

**ASPECTOS REGULATORIOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS ENTIDADES FINANCIERAS
Y NO FINANCIERAS QUE DESEEN PRESTAR SERVICIOS DE PAGOS A TRAVÉS DE
CELULARES Y, EN GENERAL, SERVICIOS DE PAGO ELECTRÓNICOS**

Estudio para la Banca de las Oportunidades

Andrés Flórez Villegas

Diciembre 10 de 2009

1. ANTECEDENTES	5
2. ASPECTOS PREMILINARES.....	7
2.1. M-banking o Banca Móvil y los Servicios Financieros por su Intermedio	7
2.2. Historia del M-Banking y su Desarrollo	10
3. TENDENCIAS MUNDIALES EN M-BANKING Y EN E-MONEY	15
3.1. Introducción.....	15
3.2. Modelos bajo los cuales se ha Desarrollado el M-Banking.....	16
3.2.1. “Bank-Focused Model” o Modelo Bancario.....	17
3.2.2. “Bank-led model” o Modelo Liderado por Bancos	18
3.2.3. “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias.....	19
4. EL M-BANKING Y EL E-MONEY BAJO LA REGULACIÓN COLOMBIANA.....	20
4.1. Las Actividades Financieras, Bursátiles y Aseguradoras y las Relacionadas con el Manejo, Aprovechamiento e Inversión de Recursos del Público en la Constitución Colombiana.....	20
4.2. El E-Money es considerado por la Legislación Colombiana como un Servicio Financiero .	29
4.3. Los Diferentes Modelos de M-banking bajo la Regulación Financiera Colombiana.....	33
4.3.1. La Regulación Colombiana y el “Bank Focused Model” o Modelo Bancario	33
4.3.2. La Regulación Colombiana y el “Bank-led Model” o Modelo Liderado por Bancos.....	35
4.3.3. La Regulación Colombiana y el “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias.....	37
4.4. El ofrecimiento de M-banking e E-money por parte de Entidades que no cuentan con Autorización Estatal desde la Perspectiva del Derecho Penal	38
4.5. El ofrecimiento del M-banking y el E-money por parte de Entidades que no cuentan con Autorización Estatal desde la Perspectiva del Derecho Administrativo	47
4.6. Las Tarjetas Prepago o Inteligentes, los Bonos de Consumo y otros instrumentos Similares a la Luz de la Regulación Analizada.....	51
4.7. La Ley Postal y los Servicios Postales de Pago	53
4.8 Algunas Consideraciones sobre las “Tarjetas Regalo”	55

5. REGULACIÓN NECESARIA PARA ESTABLECER EN COLOMBIA UN “NON-BANK-LED MODEL” O MODELO LIDERADO POR ENTIDADES NO BANCARIAS PARA M-BANKING E E-MONEY.....	55
5.1. El Manejo, Aprovechamiento e Inversión de Recursos Captados del Público en Colombia	56
5.2. La Regulación, la Intervención y la Supervisión de las Actividades Financieras, Bursátiles y Aseguradoras y de cualquier Actividad que Signifique Manejo, Aprovechamiento o Inversión de Recursos Captados del Público en la Constitución Política de 1991	56
5.2.1. La Regulación de las Actividades Financiera, Bursátil, Aseguradora y cualquiera otra relacionada con el Manejo, Aprovechamiento e Inversión de los Recursos Captados del Público	57
5.2.2. La Intervención en las Actividades Financiera, Bursátil, Aseguradora y cualquier otra relacionada con el Manejo, Aprovechamiento e Inversión de Recursos Provenientes del Ahorro de Terceros	65
5.2.3. La Inspección, Vigilancia y Control sobre las Personas que realizan Actividades Financiera, Bursátil, Aseguradora y cualquier otra relacionada con el Manejo, Aprovechamiento o Inversión de Recursos Captados del Público.....	69
5.2.4. Algunas Precisiones sobre la Regulación.....	71
5.3. ¿Es conveniente que Colombia Implante un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades No Bancarias para M-banking e E-money?	74
6. CONTENIDO MÍNIMO DE LA REGULACIÓN PARA ESTABLECER EN COLOMBIA UN “NON-BANK-LED MODEL” O MODELO LIDERADO POR ENTIDADES NO BANCARIAS PARA M-BANKING E E-MONEY	77
6.1. Autorización General.....	77
6.2. Necesidad de obtener una Licencia.....	79
6.3. Supervisión.....	80
6.4. Carácter e Idoneidad	81
6.5. Operaciones Autorizadas	81
6.6. Custodia de Recursos	82
6.7. Prohibiciones	82
6.8. Regulación.....	84
6.9. Toma de Posesión.....	84

6.10. Aseguramiento de Recursos	85
6.11. Régimen Sancionatorio	85
6.12. Normas sobre Prevención y Control de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo	86
6.13. Normas sobre Protección al Consumidor Financiero.....	86
6.14. Inembargabilidad	87
6.15. Principio de Igualdad	87
6.16. Posibilidad de Usar Corresponsales.....	88
6.17. Adecuación de la Planta de Personal de la Superintendencia Financiera.....	88
6.18. Exención al Impuesto a las Transacciones Financieras.....	88
7. REFLEXIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE REGULAR LA EXPEDICIÓN DE DINERO ELECTRÓNICO BAJO LAS NORMAS QUE REGULAN LOS SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR Y BAJO LAS NORMAS SOBRE EMISIÓN DE VALORES	
7.1. Las Entidades que Administran Sistemas de Pago de Bajo Valor	90
7.2. ¿El Dinero Electrónico puede calificarse como Valor a la luz de la Ley 964 de 2005?.....	93
8. CONCLUSIONES	96

1. ANTECEDENTES

La “Banca de las Oportunidades” es una política de promoción de acceso a servicios financieros del Gobierno colombiano, la cual fue establecida mediante el Documento Conpes 3424 de 2006.

La meta de esta política es crear las condiciones necesarias para facilitar el acceso al sistema financiero formal (crédito y otros servicios financieros) a segmentos de la población que tradicionalmente han sido excluidos de este.

La población objeto de esta política está conformada por familias e individuos de bajos ingresos, pequeñas y medianas empresas y emprendedores. La política es implementada a través del Programa de Inversión “Banca de las Oportunidades” creado por el Decreto 3078 de 2006, administrado por el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.-Bancoldex, en virtud del Convenio Interadministrativo para la Administración de los Recursos del Programa de Inversión “Banca de las Oportunidades” suscrito entre esta entidad y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Entre las funciones del Programa de Inversión “Banca de las Oportunidades” se encuentra la de diseñar y proponer reformas al marco regulatorio en aspectos que limitan el acceso a los servicios financieros. Una de las actividades que se considera prioritaria dentro de la política es el uso del teléfono celular como un medio y un canal de bajo costo que le permita a la población de menores recursos acceder y realizar servicios financieros.

En este contexto, una de las últimas innovaciones en telecomunicaciones móviles es la provisión de servicios financieros a través de teléfonos celulares para las personas de menores ingresos y para aquellas que viven en áreas remotas. En los países en vías de desarrollo, particularmente en las áreas rurales, el acceso a servicios financieros es limitado, debido a lo cual un gran porcentaje de la población opera fuera del sistema formal, manejando sus recursos únicamente en efectivo. Por ello, el rápido crecimiento del mercado de telefonía celular ha creado una oportunidad única para ofrecer los servicios financieros a través de las redes de celulares (“M-banking” ó servicios financieros usando tecnología y aparatos de telefonía móvil).

La tecnología M-banking se ha implementado en varios países, con un impacto positivo en los segmentos más pobres de la población. Esto, pues este tipo de tecnología reduce considerablemente el costo de las transacciones bancarias al ser menos costosa, más asequible y permitir que personas envíen y reciban remesas,

incluso en áreas alejadas, a la vez que ofrecen una alternativa más segura para el manejo del dinero en áreas con problemas de orden público.

En Colombia se facilita la implementación de la tecnología M-banking pues existe un alto porcentaje de penetración¹ de teléfonos celulares, con el tiempo se han ido sofisticando redes bancarias con experiencia en microfinanzas, algunas regiones de Colombia enfrentan una difícil situación de orden público, incluyendo altos índices de delincuencia haciendo el uso del efectivo muy riesgoso, existe un amplio sector informal que no tiene acceso a servicios financieros, existe acceso limitado para las personas más pobres a servicios financieros, existe un volumen considerable de remesas desde fuera del país y entre áreas urbanas y rurales, y existe una política gubernamental que apunta a promover el acceso a servicios financieros para la población de bajos ingresos.

El objetivo del presente estudio es revisar el marco regulatorio colombiano vigente relacionado con la posibilidad de que las entidades financieras y no financieras puedan ofrecer a sus usuarios la posibilidad de prestar servicios de transacciones por medios electrónicos usando desarrollos tecnológicos novedosos como los teléfonos celulares, las tarjetas de pago recargables y otros medios electrónicos. Lo anterior, con el fin de determinar la viabilidad jurídica de que las mencionadas entidades ofrezcan dichos servicios.

Para ordenar mejor dicho análisis, el presente estudio se referirá a los antecedentes del mismo (Capítulo 1), a la identificación de algunos aspectos preliminares (Capítulo 2), a las tendencias mundiales en M-banking y en E-money (Capítulo 3), al M-banking y al E-money bajo la regulación colombiana (Capítulo 4), a la regulación necesaria para establecer en Colombia un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking e E-money (Capítulo 5), al contenido mínimo de la regulación para establecer en Colombia un “Non-bank-led model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking e E-money (capítulo 6) y a la posibilidad de regular la expedición de dinero electrónico bajo las normas de los sistemas de pago de bajo valor y las normas sobre emisión de valores (capítulo 7). Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones (capítulo 8).

¹ El Ministerio de Comunicaciones de Colombia estimó en 70% el porcentaje de penetración de teléfonos celulares a Diciembre de 2006.

2. ASPECTOS PREMILINARES

2.1. M-banking o Banca Móvil y los Servicios Financieros por su Intermedio

El *Mobile Banking* -también conocido como *m-banking* o *SMS Banking*- (en adelante simplemente “el M-banking”) es un término utilizado para realizar operaciones o transacciones financieras vía un dispositivo móvil como un teléfono celular, utilizando diversos tipos de tecnologías.

Desde el punto de vista académico el M-Banking es definido como *"la prestación de servicios bancarios y financieros con la ayuda de aparatos de telecomunicación móvil donde los servicios incluyen operaciones bancarias y del mercado de valores, el acceso remoto a cuentas y el acceso a información financiera personalizada"*²

De acuerdo con los autores Rajnish Tiwari y Stephan Buse el M-banking incluye la provisión de tres clases de servicios financieros, a saber:

- “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles: Es la provisión de servicios financieros relacionados con cuentas de depósito, tales como cuentas corrientes y de ahorros, y que supone para una persona la posibilidad de realizar operaciones contras éstas, tales como depósitos, retiros y pagos.
- “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil: Es la provisión de servicios del mercado de valores relacionada con la realización, entre otras, de operaciones de compra y venta de valores (acciones, bonos papeles comerciales, etc.), operaciones repo y otro tipo de transacciones similares.
- “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil: Es la provisión de servicios de información relacionados con Cuentas Móviles o Corretaje Móvil, de manera que los clientes puedan tomar decisiones informadas, conocer el estado de sus cuentas, o hacer seguimiento a un determinado servicio financiero o conocer su resultado.

La mayoría de los servicios prestados a través del “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles y del “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil se refieren a la realización efectiva de transacciones. Entretanto, los servicios relacionados con el “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil son, como su

² Tiwari, Rajnish and Buse, Stephan(2007): The Mobile Commerce Prospects: A Strategic Analysis of Opportunities in the Banking Sector, Hamburg University Press.

nombre lo indica, de naturaleza informativa, como sería, por ejemplo, la revisión del balance de una cuenta de ahorros por parte de un titular usando un teléfono móvil.

En el caso de “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles y del “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil los servicios financieros que se prestan incluyen, entre otros, los siguientes³:

- Giro y disposición de recursos contra cuentas corrientes, de ahorros o de otra especie
- Acceso a carteras colectivas y realización de transacciones sobre estas
- Adquisición de seguros
- Adopción de decisiones en materia de pensiones
- Orden de envío de nuevas chequeras
- Revisión del status de una transacción ordenada
- Información sobre el pago, débito automático o modificación de pagos contra los depósitos en una cuenta
- Expedición, cambios o recordación de PIN
- Solicitud o renovación de tarjetas de crédito
- Bloqueo de tarjetas débito o crédito robadas o perdidas
- Giros y remesas de dineros nacional e internacionalmente
- Realización de pagos con o sin pre-programación
- Recarga de dinero en el dispositivo móvil para uso como medio de pago
- Realización de pagos comerciales
- Recepción y realización de transferencias entre iguales
- Retiro de dinero ante un agente
- Depósito de dinero ante un agente

³ Tiwari, Rajnish and Buse, Stephan(2007): The Mobile Commerce Prospects: A Strategic Analysis of Opportunities in the Banking Sector, Hamburg University Press.

- Adopción de decisiones relacionadas con la administración de portafolios de valores

En el “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil los servicios financieros que se prestan incluyen, entre otros, los siguientes:

- Revisión de los estados de cuenta o de actividad de cuentas corrientes, de ahorros o de otra especie
- Alertas de información sobre actividades realizadas sobre una cuenta o el traspaso de límites indicados por el cliente (sobregiros o sobrepaso en el monto de retiros en un período)
- Información sobre el status de los créditos y la siguiente fecha de pago de instalamentos
- Acceso al estado de cuentas (tarjetas de crédito, por ejemplo)
- Información sobre el estado de un determinado portafolio contra un determinado “bench mark”.
- Suministro de información del mercado de valores (sobre acciones, bonos, etc., en tiempo real)
- Alertas personalizadas y notificaciones sobre precios de determinados valores.
- Intercambio de mensajes, incluyendo el envío de quejas y su respuesta
- Información sobre localización de cajeros automático o puntos de retiro de dinero

Corrientemente y por obvias razones los servicios de “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles y del “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil se prestan concomitantemente con los de “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil. Lo anterior, pues los servicios de información son necesarios para tomar decisiones sobre si realizar o no una operación y en qué monto.

Los servicios de “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil, por su parte, pueden ser prestados de forma independiente de los de “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles y del “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil, ya que los mismos no suponen, de suyo, la realización de transacciones.

Los desafíos regulatorios son diferentes para el caso de “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles y del “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil *vis a vis* el “Mobile Financial

Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil. Lo anterior, pues los dos primeros necesariamente suponen el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público, al paso que el último no supone necesariamente tal circunstancia.

2.2. Historia del M-Banking y su Desarrollo

La primera ola de banca móvil llegó a los mercados globales aproximadamente en 2001, año en que los bancos y otras instituciones financieras comenzaron a ofrecer servicios de banca móvil vía SMS y navegador (WAP/GPRS).⁴

Aunque en sus comienzos los clientes dudaban en transmitir información confidencial, como números de cuenta y contraseñas, mediante un mensaje de texto, la banca vía SMS experimentó un crecimiento constante. Las transacciones no monetarias como, por ejemplo, consulta de saldos, fueron las primeras en ingresar en el mercado móvil. Los clientes se acostumbraron poco a poco al canal SMS para el pago de servicios y la realización de transacciones financieras como transferencias de fondos.

Inicialmente la banca basada en navegador, que ofrecía una versión básica de los sitios Web, no logró replicar la experiencia de banca por Internet en los teléfonos móviles. Según Amit Vats & Krishna Mohan, entre otras razones para este fracaso, se incluyen la baja velocidad y escaso ancho de banda de las redes celulares, la proliferación de teléfonos móviles poco aptos para el uso de navegadores y diseñados pensando más en la transmisión de voz que de datos, con pantallas monocromáticas y de baja resolución y la incapacidad de los proveedores de servicios móviles para presentar un entorno de seguridad convincente que justificara la confianza en la transmisión de información financiera⁵.

Sin embargo, estudios recientes⁶ indican que el 16% de los abonados de telefonía móvil en el mundo ya utilizan servicios bancarios móviles así sean básicos y que el 60% de ellos utilizan estos servicios al menos una vez por semana. Muchos otros que en la actualidad no realizan compras y actividades bancarias a través de este canal

⁴ Amit Vats & Krishna Mohan, Latin Trade, Noviembre – Diciembre de 2008

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ivatury, G., & Mas, I. (2008, April). The Early Experience with Branchless Banking (Focus Note No. 46). Washington, D.C.: Consultative Group to Assist the Poor.

expresaron su interés en los servicios de banca móvil, y el 35% de ellos estaban dispuestos a consultar los saldos de sus cuentas y transferir fondos a través de sus dispositivos móviles. Un 33% de los encuestados también afirmó que le gustaría recibir alertas de mensaje de texto de sus instituciones financieras. Aproximadamente un 25% de los usuarios de teléfonos celulares con acceso a Internet ahora utilizan sus dispositivos para adquirir bienes y servicios con tarjeta de crédito. Uno de cada cinco encuestados (20%) manifestó que le gustaría algún día utilizar su teléfonos como "billetera móvil", mediante la facturación directa de los cargos a sus cuentas de celular. Así mismo, el 10% de los encuestados afirmó que consideraría la posibilidad de realizar transferencias bancarias y comprar y vender acciones a través de su teléfono móvil.⁷

El M-banking se ha vuelto muy popular en muchas partes del mundo que no tienen desarrollada su infraestructura especialmente en áreas remotas o rurales. También se ha vuelto muy popular en países con bajo nivel de bancarización

El concepto de M-banking está muy ligado al de "Branchless Banking" o "Banca sin Sucursales". La Banca sin Sucursales es una forma de distribución de servicios financieros a través de canales alternativos que se suman a las clásicas oficinas bancarias.

De conformidad con el "Consultative Group to Assist the Poor" o Grupo Consultor para Asistir a los Pobres (en adelante "el CGAP"), la Banca sin Sucursales se compone principalmente de los siguientes elementos⁸:

- Uso de tecnología como tarjetas de pago o teléfonos celulares para identificar clientes y registrar transacciones de forma electrónica y, algunas veces, permitir a los clientes realizar transacciones de forma remota.
- Uso de personas ajenas a la entidad financiera, tales como pequeños tenderos u oficina de correos, que actúan como agentes de los prestadores de servicios financieros y que permiten a los clientes realizar transacciones que requieren su presencia como retiros o depósitos de dinero y debida diligencia en la apertura de cuentas.
- Ofrecimiento de servicios básicos de depósito o retiro de recursos y realización de operaciones transaccionales o pago de servicios.

⁷ Amit Vats & Krishna Mohan, Latin Trade, Noviembre – Diciembre de 2008.

⁸ Ivatury, G., & Mas, I. (2008, April). The Early Experience with Branchless Banking (Focus Note No. 46). Washington, D.C.: Consultative Group to Assist the Poor.

Ejemplos de Banca Sin Sucursales son los portales bancarios por internet, los cajeros automáticos y los teléfonos celulares, cuando estos sirven para realizar transacciones como canales alternativos a las tradicionales oficinas bancarias.⁹

2.3. E-Money

Un concepto similar, aunque diferente, al de M-banking es el de “E-money” o dinero electrónico. El “E-money”, también denominado “electronic cash” o dinero electrónico, “electronic currency” o divisas electrónicas, “digital money” o dinero digital, “digital cash” o efectivo digital (en adelante simplemente “el E-Money” o “el Dinero Electrónico”) se refiere a dinero que se intercambia de forma electrónica, normalmente usando redes computacionales, internet o sistemas de depósito digitales de dinero.

La reciente Directiva 2009/110/CE del 16 de septiembre de 2009 del Parlamento Europeo establece que el E-Money o Dinero Electrónico es *“todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE¹⁰, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”*.

A su vez, el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo establece que una “operación de pago” es *“una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, de situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos”*.

Conforme con lo anterior, el E-money o Dinero Electrónico es uno de los productos que hacen parte del M-banking que se compone de las siguientes características:

- Es un valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos;
- ese valor monetario representa un crédito sobre el emisor;
- el emisor asume ese crédito al recibir fondos;
- el propósito del dinero almacenado es efectuar operaciones de pago, esto es, situar, transferir o retirar fondos, con independencia del motivo para ello.

⁹ Ver www.wikipedia.org

Ejemplos de sistemas E-money son PayPal¹¹, Wirex¹² y Octopus Card.¹³

Corrientemente suele existir confusión entre el común de la gente entre el M-banking y el E-money y otros términos similares que se usan de forma indistinta¹⁴.

Aunque no parece existir completa uniformidad en el significado que los diferentes estudios otorgan a los dos términos anteriores, para efectos del presente documento haremos referencia el E-money como la alternativa electrónica al dinero, esto es, como el valor monetario que está almacenado electrónicamente después de la recepción de recursos y que se utiliza para realizar pagos a terceros, tal cual lo define la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo antes transcrita.

El E-money, conforme a lo anterior, puede estar almacenado en tarjetas, instrumentos electrónicos (como teléfonos celulares) u otro tipo de aparatos electrónicos o similares. Ejemplos de E-money son las tarjetas prepago (“pre-paid cards”) que se

¹¹ Según www.paypal.com PayPal permite a las empresas o consumidores que dispongan de correo electrónico enviar y recibir pagos en Internet. La red de PayPal se basa en la infraestructura financiera existente de cuentas bancarias y tarjetas de crédito para crear una solución global de pago en tiempo real. PayPal se usa en sitios Web de comercio electrónico para la venta de artículos, páginas Web y viajes, y contenidos digitales. Profesionales que operan fuera de Internet, entre los que se incluyen abogados, contratistas y médicos también han empezado a recibir cada vez más pagos en Internet mediante PayPal. El servicio PayPal se puede utilizar desde computadores o con teléfonos móviles.

PayPal (Europe) S.à.r.l. & Cie, S.C.A. dispone de licencias como institución de crédito en Luxemburgo de acuerdo con el Artículo 2 de la ley del 5 de abril de 1993 sobre el sector financiero y está bajo la supervisión prudencial de la autoridad supervisora de Luxemburgo, la Commission de Surveillance du Secteur Financier, con sucursal registrada en L-1150 Luxemburgo. Como el servicio se limita a dinero electrónico, lo cual no se puede considerar como depósito o como servicio de inversiones según la Ley, los clientes de PayPal no están protegidos por los planes de garantía de depósitos de la Association pour la Garantie des Dépôts Luxembourg (AGDL).

