

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SEC. TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



**SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR EN COLOMBIA COMO PARTE DE LA
ACTIVIDAD FINANCIERA: NECESIDAD DE VIGILANCIA INTEGRAL**

Monografía como trabajo de grado para optar por el título de Abogado.

Presentado por: Carlos Fernando Vanegas Vargas.

Director: Mg. Marlon Iván Maldonado Narváez.

Tunja-Boyacá.

Colombia.

2022.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN.....	6
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	8
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	9
JUSTIFICACIÓN.	9
MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.	10
ENFOQUE INVESTIGATIVO.	10
TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	10
HIPÓTESIS	11
Objetivo general:	11
Objetivos específicos:	11
1. CAPÍTULO: LA IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA EN COLOMBIA Y LA CAPTACIÓN COMO OPERACIÓN BANCARIA.	12
1.1. Interés Público y Confianza Pública como categorías de Protección Constitucional.	12
1.2. Actividad Financiera y Actividad Bancaria.....	16
1.3. Captación de Recursos del Público como Operación Bancaria.....	17
2. CAPÍTULO: LOS SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR EN COLOMBIA Y SUS ACTORES.....	20
2.1. ¿Qué es un Sistema de Pago de Bajo Valor?	21
2.2. Actores del Sistema de Pago de Bajo Valor.	25
2.2.1. Entidad Emisora:	25
2.2.1.1 ¿Quiénes son Entidades Emisoras?	26
2.2.2. Adquirente:	27
2.2.3. Entidad Receptora:	30
2.2.4. Administradora de Sistemas de Pago de Bajo Valor:	30
2.3. Actividades de las Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor.	32
2.3.1. Compensación:	32

Cámaras de Compensación de Cheques:.....	34
Cámaras de Compensación de Transferencias Electrónicas:	36
Cámaras de Compensación de Tarjetas débito y crédito:	38
2.3.2. Liquidación:	41
3. CAPÍTULO: PROBLEMA DE NO VIGILANCIA SOBRE LA TOTALIDAD DE ACTORES DEL SISTEMA DE PAGOS DE BAJO VALOR.	42
3.1. Funciones de Inspección, Control y Vigilancia:.....	43
3.1.1. Vigilancia Superintendencia de Sociedades:.....	45
3.1.2. Vigilancia Superintendencia Financiera de Colombia:.....	46
3.2. El Ejercicio de la Adquirencia por Sociedades No Vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.	49
3.2.1. Captación de Recursos del Público como parte de la Adquirencia.....	51
3.2.2. Consecuencia de la evolución de los mercados.	58
3.2.3. Riesgos Financieros en los Sistemas de Pago de Bajo Valor:.....	60
CONCLUSIONES.....	63
REFERENCIAS	65

RESUMEN

En el presente escrito de investigación, daremos a conocer al lector la importancia constitucional de la actividad financiera como género y la actividad bancaria como especie, en especial, al referirnos a una de las operaciones bancarias típicas que se practica en los mercados financieros por las instituciones del sector, como lo es la captación de recursos del público. Esta operación, se encuentra clasificada dentro de la categoría de “Operaciones Pasivas”, teniendo una doble funcionalidad en el desarrollo de la actividad bancaria. Ahora, por tratarse de una actividad donde, quien la ejerce, maneja, invierte y saca provecho de dineros del público, la Constitución Política de Colombia, prevé que debe ser intervenida por el Estado, aspecto de suma relevancia que será base determinante con el fin de dar entender sobre la importancia del deber estatal en materia de vigilancia sobre dicho sector económico.

Por otra parte, se expondrán los conceptos y nociones básicas respecto de los sistemas de pago de bajo valor “SPBV”, actividad que se encuentra dentro de lo que constituye actividad financiera, tanto por la naturaleza de sus actos como por sus intervinientes, llevando a que sea objeto de protección constitucional. Su importancia ha venido acrecentándose en los últimos años en el sector, gracias a la colaboración de las infraestructuras tecnológicas que han permitido la ampliación del sistema para las personas naturales y jurídicas, logrando brindar mayor acceso y facilidad en la ejecución de transacciones dinamizando a su vez, la oferta de productos y servicios por parte del sistema financiero y consecuentemente, generando mayor crecimiento económico.

Finalmente, se buscará informar al lector sobre la problemática del no ejercicio de vigilancia estatal sobre todos los actores del “SPBV” como parte de la actividad financiera, teniendo como fundamento el hecho de que, al pertenecer a este sector económico, se le debe brindar la importancia de rango constitucional que tiene, llevando a que la intervención estatal deba ser total sobre sus intervinientes para evitar la inseguridad de las personas en el sistema y los eventuales riesgos pertenecientes a dicha actividad.

Palabras claves: Actividad financiera, intervención, vigilancia, captación, “SPBV”, adquirencia, depósitos, riesgos financieros.

ABSTRACT

In this research paper, we will inform the reader of the constitutional importance of financial activity as a gender and banking activity as a species, in particular by referring to one of the typical banking operations practiced in the financial markets by the institutions of the sector, as is the gathering of resources from the public. This operation is classified within the category of "Passive Operations", having a double functionality in the development of banking activity. Now, because it is an activity where, who exercises it, manages, invests and takes advantage of public money, the Constitution of Colombia, foresees that it must be intervened by the State, this is an extremely important aspect that will be a determining basis in order to give an understanding of the importance of the state's duty to monitor this economic sector.

Moreover, the basic concepts and notions regarding the low-value payment systems "SPBV", an activity that is within what constitutes financial activity, both by the nature of its acts and by its participants, will be presented, leading to its constitutional protection. Its importance has been increasing in recent years in the sector, thanks to the collaboration of the technological infrastructures that have allowed the extension of the system for natural and legal persons, achieving greater access and ease in the execution of transactions, in turn accelerating the supply of products and services by the financial system and consequently, generating greater economic growth.

Finally, it will seek to inform the reader about the problem of the non-exercise of state surveillance over all the actors of the "SPBV" as part of the financial activity, based on the fact that, as it belongs to this economic sector, it must be given the importance of constitutional rank that it has, this means that the state intervention must be total on its participants in order to avoid the insecurity of the people in the system and the possible risks belonging to that activity.

Key words: Financial activity, intervention, surveillance, recruitment, "SPBV", acquisition, deposits, financial risks.

INTRODUCCIÓN

El progreso económico de un país está ligado fuertemente a la mayor movilización de activos o de recursos provenientes de relaciones de producción y consumo. El dinero, como unidad de cuenta, bien representativo de valor y objeto de intercambio por productos y servicios, ha sido el medio de pago por excelencia. Tradicionalmente, la entrega de dicho papel¹ como medio de retribución, es la que ha generado certeza y confianza entre los actores que celebran cualquier tipo de negocio, forjándose como una conducta, no solo obligatoria en el sentido de obtener bienes, sino también, como parte de la cultura de pago en la economía.

La movilización de recursos con ocasión a las operaciones realizadas en el mercado, constituye una de las actividades más importantes en el desarrollo económico de un país, contribuyendo al avance de diversos sectores de producción y consumo en la generación de empleo y prosperidad. Aunado a ello, dicha movilización, con los avances culturales y tecnológicos, ha llegado a permear en gran parte al sistema financiero, actividad económica de interés público que, además de ser tutelable por el Estado, es la mayor fuente de canalización de dineros del público en diferentes modalidades, otorgando mayor dinamismo a la economía en sus diversos sectores.

La protección estatal que permea al sistema financiero, tiene su razón de ser en la generación de seguridad y confianza a los actores económicos teniendo como fundamento legal el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de que estos inviertan, depositen y permitan manejar a las instituciones del sector lo que constituye ahorro público por medio de las diferentes operaciones bancarias, en el caso de los establecimientos de crédito o también, de las operaciones que hacen parte de la actividad según su especialidad en el sistema.

Frente a una de las formas mediante la cual se moviliza el ahorro público, son los sistemas de pago. La infraestructura financiera en Colombia en materia de sistemas de pago da lugar a la existencia

¹ De acuerdo con el Banco de la República (s.f.). como órgano de banca central, una de sus funciones es la de emitir la moneda legal colombiana como labor exclusiva. La emisión de moneda está constituida por moneda metálica y billetes, es decir, que es el órgano encargado de ejecutar la producción, emisión, provisión y destrucción del dinero que será objeto de circulación.

de cuatro tipos: Sistema de negociación y registro de activos financieros; sistemas de compensación y liquidación de activos financieros; sistemas de pago de alto valor, en adelante “SPAV” y los sistemas de pago de bajo valor, en adelante “SPBV”. En lo referente a estos últimos, su más reciente regulación se encontraba en el decreto 2555 de 2010 “Decreto único reglamentario del sector financiero” en la parte 2 libro 17, sin embargo, con la expedición del decreto 1692 de 2020, las disposiciones del decreto único reglamentario del sector financiero fueron objeto de reforma. En estos sistemas, las transacciones no se componen de valores grandes como su misma denominación lo indica, sin embargo, al constituir parte de la actividad financiera, independientemente de las sumas de dinero que se movilicen por medio de los SPBV, sus actores o intervinientes deben sujetarse a los postulados constitucionales de intervención estatal de inspección., control y vigilancia por parte del Presidente de la República, de acuerdo al artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política. Ahora, con los avances tecnológicos en el sistema financiero que han desarrollado la bancarización de gran parte de las personas, los SPBV han venido desarrollando cambios con el propósito de adecuarse a la demanda de los mismos por parte, tanto de consumidores como de usuarios, como, por ejemplo, los establecimientos de comercio. La ampliación de funciones en sus instituciones va de la mano con el incremento de los productos financieros, los cuales, permiten gran variedad de formas al momento de manejar el ahorro público. Sin embargo, consideramos que, si bien los avances permiten en el ámbito económico, mayor crecimiento en los diferentes sectores, no se debe dejar de lado la protección constitucional de la que goza el sector financiero, esto, debido a que como actividad de interés público tiene a cargo la generación de la confianza pública en los ahorradores y la estabilidad financiera en sus instituciones.

La intervención del Estado en su labor celosa de proteger el sector financiero, debe procurar porque las funciones derivadas de esta, se ejerzan con total integridad, esto, debido a que diferencias regulatorias entre las instituciones del sistema, podrían desencadenar riesgos generadores de daños para las partes y para la normatividad correspondiente. De igual forma, en las entidades que conforman el sistema financiero, existen especialidades o funciones específicas para cada uno, aspecto que deberá ser un criterio a la hora de ejercer vigilancia sobre cada actor, con el fin de dar cumplimiento a postulado constitucional del artículo 335, evitando menoscabar el interés público del que goza la actividad financiera.

En la presente investigación, se buscará informar al lector en el capítulo 1 sobre la importancia constitucional que tiene la actividad financiera en Colombia, el interés público como característica y la generación de confianza pública en los intervinientes del sector como fin de su actividad. A su vez, se expondrán conceptos básicos sobre la captación como operación bancaria pasiva y sus formas o instrumentos para ejercerla. Por otra parte, en el capítulo 2, se dará a conocer en el aspecto conceptual lo concerniente a los sistemas de pago de bajo “SPBV”, sus actores y, sobre todo, los aspectos que principalmente fueron objeto de reforma por el decreto 1692 de 2020, con especial atención a la función de la adquirencia. Finalmente, se hará alusión a la problemática de no vigilancia sobre la totalidad de actores del SPBV, dando a conocer las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera; el ejercicio de la adquirencia por sociedades no vigiladas dando énfasis especial a la captación de recursos del público como operación bancaria realizada por el adquirente; consecuencia de la evolución de los mercados en la normatividad y, los riesgos financieros que hacen parte de todo sistema de pago en su operación.

Por lo anterior, se quiere dar a conocer al lector una postura de protección rígida en lo que tiene que ver con la actividad financiera, en específico, con los sistemas de pago de bajo valor como parte integrante de la misma, adoptando el criterio constitucional de interés público frente a que todas las instituciones que presten un servicio que tenga por objeto el aprovechamiento, inversión y manejo de recursos del público a través de captación, deben ser vigilados por el Estado.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La Carta Política colombiana estableció en el artículo 333 la libertad de empresa dentro de los límites del bien común y de la competencia; y a partir de allí estableció que el Estado vigilaría para que dicha libertad no afecte tampoco al crédito y a la competencia económica. Asimismo, estableció en su artículo 335 que la actividad financiera sería especialmente vigilada al ser considerada de interés público, toda vez que implica la captación de los recursos del público.

En atención rigurosa al precepto constitucional y a la teleología misma de la Carta, lo que se espera entonces es la vigilancia de cualquier actor que de una u otra forma pueda estar realizando actividades de captación, sin importar las cuantías. La no vigilancia sobre la totalidad de actores

del sistema de pagos de bajo valor “SPBV” como parte de la actividad financiera, da lugar a que se presente una omisión o incumplimiento de la intervención del Estado a las entidades que hacen parte del sistema financiero, cuyas actividades desarrolladas por este, constituyen interés público y son sujetas a protección constitucional.

A su vez, el Estado como principal garante e interviniente de la economía, debe velar para que las personas que depositen sus excedentes de liquidez o movilicen dichos recursos, tengan confianza en el sistema financiero y sus instituciones, confianza que se genera al tener una regulación integral de vigilancia sobre todos los actores que desarrollen actividades pertenecientes a dicho sector económico.

De otra manera, los ahorradores y usuarios del sistema se encontrarían a la deriva ante una posible situación de insolvencia, sin importar su causa, y frente a la cual si el Estado hubiese cumplido con su deber constitucional de vigilar dichas operaciones se podrían evitar, y evitar así el resquebrajamiento de la confianza pública en la banca en Colombia.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cuáles podrían ser los efectos a partir de la diferencia regulatoria entre los actores del sistema de pago de bajo valor, en relación con la posible realización de la actividad de captación por parte del adquirente?

JUSTIFICACIÓN.

La actividad financiera como parte del interés público y principal desarrolladora de la economía, es sujeta a protección constitucional con base en el artículo 335 de la Constitución Política, teniendo como característica que quien desarrolle actividades que correspondan al sector financiero, tendrán que ser sujetos de intervención estatal, con el fin de proteger y fomentar la confianza pública en los ahorradores e inversionistas.

Dentro de lo que constituye actividad financiera, se encuentra la actividad bancaria, en la cual, sus instituciones, por ejemplo, los establecimientos de crédito, tienen por objeto practicar operaciones activas y pasivas, esto es, la colocación y la captación de recursos del público. Dichas operaciones constituyen el negocio principal de los Bancos, pero para desarrollarlas, se requiere que las

personas con excedentes de liquidez depositen sus recursos en sus instituciones, hecho que da lugar a que quienes pertenezcan a esta actividad y en sí, al sector financiero, deban ser vigilados.

Para el caso del adquirente no vigilado, si bien no se trata de un establecimiento de crédito, su actividad se encamina a captar recursos del público así no sean objeto de colocación para conceder préstamos a quien los requiera, sin embargo, la concentración de recursos ajenos provenientes de diferentes personas, tiene como consecuencia que la regulación propia como actor del SPBV y los postulados constitucionales de intervención, no sean los adecuados o los correspondientes al sector económico al que pertenece, proponiendo que la regulación en lo que concierne a vigilancia estatal sea para todos los intervinientes del sistema de pagos y no sobre los restantes a este.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

Se trata de una investigación de diseño documental que se plantea a través del método deductivo, el cual permite la obtención de conclusiones particulares desde las generalidades de la norma. Igualmente, al tratarse de una investigación de corte socio-jurídico se aplicará el método cualitativo, con un ejercicio hermenéutico de la realidad jurídica, sin la realización de trabajo de campo, con la que la investigación tendrá principalmente un corte descriptivo. Por último, señalar que para la mayor fortaleza de los resultados se realizará un análisis comparado. Sobre las fuentes se tomaron fuentes primarias y secundarias.

ENFOQUE INVESTIGATIVO.

Se orientó hacia la investigación cualitativa, teniendo como fundamento conceptos básicos de cada materia con el fin de analizarlos e interpretarlos, logrando una nueva perspectiva a partir de los mismos.

TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Teniendo en cuenta que se trata de una temática ligada al derecho constitucional y comercial, la técnica se basó en la búsqueda de sentencias dictadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con el fin de obtener definiciones, pero con interpretaciones ya desarrolladas por los máximos órganos de cierre en mención. Se utilizaron conceptos emitidos por el Banco de la República, Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, Unidad de Regulación

Financiera y demás documentos técnicos y de investigación para obtener una visión más profunda sobre determinadas situaciones. Igualmente, se optó por el material bibliográfico con el fin de reforzar y a la vez, contrastar las posturas objeto de estudio con las demás fuentes.

HIPÓTESIS

Los sistemas de pago de bajo valor como parte de la actividad financiera, gozan de protección constitucional de acuerdo al artículo 335 de la constitución política de Colombia debido a la importancia que tienen en la economía, por lo cual, todas las instituciones o participantes que pertenezcan a dicho sistema, deben ser intervenidas de manera permanente, es decir, vigiladas, y más cuando sus actores incurren en manejo y captación de recursos del público, esto, con el fin de que la normatividad que rige esta actividad económica y su ejecución, genere seguridad jurídica y confianza en el público, cumpliendo a su vez, el fin constitucional de actividad protegida por el Estado.

Objetivo general:

Esbozar las dificultades que propone la diferencia regulatoria entre los actores de los sistemas de pago de bajo valor, de cara a proponer la vigilancia total sobre los mismos en relación con la posible actividad de captación.

Objetivos específicos:

- Establecer la importancia constitucional de la actividad financiera y la generación de confianza pública teniendo como operación relevante la captación de recursos del público.
- Analizar el actual régimen de los sistemas de pago de bajo valor tanto en su actividad como en los intervinientes del mismo desde lo referente al ámbito del derecho financiero.
- Advertir los eventuales problemas de no vigilancia total sobre los actores del sistema, con relación al eventual ejercicio de captación como operación bancaria.

1. CAPÍTULO: LA IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA EN COLOMBIA Y LA CAPTACIÓN COMO OPERACIÓN BANCARIA.

