso el depósito, ciertamente, no sería irregular, en la medida en que la moneda fungible no entra al dominio o propiedad del Operador Postal, pero en tal caso la especie monetaria que recibió a título precario debe ser la misma que ha de entregar al beneficiario de la remesa y, en todo caso, en ningún momento el Operador Postal podría hacerse a su propiedad, porque la ha recibido a título precario: sólo su tenencia.

El servicio postal y las remesas operan de otra manera. El expedidor entrega el dinero, por ejemplo, en una oficina del Operador Postal en Bogotá y mediante una transferencia electrónica o una orden de pago electrónica, se le entrega al beneficiario la misma suma, pero con billetes distintos, de suerte que los inicialmente entregados quedan en propiedad del Operador receptor.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

En síntesis, no es posible entre nosotros que sobre el dinero depositado en las denominadas “cuentas de los operadores” los clientes conserven la propiedad del dinero, para que no se produzca el depósito irregular de dinero, figura jurídica que nuestra ley solamente autoriza a los establecimientos de crédito.

Además, en la práctica sería inviable el sistema de giros postales, volviendo a sus orígenes cuasi - medievales, en que los correos entregaban a sus destinatarios las mismas especies identificadas de monedas, mediante la individualización del dinero por su serie. Frente a esta situación estaríamos hablando de una hipótesis de delirio; por ello hacemos nuestra la observación de los doctrinantes:

“...carece de sentido construirle una obligación a mantener de forma permanente en su poder -como petrificado-el *tandumdem* de fungibles depositados, que, aunque no la cumpliera el depositario, no habría como reprocharle ese incumplimiento si a última hora consigue devolverlo al depositante”¹⁹.

d) *Los nuevos servicios no requieren necesariamente “cuentas postales” abiertas en los Operadores Postales*

Es evidente que el Min Tic asume que para regular los nuevos servicios postales es indispensable que se le autorice a los Operadores la apertura de “cuentas postales”, llegando al extremo de afirmar que la sentencia C-823 de 2011 “determinó que estos servicios suponen la apertura de cuentas postales con los operadores postales”.

Semejante afirmación, además de inexacta, le da un alcance al Acuerdo de Ginebra de 2008 del que carece en realidad.

De un lado, no puede pasar inadvertidamente que la sentencia C-832 de 2011, inicialmente se refirió a la “cuentas postales” en el marco del derogado Decreto 1580 de 1974. La cita exacta es necesaria para entender la observación:

¹⁹ *Ibidem*.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

“En este decreto [1580 de 1974] las áreas del servicio postal se agrupan en: envíos de correspondencia, servicios postales especiales, servicios postales complementarios y servicios postales financieros.^[23] Mientras que el primero de ellos agrupa los servicios tradicionales, el segundo desarrolla servicios adicionales en relación con el transporte de la correspondencia, tales como los servicios recomendados, asegurados, apartados postales o respuestas comerciales.^[24] Los servicios definidos como postales financieros, comprendían servicios ya tradicionales como las cartas, cajas y encomiendas con valor declarado,^[25] los giros postales y servicios nuevos como los de reembolso – a través de los cuales se entregaban al correo de mercancías u objetos de valor contra el pago posterior de la misma por parte del destinatario con el concurso del servicio de correos-^[26]; el de “*efectos a cobrar*” –para el transporte y distribución de facturas y recibos, entre otros-^[27], el ya establecido servicio de “*ahorro postal*”,^[28] y las “*transferencias postales*,” que implicaban la apertura de cuentas de ahorro postal sobre las cuales el titular podía solicitar transferencia para el “*intercambio de depósitos postales, cheques y cheques postales de viaje entre diferentes oficinas*”. (se subraya)