¹² Ver <https://wirex.org/>

¹³ De conformidad con Wikipedia la Tarjeta Octopus es una tarjeta monedero recargable que no necesita ponerse en contacto para ser utilizada en sistemas de pagos electrónicos en Hong Kong. Originalmente lanzada en septiembre de 1997 como tarjeta de pago para el servicio público de transporte de la ciudad, la tarjeta Octopus se ha convertido en un sistema de pago de amplio uso en tiendas, supermercados, restaurantes y otros tipos de negocios de venta. Para utilizarla sólo hay que acercarla a un lector Octopus y la recarga se puede realizar con máquinas que aceptan dinero en efectivo o directamente por transferencia desde una tarjeta de crédito o cuenta bancaria. Octopus se ha convertido en uno de los más exitosos sistemas de pago electrónico, con cerca de 12 millones de tarjetas en circulación (cerca del doble de la población de Hong Kong) y cerca de 8 millones de transacciones diarias. El operador, un consorcio en el cual participa el sistema de transporte de Hong Kong, ha ganado contratos para instalar sistemas similares en los Países Bajos y en la provincia china de Changsha.

¹⁴ Ver documentos sobre el particular de CGAP, la GSM Association y la Unión Europea.

pueden usar para realizar pagos a terceros diferentes a quienes las emiten, las tarjetas inteligentes (“electronic purses”) y las llamadas “tarjetas regalo”.

La Unión Europea ha definido desde el año 2000 algunos términos relacionados con el E-Money de la siguiente manera:

- Institución de Dinero Electrónico: es una persona jurídica que ha sido autorizada a emitir E-money.
- Emisores Híbridos: proveedores de servicios que han sido autorizados a emitir E-money como una actividad accesoria a su actividad principal, por ejemplo, las compañías operadoras de celulares, las compañías de transporte, etc.
- Servicios Financieros Móviles (“Mobile Financial Services”): servicios financieros que pueden ser ofrecidos a través de teléfonos celulares.
- Pagos Móviles: transferencias de dinero persona a persona o pagos móviles hechos con un teléfono celular. En los pagos por proximidad móvil (“mobile proximity payments”) un teléfono celular se usa como medio de pago en un punto de pago o “point-of-sale (POS) terminal”.
- Monedero Electrónico o “E-Wallet”: dinero que está almacenado en una tarjeta prepago (“pre-paid card”), una tarjeta inteligente (“electronic purses”), un teléfono celular u otro aparato electrónico. En el caso de los monederos electrónicos una vez el dinero ha sido usado o consumido la tarjeta no puede ser usada de nuevo a menos que pueda ser recargada y, en efecto, así se proceda.

En adelante los términos que se usarán en el presente estudio tendrán las definiciones que se han señalado anteriormente para M-banking y para E-money o Dinero Electrónico.

3. TENDENCIAS MUNDIALES EN M-BANKING Y EN E-MONEY

3.1. Introducción

Como se sabe, el surgimiento de internet ha revolucionado la industria de prestación de servicios pues ha permitido, entre muchas otras cosas, que las empresas presenten servicios 24 horas al día durante los 7 días de la semana, sin necesidad de tener un contacto directo personal con el consumidor.

Concomitantemente con el desarrollo de internet han aparecido en muchos lugares del mundo empresas que ofrecen servicios financieros por esta vía, como bancos, comisionista de bolsa y administradores de portafolio on-line.

En los últimos años, al lado de lo anterior, se han venido desarrollando industrias que apoyan la prestación de sus servicios en teléfonos móviles o en otro tipo de dispositivos inalámbricos (“wireless devices”).

De acuerdo con la Asociación GSM¹⁵ y Ovum, el número de suscriptores de teléfonos móviles en el mundo es superior a 2.500 millones, de los cuales al menos 2.000 millones cuentan con tecnología GSM.

De acuerdo con un estudio de la empresa de consultoría financiera Celent¹⁶, 35% de las personas que en el mundo usan internet para realizar transacciones financieras estarán usando, para finales del 2010, M-banking, mientras en la actualidad sólo lo hace el 1%¹⁷.

De acuerdo con Celent, en países asiáticos como India, China, Bangladesh, Indonesia y Filipinas donde la infraestructura de telefonía móvil es mejor que la de la telefonía fija y en países europeos donde la penetración de los teléfonos celulares es altísima es donde más rápido se desarrollara el M-banking.

¹⁵ Ver www.gsmworld.com

¹⁶ Celent es una firma de asesoría e investigación dedicada a ayudar a instituciones financieras a estructurar negocios y servicios basados en estrategias y desarrollos tecnológicos. Celent publica reportes periódicos identificando tendencias y mejores prácticas en tecnología de servicios financieros.

¹⁷ Celent Report, 17 Mayo de 2007

Varios estudios realizados recientemente muestran un fuerte interés en la banca móvil. También revelan que la banca móvil aun se encuentra en una etapa incipiente a nivel global. Un estudio reciente elaborado por Sybase Inc. indica que los servicios de banca móvil tienen una prevalencia de casi el doble en el Pacífico Asiático, donde un 15,4% de los encuestados informaron haber utilizado un teléfono móvil para comprobar su saldo bancario durante los últimos tres meses, en comparación con tan solo un 8,7% en América y un 7% en Europa, lo que demuestra una disparidad entre la demanda de servicios de banca móvil y la oferta de estos servicios.

En muchos aspectos la realidad colombiana se parece a la de los países asiáticos y, por tal razón, es previsible que las entidades financieras y algunas no financieras quieran invertir en tecnología que les permita ser proveedores de servicios M-banking en cualquiera de las tres modalidades que antes de mencionaron (Cuentas Móviles, Corretaje Móvil y Servicios de Información Financiera Móvil). Por ello, resulta fundamental que la regulación que se establezca para el efecto permita las condiciones necesarias para que se desarrolle este negocio sin perder de vista, por supuesto, la protección de los clientes financieros.

3.2. Modelos bajo los cuales se ha Desarrollado el M-Banking

Como se dijo, el M-banking consiste en la prestación de servicios bancarios a través de la conectividad móvil. Debido a la naturaleza misma de su operación, existe un cierto conflicto de intereses respecto de la pertenencia de los clientes finales y la distribución de beneficios entre los proveedores de servicios de red y las instituciones financieras.

Los proveedores de servicios de red ofrecen servicios móviles para los usuarios, en tanto que las instituciones financieras comparten un vínculo con el cliente en términos de titularidad de la cuenta y poseen los conocimientos necesarios para procesar las transacciones.

Hasta hace poco, la banca móvil era considerada tan solo otro canal a través del cual los clientes podían acceder a los diferentes servicios bancarios. Sin embargo, las tendencias sugieren que la banca móvil se está alejando de esta estructura de negocios, y en la actualidad está comenzando a jugar un rol mucho más central en la vida financiera de un cliente. Bajo estas nuevas tendencias nuevos jugadores no

financieros entran a operar individual o conjuntamente con entidades financieras plataformas que permiten prestar diversos servicios financieros¹⁸.

Al revisar la literatura internacional sobre M-Banking se encuentran países donde quien puede establecer la relación y es la contraparte de los clientes en relación con los servicios financieros es una entidad financiera; otros donde lo es una entidad financiera pero que actúa a través de una entidad no financiera; y, finalmente, países donde quien es contraparte de los clientes es una empresa de servicios tecnológicos (corrientemente una empresa de servicios de telefonía celular) bajo modelos de Emisores Híbridos de E-money, según estos términos se definieron anteriormente.

Es por lo anterior que los modelos de M-Banking pueden ser clasificados en tres categorías, a saber: “Bank Focused” o Modelo Bancario, “Bank-Led” o Modelo Liderado por Bancos y “Non-bank-Led”¹⁹ o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias. El entendimiento cabal de estos tres modelos es importante para, posteriormente, realizar un análisis sobre la posibilidad de implementar los mismos a la luz de la legislación colombiana.

3.2.1. “Bank-Focused Model” o Modelo Bancario

El “Bank-Focused Model” o Modelo Bancario tiene lugar cuando una entidad financiera usa el M-Banking como un canal adicional para la prestación de sus servicios financieros²⁰.

En estos casos las entidades financieras ofrecen servicios financieros a sus clientes a través de diferentes medios como cajeros automáticos (“automatic teller machines” o “ATMs”), portales electrónicos (“internet banking”), al cual agregan el M-banking.

Este modelo es aditivo por naturaleza y se debe entender como un mecanismo más para la prestación de servicios financieros tradicionales.

Como lo indica el CGAP, en este modelo cada cliente tiene una relación directa con una entidad financiera que está autorizada por un supervisor financiero y sujeta a

¹⁸ Mobile Banking v 2.0: Time for the perfect storm (La banca móvil versión 2.0: la hora de la tormenta perfecta), Aite Group LLC.

¹⁹ Ver www.wordreference.com

²⁰ Ver www.cgap.org

supervisión institucional que supone normas prudenciales de todo tipo y un régimen de posesión para sus funcionarios más importantes²¹.

3.2.2. “Bank-led model” o Modelo Liderado por Bancos

En el “Bank-led model” o Modelo Liderado por Bancos se abre la posibilidad a que se ofrezcan y presten servicios financieros a través de medios diferentes a las tradicionales oficinas bancarias. En estos casos todos o algunos de los servicios financieros de las entidades financieras son prestados a través de agentes o de proveedores de telefonía celular en lugar de usar empleados de la propia entidad financiera en oficinas tradicionales.

Bajo este modelo las entidades financieras logran la penetración en nuevos segmentos usando un nuevo canal no bancario y, lo que es más importante, con la ayuda de entidades que tienen experiencia en prestarle servicios a un segmento de clientes al cual aun no ha llegado la respectiva entidad financiera.

El “Bank-led model” o Modelo Liderado por Bancos puede ser implementado autorizando a las entidades financieras a suscribir acuerdos o *joint ventures* con agentes o con proveedores de telefonía celular donde el cliente mantiene una relación jurídica en relación con un producto financiero (la cuenta corriente, la cuenta de ahorros, el crédito, etc.) con la entidad financiera y no con la entidad proveedora de servicios celulares.

En otros términos, en el modelo bajo análisis no se habilita a terceros que no tengan la calidad de entidades financieras para que presten o realicen operaciones financieras por cuenta propia sino por cuenta de una entidad financiera. Por eso en este modelo los agentes o proveedores de telefonía celular son habilitados para servir como canales de las entidades financieras y promocionar productos o servicios financieros ajenos.

Estos terceros que ayudan a los bancos sirven como “agentes” de las instituciones financieras para ayudar a los clientes a depositar en éstas o a retirar de sus cuentas dineros. Contractualmente la relación se establece entre la entidad financiera y los clientes con la ayuda o colaboración de un agente.

²¹ CGAP Focus Note 43 “Regulating Transformational Branchless Banking: Mobile Phones and other Technology to Increase Access to Finance”.

Este esquema fue establecido en Colombia a través de los Decretos 2233 de 2006, mediante el cual se reglamentaron los servicios financieros de los establecimientos de crédito a través de los corresponsales, y el 3032 de 2007 mediante el cual se reglamentaron los servicios financieros prestados por las sociedades comisionistas de bolsa de valores a través de corresponsales.

Tanto uno como otro decreto habilitan a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera a que se refieren los mismos a prestar servicios financieros haciendo uso de los corresponsales, pero haciendo claridad que frente a los clientes la relación contractual y la responsabilidad por los servicios financieros reside en el establecimiento de crédito o en la sociedad comisionista de bolsa, según sea el caso.

3.2.3. “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias

En este modelo no participan entidades financieras frente al cliente final, de manera que la relación jurídica se establece y mantiene entre una entidad no bancaria (un proveedor de tecnología o un proveedor de telefonía celular, por ejemplo) y el respectivo cliente.

En este modelo las entidades financieras sólo tienen participación indirecta y tangencial en los resultados del negocio, particularmente cuando la entidad no bancaria deposita los recursos excedentarios que ha captado o recibido del público en las cuentas corrientes o de ahorros de la entidad financiera abiertas a su nombre²².

Puesto en otros términos, en el “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias las entidades financieras no tienen exclusividad para prestar servicios de M-banking pues los mismos son o pueden ser realizados por entidades no bancarias que prestan y son contraparte de los servicios financieros frente a los clientes.

En estos casos el esquema descansa en normas legales que permiten a una entidad que no está sometida a la supervisión de una autoridad estatal captar recursos del público y prestar ciertos servicios financieros, como sería el servicio de giros y transferencias, sin estar vigilado por ninguna autoridad estatal y, por lo tanto, sin estar sujeto a un régimen de supervisión.

²² Este es el caso de países con Kenia.

4. EL M-BANKING Y EL E-MONEY BAJO LA REGULACIÓN COLOMBIANA

4.1. Las Actividades Financieras, Bursátiles y Aseguradoras y las Relacionadas con el Manejo, Aprovechamiento e Inversión de Recursos del Público en la Constitución Colombiana

El artículo 335 de la Constitución Política establece que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado. En texto literal de tal norma es el siguiente:

“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.” (Resaltado fuera del texto).

La anterior disposición significa que, al contrario de lo que ocurre con las demás actividades económicas, aquellas a que se refiere el artículo aludido no pueden ser adelantadas por cualquiera y mucho menos por alguien que no disponga de un permiso o licencia estatal.

Al contrario de lo que ocurre con la mayoría de las actividades privadas, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público requiere de un permiso estatal para el ejercicio de las mismas pues en ellas está de por medio el interés público.

La Superintendencia Financiera ha dicho sobre el particular lo siguiente:

“De conformidad con lo consagrado en el artículo 335 de la Constitución Política:

“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 (...).”

En concordancia con dicho canon constitucional, la actividad de captación de dineros del público, así como el manejo, administración e inversión de los mismos, en la medida en que tiene una connotación social y económica del más alto impacto en la comunidad, sólo puede ser desarrollada por las entidades o sociedades expresamente autorizadas por las autoridades competentes, previo cumplimiento de los requisitos previstos por la ley.” (Subrayas fuera del texto).

El concepto de “confianza” está íntimamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política. En efecto, comoquiera que las actividades a que se refiere el mismo comprenden el manejo y la administración de ahorros del público ello incide de manera directa e indirecta en los intereses generales de la comunidad. Así lo ha dicho la Corte Constitucional en diferentes sentencias de tutela y de constitucionalidad²³, especialmente en la Sentencia C-1062 de 2003 donde señaló lo siguiente:

“Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo “social de derecho”, en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía

²³ Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias C-199 de 2001 y C-203 de 2005, Sentencias SU-157 de 1999 y C-860 de 2006, Sentencia C- 1107 de 2001.

implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público"²⁴. (Subrayas fuera del texto).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela N° 517 del 7 de Julio 2006 dispuso que la actividad financiera debe buscar el interés general y debe ser considerada como de interés público. Señaló la mencionada corporación:

*"Hay que tener en cuenta que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al artículo 1° de la Constitución Política. La Constitución no ha calificado la actividad financiera como un "servicio público sino como de "interés público". Según la Corte Constitucional decir que la actividad financiera es de "interés público" significa que ésta actividad debe buscar el bienestar general. Si bien no hay definición constitucional ni legal sobre "interés público" es un concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial"*²⁵.

De la misma manera ha dicho la Procuraduría General de la Nación lo siguiente:

"Por su parte, conviene recordar, para finalizar este acápite que también la Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que las actividades relacionadas con la captación y manejo de ahorro son todas ellas de interés público (CP art. 335) y, por ende, están sometidas a un especial control del Estado, no sólo por cuanto se trata de entidades que trabajan con dineros que no son propios, sino además por la importancia estratégica de este sector para la suerte global de la economía.

De esta manera, en dicho ámbito, la libertad económica se encuentra más limitada que en otros, no sólo porque tales operaciones para ser ejercidas

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-692 de 2007. Expediente D-6572. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Sentencia de Corte Constitucional, Sentencia de Tutela N° 517/06, de 07 de Julio 2006.

válidamente requieren de la previa autorización estatal (CP art. 335), sino además porque la propia Carta señala que el gobierno debe reglamentar, inspeccionar, vigilar y controlar el sector financiero (CP arts 150-19 y 189-24).”²⁶

Ahora bien, la actividad financiera comienza en el momento en que los ahorradores depositan parte de sus ahorros en una institución vigilada por el Estado bien sea través de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de Economía Solidaria (en este último evento en el caso de las entidades de la economía solidaria autorizadas a ejercer actividad financiera²⁷), la cual es escogida por cada cliente no sólo en función de la rentabilidad de los productos que ofrece sino en consideración a su fortaleza patrimonial, solidez, transparencia, seguridad y a la idoneidad de sus administradores.

Las anteriores circunstancias ponen de manifiesto que las relaciones entre los clientes y las instituciones financieras se fundamentan en el principio de “confianza” que los particulares depositan en aquellas.

Con el fin de proteger el interés y la “confianza”, la legislación financiera y la legislación cooperativa financiera han dispuesto diferentes requisitos, exigencias y autorizaciones, en aras de garantizar al público esa fortaleza patrimonial y seguridad que deben ofrecer las instituciones vigiladas o controladas por la Superintendencia

²⁶ Concepto 4698 del Procurador General de la Nación del 4 de febrero de 2009

²⁷ El Artículo 39 de la ley 454 de 1998 dispone lo siguiente: “Actividad financiera y aseguradora. El artículo 99 de la Ley 79 de 1988 quedará así:

La actividad financiera del cooperativismo se ejercerá siempre en forma especializada por las instituciones financieras de naturaleza cooperativa, las cooperativas financieras, y las

cooperativas de ahorro y crédito, con sujeción a las normas que regulan dicha actividad para cada uno de estos tipos de entidades, previa autorización del organismo encargado de su control.

Las cooperativas multiactivas o integrales podrán adelantar la actividad financiera, exclusivamente con sus asociados mediante secciones especializadas, bajo circunstancias especiales y cuando las condiciones sociales y económicas lo justifiquen, previa autorización del organismo encargado de su control.

La actividad aseguradora del cooperativismo se ejercerá siempre en forma especializada por las cooperativas de seguros y los organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de seguros.

Para efectos de la presente ley se entenderá como actividad financiera la captación de depósitos, a la vista o a término de asociados o de terceros para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito y, en general, el aprovechamiento o inversión de los recursos captados de los asociados o de terceros. Solamente las cooperativas financieras podrán prestar sus servicios a terceros no asociados.”

Financiera y la Superintendencia de Economía Solidaria. Como muestra de esta afirmación encontramos lo siguiente:

Autorización Estatal

En primer lugar, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política antes citado, las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.

Esa autorización responde a la necesidad de que las instituciones que manejan el ahorro del público deban acreditar una base patrimonial que garantice solidez y solvencia, lo cual permite mantener la confianza en el sistema financiero y al mismo tiempo hace posible la motivación del ahorro por parte del público. Así lo dispuso el Consejo de Estado en Sentencia de 15 de enero de 2004:

*“(…)Se trata de actividades que son de interés público y que por lo mismo sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, la cual debe otorgarse sin ningún tipo de discriminación, pero con sujeción a la ley ... ”La Constitución debe al mismo tiempo prever la existencia de una ley orgánica que defina las clases, tamaño y número de las instituciones financieras, bursátiles y de seguros. Con el objeto de que estas instituciones puedan asumir el papel que les corresponde, se exige que se acredite una base patrimonial que a su vez garantice la solidez y solvencia de las mismas. Estas condiciones permitirán mantener la confianza en el sistema financiero y al mismo tiempo harán posible la motivación del ahorro privado para financiar las actividades económicas productivas.*²⁸

Es así como la actividad financiera sólo puede desarrollarse por sujetos calificados que obtienen autorización de funcionamiento a través de las mencionadas entidades de control y vigilancia, una vez se ha demostrado la solvencia técnica, financiera, administrativa y patrimonial para administrar, movilizar y administrar el ahorro de la comunidad.

En desarrollo de lo anterior, el capítulo I de la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante “EOSF”) establece cuáles son los requisitos y

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 15 de enero de 2004. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

procedimientos que deben ser cumplidos para que una institución obtenga permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia Financiera, quien imparte su aprobación una vez revisa y comprueba que se cumpla con todas las condiciones para garantizar y proteger los recursos y ahorros del público.

Contrario sensu, de conformidad con el artículo 108 del EOSF, las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con autorización para ello, pueden ser investigadas y sancionadas por la Superintendencia Financiera.

Estas facultades tienen la finalidad de proteger al público de aquellas personas que sin ser autorizadas por el Estado y sin tener la idoneidad y seguridad para ello, realicen actividades financieras, bursátiles o aseguradoras, lo que puede afectar no solo intereses de particulares sino, en general, el interés público.

Como consecuencia de lo anterior, la autorización por parte de la Superintendencia Financiera para que una institución pueda desarrollar actividades financieras, bursátiles o aseguradoras, genera en el público “confianza” en que esas instituciones puedan administrar adecuadamente los recursos de los particulares y que tienen como responder patrimonialmente por los dineros captados.

Por ello mismo, cuando se pone en duda la capacidad de una entidad de pagar a terceros sus deudas, se puede cercenar la “confianza”, lo que puede llevar al colapso de una entidad financiera.

Régimen Patrimonial

La legislación financiera²⁹ exige un monto mínimo de capital para que las instituciones puedan realizar las operaciones propias de su actividad. Por ello, la finalidad de este régimen es garantizar la existencia de un patrimonio adecuado para prevenir que en caso que ocurran pérdidas de los activos, las mismas no se trasladen a los depositantes.

De igual forma, existen unas disposiciones sobre margen de solvencia y patrimonio técnico, las cuales tienen como objetivo que el monto del patrimonio respalde el volumen de las operaciones que desarrolle la institución vigilada o controlada de acuerdo al nivel de riesgo que asumen estas entidades.

²⁹ Capítulo IX de la Parte Segunda del EOSF, Decreto 1720 de 2001, Decreto 1324 de 2005 y Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995.

Finalmente, se dispone de un régimen de inversiones para ciertas instituciones vigiladas, las cuales en algunos casos deben estar autorizadas previamente por la Superintendencia Financiera o por la Superintendencia de Economía Solidaria³⁰.

Como puede observarse, todas estas disposiciones tienen como finalidad proteger la “confianza” del público en el sistema financiero y asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad. En efecto, mientras la institución cumpla con las condiciones mínimas de capital, solvencia y patrimonio técnico, el público podrá tener la tranquilidad que sus ahorros e inversiones se encuentran en una institución con una fortaleza patrimonial tal que en cualquier momento podrá responder por sus recursos.

Idoneidad de los Administradores

De conformidad con el artículo 72 y siguientes del EOSF, los administradores y representantes legales de las instituciones vigiladas deben, una vez nombrados o elegidos por el órgano social competente de la entidad, posesionarse ante la Superintendencia Financiera³¹. Para el caso de cooperativas de ahorro y crédito esta tarea le corresponde a la Superintendencia de Economía solidaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 454 de 1998.

Esta posesión es un requisito esencial para poder desempeñar la función para la cual fueron designados y se otorga una vez el órgano de vigilancia y control ha revisado los antecedentes de la persona y tiene certeza de que la misma tiene la idoneidad para desarrollar las tareas que le han sido encomendadas.

