

OFICIO 220-232536 DEL 23 DE OCTUBRE DE 2017

REF.: REGULACIÓN DE TARJETAS PREPAGO DE CICLO ABIERTO Y CERRADO PARA COMERCIOS.

Me remito a su comunicación radicada físicamente en esta Superintendencia, bajo el número 2017 – 01 – 474602, mediante la cual se solicita su concepto en relación con las inquietudes que se transcriben a continuación:

1. Informar y remitir copia de las regulaciones vigentes para cualquier comercio ubicado en Colombia que desee realizar la emisión de tarjetas prepago, tanto de ciclo abierto como de ciclo cerrado.
2. Informar y remitir copia de las regulaciones vigentes relacionada con prevención del lavado de activos y la financiación al terrorismo para cualquier comercio ubicado en Colombia que desee realizar la emisión de tarjetas prepago tanto de ciclo abierto como de ciclo cerrado.
3. Informar y remitir copia de las regulaciones vigentes para cualquier comercio ubicado en el exterior que desee realizar la emisión de tarjetas prepago, tanto de ciclo abierto como de ciclo cerrado y que puedan ser utilizadas en Colombia y/o emitidas en Colombia.
4. Informar y remitir copia de las regulaciones vigentes relacionadas con prevención de lavado de activos y financiación al terrorismo para cualquier comercio ubicado en el exterior que desee realizar la emisión de tarjetas prepago, tanto de ciclo abierto como de ciclo cerrado y que puedan ser utilizadas en Colombia y/o emitidas en Colombia.

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen su responsabilidad.

Con fundamento en lo expuesto, se abordarán las inquietudes planteadas a la luz de las siguientes consideraciones jurídicas:

En lo que hace a las tarjetas prepago de ciclo abierto como se conocen en la doctrina comparada, se trata de una tarjeta con logotipo de una marca en red, que

se puede utilizar en cualquier lugar donde se acepte ésta marca; a diferencia de las tarjetas prepagadas de ciclo cerrado, en la que la tarjeta expedida solo se puede utilizar en ciertos lugares, por lo cual generalmente no tiene un logotipo impreso de las marcas autorizadas en red¹.

Respecto de la intermediación financiera, según ha precisado esta entidad, es aquella entendida como la actividad de captar dineros del público y prestarlo posteriormente, actividad que es propia del sector financiero, reservado a personas jurídicas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o por la Superintendencia de Economía Solidaria, actividad que requiere autorización previa determinación en su objeto social.²; Igualmente, sobre la captación de dineros del público sin autorización ha indicado este Despacho:

“A su turno el proceso de intervención estatal es aquel procedimiento también liquidatorio que recae sobre los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal y tiene por objeto, la expedición de varias medidas tendientes a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de dichas personas que a través de capitaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular, conforme lo previsto en los artículo 1° y 2 del Decreto 4334 de 2008.”³.

1 Oficina para la Protección Financiera del Consumidor. ¿Cuáles son algunos de los tipos principales de tarjetas prepagadas? . Disponible en: <https://www.consumerfinance.gov/es/obtener-respuestas/cuales-son-algunos-de-los-tipos-principales-de-tarjetas-prepagadas-es-381/>

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220 – 030135 (21 de marzo de 2013). Las operaciones de mutuo pueden ser desarrolladas por una sociedad por acciones simplificada, siempre que se adelantes con recursos propios. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/33093.pdf#search=220%2D030135

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220 – 000084 (4 de enero de 2016). Finalidad de los procesos de reorganización, liquidación judicial e intervención estatal por captación ilegal de recursos del público. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-000084.pdf#search=captaci%C3%B3n%20ilegal%20tarjetas

No obstante lo anterior, la actividad de prestar dinero no significa que se esté ejecutando una labor de intermediación financiera propiamente y en todos los casos, ya que si las operaciones de mutuo (préstamo) se realizan a partir de recursos propios del prestamista, puede ser desarrollada de forma independiente en el sector real o comercial, sin requerir necesariamente de la autorización gubernamental en todo caso.

En varios conceptos, la misma Superintendencia Financiera se ha pronunciado, en el sentido anteriormente expuesto:

“Es importante anotar que los supuestos que deben concurrir para que se predique que una persona natural o jurídica está incurriendo en la conducta de captación o recaudo no autorizado de dineros del público, se encuentran previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988.

Es así que de conformidad con la primera norma, el Estado Colombiano debe intervenir toda actividad en la que existan hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operación de captación o recaudo en operaciones no autorizadas, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes, a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.”. 4

“Bajo el esquema de funciones planteado, se le recuerda que las entidades y actividades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta superintendencia se encuentran señaladas en el numeral 2º del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como en el numeral primero del párrafo tercero del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, y es frente a dichas entidades que se ejerce nuestra función administrativa.

Igualmente, se le ha indicado que con el fin de proteger el ahorro de la sociedad y la confianza pública en el sistema financiero, se ha establecido que los particulares no pueden realizar libremente operaciones relacionada con el recaudo de dineros del público en forma masiva, la intermediación financiera y, en general, el ejercicio de actividades exclusivas de las instituciones sometidas a control y vigilancia de esta Superintendencia, siendo, dichas conductas, sancionadas por la vía administrativa y por la vías penal.(...)

Es preciso recordar que solo las entidades vigiladas por esta Superintendencia se encuentran facultadas legalmente para, entre otras actividades, captar dineros del público en forma masiva y habitual, para lo cual debe constituirse bajo alguna de las entidades sujetas a la autorización correspondiente por este Organismo para

operar como tal cumpliendo para el efecto con los requisitos establecidos en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Básica Jurídica expedida por esta Entidad.

Es así, como conforme a la primera norma, el Estado Colombiano debe intervenir toda actividad en la que existan hechos objetivos y notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios mediante la modalidad de operación de captación o recaudo en operaciones no autorizadas, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras semejantes, a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.”⁵.

Consecuente con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades ha reiterado el concepto emitido por la Corte Constitucional mediante sentencia C-145 de 2009:

“3) La actuación de la Superintendencia de Sociedades está sujeta a los términos del Decreto 4334 de 2008 y demás normas que lo desarrollen, en particular el artículo 6 ibidem, a cuyo tenor se tiene “La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable”. En torno al concepto de hechos objetivos o notorios, es preciso remitirse a las notas de relatoría de la Corte Constitucional en el estudio de exequibilidad realizado en sentencia C-145 de 2009-

“HECHO NOTORIO-Concepto Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. Según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Procedencia de la intervención ante hechos notorios que indiquen entrega masiva de dineros mediante modalidades de captación no autorizadas/SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Intervención ante hechos notorios debe estar sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso.

El artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, dispone que la intervención procede ante “hechos objetivos o notorios”, lo que significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la

5 Superintendencia Financiera de Colombia. Oficio No. 2012021788 – 002 (27 de marzo de 2012). Monedero electrónico, tarjeta prepago – captación de dineros. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2012/2012021788.doc>

existencia de cualquiera de las modalidades que asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas, lo que no excluye la posibilidad de que esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado. La Corte considera que la medida en estudio resulta indispensable para los fines de la emergencia social y el ejercicio de la competencia atribuida a ese órgano de inspección, control y vigilancia, ya que le permitirá actuar de manera ágil, expedita y eficaz sin necesidad de preconstituir pruebas contables sobre la existencia de esas circunstancias, que sería lo procedente si observara el trámite ordinario. Sin embargo, la determinación de intervenir por parte de la Superintendencia de Sociedades debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso.”⁶.

Así las cosas, frente a los interrogantes planteados es pertinente observar lo siguiente:

1. A la primera pregunta, la celebración de los contratos de mutuo no están prohibidos en Colombia para las entidades del sector real, sólo en la medida que se verifiquen los presupuestos constitutivos de captación de dineros del público, de acuerdo con lo normado por el Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008, como se predicaría de manera directa con la expedición de las tarjetas prepago de ciclo abierto o cerrado.

Por tanto, en caso de llegarse a cumplir con los presupuestos de captación de dineros del público, se habrá de tenerse en cuenta que se está ante una actividad financiera para la cual se requieren las autorizaciones establecidas el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2. Frente al segundo, se tiene que para caso particular en Colombia, existe un sistema de normalización frente al cumplimiento de las regulaciones

vigentes relacionadas con prevención del lavado de activos y la financiación al terrorismo, por lo cual habrá de hacerse la distinción particular dependiendo del objeto social de la compañía y de las autorizaciones que se requieran en caso de captación de dineros del público.

Por lo anterior, procede reiterar lo indicado en la Circular Básica Jurídica emitida por ésta entidad No. 100-000001 del 21 de marzo de 2017, Capítulo X:

6 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220- 064519 (18 de abril de 2016). Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-064519.pdf#search=captaci%C3%B3n%20ilegal%20tarjetas

“Según lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 y en el Decreto 1074 de 2015, corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer la vigilancia de las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales.

El numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 señala que la Superintendencia de Sociedades, dentro de sus funciones, está facultada para imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta por doscientos salarios mínimos legales mensuales, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

El artículo 10 de la Ley 526 de 1999, modificada por la Ley 1121 de 2006, señala que las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control deben instruir a sus supervisados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información por reportar a la UIAF, de acuerdo con los criterios e indicaciones que de ésta reciban.

El artículo 2.14.2 del Decreto 1068 de 2015, dispone que las entidades públicas y privadas pertenecientes a sectores diferentes al financiero, asegurador y bursátil, deben reportar Operaciones Sospechosas a la UIAF, de acuerdo con el literal d) del numeral 2 del artículo 102 y los artículos 103 y 104 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando dicha Unidad lo solicite, en la forma y oportunidad que les señale.

El artículo 70 del Decreto 1023 de 2012, establece en su numeral 26, que es función de la Superintendencia de Sociedades instruir a las entidades sujetas a su supervisión, sobre las medidas que deben adoptar para la prevención del riesgo de lavado de activos y de financiamiento de terrorismo. El Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES aprobó el

Documento CONPES 3793 del 18 de diciembre de 2013. El objetivo general de este documento es establecer los lineamientos para la puesta en marcha de la Política Nacional Antilavado de Activos y Contra la Financiación del Terrorismo. Se trata de lograr un sistema único, coordinado, dinámico y más efectivo para la prevención, detección, investigación y juzgamiento del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

A través de la Ley 1186 de 2009, declarada exequible mediante la sentencia de constitucionalidad C-685 de 2009, se aprobó, entre otros, el "Memorando de entendimiento entre los gobiernos de los estados de; grupo de acción financiera de Sudamérica contra el lavado de activos (GAFISUD)", por medio del cual se creó y puso en funcionamiento el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (hoy Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica GAFILAT) y se determinó, como objetivo, reconocer y aplicar las recomendaciones del GAFI contra el blanqueo de capitales y las recomendaciones y medidas que en el futuro adopte ese organismo.

El artículo 20 de la Ley 1121 de 2006 regula el procedimiento para la publicación y cumplimiento de las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia, de conformidad con el Derecho Internacional, para lo cual dispone que "El Ministerio de Relaciones Exteriores transmitirá las listas de personas y entidades asociadas con organizaciones terroristas, vinculantes para Colombia conforme al Derecho Internacional y solicitará a las autoridades competentes que realicen una verificación en las bases de datos con el fin de determinar la posible presencia o tránsito de personas incluidas en las listas y bienes o fondos relacionados con estas".

5. Ámbito de aplicación. Serán Empresas Obligadas y por lo tanto deberán darle cumplimiento a lo previsto en el presente Capítulo X, las Empresas que pertenezcan a cualquiera de los sectores que se señalan a continuación, siempre y cuando que cumplan con todos los requisitos que enseguida se indican para el respectivo sector: (...)"

De consiguiente, para el caso de las obligadas en la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con los parámetros de la Circular Básica Jurídica No. 100-000001 del 21 de marzo de 2017, las normas anteriormente mencionadas son las aplicables en asuntos de Gestión del Riesgo LA/FT y reporte de operaciones sospechosas a la UIAF.

Por otro lado, para las empresas que deban cumplir con la autorización previa de la Superintendencia Financiera, con el fin de prestar servicios en el mercado

intermediado financiero, mediante el cual se cumpla la premisa de captación de dineros del público, es de indicar que la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014, establece las disposiciones a cumplir, esto en concordancia con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3. En lo atinente a la tercera inquietud, es de anotar que si las operaciones comerciales a ejecutar, se realizan en Colombia de acuerdo con lo determinado en los artículos 18, 19, 20 y 21 del Código Civil, la aplicación irrestricta a las disposiciones legales nacionales, han sido indicadas anteriormente en el numeral 1, en materia mercantil. Asunto que responde igualmente el punto 4 de la consulta, con la respuesta dada en el numeral 2 de este documento.

En los anteriores términos ha sido atendida de manera cabal la solicitud ,con base fundamentalmente en los conceptos citados, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.