1.1. Interés Público y Confianza Pública como categorías de Protección Constitucional.

La actividad financiera como móvil de dinamismo en el mercado, goza de protección constitucional debido a que, con las diversas operaciones que se desempeñan tanto por su naturaleza eminentemente financiera como por sus actores, deben obtener la suficiente atención y cuidado tanto del legislador como de las autoridades administrativas que se encargan de vigilar las actividades del correspondiente sector.

Por la importancia que reviste en el ordenamiento jurídico, la actividad financiera encuentra su cimiento en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia como parte del régimen económico y de la hacienda pública, el cual, dispone que las actividades bursátiles, aseguradora, financiera y cualquier otra que esté relacionada con el aprovechamiento, inversión y manejo de recursos captados a los que se hace referencia en el artículo 150 numeral 19 literal d, constituyen interés público y su ejercicio estará mediado de autorización previa, conforme a la ley, por parte del Estado, quien a su vez, regulará la manera en la cual se realice intervención sobre estas actividades por parte del Gobierno, promoviendo la democratización del crédito. (C.P., 1991, art. 335)

El margen de protección constitucional no se reduce solamente a las actividades enunciadas inicialmente, sino que el mismo se expande cuando se hace alusión a cualquier otra actividad que se relacione con la inversión, manejo y aprovechamiento de recursos captados del público (C.P., 1991, art. 335), catalogando dichas actividades como de interés público. En lo referente al interés público, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la materia a través de la sentencia C-955 de 2000, donde el máximo tribunal constitucional, manifestó que la intermediación de recursos, como parte de la actividad financiera en el Estado Social de Derecho, por su carácter de interés público, conlleva responsabilidades, y que, al tener una función social, implica el cumplimiento de obligaciones, deberes que se traducen en la intervención, dirección y restricción

por parte del Estado a las personas que deseen hacer parte del sector financiero. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-955, 2000)

Del interés público se puede extraer que, además de ser una característica, es una categoría que implica una protección reforzada, tanto para las instituciones del sector financiero, como para los usuarios o consumidores que se vean inmersos en las relaciones jurídico económicas que se desprendan de las mencionadas actividades. Así mismo, se traduce en que el acceso al mercado financiero, en lo que a oferentes se refiere, es de carácter restringido y que, una vez dentro del mismo, el Estado intervendrá en la ejecución de las actividades que tengan como fin el manejo, inversión y aprovechamiento del ahorro público. La importancia constitucional y rigidez de la misma, encuentra fundamento en el provecho o beneficio que reporta a la economía de un país. De igual forma, el interés público, es un criterio orientador en la ejecución de dicha actividad en el ordenamiento jurídico, el cual, se ve constatado en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en adelante “EOSF”.

La Corte Constitucional en sentencia C-793/14, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, hace referencia a los aspectos que hacen parte de la intervención del Estado en la actividad financiera como formas de protección al interés público. La Corte señala que se trata de cánones genéricos que exige la ley, los cuales, hacen alusión a las condiciones para la constitución de la entidad y la obtención de autorización por parte del Estado para ejercer las actividades del sector; la especialidad del objeto social y las operaciones que serán autorizadas conforme al objeto; las limitaciones y prohibiciones que deben cumplir y las inversiones que podrán realizar en el desarrollo de su operación; los requisitos generales de funcionamiento y la responsabilidad de quienes tengan la calidad de administradores. Las anteriores directrices, tienen como finalidad constituir el margen sobre el cual el poder ejecutivo efectúe las funciones de intervención, buscando que las actividades del sistema financiero sean desarrolladas en condiciones de transparencia y seguridad. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-793, 2014)

Así mismo, el denominado interés público como atributo del sector financiero, da lugar a que, con ocasión de su cumplimiento, se dé nacimiento a una consecuencia que estrictamente debe imperar

para sus usuarios, haciendo referencia a la generación de confianza pública. En sentencia C-640 de 2010, se hizo referencia a ese efecto del interés público, manifestando que la actividad financiera es indispensable en el desarrollo económico, por lo cual, se funda en un “pacto intangible de confianza”. Dicha confianza, se trata en que los usuarios del sistema, tengan la certeza de que las instituciones con las que contraigan obligaciones, les cumplirán en lo que corresponda. A su vez, la confianza tiene su razón de ser en la existencia de una normatividad rigurosa y en la convicción pública de que las instituciones pertenecientes al sector, son vigiladas en los ámbitos profesionales y técnicos que componen su actuar. De igual forma, esa confianza debe ser continua, permanente y que sea extendida de manera total, con el fin de que el sistema opere correctamente. La confianza pública como elemento del interés público, constituye el principal objetivo de la intervención estatal, ya que, al quebrantamiento o rompimiento de esta, el sistema financiero se paraliza y a la vez, se ocasionan daños graves a la economía. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-640, 2010)

De igual forma, frente a la confianza pública como fin de la intervención estatal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en términos similares a los anteriores, declarando que la confianza constituye el principal activo del sistema, ya que, sobre ese intangible, el sistema financiero consigue que el dinero de los ahorradores circule a través de este, por medio de las operaciones de captación y colocación, conductas que solo le están permitidas a sujetos especializados. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 390209, 2003)

Es decir, el cumplimiento del interés público y la consecuencia de generación de confianza pública en la actividad financiera, atiende a que la misma goce de intervención estatal. Dicha intervención, se materializa a través de una regulación rígida, la cual, de acuerdo con Cárdenas (2009), debe ofrecer una protección a los depositantes o usuarios, que por regla general, suelen ser pequeños o de poca influencia dentro del sistema, esto, en razón a que no poseen la oportunidad o capacidad para poder ejercer seguimiento a los administradores de las entidades pertenecientes al sector, para saber si su actuar es prudente y se adecua conforme a la ley, por lo cual, tanto el legislador como la autoridad administrativa encargada de vigilar estas entidades, actúan como representantes de los usuarios o depositantes.

También, consideramos que la protección a los depositantes o usuarios del sistema financiero, se da con el cumplimiento de condiciones estrictas respecto de la constitución de sus participantes² y posterior autorización de funcionamiento³, provocando que la participación en el sistema sea restringida, pero busque generar seguridad.

Finalmente, las prerrogativas a favor de los usuarios deberán ser tuteladas en igual forma con la intervención del Estado respecto de la oferta de productos y servicios, lo cual, ha sido manifestado por la Corte Constitucional como una de las funciones o ejercicios de supervisión por parte de la Superintendencia Financiera. Dicha función, hace referencia a que la Superintendencia sea testigo de que las instituciones que estén bajo su vigilancia, suministren información veraz y suficiente a los usuarios y consumidores respecto de su estado en el mercado, como también, las características y condiciones contractuales que conlleve la adquisición de sus productos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-692/07, 2007)

Por lo anterior, se colige que la generación de la confianza pública en las personas hacia el sistema financiero, está ligada de manera acentuada a que la intervención estatal sobre las instituciones que hacen parte del sistema, no solamente se limite a la correspondiente autorización para su participación, sino que sobre ellas se ejerza un permanente acompañamiento o vigilancia profesional en la ejecución de sus actividades y consecuentes relaciones jurídico económicas.

² Véase Superintendencia Financiera de Colombia. (25 de febrero de 2022). Concepto 2022002520-001. Entidades vigiladas, constitución, autorización, implementación de sistemas de administración de riesgos. <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1059281/2022002520.docx>

³ Véase Superintendencia Financiera de Colombia. (4 de noviembre de 2008). Concepto 2008056242-001. Bancos, requisitos de constitución. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/info/SFCant/Normativa/Conceptos2008/2008056242.pdf>

1.2. Actividad Financiera y Actividad Bancaria.

Ahora, si bien se dio explicación frente a la protección constitucional que tiene la actividad financiera, resulta necesario adentrarnos en la definición de la misma, frente a lo cual, acudimos a la Corte Constitucional, quien en sentencia C-1062 de 2003, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, la definió como actividad de interés general. Tal denominación, atiende a que la ecuación ahorro – inversión se ve comprometida y tiene un rol determinante en el desarrollo de la economía, por lo cual, la Corte manifiesta que, quien efectué la intermediación financiera o la captación propiamente dicha, como conductas que hacen parte de la actividad financiera, deberá ser sujeto de vigilancia por parte del Estado. De igual manera, la actividad financiera tiene resonancia en la soberanía monetaria del Estado, en razón a que una de las funciones del sistema financiero en la economía es la emisión secundaria de moneda, acto que se realiza a través de la creación de medios de pago, circunstancia que implica que la normatividad, el control y la vigilancia comprometa intereses generales importantes. No obstante, el Estado también tiene a su cargo la protección de los derechos de los usuarios o ahorradores, hecho que justifica la tutela especial estatal sobre la actividad financiera y cualquiera otra donde se efectué la operación de captación. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1062, 2003)

En tal sentido, la actividad financiera implica la labor de intermediación de recursos, como también, la simple captación de los mismos, aspecto que resulta de gran relevancia destacar debido a que la intermediación financiera o intermediación en el crédito, según Narváez (2002) se compone de las llamadas operaciones bancarias activas y pasivas, es decir, la colocación y la captación respectivamente, operaciones que, entre ellas, según Baena et al. (2008) gozan de una conexión, vínculo o interdependencia en el ejercicio de intermediación. Pero, por otra parte, la simple captación, sin la conexión con la colocación de recursos como operación activa, también hace parte de la actividad financiera como operación autónoma.

Habiendo mencionado que, tanto la intermediación financiera como la captación de recursos propiamente dicha, hacen alusión a operaciones bancarias, nos atrevemos a decir que, la actividad financiera es el género y la actividad bancaria es la especie, apoyándonos de igual forma, en el criterio regulador del EOSF y en lo dispuesto por el Banco de la República (s.f.) cuando también

encontramos dentro del género de la actividad financiera a las actividades desarrolladas por las sociedades de servicios financieros (sociedades fiduciarias, de administración de fondos de pensiones y cesantías, almacenes generales de depósito, sociedades de intermediación cambiaria y servicios especiales). Frente a la actividad bancaria y sus operaciones como parte de la actividad financiera, el alto tribunal constitucional manifestó que constituye un servicio público aun así el legislador, en la actualidad, no se haya encargado de otorgarle tal condición. Al tratarse de una actividad que involucra el interés público, que se relaciona con la inversión, aprovechamiento y manejo de dinero captado del público y por contener características especiales, como, por ejemplo, la importancia económica para el Estado y la necesidad de regularidad, permanencia y continuidad en su operación, hace que la actividad bancaria tenga la condición de servicio público. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-292, 2007)

De tal modo, se evidencia que, la actividad financiera, en su especie, la bancaria, están ligadas a la inversión, manejo y aprovechamiento del dinero captado proveniente del público y que, eso conlleva a que exista una intervención estatal de carácter reforzado o exigente, siendo estas actividades pilar fundamental que requieren de una prestación permanente y garante a la comunidad para lograr el funcionamiento correcto de la economía.

Una vez expuesta la actividad financiera y su importancia constitucional, de igual forma se mencionó la captación de recursos como operación bancaria, la cual, para la presente investigación, resulta determinante otorgarle un acápite.

1.3. Captación de Recursos del Público como Operación Bancaria.

Al referirnos a este concepto, es claro que siempre se relaciona con la actividad bancaria, en concreto, con las operaciones de crédito pasivas, actos que constituyen el objeto de los establecimientos de crédito⁴. Sin embargo, con el avance de la bancarización y de los demás

⁴ El artículo 2 numeral 1 del EOSF, hace mención expresa a que el ejercicio de captar dineros del público, es la función principal de los establecimientos de crédito.

servicios de la actividad financiera, la noción de captación ha venido tomando más fuerza en el ordenamiento jurídico. Ante esto, daremos a conocer los conceptos pertinentes para otorgar mayor entendimiento sobre el tema.

Cuando se hace referencia a las operaciones de crédito, adoptamos lo manifestado por el profesor Rodríguez (2009), quien plantea que la clasificación, en América Latina, más aceptada y extendida, propone una división en dos grandes grupos, la primera clasificación, atiende al nombre de operaciones típicas o fundamentales, las cuales, hacen referencia a la elaboración de un negocio crediticio y, la segunda clasificación, corresponde a las llamadas operaciones atípicas, neutras o complementarias, agrupando los demás negocios que realizan las instituciones bancarias. Frente a las típicas o también denominadas fundamentales, se dividen, en activas y pasivas, teniendo como operación activa la colocación de dinero y como pasiva, la captación de recursos.

Sin duda alguna, la clasificación citada nos da luces y nos reafirma que la captación hace parte de las operaciones bancarias fundamentales, no solo en el ámbito estricto como actividad típica del establecimiento de crédito, sino también, en el desarrollo económico que aporta el sistema financiero a sus participantes directos e indirectos. Como lo manifiesta el profesor Medina (2013), “el negocio bancario fundamental consiste en recibir dinero del público para prestarlo” (p. 253)., noción que, y con base a lo ya analizado en líneas anteriores, permite destacar que la captación desempeña una doble connotación en la actividad financiera, la primera, haciendo parte del concepto de intermediación de recursos y la segunda, como actividad propiamente dicha, es decir, sin el vínculo con la operación activa de colocación, desempeñando solamente el manejo de recursos del público.

La captación como operación pasiva de crédito, se materializa a través de determinados instrumentos o contratos, por ejemplo, el inciso 2 del artículo 2 del EOSF dispone el depósito como una de las formas de realizar esta operación; este contrato tiene dos tipos: a término y a la vista. Por otra parte, la Corte Constitucional (2011) también clasificó dentro de las operaciones pasivas al redescuento bancario.

Frente al depósito a la vista, la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera dispuso que hace parte de la denominación de depósito irregular, definiéndolo como un contrato típico del ordenamiento jurídico colombiano, regulado por los artículos 126 y 127 del EOSF y los artículos 1396 a 1398 del Código de Comercio. En este tipo contractual, el establecimiento le otorga la facultad al usuario o consumidor para efectuar depósitos en cheque o en dinero en la cuenta que apertura con la entidad, a su vez, teniendo el derecho de retirar sus depósitos, potestad que, correlativamente le impone una obligación al establecimiento y le da la calidad de deudora del usuario, para que, al ser diligente con la prestación del servicio y la custodia de los recursos, además de recepcionar los dineros, el usuario pueda efectuar el retiro de los depósitos por medio de los diversos canales que el establecimiento ofrezca para tal fin. (Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, Sentencia 2012093968, 2013)

De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia (2007). de los mencionados depósitos a la vista, las entidades financieras ofrecen como productos las cuentas de ahorro y las cuentas corrientes bancarias, y, en lo referente a los depósitos a término, el producto financiero es el Certificado de Depósito a Término “CDT”, el cual, acogiendo la definición del Banco de la República (s.f.). constituye un instrumento de inversión, que se instaura por medio de un certificado que refleja el monto de dinero entregado por el usuario o consumidor a la institución bancaria teniendo un plazo determinado de retorno, por regla general, estos plazos redundan entre los 30, 60, 90, 180 o 360 días. Teniendo en cuenta que se trata de una inversión, las entidades financieras en sus operaciones con los certificados de depósito a término, reconocen a quienes depositan su dinero por medio de este instrumento, las llamadas tasas de captación o pasivas, dependiendo el monto y el plazo pactado.

Habiendo dejado nociones sobre la importancia constitucional de la actividad financiera y de la captación como operación bancaria determinante, cabe advertir que este tema seguirá siendo tratado en líneas posteriores, cuando se haga referencia a los actores de los SPBV y la problemática de no vigilancia sobre la totalidad de los mismos.

2. CAPÍTULO: LOS SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR EN COLOMBIA Y SUS ACTORES.

El uso del dinero físico o en efectivo, como medio de pago común entre los consumidores o usuarios, tradicionalmente ha sido el más utilizado en la obtención de bienes y servicios, en razón a que genera un grado de confianza importante dentro de las personas que actúan en la movilización de recursos.

A través de los años, los negocios entre los actores económicos han venido desarrollando avances significativos, por ejemplo, el uso de títulos valores ha sido una de las formas por las que se ha venido reemplazando el dinero físico, otorgando un grado similar de confianza y seguridad entre los intervinientes y a su vez, facilitando el tránsito de recursos.

Los avances también se han reflejado por medio de los sistemas de pago de bajo valor; los actos y operaciones realizados a través de estos, han permitido en gran medida que los intervinientes de relaciones económicas accedan con mayor facilidad y dinamismo a la obtención de bienes y servicios, reemplazando medios de pago tradicionales como el dinero en físico por las transacciones por medio de tarjetas débito o crédito. También, dando lugar a los pagos electrónicos, proporcionando una verdadera alternativa y diversificación en la movilidad de recursos, situación frente la cual Asobancaria (2021) resaltaba que, con anterioridad a la crisis económica provocada por la pandemia del Covid-19 en Colombia, los negocios celebrados por los consumidores tenían la tendencia al uso del dinero físico o efectivo como medio de pago en comparación a otros Estados. El porcentaje de utilización del dinero en papel atendía aproximadamente a un 60%, respecto de las tarjetas débito y crédito oscilaba en 30% y, en lo referente a los pagos electrónicos, se ubicaban en un 4.4% para el año 2018. Sin embargo, en el desarrollo de la pandemia, la situación cambiaría, teniendo la disminución del uso de las tarjetas con ocasión a la restricción de compras presenciales en los establecimientos, permitiendo que los pagos electrónicos crecieran, hecho que va de la mano con el avance de la digitalización en el sector financiero, logrando una dinámica económica importante para el país.

Por otra parte, es merecedor mencionar que, algunas veces se suele confundir las denominaciones de “Sistemas de pagos” con las de “Medios de pago”, aclarando que las últimas hacen parte integral del sistema en cuanto a una forma de su puesta en funcionamiento. Ante esto, pasaremos a definir los sistemas de pago de bajo valor, con el fin de dar claridad sobre los mismos, quienes son sus intervinientes y los medios por los cuales se desarrollan.

2.1. ¿Qué es un Sistema de Pago de Bajo Valor?