La finalidad de esta exigencia es asegurar que estas personas van a administrar diligentemente los negocios de la entidad y que van a obrar no solo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio de interés público consagrado en el artículo 335 de la Constitución Política.

En este sentido, se ha expresado el Consejo de Estado en sentencia de 21 de agosto de 1998³² en los siguientes términos:

³⁰ Artículos 110 y siguientes del EOSF

³¹ Para el caso de las cooperativas financieras el artículo 40 de la ley 454 establece que la Superintendencia Financiera se cerciorará, por cualesquiera investigaciones que estime pertinentes de la solvencia patrimonial de la entidad, de su idoneidad y de la de sus administradores.

³² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia Agosto 21 de 1998. Exp. 8703. C.P. Delio Gómez Leyva

“Dicha facultad de alta policía administrativa es de carácter eminentemente preventivo, pues busca evitar situaciones que puedan afectar la confianza pública en el sistema financiero, y por ende, que puedan alterar el adecuado funcionamiento del mismo.

Ahora bien, la facultad del Superintendente Bancario para decidir acerca de la posesión de un director de una institución financiera tiene a su vez dos aspectos: uno objetivo cuya competencia es reglada, y es el relacionado con la verificación y evaluación de documentos precisados en las normas jurídicas, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades claramente detallado también en las normas legales, y otro, subjetivo, derivado de su facultad discrecional, relativo a la potestad de calificar las condiciones personales de los designados, tales como su carácter, responsabilidad e idoneidad para dirigir las entidades vigiladas. Ello implica atribuciones para evaluar y calificar subjetivamente la conducta de los directores, su trayectoria profesional, seriedad, moralidad, y, en cada caso, el juicio de valor le compete solo al Superintendente como responsable de mantener la confianza en el sector financiero, tal y como lo había precisado la Sala, entre otras, en su providencia del 16 de febrero de 1990, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate, actor Juan Agustín Carrizosa Tobar.

De otra parte, de tiempo atrás ha precisado también la Sala que, de conformidad con las previsiones de la Ley 45 de 1923, hoy los artículos 53 numeral 5°, 73 numeral 3° y 326 numeral 2° literal g), la facultad del Superintendente Bancario para calificar a los directores de las entidades vigiladas se refiere no solamente al momento de la constitución de la respectiva entidad, si no que permanece durante todo el tiempo de su existencia, pues no de otra manera se puede asegurar la facultad de vigilancia atribuida a la Superintendencia Bancaria, y la principal finalidad que dicha facultad envuelve, cual es la de mantener la confianza del público en el sector financiero; de ahí que goce de atribuciones de alta policía administrativa para prevenir situaciones que puedan afectar el adecuado funcionamiento del sector. (Exp. 0493, sent. De feb. 16/90, Actor (...))” (C. de E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sec. Cuarta. C.P. Delio Gómez Leyva; Sent. De ago. 21/98. Exp. N° 8703)” (Subrayas fuera del texto)

Quiere decir lo anterior, que una vez la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria, cada una dentro del ámbito de sus competencias, aprueba la posesión de un determinado funcionario en una institución

vigilada, es porque tiene la seguridad que esa persona es transparente y que va a administrar adecuadamente los recursos captados del público, lo cual conlleva a que el mismo público pueda confiar en que los administradores de la institución por él escogida son profesionales en el área y gozan de intachables antecedentes y reputación.

Reporte de Información

Por su parte, las instituciones vigiladas deben presentar a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Superintendencia de Economía Solidaria los estados financieros de fin de ejercicio y demás información pertinente, al igual que sus indicadores de desempeño. En este sentido, el artículo 97 del EOSF establece que la Superintendencia Financiera de Colombia debe publicar y ordenar publicar los estados financieros y los indicadores de dichas entidades, en los que se muestre la situación financiera de cada una de ellas.

Esta información tiene como objetivos primordiales: i) Mayor transparencia para que los usuarios tengan elementos de juicio objetivos y claros que les permita escoger las mejores opciones de mercado y poder tomar decisiones informadas y ii) que el público, ahorradores e inversionistas, conozcan la situación patrimonial de la institución en la cual tienen sus ahorros; lo anterior con el fin que el público mantenga la “confianza” depositada en la institución que han seleccionado.

Como puede observarse, la legislación financiera y cooperativa financiera se han encaminado a proteger la “confianza” de los particulares en las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Economía Solidaria, estableciendo ciertos requisitos y exigencias para poder desarrollar la actividad, y permitiendo que el público en general pueda conocer la fortaleza patrimonial e idoneidad profesional del tipo de institución en la que están colocando sus ahorros.

Cualquier información falsa o inexacta que ponga en duda la fortaleza de las instituciones en alguno de los aspectos antes señalados puede llevar al quebrantamiento de la “confianza” y por ende al rompimiento súbito de la relación cliente-institución. Esto, de presentarse de forma masiva, puede llevar a la quiebra a una institución financiera o incluso generar un riesgo sistémico.

4.2. El E-Money es considerado por la Legislación Colombiana como un Servicio Financiero

Dicho lo anterior, la siguiente pregunta sería si el M-banking y, en concreto, el E-money comporta o no un servicio financiero, de manera que su ejercicio caiga bajo las previsiones del artículo 335 de la Constitución Política, de manera que se considere de interés público y requiera de un permiso estatal previo. Al respecto se tiene lo siguiente:

Mediante la Ley 170 de 1994 el Congreso de la República aprobó el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994 y sus acuerdos multilaterales anexos. Dentro de los anexos al acuerdo aprobados por el Congreso se encuentra el "Anexo sobre Servicios Financieros".

El Anexo sobre Servicios Financieros establece las normas aplicables a los servicios financieros, para lo cual determina cuáles son estos, de manera que exista una interpretación unívoca al respecto en todos los países de miembros de la OMC.

El anexo significa que Colombia reconoce como de carácter financiero los siguientes servicios:

"A los efectos del presente Anexo:

a) Por servicio financiero se entiende todo servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de un Miembro. Los servicios financieros comprenden todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros). Los servicios financieros incluyen las siguientes actividades:

Servicios de seguros y relacionados con seguros

i) Seguros directos (incluido el coaseguro):

A) seguros de vida;

B) seguros distintos de los de vida.

ii) Reaseguros y retrocesión.

iii) Actividades de intermediación de seguros, por ejemplo las de los corredores y agentes de seguros.

iv) *Servicios auxiliares de los seguros, por ejemplo los de consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros.*

Servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros)

v) *Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público.*

vi) *Préstamos de todo tipo, con inclusión de créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales.*

vii) *Servicios de arrendamiento financieros.*

viii) *Todos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios.*

ix) *Garantías y compromisos.*

x) *Intercambio comercial por cuenta propia o de clientes, ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil o de otro modo, de lo siguiente:*

instrumentos del mercado monetario (incluidos cheques, letras y certificados de depósito);

B) divisas;

C) productos derivados, incluidos, aunque no exclusivamente, futuros y opciones;

D) instrumentos de los mercados cambiario y monetario, por ejemplo, swaps y acuerdos a plazo sobre tipos de interés;

E) valores transferibles;

F) otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive.

xi) *Participación en emisiones de toda clase de valores, con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y el suministro de servicios relacionados con esas emisiones.*

xii) *Corretaje de cambios.*

xiii) *Administración de activos; por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia, y servicios fiduciarios.*

xiv) Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables.

xv) Suministro y transferencia de información financiera, y procesamiento de datos financieros y soporte lógico con ellos relacionado, por proveedores de otros servicios financieros.

xvi) Servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros auxiliares respecto de cualesquiera de las actividades enumeradas en los incisos v) a xv), con inclusión de informes y análisis de crédito, estudios y asesoramiento sobre inversiones y carteras de valores, y asesoramiento sobre adquisiciones y sobre reestructuración y estrategia de las empresas.

b) Por proveedor de servicios financieros se entiende toda persona física o jurídica de un Miembro que desee suministrar o que suministre servicios financieros, pero la expresión "proveedor de servicios financieros" no comprende las entidades públicas."

A su vez, el anexo sobre servicios financieros de la Ley 170 de 1994 establece que un proveedor de servicios financieros es "toda persona física o jurídica de un Miembro que desee suministrar o que suministre servicios financieros."

Como se explicó anteriormente, el M-banking incluye la provisión de tres clases de servicios financieros: "Mobile Accounting" o Cuentas Móviles, "Mobile Brokerage" o Corretaje Móvil y "Mobile Financial Information Services" o Servicios de Información Financiera Móvil.

También como se mencionó, la mayoría de los servicios prestados a través del "Mobile Accounting" o Banca Móvil de Cuentas y del "Mobile Brokerage" o Corretaje Móvil se refieren a la realización efectiva de transacciones bien de tipo bancario o del mercado de valores. Entretanto, los servicios relacionados con el "Mobile Financial Information Services" o Servicios de Información Financiera Móvil son, como su nombre lo indica, de naturaleza informativa, como sería, por ejemplo, la revisión del balance de una cuenta de ahorros por parte de un titular usando un teléfono móvil.

Según lo dispuesto en la Ley 170 de 1994, entre otros, la aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público y todos los servicios de pago y transferencia, así como el procesamiento de datos financieros y soporte lógico se consideran servicios financieros. Como estos mismos servicios son lo que se prestan a través del M-banking y constituyen, justamente, la esencia del E-money, no cabe duda de que estamos bajo las hipótesis a que se refiere el artículo 335 de la Constitución Política.

Lo anterior significa que, bajo la norma constitucional en comento, el M-banking y el E-money, en cualquiera de sus modalidades, son actividades de interés público que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.

En relación con el E-money no queda duda al respecto pues, como se señaló anteriormente, este tipo de actividad comporta, por una parte, la aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público y, por la otra, servicios de pago y transferencia monetaria, los cuales califica específicamente la ley 170 de 1994 como servicios o actividades financieras.

Estando claro lo anterior, la siguiente pregunta sería si la regulación colombiana actual establece un marco de actuación para el E-money y en este caso quién debe, a nombre del Estado, autorizar estas actividades. Y en caso de que este marco regulatorio no exista, la pregunta sería qué tipo de marco regulatorio sería necesario para el efecto y a quién corresponderá su establecimiento. Sobre el particular se tiene lo siguiente:

Si Colombia optara porque las actividades de E-money se realicen –o continúen realizando- bajo un Modelo “Bank Focused” o Modelo Bancario, no sería necesario expedir nueva regulación para el efecto^{33 34}. Mientras tanto, si Colombia quisiera adoptar un “Non-bank-Led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias sería necesario adoptar regulación profusa para el efecto. A continuación se explica la anterior conclusión.

³³ De hecho en Colombia, entre otros, Redeban Multicolor en asocio con la empresa Gemalto, han introducido al país una plataforma de banca móvil, que permite a todos los usuarios de telefonía celular navegar por los servicios disponibles de su banco, sin importar si es usuario de plan prepago o postpago, o si no tiene minutos disponibles. Esta plataforma le permite a los usuarios de los servicios móviles (Comcel, Tigo y Movistar) realizar transacciones en movimiento, acceder a diferentes servicios bancarios, administrar las diferentes cuentas personales, recargar celulares, transferir dinero y pagar cuentas de forma segura las 24 horas del día, utilizando el menú de su Sim Card. Los bancos pioneros en el ofrecimiento de este servicio a sus clientes son AvVillas, Bancolombia, Davivienda, BBVA y Banco BCSC Colmena.

³⁴ En abril de este año Telefónica Movistar, la Federación Nacional de Cafeteros y el Banco de Bogotá, con el apoyo del BID, anunciaron el lanzamiento de un proyecto de banca móvil desarrollado en los departamentos de Santander, Caldas y Risaralda y que beneficiará a más de 300.000 caficultores de todo el país. Los caficultores pueden realizar operaciones con el dinero depositado en su Cédula Cafetera Inteligente a través del teléfono celular, efectuar pagos y solicitar efectivo en establecimientos comerciales, así como consultar el precio del café, su saldo y los últimos abonos en la tarjeta, sin desplazarse del lugar donde se encuentran. Según consideran sus impulsores, la implantación de este proyecto permitirá a los caficultores y el sistema financiero reducir de manera ostensible el manejo de efectivo. En sólo un mes de comenzar este proyecto piloto, caficultores de los municipios de San Gil, Río Sucio, Socorro y Quinchía han realizado más de 1.300 transacciones a través de mensajes de texto desde un celular Movistar, generando en promedio 43 operaciones diarias.

4.3. Los Diferentes Modelos de M-banking bajo la Regulación Financiera Colombiana

Como se mencionó anteriormente, el M-banking puede prestarse bajo uno de tres modelos: “Bank Focused” o Modelo Bancario, “Bank-Led” o Modelo Liderado por Bancos y “Non-bank-Led” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias.

Como se dijo, el “Bank-Focused Model” o Modelo Bancario tiene lugar cuando una entidad financiera usa un M-Banking como un canal adicional para la prestación de servicios financieros.

En estos casos las entidades financieras ofrecen servicios financieros a sus clientes a través de diferentes medios como cajeros automáticos (“automatic teller machines” o “ATMs”), portales electrónicos (“internet banking”), al cual agregan los servicios financieros a través de teléfonos celulares.

4.3.1. La Regulación Colombiana y el “Bank Focused Model” o Modelo Bancario

En la actualidad varios bancos, junto con redes de pago de bajo valor, prestan algunos de los servicios propios del M-Banking, por lo que se puede afirmar que en la práctica Colombia tiene en la actualidad un “Bank-Focused Model” o Modelo Bancario para el M-banking aunque ha empezado a hacer tránsito hacia un “Bank Led Model” o Modelo Liderado por Bancos.

En efecto, en la actualidad algunos establecimientos bancarios proveen a sus clientes algunos servicios financieros vía teléfonos celulares, operaciones que para su compensación y liquidación pasan –o podrían llegar a pasar- por redes de pago de bajo valor³⁵.

Bajo un esquema de “Bank-Focused Model” o Modelo Bancario no sería necesario que se expidiera ningún tipo de regulación adicional pues es evidente que el marco regulatorio actual hace posible en general que las entidades financieras presenten sus servicios a través de diversos canales, uno de los cuales son los teléfonos celulares o, eventualmente, las tarjetas prepago o inteligentes³⁶.

³⁵ Ver información anterior sobre Redeban Multicolor, Telefónica Movistar, la Federación Nacional de Cafeteros y el Banco de Bogotá.

³⁶ La única excepción a esta conclusión tiene que ver con el Dinero Electrónico emitido a partir de giros internacionales donde si sería necesario cambiar la regulación, según se explica más adelante.

En este caso el tipo de operaciones que podría realizar cada entidad financiera usando teléfonos celulares dependería, obviamente, del régimen propio de cada una de ellas, por lo que el alcance del M-banking estaría directamente relacionado con el régimen de licencias.

Así, sería necesario revisar el régimen legal aplicable a los establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades comisionistas de bolsa, etc., para afirmar que estas entidades pueden prestar los servicios propios de su objeto social vía teléfono celulares como que estarán ejerciendo sus actividades bajo un nuevo canal que serían los teléfonos celulares.

Para el caso de los establecimientos bancarios, por ejemplo, el artículo 118 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero los autoriza a tomar depósitos, a realizar operaciones de recaudo y transferencia de fondos y a obrar, en general, como agentes de transferencia. En tal virtud este tipo de entidades podrían utilizar canales como los celulares y tarjetas prepago o inteligentes como métodos de captación de recursos, que a la vez sirvan como medio de pago para los clientes^{37,38}

Como se verá más adelante, Colombia ha pasado por virtud de los Decretos 2233 de 2006, 3032 de 2007 y 1121 de 2009 a un modelo de Bank-Led Model o Modelo Liderado por Bancos para la prestación de los servicios financieros, incluyendo algunos propios de M-banking y de E-money.

Antes de la expedición de dichos decretos Colombia era un país con un “Bank Focused Model” o Modelo Bancario pues los servicios financieros debían ofrecerse directamente por las entidades financieras, sin la posibilidad de usar agentes o corresponsales.

³⁷ De conformidad con el numeral 1.3. del Capítulo Décimo Primero de la Circular Externa 22 de 2007 un cliente es *“toda persona natural o jurídica con la cual la entidad establece y mantiene una relación contractual o legal para el suministro de cualquier producto propio de su actividad”*. Para el caso de un banco, por ejemplo, son clientes, entre otros, quienes tienen depositados sus dineros en cuentas corrientes o de ahorros, quienes han abierto un CDT, quienes poseen una tarjeta de crédito o han recibido créditos de alguna especie de parte de la respectiva institución financiera, tales como créditos hipotecarios, de consumo, comerciales o microcréditos.

³⁸ En nuestra opinión, los bancos le podrían prestar sus servicios a través de estos canales a personas que sean sus clientes y no simplemente sus usuarios. Los usuarios, de conformidad con el numeral 1.17. del Capítulo Décimo Primero de la citada Circular Externa 22 de 2007, son *“personas naturales o jurídicas a las que, sin ser clientes, la entidad les presta un servicio”*. En el caso de un banco, por ejemplo, es usuario la persona que sin ser “cliente” de la entidad cambia un cheque por ventanilla o usa los cajeros automáticos de la institución.

4.3.2. La Regulación Colombiana y el “Bank-led Model” o Modelo Liderado por Bancos

Como se dijo, en el “Bank-led Model” o Modelo Liderado por Bancos se abre la posibilidad a que se ofrezcan y presten servicios financieros a través de medios diferentes a las tradicionales sucursales bancarias. En estos casos los servicios financieros de las entidades financieras son prestados a través de agentes o de proveedores de telefonía celular en lugar de usar empleados de la propia entidad financiera en sucursales o agencias bancarias.

Bajo este modelo las entidades financieras logran la penetración en nuevos segmentos usando un nuevo canal no bancario y, lo que es más importante, con la ayuda de entidades que tienen experiencia en prestarle servicios al segmento de clientes al cual aun no ha llegado la respectiva entidad financiera.

El “Bank-led Model” o Modelo Liderado por Bancos puede ser implementado autorizando a las entidades financieras a suscribir acuerdos o *joint ventures* con agentes o con proveedores de telefonía celular donde el cliente al final mantiene una relación jurídica en relación con un producto financiero (la cuenta corriente, la cuenta de ahorros, el crédito, etc.) con una entidad financiera.

En otros términos, bajo el modelo bajo análisis no se habilita a terceros para que presten o realicen operaciones financiera por cuenta propia sino por cuenta de una entidad financiera de manera que los agentes o proveedores de telefonía celular son habilitados de otra forma para servir como canales de las entidades financieras.

Este modelo fue implementado en Colombia para el caso de los establecimientos de crédito mediante el Decreto 2233 de 2006 y para el caso de las sociedades comisionista de bolsa por el Decreto 3032 de 2007.

El artículo 1 del Decreto 1121 de 2009, mediante el cual se modificó el artículo 2 del Decreto 2233 de 2006, establece que los establecimientos de crédito podrán prestar, por medio de corresponsales, uno o varios de los siguientes servicios, de acuerdo con las operaciones autorizadas conforme a su régimen legal:

- Recaudo, pagos y transferencia de fondos.
- Envío o recepción de giros en moneda legal colombiana dentro del territorio nacional.

- Depósitos y retiros en efectivo de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o depósitos a término, así como transferencias de fondos que afecten dichas cuentas.
- Consultas de saldos en cuenta corriente o de ahorros.
- Expedición de extractos.
- Desembolsos y pagos en efectivo por concepto de operaciones activas de crédito.

En todo caso, bajo la regulación actual, como se dijo, es el establecimiento de crédito respectivo el que es la contraparte del servicio financiero frente al cliente y, por ende, quien es responsable frente a este por la prestación de los mismos.

De la misma manera, el Decreto 4590 de 2008 abre la posibilidad a los establecimientos de crédito y las cooperativas facultadas para desarrollar la actividad financiera, de abrir cuentas de ahorro electrónicas. Conforme al artículo 2 de este Decreto las cuentas de ahorro electrónicas deben prever la posibilidad de que los clientes realicen transacciones a través de tarjetas, celulares, cajeros electrónicos o cualquier otro medio o canal que se determine en el contrato.

Al tenor del párrafo 3° del artículo 1 del Decreto 1121 de 2009, previa autorización del respectivo establecimiento de crédito y de acuerdo con las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, los corresponsales podrán actuar como terceros autorizados para efectuar los procedimientos necesarios para que la respectiva entidad proceda a abrir cuentas de ahorro, tales como las entrevistas necesarias para la vinculación de clientes.

Conforme con lo anterior, los establecimientos de crédito, bajo sus operaciones tradicionales y, en concreto, bajo las cuentas de ahorro electrónico, pueden crear instrumentos de E-money, para lo cual pueden utilizar los servicios de los corresponsales, en los términos de las normas citadas.³⁹

Sobre este particular es importante mencionar que la Superintendencia Financiera, mediante la Circular Externa 053 de 2009, impartió instrucciones relacionadas con el trámite simplificado para la apertura de cuentas de ahorro.

En concreto, dicha circular modificó y adicionó, entre otros, algunos numerales del Título I, Capítulo Décimo Primero de la Circular Básica Jurídica relacionados con las instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y de la

³⁹ Sin perjuicio de que los establecimientos de crédito puedan crear instrumentos de E-money creemos, como se explicará más adelante, que es pertinente la expedición de la una ley que regulen la materia. La justificación para esto se encuentra en el Capítulo 6 del presente estudio, al cual nos remitimos.

financiación del terrorismo (SARLAFT), adicionó el Título II sobre instrucciones generales relativas a las operaciones comunes a los establecimientos de crédito relacionado con las operaciones pasivas de la Circular Básica Jurídica y modificó y adicionó el Título III, Capítulo Noveno, de la Circular Básica Jurídica relacionado con las reglas relativas a los servicios financieros prestados por los establecimientos de crédito a través de corresponsales.

4.3.3. La Regulación Colombiana y el “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias

Como ya se dijo, en este modelo no participan entidades financieras frente al cliente final, de manera que la relación jurídica se establece y mantiene entre una entidad no bancaria (un proveedor de tecnología o un proveedor de telefonía celular, por ejemplo) y los clientes.

En este modelo las entidades financieras sólo tienen participación indirecta y tangencial en los resultados del negocio, particularmente cuando la entidad no bancaria deposita los recursos que ha captado o recibido del público en sus cuentas corrientes o de ahorros mantenidas en entidades financieras.

Puesto en otros términos, en el “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias las entidades financieras no tienen exclusividad para prestar servicios de M-banking pues los mismos son ofrecidos por entidades no bancarias que prestan y son contraparte de todos los servicios frente a los clientes.

En este modelo, por ejemplo, empresas de tecnología o empresas de servicios celulares, por ejemplo, prestan y son contraparte de los clientes en servicios financieros como serían los propios del M-banking y el E-money.