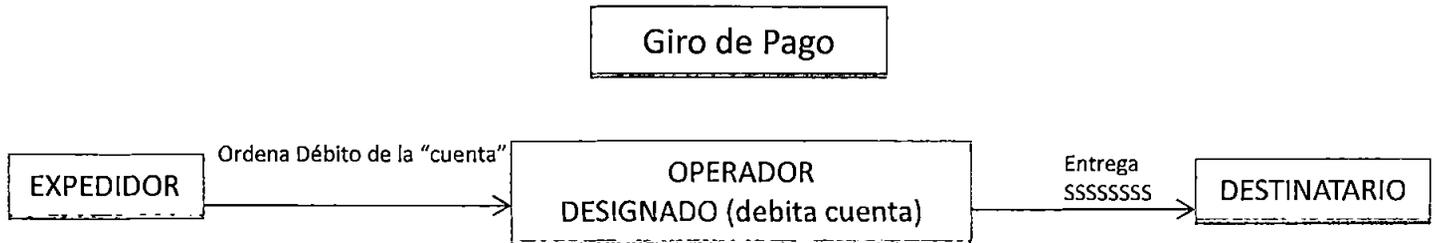
Y aunque la sentencia C- 832 extendió su análisis más allá de la Ley 1369 de 2009, al referirse al Acuerdo de Ginebra, reconoció que la transferencia de fondos a través del “giro de pago, como el de depósito y la transferencia suponen la apertura de cuentas con los operadores postales, cuyo objetivo es de que de tales cuentas se deduzcan o consignen los montos a ser transferidos”, a renglón seguido puntualizó que “el uso de los servicios postales de pago o la transferencia de fondos en el sector postal [...] **eventualmente puede implicar la apertura de cuentas postales**”.

La cita anterior muestra que para la Corte Constitucional no es mandatoria ni categórica la necesidad de que los operadores realicen la apertura de “cuentas postales”. Dice que “eventualmente” puede ser necesaria su existencia, pero no necesaria o indispensable.

Y esto es así porque, si se estudia con rigor la normativa de estos servicios, es posible que ellos sean viables en cada país, sin que las cuentas se abran por parte de los propios Operadores Postales. Veamos:

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

(i) Según el art. 1º. de la Ley 1142 de 2011 en el “*Giro de pago*” el expedidor ordena el débito de la cuenta de que es titular, llevada por el operador designado, y solicita el pago en efectivo del importe íntegro al destinatario, sin retención alguna.



Nótese que el débito de la cuenta “llevada por el operador” no necesariamente es una cuenta abierta por el operador, en calidad de depositario. Porque este puede ser designado mandatario de una cuenta corriente o de ahorros del Cliente, abierta en una institución financiera, de la que se debitan los giros ordenados a favor del beneficiario, en cuyo caso también se podrá afirmar que es una cuenta “llevada por el operador designado”, alternativa que se ajustaría plenamente al orden legal interno y que no implicaría la captación de dineros por parte del Operador Postal, haciendo viable el denominado “Giro de Pago”.

No es extraño que el Acuerdo de la Unión Postal Universal se abra a esta posibilidad, si - como se ha dicho a lo largo de este concepto- sus distintas disposiciones reconocen que las cuentas deben abrirse en instituciones de naturaleza financiera, cuando no es legalmente posible que lo haga el operador postal.