Inicialmente, resulta pertinente indicar, la noción general o global sobre a qué se hace referencia cuando hablamos de un sistema de pagos. Para el caso, Gómez (2014), dispone que, se puede definir como la agrupación de reglas, canales, normas y procedimientos por medio de los cuales se permite a los usuarios o consumidores de las instituciones financieras y no financieras, realizar, sobre todo, transferencias o movimientos de dinero; a su vez, se practican operaciones de compensación y liquidación, las cuales, tienen como causa transacciones de carácter financiero o comercial, llevando consigo la participación de multiplicidad de intervinientes con calidades y responsabilidades diversas.

Por su parte, el numeral 21 del artículo 2.17.1.1.1 del decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 1 del decreto 1692 de 2020, define el sistema de pago como el conjunto organizado compuesto por reglas, políticas, acuerdos, entidades, instrumentos de pago y elementos tecnológicos, como por ejemplo, sistemas de comunicación, equipos y software, los cuales, tienen como función la transferencia de fondos entre intervinientes del sistema, por medio de la recepción, procesamiento, transmisión, compensación y liquidación de transferencias de recursos u órdenes de pago. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1)

De las definiciones anteriormente anotadas, se evidencia que se trata de una infraestructura financiera con la colaboración de intervinientes pertenecientes al ámbito tecnológico, cuyos participantes del sistema permiten la movilidad de recursos mediante las operaciones enunciadas. No obstante, consideramos que los intervinientes del sistema están sujetos a una participación restrictiva, teniendo en cuenta que, por las operaciones que se realizan en el mismo, se requiere

profesionalidad y experiencia por tratarse de una actividad que tiene una gran importancia constitucional y económica para el Estado. Aunado a ello, la restricción de participantes en el mercado da cumplimiento al principio de especialización funcional⁵ de las instituciones financieras.

Ahora bien, el tema también ha sido objeto de análisis por el Banco de la República (2008), quien, tomando elementos similares a los propuestos en las definiciones anteriores, señalo que el sistema de pagos se compone del conjunto de medios e instrumentos empleados por los agentes económicos protagonistas de diversos tipos de transacciones con el fin de realizar pagos. De igual forma, hacen parte del mismo, el marco operacional e institucional, dentro de los cuales se efectúan los diferentes pagos, en colaboración con las redes de comunicaciones y los procedimientos operativos que tienen como funcionalidad la transmisión de la información concerniente a los pagos y la posterior liquidación entre extremos.

Al referirse a instrumentos y medios utilizados por los agentes económicos, es claro que debe hablarse, por ejemplo, de las tarjetas débito o crédito. Por su parte, el marco institucional y operacional que permite la realización de los pagos, hace referencia a la coordinación entre los actores con el fin de que el sistema sea útil para los usuarios y, en cuanto a los procedimientos operativos y la red de comunicaciones, constituyen los elementos, en nuestro juicio, más determinantes, debido a que la infraestructura tecnológica es la encargada de otorgar mayor facilidad, funcionalidad y acceso a los actores del sistema para el desempeño de sus labores, entre ellas, el traslado de información que establece la movilización de recursos para la realización de la compensación y liquidación.

⁵ De acuerdo con el profesor Baena (2013), el ordenamiento positivo colombiano reconoce una función propia a cada tipo de establecimiento de crédito que hace parte de la institucionalidad del sector financiero, dichas funciones son de carácter imperativo, conforme el sector económico específico donde desempeñen sus actividades. De igual manera, a cada institución, se le exige el cumplimiento de criterios técnicos y profesionales que brinden seguridad en la prestación de los servicios, configurando así el principio de “especialización funcional” en materia financiera, siendo este base determinante de la operación del sistema financiero nacional y también, postulado que proporciona la distinción entre la banca de consumo, la de inversión o de fomento, la comercial, etc., caracterización que tiene justificación y sustento en los diversos sectores económicos en los cuales las instituciones de crédito son protagonistas.

En cuanto a los SPBV, antes de la reforma del decreto 1692 de 2020, el literal o del artículo 2.17.1.1.1 del decreto 2555 de 2010, los definía como los sistemas que, además de dar cumplimiento a la definición enunciada en el literal n del mismo artículo, se encargan de procesar órdenes de recaudo o de transferencia de fondos, además de las órdenes que se derivan del uso de tarjetas débito o crédito, por un valor diario resultante del empleo de una fórmula de matemática financiera. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1)

No obstante, con la expedición del Decreto 1692 de 2020, se modificó la definición del SPBV, tratándose de aquellos que tienen como función el procesamiento de transferencias de fondos u órdenes de pago diferentes a las que se procesan por el SPAV conforme a lo que disponga el Banco de la República. Para que se procesen dichas órdenes o transferencias en el SPBV entre los emisores y los receptores o el adquirente, se necesita la intervención de una entidad administradora de SPBV. (Decreto 1692, 2020, art. 1)

De los aspectos diferenciales con ocasión a la modificación enunciada, se tiene que, la reforma quiso otorgar mayor claridad frente a los sistemas de pago de alto y bajo valor en Colombia, primero, dejó en evidencia que tanto en los sistemas de alto valor como en los de bajo valor, se procesan órdenes de pago o transferencias de fondos, condicionando la diferencia entre los dos sistemas a lo que disponga el Banco de la República⁶, segundo, dio luces sobre los participantes directos o de mayor incidencia en la operatividad de los SPBV, enunciando al “adquirente”, actor que no se mencionaba en la definición que recogía el decreto 2555 de 2010 y que, con la reforma

⁶ En la actualidad, el Banco de la República no se ha pronunciado de manera específica frente a la diferencia entre los dos sistemas. Sin embargo, nos atrevemos a plantear las siguientes diferencias entre los dos: Por una parte, atienden a los intervinientes, por ejemplo, en lo referente a los administradores del SPAV, la administración recae solamente en manos del Banco de la República; en los SPBV, en lo referente a CEDEC y ACH Cenit, son administrados por el Banco de la República y ACH Colombia y redes de cajeros y Puntos pos, son administrados por sociedades comerciales. Por otro lado, los medios o instrumentos son también un aspecto diferencial, entre los dos sistemas, ya que, en los SPAV, no hay utilización de tarjetas y puntos pos. Finalmente, respecto de las operaciones que hacen parte de cada sistema, en los SPAV, se realizan operaciones como la compra venta de divisas y títulos valores, traslado de impuestos, préstamos interbancarios, y compensación de cheques, entre otros. En los SPBV, son transacciones que redundan más en relaciones de consumo, como la compra de productos y servicios a establecimientos de comercio.

impuesta por el decreto 1692 de 2020, tiene una gran importancia en el sistema. Por otra parte, se suprimió la mención que hacía alusión a las tarjetas débito y crédito como parte de las órdenes o transferencias de fondos, dando lugar a que la nueva definición sea global conforme a los avances tecnológicos para la puesta en marcha de los SPBV, es decir, que las órdenes de pago y transferencias, pueden realizarse no solo mediante el uso del plástico, sino también a través de plataformas, pasarelas de pago y cualquier otro producto financiero cuyo funcionamiento esté ligado al uso de las redes de internet. Finalmente, la modificación elimina el enunciado sobre el promedio diario de transacciones conforme a la fórmula matemática que se disponía a delimitar los valores que determinarían si se trataba de un SPBV o un SPAV.

Luego de las definiciones antes propuestas, nos atrevemos a señalar que por SPBV, se puede entender como un conjunto de varios participantes que, entre ellos, ejercen conductas que pueden ser de carácter colaborativo o complementario, tanto en el ámbito tecnológico como financiero, acciones que, siendo ejecutadas, cumplen un fin común, el cual, se trata de la movilización de recursos y facilidad en la ejecución de transacciones.

De la definición del artículo 1 del decreto 1692 de 2020, se colige que, la operatividad de los SPBV, consiste en el procesamiento de órdenes de pago o transferencia de fondos, teniendo como intervinientes a:

- Entidad emisora.
- Adquirente
- Entidad receptora
- Administradora de SPBV

De acuerdo a lo definido por el artículo 1 del Decreto 1692 de 2020 modificatorio del decreto 2555 de 2010 libro 17 de la parte 2, se procederá a indicar en que consiste cada interviniente mencionado, teniendo en cuenta que, la naturaleza de su actividad es financiera. No obstante, debe dejarse anotado que los actores que serán objeto de estudio, no son los únicos, sin embargo, respecto de

los demás⁷, no se entrará a analizarlos debido a que, en su gran mayoría, hacen parte del ámbito tecnológico que impregna el SPBV.

2.2. Actores del Sistema de Pago de Bajo Valor.

2.2.1. Entidad Emisora:

Cuando se hace referencia a las entidades emisoras, comúnmente se relacionan con las sociedades cuyo capital se constituye por acciones o valores que son objeto de emisión en los mercados para su respectiva negociación. El profesor Arrubla Paucar (2015), dice que la entidad emisora “Es la empresa que necesita financiación, para lo cual emite acciones, bonos u otros papeles comerciales.” (p. 246). Sin embargo, cuando nos referimos estrictamente a la entidad emisora como participante de los SPBV, la definición cambia de manera sustancial. El artículo 2.17.1.1.1 del decreto 2555 de 2010, hace referencia a la entidad emisora como la encargada de ofertar o suministrar medios y emitir instrumentos de pago a favor de los usuarios u ordenantes. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1). El ofrecimiento de medios de pago y emisión de instrumentos, tiene como acción previa la de un usuario u ordenador que requiere el envío de transferencias electrónicas de fondos. Según Ortega y Ciceri (2014), como medios o instrumentos de pago en los SPBV, se destaca el dinero físico o efectivo y los electrónicos, como, por ejemplo, las tarjetas de crédito, débito y prepago; los cheques y, por último, las transferencias, las cuales, se dividen en crédito o débito.

⁷ El decreto 1692 de 2020 que modificó el artículo 2.17.1.1.1. del decreto 2555 de 2010, menciona también como participantes a: Agregador (N°3), Beneficiario (N°4), Ordenante (N°15), Participante (N°16), Proveedor de tecnologías de acceso (N°17), Procesador Adquirente (N°18), Procesador Emisor (N°19), Proveedores de servicios de pago (N°20) y Usuario (N°25). Sin embargo, la investigación se delimita a los cuatro participantes mencionados, debido a que, estos hacen parte directamente de lo que constituye actividad financiera, los demás, tienen una injerencia más protagónica en el ámbito tecnológico, por lo cual, su estudio no hace parte de la base central del presente escrito.

2.2.1.1 ¿Quiénes son Entidades Emisoras?

Teniendo en cuenta que, al emisor se le da la orden para la transferencia de fondos, las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos en adelante “SEDPEs”⁸ y los establecimientos de crédito, son las entidades que adquieren tal calidad. Frente a las SEDPEs⁹, fueron creadas mediante la ley 1735 de 2014, estas instituciones en su calidad de emisores, tienen un carácter residual, su empleo en el SPBV ha venido creciendo con ocasión a la mayor utilización de los productos financieros en el ámbito tecnológico y, en lo referente a los establecimientos de crédito, tradicionalmente han sido las entidades donde las personas naturales, jurídicas y patrimonios autónomos, acuden para el depósito de sus ahorros, o bien, para acceder al crédito con el fin de adquirir bienes; instituciones que tienen su regulación en el decreto 663 de 1993, decreto 2555 de 2010, circulares emitidas por la Superintendencia Financiera y demás normas complementarias. Sin embargo, entre estos dos tipos de emisores, es importante resaltar aspectos diferenciales, por ejemplo, lo mencionado por el parágrafo 1 del artículo 1 de la ley 1735 de 2014, donde las SEDPEs tienen prohibido otorgar crédito o cualquier otro tipo de financiación, dando lugar a que este actor del sistema, sea más restringido en lo que a transferencia de fondos se refiere, a diferencia de los establecimientos de crédito, quienes si pueden colocar recursos del público para otorgar créditos de diversa naturaleza. También, hay que tener en cuenta que la captación que realizan dichas instituciones, son por medio de depósitos electrónicos, en cambio, los establecimientos de créditos podrán captar por cualquier medio.

Por otra parte, en lo que a SEDPEs concierne, Monterrosa (2019) manifiesta que, con el fin de obtener un dominio o control mayor sobre los recursos que se reúnen en el ejercicio de la operación,

⁸ El artículo 1 de la ley 1735 de 2014, define a las SEDPEs como instituciones financieras que tienen como objeto exclusivo: La captación de recursos a través de depósitos de bajo monto; efectuar traspasos y pagos; tomar préstamos con el fin de financiar su operación, teniendo como prohibición el empleo de recursos del público para el pago de las obligaciones provenientes de dicho financiamiento; recibir y enviar giros etc.

⁹ En Colombia, son SEDPEs: Global 66, Uala, Bold, Mercado Pago (A la espera de autorización de funcionamiento). Vargas, L. (6 de agosto de 2021). Seis Sedpe han sido autorizadas por la Superfinanciera para poder entrar a operar. *La república*. <https://www.larepublica.co/finanzas/seis-sedpe-han-sido-autorizadas-por-la-superintendencia-financiera-para-entrar-a-operar-3212863>

teniendo en cuenta que, en los últimos años se han presentado problemas con los esquemas piramidales y demás captadoras ilegales, dichos recursos deberán manejarse bajo depósitos a la vista que se mantendrán en custodia de entidades vigiladas por la Superfinanciera, como también, pueden depositarse en el Banco de la República bajo las directrices que disponga su Junta Directiva.

De lo anterior, se colige que, las entidades emisoras son instituciones financieras que, al tener dicha categoría, y precisamente por la actividad que realizan, son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. No obstante, y con la ampliación del mercado, se ha llegado a mencionar la existencia de emisores no vigilados, sin embargo, según Torres et al. (2019), explica que la no vigilancia radica en que el crédito otorgado al público hace parte de los recursos propios del emisor, por lo cual, no constituye actividad financiera. Así las cosas, este tipo de actor en el SPBV, no será objeto de estudio profundo.

2.2.2. Adquirente:

La ampliación de la infraestructura de pagos en el sistema financiero, ha dado lugar a que el concepto de adquirencia, así mismo, logre expandirse en su función, dando lugar a que quienes desempeñan dicha actividad, dejen de ser pocos en el mercado. Previo a informar en que consiste este actor, Arango, C. (Coord.); Arias et al. (2019) manifiestan el concepto de la actividad que desempeña en los SPBV, haciendo alusión a los procesos que se realizan con el fin de que los comercios se afilien a los sistemas de pago electrónicos. Respecto de las tarjetas, se incluye la instalación de dispositivos para la aceptación de los pagos por medio de este instrumento, el manejo de una cuenta de depósito y el manejo de los recursos de las ventas, los cuales, son procesados por las cámaras de compensación y liquidación.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 1 del decreto 1692 de 2020, define al adquirente como el participante o interviniente que tiene como labor de efectuar la actividad de adquirencia, actividad que, de acuerdo a la definición anterior, tiene una connotación más de colaboración en cuanto al suministro de instrumentos o dispositivos con el fin de vincular a los comercios a los sistemas de pago.

Cabe destacar que, al referirnos anteriormente a que el concepto ha sufrido una ampliación en el ámbito financiero, dicha circunstancia ha generado novedad¹⁰ en su regulación. La injerencia de este actor en el SPBV no resalta solamente por su participación, sino, sobre todo, por la actividad que desarrolla, la cual, a nuestro juicio, es de carácter financiero.

No obstante, se definió la actividad de adquirencia en el numeral 1 del artículo 2.17.1.1.1. del decreto 2555 de 2010, otorgando mayor claridad al concepto de esta actividad, la cual, consiste en el desarrollo y cumplimiento, por la responsabilidad que conlleva, de cuatro funciones; la primera, hace referencia a la vinculación de los establecimientos de comercio a la infraestructura del SPBV, la segunda, se trata de que el adquirente suministrará tecnologías del acceso al establecimiento con el fin de permitir el empleo de instrumentos de pago a la hora de realizar cualquier tipo de compras, la tercera, refiere al trámite y procesamiento de transferencia de fondos u órdenes de pago, las cuales, inician por medio de las tecnologías de acceso y la cuarta función, tiene por objeto pagar o abonar, ya sea al agregador o al establecimiento de comercio, de acuerdo a las condiciones contractuales convenidas, los dineros correspondientes a las ventas que se efectuaron por medio de las tecnologías de acceso. De igual forma, el adquirente deberá hacerse cargo de los ajustes necesarios con ocasión a devoluciones, controversias, contracargos o reclamaciones y encargarse de avisar al usuario el rechazo o la confirmación de la transacción. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.)

El mencionado artículo, dispone que las funciones regladas en los tres primeros numerales, se podrán desarrollar por proveedores de servicios de pago, los cuales, tendrían la calidad de terceros contratistas del adquirente. Circunstancia frente a la cual, se aclara que la relación contractual que nace para el comercio con el adquirente, es directa y únicamente con este último, quien asumirá la responsabilidad ante el sistema de pago y todos sus intervinientes por el cumplimiento de las actividades mencionadas en líneas anteriores. Finalmente, se dispone que los sujetos que pueden

¹⁰ Cuando se hace referencia a que se ha generado novedad en la regulación del adquirente como actor en los SPBV, nos referimos a las sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, debido a que, con anterioridad, la actividad de adquirencia se desarrollaba solo por los establecimientos de crédito.

desempeñar la actividad de adquirencia son las SEDPES, los establecimientos de crédito y sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.)