Como se explicará a continuación, la regulación actual no permitiría prestar servicios de M-banking o de E-money a través de entidades que no sean vigiladas por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de la Economía Solidaria. Veamos:

Como se mencionó anteriormente, según lo dispuesto en la Ley 170 de 1994, entre otros, la aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público y todos los servicios de pago y transferencia, así como el procesamiento de datos financieros y soporte lógico se consideran servicios financieros. Como estos mismos servicios son los que se prestan a través del M-banking y constituyen, justamente, la esencia del E-money, no cabe duda de que estamos bajo las hipótesis a que se refiere el artículo 335 de la Constitución Política.

Lo anterior significa que, bajo la norma constitucional en comento, el M-banking y el E-money, en cualquiera de sus modalidades, son actividades de interés público que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.

En la actualidad nuestra regulación no permite que los servicios de la aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público y los servicios de pago y transferencia sean realizados por entidades que no estén sometidas a la supervisión del Estado.

Muy por el contrario, este tipo de actividades han sido reservados a entidades que están sometidos a la supervisión del Estado, para lo cual dichas entidad han seguido un procedimiento de constitución, por cuya virtud las respectivas entidades quedan sujetas a la supervisión de alguna Superintendencia, bien sea la Financiera o la de Economía Solidaria.

Puesto en otros términos, en la actualidad no existe la posibilidad para que entidades que no están sometidas a la supervisión del Estado ofrezcan o realicen operaciones propias del E-banking y el E-money.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando una entidad, sin contar con permiso estatal y estar sometido a su supervisión, realiza operaciones propias del E-banking o el E-money? La respuesta a este interrogante es que, desde el punto de vista penal, las personas que realicen tal actividad puede estar incurso en el delito de captación de dineros del público y, desde el punto de vista administrativo, pueden estar cometiendo una actividad financiera irregular. A continuación se explican estos conceptos.

4.4. El ofrecimiento de M-banking e E-money por parte de Entidades que no cuentan con Autorización Estatal desde la Perspectiva del Derecho Penal

De tiempo atrás la legislación penal ha tipificado como delito la captación masiva y habitual de dinero. Esta conducta punible se encuentra actualmente establecida en la reciente ley 1357 de 2009, la cual en sus artículos 1 y 2 establece lo siguiente:

***Artículo 1º.** Modifíquese el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 316. Captación masiva y habitual de dinero. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la

previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otros de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.”

Artículo 2°. *Adiciónase el artículo 316A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 316A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Como se desprende del artículo 1º de la ley 1357 de 2009 el que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente comete el delito de captación masiva y habitual de dinero.

Al tenor del artículo 2 de la misma ley, independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en otro delito, el cual también se sanciona con pena privativa de la libertad.

Los elementos constitutivos del delito de captación masiva y habitual de dineros se establecen en el numeral 1º del Decreto 1981 de 1988, en los siguientes términos:

“Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

“1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

“Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

“2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

“Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta”.

Como requisito para la adecuación de la actividad ilegal de captación masiva es necesario que en cualquiera de los casos señalados concorra una de las siguientes condiciones, según el parágrafo 1 de la misma norma:

“a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona, o

“b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

“Parágrafo 2o.- No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4o. grado de consanguinidad, 2o. de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

“Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982”.

El fenómeno de la captación masiva y habitual de dinero del público ha existido en Colombia desde hace ya varias décadas. En los 80 fue conocido como “Las Cadenas”, en los 90 como “El Avión” y hoy estamos lidiando con “Las Pirámides”. La actividad

financiera que ejercen las organizaciones que no tiene permiso estatal se sale del marco legal ya que, como lo hemos dicho repetidas veces, tal y como lo dispone la Constitución, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos de captación, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas con plena autorización del Estado.

Tal y como lo ha manifestado la Corte Constitucional⁴⁰ el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, en razón al alto riesgo que implica esta actividad, lo que justifica que sea necesario una licencia gubernamental. Esto con el objeto de mantener un sistema financiero estable y sólido para generar confianza entre los consumidores, asegurar la igualdad de condiciones para acceder al crédito público y, proteger el ahorro de la comunidad, entre otros. Es por esto que en Colombia esta actividad solo la pueden ejercer legalmente las entidades financieras o las entidades solidarias con actividad financiera autorizadas, respectivamente, por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria.

Como puede verse, el Decreto 1981 de 1988 señala dos presupuestos fácticos que deben darse para incurrir en el delito de captación masiva y habitual de dinero. Cualquiera de los dos implica que se entienda como realizada la conducta típica por un sujeto: i) Cuando su pasivo para el público este compuesto con más de 20 personas o por más de 50 obligaciones y ii) Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de 3 meses consecutivos más de 20 contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Esta actividad no es ilegal en todos los casos: La Superintendencia Financiera ha señalado que una persona no autorizada puede efectuar operaciones de crédito sin el permiso de esta Superintendencia, siempre y cuando lo hagan disponiendo de sus propios recursos y no de recursos recogidos del público, es decir, siempre y cuando no se realicen operaciones de captación. O siempre y cuando se ejerza la actividad sin exceder los límites que impone el Decreto 1981 de 1988.

Cuando la Superintendencia conoce de alguno de estos casos de captación masiva y habitual de dinero, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le otorga facultades para imponer medidas cautelares como la suspensión inmediata de tales actividades, multas, disolución de la persona jurídica y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente. La Superintendencia está facultada para realizar

⁴⁰ Ver Sentencia SU-157 de 1999 de la Corte Constitucional.

visitas y vigilar que estas actividades se estén desarrollando dentro de un margen legal.

Las medidas anteriores se entienden sin perjuicio, por supuesto, de las sanciones penales que podrían imponerse a quienes comentan los dos delitos antes señalados.

Ahora bien, la siguiente pregunta sería si las tarjetas prepago, teléfonos celulares o cualquier otro instrumento tecnológico podrían dar lugar al delito de captación masiva y habitual cuando los mismos sean ofrecidos como monederos electrónicos por entidades que no tengan autorización estatal.

Sobre este particular, la Superintendencia Financiera, en el Concepto 2007054433-003 del 23 de noviembre de 2007 señaló lo siguiente:

«(...) describe el producto que pretende ofrecer a través de plásticos denominados “tarjetas de valor acumulado y/o tarjetas débitos prepagadas”, consistentes en prestar a través de “tarjetas prepago” un servicio similar al de una cuenta corriente bancaria, sin necesidad de que el beneficiario de los fondos establezca una relación contractual directa con el banco, pues los fondos entrarían a la cuenta corriente del gestor de las tarjetas en la cual se depositan todos los recursos de los tenedores de las tarjetas. Por su parte, jurídicamente los titulares de las tarjetas serán los propietarios del dinero, pero la tenencia de los recursos estaría en cabeza del operador de la tarjeta, quien así mismo obraría como el administrador de los mismos.

Con base en la descripción del producto aquí resumido, se plantean varios interrogantes, los cuales pasaremos a resolver de manera general en los siguientes términos:

*Como primera medida debemos aclarar que una cosa es la **tarjeta débito** y, otra, la **tarjeta prepago**. La primera es emitida generalmente por los establecimientos de crédito en virtud de la celebración de contratos de depósito de cuenta corriente o de ahorros, la cual faculta a sus titulares para disponer o retirar sus depósitos disponibles en tales cuentas, a través de los sistema electrónicos de cajeros automáticos, o por vía de las redes de pago del comercio para la adquisición de bienes o servicios. Las segundas, en cambio, son expedidas por los empresarios mercantiles previo el pago de un precio, con el único propósito de adquirir bienes o servicios.*

Así, mientras la tarjeta débito viene a ser un medio para que los ahorradores y depositantes dispongan de sus dineros depositados en los establecimientos

financieros, la tarjeta prepago es un mecanismo mediante el cual se paga anticipadamente un bien o un servicio, con el fin de ser adquirido o utilizado después.

Para aclarar aún más las diferencias entre una y otra tarjeta veamos algunos pronunciamientos hechos sobre el particular por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. Tales son a saber:

*"Por otro lado, "(...) la tarjeta débito es aquel documento plástico que un establecimiento de crédito expide al titular de una cuenta a la vista, de ahorros o corriente, para que a través de **ella se debiten de sus fondos** las sumas retiradas por intermedio de un cajero automático o un punto de pago.*

(...)

(...)

*"Si bien mediante el sistema de tarjetas débito la entidad bancaria no otorga financiación alguna a su titular, **le permite a éste movilizar sus recursos** a través de diversos puntos de lectura (...)”¹ (resaltamos).*

Así las cosas, en términos generales las diferencias entre las tarjetas débito y los monederos electrónicos son las siguientes:

- Los monederos electrónicos son utilizados para pagos de compras menores pudiendo, entonces, el usuario contar con un instrumento de pago que le permita realizar las compras diarias de una manera rápida y sencilla sin llevar dinero en efectivo; usualmente corresponden a las tarjetas prepagadas.*
- Los monederos electrónicos no requieren para su utilización estar en un sistema en línea con el emisor; basta que el establecimiento de comercio posea una terminal en la cual se descarga el valor de la compra.*
- Por regla general, para la expedición de la tarjeta débito el usuario debe encontrarse vinculado a la entidad financiera a través de un contrato de cuenta corriente o de ahorros para la movilización de sus recursos.*
- La movilización de los recursos se realiza a través de cajeros automáticos o puntos de pago que se encuentran conectados en un sistema en línea con el emisor”².*

Ahora, sobre las tarjetas prepago esta Superintendencia se ha pronunciado mediante los oficios 2005061072-002 del 14 de febrero de 2006, 2006061772-001 del 24 de noviembre del 2006 y 2007010567-001 del 2 de mayo del 2007 (...), en los cuales expresó lo siguiente:

“es claro que la emisión de las tarjetas prepago deben siempre comportar la adquisición real de un bienes o servicios, pues de lo contrario quien la emite podría estar incurso en captación de dinero del público de manera ilegal si se establece la recepción de dineros del público en forma masiva y habitual, sin que a cambio se prevea como contraprestación la entrega efectiva de un bien o servicio”.

(...)

Igualmente, no se conoce en el mercado de la existencia de “tarjetas de valor acumulado” o de tarjetas que comporten al mismo tiempo el carácter de tarjetas débito y de prepago, pues (...) ello no sería legalmente viable en tanto y en cuanto implique de alguna manera, por vía directa o indirecta, la captación de recursos del público sin contar con la debida autorización de esta Superintendencia.

En punto específico a la captación de dineros del público, es importante señalar que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público, según precepto del artículo 335 de la Constitución Política, son de interés público y por consiguiente, solo pueden ser realizadas previa autorización del Estado. Por lo tanto, por disposición de la ley le compete a la Superintendencia Financiera evitar que personas no autorizadas ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas, con el fin de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y proteger los derechos de terceros de buena fe.

Bajo este contexto se precisa que la intermediación financiera es una actividad financiera propia de las entidades vigiladas por este Organismo. Por lo tanto, su ejercicio por parte de personas no autorizadas puede dar lugar a la imposición de medidas cautelares de carácter administrativo, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes de incurrirse por ejemplo en el delito de captación masiva y habitual de dineros del público, tipificado en el artículo 316 del Código Penal, cuando quiera que se configuren los supuestos normativos señalados en el Decreto 1981 de 1988.

Pues bien, descendiendo al caso que nos ocupa es preciso destacar que la operación descrita en su consulta podría configurar eventualmente una actividad

de captación masiva y habitual de dineros del público, en la medida en que se evidencia el recaudo de dineros del público por parte del operador de la “tarjeta de valor acumulado”, sin que se prevea como contraprestación única el suministro de bienes y servicios.

Conviene puntualizar que lo cuestionable de la operación sería la captación de dineros del público en forma masiva sin contar con la debida autorización, y no la venta de bienes y servicios mediante el mecanismo de tarjetas prepagos, **siempre y cuando esa sea la única contraprestación que recibe el comprador de la misma, que no otra, por el equivalente al 100% del importe de la tarjeta.**

Así las cosas, no se estima procedente un sistema de tarjeta o documentos plástico, cualquiera sea su denominación o calificación, en las cuales se persiga como finalidad la recepción de dineros del público en forma masiva y habitual, ya sea por vía directa o por interpuesta persona. Así pues, si la prestación incluye la restitución del dinero ya sea total o parcialmente, quedaría inmerso en la captación, como al parecer sucede en el evento planteado en donde se permite, entre otros, “obtener dinero” o “el retiro de dinero de cajeros automáticos”.

Así mismo, se evidencia que “los recursos recibidos por cuenta de los tarjetahabientes serían administrados por el operador a título de mandato”, presupuesto que también podría configurar una captación de dineros del público de manera ilegal y, aunque se expresa que sería con el único propósito de pagar transacciones que efectúen los tarjetahabientes, sin que exista la posibilidad de invertirlos discrecionalmente por parte del operador, se observa que en realidad quién está efectuando los pagos o permitiendo la movilidad de los recursos es el establecimiento bancario en donde están depositados los dineros, en tanto que el operador simplemente los recaudaría y administraría a través del contrato de cuenta corriente.

De otra parte, se considera que esta operación corresponde más a un servicio financiero que debe prestar el banco directamente a sus clientes, por cuanto lleva un contrato de depósito de cuenta corriente en donde se mantienen los dineros y el suministro de una tarjeta débito como mecanismo para la movilización de los mismos, el cual sólo puede prestado por una institución financiera y no a través de interpuesta persona.

En este orden de ideas, es indiferente que se utilice a Visa o Mastercard como procesadores de las transacciones nacionales o internacionales, toda vez que el

punto discutible es el recaudo y la administración de los recursos de terceros por parte de un operador-gestor, no autorizado.

En otras palabras, las tarjetas débito únicamente pueden ser emitidas por los establecimientos de crédito o por las instituciones financieras autorizadas, como instrumento para permitir que sus clientes dispongan de sus dineros depositados en cuentas corrientes o de ahorro o en otros productos financieros propios de sus operaciones autorizadas. Por su parte, las tarjetas prepago sólo pueden tener como contraprestación para sus titulares, el suministro de bienes o servicios por la totalidad del importe de las mismas.

Por todo lo expuesto en precedencia, resulta imperativo que se abstenga de adelantar cualquier gestión o actividad que puede conllevar configurar una actividad irregular de captación masiva y habitual de dineros del público, sin contar con la debida autorización de ley, dadas las implicaciones administrativas y penales que prevé la ley para esos casos.

1 Superintendencia Bancaria, concepto 98014397-2 del 17 de abril de 1998.

2 Superintendencia Bancaria, concepto 2000029236-1 del 11 de octubre del 2000.”

De lo dicho por la Superintendencia Financiera se concluye lo siguiente:

- La emisión de las tarjetas prepago debe siempre comportar la adquisición real de bienes o servicios (pago anticipado de los mismos). Si la tarjeta no tiene este carácter, por ejemplo, si quien la emite permite que la misma pueda ser utilizada para otros propósitos como la transferencia de recursos, ahorro, etc. puede estar incurso en el delito captación masiva y habitual de dinero del público pues no se estaría previendo como contraprestación la entrega efectiva de un bien o servicio.
- El único evento en el cual no se comete captación de recursos del público es cuando la tarjeta emitida o el instrumento que se utilice de derecho a quien lo recibe a consumir bienes o servicios por el equivalente al 100% del importe de la tarjeta ante el mismo emisor de la misma (pues en este caso estaríamos ante un caso de prepago de bienes y servicios).
- Las “tarjetas de valor acumulado” o tarjetas que comporten al mismo tiempo el carácter de tarjetas débito y de prepago (o para el efecto cualquier otro medio equivalente como sería un teléfono celular emitido por una compañía de

telefonía móvil) no es legalmente viable en tanto y en cuanto implique de alguna manera, por vía directa o indirecta, la captación de recursos del público sin contar con la debida autorización del Estado.

- La emisión de monederos electrónicos supone, a lo menos, un manejo de recursos captados del público, según lo establecido en el artículo 335 de la Constitución Política, por lo que se trata de una actividad de interés público y por consiguiente, solo puede ser realizada previa autorización del Estado.
- La Superintendencia Financiera es competente para evitar que personas no autorizadas ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas, con el fin de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y proteger los derechos de terceros de buena fe. Por lo tanto, su ejercicio por parte de personas no autorizadas puede dar lugar a la imposición de medidas cautelares de carácter administrativo, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.
- Cualquier instrumento (llámese tarjeta prepago, tarjeta inteligente o teléfono celular) que suponga mantener en depósito dineros y sirva como mecanismo para la movilización de los mismos sólo puede prestado por una institución vigilada por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria, dentro del ámbito de sus competencias, obviamente con arreglo al objeto social que establece la ley para cada tipo de entidad.

4.5. El ofrecimiento del M-banking y el E-money por parte de Entidades que no cuentan con Autorización Estatal desde la Perspectiva del Derecho Administrativo

El numeral 1 del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone que:

“Corresponde a la Superintendencia Financiera imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización:

a) *La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1.000.000) cada una*⁴¹;

b) *La disolución de la persona jurídica, y*

c) *La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinentes los procedimientos administrativos que señala el presente Estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras”.*

PAR. 1º—La Superintendencia Bancaria entablará, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público”.

Conforme a lo dispuesto por la norma en cita, en el caso de presentarse una situación de ejercicio irregular de una actividad financiera, cualquiera que sea su tipo, la Superintendencia Financiera está facultada para adoptar las decisiones que a su juicio mejor consulten el propósito explícito en la normatividad de defender el interés público tutelado, lo cual ha de traducirse necesariamente en el restablecimiento del orden jurídico perturbado con la conducta ilegal.

De otra parte, el Gobierno Nacional atendiendo, entre otros motivos, al considerable aumento del fenómeno de captación o recaudo masivo de recursos del público no autorizado a través de diferentes modalidades que dificultaban la intervención de las autoridades y amenazan en forma grave el orden social, declaró el Estado de Emergencia Social mediante el Decreto 4333 de 2008.

En desarrollo del decreto anterior, el Decreto 4334 de 2008 en el artículo primero declaró la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades bien sea de oficio o a petición de la Superintendencia Financiera “(...) *en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollen o participen en la actividad financiera sin la debida participación estatal (...)*”

⁴¹ El Decreto 2269 de 1987 incrementó esta cuantía a dos millones ciento diez mil pesos (\$2.110.000), valor que se ha de reajustar automáticamente en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, a partir del 1º de enero de 1990. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior.

Según dispone el propio Decreto 4334 de 2008, el mismo encuentra fundamento en que se estaban presentando en Colombia “conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C. P., en tanto que por la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera”. (Subrayas fuera del texto).

El Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008 consagró el procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 de la misma fecha, cuyo propósito y objeto se definió en los artículos 1° y 2° en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Intervención Estatal. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera de Colombia, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

Parágrafo. Para efectos de la calificación de las operaciones de captación o recaudo no autorizados, conforme a la ley, las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia son competentes a prevención, hasta la adopción de las medidas correspondientes encaminadas a la protección de los recursos entregados en desarrollo de las operaciones que se enmarquen en lo dispuesto en los artículos 10 y 60 del presente decreto.(...)

“Artículo 2°. Objeto. La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades”. (Subrayas fuera del texto):

A su vez, el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008 estableció los supuestos en virtud de

los cuales se llevará a cabo la intervención, en los siguientes términos:

“Artículo 6°. Supuestos. La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo de operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable”. (Subrayas fuera del texto).

De acuerdo con lo dispuesto en el literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, en armonía con lo contemplado en el Parágrafo del artículo 13 del mismo ordenamiento legal, la Superintendencia Financiera se encuentra facultada para adoptar cualquiera otra medida que estime necesaria para los fines de la intervención, como es la protección de los intereses de terceros y la confianza del público en general.

De lo anterior se sigue que la Superintendencia Financiera –y en algunos casos la Superintendencia de Sociedades- están autorizadas para adoptar medidas administrativas cuando cualquier persona natural o jurídica lleve a cabo actividades financieras de manera irregular.

Se presenta una actividad financiera irregular cuando una entidad ofrece al público la prestación de servicios financieros –como sería el M-banking o el E-money- sin contar con autorización estatal.

De comprobarse que una entidad está realizando esas actividades financieras irregulares la Superintendencia Financiera podrá adoptar las medidas establecidas en el Decreto 4334 de 2008 o en el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, además de las sanciones que pueda verse sometida la entidad respectiva, de conformidad con el régimen sancionatorio establecido en el artículo 208 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con los artículos 49 y siguientes de la Ley 964 de 2005⁴².

⁴² La Superintendencia Financiera ha dicho caso por caso, a partir del Decreto 4334 de 2008, cuando existe o no una actividad financiera irregular. Sería aconsejable que este concepto sea materia de un decreto que determine con claridad cuando se presenta una actividad financiera irregular pues de lo contrario existe enorme incertidumbre al respecto.

4.6. Las Tarjetas Prepago o Inteligentes, los Bonos de Consumo y otros instrumentos Similares a la Luz de la Regulación Analizada

Con base en lo dicho por la Superintendencia Financiera hasta la fecha se tiene que la emisión de tarjetas prepago o inteligentes, de bonos de consumo y de otros instrumentos similares (en adelante “Los Instrumentos”) por parte de entidades que no estén sometidas a supervisión estatal (Superintendencia Financiera o Superintendencia de Economía Solidaria) debe comportar para quien los recibe la adquisición real de bienes o servicios (pago anticipado de los mismos) y que dichos Instrumentos no pueden servir para ninguna otra finalidad. De lo contrario, quien emita los Instrumentos puede estar cometiendo el delito antes explicado o puede estar incurso en una actividad financiera irregular.

De lo anterior se sigue que si los Instrumentos no tiene este carácter, por ejemplo, si quien los emite permite que los mismos puedan ser utilizados para otros propósitos como la transferencia de recursos, como instrumento de ahorro, etc., tal persona está realizando una actividad al margen de la ley.

Cabe resaltar que si los Instrumentos permiten que el usuario pueda reclamar total o parcialmente la devolución de los recursos (con o sin una tasa de interés sobre los mismos) quien los emita puede estar incurso en el delito captación masiva y habitual de dinero del público o realizando una actividad financiera irregular.

De la misma manera, debe resaltarse que, como lo ha dicho la Superintendencia Financiera, cualquier instrumento (llámese tarjeta prepago, tarjeta inteligente, bono, etc.) que suponga mantener en depósito dineros y sirva como mecanismo para la movilización y posterior disposición de los mismos sólo puede ser emitido y puesto en circulación por una institución vigilada por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria, dentro del ámbito de sus competencias, obviamente con arreglo al objeto social que establece la ley para cada tipo de entidad.