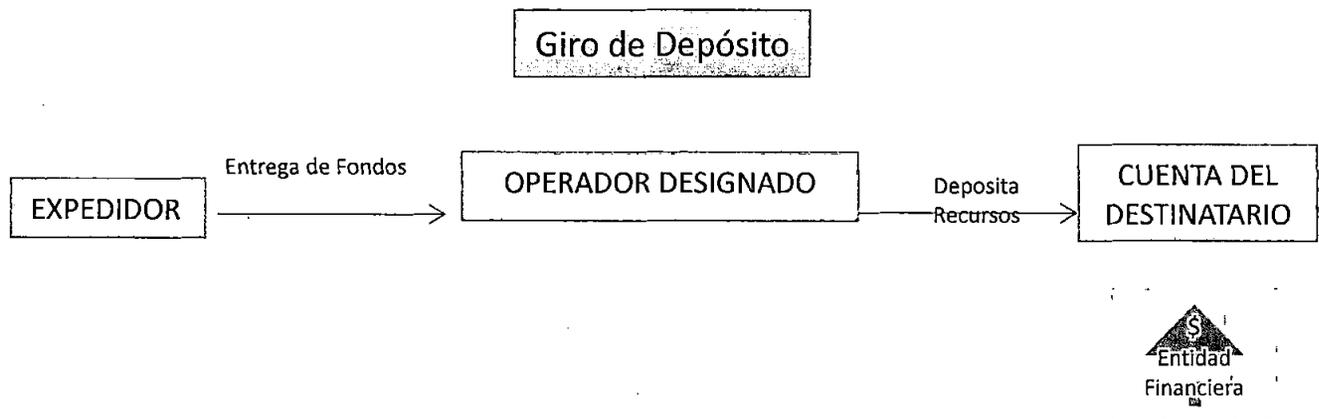
(ii) La misma ley 1442 define el “*Giro de depósito*” como aquel en el cual el expedidor entrega los fondos en el punto de acceso al servicio del operador designado y solicita que se depositen en la cuenta del destinatario, sin retención alguna.

En este caso, como se advierte, no se requiere que el Operador Designado tenga abierta una “cuenta postal” a nombre del beneficiario del giro, toda vez que la ley simplemente exige

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

que la remesa sea depositada en “la cuenta del destinatario” que, según la ley colombiana, puede legalmente serlo en una cuenta abierta en un establecimiento bancario.

Lo que equivale a decir que el “giro de depósito” se cumple con el depósito en la cuenta bancaria del beneficiario, mas no necesariamente en una “cuenta postal” abierta por el beneficiario con el Operador Destinatario.



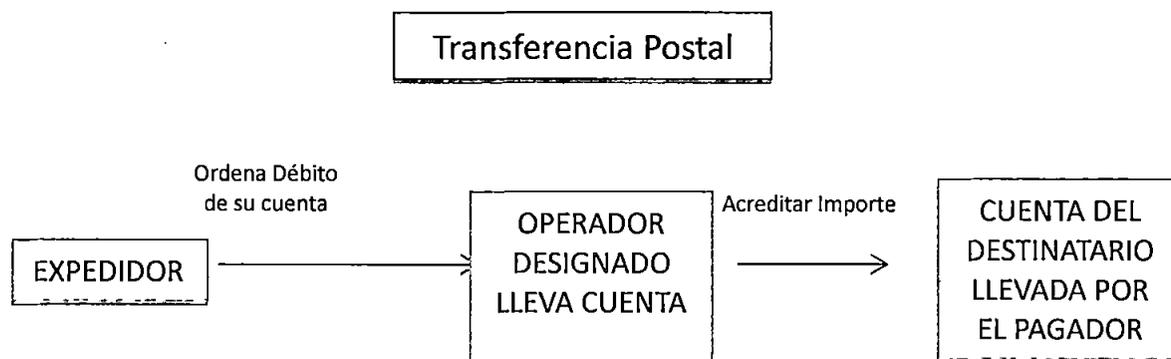
Esta es una transacción bastante común en el mercado financiero, toda vez que se cumple en el mercado de giros internacionales, a través de intermediarios cambiarios, particularmente las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, cuando un cliente en el exterior acude al *money remitter* a ordenar una transferencia para que la sociedad de intermediación cambiaria en Colombia, obrando como mandataria del cliente, proceda a monetizar las divisas y con los pesos obtenidos efectúe un depósito. Pero ese depósito no se hace en una cuenta abierta a nombre del cliente en la propia sociedad de intermediación cambiaria, porque en ese caso, como en el de los operadores postales, no es posible que ellos actúen como depositarios de dinero. Lo que ocurre es que la sociedad de intermediación cambiaria hace el depósito en nombre y por cuenta del cliente beneficiario en un establecimiento de crédito debidamente autorizado y lo hace en calidad de mandataria o, si se quiere, en un lenguaje coloquial, en desarrollo de una labor de mensajería.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Esto ha sido admitido legalmente a partir de la conceptualización de la actividad de giros, como una expresión del contrato de mandato, según lo ha aceptado el Banco de la República en sus conceptos 19542 del 28 de agosto de 2001 y 001156 del 4 de enero de 2002, por lo cual los intermediarios concluyen su mandato efectuando los depósitos ordenados por el Cliente en cuentas corrientes, cuentas de ahorro e, inclusive, emitiendo CDTs.