Ahora bien, promover la adquirencia, de acuerdo con Torres et al. (2019) tiene como efecto el impulso y avance para los comercios al recibir pagos electrónicos, sobre todo los de menor monto, logrando dinamizar el mercado con el uso frecuente de estos por los consumidores, llevando a generar un ecosistema que se componga de instrumentos y medios de pagos electrónicos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha actividad puede ser desempeñada tanto por adquirentes vigilados (Establecimientos de Crédito y SEDPES), como por sociedades no vigiladas. Frente a estas últimas, el decreto 2555 de 2010 en su artículo 2.17.3.1.2, modificado por el artículo 1 del decreto 1692 de 2020, dispone que la Superintendencia Financiera de Colombia se encargará de llevar un registro respecto de las sociedades no vigiladas que tengan por objeto desempeñar las funciones de adquirencia. En el artículo en mención, se dice que el registro tiene como fin permitir la evaluación de la solvencia y que dicha valoración se hará de forma previa a que el adquirente obtenga la calidad de participante al primer SPBV donde tenga la intención de efectuar sus actividades. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.3.1.2)

En el artículo citado en su inciso segundo, además del mencionado registro, la Superintendencia Financiera exige determinados requisitos para conceder autorización a las sociedades que quieran desempeñarse como adquirentes no vigilados, dentro de los cuales, se exige que el tipo societario sea de las “sociedades anónimas”, tipología que se le requiere a las entidades del sector financiero de acuerdo a lo normado en el artículo 53 del EOSF. De igual manera, se exige contar con un capital suscrito y pagado de 1700 SMLV; tener un mecanismo con el cual se puedan mantener los fondos que serán recibidos con ocasión de la liquidación de las transferencias u órdenes de pago separados de los recursos propios del adquirente, como también, separados de los dineros que sean de otras personas o usuarios, otorgando la posibilidad de suscribir convenios con establecimientos de crédito o constituir fideicomisos con sociedades fiduciarias.

Si bien es cierto que, la Superintendencia Financiera estaría ejerciendo un tipo de control sobre estos nuevos actores del sistema de pagos a través del registro de adquirentes no vigilados, se debe

tener en cuenta que, la actividad que desarrolla quien toma la calidad de adquirente, pertenece a la esfera financiera, llevando consigo que su ejercicio deba estar tutelado para quienes son sus usuarios, poniendo de presente la protección constitucional de la cual goza al hacer parte del interés público y consecuente generación de confianza pública en la actividad financiera, es decir, que la misma goce de intervención estatal. Por lo cual, este actor del SPBV, seguirá siendo objeto de estudio de manera más profunda en el capítulo 3 en cuanto a la problemática de no vigilancia como interviniente en la actividad financiera.

2.2.3. Entidad Receptora:

El artículo 2.17.1.1.1. numeral 9 del decreto 2555 de 2010, hace alusión a la entidad receptora como la institución autorizada para ofertar productos de depósito, los cuales tengan como utilidad para el beneficiario, la recepción de recursos resultado de la liquidación de órdenes o transferencia de fondos, provenientes tanto del adquirente o de la entidad emisora según corresponda. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.)

Los fondos objeto de recepción, pueden ser depositados a través de productos financieros ofertados por las entidades vigiladas como cuentas de ahorro, cuentas corrientes, cupos de crédito o depósitos electrónicos, con cargo a los cuales, se efectúan las transferencias de fondos u órdenes de pago (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.). De igual manera, estas instituciones están bajo vigilancia de la Super Financiera, sin embargo, en la actualidad podemos hablar de receptores no vigilados como es el caso del adquirente, conforme lo dispone el numeral 16 del artículo en mención.

2.2.4. Administradora de Sistemas de Pago de Bajo Valor:

El artículo 1 numeral 7 del decreto 1692 de 2020 que modifica el artículo 2.17.1.1.1. del decreto 2555 de 2010, define las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, en adelante “ASPBV”, como aquellas entidades que se encargan de efectuar la actividad de compensación y liquidación, ya sea en uno o varios SPBV. Estas administradoras, estarán vigiladas por la Super Financiera. (Decreto 1692, 2020, art. 1)

Por la importancia de su actuar dentro del sistema financiero, el artículo 2.17.2.1.1 del decreto 2555 de 2010 dispone que las ASPBV estarán bajo el margen de aplicación de la normatividad que regula las compañías de financiamiento, sobre todo, lo referente a los Capítulos I (Constitución), II (Fusión de instituciones financieras o entidades aseguradoras vigiladas), III (Adquisiciones), IV (Conversión y escisión de instituciones financieras y entidades aseguradoras), V (Cesión de activos, pasivos y contratos), VII (Normas relativas a los capítulos anteriores), VIII (Dirección administración y control), X (Propiedad accionaria), XIII (Régimen de la información financiera y comercial), XIV (Reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor), XVI (Prevención de actividades delictivas), XVII (Ejercicio ilegal de las actividades financiera y aseguradora), XVIII (Otras inversiones y operaciones de las instituciones financieras), XX (Institutos de salvamento y protección de la confianza pública) y XXI (Toma de posesión) de la Parte Tercera, la Parte Undécima (Procedimiento para la toma de posesión y liquidación de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera) y el artículo 326 numeral 2 literal i) (Funciones y facultades de la Superintendencia Financiera) del EOSF. Por su parte, lo dispuesto en los artículos 71 numeral 1 y el artículo 80 del EOSF, no será aplicable a las ASPBV, en materia de capital mínimo.

Conforme las facultades otorgadas por el EOSF, la Superintendencia Financiera podrá ejercer las facultades de inspección y vigilancia que considere convenientes sobre estas administradoras, esto, desempeñando su función de autoridad administrativa.

El párrafo 1 refleja un carácter restrictivo en las actividades de las ASPBV, ordenando que sólo podrán ejecutar las funciones propias de su calidad y las autorizadas en el Libro 17 Parte 2, como también, las actividades referentes al procesamiento y suministro de tecnología de puntos de recaudo, corresponsales, cajeros electrónicos y las actividades conexas a éstas. Finalmente, el párrafo 2 dispone que las entidades ASPBV dejarán de ser consideradas sociedades de servicios técnicos y administrativos. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.2.1.1.).

De lo anterior se colige que las ASPBV, deben cumplir con la normatividad del EOSF que se le exige a cualquier entidad del sector financiero, a excepción de lo regulado en cuanto a la dirección,

administración y control (Parte 3° Capítulo VIII), lo referente a régimen patrimonial (Parte 3° Capítulo IX) y a capital mínimo (Artículo 71 numeral 1 y el artículo 80). Respecto a la dirección y administración, el artículo 2.17.2.1.6. del decreto 2555 de 2010 plantea una regulación propia frente a las juntas directivas de estos actores. Frente al régimen patrimonial y exigencias de capital mínimo, consideramos que la razón de ser atiende a que dichas administradoras, son compuestas por las mismas entidades financieras, como también, están en cabeza del Banco de la República, circunstancia de la cual se hablará más adelante en lo referente a las cámaras de compensación.

Además de la normatividad que deben acoger dentro de su participación en los SPBV, el artículo 2.17.2.1.14 del decreto 2555 de 2010, expresamente provee la prohibición de ejercer la actividad de adquirencia como también, tener la calidad de entidad emisora, sin embargo, podrán ser proveedores de servicios de pago de los adquirentes y emisores, observando reglas especiales que se mencionan en el artículo en cita.

Ahora bien, se dispone que este participante es el que efectúa la actividad de compensación y liquidación en uno o más sistemas de pago, por lo cual, expondremos unos aspectos básicos sobre ambas operaciones en el siguiente acápite.

2.3. Actividades de las Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor.

2.3.1. Compensación:

Resulta vital indicar que, de acuerdo al régimen general de las obligaciones, el profesor Mojica (2016) manifiesta que la compensación hace parte de las formas de extinguir las obligaciones, apoyándose en el artículo 1714 del Código Civil, el cual, define la compensación diciendo "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".

Posteriormente, el artículo 1715 dispone que la compensación opera de pleno derecho, esto, cuando se hace referencia a que la misma opera por el solo ministerio de la ley y así los deudores no tengan

conocimiento del acaecimiento de dicha situación, extinguiéndose ambas deudas recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores. No obstante, entre las obligaciones, deben configurarse las siguientes calidades: “1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2. Que ambas deudas sean líquidas. 3. Que ambas sean actualmente exigibles.” (C.C, 1873, art. 1715)

En lo que refiere a la operación propiamente dicha de las administradoras de SPBV, el numeral 6 artículo 2.17.1.1.1. del decreto 2555 de 2010 define la compensación como el proceso que desarrolla la entidad ASPBV con el fin de determinar, en la finalización de un periodo estatuido, cual es el valor del saldo que le corresponde a cada participante como consecuencia de las órdenes de pago o transferencia de fondos que fueron procesadas en el SPBV para que, finalmente, se extingan las obligaciones entre ellos. La compensación puede ser entre dos personas que recíprocamente sean deudoras y acreedoras, la cual, atiende al nombre de compensación bilateral y, por otro lado, si la compensación opera entre más de dos personas que tengan la calidad de deudores y acreedores, se llama compensación multilateral. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.).

Es decir, la administradora de SPBV, al determinar los saldos correspondientes al final del periodo establecido, tiene facultad de manejo de recursos, disponiendo hasta que monto opera la compensación entre actores.

Ahora bien, por la experticia que se requiere para la realización del procedimiento, aunado a que consiste en operaciones que conllevan un riesgo al manejar recursos, la actividad de compensación se realiza por medio de las llamadas cámaras de compensación, las cuales, se definen como una entidad o mecanismo centralizado de procesamiento mediante el cual las entidades financieras logran concertar el intercambio de instrucciones de pago u otro tipo de obligaciones de carácter financiero, llevando a que, por su labor, asuman responsabilidades relevantes de administración del riesgo, financieras o de contraparte, esto, debido a que son las que establecen de manera definitiva quien le debe a quien y en qué calidad participa cada sujeto en el sistema de compensación. (Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 2002, como se citó en Parra, 2005, p. 18)

Al referirse al intercambio de valores a través de instrucciones de pago entre actores, resulta importante hacer énfasis en que, de acuerdo al medio de pago o instrumento a emplear, e inclusive, la participación de determinados agentes económicos, se establece que cámara de compensación efectuara la operación explicada, dando lugar a diferentes tipos de cámaras:

Cámaras de Compensación de Cheques:

Respecto al primer tipo de cámara de compensación, acudimos a lo manifestado por el Banco de la República (s.f.), teniendo en cuenta que, esta entidad, es la encargada de prestar el servicio a nivel nacional de compensación y liquidación de cheques y otros instrumentos de pago, el cual, consta de dos modalidades, la primera, hace referencia a la compensación y liquidación electrónica de cheques por medio del sistema CEDEC, cuya operación se realiza en ciudades que presenten en las transacciones un gran uso de cheques girados, por ejemplo, Bucaramanga, Medellín, Bogotá, Manizales, Cali, Barranquilla, Pereira y Cartagena. La operatividad de este sistema de compensación, consiste en que se transmite y graba, a través de archivos electrónicos al Banco de la República en un formato denominado NACHAM, la información que corresponde a cada uno de los títulos valores que fueron presentados al cobro y en devolución. Por su parte, el intercambio físico de cheques objeto de compensación, se hace por medio de cámaras de compensación físicas y el cómputo de los valores netos que corresponden a cada entidad participante en sus respectivas calidades, se realiza conforme la información que se envió y se registró al CEDEC. La segunda modalidad de compensación, se desarrolla en ciudades donde el CEDEC no tiene operatividad, procediendo a registrar la información en el sistema CCSD (Cámara de Compensación de Sucursales y Delegadas) respecto de las calidades y valores netos de cada participante, aunado al número de cheques que fueron presentados para su cobro y los que fueron objeto de devolución por cada institución. Frente al intercambio físico de los cheques, la labor de la Cámara de Compensación física se realiza en cada ciudad a través de entidades compensadoras delegadas. Al registrar la información de los cheques que fueron objeto de presentación para cobro por las instituciones participantes en los dos sistemas anteriormente mencionados, el Banco de la República efectúa un cierre diario correspondiente a la primera sesión del canje, cierre que se practica a las 20:30 horas, procediendo a calcular entre entidades, las posiciones respectivas, ya

sean débito o crédito, afectando la respectiva cuenta de depósito con el valor objeto de transacción. Al día hábil siguiente de realizarse la operación de compensación y liquidación provisional de los cheques que fueron presentados en el día, las instituciones que tienen la calidad de libradas, después de haberlos procesado internamente validando si se puede o no efectuar la cancelación de los mismos, lo cual, depende de factores como, por ejemplo, que la cuenta del girador no esté bloqueada, que existan fondos suficientes en la cuenta del girador, que no haya orden de no pago, etc., pueden devolverlos a las instituciones participantes que presentaron dicho título valor, argumentando la causal que se haya configurado. A eso de las 11:30 horas de este día, se da por terminada la segunda sesión del canje, tanto en el CEDEC como en la CCSD, procediendo a determinar las posiciones multilaterales netas que correspondan a las devoluciones para cada institución y se afectan de nuevo sus cuentas de depósito con fecha valor del día anterior. Ahora, los cheques que son objeto de devolución, son intercambiados de nuevo en la Cámara de Compensación de cada ciudad, retornando a la entidad que tiene la calidad de presentadora, para que esta los devuelva al cliente que consignó dicho título. Finalmente, también, a partir de las 11:30 horas de este día, las instituciones financieras que fungieron en calidad de presentadoras, respecto de los cheques que no fueron devueltos, pueden acreditar las sumas de dinero en las cuentas bancarias de los clientes que realizaron el día anterior las consignaciones respectivas.

De lo anterior, se tiene que, en cuanto a cheques, la cámara de compensación puede ser física o electrónica, teniendo como aspecto común que ambas son administradas por el Banco de la República. Ahora bien, no sobra advertir que, al hablarse de un sistema electrónico de compensación de cheques, no debe pensarse que el título valor es electrónico, teniendo en cuenta que el artículo 712 del Código de Comercio es claro al referirse a dicho instrumento de pago exigiendo que su forma es preimpresa por un establecimiento de crédito autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia. (Código de Comercio [C.COM.], 1971)

Según el Banco de la República (2021), el uso del CEDEC¹¹ como de las cámaras de compensación físicas, depende que los cheques no sean intrabancarios, es decir, que los intervinientes en la

¹¹ De acuerdo con el Banco de la República (s.f.), el CEDEC hace referencia a un sistema que es administrado por el Banco de la República con el fin de procesar la información recepcionada por parte de las entidades participantes en

emisión de estos títulos valores no pertenezcan al mismo establecimiento de crédito que funge como emisor del cheque y, en consecuencia, con la calidad de librado. Cuando el librador da la orden al banco librado de pagar una suma de dinero a determinado beneficiario, pero la operación mercantil se ejecuta en el mismo banco librado, los cheques no son remitidos a estas cámaras de compensación administradas por el Banco de la República.

Cámaras de Compensación de Transferencias Electrónicas:

Esta labor es desempeñada por las ACH (Automated Cliring House), estas cámaras, de acuerdo con Prieto et al. (2018) son las encargadas de procesar y compensar transferencias electrónicas u órdenes de pago entre cuentas corriente y ahorro, logrando generar conexión a las entidades financieras entre ellas mismas y también, con los usuarios y las entidades financieras al momento de efectuar transacciones.

Ahora bien, en Colombia operan dos cámaras de compensación automatizadas: ACH Cenit y ACH Colombia. La primera, es definida por el Banco de la República (s.f.), la cual, opera a cargo de esta misma entidad, suministrando el servicio de procesamiento de recaudos electrónicos u órdenes de pago de bajo valor, actividades que son provocadas por entidades vinculadas a este sistema, ya sea a nombre propio o en nombre de sus usuarios o clientes, personas naturales o jurídicas que tengan cuenta de ahorros o corriente. Como aspecto diferencial determinante con las otras cámaras de compensación, en ACH Cenit, resultan relevantes los participantes de la misma, teniendo como protagonistas a DECEVAL; a Operadores de Información que se encargan de tramitar el pago correspondiente a los aportes del Sistema General de Seguridad Social a través de la Planilla Unificada de Recaudo; la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional que utiliza esta cámara de compensación para encauzar los pagos y giros ejecutados por parte de la Nación a

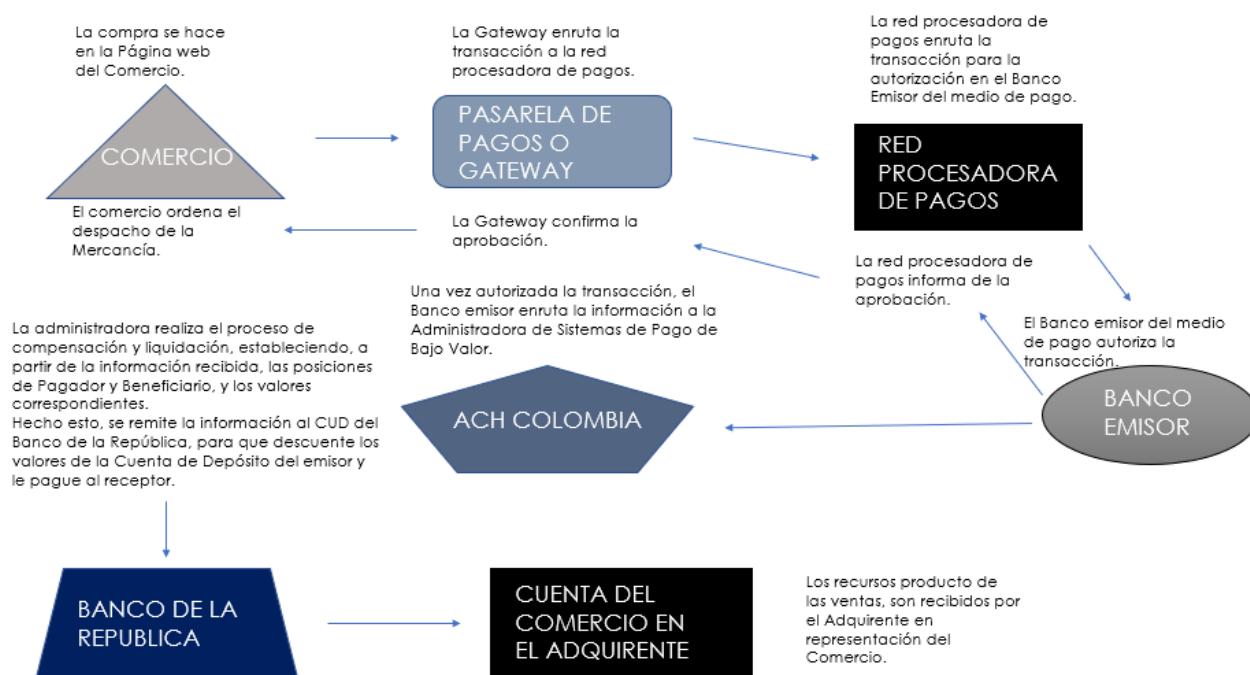
sus diferentes calidades, respecto de cheques y demás instrumentos de pago autorizados que hayan sido presentados al cobro o, que, por causas legales, sean objeto de devolución.

los entes territoriales; las entidades bancarias y el Banco de la República para llevar a cabo sus propios recaudos y pagos.