Es importante señalar que la Superintendencia Financiera se ha pronunciado de manera específica sobre estos aspectos, entre otros, mediante los oficios 2005061072-002 del 14 de febrero de 2006, 2006061772-001 del 24 de noviembre del 2006 y 2007010567-001 del 2 de mayo del 2007. En esas oportunidades dicha entidad de control señaló lo siguiente:

- La emisión de las tarjetas prepago e inteligentes debe siempre comportar la adquisición real de unos bienes o servicios. De lo contrario, quien las emite podría estar incurso en captación de dinero del público de manera ilegal si se establece la recepción de dineros del público en forma masiva y habitual.

- Aunque no se conoce en el mercado de la existencia de “tarjetas de valor acumulado” o de tarjetas que comporten al mismo tiempo el carácter de tarjetas débito y de prepago, ello no sería legalmente viable en tanto y en cuanto implique de alguna manera, por vía directa o indirecta, la captación de recursos del público sin contar con la debida autorización de la Superintendencia.
- En el caso de las “tarjetas de valor acumulado” por parte de una entidad no vigilada por la Superintendencia Financiera, tal operación podría configurar eventualmente una actividad de captación masiva y habitual de dineros del público, en la medida en que se evidencia el recaudo de dineros del público por parte del operador de la “tarjeta de valor acumulado”, sin que se prevea como contraprestación única el suministro de bienes y servicios.
- Lo cuestionable de la operación sería la captación de dineros del público en forma masiva sin contar con la debida autorización, y no la venta de bienes y servicios mediante el mecanismo de tarjetas prepagos, siempre y cuando esa sea la única contraprestación que recibe el comprador de la misma, que no otra, por el equivalente al 100% del importe de la tarjeta.
- No es procedente un sistema de tarjeta o documentos plástico, cualquiera sea su denominación o calificación, en las cuales se persiga como finalidad la recepción de dineros del público en forma masiva y habitual, ya sea por vía directa o por interpuesta persona.
- Si la prestación por parte de quien emite las tarjetas incluye la restitución del dinero ya sea total o parcialmente, quien las emita quedaría inmerso en la captación que tendría lugar, entre otros, cuando el usuario puede contra dichos instrumentos “obtener dinero” o “retirar dinero de cajeros automáticos”.
- La administración de recursos a título de mandato también podría configurar una captación de dineros del público de manera ilegal, así sea con el único propósito de pagar transacciones que efectúen los tarjetahabientes.
- Es indiferente que la tarjeta prepago o inteligente use una franquicia de renombre internacional como procesadora de las transacciones nacionales o internacionales, pues ello no obsta para que se presente un recaudo y administración de los recursos de terceros por parte de un operador-gestor, no autorizado, en lo que constituye una actividad financiera irregular.

- Las tarjetas débito únicamente pueden ser emitidas por los establecimientos de crédito o por las instituciones financieras autorizadas, como instrumento para permitir que sus clientes dispongan de sus dineros depositados en cuentas corrientes o de ahorro o en otros productos financieros propios de sus operaciones autorizadas. Por su parte, las tarjetas prepago sólo pueden tener como contraprestación para sus titulares, el suministro de bienes o servicios por la totalidad del importe de las mismas. En este último caso cualquier otra finalidad o beneficio otorgado por la tarjeta es ilegal.

4.7. La Ley Postal y los Servicios Postales de Pago

A propósito del presente estudio el Ministerio de Hacienda y Crédito Público nos ha pedido que le demos nuestros comentarios sobre lo dispuesto en la ley 1369 de 2009 (ley de servicios postales) en punto de los servicios postales de pago a que se refiere la misma. Sobre el particular se tiene lo siguiente:

La ley 1369 de 2009 señala el régimen general de prestación de los servicios postales, estableciendo además el marco legal aplicable 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.

De conformidad con la ley, los servicios postales consisten en el desarrollo de las actividades de recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales a través de redes postales, dentro del país o para envío hacia otros países o recepción desde el exterior. La ley determina que son servicios postales, entre otros, los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa.

Según la ley, los servicios postales de pago se pueden realizar mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente. Para efectos de la ley postal se consideran servicios postales de pago, entre otros:

Los Giros Nacionales: Es el 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. La modalidad de envío podrá ser entre otras, física o electrónica.

Los Giros Internacionales: Es el servicio prestado exclusivamente por un 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. La modalidad de envío podrá

ser, entre otras, física o electrónica. Según la ley, los giros internacionales están sometidos a lo señalado en la Ley 9ª de 1991, sus modificaciones, adiciones y reglamentos.

De conformidad con la ley en comento para el caso particular de los operadores de servicios postales de pago, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará, dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición de la ley, los requisitos de tipo patrimonial y de mitigación de riesgos, que se deberán acreditar para la obtención del respectivo título habilitante, adicionales a los que se requieren para ser un operador postal común.

Finalmente, la ley prevé que la vigilancia de los operadores de servicios postales de pago corresponderá al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 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 cuenta la DIAN en materia de investigaciones por infracciones al régimen cambiario, así como la Unidad de Información y Análisis Financiero (“UIAF”) sobre el control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

En nuestra opinión, el régimen establecido en la ley 1369 de 2009 en lo atinente a los giros postales es inaceptable pues establece una disparidad regulatoria y de supervisión, a la par que no señala debidos controles para la protección de los dineros del público.

Con la ley en mención, el régimen de los giros postales queda en la práctica excluido del fuerte control del lavado de activos que impone la Superintendencia Financiera.

Además,, se hace una distinción entre los giros postales y los giros financieros, donde los primeros quedan sujetos a la supervisión del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y los segundos a la de la Superintendencia Financiera. Este arbitraje es indeseable y contrario a los más elementales principios de supervisión financiera.

Si bien la ley se ha visto como una forma de generar competencia a los giros bancarios lo cierto es que dicha competencia se debe fundar en un terreno de igualdad regulatoria y de supervisión nivelado por lo alto y no, como lo hace la ley, por lo bajo.

Si alguna lección se puede desprender de esta ley es para no repetirla. La banca móvil no debe fundarse en arbitrajes de supervisión o regulatorios. Al mismo servicio financiero, con independencia de la naturaleza de su prestador, se le debe asignar el

mismo supervisor, el mismo nivel de misma supervisión, exigencias equivalentes de capital y regulación igual, entre otras.

4.8 Algunas Consideraciones sobre las “Tarjetas Regalo”

En algunas partes del mundo las entidades bancarias emiten tarjetas de uso electrónico, cuyo monto total de gasto está limitado al monto de dinero cargado en la tarjeta. Estas tarjetas operan con el ingreso de un PIN en un establecimiento de comercio, y permiten realizar compras en un solo pago exclusivamente con la lectura de la banda magnética

Las tarjetas regalo son cargadas con el importe que desea regalar la persona que la adquiere. La tarjeta lleva en muchas ocasiones impreso el nombre de la persona a quien se la regala y quien la adquiere puede escoger entre recibirla en su domicilio o retirarla en una oficina bancaria. El destinatario de la “Tarjeta Regalo” decide dónde y cómo quiere gastar el importe de la tarjeta utilizándola como medio de pago.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público nos ha pedido nuestra opinión sobre la posibilidad de que los establecimientos de crédito establecidos en Colombia puedan emitir “Tarjetas Regalo” en los términos antes explicados.

En nuestra opinión, es posible que los establecimientos de crédito emitan las “Tarjetas Regalo” siempre y cuando su expedición se realice en ejercicio de algunas de las actividades que la ley autoriza realizar a los diferentes tipos de establecimientos de crédito.

En concreto, consideramos que la expedición de “Tarjetas Regalo” es completamente válida siempre que corresponda a alguna de las operaciones pasivas que la regulación financiera permite a cada tipo de establecimiento de crédito según su clase. Como se sabe, son operaciones pasivas aquellas mediante las cuales los establecimientos de crédito reciben recursos y disponibilidades de sus clientes o de otras entidades crediticias para aplicarlas y manejarlas de acuerdo con sus propios fines. Las operaciones pasivas más importantes son los depósitos irregulares, en cuenta corriente, en cuenta de ahorro o a término (CDT y CDTAT), la emisión de obligaciones y el redescuento.

Para efectos de determinar la legalidad o no de la emisión de las “Tarjetas Regalo” en cada caso concreto sería menester (i) revisar la naturaleza jurídica de la entidad que la emite, (ii) revisar el tipo de operación pasiva que supone la emisión de la tarjeta según los derechos que incorpora y las obligaciones que asume la entidad que la emite y (iii) revisar las normas aplicables a la respectiva entidad, en concreto las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los decretos de intervención emitidos por el Gobierno Nacional con base en lo dispuesto en el literal a) del artículo 48 del

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. 5. REGULACIÓN NECESARIA PARA ESTABLECER EN COLOMBIA UN “NON-BANK-LED MODEL” O MODELO LIDERADO POR ENTIDADES NO BANCARIAS PARA M-BANKING E E-MONEY

5.1. El Manejo, Aprovechamiento e Inversión de Recursos Captados del Público en Colombia

De lo dicho hasta el momento se tiene que, si se quisiera que entidades del sector real, por ejemplo empresas de servicios tecnológicos o administradoras de teléfonos celulares, prestaran servicios de M-banking o E-money sería necesario modificar la regulación vigente, de manera que, por una parte, estas entidades queden autorizadas para prestar servicios financieros y, por la otra, se establezca bajo qué circunstancias estas entidades podrían obtener autorización para el efecto.

Al mismo tiempo, cabe preguntarse qué tipo de regulación sería necesaria para el efecto y cuál o cuáles serían los órganos llamados a establecer dicha regulación. Sobre este respecto se tiene lo siguiente:

Con el propósito de regular la actividad económica la Constitución Política de 1991 establece facultades a cargo del Congreso de la República, del Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa y, finalmente, del Banco de la República.

La ley 35 de 1993 y la ley 964 de 2005 establecen claramente los roles que corresponden cumplir al Congreso de la República, al Presidente de la República y al Banco de la República en materia de regulación y supervisión de las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras y de cualquier actividad que signifique manejo, aprovechamiento inversión de recursos captados del público.

A continuación, abordaremos inicialmente el estudio de las normas constitucionales sobre la materia, para luego adentrarnos en los aspectos puntuales que resultan relevantes para el presente estudio.

5.2. La Regulación, la Intervención y la Supervisión de las Actividades Financieras, Bursátiles y Aseguradoras y de cualquier Actividad que Signifique Manejo, Aprovechamiento o Inversión de Recursos Captados del Público en la Constitución Política de 1991

Cuando se estudia lo dispuesto en la Constitución Política de 1991 se encuentra que el constituyente diferenció tres actividades diferentes relacionadas con las actividades

financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, determinando, además, las entidades que serían competentes en relación con las mismas.

En efecto, una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 150 numeral 19, 189 numerales 24 y 25, 335 y de los artículos transitorios 49 y 50 ponen de manifiesto que la Constitución Política de 1991 diferencia las siguientes actividades:

- La regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.
- La intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.
- La inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

A continuación se explican cada una de las actividades a que se refiere la Constitución Política en relación con las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros.

5.2.1. La Regulación de las Actividades Financiera, Bursátil, Aseguradora y cualquiera otra relacionada con el Manejo, Aprovechamiento e Inversión de los Recursos Captados del Público

La facultad del Estado de regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros tiene dos estadios o momentos, uno de ellos a cargo del Congreso de la República y otro a cargo del Gobierno Nacional. Así lo establece la propia Carta Política y lo reconoce la propia Corte Constitucional cuando señala lo siguiente:

“...la facultad estatal de regulación de las diversas materias contempladas en el indicado mandato constitucional debe ejercerse en dos momentos: uno, a cargo del Congreso, en el cual se fijan las grandes directrices, los objetivos y criterios y las reglas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno cuando cumpla la gestión a él encomendada; otro, precisamente a cargo del Ejecutivo, en el cual se

establecen con carácter mucho más específico y concreto las medidas aplicables a cada uno de los rubros genéricamente previstos por el legislador, lo que implica una considerable ampliación de la potestad reglamentaria”⁴³

De conformidad con lo anterior, la facultad de normar lo relacionado con las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras y las que signifiquen manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público es compartida por el legislativo y el ejecutivo, correspondiéndole al primero establecer los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional cuando regule –en términos de la Constitución Política “intervenga”- las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

La Constitución Política, en relación con la competencia del legislativo, señala en el artículo 150, numeral 19, lo siguiente:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) Organizar el crédito público;

b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;

c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.” (Subrayas fuera del texto)

⁴³ Sentencia C-428 de 1997, Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa.

Para nuestros efectos, es pertinente lo establecido en el literal d) del artículo transcrito, conforme al cual corresponde al Congreso de la República dictar las “normas generales” y señalar los “objetivos y criterios” a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, donde por supuesto se encuentran las actividades propias del E-money.

El tipo de leyes a que se refiere el numeral 19, incluido el literal d) reseñado, del artículo 150 de la Constitución Política se conocen como leyes “generales”, “marco” o “cuadro”. Se denominan así, en oposición a las leyes ordinarias, en cuanto a través de ellas corresponde al legislador señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular una determinada actividad, esto es, el señalamiento de la política general, en lugar de la regulación minuciosa de la actividad. En virtud de esta clase de leyes se deja al Congreso únicamente la potestad de determinar los límites de la actuación gubernamental, para que sea el ejecutivo, dentro del marco o cuadro fijado por el legislativo, quien desarrolle la regulación particular mediante la expedición de decretos de intervención bajo el artículo 189, numeral 25 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional ha dicho sobre las leyes marco lo siguiente:

“La modificación del régimen aduanero por razones de política comercial es, pues, materia que debe ser objeto necesariamente de una ley conocida por la doctrina con el nombre de “ley marco”. Con base en el mencionado tipo de instrumento legal la Constitución opera respecto de una específica materia una especial distribución de competencias normativas entre la ley y el reglamento. Al primero se confía la determinación de los objetivos y criterios generales, conforme a los cuales el segundo deberá ocuparse del resto de la regulación. De esta manera se garantiza en favor del reglamento un ámbito de regulación, como quiera que la ley deberá limitarse a los aspectos generales ya señalados que son precisamente los que configuran el “marco” dentro del cual se dictarán los reglamentos llamados a desarrollar los objetivos y criterios trazados por el legislador.”⁴⁴

La Corte Constitucional ha señalado que los rasgos característicos de las leyes “generales”, “marco” o “cuadro” son las siguientes:

⁴⁴ Sentencia C-510 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"1º. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.

2o. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.

3o. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.

4o. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.

5o. Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

6o. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o "marcos" dados por el legislador en la respectiva Ley"⁴⁵.

Como se sabe, las leyes marco no son una creación creada por la Constitución Política de 1991. En efecto, este tipo de leyes, que son la concreción de una técnica normativa de origen francés, fueron introducidas en el ordenamiento jurídico colombiano, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1968.

Bajo la Constitución de 1886 y por virtud del acto legislativo en mención, el constituyente decidió reservar al legislador solo la competencia de expedir normas generales y a ella se sujetaron, entre otras materias, *"...la organización del crédito público, el reconocimiento de la deuda nacional y su servicio, la regulación del cambio*

⁴⁵ Sentencia C-465 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

internacional y el comercio exterior y la modificación de los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas...”⁴⁶

El doctor Misael Pastrana Borrero, Ministro de Gobierno de entonces, justificó el Acto Legislativo No. 1 de 1968, en lo que hace a las leyes marco, con la siguiente argumentación:

“...en materias económicas, fiscales y administrativas, el legislador debe limitarse a señalar pautas generales al ejecutivo, dictando únicamente la orientación política en dichas materias (atribuciones 9, 10 y 22). Es al gobierno al que le corresponde desarrollar y ejecutar esa política, porque es el que cuenta con el personal y los medios técnicos requeridos para dar adecuada y oportuna respuesta a los problemas que la vida contemporánea plantea en los campos señalados, especialmente en los países en vía de desarrollo como Colombia.”

La Constitución Política de 1991 no solo conservó esta forma de técnica legislativa sino que adicionó a las materias susceptibles de ser reguladas bajo el Acto legislativo No 1 de 1968, la regulación de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y la regulación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, asuntos estos a los que se refieren los literales d), e) y f) del numeral 19 del artículo de la Constitución Política de 1991⁴⁷.

En relación con este asunto el Informe-Ponencia sobre regulación financiera, crédito, deuda externa, comercio exterior, régimen de aduanas de los Constituyentes Rafael Ignacio Molina, Rodrigo Lloreda Caicedo, Miguel Yepes, Carlos Ossa Escobar y Carlos Lemos Simmonds del 18 de abril de 1991 señala lo siguiente:

⁴⁶ Sentencia C-510 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷ Es importante señalar que, contrariamente a lo que se piensa, la consagración de las leyes marco en la Constitución Política de 1991 no tuvo la extensión propuesta a la Asamblea nacional Constituyente en el proyecto presentado por el Gobierno. En el texto final del Estatuto Superior se buscó conferirle a este tipo de leyes contornos más precisos y suprimir en algunos casos la iniciativa exclusiva del Gobierno para proponerlas. Esto, pues, a juicio de la Asamblea Nacional Constituyente, una de las razones que habían debilitado profundamente al Congreso bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886 era el uso abusivo de las facultades extraordinarias y la utilización de las facultades constitucionales de las leyes marco a través de las cuales se entregaron numerosas y cardinales funciones privativas del Congreso al ejecutivo. Al respecto se puede consultar la sentencia C-510 de 1999 cuyo Magistrado Ponente es el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz y la Ponencia sobre Función Legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente No. 51 del 16 de abril de 1991).

“La Constitución debe mantener el esquema vigente que le permite al órgano legislativo nacional expedir normas de carácter general para organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el comercio exterior, modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, dejando al Presidente la necesaria flexibilidad para disponer, en cada caso, de las medidas que a su juicio las circunstancias hagan aconsejables, con sujeción a la ley”⁴⁸

Las leyes marco buscan que las realidades susceptibles de permanente cambio, como es el caso de las actividades financieras o del mercado de valores, puedan regularse con prontitud, de manera que las actividades siempre estén acompañadas de una regulación adecuada. La idea es que el ejecutivo, bajo los parámetros trazados por el legislativo, pueda regular las actividades mediante la expedición de decretos de intervención.

Si no existiera este tipo de leyes las realidades susceptibles de cambio no tendrían regulación acorde con su desarrollo, pues habría que acudir al legislativo para que éste, mediante la expedición de leyes, regulara los asuntos correspondientes. En estos casos, se correría el riesgo de que la regulación se desactualizara con el riesgo que ello traería para la economía o, igualmente grave, que se cercenara la iniciativa privada, quien no podría ofrecer productos o servicios amén de que no existiría una ley que las autorizara.

Este hecho ha sido reconocido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Es fácil advertir que los asuntos objeto de las leyes marco corresponden a una realidad susceptible de permanente cambio. La regulación de estos fenómenos corre el riesgo de desactualizarse y no acomodarse a su errático curso, si carece de cierto grado de flexibilidad. La técnica en comento combina el momento de necesaria estabilidad y generalidad, estrictamente ligado a la filosofía que debe animar a la actuación del Estado en la materia y que lo suministra la ley, con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de la política general que se satisface con el decreto.”⁴⁹

Las leyes marco tienen naturaleza excepcional pues a ellas solo se puede acudir en los eventos específicos a que se refiere la Constitución Política. En los demás casos, esto

⁴⁸ Informe-ponencia de la Constituyente de 1991 sobre regulación financiera, crédito, deuda externa, comercio exterior, régimen de aduanas. Ponentes: Rafael Ignacio Molina G., Rodrigo Lloreda C., Miguel A. Yepes P., Carlos Ossa E., Carlos Lemos S. y Oscar Hoyos N. Gaceta Constitucional, 18 de abril de 1991, p. 12.

⁴⁹ Sentencia C-510 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

es cuando se trata de leyes ordinarias, en contraste con lo que ocurre cuando se está frente a leyes marco, el Congreso de la República conserva absoluta discreción normativa, en el sentido que puede regular las materias de su competencia con la extensión o densidad que desee, quedándole al ejecutivo la simple tarea de reglamentar lo que allí se disponga.

Entre tanto, cuando se trata de leyes marco, la extensión o densidad de la regulación no debe buscarse en la ley marco pues la concreción de los asuntos, por supuesto dentro del marco fijado por el legislativo, estará en los decretos de intervención a que se refiere el numeral 25 del artículo 189 del Estatuto Superior.

En nuestra opinión, si se optara por establecer en Colombia un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y/o E-money sería necesario expedir una ley donde se establezca que entidades del sector real podrán ofrecer estos servicios financieros y se establezcan los objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para dictar los correspondientes decretos de intervención.

Esto, pues la propia Corte Constitucional ha dicho que, conforme a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política, es el legislador quien debe determinar en qué términos las actividades financieras bursátiles y aseguradoras y las que supongan manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público pueden ser ejercidas, para lo cual es menester que ello quede plasmado en una ley. Por manera que tal ley es indispensable en este caso para poder autorizar el M-banking y el E-money a entidades no bancarias.

La Corte Constitucional ha dicho sobre el particular lo siguiente:

“... al tenor del artículo 335 de la Carta, el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a que se refiere el numeral 19, literal d), del artículo 150 eiusdem, son actividades de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley. Esta, por explícita voluntad del Constituyente, regulará la forma de intervención del Gobierno en tales materias y promoverá la democratización del crédito.” (Subrayas fuera del texto)⁵⁰.

Lo anterior, pues el régimen de licencias y las autorizaciones para ofrecer servicios financieros siempre requieren una autorización de ley, pues se ha reservado al

⁵⁰ Sentencia No. C-560 de 1994.

legislador el establecimiento de los tipos de entidades vigiladas y el establecimiento de las actividades principales (objeto social exclusivo) que corresponde a las mismas.

Adicionalmente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que legislación como la que se menciona significaría un cambio en varios paradigmas importantes: Hasta la fecha las entidades financieras y las entidades de la economía solidaria que ofrecen servicios financieros están sometidas a un régimen excepcional en virtud del cual solo pueden realizar actividades financieras y, en particular, aquellas que les están expresamente autorizadas.

En el caso de un "Non-bank-led Model" o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para E-money sería necesario que entidades como las de telefonía celular concomitantemente con el servicio que en la actualidad prestan estuvieran habilitadas para acometer la prestación de servicios financieros, por manera que habría que crear una licencia que permitiera a estas entidades convertirse en Emisores Híbridos, según este término se explicó anteriormente.

Hasta la fecha un esquema de tales características donde existen actividades en una entidad que son parcialmente supervisadas por la Superintendencia Financiera mientras el resto escapan a su vigilancia solo se ha establecido para el caso de las Cajas de Compensación Familiar, quienes a través de la ley 920 de 2004 quedaron habilitadas para adelantar la actividad financiera con sus empresas, trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados en los términos y condiciones que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional a través de secciones de ahorro y crédito.