(iii) A su turno, se tipifica la “*Transferencia Postal*”, según el artículo 1°. de la Ley 1442 de 2011, cuando el expedidor ordena el débito de su cuenta llevada por el operador designado y solicita que se acredite un importe equivalente en la cuenta del destinatario llevada por el operador designado pagador, sin retención alguna.

La siguiente ilustración gráfica es suficientemente explícita para comprender el mecanismo de funcionamiento de este servicio:



No exige el Acuerdo de Ginebra que necesariamente el dinero se retire de una cuenta abierta por el Operador designado y se consigne en una cuenta abierta por el Operador Destinatario. Lo que ordena la ley para caracterizar este servicio es que las cuentas sean “llevadas por el Operador”, lo que se cumple cuando los operadores postales administran como mandatarios las cuentas de sus clientes abiertas en instituciones financieras.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Según lo anterior, aun en el evento en el que se persevera en sostener que, para los fines de la Ley 1442, las cuentas “llevadas por el operador” son sinónimo de cuentas abiertas en cabeza de los Operadores Postales como depositarios, lo cierto es que para llevar a cabo el servicio de “Giro de Depósito”, basta con la existencia de una cuenta abierta a nombre del cliente beneficiario de la remesa, que la Ley 1442 de 2011 no exige que sea abierta por el operador designado, sino “llevada por él”, como surge de la mera lectura de la norma, con lo cual este servicio podría reglamentarse, en concordancia con el monopolio que ejercen las instituciones financieras para celebrar depósitos bancarios.

e) Los compromisos internacionales reconocen que los servicios de apertura de depósitos son propios de las instituciones financieras

No menos importante es la referencia a los Tratados Internacionales suscritos por Colombia con terceros países, sobre libre comercio, que deben servir de punto de referencia para comprender que una entidad que abre depósitos al público se reputa y regula como una institución financiera o bancaria.

Es el caso del Tratado de Libre Comercio Canadá/Colombia, cuyo Capítulo Once define como servicio financiero los servicios bancarios, entendiendo por tales aquellos que consisten en “aceptación de depósitos”, entre otros servicios, para los fines del establecimiento en el país y los derechos trasfronterizos, entre otros asuntos

En el Capítulo Doce del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, a su turno, también se cataloga como institución financiera a la entidad bancaria que presta servicios de “aceptación de depósitos” (art. 1220).

f) Los Reglamentos del Acuerdo de Ginebra reconocen que la apertura de cuentas postales no es mandatoria en la Ley Postal para los servicios en cuestión

Es evidente que para la funcionalidad de algunos servicios postales de pago es ideal que los operadores puedan abrir cuentas a sus clientes, donde reciben depósitos para debitar los giros o bien para acumular más depósitos por concepto de remesas o transferencias recibidas.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Sin embargo, como ya quedó dicho, es una mera “eventualidad” -en palabras de la Corte- la apertura de las “cuentas postales”, al paso que el Acuerdo de Ginebra, como sus Reglamentos, no hacen mandatorio este mecanismo para que puedan operar los servicios postales.