La segunda, según Ortega y León (2017), es administrada por una sociedad comercial que lleva su misma denominación, de la cual, sus constituyentes y accionistas son entidades del sistema financiero. En la actualidad, ACH Colombia, además de desempeñarse como cámara de compensación en los SPBV, brinda diversos productos a los consumidores, dentro de los cuales se encuentran:

- PSE: Sus siglas quieren decir “Pagos seguros en línea”; este producto es una pasarela de pagos o gateway, cuyo servicio consiste en permitir a sus usuarios, concretar pagos y compras por medio de internet, debitando los recursos en línea de otro producto financiero, por ejemplo, un depósito electrónico, cuenta corriente o cuenta de ahorros.
- SOI: La abreviatura traduce “Servicio Operativo de Información”; es una plataforma digital que tiene como función la liquidación y pago, ya sea personal o empresarial, de obligaciones parafiscales y de seguridad social.
- Transfiya: Este producto, permite realizar transferencias de fondos digitales al instante entre cuentas corriente o de ahorro, así el emisor y receptor sean entidades financieras diferentes. Para transferir el dinero, basta con el número de celular. (ACH Colombia, 2020)

Respecto al proceso de pagos de transferencias electrónicas realizado en ACH Colombia, en la siguiente grafica se refleja cómo se ejecuta dicho proceso cuando se hace uso de la pasarela de pagos:



Nota: Elaboración propia a partir de la información del texto “Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor.” (p. 18), por J. Torres, E. Martínez & A. Prieto, 2019.

Cabe destacar que, la evolución del sistema financiero ha generado que sus participantes estén al ritmo de las necesidades de los consumidores, llevando a que, con ayuda de la tecnología, se logre generar una mayor oferta dejando de lado la forma tradicional y otorgando mayor protagonismo con el uso de estos nuevos productos financieros como pasarelas y plataformas de pago.

Cámaras de Compensación de Tarjetas débito y crédito:

De acuerdo a Arbeláez y Zuluaga (2006), las transacciones realizadas a través de tarjetas débito y crédito, tienen como cámaras de compensación en Colombia a Redeban-Multicolor, Ascredibanco (Ahora Credibanco), Servibanca, Visionamos y ATH – A Toda Hora (Ahora Red Aval).

Hay que tener en cuenta que, la compensación que se ejerce con causa a operaciones con tarjetas, tiene como aspecto relevante las franquicias de servicios tecnológicos de carácter financiero, es decir, Visa, Mastercard, Maestro, Diners Club International y American Express. De acuerdo al Banco de la República et al. (2010), las mencionadas franquicias garantizan la cobertura de pagos en diversos establecimientos, teniendo como emisores de los llamados “Plásticos” de las tarjetas a las entidades bancarias. Sin embargo, la cobertura no resulta de carácter absoluto, dando lugar a sistemas de pago “Abiertos” y “Cerrados”. El sistema de pago abierto, hace referencia a las franquicias Visa, Mastercard y Maestro, esto, en razón a que la mayoría de las entidades bancarias, son emisoras de dichas tarjetas y a la vez, de los servicios de tecnología que prestan las mencionadas multinacionales. Por su parte, el sistema de pago cerrado, corresponde a las franquicias Diners Club International y American Express; la denominación de sistema cerrado, corresponde a que la emisión de plásticos y consecuente suministro de servicios de estos procesadores de pago, solamente pueden ser ofertados por determinados establecimientos de crédito, por ejemplo, para el caso de Diners, existe exclusividad para el Banco Davivienda S.A. y en lo que corresponde a American Express, los Bancos emisores son Bancolombia S.A. y Scotiabank Colpatria S.A.

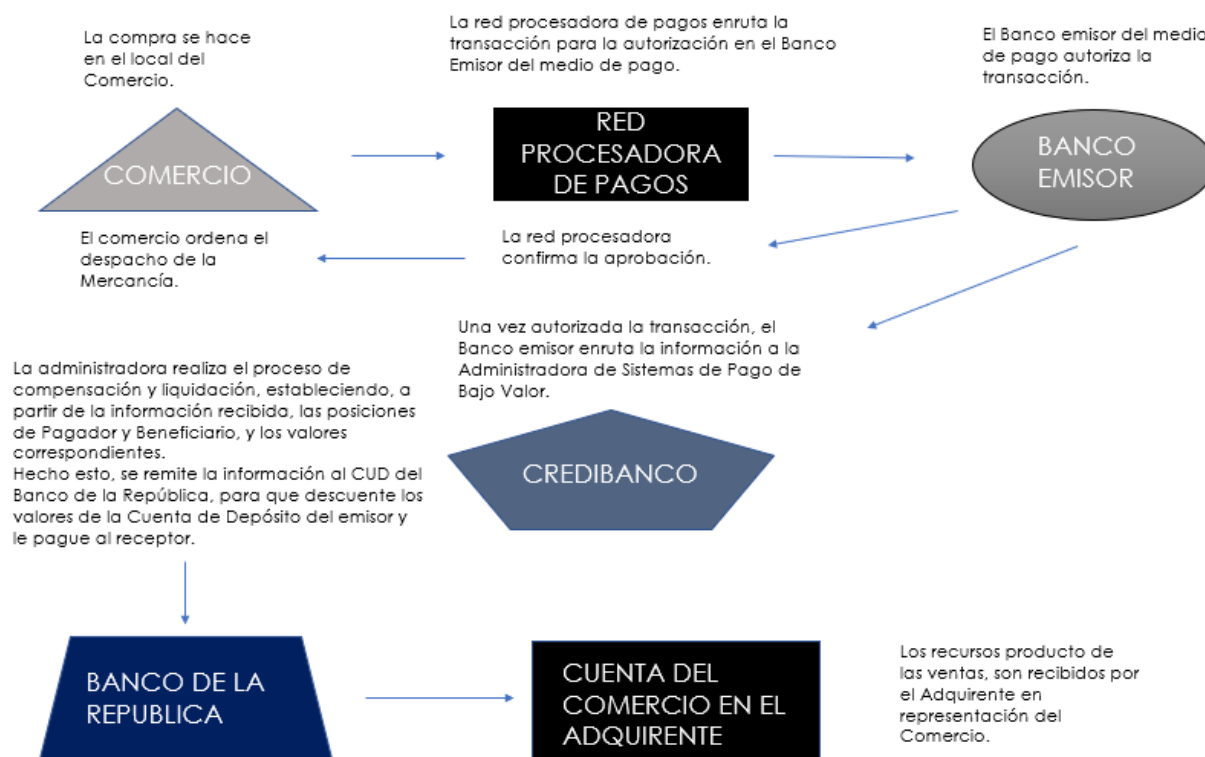
Ahora bien, respecto a las cámaras de compensación y su función frente a la utilización de tarjetas, depende si se trata de tarjetas débito o crédito. Para el caso de las tarjetas débito, en Colombia existen cinco redes que se encargan de efectuar la compensación de las transacciones, estas son: Redeban Multicolor; Servibanca; Credibanco; Red Aval y Visionamos. Conforme lo expresa Banco de la República et al. (2010), de manera individual, cada red se encarga de compensar las transacciones originadas con ocasión de retiros de dinero en efectivo y compras que ejecutan los usuarios con las tarjetas débito de sus instituciones afiliadas, teniendo en cuenta además la existencia de un acuerdo inter-redes, que tiene como fin, independientemente la franquicia de la tarjeta, el poder usar la misma en cualquiera de los cajeros automáticos que hayan, sin importar la red a la que esté afiliada la institución financiera emisora de la tarjeta, es decir, la configuración de interoperabilidad entre redes. Así, diariamente en las horas de la noche, cada red efectúa el cálculo de los valores netos correspondientes de sus instituciones afiliadas, así como la suma a cobrar a las demás redes, procediendo a informar a los participantes al respecto y a través de una entidad

bancaria delegada, coordina la liquidación respectiva de los saldos netos por medio del sistema de cuentas de depósito, el cual, constituye el SPAV del Banco de la República. En lo concerniente a las tarjetas de crédito, existen cuatro redes: a) Servibanca; b) Credibanco; c) ATH – A Toda Hora (Ahora Red Aval) y d) Redeban Multicolor. Por conducto de Redeban Multicolor, se compensan las operaciones realizadas con tarjetas de la franquicia Master Card y por medio de la red Credibanco, se efectúa la compensación de transacciones correspondientes a las tarjetas con la franquicia Visa. Respecto de la compensación y liquidación, dichos procedimientos se ejecutan de manera similar a lo mencionado anteriormente, haciendo uso de un banco liquidador por intermedio del SPAV del Banco de la República.

La franquicia internacional de tarjetas American Express lleva a cabo la compensación y liquidación por conducto de un banco comercial. Dicha entidad bancaria, recepciona los comprobantes de los comercios afiliados y realiza, a partir de los mismos, la operación de compensación. Aunado a ello, se desempeña como agente pagador, haciendo los débitos y dando constancia de las cuentas que la franquicia y los comercios afiliados tienen en la institución financiera. Por otra parte, a los usuarios o tarjetahabientes, se les permite realizar pagos en dólares o pesos colombianos, por transferencia o en efectivo, en las oficinas de determinadas entidades bancarias. (Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 2002, como se citó en Parra, 2005, p. 25)

De acuerdo con Parra (2005), el procedimiento de compensación y liquidación para las tarjetas de crédito Diners, es el mismo anteriormente citado, tarjetas que son administradas y emitidas únicamente por el banco emisor que posee la exclusividad de la franquicia.

La siguiente grafica tiene como fin dilucidar el proceso de pagos cuando se hace uso de tarjetas:



Nota: Elaboración propia a partir de la información del texto “Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor.” (p. 18), por J. Torres, E. Martínez & A. Prieto, 2019.

Finalmente, de acuerdo con el Banco de la República et al. (2010) las cámaras Redeban-Multicolor, Credibanco, Visionamos, Servibanca y Red Aval, además de desempeñar funciones de compensación, también operan como terminales de puntos de venta POS y redes de cajeros automáticos.

2.3.2. Liquidación:

Conforme el numeral 12 artículo 2.17.1.1.1. del decreto 2555 de 2010, la liquidación consiste en el proceso efectuado por la entidad ASPBV, por medio del cual se cierra o finaliza una transacción o conjunto de las mismas, a través de abonos y cargos en el sistema de cuentas de depósito administrado por el Banco de la República, en cuentas de ahorros o corrientes en una entidad

bancaria donde los participantes del sistema, sean titulares de las mismas. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.)

Esta actividad constituye el paso final en el uso del SPBV; de las ordenes o transferencias de fondos, se procede al depósito final de los recursos a quien corresponda de acuerdo a la operación celebrada, que, para el caso, se hablará de adquirentes y entidades receptoras. Sin embargo, es menester, hacer alusión a la diferencia que se presenta en el proceso de liquidación cuando los abonos se hacen en cuentas de depósito en el Banco de la Republica o en las cuentas de ahorro o corriente de determinado establecimiento bancario.

De acuerdo a Gómez (2014), al realizar la compensación, se establecen las posiciones de pagador y beneficiario o emisor y receptor respectivamente por la ASPBV, por ejemplo, ACH Colombia, procediendo a remitir dicha información al Banco de la República, para que a través del sistema de cuentas de depósitos “CUD”, el cual, constituye el Sistema de Pagos de Alto Valor, ejecute la liquidación de los valores que corresponden a las entidades en sus respectivas calidades. Ahora, según Ortega y León (2017), el procedimiento de liquidación ante el sistema CUD, tiene lugar cuando las entidades emisoras y receptoras corresponden a entidades financieras distintas, por ejemplo, el Banco de Bogotá en calidad de emisor y Bancolombia en calidad de receptor. Caso contrario sucede, cuando la entidad financiera que concurre en el SPBV obtiene doble calidad, es decir, como emisor y receptor, evento que hace que la operación de compensación y liquidación se practique por la misma entidad, evitando el trámite ante el SPAV del Banco de la República, consignando los recursos directamente en cuentas de ahorro o corriente.

3. CAPÍTULO: PROBLEMA DE NO VIGILANCIA SOBRE LA TOTALIDAD DE ACTORES DEL SISTEMA DE PAGOS DE BAJO VALOR.

Teniendo en cuenta que, en la operatividad de los SPBV, se presenta entre los intervinientes el manejo de dinero del público, la no vigilancia de la totalidad de los actores quebranta el artículo 335 de la Constitución Política, dando lugar a que, en la ejecución de la operatividad de los sistemas

de pago, se presente eventualmente daños a la actividad financiera. Aunado a ello, creemos que no es necesario que se consolide el daño a los usuarios del sistema, para hacer caer en cuenta que el no ejercicio de la vigilancia por parte de alguna de las autoridades administrativas no resulta necesario. Por lo cual, expondremos a continuación, a que se hace referencia cuando se habla de las funciones de inspección, vigilancia y control ejercidas por las Superintendencias y, de igual forma, se enunciarán algunas consideraciones respecto de las Superintendencias que estarían implicadas en un eventual ejercicio de vigilancia. Posteriormente, se entrará a evaluar como la captación de recursos es la operación bancaria que determina la necesidad de vigilancia total; como la evolución de los mercados influyó en la nueva normatividad del SPBV y, para concluir, se expondrán los riesgos financieros que se presentan en el SPBV.

3.1. Funciones de Inspección, Control y Vigilancia:

Inicialmente, las funciones de inspección, control y vigilancia sobre las actividades bursátil, aseguradora y financiera, están a cargo del Presidente de la Republica por mandato de la Constitución Política en el artículo 189 en su numeral 24, como también, sobre las entidades cooperativas y las sociedades comerciales. No obstante, el artículo 45 del decreto-ley 19 de 2012, permite a la máxima autoridad del país delegar las funciones de inspección, vigilancia y control a las respectivas superintendencias, que, para el caso de los actores de los SPBV, en nuestro criterio, estarían involucradas, por una parte, la Superintendencia de Sociedades, en razón a que la constitución como persona jurídica en el sector financiero se hace bajo el tipo de sociedad anónima, y, por otro lado, la Superintendencia Financiera, con fundamento en la actividad que se realiza. Sin embargo, posteriormente se va a dar claridad sobre cuál de las dos autoridades corresponde la ejecución de dichas funciones de carácter administrativo.

En lo referente a las definiciones de cada función, la sección 4ª del Consejo de Estado en sentencia de fecha 5 de marzo de 1999, expresó que la función de “Inspección”, hace referencia a la facultad para solicitar, analizar y confirmar información que sea necesaria para conocer la realidad jurídica, económica, administrativa y contable de las sociedades sometidas a vigilancia, como también, el inicio de investigaciones administrativas sobre dichas sociedades. Frente a la función de “Control”,

consiste en ordenar las medidas correctivas pertinentes, con el fin de subsanar situaciones críticas que atiendan a aspectos administrativos, jurídicos, contables o económicos de las entidades vigiladas y, finalmente, la función de “Vigilancia”, tiene como característica diferenciadora de las anteriores funciones, que se debe realizar de manera permanente, teniendo como objeto el cuidar que las sociedades sometidas a vigilancia, en su constitución, funcionamiento y ejercicio del objeto social, cumplan con lo estipulado en los estatutos y la respectiva normatividad. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 11001-03-27-000-1998-0109-00, 1999)

Es claro que, el deber de vigilancia comporta una de las funciones más determinantes en la operatividad del sector financiero, teniendo como característica relevante que la labor se ejerce de manera permanente y no solo desde la apertura al sector económico que desee ingresar cualquier persona jurídica. También, consideramos que el constante acompañamiento a los vigilados en la ejecución de las funciones, da lugar a que el margen de error en el desempeño de las actividades correspondientes sea mínimo, evitando así que se presenten daños a los participantes de las relaciones económicas que surjan del mismo.

De igual forma, las Superintendencias en el desempeño de su función de vigilancia, deben procurar porque el fin de su actuar se cumpla a cabalidad para su plena realización, frente a lo cual, el Consejo de Estado se pronunció al respecto manifestando que, el fin primordial de estas autoridades administrativas, no se trata en determinar reglas de conducta para las sociedades sometidas a dicha medida de intervención, sino que consiste en velar porque se dé cumplimiento estricto a la normatividad reguladora del ejercicio y desarrollo del objeto social de las instituciones sujetas a su intervención, es decir, que se verifica la aplicación correcta de los decretos y leyes que regulan las diferentes actividades objeto de intervención por parte de las Superintendencias, buscando el equilibrio y la protección del desarrollo del correspondiente sector y sobre todo, a los consumidores o usuarios de los diversos servicios que hacen parte del mismo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 11001-03-26-000-1998-00017-00, 2007)

Por lo anterior, se colige que, las superintendencias como autoridades policivas sobre determinadas actividades, deben velar porque los actores de su ámbito económico o de función, cumplan con la

normativa impuesta y con los requerimientos que sean necesarios para que su actuar esté conforme a la ley y la Constitución, frente a lo cual, procedemos a exponer como se había anticipado, algunas consideraciones sobre las autoridades que eventualmente se verían implicadas con el deber de vigilancia sobre los actores de los SPBV, como parte de la actividad financiera.

3.1.1. Vigilancia Superintendencia de Sociedades:

Al tratarse de actividad financiera, es claro que la máxima autoridad administrativa y jurisdiccional en materia societaria, no es el órgano competente para ejercer vigilancia sobre cualquiera de los actores del SPBV, aun así, su constitución en el ordenamiento jurídico sea bajo cualquier forma societaria.

El profesor Reyes (2016), explica que la vigilancia, como atribución de la Superintendencia de Sociedades, es de carácter permanente, permitiéndole hacer uso de facultades que tienen un mayor rango de alcance a comparación de la función de inspección. La vigilancia consiste sustancialmente en la facultad de cuidar a las sociedades que, sometidas a tal tipo de fiscalización, den cumplimiento, tanto en su formación, funcionamiento y desarrollo del objeto social, con lo dispuesto en la ley y lo pactado en los respectivos estatutos. A diferencia con la facultad de inspección, esta no se puede realizar de manera concurrente con ninguna otra autoridad administrativa, con fundamento en lo regulado por el artículo 84 de la ley 222 de 1995. Es decir que, salvo lo reglado por el artículo 228 de la ley en mención, la función de vigilancia se desarrolla solo frente aquellos sujetos previamente definidos en la ley o en los referidos, ya sea en forma especial o general, por parte de funcionarios administrativos debidamente autorizados para determinar la función de vigilancia.

La facultad de vigilancia empleada por la Superintendencia de Sociedades, denota un margen restringido en el sentido de que su límite radica en aspectos meramente societarios. En oficio 220-221173, la Superintendencia de Sociedades (2020) hizo referencia frente a la función de vigilancia que ejerce como autoridad administrativa:

(...) En todo caso, dicha vigilancia no se deriva de la actividad por éstas desplegada, únicamente dependerá de si cumplen, o no, alguna de las causales legales establecidas en las señaladas normas, y su vigilancia se concretará respecto del sujeto como ente societario, más no sobre la actividad que éste desarrolle. (p. 3)

De lo anterior, se concluye que la Superintendencia de Sociedades no podrá ejercer vigilancia sobre los actores de los SPBV, en primer lugar, porque al tratarse de una actividad financiera, el órgano encargado de la medida de intervención es la Superintendencia Financiera y, en segundo lugar, porque la facultad de vigilancia de este ente administrativo, no radica en la actividad a desarrollar, que para el caso de los actores del SPBV es de carácter financiero, sino que consiste en el cumplimiento de la normatividad en el ámbito estrictamente societario.

3.1.2. Vigilancia Superintendencia Financiera de Colombia:

El artículo 335 de la Constitución Política de Colombia dispone que la actividad financiera, aseguradora y bursátil será autorizada por el Estado, en igual forma, las actividades que tengan que ver con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público. La intervención del Estado frente a los participantes de estas actividades de interés público, se ejerce a través de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En la parte XIII, capítulo 2 del EOSF, el artículo 325 numeral 1 regula la naturaleza y objetivos de la Superintendencia Financiera, respecto de los cuales resaltaremos los enunciados en el literal a al literal i; en el literal a, la Superintendencia Financiera tiene como objetivo el deber de custodia sobre las entidades del sector con el fin de que permanentemente mantengan coeficientes apropiados de liquidez y solidez económica para cumplir sus obligaciones, llevando al aseguramiento de la confianza pública en las personas sobre el sistema. En el literal b, se hace referencia a que se deberá ejercer supervisión integral sobre las actividades que desempeñen las instituciones que estén bajo vigilancia y control. Dicha supervisión, velará porque las entidades den cumplimiento a la regulación y normatividad de tipo cambiario y financiero. El literal c, impone a la Superintendencia ejercer supervisión sobre las actividades que desempeñan sus

vigiladas, teniendo como propósito que dichas entidades presten los servicios de manera idónea, lo cual, hace alusión a que las operaciones se realicen en condiciones de eficiencia, seguridad y transparencia. El literal d, manifiesta el carácter restrictivo de quienes deseen ejercer actividades propias de las vigiladas, ya que, la Superintendencia se encargará de evitar que personas que no cuenten con la autorización para hacer parte del sistema financiero, ejerzan actividades de ámbito exclusivo de las instituciones vigiladas. El literal e, refiere a que se deberá prevenir circunstancias que provoquen la pérdida de la confianza pública, velando siempre por la protección de terceros de buena fe y del interés general. El literal f, alude a realizar supervisión de manera consolidada y comprensiva sobre los mecanismos de regulación prudencial y su cumplimiento. En el literal g, la Superintendencia deberá, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia e inspección, procurar porque se dé la atención conveniente al cumplimiento de la normatividad que dicte el Banco de la República en su Junta Directiva. El literal h, dispone que se velará porque las instituciones supervisadas desempeñen sus funciones con apego a las prácticas y reglas de la buena fe comercial, evitando que efectúen prácticas comerciales restrictivas. Finalmente, el literal i, le otorga la responsabilidad a la autoridad administrativa en materia financiera, de la adopción de políticas de vigilancia e inspección con el fin de que las entidades del sector, ajusten sus actividades a los desarrollos tecnológicos y de las sanas prácticas, asegurando una ejecución adecuada de estas. (Decreto 663, 1993, art 325)

Por su parte, el artículo 326 del EOSF, plantea las facultades y funciones de la Superintendencia Financiera sobre las entidades del sector, dentro de las cuales, se encuentran las funciones de vigilancia, resaltando las reguladas en los literales a, b, e, i y l. La función de vigilancia regulada en el literal a, hace referencia a que se deberá instruir a las entidades sobre la forma para dar cumplimiento a la normatividad que regule las funciones que desempeñan en el sistema, fijando criterios jurídicos y técnicos que brinden facilidad para acatar dicha normatividad y los respectivos procedimientos para lograr su aplicación; de igual manera, indicando como se deben administrar los riesgos que hacen parte de sus actividades. En el literal b, se plantea que la Superintendencia deberá dictar la normatividad de carácter general para sus vigiladas respecto a la contabilidad, sin perjuicio para que las entidades puedan utilizar y escoger métodos accesorios para llevar la misma. El literal e, plantea que la información ligada con las tareas de supervisión que desempeñe la Superintendencia en desarrollo de sus funciones, tendrá carácter reservado; claro está que, dicha

reserva, será en pro de garantizar la confianza pública y la estabilidad del sector asegurador y financiero, procurando a su vez, que las entidades integrantes no sean afectadas en la solidez económica y coeficientes de liquidez y solvencia necesarios para cumplir sus obligaciones. Por su parte, el literal i, impone a la Superintendencia evaluar las operaciones que realicen las entidades vigiladas respecto de las inversiones de capital, teniendo la facultad de solicitar la información necesaria sobre las mismas, sin que le puedan oponer a esta autoridad administrativa, la reserva bancaria. Finalmente, el literal l, plantea que la Superintendencia debe establecer situaciones en las cuales las instituciones sometidas a su vigilancia y control, deban consolidar sus operaciones con otras entidades del sector que estén o no bajo su supervisión. (Decreto 663, 1993, art 326)¹²

Ahora bien, si en la intervención del Estado sobre las entidades que practican actividades financieras, no se ejerce la función de vigilancia, conllevaría a que, dichos actores, estarían exentos de dar cumplimiento a los requerimientos que surgen como parte de tal modalidad de intervención, presentándose a su vez, un incumplimiento de la Constitución en lo referente a la complementariedad de las funciones de inspección, control y vigilancia, ya que, el ejercicio de estas funciones de manera integral, hace parte de una intervención rigurosa y eficaz, y más, tratándose de una actividad de interés público que debe generar confianza a sus usuarios. Ahora bien, la omisión de vigilancia llevaría a desencadenar una serie de consecuencias, entre ellas, los riesgos financieros, los cuales, serán expuestos más adelante, y, por otro lado, consideramos que el Estado, como principal garante de la actividad financiera, estaría comprometiendo su responsabilidad, llevando a una eventual falla en el servicio¹³, que, en este caso, sería imputable a

¹² Literales c, d, f, g, h y k, fueron derogados por el artículo 75 de la ley 974 de 2005; literal e modificado por el artículo 79 de la Ley 795 de 2003 e inciso derogado por el artículo 75 de la Ley 964 de 2005; literal i modificado por el artículo 80 de la Ley 795 de 2003 y literal l adicionado por el artículo 81 de la Ley 795 de 2003. Respecto del literal j, no se hace referencia al mismo, debido a que se trata de una función sobre las entidades del sector asegurador.

¹³ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de agosto de 2014, se pronunció respecto de la falla en el servicio o la no prestación del mismo, circunstancia que se da por ineficiencia, retardo, omisión e irregularidad del mismo. La ineficiencia, se configura cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio con eficacia y diligencia, lo desempeña, pero sin el cumplimiento de estos dos últimos deberes. El retardo acaece cuando la Administración actúa a destiempo en la prestación del servicio. La omisión o ausencia, se refiere cuando la Administración, no presta el servicio o no actúa, aun así, con el deber legal de efectuar la prestación del mismo, provocando que sus administrados queden desprotegidos y, la irregularidad, hace alusión cuando la prestación del

la Superintendencia Financiera de Colombia como máxima autoridad administrativa en materia financiera.

3.2. El Ejercicio de la Adquirencia por Sociedades No Vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

A lo largo del capítulo 2, se hizo referencia a las definiciones del SPBV y sus intervinientes, teniendo como novedad en la materia, la reforma del decreto 1692 de 2020 al libro 17 de la parte 2 del decreto 2555 de 2010. Como parte de la actividad financiera, se evidenció que la mayoría de los actores hacen parte de la órbita de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, sin embargo, la expedición del decreto 1692 de 2020, dio lugar a que no se permita hablar de una vigilancia estatal integral sobre los intervinientes en el sistema financiero, esto es, con la aparición de la adquirencia en sociedades no vigiladas.

Reseñado el concepto de SPBV y de la adquirencia, tanto por la ley como por la doctrina, es claro que el procesamiento de ordenes o transferencias de recursos entre sus participantes y las actividades de compensación y liquidación, son operaciones que conllevan al manejo y aprovechamiento de recursos que constituyen ahorro público. Por una parte, la movilización de recursos objeto de transacciones entre los actores del sistema, da lugar a que se hable de “manejo” a través de la transmisión de la información entre emisores y adquirentes o receptores, la cual, a nuestro juicio, otorga disponibilidad condicionada sobre el dinero de los usuarios, que, en caso de error en el enrutamiento de la información, por ejemplo, el pago de un consumidor a determinado establecimiento de comercio con ocasión a la adquisición de un producto o servicio, daría lugar a un pago de lo no debido, aun así, se haya confirmado la aprobación de la transacción por el emisor al comercio vendedor. Si bien, entre actores vigilados, esta situación no sería común, o de pasar, por su especialidad y experiencia, los riesgos no se consumirían o no serían de gravedad al

servicio, se realiza en diferente manera a como realmente debe prestarse en condiciones comunes, yendo en contra de la normatividad, ordenes o reglamentos que regulan dicho servicio.

momento de corregir cualquier falla en el proceso de pagos, el verdadero problema se centraría en la adquirencia de sociedades no vigiladas.

Cuando hablamos de la actividad de adquirencia en el capítulo 2, se hizo saber que esta actividad no es nueva en el SPBV, debido a que, quien la ha desempeñado, son los establecimientos de crédito, pero si dicha actividad es desempeñada por sociedades no vigiladas como lo dispone ahora el decreto 1692 de 2020, consideramos que los riesgos financieros en los sistemas de pago, podrían llegar a desencadenarse.

En primera medida, la necesidad de vigilancia encuentra su fundamento en razón a que la actividad de adquirencia, no solo se limita al ámbito tecnológico cuando hacemos referencia a la labor de vinculación de los comercios suministrando tecnologías de acceso para los diversos instrumentos de pago que provee el sistema financiero, un ejemplo de ello, es la función regulada en el numeral 1.4 del artículo 2.17.1.1.1 del decreto 2555 de 2010, la cual, hace referencia a que el adquirente abonará, ya sea al agregador o al comercio, de acuerdo a los términos contractuales celebrados, los recursos fruto de las ventas que se llevaron por conducto de las tecnologías de acceso suministradas por este al comercio, teniendo a su vez el deber de gestionar los arreglos necesarios con ocasión a procesos de controversias, contracargos, devoluciones o reclamaciones respecto de las transacciones celebradas y, encargarse de notificar al usuario sobre el rechazo o confirmación de la transferencia u orden de pago. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.)

Finalizada la operación de compensación y liquidación, los recursos objeto de transacción son transferidos al adquirente, sin embargo, y a pesar de “dar finalizado” el proceso de pagos entre actores del SPBV, queda pendiente la transferencia de los recursos de la cuenta del comercio en el adquirente, a su propia cuenta de ahorros o corriente. En esta etapa, es cuando se hace referencia a la obligación de abonar anteriormente descrita, es decir, si bien los recursos ya están en las arcas del comercio con el adquirente, la disponibilidad de los mismos no resulta ser total, por ejemplo, según Torres et al. (2019), sucede que, en los demás países de América Latina, los contratos con el adquirente tienen un plazo máximo de 28 días para consignarle los recursos de las ventas al comercio afiliado.

Si bien no es la regla general para Colombia en lo referente a los días de pago, ya que estos son objeto de discusión en el contrato entre el adquirente y el comercio aliado, esto demuestra que la adquirencia, si es practicada por sociedades no vigiladas, al recepcionar los recursos así sea por medio de un establecimiento de crédito o patrimonio autónomo, da lugar a que se configure un manejo y aprovechamiento del ahorro público a través de captación. (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.3.1.2.) Teniendo en cuenta lo mencionado, la posición coge fuerza de acuerdo a lo que constituye una operación pasiva como lo es la captación, la cual, entraremos a explicar con más detalle, pero ya no desde el punto de vista meramente conceptual como se hizo en el capítulo 1.

3.2.1. Captación de Recursos del Público como parte de la Adquirencia.

Hemos venido explicando como en el proceso de pagos en los SPBV, los intervinientes tienen la facultad de manejar los recursos que son objeto de los actos de comercio o consumo que son celebrados entre los comercios y los diferentes usuarios, centrándonos poco a poco en la labor del adquirente, pero, sobre todo, si se ejerce por sociedades no vigiladas. Tanto el manejo de recursos entre actores, como la captación de los mismos, hacen parte de la actividad financiera, sin embargo, se hace imperioso justificar el por qué se habla de captación cuando nos referimos al adquirente, esto, con el fin de acentuar nuestra tesis en la necesidad de vigilancia integral.

En primera medida, el artículo 2.18.2.1 del decreto 1068 de 2015 -Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público-, dispone los eventos en los que una persona natural o jurídica, ejerce captación de dineros del público de manera masiva y habitual. En el primer numeral, se expresan dos circunstancias para ejercer dicha operación, las cuales consisten cuando el pasivo a favor del público, se compone por más de cincuenta (50) obligaciones o, se constituyen obligaciones con más de veinte (20) personas. Así, dichos vínculos jurídicos hayan sido suscritos directamente o a través de un tercero.

El numeral en mención, hace claridad respecto a lo que constituye pasivo con el público, explicando que, atiende al monto de las obligaciones que se celebran con ocasión a la recepción de dinero bajo el contrato de mutuo. Sin embargo, la figura resulta ser amplia, ya que, acto seguido,

hace referencia a que no importa el tipo contractual mediante el cual se ejerza la recepción de dinero, especificando que dicha figura, no prevea el suministro de bienes o servicios como contraprestación.

De igual manera, el numeral dos condensa dos eventos teniendo como figura contractual el mandato, disponiendo que, cuando se haya celebrado, separada o conjuntamente, veinte (20) contratos de mandato, cuyo periodo de tiempo sea de tres (3) meses consecutivos, en los que se tenga por objeto administrar recursos de sus mandantes teniendo como modalidad de dicho contrato la libre administración, constituirá conducta de captación. Por otra parte, si los dineros objeto de contrato, a juicio del mandatario, deben ser invertidos en títulos o valores o, se realicen operaciones de venta de títulos de crédito o inversión, se estará ejerciendo dicha operación pasiva de crédito. Ahora, para conocer el periodo de tiempo referente a los tres meses que exige el numeral citado, la fecha de inicio podrá ser la que corresponda a cualquiera de las operaciones de venta o de los mandatos.

No obstante, el parágrafo 1 exige que, en cualquiera de los eventos referidos en los numerales descritos anteriormente, deberá, además, concurrir una condición, ya sea la enunciada en el literal a o b. La condición correspondiente al literal a, dispone que la totalidad del valor de los dineros que fueron recibidos con ocasión a las operaciones que se indicaron, exceda el 50% del patrimonio líquido de quien recepcione los recursos. Por su parte, la condición del literal b, hace referencia a que la celebración de las operaciones que se enunciaron en el artículo, sean consecuencia de ofertas privadas o públicas a personas innominadas, o haber hecho uso de cualquier sistema que tenga efectos similares o idénticos.

Finalmente, el parágrafo 2, hace referencia a que tipo de operaciones no estarán comprendidas dentro de los cálculos que se plantean a lo largo del artículo, teniendo como factor relevante las personas con quienes se celebran dichos actos, dentro de los que se destacan el cónyuge, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, socios e instituciones financieras. (Decreto 1068, 2015, art. 2.18.2.1.)

Consideramos que, para el caso del adquirente no vigilado, ejercería captación de acuerdo a la circunstancia del numeral 2, esto, en razón por la permanente labor de vinculación de los comercios al SPBV y, aunado a que son masivos los comercios en nuestro país por la cultura de consumo que se practica. Ahora, es claro que, tanto el periodo de 3 meses consecutivos como el número de suscripciones de contratos de mandato como circunstancias fácticas de captación masiva, estarían llamadas a cumplirse, pero, ¿Por qué hablamos que el adquirente no vigilado celebra mandatos con los comercios afiliados? Teniendo en cuenta que, en el proceso de pagos el comercio recepciona los recursos a través del adquirente, se tiene que este último obra en representación del comercio beneficiario de la operación en la infraestructura del sistema de pagos ante los demás intervinientes, hecho que tiene fundamento en la función de adquirencia reglada en el numeral 1.1. del artículo 2.17.1.1.1 del decreto 2555 de 2010, cuando hace referencia a la vinculación del comercio a través de afiliación al SPBV. De igual manera, cuando se hace referencia a la función del numeral 1.4. de la norma en cita, la cual, habla de abonar al comercio los recursos producto de las ventas, dando lugar a que ese acto de recaudo, se haga en representación del comercio y no como una recepción de dineros que le pertenezcan al adquirente, ya que, como lo mencionamos en la última función enunciada, el adquirente debe consignarlos en los tiempos o términos contractuales, los cuales, no serán mayores de 28 días, adoptando la regla de tiempos mencionada líneas anteriores.¹⁴

Por otra parte, el numeral 2 plantea que los mandatos que se celebren, deberán ser bajo la modalidad de libre administración, dicha modalidad hace referencia a lo reglado en el artículo 2159 del Código Civil, exigiendo que, entre los contratantes, se pacte esa cláusula que permita al mandatario obrar del modo que mejor le parezca. Frente a esto, consideramos que, en la afiliación del comercio con el adquirente, este último pactaría dicha cláusula con el comercio beneficiario con el fin de poder desempeñarse de manera más discrecional en la búsqueda de acceso al mejor sistema de pagos, en el cual, el comercio afiliado obtenga mayor cobertura y efectividad en el mercado en lo que a recepción de pagos refiere. Ahora, la inserción de la cláusula, a nuestro juicio, haría parte de un componente de adhesión, teniendo en cuenta que la labor de afiliación, por ser constante para el

¹⁴ Remítase al numeral 3.2. “El Ejercicio de la Adquirencia por Sociedades No Vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.” (p. 49).

adquirente, lleva a que dichos contratos, tengan condiciones preestablecidas a la celebración, siendo esta modalidad del mandato una de ellas.

La libre administración se materializaría igualmente con fundamento en lo dispuesto por el 2.17.3.1.2., numeral 3 del decreto 2555 de 2010, disposición que reglamenta que, el adquirente no vigilado, deberá contar con un mecanismo para mantener los fondos que sean resultado de las ventas, los cuales son sujetos a las operaciones de compensación y liquidación, para lo cual, podrán acudir a la suscripción de acuerdos con establecimientos bancarios o la constitución de fideicomisos con sociedades fiduciarias, aspecto que resulta importante enfatizar, ya que, la normatividad le da la opción al adquirente entre esas dos entidades del sector financiero, dando lugar a que, con la cláusula pactada, se le permita al adquirente decidir qué entidad le ofrece mayor facilidad en el desempeño de su labor, como también, buscando que deposito le puede otorgar mayor rentabilidad a los dineros del comercio beneficiario.

Para el caso de depositar los recursos en Bancos, este tipo de depósitos tienen una tasa de retorno que suele ser muy baja, ya que, dicho depósito, no se hace a término o con fin de inversión, solamente en calidad de custodia, sin embargo, se da una rentabilidad así no sea significativa. La rentabilidad mínima, se obtiene porque, como lo mencionamos en el capítulo 1 haciendo referencia a la intermediación financiera, el negocio típico de los Bancos es captar para colocar y del resultado de los intereses que surgen con ocasión a los préstamos concedidos al público, se obtiene un margen de intermediación que permite ganar un porcentaje al Banco y al mismo tiempo, ese dinero es objeto para el pago de rentabilidades, así sean mínimas, para quien deposita sus recursos en dicha entidad.

En lo referente a los patrimonios autónomos, las circunstancias cambian sustancialmente; si el depósito se realiza a través de esta figura, consideramos que el contrato a surgir entre la sociedad fiduciaria y el adquirente es una fiducia mercantil de administración. Dicha premisa, la apoyamos conforme al numeral 8.3.1. de la parte 2, título 2, capítulo 1 de la Circular Externa 034/2018 de la Superintendencia Financiera, norma que hace referencia a la modalidad fiduciaria de administración y pagos, la cual, tiene como propósito la administración de dinero que, junto con sus rendimientos, de existir, podrán ser objeto de destinación al adecuado y oportuno cumplimiento

de las obligaciones que señale el constituyente. La norma en cita, merece especial atención debido a que, al hablar de rendimientos, se abre paso a un aspecto diferencial con los establecimientos bancarios, en razón, a que la tasa de retorno por depositar los recursos en un patrimonio autónomo, puede ser mayor que la de un depósito ordinario de ahorros o corriente de un Banco. De acuerdo con Rodríguez (2017), una de las obligaciones que nace para la sociedad fiduciaria en la administración de bienes, es la de sacar el máximo provecho de los bienes fideicomitidos en operaciones que deben ser seguras y rentables, que, en este caso, se trataría de los recursos resultado de las ventas del comercio afiliado en el adquirente. Si bien dicha obligación, debe hacer parte de las instrucciones del constituyente, el cual, sería el adquirente, consideramos que, en virtud de lograr una administración más beneficiosa tanto para él, como para el comercio afiliado, se podría dar dicho supuesto, llegando a pensar de igual forma, que este podría ser el mecanismo por el cual, los adquirentes no vigilados, se inclinarían más a la hora de ejercer sus funciones en el sistema de pagos.

Frente a las condiciones concurrentes del párrafo 1, consideramos que la regulada en el literal b, es la que se cumpliría con la circunstancia del numeral 2 ya explicada, esto, en razón a que el servicio de adquirencia puede ser objeto de oferta ya sea pública o privada hacia los diferentes comercios. Dicho esto, la posición de captación, administración y manejo de recursos por parte del adquirente, en nuestro juicio, encuentra sustento.

No obstante, la administración y manejo de recursos del público encuentra también razón de ser en los derechos del mandatario, en concreto, por lo reglado en el artículo 1277 del Código de Comercio¹⁵, disposición que permite al mandatario pagarse sus créditos derivados del mandato, que, en este caso, se hablaría de la comisión de adquirencia. Claro está que, este evento sucedería en el caso de que el comercio afiliado se negara por razones diversas a no pagar dicha comisión, lo cual, daría lugar a que el adquirente se pagara con los recursos de las ventas el concepto de la

¹⁵ La aplicación del artículo 1277 del C. Co, encuentra fundamento en que el mandato celebrado entre el comercio y el adquirente, se hace entre comerciantes, lo cual, por factor subjetivo del artículo 1 del C. Co, hace que la aplicación de la norma sea el mandato mercantil, sin que sea impedimento la aplicación del artículo 2169 del Código Civil, ya que, al no ser regulada esta modalidad en el mandato mercantil, tanto por autonomía de la voluntad privada como por lo dispuesto en el artículo 822 del C. Co, su aplicación resulta procedente.

comisión que está a su favor, evento que, a nuestro parecer, refuerza el ejercicio de manejo de recursos del público.

Huelga decir que, el análisis comprendido no quiere dar a indicar que el adquirente estaría inmerso en el delito comprendido en el artículo 316 del Código Penal, esto, en razón a que, a nuestro juicio, la autorización impartida a través del registro de adquirentes no vigilados de la Superintendencia Financiera, legitimaría en parte su participación en el SPBV. Sin embargo, debe recordarse que la autorización y la vigilancia son dos eventos con consecuencias jurídicas distintas en el ordenamiento, el primero, hace alusión al cumplimiento de requisitos especiales para lograr la inscripción en el registro de adquirentes no vigilados de la Superintendencia Financiera enunciados en el artículo 2.17.3.1.2. del decreto 2555 de 2010, por ejemplo, el capital suscrito y pagado como forma de evaluar la solvencia y el tipo societario, entre otros, y el segundo, como lo mencionamos en el numeral 3.1. del presente capítulo, hace referencia a una labor de la autoridad administrativa encargada por la materia en específico de carácter permanente, con el fin de verificar que su funcionamiento y el desarrollo del objeto social está conforme a la ley, disminuyendo cualquier tipo de riesgo.

Habiendo analizado el ejercicio de captación, se considera que el adquirente no vigilado estaría ejerciendo dicha actividad por medio de los llamados depósitos irregulares, los cuales, según el profesor Rodríguez (2009), son la fuente principal de obtención de recursos de los Bancos comerciales y justifican, desde el ámbito jurídico, la función de intermediación. Al desempeñar la captación de depósitos de dinero de sus clientes, como operación pasiva, recibéndolos en propiedad, da lugar a que puedan disponer de estos, y a través de la colocación como operación activa, obtener el lucro necesario para pagar los costos de administración y la remuneración que estos recursos causen. Aunado a ello, el depósito irregular da lugar a que se configure una operación de crédito típica, debido a que hay una transferencia de la propiedad por parte del cliente a la entidad bancaria, con la obligación para el banco de devolver los recursos, ya sea en una fecha determinada o en el momento en el que el depositante lo requiera. No obstante, en cualquiera de las dos situaciones, existe un periodo de tiempo en el cual la entidad bancaria obtendrá un provecho de la utilización de los recursos que fueron depositados.

A pesar de lo anterior, nuestra posición se ha venido fundamentando en el hecho de que el ejercicio de captación no necesariamente implica hablar de intermediación financiera referente al nexo causal que existe con la colocación de recursos para otorgar crédito, sin embargo, por la facultad de manejo, habría la posibilidad de ejercer dicha intermediación pero con connotaciones contra legem, ya que la adquirencia practicada por sociedades no vigiladas, no permite la realización de tales operaciones de crédito, exclusivas de los establecimientos bancarios.

Al mismo tiempo, debe resaltarse que el manejo de recursos se practicaría bajo un depósito en el cual, el adquirente, mientras realiza la respectiva consignación al comercio aliado o al agregador, tendría dentro de sus obligaciones la custodia y conservación de los dineros fruto de transacciones. Ante esto, resulta interesante que, si consideramos que dicha práctica se hace a través de depósitos como lo hemos mencionado, intentar clasificar esta modalidad dentro de los llamados depósitos a término y a la vista, se torna complejo. La dificultad radica en razón a que la adquirencia solo se encarga de recepcionar los recursos una vez practicada la compensación y liquidación por parte de la administradora de SPBV, su naturaleza no consiste en que, con base en esa recepción, exista un rendimiento a favor del comercio aliado mientras el dinero está en su poder como pasaría en los depósitos a término; ahora, si se tratase de depósitos a la vista, quizá este concepto estaría un poco más ligado a la situación objeto de análisis, en el aspecto que el dinero en manos del adquirente, constituye una suma que contablemente ya estaría a favor de dicho comercio, por lo cual se pensaría que habría una disposición total del dinero, sin embargo, consideramos que tampoco se trataría de un depósito a la vista propiamente dicho, en razón a que el comercio beneficiario, estaría sujeto a los tiempos o términos del contrato en los cuales el adquirente consigna los recursos objeto de actos comerciales.

Con ocasión al análisis realizado, consideramos que se estaría en presencia de un nuevo tipo de depósito, un híbrido que adoptaría elementos entre los depósitos a término y a la vista. Frente a los depósitos a término, se acoge parte de este, en el sentido de que la disposición del dinero por parte del comercio aliado, estaría sujeta a los tiempos del contrato en los cuales el adquirente consignaría los recursos fruto de los negocios realizados y, por otra parte, podría hablarse de depósitos a la vista, en lo referente a que contablemente para el comercio, la suma determinada en poder del adquirente es de su propiedad, teniendo calidad de acreedor ante el adquirente mientras los recursos

no sean transferidos de manera íntegra a sus cuentas de ahorro o corriente de las cuales goza titularidad, configurándose así una actividad financiera como de manejo y aprovechamiento de recursos del ahorro público.

Finalmente, frente a la obtención básica de información por parte del usuario sobre los participantes de los SPBV, es lógico que, al conocer, que sobre alguno de ellos no pesa medida de intervención estatal como la vigilancia, genera dudas e incertidumbres sobre su papel en el mismo, aún más, cuando se sabe que el objeto u operación del sistema, tiene como fin principal la movilización de recursos. Es por eso que, consideramos que el interés público como base de la actividad financiera y generador de confianza en el público, debe ser acatado en su integridad respecto a la intervención del Estado con la medida de vigilancia integral, en este caso, sobre la adquirencia cuando no es practicada por los establecimientos de crédito.

3.2.2. Consecuencia de la evolución de los mercados.

Dentro de las consideraciones del decreto 1692 de 2020, se manifestó como uno de los objetivos de la reforma al SPBV, el facilitar la inclusión financiera de las personas para tener como consecuencia el impulso de diferentes productos financieros que lleven a la reducción del uso del dinero en efectivo a la hora de realizar pagos y fortalecer así, la bancarización en la población. Al mismo tiempo, la reforma busca la actualización del SPBV a las nuevas realidades del mercado, actualización que conlleva la apertura de nuevos actores que ayuden a la ampliación del ecosistema financiero digital. Tal circunstancia, atiende a la innovación financiera, la cual, de acuerdo con Caldentey & Titelman (2018), hace referencia a los cambios derivados por las nuevas maneras de realizar operaciones financieras, teniendo como consecuencia que existan modificaciones a la normatividad típica del sistema, a su forma de supervisión y a la creación de nuevas instituciones. Sin embargo, consideramos que la evolución de los mercados y la innovación de los mismos, no es justificante suficiente para que la intervención del Estado sobre las nuevas instituciones que desempeñan actividades financieras no tenga la rigurosidad necesaria, ya que, se está olvidando u omitiendo que dicha actividad tiene la calidad de interés público y que la normatividad del sector debe generar la confianza suficiente en sus usuarios.

Tal será que, en el afán de innovación del sistema, se está provocando inseguridad en la normatividad del sector financiero, situación que, desde una mirada nuevamente global hacia los intervinientes o participantes del SPBV respecto de la vigilancia sobre los mismos como medida intervención estatal, el artículo 2.17.1.1.1 numeral 21 del Decreto 2555 de 2010, además de la definición del sistema, manifestó lo siguiente: “En todo caso, **un sistema de pago solo será considerado como tal cuando actúen, en calidad de participantes, tres (3) o más instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia** (...)” (Subrayado y negrillas nuestras) (Decreto 2555, 2010, art. 2.17.1.1.1.)

Frente a lo anterior, se evidencia contradicción de la norma en la regulación de los participantes de los SPBV para el caso del adquirente. Tanto en el artículo 2.17.1.1.1. inciso 2 como en el artículo 2.17.3.1.1 del decreto 2555 de 2010, se plantea que la actividad de adquirencia podrá ser desarrollada por SEDPES, establecimientos de crédito y sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Sin embargo, la participación de sociedades no vigiladas como adquirentes en el sistema de pagos, no sería procedente atendiendo a que la norma contempla, a nuestro juicio, de manera imperativa que un sistema de pago solo podrá configurarse, cuando los participantes sean instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera, llevando a que la actividad de adquirencia, teóricamente, solo esté en cabeza de los actores que si son vigilados y por ende, que la novedad que plantea el decreto 1692 de 2020 sea ilusoria.

A su vez, el hecho se torna de suma gravedad debido a que, tratándose la adquirencia de una actividad financiera por la recepción de recursos de terceros, podría pensarse que su actuar entraría en una especie de limbo regulatorio al no estar comprendida dentro de la función de vigilancia, aun así su participación deba ser autorizada por la Superintendencia Financiera, lo cual, no genera seguridad jurídica y confianza en la normatividad del sistema financiero, dando lugar a una intervención estatal incompleta o ineficaz. De igual manera, podría pensarse que, de participar el adquirente, no se configuraría el sistema de pagos si se trata de una sociedad no vigilada, deformando en otra figura jurídica distinta, de la cual, sería difícil determinar al tratarse de actividad financiera.

3.2.3. Riesgos Financieros en los Sistemas de Pago de Bajo Valor:

Expuesta nuestra postura frente al ejercicio de actividad financiera por parte del adquirente desde la facultad de manejo, como de captación de recursos merecedora de vigilancia integral, por la naturaleza de sus funciones, hace indispensable referirnos a los riesgos que conllevan los participantes del sector financiero, independientemente de la función que desempeñen, en concreto, en los SPBV.

Inicialmente, resulta pertinente indicar una definición de riesgo antes de entrar en materia respecto al ámbito financiero, por lo cual, acudimos al Consejo de Estado (2021), el cual, definió el riesgo “como una posibilidad abstracta y aleatoria de que el daño se produzca” (p. 4). Es decir que, se trata de una circunstancia que puede llegar a suceder o no, que, de suceder, habría lugar al acaecimiento de un daño. Por su parte, el profesor Hinestrosa (1967) hace referencia a que el “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja” (p. 529). Para el caso de los sistemas de pago, consideramos que el daño es de carácter patrimonial por tratarse del manejo de recursos.

Ahora bien, en lo que refiere estrictamente a los riesgos financieros que se presentan en la actividad de los SPBV, el comité de sistemas de pago y liquidación del Banco de Pagos Internacionales de Basilea (2001), plantea que los sistemas, pueden ver comprometida su operatividad con el acaecimiento de los siguientes riesgos: *Riesgo de crédito*. Hace referencia a que uno de los participantes de la infraestructura del sistema, no tenga la capacidad suficiente de dar total cumplimiento con las obligaciones financieras a cargo, tanto en el presente como en el futuro. *Riesgo de Liquidez*. Se configura cuando uno de los intervinientes del sistema, no tiene los fondos o recursos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones financieras que le pertenecen en el momento y forma debidos, así pueda dar cumplimiento a las mismas en el futuro. *Riesgo Legal*. Es provocado con ocasión a una regulación legal incompleta o imperfecta y que, al generar incertidumbre respecto de la seguridad jurídica, se causa o exacerban los riesgos de liquidez o crediticio. *Riesgo Operativo*. Atiende a que factores funcionales como, por ejemplo, errores de operación o fallos técnicos en alguno de los participantes, acentúen o agraven los riesgos de

liquidez o de crédito. Finalmente, el *Riesgo Sistémico*, puede tener su causa en que uno de los intervinientes, al ser incapaz para dar cumplimiento con sus obligaciones, o que, al presentarse alteraciones en la infraestructura operativa del sistema, se genere incapacidad en otros participantes o entidades financieras en diferentes segmentos del sistema financiero que impidan cumplir con las obligaciones a su cargo al momento de su exigibilidad. De darse el incumplimiento, se provocarían problemas de liquidez o crediticios de manera general, amenazando al mismo tiempo la operatividad de los mercados financieros o la estabilidad del sistema.

Consideramos que, los riesgos financieros enunciados no discriminan entre los sistemas de pago que lleguen a existir en la economía, ya sean de alto o bajo valor, esto, en razón a que el manejo de recursos de terceros lleva implícito un riesgo para sus intervinientes por tratarse de dinero ajeno. De igual manera, nos apoyamos en el Banco de Pagos Internacionales de Basilea (2001), organismo que manifiesta que, por regla general, se tiene la tendencia a creer que los únicos sistemas con importancia sistémica, son los que en su operatividad manejan cuantías altas, pero, dicha posición encuentra su excepción cuando, los sistemas de pago, así administren cuantías altas o bajas, tengan el potencial o la injerencia entre los participantes de transmitir o producir alteraciones para toda la infraestructura financiera mediante ciertas etapas en el curso de sus funciones.

Ahora, para el caso de la adquirencia, el riesgo legal puede ser uno de los factores determinantes, el cual se materializa al limitarse su regulación, respecto a que su actuar dentro del sistema financiero, en lo que refiere a vigilancia o intervención estatal, se reduce solamente a un registro que hace constar la situación de solvencia pero que no da fe de un seguimiento o acompañamiento permanente frente al mantenimiento de los niveles de liquidez necesarios para responder ante eventuales daños.

Por otra parte, se considera que el riesgo operativo puede llegar a configurarse con ocasión a fallas de la tecnología desde el trámite y procesamiento de las ordenes o transferencias de recursos, como también, al efectuar los abonos o pagos de los recursos provenientes de las ventas a los comercios o agregadores.

Frente al riesgo sistémico, Varón y Abella (2018), manifiestan que, en la Junta de Estabilidad Financiera de los Estados Unidos, se propuso una definición novedosa en lo referente a este riesgo, dicha propuesta, reposa en la guía para evaluar la importancia sistémica de las entidades financieras, instrumentos o mercados, que tiene un mayor alcance a la definición típica. Conforme al documento mencionado, el riesgo sistémico hace alusión a la falla de los servicios financieros en dos situaciones, la primera, cuando se provoca con ocasión a la incapacidad de todo o parte del sistema financiero, y la segunda, que la falla tiene el suficiente potencial o rigurosidad para causar consecuencias graves para la economía real. Ahora bien, los mencionados autores expresan que, los eventos sistémicos no se limitan a una circunstancia de incapacidad de pago, sino que también tienen su causa en cualquier hecho que conlleve la deficiencia de los servicios financieros. Los riesgos sistémicos pueden generarse por situaciones de naturaleza diversa, por ejemplo, la grave suspensión de los servicios por conducto de medios electrónicos o, también, las fallas materiales en la operatividad de las entidades que funcionan como proveedoras de infraestructura.

A pesar de que al adquirente no vigilado se le exige solvencia para su participación en los SPBV, las fallas en la operatividad pueden desencadenar igualmente un riesgo sistémico. Dicho riesgo, puede configurarse ante una falta de capacidad de respuesta en el procesamiento y trámite de las órdenes de pago o transferencia de fondos si el software que utiliza el adquirente no es lo suficientemente sólido o confiable, generando un eventual efecto dominó entre los participantes, por ejemplo, en los Bancos o SEDPES como entidades emisoras de los depósitos de los ahorradores o los recursos que fueron colocados en calidad de mutuo con interés para el caso de los Bancos, los cuales podrían llegar a sufrir un enrutamiento erróneo de información y recepción respecto de cuál debe ser el comercio adquirido al que se le consigna el dinero objeto de transacción o cual es la suma o valor que es objeto de transacción, dando lugar a que los emisores, en su deber de custodia y manejo de dineros del público, sean eventualmente responsables sobre los valores que fueron objeto de negocio, tanto para el usuario que emitió la orden de pago o transferencia, como para el comercio adquirido como beneficiario de la operación.

CONCLUSIONES

- La actividad financiera en Colombia, en fundamento al artículo 335 de la Constitución Política, goza de protección especial en sus instituciones, protección que se materializa en la intervención del Estado frente a la autorización de acceso al sistema financiero, como también, en la inspección, vigilancia y control de los participantes, en razón a que dicha actividad es de interés público y debe, a su vez, generar confianza pública en sus usuarios.
- La captación de recursos del público como operación pasiva de crédito, tiene una doble connotación, la primera, hace referencia a que dicha operación se complementa o tiene un vínculo causal con la operación bancaria activa de la colocación, esta relación entre las dos, da lugar al concepto de intermediación financiera, actividad que constituye el negocio bancario por excelencia, y, la segunda, trata de que la operación de captación puede tratarse como autónoma, esto, debido a que los recursos captados no necesariamente deben ser colocados al público para conceder créditos, sino que hace parte de la facultad de manejo de recursos, de la cual hace alusión el artículo 335 de la Constitución Política.
- Los avances tecnológicos han sido determinantes en los SPBV, permitiendo un mayor acceso a los usuarios o consumidores a la hora de realizar transacciones de diversa naturaleza, proporcionando no solo vinculación a más comercios, sino también, instrumentos de pago y herramientas diferentes a las tarjetas débito o crédito como medios de pago.
- La expedición del decreto 1692 de 2020 que reformó el decreto 2555 de 2010 en el libro 17 de la parte 2, otorgó mayor claridad respecto a las definiciones del SPBV y de sus intervinientes, pero, en la incorporación de sociedades no vigiladas en la función de adquirencia, provocó inseguridad en su regulación de carácter financiero, dejando de lado la protección constitucional de la que goza toda actividad financiera.
- La adquirencia en sociedades no vigiladas representa no solo un problema de regulación y de contradicción en lo que se considera un SPBV, sino también, en los postulados constitucionales de intervención del Estado, provocando que las funciones de la

Superintendencia Financiera, carezcan de eficacia en su labor de máxima autoridad administrativa del sector financiero.

- La captación de recursos del público por el adquirente no vigilado, dio nacimiento a una nueva especie de depósito irregular, un híbrido entre los depósitos a la vista y los depósitos a término, aspecto que, de perseverar, deberá ser objeto de estudio por el legislador, ya que, al ser el garante y promotor de la confianza pública, tanto en la actividad como en las instituciones financieras, debe procurar porque la regulación genere seguridad jurídica en el ordenamiento.
- La vigilancia sobre la totalidad de actores, permitiría mitigar los riesgos financieros sobre los SPBV, esto, en razón a que el permanente acompañamiento a las entidades participantes, permite que la solvencia, la infraestructura tecnológica y la operatividad del sistema, sean controladas en la ejecución de la actividad evitando que el actor del sistema no incurra en maniobras o conductas que, por impericia o negligencia, terminen generando un efecto dominó entre los intervinientes del SPBV.

REFERENCIAS

ACH Colombia. (2020). *ACH Colombia*. <https://www.achcolombia.com.co/home>

Arango, C. (Coord.); Arias, F.; Rodríguez, N.; Suárez, N; Zárate, H. (2019). Efectivo y pagos electrónicos. *Ensayos sobre Política Económica (ESPE)*, 93, 1-76. DOI: 10.32468/espe.93

Arbeláez, M. & Zuluaga, S. (2006). *Medios de pago electrónicos en Colombia: evolución y perspectivas*. Fedesarrollo.
https://repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/1274/Repor_Agosto_2006_Arbelaez_Melendez_y_Zuluaga.pdf?sequence=1&isAllowed=y

American Express. (2022). *Tarjetas American Express*. https://www.americanexpress.com/es-co/network/tarjetas/?inav=co_menu_cards_pc_viewall

Arrubla, J. (2015). *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*. (8.a ed.). Legis.

Asobancaria. (2021). El papel de los medios de pago: un análisis de los problemas asociados al efectivo y los pagos electrónicos como alternativa. *Banca y Economía*, (1269), 1-12.
https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/2021/02/1269_BE.pdf

Baena, L. (2013). *Lecciones de Derecho Mercantil* (2.a ed.). Universidad Externado de Colombia.

Baena, D. Hoyos, H. & Ramírez, J. (2008). *Sistema Financiero Colombiano* (1.a ed.). ECOE ediciones.

Banco Davivienda S.A. (2021). *Diners Club*.
https://www.davivienda.com/wps/portal/personas/nuevo/personas/aqui_puedo/comprar_lo_que_deseo/tarjeta_de_credito/diners_club/diners_club/!ut/p/z0/fY3BCsIwEER_JZeet7Qi7bEKgpUKgoc2lxKTRba2SZuk6ue7N_Hibd5jmAEJLUirnnRXkZxVI3Mnt31eXDbnepc1p7Iu0qopD_tr1eTH

KoMa5P8CL9CwLLICqZ2N-I7QvvTUE2dvMfYz-sBfIUnJkiaXpF-jlpXEvKJhq900e-
XF6MSyojAYkG1UfsCoArPQHg1FloYsTwg9rrcfgPkhuw9hEMRc/

Banco de la República. (s.f.). *Certificado de depósito a término (CDT)*.
<https://www.banrep.gov.co/es/certificado-deposito-termino-cdt>

Banco de la República. (s.f.). *¿Qué es el CEDEC?*
<https://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/qu-cedec#:~:text=Es%20un%20sistema%20administrado%20por,al%20cobro%20o%20en%20devolu%20uci%20C3%B3n>.

Banco de la República. (s.f.). *¿Qué es la compensación de cheques?*
<https://www.banrep.gov.co/es/cedec>

Banco de la Republica. (s.f.). *¿Qué es el CENIT?*
<https://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/introducci-n-2>

Banco de la República. (s.f.). *¿Qué es el CUD?* <https://www.banrep.gov.co/es/cud>

Banco de la Republica. (s.f.). *Billetes y Monedas*. <https://www.banrep.gov.co/es/billetes-y-monedas-0>

Banco de la República. (s.f.). *El sistema financiero colombiano: estructura y evolución reciente*.
https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/rbr_nota_1023.pdf

Banco de la República. (2008). *El Sistema de Pagos*.
https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/8_Sistema_de_pagos.pdf

Banco de la República, Banco Mundial y Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos. (2010). *Sistemas de Compensación y Liquidación de Pagos y Valores en Colombia*. *Centro de*

Estudios Monetarios Latinoamericanos. https://www.cemla.org/forodepagos/pdf/libros-amarillos/reporte_colombia2010.pdf

Banco de la República. (2021). *Reporte de Sistemas de Pago*, 1-145. <https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/10039/reporte-sistemas-de-pago-2021.pdf>

Banco de Pagos Internacionales. (2001). Principios Básicos para los sistemas de pago de importancia sistémica. *Comité de Sistemas de Pago y Liquidación (CPSS)*, 1-100. <https://www.bis.org/cpmi/publ/d43es.pdf>

Cárdenas, M. (2009). *Introducción a la Economía Colombiana* (2.a ed.). Alfaomega.

Caldentey, E. & Titelman, D. (Ed.). (2018). La inclusión financiera para la inserción productiva y el papel de la banca de desarrollo. *Libros de la CEPAL*, (153), 1-358. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44213/1/S1800568_es.pdf

Código Civil [C.C.]. (1873). (3.a ed.). Legis.

Código de Comercio [C.COM]. (1971). (5.a ed.). Legis.

Código Penal [C.PEN]. (2000). (8.a ed.). Legis.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta. (5 de marzo de 1999). Sentencia 11001-03-27-000-1998-0109-00. [C.P: Manrique, D.].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. (8 de marzo de 2007). Sentencia 11001-03-26-000-1998-00017-00. [C.P. Saavedra, R.].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014). Sentencia 250002326000200002322 01. [C.P. Andrade, H.].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. (19 de noviembre de 2021). Sentencia 41001-23-31-000-2011-00262-01. [C.P. Yepes, N.].

Congreso de Colombia. (10 de enero de 2012). Artículo 45. [Título II]. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. [Decreto Ley 19 de 2012]. DO: 48.308.

Congreso de la República de Colombia. (21 de octubre de 2014). Por la cual se dictan medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales y se dictan otras disposiciones. [Ley 1735 de 2014]. DO: 49.311.

Congreso de Colombia. (21 de octubre de 2014). Artículo 1. [Título Único]. Por la cual se dictan medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales y se dictan otras disposiciones. [Ley 1735 de 2014]. DO: 49.311.

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (2.a ed.).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 189 [Título VII]. (2.a ed.).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 335 [Título XII]. (2.a ed.).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de julio de 2000). Sentencia C-955 de 2000 [M.P: Hernández, J.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de noviembre de 2003). Sentencia C-1062 de 2003 [M.P: Monroy, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de abril de 2007). Sentencia C-292 de 2007 [M.P: Escobar, R.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de septiembre de 2007). Sentencia C-692/07 [M.P: Escobar, R.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de agosto de 2010). Sentencia C-640 de 2010 [M.P: González, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de noviembre de 2011). Sentencia C-823 de 2011 [M.P: Calle, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de octubre de 2014). Sentencia C-793 de 2014 [M.P: Mendoza, G.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (3 de diciembre de 2003). Sentencia 390209 [M.P: Ramírez, Y.].

Enciclopedia Jurídica. (2020). *Abonar*. <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/abonar/abonar.htm>

Gómez, G. (2014). Principios rectores de los sistemas de pago de alto valor y su aplicación en los sistemas externos en Colombia: un estudio en el ámbito de los sistemas de pago de bajo valor. *Revista de Derecho Privado*, 52, 1-34. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.15>

Hinestrosa, F. (1967). *Derecho de Obligaciones*. Universidad Externado de Colombia.

Medina, J. (2013). *Derecho comercial, parte general* (5.a ed.). Temis.

Mojica, J. (2016). *Lecciones de Teoría del Negocio Jurídico y Obligaciones* (2.a ed.). Ibáñez, Universidad Santo Tomás Sec. Tunja.

Monterrosa, H. (17 de julio de 2019). Coink, Dale y Tecnipagos, las billeteras virtuales que llegan al mercado. *La república*. <https://www.larepublica.co/finanzas/coink-dale-y-tecnipagos-las-billeteras-virtuales-que-llegan-al-mercado-2885514>

Morales, F. (2021). *Marco Institucional*. <https://economipedia.com/definiciones/marco-institucional.html>

Narváez, J. (2002). *Derecho Mercantil Colombiano, parte general* (9.a ed.). Legis.

Ortega, F. & Ciceri, A. (2014). Los instrumentos de pago electrónicos al por menor y su integración con los sistemas de compensación y liquidación. *Reportes del Emisor*, 185, 1-8. <https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/emisor/article/view/7894/8274>

Ortega, F. & León, C. (2017). Las transferencias compensadas por ACH Colombia: Un análisis desde la perspectiva de topología de redes. *Borradores de Economía*, 990, 1-42. https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/6302/be_990.pdf

Parra Carrascal, A. (2005). Supervisión de Lavado de Activos en los Sistemas de Pago de Bajo Valor (SPBV) en Colombia. (Trabajo de grado, Universidad de los Andes). Séneca Repositorio Institucional. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/22631/u270872.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Prieto, A., Torres, J., Martínez, E. & Gutiérrez, D. (2018). Estudio sobre los sistemas de pago de bajo valor y su regulación. https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-106608%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Presidente de la República. (2 de abril de 1993). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

Presidente de la República. (2 de abril de 1993). Artículo 46. [Parte II]. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

Presidente de la República. (2 de abril de 1993). Artículo 325. [Parte XIII]. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

Presidente de la República. (2 de abril de 1993). Artículo 326. [Parte XIII]. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

Presidente de la República. (15 de julio de 2010). Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010]. DO: 47.771.

Presidente de la República. (15 de julio de 2010). Artículo 2.17.1.1.1. [Parte 2]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010]. DO: 47.771.

Presidente de la República. (15 de julio de 2010). Artículo 2.17.2.1.1. [Parte 2]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010]. DO: 47.771.

Presidente de la República. (15 de julio de 2010). Artículo 2.17.3.1.2. [Parte 2]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010]. DO: 47.771.

Presidente de la República. (15 de julio de 2010). Artículo 2.17.3.1.5. [Parte 2]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010]. DO: 47.771.

Presidente de la República. (26 de mayo de 2015). Artículo 2.18.2.1. [Parte 18]. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. [Decreto 1068 de 2015]. DO: 49.523.

Presidente de la República. (18 de diciembre de 2020). Artículo 1. [Título Único]. Por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los sistemas de pago de bajo valor. [Decreto 1692 de 2020]. DO: 51.532.

Reyes, F. (2016). *Derecho societario, tomo 1*. (3.a ed.). Temis.

Rodríguez, S. (2009). *Contratos Bancarios, su significación en América Latina* (6.a ed.). Legis.

Rodríguez, S. (2017). *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina* (2.a ed.). Legis.

Superintendencia de Sociedades. (9 de noviembre de 2020). Oficio 220-221173. Plataformas de Recaudo.

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-221173_DE_2020.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. (23 de noviembre de 2007). Concepto 2007054433-003. Tarjeta débito, tarjeta prepago, características – captación de dineros del público. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/info/SFCant/Normativa/Conceptos2007/2007054433.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (4 de noviembre de 2008). Concepto 2008056242-001. Bancos, requisitos de constitución. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/info/SFCant/Normativa/Conceptos2008/2008056242.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. (6 de marzo de 2013). Sentencia 2012093968 [M.P: Grillo, C.].

Superintendencia Financiera de Colombia. (diciembre de 2018). Circular Externa 034/2018. Parte II Mercado Intermediado. Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros. <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1010045&downloadname=PARTE%20II.zip>

Superintendencia Financiera de Colombia. (25 de febrero de 2022). Concepto 2022002520-001. Entidades vigiladas, constitución, autorización, implementación de sistemas de administración de riesgos. <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1059281/2022002520.docx>

Torres, J. Martínez, E. & Prieto, A. (2019). Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor. https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-120899%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Vargas, L. (6 de agosto de 2021). Seis Sedpe han sido autorizadas por la Superfinanciera para poder entrar a operar. *La república*. <https://www.larepublica.co/finanzas/seis-sedpe-han-sido-autorizadas-por-la-superintendencia-financiera-para-entrar-a-operar-3212863>

Varón, J. & Abella, G. (Coord.). (2018). *Régimen del mercado de valores, Tomo 1*. Temis, Universidad de los Andes.