Por virtud de dicha ley se estableció, además de la autorización para adelantar las actividades financieras, que la Superintendencia Financiera estaría autorizada para supervisar las actividades de la sección de ahorro y crédito con exclusión del resto de las actividades de las cajas de compensación familiar.

En nuestra opinión, de optarse por establecer un "Non-bank-led Model" o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y E-money sería necesario establecer un modelo similar al diseñado por la ley 920 de 2004.

Sin la existencia de una ley de este estilo, como se dijo, las entidades del sector real estarían adelantando una actividad financiera irregular, lo que las sujetaría a las consecuencias penales y administrativas antes explicadas.

Cabe agregar que en la ley 920 de 2004 se autorizó a que el Gobierno Nacional con sujeción a las normas de dicha ley, así como a los objetivos y criterios establecidos en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ejerciera las facultades de

intervención previstas en el artículo 48 del mismo, con el objeto de regular la actividad de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.

Con lo anterior, el Congreso de la República determinó que las facultades de intervención que tendría el Gobierno Nacional serían las mismas otorgadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero al ejecutivo frente a las entidades de inspección y vigilancia de la entonces Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, de expedirse una ley para establecer un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para E-money sería necesario incluir una previsión similar de manera que el Gobierno Nacional pueda, bajo el amparo de la ley marco, dictar los pormenores de la regulación para dichas entidades. Sobre este particular más adelante explicaremos cuál debe ser, en nuestro concepto, el contenido de dicha ley.

5.2.2. La Intervención en las Actividades Financiera, Bursátil, Aseguradora y cualquier otra relacionada con el Manejo, Aprovechamiento e Inversión de Recursos Provenientes del Ahorro de Terceros

Como se señaló, la Constitución Política establece que en aquellos fenómenos que revisten permanente cambio, que en tal medida requieren un reacomodo y flexibilidad, los pormenores y detalles de la normatividad serán establecidos por el ejecutivo bajo el cuadro de actuación establecido bajo una ley marco.

En Sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992 resaltó la Corte Constitucional que este tipo de arreglo institucional busca combinar *"el momento de necesaria estabilidad y generalidad, estrictamente ligado a la filosofía que debe animar a la actuación del Estado en la materia y que lo suministra la ley, con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de la política general, que se satisface con el decreto"*.

En materias como la regulación de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, es evidente que se deben establecer criterios estables y definidos, según estatutos generales promulgados por el legislador, sin que por ello pierdan la indispensable flexibilidad que consulte las mutaciones propiciadas por los mismos fenómenos objeto de regulación. Es esto precisamente lo que se logra bajo las facultades de intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros que la Constitución Política reconoce al Presidente de la República.

A diferencia de la facultad regulatoria a cargo del Congreso de la República, la cual se circunscribe, como se señaló, a la fijación de las directrices generales y a dar las orientaciones globales, corresponde al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República y del Ministro de Hacienda y Crédito Público, establecer los detalles de la normatividad aplicable a las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros.

La reglamentación que corresponde dictar al gobierno debe ser adoptada a través de decretos de intervención, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 189, numeral 25. Esta norma dispone lo siguiente:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.” (Subrayas fuera del texto).

La potestad de intervención del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público conforme al numeral 25 del artículo 189 establece, bajo los lineamientos generales trazados bajo la ley “general”, “marco” o “cuadro” la regulación pormenorizada, todo lo cual debe respetar los mandos del legislativo. Así se desprende de lo dispuesto en el numeral en comento, cuando señala que el ejercicio de las facultades de intervención debe hacer “de acuerdo con la ley”, esto es, tomando en consideración los objetivos y criterios fijados por el legislador y respetando, por supuesto, los instrumentos otorgados y las limitaciones establecidas al Gobierno para su ejercicio.

En relación con las facultades otorgadas por la Constitución Política al Presidente de la República en el numeral 25 del artículo 189 no debe perderse de vista que las mismas corresponden a facultades bien diferentes de la puramente reglamentaria a que alude el numeral 11 del mismo artículo⁵¹. Cuando se hace referencia a las primeras, nos

⁵¹ En relación con la potestad reglamentaria el artículo 189, numeral 11 establece lo siguiente:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

referimos a las facultades que corresponden al Presidente de la República de establecer los pormenores de la regulación, bajo el marco general fijado por una ley cuadro, mientras que la facultad reglamentaria se circunscribe, como su nombre lo indica, a establecer la reglamentación de los fenómenos establecidos con precisión por el legislativo.

Lo anterior explica porqué cuando el ejecutivo desarrolla las previsiones de una ley “marco” o “cuadro” invoca en sus decretos las facultades previstas en el numeral 25 del artículo 189, mientras que, cuando se trata de reglamentar disposiciones de carácter ordinario, se invocan las concedidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política.

Como se mencionó anteriormente, los decretos de intervención deben fijar los pormenores de la regulación, bajo el margen establecido por el legislativo. Es bueno señalar en este punto que, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política, no puede el Congreso entrar en los detalles que corresponden ser señalados al ejecutivo, so pena de que la ley respectiva contenga un vicio de inconstitucionalidad.

En efecto, como el arreglo institucional es que las leyes marco solo establezcan las directrices generales no puede el Congreso de la República entrar en los detalles que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 189, numeral 25, corresponden ser establecidas por el Presidente de la República.

La Corte Constitucional en sentencia C-196 de 1998 refiriéndose a este asunto señaló lo siguiente⁵²:

“Lo que se quiere significar es que, en esa regulación, debe existir siempre un margen, disponible para el Ejecutivo, que le permita, sin desbordar los lineamientos legales, adaptar las disposiciones aplicables a las sucesivas coyunturas que se presenten dentro de la vigencia de la ley marco.

Como mediante la ley marco se establecen apenas las directrices, posteriormente desarrolladas por el Gobierno a través de decretos administrativos, el Congreso no puede, al dictar una ley en las materias dichas, vaciar de contenido la atribución que la Constitución confía al Presidente de la República y, por tanto, le está vedado establecer ella misma y de modo absoluto todos los elementos de la regulación.

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

⁵² Sentencia C-196 de 1998. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández

En efecto, lo propio del sistema constitucional en cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normatividad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad, mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia.

Si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio -el del Presidente de la República- y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos, que se orienta a la realización de los fines de aquél. Además, al dejar el campo de fijación de pautas generales para ingresar en forma total en el de su desarrollo específico, el Congreso infringe la prohibición contemplada en el artículo 136, numeral 1, de la Constitución Política: "Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades".

Como se dijo antes, la ley 920 de 2004 autorizó a que el Gobierno Nacional con sujeción a las normas de dicha ley, así como a los objetivos y criterios establecidos en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ejerciera las facultades de intervención previstas en el artículo 48 del mismo, con el objeto de regular la actividad de las secciones especializadas de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar.

Con lo anterior, el Congreso de la República determinó que las facultades de intervención que tendría el Gobierno Nacional frente a las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar serían las mismas otorgadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero frente a las entidades de inspección y vigilancia de la entonces Superintendencia Bancaria.

De expedirse una ley para establecer un "Non-bank-led Model" o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y/o E-money sería necesario incluir una previsión similar en la respectiva ley de manera que el Gobierno Nacional pueda, bajo el amparo de la misma, dictar los pormenores de la regulación para dichas entidades.

5.2.3. La Inspección, Vigilancia y Control sobre las Personas que realizan Actividades Financiera, Bursátil, Aseguradora y cualquier otra relacionada con el Manejo, Aprovechamiento o Inversión de Recursos Captados del Público.

Las tareas de inspección, vigilancia y control hacen referencia a la verificación que corresponde hacer al Estado del cumplimiento de toda la regulación aplicable a las entidades o actividades pertinentes y que han sido dictadas por los diferentes órganos o autoridades competentes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución Política, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado. Esta disposición significa, ni más ni menos, que al contrario de lo que ocurre con las demás actividades económicas, aquellas a que se refiere el artículo aludido no pueden ser adelantadas por cualquiera y mucho menos por alguien que no disponga de un permiso o licencia estatal. Se trata, pues, de un permiso estatal previo para el ejercicio de actividades que se consideran relevantes, asunto que se considera prudencial y que es propio de un sistema de supervisión estatal del sistema financiero.

Por otra parte, el numeral 8 del artículo 150 de la Constitución Política⁵³ establece que corresponde al Congreso expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Presidente para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia. Esta disposición legal, además de elevar a rango constitucional la supervisión financiera, pone de manifiesto que el alcance de las facultades o funciones de supervisión tienen reserva de ley, esto es, que corresponden ser expedidas al Congreso de la República.

A la par con el artículo señalado, el numeral 24 del artículo 189 establece que corresponde al Presidente de la República ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Mediante esta función, el ejecutivo ejerce las funciones o

⁵³ El numeral 8 del artículo 150 de la Constitución Política es del siguiente tenor:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.”

facultades de supervisión dictadas por el Congreso de la República al amparo del numeral 8 del artículo 150 de la Constitución Política.

A la fecha la ley ha establecido que el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público corresponde a la Superintendencia Financiera y a la Superintendencia de la Economía Solidaria, cada una dentro del ámbito de sus competencias.

De conformidad con el artículo 2 del Decreto 4327 de 2005 la Superintendencia Financiera es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. De conformidad con el artículo 8 del mismo decreto, la Superintendencia Financiera de Colombia ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

La Superintendencia Financiera ejerce principalmente una supervisión institucional de carácter prudencial, aunque tiene la posibilidad de ejercer supervisión por actividades en algunos casos, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar⁵⁴.

La ley 454 de 1998 dispone que la Superintendencia de la Economía Solidaria, la cual es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera, ejerce supervisión sobre las actividades financieras de las entidades de naturaleza cooperativa. Esta entidad tiene dentro de sus funciones ejercer el control, inspección y vigilancia sobre las entidades de naturaleza cooperativa que manejen ahorro de los asociados.

De expedirse una ley para establecer un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y E-money sería necesario establecer en la misma que dichas entidades estarán sometidas a la supervisión del Estado.

Tomando en cuenta las funciones que actualmente cumple en la actualidad la Superintendencia Financiera esta entidad sería la llamada a ejercer la supervisión

⁵⁴ Cfr. Ley 920 de 2004.

sobre las entidades no bancarias que queden autorizadas por la respectiva ley para ofrecer servicios de M-banking e E-money.

En este caso la respectiva ley deberá consagrar una supervisión por actividades (no institucional) como ocurre en el caso de las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación familiar pues en el caso de las empresas de telefonía celular, por ejemplo, las actividades no financieras no deberían estar sujetas, por obvias razones, a la supervisión de la Superintendencia Financiera.

5.2.4. Algunas Precisiones sobre la Regulación

En materia de regulación, además de lo dispuesto en la Constitución Política en materia de leyes marco y facultades de intervención del Presidente de la República en relación con las actividades financiera, bursátil y aseguradora, es importante tener presente que el artículo 372 del Estatuto Superior establece que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, en nuestro sistema coexisten reguladores a diferentes niveles:

- El Congreso de la República, el cual expide no sólo la ley marco de intervención del Gobierno Nacional en las actividades financiera, aseguradora y bursátil, sino leyes ordinarias sobre la materia.
- El Gobierno Nacional, que expide decretos reglamentarios de las leyes y decretos de intervención, funciones que se realizan a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los sectores financiero, bursátil y asegurador y en todo lo relacionado con las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.
- El Banco de la República, que como autoridad crediticia, tienen diversas funciones en materia de crédito como la fijación de las tasas de interés y otras facultades que diferentes fallos de la Corte Constitucional han ido extendiendo⁵⁵. Igualmente, la Junta Directiva del Banco es el regulador del mercado cambiario lo cual adquiere especial trascendencia en el sector financiero, bursátil y asegurador dado que varias entidades del sector tienen la calidad de intermediarios de dicho mercado.

⁵⁵ Ver sentencias: Sent 5021/94, C-489/94, C-560/94, C-955/00.

Al ser el Banco de la República la autoridad monetaria, sus decisiones tienen efectos sobre todo el sector financiero, bursátil y asegurador y al tener la calidad de prestamista de última instancia, le corresponde establecer las reglas para los accesos a los cupos de liquidez, dentro del contexto de la red de seguridad⁵⁶.

En relación con sus facultades de regulación el propio Banco de la República ha señalado lo siguiente:

“El artículo 4 c) de la ley 9 de 1991 define como operación sujeta al régimen cambiario “la tenencia, adquisición o disposición de activos en divisas por parte de residentes”. El artículo 5 de la ley 9 de 1991 en relación con las operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario (sic) que: “las operaciones de cambio podrán regularse por [el Gobierno Nacional]”. Por su parte el artículo 28 de la Ley 9 de 1991 prevé que: “las obligaciones que se pacten en moneda extranjera se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario se cubrirán en moneda legal colombiana, en los términos que fije la [Junta Monetaria] mediante normas de carácter general”

De acuerdo con las normas transcritas la autoridad cambiaria ha considerado que: (i) los contratos financieros en los que se estipula una contraprestación atada a la tasa de cambio cabe dentro de la categoría prevista en el artículo 4 c) de la ley 9 de 1991, (ii) estos contratos están sujetos a regulación por parte de la autoridad cambiaria (artículo 5 de la ley 9 de 1991) y; (iii) que la autoridad cambiaria tiene la facultad de fijar si estas operaciones de cambio se pueden pagarse (sic) en moneda legal colombiana.”⁵⁷ (Subrayas fuera del texto)

Sobre este mismo asunto el Consejo de Estado⁵⁸ ha dicho lo siguiente:

“...debe señalarse, que en general, cualquier operación que involucre moneda extranjera, así tenga lugar entre residentes está sujeta al control de cambios.

De acuerdo con el Decreto 1735 de 1993, las operaciones con derivados y

⁵⁶ Artículo 371 Constitución Nacional.

⁵⁷ Concepto de octubre de 2006 suscrito por el doctor Gerardo Hernández Correa, Secretario de la Junta Directiva del Banco de la República, dirigido a Ligia Helena Borrero, Superintendente Delegado para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias de la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁵⁸ Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 24 de mayo de 2007. Consejera Ponente: Ligia López Díaz. Referencia 11001032700020050002300(15397).

operaciones peso-divisas, están expresamente señaladas como operaciones de cambio, obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario,⁵⁹ lo cual es congruente con el artículo 4° de la Ley 9ª de 1991, que enunció dentro de las categorías de operaciones sujetas al régimen cambiario, la tenencia de derechos en el exterior, así como aquellas operaciones que generen derechos u obligaciones entre un residente y un no residente y los actos de disposición de los derechos derivados de estos contratos.

El artículo 3" del Decreto 1735 de 1993 señala que los contratos entre residentes no se consideran operación de cambio, pero al tiempo posibilita que existan convenios u operaciones celebrados entre residentes que, por autorización expresa, se consideren operaciones de cambio, como ocurre con las operaciones de derivados." (Subrayas fuera del texto).

En relación con el Banco de la República es importante tener en cuenta que la Resolución Externa 8 de 2000 establece el régimen de cambios internacionales. Por virtud de esta resolución se establece que distribuir y vender tarjetas prepago, recargables o no, e instrumentos similares que supongan una operación de cambio sólo puede ser realizada por aquellas entidades que tengan la calidad de intermediarios del mercado cambiario.⁶⁰

Según lo dispone el artículo 58 de la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República son "intermediarios del mercado cambiario" los bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, la Financiera Energética Nacional -FEN-, el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. -BANCOLDEX-, las cooperativas financieras, las sociedades comisionistas de bolsa y las casas de cambio.

Conforme con lo anterior, si se quisiera que entidades del sector real, como las empresas de telefonía celular, distribuyan y vendan tarjetas prepago, recargables o no, o instrumentos similares que supongan una operación de cambio (por ejemplo, porque suponen un giro o remesas de dinero en moneda extranjera del exterior a Colombia) sería necesario modificar la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República para prever esta hipótesis.

⁵⁹ La Ley 9ª de 1991, estableció dos mercados de divisas el "cambiario" y el "libre". El primero es un mercado controlado y está constituido por la totalidad de las divisas que deben ser transferidas o negociadas por conducto de los intermediarios «autorizados. El mercado libre está integrado por aquellas divisas que no se lleven al mercado.

⁶⁰ Ver artículo literal i) del numeral 2 del artículo 59 de la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República.

En nuestra opinión, sin embargo, tomando en cuenta los problemas que se podrían crear con una decisión como la mencionada la emisión de Dinero Electrónico que suponga operaciones de cambio debe circunscribirse a las entidades que la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República actualmente autoriza a emitir tarjetas prepago recargables o no.

Sin embargo, para que el E-money sea una realidad para los actuales intermediarios cambiarios a partir de las remesas internacionales sería necesario que se modifique la Circular Reglamentaria DCIN-83 del Banco de la República pues esta norma dispone que cualquier operación de cambio requiere de la presentación y firma de una declaración de cambio, la cual debe presentarse frente a los intermediarios de cambio de quien se adquieren las divisas. Por obvias razones, este requisito impide en la práctica la emisión de Dinero Electrónico, según el alcance que se dio a este término anteriormente, pues no es posible disponer de remesas internacionales a través de tarjetas inteligentes o prepago en la medida en que la monetización requiere cumplir con el requisito antes señalado.

5.3. ¿Es conveniente que Colombia Implante un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades No Bancarias para M-banking e E-money?

Para que Colombia pueda establecer un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y E-money sería necesario, entre otras cosas, que se expida una ley que autorice que entidades del sector real, cuya actividad principal es y seguirá siendo otra, acepten depósitos y otros fondos reembolsables del público y ofrezca servicios de pago y transferencia, así como el procesamiento de datos financieros y soporte lógico.

La pregunta sería si ello resultaría o no conveniente para un Estado como el colombiano. En este debate creemos que vale tener en cuenta lo siguiente:

El hecho de permitir la entrada de nuevos actores para ofrecer E-money puede significar el acceso a servicios financieros a personas que en la actualidad no tienen acceso a servicios financieros. Al fin y al cabo, las empresas de teléfonos celulares han logrado tal nivel de penetración en Colombia y en la mayoría de los países del mundo, que ya saben cómo se comportan, qué esperan y qué demandan esos segmentos y, por lo tanto, no les costaría tanto trabajo atraerlos para que sean beneficiarios de servicios propios del E-money.

Mientras tanto, entidades financieras como los bancos están más alejados de esos segmentos, no los conocen y les cuesta trabajo penetrarlos.

Sin embargo, aunque pueden existir razones a favor como las mencionadas, no pueden dejar de mencionarse algunas en contra.

Aunque algunos países han empezado a permitir que nuevos actores no necesariamente financieros emitan E-money, lo cierto es que la mayoría de los países del mundo siguen siendo celosos en el sentido de establecer que las actividades financieras están reservadas a las entidades financieras, quienes están sujetas a un fuerte nivel de supervisión y tienen un objeto social exclusivo y reglado.

De otro lado, admitir la posibilidad de que entidades del sector real presten servicios financieros entrañaría una enorme dificultad de supervisión para la Superintendencia Financiera. Para no ir más lejos, la Superintendencia tendría que aprender, en el caso de las empresas de telefonía celular, cómo funcionan estas entidades para, hecho lo anterior, poder entender qué pasa con los servicios financieros que lleguen a ofrecer.

Además, existiría el riesgo de que los negocios de telefonía, para continuar con el ejemplo, “contagien” eventualmente los servicios financieros, lo que podría poner en peligro los dineros captados del público bajo los servicios de E-money. Para mitigar este riesgo proponemos, como se explica más adelante, que estas entidades presten estos servicios a través de secciones especializadas.

Adicionalmente, es evidente que, de autorizarse que las empresas del sector real ofrezcan algunos servicios financieros, se podría abrir paso a un arbitraje regulatorio, pues al fin y al cabo las instituciones financieras están sujetas a tal cantidad de regulaciones, que por su naturaleza no cumplen, y difícilmente podrían cumplir, empresas del sector real.

Ante lo anterior creemos que la alternativa más razonable en el corto plazo podría ser la ahondar en un esquema “Bank-Led” o Modelo Liderado por Bancos que ya, como se explicó, se abrió en el país a través de los corresponsales. Bajo este esquema, podría pensarse en incentivar la creación de alianzas entre empresas del sector real y entidades financieras, de manera que aquellas sirvan como canales de estas para efectos del establecimiento más profundo de servicios de E-money en Colombia.

En un esquema como este los retos para los supervisores, si bien existen, son menores que cuando se pasa a un “Non-bank-led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y E-money. Esto, entre otras muchas cosas, porque la contraparte de los clientes en este caso sería una entidad financiera o una entidad del sector solidario autorizado a realizar actividades financieras, entidades todas estas que se encuentran actualmente supervisadas y reguladas.

Sobre este particular no puede perderse de vista que el “Bank-Led” o Modelo Liderado por Bancos parece ser la tendencia en el mundo. Así lo confirma un reciente estudio de CGAP donde se pone de manifiesto que de 139 países, 40% aceptan la figura de agentes, entre ellos Colombia, y de estos un tercio permite a los agentes (corresponsales) abrir cuentas a los clientes y participar en las tareas de conocimiento del cliente para efectos de evitar el lavado de activos y la financiación del terrorismo.⁶¹

Sin perjuicio de lo anterior, de pensarse en establecer en Colombia un “Non-Bank-Led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking e E-money, debe guardarse cuidado en que dichas operaciones estén debidamente supervisadas y reguladas. De optarse por este camino, sugerimos tener en cuenta lo señalado en el siguiente capítulo, donde explicaremos que debería contener una regulación para lograr este objetivo.

⁶¹ Scenarios for Brancheless Banking in 2020, CGAP, octubre de 2009.

6. CONTENIDO MÍNIMO DE LA REGULACIÓN PARA ESTABLECER EN COLOMBIA UN “NON-BANK-LED MODEL” O MODELO LIDERADO POR ENTIDADES NO BANCARIAS PARA M-BANKING E E-MONEY

Aparte de lo que ya se expresó, de optarse por establecer en Colombia un “Non-bank-led model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para M-banking y E-money consideramos que la ley respectiva deberá contemplar la posibilidad de prestar dichos servicios:

- (i) A través de una sección especializada, cuando se trate de empresas ya existentes que tengan un objeto principal diferente (el caso de las empresas de telefonía celular) (en adelante las “Secciones Especializadas”) y
- (ii) A través de entidades especializadas, cuando el objeto sea sólo prestar servicios de E-money, para lo cual se crearía una nueva clase de entidad financiera (el caso de las empresas que se dediquen exclusivamente a comercializar tarjetas que sean monederos electrónicos, por ejemplo).

El esquema anterior lo planteamos como un complemento a la posibilidad que existe en la actualidad de que los establecimientos de crédito y algunas entidades del sector solidario con actividad financiera emitan E-money haciendo uso o no para su compensación de sistemas de pago de bajo valor.