Baste leer el Reglamento del Acuerdo para verificar que las verificaciones de las solicitudes de orden de pago por parte de los Operadores Emisores, no exige que se establezca que el expedidor lleve una “cuenta postal”. Puede el Cliente entregar los fondos al Operador, sin que medie la existencia de una cuenta como aquí se lee:

“Reglamento del Artículo RP 1505 Verificación de la solicitud de orden postal de pago por parte del operador designado emisor

1. Antes de aceptar la solicitud de orden postal de pago del expedidor, y bajo reserva de las disposiciones referentes a la lucha contra el lavado de dinero, el empleado del operador designado emisor verificará que:

1.1 la orden postal de pago cumpla con las condiciones establecidas en el Acuerdo, el Reglamento y la legislación nacional;

1.2 la orden postal de pago pueda ser ejecutada de conformidad con el convenio de servicio suscrito entre los operadores designados;

1.3 la orden postal de pago esté acompañada de la entrega de los fondos del expedidor o de una orden de débito de su cuenta;

1.4 dado el caso, la cuenta del expedidor tenga fondos suficientes [...]” (se subraya)

3.4 Los operadores postales solamente pueden operar con su propia infraestructura: imposibilidad de utilizar “colaboradores”

De otra parte, causa asombro que se regule la prestación de los nuevos servicios a través de “colaboradores”, siendo que el artículo 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” (el llamado es nuestro).

Tiene que ser así porque la justificación de esta clase de sistema de pagos se basa en la existencia de una infraestructura postal de cobertura nacional e internacional, que no pretende

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

invadir la actividad de los demás operadores económicos, a partir de asimetrías de competencia.

Es decir, el Giro Efectivo, el Giro de Pago, el Giro de Depósito y la Transferencia Postal solamente pueden servirse desde la estructura operativa de los Operadores Postales, por manera que la existencia de “colaboradores” resulta extraña a la concepción clásica de este tipo de remesas y manifiestamente ilegal.

Por lo demás, no puede olvidarse que, por tratarse de un servicio público, la actividad de los Operadores Postales no puede delegarse sin autorización legal, como ocurre en relación con los “corresponsales bancarios”, tratándose de las instituciones financieras.

En este caso, específicamente, no existe ley que autorice los denominados “colaboradores” a que se refiere el proyectado art. 2.2.8.5.5. Por el contrario, la misma Ley 1369 de 2009 no los autoriza, porque los Operadores Postales sólo pueden prestar sus servicios aprovechando **exclusivamente** su infraestructura postal.

Este es un asunto que quedó refrendado en la sentencia C- 823 de 2011 de la Corte Constitucional, y que pasa por alto el proyecto de decreto que se estudia:

“Como servicios postales se definen las actividades de *“recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales”* dentro y fuera del país, entre las cuales se indican los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa (numeral 2). Los servicios postales de pago, son definidos como el *“conjunto de servicios de pago prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente”* (numeral 2.2.), e incluye entre tales servicios los giros nacionales (numeral 2.2.1), los internacionales (2.2.2) y “otros” que serán los que la Unión Postal Universal clasifique como tales (numeral 2.2.3.). Vale anotar que tanto respecto de los servicios de correo (numeral 2.1.4) como de los servicios postales en general (numeral 2.4), la ley agregó a la enunciación de los servicios una cláusula abierta, a fin de incluir los que la Unión Postal Universal clasifique como tales” (negrillas extratextuales)

Esta glosa, inclusive, va mucho más allá. Porque si los servicios postales de pago constituyen servicios públicos, los particulares que están habilitados para su prestación no pueden por la

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

vía de un servicio de “colaboración”, delegar las actividades que les han sido confiadas, a través de los llamados “colaboradores”, sin que exista previsión legal que así lo autorice.

3.5 Inobservancia del Principio de Igualdad

Aunque existe un amplio principio de configuración legislativa para definir la actividad financiera y la actividad de servicios de pago postal, lo cierto es que por el principio de igualdad de estirpe constitucional, no es posible que dos tipos de agentes realicen una misma actividad económica con diferentes regulaciones injustificadas.

