

MEMORANDO

11.2.2
Bogotá,

PARA: LILIANA FERNANDEZ MUÑOZ
Subgerencia Administrativa y Financiera

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico No.012-2021. Contratación Operador de Recaudo Servicios. Su memorando No.20213113750.

Apreciada doctora Liliana:

Para dar respuesta a la solicitud del asunto, recibida para trámite mediante memorando No.20213113750 del 03 de junio de 2021, se emite el siguiente Concepto Jurídico.

I. TESIS CONCLUSIVA.

El ICA deberá contratar la administración del recaudo de sus servicios con un operador que tenga la condición de ser entidad financiera y que esta -además- se encuentre sometida al control y vigilancia del Estado.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

¿El Instituto Colombiano Agropecuario ICA está facultado para contratar el manejo de sus propios ingresos con una entidad financiera u operador privado no sometidos al control y vigilancia del Estado?

III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Constitución Política de Colombia.
- Decreto 1068 de 2015 único reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. (En especial el artículo 2.3.2.4) Código de Comercio (En especial los artículos 1382, 1393, 1396, 1179)
- Oficio OJ - 053 de abril de 1978 de la Superintendencia Financiera.
- Ley 1369 de 2009, por la cual se establece el régimen de los servicios postales.

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

La Subgerencia Administrativa y Financiera solicita concepto jurídico en los siguientes términos:

"¿Es jurídicamente viable que el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA contrate la

administración del recaudo de sus servicios con un operador privado no vigilado por la Superintendencia Financiera? En caso afirmativo, ¿Cuáles son los requisitos que debe cumplir ese tercero (privado) para administrar dichos recursos?"

Refiere que, de conformidad con las responsabilidades legales de la entidad y las condiciones del servicio prestado, el instituto ha diseñado un modelo de recaudo (de aproximadamente 500 servicios tarifados) a nivel nacional con cobertura territorial, diversidad de canales físicos y virtuales con Entidades Financieras, las cuales prestan el servicio a través de oficinas físicas, corresponsales bancarios, tarjetas débito y crédito, y recaudo internet, entre otros. Y resalta, finalmente, lo que sobre el particular ha dispuesto el Decreto 1068 de 2015 (Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público)

En efecto, el artículo 2.3.2.4 del decreto en comento, ordena que los ingresos propios de los establecimientos públicos deberán manejarse con entidades financieras sometidas al control y vigilancia del Estado, veamos:

"Artículo 2.3.2.4. Transferencia de recursos únicamente a cuentas autorizadas o registradas. La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solo podrá transferir recursos de la Nación a través de las cuentas autorizadas o registradas.

Los ingresos propios de los establecimientos públicos deberán manejarse en entidades financieras sometidas al control y vigilancia del Estado y deberán sujetarse a los mismos esquemas definidos para la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, bajo la responsabilidad de los funcionarios que tengan la facultad de su manejo.

Los establecimientos públicos podrán pagar con sus propios ingresos obligaciones financiadas con recursos del Presupuesto Nacional mientras la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público transfiere los recursos respectivos.

(Art. 13 Decreto 359 de 1995)"

Esta normativa es aplicable al Instituto Colombiano Agropecuario ICA y se ajusta a los presupuestos fácticos de la consulta realizada. En efecto, la naturaleza jurídica del instituto es el de ser un Establecimiento Público y, dada la dinámica de su objeto legal lo obliga, entre otros aspectos, a recaudar sus propios ingresos.

En cuanto al manejo de los ingresos propios debe resaltarse las taxativas exigencias de la norma:

- (i) Debe hacerse a través entidades financieras,
- (ii) que tales entidades deben estar sometidas al control y vigilancia del Estado y
- (iii) sujetándose a los mismos esquemas definidos para la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, bajo la responsabilidad de los funcionarios que tengan la facultad de su manejo.

Por lo tanto, no resulta jurídicamente viable que el ICA contrate la administración del recaudo de sus servicios con un operador privado que no tenga:

- (i) la condición de entidad financiera y,
- (ii) que tal entidad no esté sometida al control y vigilancia del Estado a través de, por ejemplo, la Superintendencia Financiera.

En este punto, especial análisis merece -así sea sucintamente-, el entendimiento de la naturaleza jurídica y alcance del servicio que prestan las empresas operadoras de servicios postales de pago frente al que prestan las entidades financieras (sometidas al control y vigilancia del Estado) a que alude el citado artículo 2.3.2.4 del Decreto 1068 de 2015.

Naturaleza jurídica de los Establecimientos Bancarios:

Los establecimientos bancarios, conforme al artículo 2do del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, "son instituciones financieras que tienen como función principal la captación de recursos del público en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito". Esta actividad, conocida como de intermediación financiera, constitucional y legalmente se le considera un servicio público, y como tal, solo puede ser prestado por personas jurídicas especializadas para tal fin y por ende sometidas a la regulación, vigilancia y control del Estado.

De conformidad con el Código de Comercio, los contratos bancarios de depósito en cuenta corriente (art.1382), en cuenta de ahorro (art. 1393) y a término (art. 1396), tienen una característica jurídica muy propia que los diferencia del depósito común y que consiste en que por tales depósitos el banco adquiere la propiedad de la suma depositada.

En efecto, según el artículo 1179 ibidem, en el depósito de cosas "fungibles" -como el dinero-, el depositario se compromete a devolver cosas de la misma especie y calidad, adquiriendo la propiedad de la cosa depositada. Es por esto que mediante el depósito en cuenta corriente bancaria la obligación del banco consiste en devolver igual cantidad de dinero más no los mismos billetes recibidos, ya que se hace dueño de éstos. (Criterio retirado por la Superintendencia Financiera desde la emisión de su Oficio OJ - 053 de abril de 1978)

Naturaleza Jurídica de los Operadores de Servicios Postales de Pago:

Conforme a la Ley 1369 de 2009, los Servicios Postales de Pago "son el Conjunto de servicios de pago prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente". Son considerados un servicio público, por lo que están sometidos a regulación, vigilancia y control por el Estado. El operador postal debe ser persona jurídica habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MINTIC.