A continuación se explica el contenido que debería tener la ley para el caso de la Sección Especializada de E-Money y el nuevo tipo de entidad financiera que se plantea la cual denominaremos, en adelante, “Emisor de Dinero Electrónico”⁶².

6.1. Autorización General

⁶² En la actualidad cursa en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 219 de 2009 de la Cámara de Representantes, cuyo autor es el Honorable Representante Gilberto Rondón Gonzalez. Este proyecto de ley *“autoriza la utilización de instrumentos electrónicos de pago con el objetivo de facilitar el acceso de la población al sistema financiero e incrementar el nivel de oferta de servicios financieros del país.”* El proyecto autoriza únicamente a los establecimientos bancarios a emitir instrumentos de pago electrónico, con lo cual elimina en la práctica que existan otros Emisores de Dinero Electrónico. Aparte de lo anterior, el proyecto propone varias exenciones tributarias que no son necesarias para implementar en Colombia el Dinero Electrónico, según se explica en el presente estudio. Con todo, la iniciativa es loable y bien valdría la pena que el Gobierno construya alrededor de la misma un marco legal idóneo para la Emisión de Dinero Electrónico para lo cual se pueden tomar en cuenta las propuestas que hacemos en el presente capítulo.

La ley que proponemos deberá establecer que podrán prestar servicios de E-Money, por ejemplo, los operadores de telefonía celular a través de Secciones Especializadas así como las empresas que se constituyan para el efecto y que se denominarán Emisores de Dinero Electrónico.

La ley deberá señalar el monto mínimo de capital que se deberá acreditar en uno y otro caso para prestar los servicios de E-money⁶³. De la misma manera, la ley deberá reconocer que los establecimientos de crédito y las cooperativas de ahorro y crédito podrán también prestar servicios de E-money, sin necesidad de acreditar un capital adicional al que ya poseen.

Adicionalmente, la ley deberá aclarar a quién podrán ofrecerle los servicios financieros las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico, por ejemplo, a trabajadores, pensionados, independientes, usuarios de sus servicios o público en general.

En el caso de empresas ya establecidas con alta institucionalidad –como serían las de telefonía celular o algunas empresas de mensajería- la regulación deberá precisar que para prestar los respectivos servicios financieros deberán hacerlo a través de una sección especializada para la emisión de dinero electrónico (en adelante simplemente la “Sección Especializada”) o a través de una empresa subordinada que deberá en este caso obtener la licencia de Emisor de Dinero Electrónico.

En el caso de la Sección especializada la ley deberá aclarar que la misma se entenderá jurídicamente separada de todos los demás negocios de la respectiva persona jurídica.

Como consecuencia de lo anterior, la ley deberá aclarar que los bienes que formen parte de la Sección Especializada, para todos los efectos legales, no hacen parte de los bienes de las entidades respectivas por lo que constituirán un patrimonio independiente y separado, destinado exclusivamente al pago de las obligaciones que con respaldo y por cuenta de dicho patrimonio o universalidad contraiga la sociedad

⁶³ La Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo del 16 de septiembre de 2009 señala en relación con las entidades que emitan dinero electrónico lo siguiente: “Es preciso establecer un régimen que prevea un capital inicial y un capital permanente, al objeto de garantizar un nivel adecuado de protección del consumidor y una gestión sana y prudente de las entidades de dinero electrónico. Debido a la especificidad del dinero electrónico, debe preservarse un método adicional para el cálculo del capital permanente. Conviene conservar la plena discrecionalidad en la supervisión, a fin de garantizar que un mismo riesgo tenga la misma consideración, independientemente del proveedor de servicios de pago, y que el método de cálculo cubra la situación empresarial específica de una entidad determinada de dinero electrónico.”

respectiva, sin perjuicio de la responsabilidad profesional de este por la gestión y el manejo de los respectivos recursos⁶⁴.

Igualmente la ley debe aclarar que, como consecuencia de lo anterior, los bienes que formen parte de la Sección Especializada no constituirán prenda general de los acreedores de la sociedad respectiva y estarán excluidos de la masa de bienes que pueda conformarse para efectos de cualquier procedimiento mercantil o de cualquier otra acción que pudiera afectarlos.

De otra parte, la ley deberá establecer que las operaciones de las Secciones Especializadas cuya creación autorice la ley, así como sus activos, pasivos y patrimonio, deberán estar totalmente separados y diferenciados de las operaciones, activos, pasivos y patrimonio de la respectiva entidad.

Finalmente, la ley deberá establecer que los Emisores de Dinero Electrónico deberán constituirse bien como sociedades anónimas o como entidades de naturaleza cooperativa, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

6.2. Necesidad de obtener una Licencia

La ley deberá aclarar que será necesario obtener autorización para ofrecer servicios de E-money –bien a través de una Sección Especializada o de un Emisor de Dinero electrónico- cuando los servicios comporten la creación de “Dinero Electrónico”. Para el efecto, la ley deberá establecer que se presenta la creación de Dinero Electrónico cuando se presentan las siguientes circunstancias:

- (i) Hay un valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos;
- (ii) el valor monetario almacenado representa un crédito sobre el emisor del mismo, que sería la Sección Especializada o el Emisor de Dinero Electrónico;
- (iii) el valor monetario se emite al momento de recibir fondos;

⁶⁴ La Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo del 16 de septiembre de 2009 señala en relación con las entidades que emitan dinero electrónico lo siguiente: “...debe establecerse la obligación por parte de las entidades de dinero electrónico de mantener separados los fondos de los titulares de dinero electrónico de los fondos de dichas entidades destinados a otras actividades comerciales.”

- (iv) el valor monetario tiene como propósito efectuar operaciones de pago;
- (v) el valor monetario es aceptado por personas naturales y jurídicas distintas del emisor del Dinero Electrónico.

La ley deberá aclarar que la definición de Dinero Electrónico cubre aquel que esté contenido es un dispositivo de pago en poder del titular (una tarjeta precargada o un teléfono celular, por ejemplo) o aquel que esté almacenado a distancia en un servidor y gestionado por el cliente mediante una cuenta específica para el efecto⁶⁵.

Por virtud de lo anterior la ley deberá aclarar que no se entiende que existe Dinero Electrónico -y que en tal medida no aplica lo dispuesto en la misma- cuando se presenten valores monetarios almacenados en medios electrónicos o magnéticos que constituyan instrumentos de prepago de bienes o de servicios que puedan ser adquiridos exclusivamente en locales del emisor de los instrumentos.

Finalmente, la ley deberá prever las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito sólo podrán crear Dinero Electrónico a favor de personas naturales y nunca de personas jurídicas.

6.3. Supervisión

La ley deberá establecer que, conforme con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución Política, la autorización, inspección y vigilancia de las Secciones Especializadas y de los Emisores de Dinero Electrónico la ejercerá la Superintendencia Financiera de Colombia.

De igual forma, la ley deberá establecer que la Superintendencia Financiera deberá verificar la solvencia del patrimonio autónomo de la Sección Especializada y de los Emisores de Dinero Electrónico, de acuerdo con las reglas de capital adecuado que

⁶⁵ La Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo del 16 de septiembre de 2009 señala en relación con el particular lo siguiente: “La definición de dinero electrónico ha de extenderse al dinero electrónico tanto si está contenido en un dispositivo de pago en poder del titular del dinero electrónico o almacenado a distancia en un servidor y gestionado por el titular del dinero electrónico mediante una cuenta específica para el dinero electrónico. Dicha definición ha de ser suficientemente amplia, de modo que no se obstacule la innovación tecnológica y entre en ella no solo todos los productos de dinero electrónico que existen actualmente en el mercado, sino también los productos que puedan desarrollarse en el futuro.”

determine el Gobierno Nacional, así como también deberá verificar, al momento de la constitución de cada Sección Especializada o de los Emisores de Dinero Electrónico, el capital mínimo que defina el Gobierno Nacional para su creación.

Con el objeto de dar cumplimiento a las actividades de supervisión y control que de acuerdo con la ley deberá ejercer la Superintendencia Bancaria Financiera se deberá aclarar que esta entidad podrá cobrar contribuciones a la sociedad respectiva por cuenta de las actividades de la Sección Especializada o a los Emisores de Dinero Electrónico, las cuales consistirán en tarifas que se calcularán de acuerdo con los criterios técnicos que señale el Gobierno Nacional.

6.4. Carácter e Idoneidad

La ley deberá establecer que la Superintendencia Financiera deberá verificar permanentemente el carácter, responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la dirección y administración de las Secciones Especializadas de las entidades a las cuales se les autorice la constitución de éstas y de los Emisores de Dinero Electrónico.

Adicionalmente, la ley deberá establecer que los administradores de las Secciones Especializadas serán funcionarios de dedicación exclusiva designados por la respectiva entidad, para cuyo efecto se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995⁶⁶ y cumplirán los requisitos exigidos a los representantes legales de las entidades financieras, incluyendo su posesión ante la Superintendencia Financiera.

6.5. Operaciones Autorizadas

La ley deberá prever específicamente que tipo de actividades financieras se autorizarán a la Sección Especializada y a los Emisores de Dinero Electrónico. Sugerimos que, en principio, se autorice a las Secciones Especializadas ofrecer los siguientes servicios para efectos del ofrecimiento de E-money:

- Aceptar depósitos y otros fondos reembolsables del público
- Ofrecer servicios de pago y transferencia contra el dinero depositado

⁶⁶ El Artículo 22 de la ley 222 de 1995 Dispone lo siguiente: “Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.”

- Ofrecer servicios de procesamiento de datos financieros y soporte lógico
- Administrar y gestionar sistemas de pago de bajo valor para compensar y liquidar las operaciones de E-money
- Otorgar créditos con recursos propios
- Las demás, conexas o complementarias, que autorice el Gobierno Nacional

6.6. Custodia de Recursos

La ley deberá prever que las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico tendrán la obligación de mantener los recursos captados en cuentas corrientes o cuentas de ahorros abiertas en establecimientos bancarios⁶⁷. Estas cuentas deberán estar abiertas a nombre de la Sección Especializada o de los Emisores de Dinero Electrónico pero deberán permitir a las autoridades identificar a nivel de cliente final el monto de los recursos depositados al crearse el Dinero Electrónico⁶⁸.

6.7. Prohibiciones

La ley deberá establecer prohibiciones para las Secciones Especializadas y para los Emisores de Dinero Electrónico del siguiente tenor:

- Otorgar préstamos con los recursos captados⁶⁹⁷⁰

⁶⁷ Esta previsión se encuentra en legislaciones sobre Dinero Electrónico y lo que busca es garantizar la supervisión de la autoridades y, en particular, asegurar que no se estén realizando operaciones activas de crédito con el dinero captado. En cualquier caso, así la ley no estableciera este requisito, es previsible que los Emisores de Dinero que no sean establecimientos bancarios mantengan los recursos captados en cuentas corrientes o de ahorros abiertas en establecimientos bancarios pues de otra forma correrían riesgos innecesarios al mantener la custodia de grandes sumas.

⁶⁸ En el caso de M-PESA que es el servicio de E-money de Safaricom –una empresa de telefonía celular en Kenia- los dineros de los clientes son mantenidos en una cuenta fiduciaria en el Commercial Bank of Africa.

⁶⁹ La Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo del 16 de septiembre de 2009 señala en relación con el particular lo siguiente: “Las entidades de dinero electrónico no deben estar autorizadas a conceder créditos procedentes de los fondos recibidos o en posesión con fines de emisión de dinero electrónico”.

⁷⁰ Al prohibir la posibilidad de que con los recursos captados se otorguen préstamos se evitaría que exista un incentivo perverso para que los establecimientos bancarios dejen de abrir cuentas corrientes o de ahorros u ofrecer otros instrumentos de captación y en su lugar expidan Dinero Electrónico. Esto, pues en el caso del Dinero Electrónico, no existirían recursos que sean susceptibles de intermediación, lo que sí se podría hacer con los dineros captados en cuentas corrientes o de ahorros o a través de otros

- Reconocer intereses sobre el dinero depositado u otro tipo de beneficio similar
- Realizar inversiones de capital con los recursos captados⁷¹
- La utilización de los recursos depositados en la Sección Especializada para la realización de operaciones con la misma entidad que la administra u otras entidades respecto de las cuales esta ejerza control directo o indirecto, con sus directores o administradores, el revisor fiscal o funcionarios o empleados relevantes de la entidad que la administre, los cónyuges o parientes de aquellos dentro del segundo grado de consanguinidad o de afinidad, o único civil.
- Constituir gravámenes o limitaciones al dominio de cualquier clase sobre los activos de la Sección Especializada o destinarlos a operaciones distintas de las autorizadas a dichas secciones, salvo que los gravámenes o limitaciones se constituyan para garantizar el pago del precio de un bien adquirido para el desarrollo de sus negocios con cargo al patrimonio de la sección, o tengan por objeto satisfacer los requisitos generales impuestos por una autoridad pública en el desarrollo de una medida de apoyo a la Sección Especializada, ni tampoco podrán transferir los activos de la sección en desarrollo de contratos de arrendamiento financiero, en la modalidad de lease back.
- Obligar a sus empleados, para el caso de las Secciones Especializadas, a realizar depósitos en la respectiva Sección Especializada
- Delegar, subcontratar o entregar en administración con un tercero la operación de sus Secciones Especializadas o la del Emisor de Dinero Electrónico⁷²

mecanismos de captación. Como se explicará más adelante, a fin de mantener la confianza de los titulares del Dinero Electrónico, la ley deberá prever que será obligación de los Emisores de Dinero Electrónico reembolsar en todo momento el dinero que haya entregado el respectivo cliente, al valor nominal y que no podrá establecerse un límite mínimo para el reembolso. Esta circunstancia es importante tenerla en cuenta pues podría haber problemas de descalce de plazos si se permite que los Emisores de Dinero Electrónico otorguen créditos o realicen inversiones de los recursos.

⁷¹ No creemos que sea prudente autorizar a los Emisores de Dinero Electrónico que inviertan los recursos en instrumentos financieros pues estos están sujetos, entre otros, a riesgos de mercado y de crédito. Al margen de lo anterior, en caso de establecerse un régimen de inversión de los recursos los límites e inversiones que se realicen con los mismos deben ser bastante limitados. De concretarse alguno de estos riesgos se podría cercenar la confianza del público en el Dinero Electrónico en caso de que el Emisor de Dinero Electrónico no pudiera devolver o acreditar los recursos inmediatamente los clientes realicen un requerimiento de recursos. Sobre este particular debe tenerse en cuenta que el Dinero Electrónico, tal como funciona en otras partes del mundo, otorga a su titular el derecho al reembolso en todo momento del dinero entregado al Emisor del Dinero Electrónico, al valor nominal, sin que sea posible establecer un límite mínimo o un plazo para el reembolso.

6.8. Regulación

La ley deberá establecer que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas de la ley, así como a los objetivos y criterios establecidos en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, podrá ejercer las facultades de intervención previstas en el artículo 48 del mismo, con el objeto de regular la actividad de las Secciones Especializadas y de los Emisores de Dinero Electrónico.

De la misma manera, la ley deberá establecer que en lo no previsto en la misma o en las normas que la reglamenten o desarrollen, se aplicarán a las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico las disposiciones previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los establecimientos de crédito, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza especial de tales Secciones y de los Emisores de Dinero Electrónico y no se opongan a las normas especiales que consagre la nueva ley.

6.9. Toma de Posesión

La ley deberá establecer la posibilidad de que la Superintendencia Financiera disponga la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la Sección Especializada cuando respecto de la misma se configure cualquiera de las causales de toma de posesión previstas en los literales contenidos en el numeral 1 del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando a juicio del Superintendente Financiero la medida sea necesaria, sin perjuicio de la posibilidad de que este adopte cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 113 del mismo estatuto (institutos de salvamento y protección de la confianza pública).

Adicionalmente, la ley deberá establecer que en adición a las causales antes señaladas, la medida de toma de posesión también podrá imponerse cuando el patrimonio de la sección especializada de ahorro y crédito se reduzca por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo requerido para su creación conforme a lo dispuesto por el Gobierno Nacional, y cuando no cumpla los requerimientos mínimos de capital adecuado exigibles a tales Secciones Especializadas.

⁷² En el curso de este estudio se nos ha consultado si debería permitirse la delegación en terceros en el caso de las Secciones Especializadas siempre que se mantenga la responsabilidad en cabeza del Emisor de Dinero Electrónico. En nuestra opinión esta posibilidad no se debe admitir pues es propio de los sistemas de licenciamiento, salvo contadas excepciones, que la entidad autorizada para realizar una actividad financiera sea quien la adelante sin que se permita la delegación en un tercero que no ha sido autorizado -y a veces no es conocido- por el cliente, quien confía es en la entidad a la cual ha acudido para la prestación de un servicio.

Finalmente, la ley deberá prever que las normas previstas en los artículos 115 (Procedencia de la medida); 116 (Toma de posesión para liquidar); 117 (Liquidación como consecuencia de la toma de posesión), con excepción de los literales a) y d) del numeral 1; 291 (Principios que rigen la toma de posesión); 293 (Naturaleza y Normas aplicables de la liquidación forzosa administrativa); 294 (Competencia para la liquidación); 295 (Régimen aplicable al liquidador y al contralor); 296 (Intervención del fondo de garantías en el proceso de liquidación forzosa administrativa); 297 (Rendición de cuentas); 298 (Junta de acreedores); 299 numeral 1 (Masa de la liquidación); 300 (Etapas del proceso liquidatorio) y 301 con excepción de los numerales 4 y 5 (Otras disposiciones), todos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, serán aplicables en lo pertinente a la liquidación forzosa administrativa de las Secciones Especializadas.

La ley deberá establecer que para efectos de la aplicación de dichas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a la liquidación de las Secciones Especializadas las referencias que en ellas se hacen a la entidad vigilada o intervenida se entenderán predicadas de la Sección Especializada objeto de liquidación.

Finalmente, la ley deberá aclarar que la liquidación de las Secciones Especializadas estará referida exclusivamente al patrimonio autónomo constituido con arreglo a lo previsto en la ley.

6.10. Aseguramiento de Recursos

La ley deberá establecer que el Gobierno Nacional podrá determinar el mecanismo a través del cual las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico asegurarán los depósitos de sus afiliados.

Para el efecto, el Gobierno Nacional deberá quedar autorizado por la ley para establecer que al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, podrá otorgar dicho seguro, sin perjuicio de que se cumplan los requisitos y términos que exija dicho Fondo para asegurar los depósitos.

6.11. Régimen Sancionatorio

La ley deberá señalar que el régimen sancionatorio aplicable a las Secciones Especializadas y a los Emisores de Dinero Electrónico, así como a sus directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales y empleados, será el mismo régimen aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

6.12. Normas sobre Prevención y Control de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo

La ley deberá disponer que las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico deberán estar sujetos a normas especiales en materia de prevención y control de lavado de activos y de la financiación del terrorismo que deberán ser dictadas por la Superintendencia Financiera.

En particular, estas normas deberán establecer un régimen simplificado con respecto (i) al conocimiento del cliente (ii) a la obligación de adoptar mecanismos especiales en sus sistemas de administración de riesgos, de manera que les permitan administrarlos, considerando las características particulares del E-money, para lo cual se deberá autorizar a las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero electrónico y los establecimientos de crédito que emitan dinero electrónico establecer un número y monto máximo de transacciones y operaciones permitidas para conservar tales mecanismos especiales.

De la misma manera, el régimen especial que posteriormente expida la Superintendencia Financiera deberá establecer un trámite simplificado para que los clientes puedan constituir Dinero Electrónico, para lo cual sólo deberán exigir el nombre completo del cliente, el documento de identificación, la fecha y lugar de expedición del documento de identificación, y la fecha y lugar de nacimiento. De igual manera, la regulación de la Superintendencia Financiera deberá establecer que en estos casos los emisores de Dinero Electrónico no tendrán que conservar tarjetas de registro de firmas ni recolectar huellas dactilares.

De la misma manera, el régimen especial que posteriormente expida la Superintendencia Financiera podría prever que en el caso de entidades que ya realicen algunas tareas de conocimiento del cliente –por ejemplo las empresas de telefonía celular- puedan usar tal trámite para entender satisfechos los requisitos de conocimiento del cliente de la Superintendencia Financiera, de manera que no sea necesario realizar dobles trámites ni solicitar información adicional.

Pasados ciertos límites por parte de los clientes (número de operaciones o montos) la regulación podrá exigir que se cumpla con las normas generales sobre lavado de activos, de manera que no se pueda continuar operando bajo el régimen simplificado.

6.13. Normas sobre Protección al Consumidor Financiero

La ley deberá aclarar que en virtud de lo previsto en el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero electrónico y los establecimientos de crédito que emitan Dinero Electrónico deberán informar claramente a los consumidores financieros todas las características y restricciones aplicables al Dinero Electrónico.

De otra parte, las entidades deberán suministrar a los clientes, a través de mecanismos adecuados, información clara, completa y oportuna, antes y durante la vigencia del contrato, sobre la realización de operaciones y transacciones.

De otra parte, la ley deberá establecer que tratándose de Dinero Electrónico no será necesario que las entidades envíen físicamente extractos, sin perjuicio de la obligación de poner a disposición de los clientes los estados de cuenta, a través de los mecanismos que establezcan para el efecto.

Finalmente, a fin de mantener la confianza de los titulares del Dinero Electrónico, la ley deberá prever que será obligación de las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito que emitan Dinero Electrónico reembolsar el dinero que haya entregado el respectivo cliente. La ley deberá establecer que el reembolso podrá efectuarse en todo momento, al valor nominal y que no podrá establecerse un límite mínimo para el reembolso.

6.14. Inembargabilidad

La ley deberá establecer que las sumas depositadas y que dan origen al Dinero Electrónico no serán embargables hasta la cantidad que se determine de conformidad con lo ordenado en el artículo 29 del Decreto 2349 de 1965⁷³.

6.15. Principio de Igualdad

Teniendo en cuenta que de conformidad con la ley existirán tres tipos de emisores de Dinero Electrónico (las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito) se deberá establecer que tanto la supervisión como la

⁷³ De conformidad con la Carta Circular 66 de 2008 son inembargables los depósitos de ahorro constituidos en las secciones de ahorro de los bancos hasta veinticuatro millones novecientos noventa y siete mil setecientos catorce pesos (\$24.997.714) moneda corriente. Nuestra propuesta es que la inembargabilidad se extienda al Dinero Electrónico, en el mismo monto que se establece para los depósitos de ahorro.

regulación deberán mantener igualdad de condiciones con respecto a la emisión de Dinero Electrónico⁷⁴.

Lo anterior, además, buscará que exista competencia leal por el mismo servicio (la emisión de Dinero Electrónico) entre los diferentes tipos de entidades en beneficio de los clientes que constituyan Dinero Electrónico.

6.16. Posibilidad de Usar Corresponsales

La ley deberá prever expresamente la posibilidad de que las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito que emitan Dinero Electrónico distribuyan y reembolsen dinero electrónico por intermedio de corresponsales que actúen en su nombre.

6.17. Adecuación de la Planta de Personal de la Superintendencia Financiera

La ley deberá prever que dentro de un plazo, que sugerimos sea seis (6) meses a partir de la entrada en vigencia de la ley, el Gobierno Nacional adoptará las medidas necesarias para adecuar la estructura de la Superintendencia Financiera dotándola de la capacidad presupuestal y técnica necesaria con el fin de que cumpla las funciones de autorización, inspección y vigilancia sobre las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico.

De la misma manera, la ley deberá establecer que únicamente a partir de la reestructuración de la Superintendencia Financiera para que pueda cumplir a cabalidad con la función de inspección y vigilancia que se establezca en ley, se podrá autorizar el desarrollo de la actividad financiera por parte de las Secciones Especializadas y de los Emisores de Dinero Electrónico.

6.18. Exención al Impuesto a las Transacciones Financieras

De forma similar a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 1111 de 2006, el proyecto de ley deberá prever que los retiros o pagos efectuados por cuenta del Dinero Electrónico que no excedan mensualmente de trescientas cincuenta (350) UVT, estarán exentos del gravamen a los movimientos financieros. Para estos efectos, el

⁷⁴ La Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo del 16 de septiembre de 2009 señala en relación con el particular lo siguiente: "...es necesario mantener la igualdad de condiciones entre las entidades de dinero electrónico y las entidades de crédito con respecto a la emisión de dinero electrónico, para garantizar así una competencia leal por el mismo servicios entre una gama más amplia de entidades en beneficio de los titulares de dinero electrónico."

depositante deberá indicar por escrito al respectivo Emisor de Dinero Electrónico que el Dinero Electrónico emitido por la respectiva entidad será el único beneficiado con la exención.

Por cuenta de lo anterior, el proyecto de ley deberá aclarar que cuando quiera que una persona sea titular de Dinero Electrónico emitido por diferentes Emisores de Dinero Electrónico deberá elegir aquel en relación con el cual operará el beneficio tributario que se propone e indicárselo a la respectiva entidad.

7. REFLEXIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE REGULAR LA EXPEDICIÓN DE DINERO ELECTRÓNICO BAJO LAS NORMAS QUE REGULAN LOS SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR Y BAJO LAS NORMAS SOBRE EMISIÓN DE VALORES

En ejercicio de la consultoría algunas personas nos mencionaron que valdría la pena examinar la posibilidad de que los productos propios del E-money pudieran ser ofrecidos bajo la licencia de las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor. Adicionalmente, nos han pedido examinar la posibilidad de que el Dinero Electrónico y, en particular, las tarjetas inteligentes o prepago que se expidan conteniendo éste puedan ser reguladas bajo las normas de la ley 964 de 2005, más conocida como la ley de valores.

Sobre estos dos asuntos se tiene lo siguiente:

7.1. Las Entidades que Administran Sistemas de Pago de Bajo Valor

Los artículos 6 y 72 de la ley 795 de 2003 autorizaron al Gobierno Nacional para regular los sistemas de pago de bajo valor y someter a supervisión de la Superintendencia Financiera a las entidades que ejercieran esta actividad.

El Gobierno Nacional, mediante la expedición del Decreto 1400 de 2005, sometió a supervisión a las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y reguló su actividad.

El Decreto 34 de 2006 define los sistemas de pago como “... *un conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo*”. (Subrayas fuera del texto).

Se considera, según el Decreto 1400 de 2005, que alguien administra un sistema de pago de bajo valor cuando el respectivo sistema, conforme a lo ya anotado, recibe un promedio diario de órdenes de transferencia o recaudo, calculadas como lo dispone dicho decreto, que resultan iguales o inferiores a \$2.500'000.000.000.00 (Dos billones quinientos mil millones de pesos).

Ahora bien, la pregunta que se nos ha hecho es si un sistema de pago de bajo valor podría emitir Dinero Electrónico a la luz de la regulación actualmente vigente. La respuesta es negativa por las siguientes razones:

Según se señaló líneas atrás un sistema de pagos es un conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo.

Según se desprende de lo anterior, lo que hacen los sistema de pagos es permitir la transferencia de fondos entre participantes y estos, según el Decreto 34 de 2006, tienen que ser instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cooperativas multiactivas con Sección de Ahorro y Crédito o cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, inscritas en el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop.

La legislación vigente no permite que los administradores de redes de pago de bajo valor reciban dinero del público sino que simplemente pongan a disposición de los participantes una infraestructura que les permita a estos transferirse fondos.

Como la regulación vigente no permite a estas entidades captar recursos del público para transformarlo en Dinero Electrónico la siguiente pregunta sería si, bajo lo previsto en el literal a) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Gobierno Nacional, vía un decreto de intervención, podría autorizar que estas entidades capten dinero del público y lo traduzcan en Dinero Electrónico.

En nuestra opinión ello no es posible por las siguientes razones:

El literal a) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que el Gobierno Nacional podrá vía decretos de intervención autorizar las operaciones que puedan realizar las entidades objeto de intervención, lo cual incluye a las sociedades administradoras de sistema de pago de bajo valor.

Sin embargo, el mismo literal señala que las operaciones que puede autorizar el Gobierno Nacional bajo el mismo deben ser de aquellas que correspondan al desarrollo del objeto principal permitido por la ley para las entidades respectivas.

En el caso de las sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor si bien no existe una determinación, a nivel de ley, de cuál es su objeto social principal no cabe duda, a la luz de los Decretos 1400 de 2005 y 34 de 2006, que su objeto se circunscribe, como se indicó, a permitir la transferencia de fondos entre participantes

y que estos habrán de tener la calidad de instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cooperativas multiactivas con Sección de Ahorro y Crédito o cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, inscritas en el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop.

Como el objeto social de los administradores de sistemas de pago de bajo valor corresponden a lo que el artículo 75 del Decreto 4327 de 2005 denomina un “proveedor de infraestructura” no parece que sea legalmente posible que el Gobierno, bajo el literal a) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autorice a este tipo de entidades a que capten dineros del público y emitan tarjetas que den lugar a Dinero Electrónico. Ello, pues tal autorización no podría calificarse como un desarrollo del objeto principal permitido para este tipo de entidades.

Por lo anterior, creemos que no resultaría legal autorizar a que, vía un decreto de intervención, el Gobierno Nacional autorice a los administradores de sistemas de pago de bajo valor a emitir Dinero Electrónico, según este término se ha explicado anteriormente.

Además de lo anterior, es bueno tener en cuenta que el Congreso de la República limitó las facultades de intervención del Gobierno Nacional, estableciendo algunas restricciones para su ejercicio. Las limitaciones a que hacemos referencia se encuentran en la actualidad en el artículo 51 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De conformidad con el artículo 51 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en ejercicio de las facultades de intervención otorgadas en la ley 35 de 1993 el Gobierno Nacional no podrá, entre otros, modificar las normas relativas a la estructura del sistema financiero y al objeto principal de las entidades autorizadas para realizar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

En nuestra opinión, autorizar a las sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor para emitir Dinero Electrónico supondría modificar de forma dramática la estructura del sistema financiero. Esto, pues se estaría alterando la estructura del sistema a que se refieren los artículos 1 a 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero al transformar entidades proveedoras de infraestructura en entidades autorizada para recibir depósitos del público y adelantar operaciones pasivas, cuando esta actividad está reservada para los establecimientos de crédito y algunas entidades del sector solidario que tienen autorizada actividad financiera.

Además, por virtud del mismo artículo 51 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, está prohibido que el Gobierno Nacional modifique el objeto principal de las entidades autorizadas para realizar actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

Por virtud de esta restricción y de las explicaciones dadas líneas atrás en relación con el literal a) del artículo 48 del estatuto Orgánico del Sistema Financiero consideramos que no sería posible que el Gobierno Nacional, vía un decreto de intervención, autorice a las sociedades administradoras de sistemas de pago de bajo valor para realizar las actividades que supone la expedición de Dinero Electrónico y, en particular, la de recibir en depósito dineros del público.

7.2. ¿El Dinero Electrónico puede calificarse como Valor a la luz de la Ley 964 de 2005?

Como se mencionó líneas atrás, nos han pedido examinar la posibilidad de que el Dinero electrónico y, en particular las tarjetas inteligentes o prepago que se expidan con este, puedan ser reguladas y autorizadas bajo las normas de la ley 964 de 2005.

Bajo esta hipótesis se nos ha pedido examinar la posibilidad de que, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 4 de la ley 964 de 2005, se reconozca la calidad de valor a las tarjetas prepago o inteligentes, por manera que las entidades que las emitan sean consideradas “emisores de valores”, como lo son quienes emiten bonos, papeles comerciales u otros instrumentos en el mercado de capitales colombiano.

Sobre este particular se tiene lo siguiente:

El Artículo 2 de la ley 964 de 2005 establece que para efectos de dicha ley será valor *“todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público”*. A renglón seguido la ley establece de manera enunciativa que instrumentos financieros se consideran valores. Esta lista enunciativa incluye como valores las acciones, los bonos, los papeles comerciales, los certificados de depósito de mercancías, cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización, cualquier título representativo de capital de riesgo, los certificados de depósito a término, las aceptaciones bancarias, las cédulas hipotecarias, cualquier título de deuda pública.

A su vez el literal b) del artículo 4 de la ley 964 de 2005 establece que el Gobierno Nacional podrá reconocer la calidad de valores a otros instrumentos diferentes a los

contenidos en la lista enunciativa del artículo 2 de la misma ley, siempre que dichos instrumentos reúnan las características establecidas en este último artículo (se trate de un derecho de naturaleza negociable, haga parte de una emisión y tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público).

Como las tarjetas prepago y las tarjetas inteligentes no se acomodan a ninguno de los instrumentos listados por el artículo 2 de la ley 964 de 2005 es evidente que estos instrumentos no se pueden calificar por vía directa como valores.

Y tampoco podría el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones contenidas en el literal b) del artículo 4 de la ley 964 de 2005, establecer que las tarjetas prepago o inteligentes son valores pues las mismas no cumplirían con todas las características que ha de tener un instrumento financiero para poder ser catalogado como valor.

Si bien podría argumentarse que las tarjetas prepago son fruto de una emisión y que tienen por objeto captar recursos del público mal podría decirse que las mismas constituyen un derecho de naturaleza negociable.

Los valores, por definición, son derechos de naturaleza negociable que por sus características y atributos se pueden negociar en mercado organizados como los que administran las bolsas de valores.

Las tarjetas prepago y las tarjetas inteligentes no podrían negociarse en mercados organizados ni en general tendrían la negociabilidad propia de los valores, entre otras cosas, porque cada una de ellas incorporaría una cifra diferente dependiendo de las sumas depositadas por cada cliente. Además, en este tipo de tarjetas corrientemente no se permite el reconocimiento de intereses ni de ningún beneficio por lo que parece irreal que pudiera desarrollarse un mercado secundario.

Finalmente, debe resaltarse que una de las modalidades de Dinero Electrónico son las tarjetas prepago y las tarjetas inteligentes, pero al mismo tiempo existen otros medios para su emisión como sería el almacenamiento de dineros en teléfonos celulares.

Es evidente que en el caso de teléfonos celulares no sería posible señalar nunca que se está en presencia de un derecho de naturaleza negociable, ni mucho menos que los mismos son el fruto de una emisión, por lo que este tipo de instrumentos, para el caso del Dinero Electrónico, si que estarían por fuera del ámbito de aplicación de la ley de valores.

Por ello, aun en la hipótesis de que las tarjetas prepago y las tarjetas inteligentes pudieran calificarse como valores, es evidente que una regulación que así lo hiciera

carecería de neutralidad regulatoria pues estaría favoreciendo algunos instrumentos de Dinero Electrónico (las tarjetas prepago o inteligentes) sobre los teléfonos celulares. Esto iría en contra de los principios de la regulación financiera, los cuales señalan que el mismo tipo de servicio financiero debe regularse de forma horizontal, sin generar arbitrajes regulatorios.

8. CONCLUSIONES

De conformidad con lo dicho se tiene lo siguiente:

- El M-banking incluye la provisión de tres clases de servicios financieros: “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles, “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil y “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil.
- La mayoría de los servicios prestados a través del “Mobile Accounting” o Cuentas Móviles y del “Mobile Brokerage” o Corretaje Móvil se refieren a la realización efectiva de transacciones. Entretanto, los servicios relacionados con el “Mobile Financial Information Services” o Servicios de Información Financiera Móvil son de naturaleza informativa.
- El E-money o Dinero Electrónico es un valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de situar, transferir o retirar fondos y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico.
- Los modelos de M-Banking pueden ser clasificados en tres categorías, a saber: “Bank Focused” o Modelo Bancario, “Bank-Led” o Modelo Liderado por Bancos y “Non-bank-Led” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias. En el primero quien puede establecer la relación y es la contraparte de los clientes en relación con los servicios financieros es una entidad financiera; en el segundo la contraparte de los clientes es una entidad financiera actuando a través o con el concurso de una entidad no financiera (agentes o corresponsales); en el tercero la contraparte es una entidad no financiera (por ejemplo, una empresa de servicios tecnológicos).
- El artículo 335 de la Constitución Política Colombiana establece que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.
- Según lo dispuesto en la Ley 170 de 1994, entre otros, la aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público y todos los servicios de pago y transferencia, así como el procesamiento de datos financieros y soporte lógico se consideran servicios financieros. Como estos mismos servicios son lo que se prestan a través del M-banking y constituyen, justamente, la esencia del

E-money, no cabe duda de que estamos bajo las hipótesis a que se refiere el artículo 335 de la Constitución Política.

- Lo anterior significa que, bajo la norma constitucional en comento, el M-banking y el E-money, en cualquiera de sus modalidades, son actividades de interés público que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado.
- Quien realice operaciones propias del E-banking o el E-money sin contar con permiso estatal y estar sometido a supervisión puede estar incurso en el delito de captación de dineros del público y, desde el punto de vista administrativo, pueden estar realizando una actividad financiera irregular. En el primer caso la consecuencia puede ser la privación de la libertad y en el segundo sanciones administrativas.
- Si Colombia optara porque las actividades de E-money se realicen –o continúen realizando- bajo un Modelo “Bank Focused” o Modelo Bancario, no sería necesario expedir regulación estructural para el efecto. Mientras tanto, si Colombia quisiera adoptar un modelo “Non-bank-Led” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias sería necesario la expedición de la una ley. Esto, pues la propia Corte Constitucional ha dicho que, conforme a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política, es el legislador quien debe determinar en qué términos las actividades financieras bursátiles y aseguradoras y las que supongan manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público pueden ser ejercidas.
- Ante lo anterior creemos que la alternativa más razonable en el corto plazo podría ser la ahondar en un esquema “Bank-Led” o Modelo Liderado por Bancos que ya, como se explicó, se abrió en el país a través de los corresponsales. Bajo este esquema podría pensarse en incentivar la creación de alianzas entre empresas del sector real y entidades financieras, de manera que aquellas sirvan como canales de estas para efectos del establecimiento más profundo de servicios de E-money en Colombia.
- De pensarse en la posibilidad de expedir una ley para establecer en Colombia un “Non-Bank-Led Model” o Modelo Liderado por Entidades no Bancarias para E-money, debe guardarse cuidado en que dichas operaciones estén debidamente supervisadas y reguladas. Esta ley debería prever lo siguiente:
 - La posibilidad de que en adelante puedan emitir Dinero Electrónico, además de los establecimientos de crédito y las cooperativas de ahorro y crédito, las Secciones Especializadas de empresas ya existentes (el caso de las empresas de telefonía celular) (en adelante

las “Secciones Especializadas”) y entidades especializadas, cuando el objeto sea sólo prestar servicios de E-money (el caso de las empresas que se dediquen exclusivamente a comercializar tarjetas que sean monederos electrónicos) (en adelante los “Emisores de Dinero Electrónico”).

- La ley deberá señalar un monto mínimo de capital que deberán acreditar las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico.
- Para poder constituir una Sección Especializada o un Emisor de Dinero Electrónico será necesario solicitar y obtener permiso de la Superintendencia Financiera, quien sería el supervisor de las actividades financieras.
- En el caso de la Sección Especializada la ley deberá aclarar que la misma se entenderá jurídicamente separada de todos los demás negocios de la respectiva persona jurídica.
- La ley deberá aclarar que la definición de Dinero Electrónico cubre aquel que esté contenido es un dispositivo de pago en poder del titular (una tarjeta precargada o un teléfono celular, por ejemplo) o aquel que esté almacenado a distancia en un servidor y gestionado por el cliente mediante una cuenta específica para el efecto. Así mismo, deberá aclarar que no se entiende que existe Dinero Electrónico y que en tal medida no aplica lo dispuesto en la misma, cuando se presenten valores monetarios almacenados en medios electrónicos o magnéticos que constituyan instrumentos de prepago de bienes o de servicios que puedan ser adquiridos exclusivamente en locales del emisor de los instrumentos.
- La Superintendencia Financiera deberá verificar permanentemente el carácter, responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la dirección y administración de las Secciones Especializadas de las entidades a las cuales se les autorice la constitución de éstas y de los Emisores de Dinero Electrónico.
- La ley deberá prever específicamente que tipo de actividades financieras se autorizarán a la Sección Especializada y a los Emisores de Dinero Electrónico.

- La ley deberá prever que las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico tendrán la obligación de mantener los recursos captados en cuentas corrientes o cuentas de ahorros abiertas en establecimientos bancarios. Estas cuentas deberán estar abiertas a nombre de la Sección Especializada o de los Emisores de Dinero Electrónico pero deberán permitir a las autoridades identificar a nivel de cliente final el monto de los recursos depositados al crearse el Dinero Electrónico.
- La ley deberá prohibir, entre otras, que las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico otorguen préstamos con los recursos captados y reconozcan intereses sobre el dinero depositado u otro tipo de beneficio similar.
- La ley deberá establecer que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas de la ley, así como a los objetivos y criterios establecidos en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, podrá ejercer las facultades de intervención previstas en el artículo 48 del mismo, con el objeto de regular la actividad de las Secciones Especializadas y de los Emisores de Dinero Electrónico.
- La ley deberá establecer la posibilidad de que la Superintendencia Financiera disponga la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las Secciones Especializadas.
- La ley deberá establecer que el Gobierno Nacional podrá determinar el mecanismo a través del cual las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico asegurarán los depósitos de sus afiliados.
- La ley deberá señalar que el régimen sancionatorio aplicable a las Secciones Especializadas y a los Emisores de Dinero Electrónico, así como a sus directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales y empleados, será el mismo régimen aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.
- La ley deberá disponer que las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico deberán estar sujetos a normas especiales en materia de prevención y control de lavado de activos y de la financiación del terrorismo que deberán ser dictadas por la

Superintendencia Financiera. En particular, estas normas deberán establecer un régimen simplificado con respecto al conocimiento del cliente y a la obligación de adoptar mecanismos de administración de riesgos.

- La ley deberá aclarar que en virtud de lo previsto en el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito que emitan Dinero Electrónico deberán informar claramente a los consumidores financieros todas las características y restricciones aplicables al Dinero Electrónico.
- La ley deberá establecer que, tratándose de Dinero Electrónico, no será necesario que las entidades envíen físicamente extractos, sin perjuicio de la obligación de poner a disposición de los clientes los estados de cuenta, a través de los mecanismos que establezcan para el efecto.
- A fin de mantener la confianza de los titulares del Dinero Electrónico, la ley deberá prever que será obligación de las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito que emitan Dinero Electrónico reembolsar el dinero que haya entregado el respectivo cliente. La ley deberá establecer que el reembolso podrá efectuarse en todo momento, al valor nominal y que no podrá establecerse un límite mínimo para el reembolso.
- La ley deberá establecer que las sumas depositadas y que dan origen al Dinero Electrónico no serán embargables hasta cierto monto.
- La ley deberá establecer que tanto la supervisión como la regulación deberán mantener igualdad de condiciones con respecto a la emisión de Dinero Electrónico, con independencia del tipo de entidad que lo emita (establecimiento de crédito, cooperativa de ahorro y crédito, Sección Especializada o Emisor de Dinero Electrónico).
- La ley deberá prever expresamente la posibilidad de que las Secciones Especializadas, los Emisores de Dinero Electrónico y los establecimientos de crédito que emitan Dinero Electrónico

distribuyan y reembolsen dinero electrónico por intermedio de corresponsales.

- La ley deberá prever que el Gobierno Nacional deberá adecuar la estructura de la Superintendencia Financiera dotándola de la capacidad presupuestal y técnica necesaria con el fin de que cumpla las funciones de autorización, inspección y vigilancia sobre las Secciones Especializadas y los Emisores de Dinero Electrónico.
- En relación con el Banco de la República es importante tener en cuenta que la Resolución Externa 8 de 2000 establece el régimen de cambios internacionales. Por virtud de esta resolución se establece que distribuir y vender tarjetas prepago, recargables o no, e instrumentos similares que supongan una operación de cambio sólo puede ser realizada por aquellas entidades que tengan la calidad de intermediarios del mercado cambiario. Si se quisiera que entidades del sector real, como las empresas de telefonía celular, distribuyan y vendan tarjetas prepago, recargables o no, o instrumentos similares que supongan una operación de cambio (por ejemplo, porque suponen un giro o remesas de dinero en moneda extranjera del exterior a Colombia) sería necesario modificar la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República para prever esta hipótesis.
- Para que el E-money sea una realidad a partir de las remesas internacionales sería necesario que se modifique la Circular Reglamentaria DCIN-83 del Banco de la República pues esta norma exige que cualquier operación de cambio requiere de la presentación y firma de una declaración de cambio, la cual debe presentarse frente a los intermediarios de cambio de quien se adquieren las divisas.
- En nuestra opinión, no resultaría legalmente posible que el Gobierno Nacional, vía un decreto de intervención, autorice a los administradores de sistemas de pago de bajo valor a emitir E-Money o Dinero Electrónico. Esto supondría una modificación del objeto principal de estas entidades así como una modificación de la estructura del sistema financiero, asuntos que son del resorte del legislativo y no del ejecutivo.
- Las tarjetas prepago e inteligentes no pueden ser reguladas por el Gobierno Nacional bajo el amparo de decretos expedidos bajo la ley de valores. Esto, pues este tipo de instrumentos no hacen parte del listado de “valores” a que se refiere el artículo 2 de la ley 964 de 2005. Tampoco podría el Gobierno

Nacional, en ejercicio de las atribuciones contenidas en el literal b) del artículo 4 de la ley 964 de 2005, establecer que las tarjetas prepago o inteligentes son valores pues las mismas no cumplirían con todas las características que ha de tener un instrumento financiero para poder ser catalogado como valor.