La reglamentación que se procura, entonces, tiene que 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, por supuesto, no protege debidamente el interés público, en materia de solvencia y demás previsiones prudenciales.

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

Enseña sobre el particular la Corte Constitucional en su sentencia C- 823 de 2011:

“el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración; por ejemplo, no podría estimar que dos actividades que por su contenido material son idénticas y que comprometen de manera igual el interés general presente en la actividad de intermediación financiera, queden sujetas a un régimen jurídico distinto que implique sólo en un caso la exclusión de la intervención, vigilancia y control estatales, pues con este proceder desconocería los principios de igualdad y de prevalencia del interés general sobre el particular que emanan de las normas superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución. (C.P art. 334).

“[...] de la Constitución no emana que la intervención y vigilancia de la actividad financiera o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal. Empero, **las diferencias que se introduzcan en las modalidades de control deben aparecer justificadas, so pena de desconocer el principio de igualdad**”.

3.6 El control del lavado de activos y la financiación del terrorismo

Finalmente, hay que llamar la atención del Min Tic que, en las actuales circunstancias de desbordamiento de los grupos irregulares y terroristas a lo largo del territorio, que están afectando de manera notoria e inobjetable el orden público nacional, mal puede ese Ministerio abrir indiscriminadamente las compuertas de los servicios de pago postales.

Por supuesto que es legítima la aspiración de los Operadores Postales para que la autoridad regule la prestación de los nuevos servicios de Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal, pero ello solamente debería ocurrir, por razones de política pública, en un momento mucho más propicio y frente a unas regulaciones y un control que ponga en un mismo nivel de regulación y supervisión a unos y otros.

En este orden de ideas, lo que sí podría promover el regulador es una reglamentación gubernamental de los servicios postales, en la que se logre el cumplido desarrollo de la Ley 1442 de 2011, definiendo de qué manera los operadores postales pueden obrar como mandatarios de los “expedidores” o clientes, llevando cuentas abiertas en instituciones financieras que debiten o acrediten para los efectos de los servicios de mensajería postal que prestan, en condiciones de amplia seguridad y transparencia, para prevenir el lavado de activos y el financiamiento de actividades terroristas.

Esta opción no requiere de la promulgación de una ley nueva.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo expuesto, se concluye:

1. Dado el carácter de servicio público de los servicios postales de pago, su régimen jurídico es el que fije la ley; su prestación le corresponde al Estado, bien sea directamente o a través de particulares y su regulación, control y vigilancia le corresponde exclusivamente al Estado.
2. El Acuerdo de Ginebra de la Unión Postal Universal del 2008 habla de llevar a cabo el mejor esfuerzo para que entre en vigencia en cada Estado parte, al menos uno de los servicios postales de pago. Es decir, Colombia acata sus deberes internacionales viabilizando cualquiera de los servicios denominados Giro de Efectivo, Giro de Pago, Giro de Depósito y Transferencia Postal o, en el peor de los escenarios, acreditando que se empleó de buena fe en el cumplimiento de lo acordado pero que le fue, por ejemplo, legalmente imposible.
3. La regulación de los servicios de pago postal es de naturaleza estatal y no le puede ser confiada a los propios operadores, como se prevé en distintos asuntos en el proyecto de Decreto.
4. El manejo del ahorro del público y su administración mediante distintas formas de depósito, no es asunto de libre disposición entre particulares, por mandato del art. 335 de la Constitución que prescribe que sólo puede ser ejercido previa autorización estatal, conforme a la ley, como ocurrió con las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos- SEDPES, cuya Ley 1735 de 2014 las autorizó para abrir depósitos electrónicos, con la única finalidad de hacer pagos, traspasos y giros financieros.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