El servicio postal consiste "en el desarrollo de las actividades de recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales a través de redes postales, dentro del país o para envío hacia otros países o su recepción desde el exterior. Son servicios postales entre otros, los servicios de correo, los servicios postales de pago y los de mensajería expresa". (art. 3ro, núm. 2do ibidem) (Subrayé a propósito)

En los contratos de servicios postales de pago, las partes son un sujeto calificado, que debe ser únicamente la persona jurídica habilitada como operador de servicios postales de pago y otro no calificado, que es quien requiere del servicio postal (cualquier persona). El objeto de dicho contrato consiste en "la recepción, clasificación, transporte y entrega del objeto postal" (Art. 3, núm. 2 ibidem); para el caso del servicio postal de pago el objeto postal es "una suma de dinero".

Así las cosas, existen profundas diferencias entre el objeto de los contratos de depósitos en cuenta corriente a través de los cuales los establecimientos bancarios prestan el servicio de recaudo, y en el alcance de sus obligaciones, con el objeto y las obligaciones de las partes involucradas en el contrato de prestación de servicios de operaciones postales de pago.

1.- En el contrato de depósito, el depositario (la entidad financiera) se hace propietario del recurso depositado, independientemente de la persona que efectuó la consignación, y es por ello que existen especiales regulaciones para las entidades públicas en las cuales se fijan condiciones de manejo de dichos recursos en los establecimientos bancarios, tal como lo mencionamos respecto del Decreto 1068 de 2015 (Artículo 2.3.2.4.)

Entonces, desde el momento que se hace la consignación de tales recursos en la respectiva cuenta corriente o de ahorros, justo desde ese momento tales recursos adquieren la condición de recursos públicos y se les aplica las normas de orden público dispuestas para su manejo. Y eso ocurre así, pese a que el cuenta-correntista pueda disponer de esos recursos mediante el giro de cheques o el mecanismo acordado con el banco.

2.- En el contrato de prestación de servicios de operaciones postales de pago ocurre una situación muy distinta. La relación contractual se da entre la persona que pagaría el servicio recibido (por el ICA, por ejemplo), y el operador postal. Y la obligación consistirá en la entrega de los recursos por parte de esa persona y la recepción, clasificación, transporte y entrega del dinero por parte del operador postal del pago a un destinatario (que sería el ICA, siguiendo el ejemplo).

En efecto, el art. 27 de la Ley 1369 de 2009 señala que "los objetos postales pertenecen al remitente hasta el momento que sean entregados al destinatario". Y el art. 30 ibídem por su parte, reitera este criterio al señalar que "los envíos postales una vez recibidos por el operador postal y en tanto no lleguen al destinatario, serán responsabilidad del operador postal y este responderá por incumplimiento de las condiciones de la prestación del servicio postal por pérdida, mientras no sea entregado al destinatario o devuelto al remitente, según sea el caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de esta ley".

Basta lo anterior para concluir que ante el pago que una persona (usuaria del servicio estatal) hace mediante consignación en una cuenta corriente del Establecimiento Público prestador del servicio, estamos frente a un "depósito irregular" y las partes allí contratantes son únicamente el cuenta-correntista y la entidad financiera; de modo que los recursos depositados por ese usuario en dicha cuenta a partir de tal consignación, son recursos públicos y se constituyen para el Establecimiento Público (como el ICA, por ejemplo) en un recaudo efectuado por el banco en desarrollo de su obligación legal y contractual, por estar así establecido en el respectivo contrato de cuenta corriente.

Por el contrario, en el evento hipotético de que una persona entregue a un operador postal de pago sumas de dinero con el propósito de pagar el valor de la tarifa de alguno de los servicios prestados por un Establecimiento Público (como el ICA siguiendo el ejemplo), esa persona allí es un "usuario remitente" y el ICA sería el "usuario destinatario", de modo que el dinero recibido por el operador postal de pago "pertenece a dicho remitente", hasta tanto sea entregado al "destinatario". Entonces, lo que el operador postal de pago hace, no es un recaudo propiamente dicho, sino que presta un servicio al "usuario remitente", para entregar al "usuario destinatario" un valor determinado de dinero.

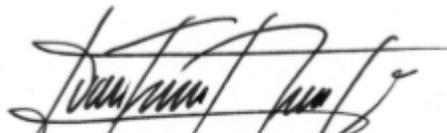
Son estas las sustanciales razones que determinan la especial reglamentación del artículo 2.3.2.4 del Decreto 1068 de 2015 (Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público), en cuanto a que los ingresos propios de los establecimientos públicos deberán manejarse en entidades financieras sometidas al control y vigilancia del Estado y deberán sujetarse a los mismos esquemas definidos para la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, bajo la responsabilidad de los funcionarios que tengan la facultad de su manejo.

V. CONCLUSIÓN.

El ICA deberá contratar la administración del recaudo de sus servicios con un operador que tenga la condición de ser entidad financiera y que esta -además- se encuentre sometida al control y vigilancia del Estado.

En los anteriores términos, procedo a dar una respuesta de fondo a su solicitud, indicando que la misma se surte bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



JUAN FERNANDO ROA ORTIZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Respuesta a: Radicación No. 20213113750 del: 03/06/2021
C.C.: Gerencia General
Sergio Alejandro Murillo Llanos / Subgerencia Administrativa y Financiera
Elaboró: Wilman Arbey Moncayo Arcos