5. No es viable constitucional y legalmente que el reglamento autorice a las entidades que ejercen la actividad postal, la prestación de servicios propiamente bancarios y, en específico, atribuirles la competencia para llevar a cabo operaciones de depósito o captación de dineros del público.
6. La ley civil y comercial no facilita que sobre el dinero depositado en las denominadas “cuentas de los operadores” los clientes conserven la propiedad del dinero. Por ende, el depósito de dinero siempre corresponderá a un “depósito irregular”, que entre nosotros solamente se autoriza a los establecimientos de crédito.
7. El Acuerdo sobre Servicios de Pagos Postales de la Unión Postal Universal de 2008 no necesariamente presupone que los Operadores deban abrir “cuentas postales”. Dicho Acuerdo respeta el derecho interno y en particular la legislación bancaria.
8. En relación con el *Giro de Pago* el débito de la cuenta “llevada por el operador” no necesariamente debe ser en una cuenta abierta por el operador, en calidad de depositario; la misma puede ser administrada por el agente postal como mandatario del cliente en una institución financiera.
9. Tratándose del *Giro de Depósito* no se requiere que el Operador Designado tenga abierta una “cuenta postal” a nombre del beneficiario del giro, toda vez que la ley simplemente exige que la remesa sea depositada en “la cuenta del destinatario”, la que, según la ley colombiana, debe corresponder a una cuenta abierta en un establecimiento bancario.
10. Respecto de la *Transferencia Postal*, el Acuerdo de Ginebra no exige que necesariamente el dinero se retire de una cuenta abierta por el Operador designado y se consigne en una cuenta abierta por el Operador Destinatario. Lo que ordena la ley para caracterizar este servicio es que las cuentas sean “llevadas por el Operador”, lo

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

que se cumple cuando los operadores postales administran como mandatarios las cuentas de sus clientes abiertas en instituciones financieras.

11. Los Tratados Internacionales suscritos por Colombia con terceros países, sobre libre comercio, deben servir de punto de referencia para comprender que una entidad que abre depósitos al público se reputa y regula como una institución financiera o bancaria.
12. Los Reglamentos del Acuerdo de Ginebra reconocen que la apertura de cuentas postales no es mandatoria en la Ley Postal para los servicios que se pretende regular.
13. Según la ley, los Operadores Postales solamente pueden operar con su propia infraestructura. Es ilegal autorizar la utilización de “colaboradores”, a la manera de los corresponsales bancarios.
14. En la textura del proyecto de decreto no se evidencia que el principio de igualdad gobierne los nuevos servicios postales, para impedir asimetrías regulatorias en relación con los servicios de transferencia bancaria.
15. En las actuales circunstancias de desbordamiento de los grupos irregulares y terroristas a lo largo del territorio, que están afectando de manera notoria y ostensible el orden público nacional, parece inoportuno que ese Ministerio abra plenamente las compuertas de los servicios de pago postales, cuya regulación y supervisión no cumplen cabalmente los estándares existentes para la actividad bancaria.

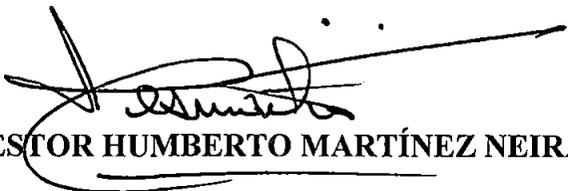
En los anteriores términos confío en que estos comentarios pueden ser de utilidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministerio en materia de Servicios de Pagos Postales, en el buen propósito de prevenir que se adopten disposiciones que pueden ser inconstitucionales, contrarias a la ley vigente y, algunas de ellas, manifiestamente inconvenientes.

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
ABOGADO

Quedo a disposición de su Despacho para ampliar los anteriores conceptos o aclararlos, si así se estima necesario, en el teléfono 8050062 o en el correo electrónico nestorhmartinezn@gmail.com

Sin otro particular, suscribo con la expresión de toda mi consideración y respeto.

Atentamente,



NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA