

Reflexiones sobre derecho y transferencias electrónicas de fondos –TEF– en Colombia*

Reflections on Law and Electronic Transfer of Funds (ETF) in Colombia

Ricardo Durán Vinazco**

Citar este artículo como: Durán, R. (2016). Reflexiones sobre derecho y transferencias electrónicas de fondos –TEF– en Colombia. *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 57-70.

Resumen

El problema de investigación jurídico respecto de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– en Colombia, consiste en que no existe un tratamiento jurídico sistematizado de las mismas, por lo que la respuesta a su regulación se ha dejado a la iniciativa de los particulares, específicamente de las entidades financieras, en ejercicio del principio de la autonomía privada de la voluntad material, no obstante alguna regulación dispersa y la expedición de la Ley 1735 de 2014 sobre “Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos”. En este escrito se pretende dar una visión general sobre dicho tratamiento jurídico en Colombia, destacando la importancia que las mismas revisten, su ubicación al interior del Sistema de pagos, refiriendo algunos aspectos prácticos y la pluralidad de intervinientes, para presentar una definición y la regulación actualmente existente en Colombia, poniendo de presente algunos de los problemas más interesantes de esta temática como pueden ser su revocabilidad, la tecnología y los aspectos cambiarios. De acuerdo con Witker (2000) la metodología empleada es la teórico documental, la cual está compuesta de análisis bibliográficos, implementación del método dogmático (interpretación) y en su caso en la construcción de líneas jurisprudenciales, que en el presente trabajo no se hacen. Al final se presentarán algunas conclusiones.

Fecha de Recepción: 1 de agosto de 2016 • Fecha de Aprobación: 22 de septiembre de 2016

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación sobre Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, el cual está adscrito al grupo de investigación Centro de Investigaciones Francisco Vitoria –CIFRAVI–, de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, y que a la fecha es financiado por la citada Universidad.

** Abogado e investigador de CIFRAVI, línea Derecho Privado, Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá. Magister y candidato a Doctor de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico riduvina@hotmail.com.

Reception date: August 1, 2016 • Approval date: September 22, 2016

* This article is a product of the research project Electronic Transfer of Funds (ETF), which is adscript to the Research Group Francisco Vitoria Research Center, CIFRAVI, at Universidad Santo Tomás, Bogotá, currently financed by the mentioned University.

** Lawyer and researcher of CIFRAVI, Private Law line, Electronic Transfer of Funds (ETF) from Universidad Santo Tomás, Bogotá. Magister and Candidate for Doctorate at Universidad Nacional de Colombia. Electronic mail: riduvina@hotmail.com.

Palabras clave: Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, Autonomía Privada de la Voluntad, Asobancaria, Sistema de Pagos en Colombia, Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos.

Abstrac

The problem of legal research regarding Electronic Transfer of Funds (ETF) in Colombia, is that there is no a systematic legal treatment of them, so that the response to its regulation has been left to the initiative of individuals, specifically of financial institutions, exercising the principle of private autonomy of material will, despite some dispersed regulation and the issuance of Law 1735 of 2014 regarding “Companies specialized in electronic deposits and payments.”

This paper intends to give an overview of the legal treatment in Colombia, emphasizing on the importance of these, its location within the Payment System, referring to some practical aspects and the plurality of participants, to present a definition and regulation currently existing in Colombia, and highlighting some of the most interesting problems of this subject, such as revocability, technology and exchange currency aspects. According to Witker (Witker Jorge, 2000) the methodology used is the documentary theory, which is composed of bibliographic analysis, implementation of the dogmatic method (interpretation) and, if applicable, the construction of jurisprudential lines, which are not included in this work. At the end, some conclusions will be presented.

Keywords: Electronic Transfer of Funds (ETF), Private Autonomy of Will, Asobancaria, System of Payments in Colombia, Companies specialized in electronic deposits and payments.

Introducción

Este trabajo obedece al análisis o reflexión necesaria acerca del impacto jurídico que las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, está causando en Colombia, el cual se corresponde con la tendencia mundial de sustituir el dinero en efectivo –papel– por impulsos electrónicos, con las correspondientes ventajas o desventajas que el fenómeno acarrea. Es uno de los aspectos de un tema más amplio, sobre impactos en el Derecho de los desarrollos tecnológicos, informáticos y de comunicaciones, y en concreto, obedece a la importancia práctica que tiene para el ciudadano del común, generalmente vinculado contractualmente con una entidad financiera, el que sus pagos

ordinarios o comunes se hagan mediante expresiones tecnológicas como por ejemplo, las tarjetas de crédito y débito.

Importancia de las –tef– en Colombia

La novedad de lo nuevo (Wasserman Moisés, EL TIEMPO), no es precisamente lo que pasa con las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, aunque definitivamente corresponde a una de las expresiones de las nuevas tendencias en el Derecho, más exactamente, el impacto de las tecnologías en el Derecho y mucho más preciso, el impacto de la electrónica, esa pequeña partícula llamada “electrón”, que se encuentra alrededor del núcleo del átomo, que tiene carga electrónica

negativa, y que se repele permanentemente con el “protón”, que la tiene positiva. Es esa relación de rechazo la que ha sido empleada por los ingenieros, técnicos y tecnólogos, para la generación, transmisión, recepción, y almacenamiento de información, voz y datos.

Es en este contexto que aparece la Transferencia de dinero, vieja operación bancaria (Delpiazzi, 2005), pero ahora hecha mediante la electrónica, ya no mediante un soporte físico, sino usando la electrónica, de ahí que se hable de una transferencia electrónica de fondos o de capital, como se le conoce en el derecho alemán, o pase de fondos, o inclusive, giro bancario.

“Suecia fue el primer país del mundo europeo hacia 1616 en introducir billetes emitidos por bancos privados como formato de pago, y será el primer país del mundo en eliminar el dinero físico y establecer un sistema de pagos electrónico”, (Raisbeck Daniel, Ámbito Jurídico).

Colombia no es la excepción a la regla anterior, que se va imponiendo poco a poco en todos los estados del mundo, y la eliminación del billete y la moneda como bienes fungibles y consumibles, según el artículo 663 de Código Civil colombiano, es una realidad, dando lugar a la sustitución del billete físico, por el medio electrónico.

En Colombia ha habido proyectos piloto como es el caso del realizado en el municipio de Concepción, Departamento de Antioquia, en donde se desarrolló un plan para que las transacciones que requirieran del pago de dinero en efectivo, se hicieran mediante Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–. (Concepción, 2016).

Y los gremios, particularmente la Asociación Bancaria de Colombia y de Instituciones

Financieras –Asobancaria–, así lo ha establecido a través del presidente de su Junta Directiva, como sucedió en una convención bancaria, al decir que “Los días de la (sic) banqueros como los conocemos hoy están contados si no se reinventan y serán las plataformas digitales las llamadas a reemplazarlos. El cambio no da espera, pero este es un proceso que debe estar acompañado de regulación”. (EL TIEMPO, 18 de junio de 2015).

Es así como uno de los actores protagonistas de la implementación de los desarrollos tecnológicos y de la electrónica y con ello de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, sin hesitación alguna, es el conjunto de instituciones financieras que operan en Colombia, tal y como lo registró la prensa escrita el domingo 19 de junio de 2016, al titular que “Banca colombiana asume el reto de la era digital” o “Los avances de Colombia en la ruta de la digitalización bancaria”. (EL TIEMPO, 19 de junio de 2016).

Asobancaria sostiene que existen dos segmentos en el mercado financiero, a.- uno operado por entidades del sector financiero y otro b.-, denominado de bajo valor. En este último no hay supervisión alguna, muchas veces opera con ánimo fraudulento, no existe información acerca de los montos transados, ni sobre las reglas de acceso al mismo, lo cual propicia la evasión de impuestos y el cometimiento de delitos. (Cuéllar, Sanín, & Silvani, octubre 23 de 2009).

Estas circunstancias ponen en entredicho la seguridad de la confianza del ahorro del público, que es el bien jurídico tutelado con base en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, al hablar de que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra en donde haya captación,

manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, son de interés público, por lo que las ventajas del dinero no físico, es decir, el impulso de las transferencias de dinero a través de medios electrónicos, redundan en la seguridad de todo tipo, como por ejemplo, la agilidad en las transacciones, el desarrollo de políticas monetarias, como el control de la inflación, entre otros aspectos.

Ubicación al interior del sistema de pagos

Para mejor comprensión de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, hay que ubicarlas al interior del denominado Sistema de Pagos (VERBA IURIS, Durán, R., 2015), el cual está compuesto por a.- Medios o Mecanismos de Pago, b.-, Técnicas, Métodos o Sistemas de Pago, y c.- por Instrumentos o Formas de Pago. En a., estamos hablando de los medios o mecanismos de pago según el artículo 1626 del Código Civil, es decir, del cumplimiento efectivo de la prestación debida y de los medios de extinción de las obligaciones en los términos del artículo 1625 del C. C.. En b.- nos referimos a las técnicas, métodos o sistemas de pago que pueden ser b1.- pago directo hecho por el deudor ó b2.- pago hecho por intermediario del deudor, por ejemplo, mediante la contratación de un banco para la expedición de una carta de crédito irrevocable (Letter Credit L/C). En c.- los instrumentos o formas de pago se pueden clasificar en, c1.- materiales y c2.- inmateriales, siendo ejemplos de los primeros, las especies monetarias –billetes y monedas– en los términos del artículo 663 del C.C., como se anotó, bienes fungibles y consumibles, o inclusive los títulos valores de contenido crediticio del art 619 del C. de Co., en concordancia con el artículo 882 del mismo Código.

Ejemplos de los inmateriales son los cheques electrónicos, el BOLERO (Bill off Ladind Electronic Register Operation), y específicamente las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–.

No obstante, de otra parte, se dice que “... El dinero y los sistemas de pago desempeñan un papel fundamental en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, como es sabido, una de las características primordiales del dinero se concreta en su función económica como medio de pago. En esta función, el dinero puede ser representado a través de diferentes instrumentos que se consideran idóneos para el cumplimiento de la obligación de pago, siempre que estos hayan sido admitidos por las partes. A medida que ha evolucionado la economía, también han evolucionado los mecanismos que permiten dar cumplimiento a las obligaciones; en el comercio primitivo, el dinero estaba representado por el valor de las mercancías que se intercambiaban como consecuencia del negocio transaccional; en un estado más avanzado se crean los billetes y las monedas, y en una fase posterior, los títulos-valores como soportes representativos del dinero. En el siglo pasado aparecen las tarjetas y las transferencias de fondos, mecanismos que aportan mayor comodidad a los usuarios al momento de realizar los pagos”. (Rico C. M., 2014, p. 33).

Aspectos prácticos¹

Siguiendo a Carlos E. Delpiazzo, las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, se desarrollan en Colombia hace

¹ En la INTRODUCCIÓN al libro de ETTORE GIANNANTONIO titulado TRANSFERENCIAS ELECTRONICAS DE FONDOS Y AUTONOMÍA

aproximadamente tres décadas y como mínimo, a través de algunos de los siguientes medios: a.- **CAJEROS AUTOMÁTICOS.** Automated Teller Machine –ATM–, mediante los cuales se pueden realizar depósitos o retiros de dinero durante las 24 horas del día, los siete días de la semana, con las restricciones de seguridad que advertimos en algunos cajeros según su ubicación, pagos, “programas de gestión empresarial”, etc.

PRIVADA, a página 3, al hablar de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– en los Estados Unidos, dice el autor que en el mundo industrial la computadora adquiere cada vez mayor importancia como nueva forma de circulación de bienes y servicios. Eduardo Faria, lo había dicho de forma similar, así: “...Ante la fuerte desaceleración del crecimiento del sector industrial, las grandes inversiones en conocimiento, el apoyo financiero público y privado a las investigaciones básicas y aplicadas y a la sucesión de innovaciones tecnológicas y descubrimientos científicos subsiguientes se han revelado como las estrategias más adecuadas para la neutralización de los costes provocados por la elevación de los precios de los insumos energéticos,... Al convertirse en el componente más importante de la formación del capital en los países avanzados, la expansión de la biotecnología, de la microelectrónica, de las telecomunicaciones, de los softwares, de las tecnologías de alto impacto y de las industrias de nuevos materiales, ha llevado a que la concurrencia entre productos ceda su lugar a la concurrencia entre procesos;...El advenimiento de la <<sociedad de la información>> en el transcurso de los años ochenta no fue más que la manifestación lógica y natural del éxito alcanzado por esa estrategia.”. (VERBA IURIS, Durán, R., 2015). También ETTORE GIANNANTONIO, hace la misma clasificación que se menciona en el presente artículo como ASPECTOS PRECÍTICOS, referida a los Estados Unidos, al decir que “En los E.U. han sido publicados numerosos ensayos sobre el tema, los cuales han desrito los tipos más importantes de circulación electrónica, como las Automated Teller Machines o Automatic Teller Systems (indicadas con las siglas ATM o ATS), los

b.- **TERMINALES EN PUNTO DE VENTA.** Points of Sale Systems –POS–, mediante el uso de las tarjetas débito o crédito, las cuales empezaron a implementarse con una banda, actualmente se usan con un CHIP² y un PIN –Personal Identification Number–, y se espera que se implementen con “banda de chip laser”. c.-, **BANCA HOGAREÑA.** Home Banking –HB–, en donde se pueden hacer Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, desde un computador personal ubicado en la casa o en el puesto de trabajo, para lo cual bastaría una línea telefónica, o televisión por cable. Y d.- **CÁMARAS DE COMPENSACIÓN AUTOMÁTICAS.** Automatic Clearing Houses –ACH–, los cuales son “sistemas de liquidación entre bancos por medio de los cuales se procesan diariamente las operaciones bancarias”. En Colombia, por ejemplo, podemos hablar de DECEVAL S.A. –Depósito Centralizado de Valores S.A.–, D.C.V. B.R. –Depósito Centralizado de Valores Banco de la República–, S.W.I.F.T. –Society for World-wide Interbank Financial Telecommunication–, y el mercado bursátil, como serían la Bolsa de Valores de Colombia, la Bolsa Agropecuaria o la Bolsa Energética.

Pluralidad de intervinientes

Dice Delpiazzi que en la relación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, participan una variedad de sujetos que integrados hacen posible la realización

Points of Sale Systems (POS), Automatic Clearing Houses (ACH)”.

² “Pequeña pieza de material semiconductor que contiene múltiples circuitos integrados con los que se realizan numerosas funciones en computadoras y dispositivos electrónicos. Real Academia Española © Todos los derechos reservados”.

de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–. Entre ellos, en Colombia podemos citar a los establecimientos de crédito, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, tales como los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, etc., las empresas administradoras de los cajeros automáticos, las empresas que emiten las tarjetas débito o crédito, las franquicias exclusivas para ciertos bancos en Colombia, las empresas que proveen los servicios de comunicación, los puntos de venta, los comerciantes, el Estado colombiano (como se dijo, D.C.V.B.R.), y, por supuesto, últimamente las denominadas Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, creadas mediante la Ley 1735 de 2014. Nótese que en el artículo primero³ de la citada ley dichas

según reglamentación del Gobierno nacional, la cual incluirá normas en relación con el manejo de efectivo que estas sociedades puedan tener para la operación de su negocio. El Banco de la República podrá celebrar contratos de depósito con estas sociedades en los términos y condiciones que autorice la Junta Directiva del Banco de la República. Corresponderá al Gobierno nacional establecer el régimen aplicable a estas entidades, incluyendo la reglamentación del límite máximo para la razón entre el patrimonio y los depósitos captados por la entidad, además de toda aquella que garanticen una adecuada competencia. Las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos estarán sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos deberán cumplir con las mismas disposiciones que las demás instituciones financieras en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Parágrafo 1°. En ningún caso las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos podrán otorgar crédito o cualquier otro tipo de financiación. **Parágrafo 2°.** Los depósitos captados por las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos estarán cubiertos por el seguro de depósito administrado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en los términos y condiciones que para el efecto defina la Junta Directiva de dicho Fondo. Para tal efecto, las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos deberán inscribirse en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Parágrafo 3°. Las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos podrán ser constituidas por cualquier persona natural o jurídica, incluyendo, entre otros, los operadores de servicios postales y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables. Se entenderá como operador de servicios postales la persona jurídica, habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que ofrece al público en general servicios postales a través de una red postal, según

³ **Artículo 1°.** *Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos.* Son sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos las instituciones financieras cuyo objeto exclusivo es: a) La captación de recursos a través de los depósitos a los que se refiere el artículo 2° de la presente ley; b) Hacer pagos y traspasos; c) Tomar préstamos dentro y fuera del país destinados específicamente a la financiación de su operación. En ningún caso se podrán utilizar recursos del público para el pago de dichas obligaciones; d) Enviar y recibir giros financieros. A las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos les serán aplicables los artículos 53, 55 a 68, 71 a 74, 79, 80, 81, 88, 92, 97, 98, artículos 102 al 107, artículos 113 al 117 y artículos 208 al 212 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Igualmente les serán aplicables las demás normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y las demás disposiciones cuya aplicación sea procedente atendiendo la naturaleza y las actividades que realizan dichas instituciones. Los recursos captados por las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos deberán mantenerse en depósitos a la vista en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia,

Sociedades son consideradas instituciones financieras, es decir, se cumple la premisa que se establece en este artículo según la cual la realización de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, se han dejado en su realización al ejercicio de la Autonomía Privada de la Voluntad, particularmente de las instituciones financieras en Colombia, al decir que las Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, son

lo establecido en el numeral 4 del artículo 3° de la Ley 1369 de 2009 y como proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones a la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros, a los que se refiere la Ley 1341 de 2009 y, como Empresas de Servicios Públicos domiciliarios las descritas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, no podrán proveer acceso a su red a las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos que sean subordinadas suyas en los términos del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, o en las cuales ejerzan control conforme lo establecido en la Ley 155 de 1959, el Decreto número 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, en mejores condiciones técnicas, económicas, administrativas o jurídicas que las otorgadas por el acceso a dicha red a las demás entidades Financieras que ofrezcan servicios financieros móviles o a los integradores tecnológicos a través de los cuales se surta tal acceso, en lo referente a los productos y servicios objeto de esta ley. La realización de conductas en contravía de lo previsto en el presente inciso constituirá una práctica comercial restrictiva por parte de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, y será sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, o aquellas que los modifiquen o sustituyan. **Parágrafo 4°.** Las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos podrán utilizar corresponsales, para el desarrollo del objeto social exclusivo autorizado en la presente ley.

instituciones financieras que no solamente envían y reciben giros financieros, sino que también están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Noción de las transferencias electrónicas de fondos –TEF–

Para Delpiazzo, la noción de “transferencia” es un traspaso de fondos, de dinero, de capital de una cuenta a otra cuenta, la cual cumple la función económica de efectuar un pago sin desplazar dinero, en los términos del artículo 663 del C.C. colombiano, es decir, que consiste en un juego contable por el cual se asienta un débito en la cuenta del deudor de la orden (ordenante) y se asienta un crédito en la cuenta del beneficiario, usando o empleando un medio electrónico y en línea o como se le conoce, de forma “on line”.

El dinero puede ser entendido en un acepción económica como “unidad de cuenta”, ó como dice la autora Rico, “La innovación tecnológica, representada principalmente por los avances de la informática y la electrónica, abre el camino a los pagos electrónicos, cuyo origen se sitúa en el ámbito de las transferencias y las tarjetas, al sustituirse las órdenes de pago, originalmente emitidas en papel, por impulsos electrónicos. El uso generalizado de estos mecanismos ha puesto de manifiesto que el dinero es simplemente información y como tal, puede residir en la memoria de los ordenadores, realizándose los pagos por medio de transferencias de unas máquinas a otras.”. (Rico, C., Mariliana, p. 33)

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, en la literatura norteamericana se pueden definir en sentido a.- amplio y b.- restringido. (Giannantonio, E. página 6 y siguientes).

En sentido a.- amplio, son “órdenes de transferir fondos de una persona a otra efectuadas por medios electrónicos, ó también como sistemas de pago en los cuales la actividad de elaboración y comunicación necesaria para la producción y distribución de servicios inherentes o conectados a los intercambios económicos se desarrolla parcial o íntegramente mediante el uso de sistemas electrónicos.”.

En sentido b.- restringido dice el autor citado son “todas aquellas operaciones cuyo fin y efecto es el de transferir riqueza o fondos de un patrimonio a otro sin ningún movimiento efectivo de dinero ni formalidades en el sentido tradicional, sino solamente mediante instrucciones impartidas y ejecutadas del mismo modo.”.

Regulación de las transferencias electrónicas de fondos –TEF–

La regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, se puede border desde lo general a lo particular. En términos de regulación global podría sostenerse que las mismas (TEF) pueden ser consideradas como uno de los instrumentos flexibles o de softlaw, de la denominada Nova Lex Mercatoria⁴.

⁴ Sobre lo particular se han realizado otros trabajos donde ha participado el autor sobre el concepto de la Nova Lex Mercatoria, e instrumento flexible, para lo cual se pueden citar los libros “Derecho de los contratos en Colombia, tendencias globlizantes”, y “El contrato en la era global”, Urbina, Acosta, Durán y Palomares, editorial Ibáñez, Usta, 2012. Según lo dicho en estos textos, la NOVA LEX MERCATORIA –NLM–, entendida como el derecho hecho por, para y aplicado por los comerciantes, hoy el hombre de negocios, es un conjunto de instrumentos de derecho flexible y de derecho duro que tienen unos emisores y cuyo

En este sentido, existen tres actores que se han ocupado de la regulación de las mismas, siendo las principales las que corresponden a los emisores denominados a.- **UNCITRAL**, por sus siglas en inglés, United Nations Commission on International Trade Law creada en 1966 al interior de la ONU., ó **CNUDMI**, por sus siglas en español, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, mediante la Guía Jurídica⁵ sobre las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, y la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito del 25 de noviembre de 1992, b.- la **Unión Europea** mediante Directivas, específicamente la “Directiva sobre servicios de pago, texto que incluye la primera regulación de carácter uniforme aplicable a los instrumentos de pago electrónico en el ámbito comunitario, a la vez que modifica las normas sobre transferencias electrónicas de fondos, elementos trascendentales en los sistemas de pago electrónicos”, (Rico, C., Mariliana, p. 30), del año 2007, y c.- el Congreso de los Estados Unidos

fin es la unificación o armonización del Derecho Mercantil a nivel Internacional. Dentro del conjunto de emisores se suele citar a los estados, a las organizaciones de estados, a la UNCITRAL, la UNIDROIT, la ICC, la OMC, las oficinas de abogados, etc., y dentro de los instrumentos de Derecho flexible las Guías Jurídicas o las Leyes Modelo.

⁵ Sobre el punto, Delpiazzo dice: “...una *primera caracterización* de la transferencia electrónica de fondos –que es utilizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en su Proyecto de Guía Jurídica– según la cual se entiende por tal “la transferencia de fondos en la que una o más de las operaciones del proceso que antes se desarrollaban sobre la base de técnicas documentales se efectúan ahora mediante técnicas electrónicas” (Delpiazzo, Carlos E., 2005, p. 16).

de Norte América, específicamente mediante el Act. del 10 de Octubre de 1978, artículo 903, **EFTACT**.

Según Delpiazzo, la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, se puede analizar desde el Derecho Anglosajón, Common Law, y desde el Derecho continental, Civil Law, por lo que en el primero, la regulación es minuciosa, prueba de ello la EFTACT, mientras que en el otro, la regulación es incipiente y está basada en el principio de la autonomía privada de la voluntad, agregamos, en su versión material, la cual se expresa en el caso colombiano también, a través de a.- Acuerdos Interbancarios, b.- Reglamentos Internos de los bancos y c.- mediante Pactos entre los bancos y sus clientes.

En el caso colombiano nos ubicamos mejor en el sistema del Civil Law y pareciera que la premisa del autor citado en el sentido de que la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, está fundamentada en el principio de la autonomía privada de la voluntad, en su versión material, se puede validar o evidenciar a partir de los Acuerdos Interbancarios, como el que existe en Colombia. Efectivamente tenemos el Acuerdo Interbancario de la Asobancaria sobre Requisitos mínimos de Seguridad para Cajeros Automáticos y Tarjetas Débito y Crédito. (Asobancaria, 1998).

Igualmente se puede evidenciar que en Colombia, a modo de ejemplo, los contratos⁶ que realizan los denominados por la ley como

establecimientos de crédito, particularmente los bancos comerciales, para la ejecución de sus operaciones de intermediación, tanto pasivas como activas, es decir, de captación y de colocación de recursos del público, como pueden ser el contrato de mutuo o préstamo de dinero del artículo 1163 del C. de Co. o el contrato de apertura de crédito del artículo 1400 del C. de Co., o el contrato de cuenta corriente bancaria del artículo 1328 del C. de Co., o el contrato de cuenta de ahorros regulado por el artículo 118 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero E.O.S.F., respectivamente, emplean o usan las tarjetas débito o crédito como instrumentos accesorios de los mismos, es decir, que las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, terminan siendo en el caso colombiano instrumentos dependientes de otros contratos principales, con los cuales se realizan las operaciones de intermediación o comercialización financiera.

Pero, el Estado colombiano, en desarrollo del artículo 189, numeral 24, de la Constitución Política ha establecido que es el Presidente de la República el encargado de ejercer el control, la inspección y vigilancia de aquellos sujetos jurídicos que realicen, previa autorización del mismo Estado, las actividades a las que se refiere la Constitución Política colombiana en el artículo 335, es decir, la financiera, la bursátil, la aseguradora y la de captación, etc., de recursos del público, ya mencionadas. Es esta la razón por la cual se permite la delegación funcional de estas actividades en la Superintendencia Financiera de Colombia. La Superintendencia en lo referente a las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, expidió la Circular Externa para sus vigiladas, conocida como el Sistema

⁶ Sobre los modelos de contratos y las tarjetas débito o crédito empleados en Colombia, se puede acudir por internet a las direcciones de los establecimientos de crédito, en particular de los bancos comerciales, a los Acuerdos interbancarios

sobre el uso de las tarjetas débito o crédito y sus franquicias como Visa, Mastercard o Dinners.

de Administración de Riesgo Operativo S.A.R.O. (Circular Externa número 100 de 1995, adicionado por la Circular Externa 049 de 2006), de la cual se pueden deducir básicamente dos cosas, para los efectos del presente análisis: a.- son los particulares, específicamente las instituciones financieras, dentro de las cuales se puede incluir a las Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, creadas mediante la Ley 1735 de 2014, según la cita que se hizo del artículo primero, los que tienen los medios para implementar los desarrollos tecnológicos, en concreto las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, y b.- el Estado colombiano cumple una función de vigilante pero no de desarrollador o si se quiere de impulsor tecnológico de las mismas.

Este tema es muy importante porque da para otros análisis posteriores que tienen que ver con la protección del consumidor financiero, en los términos de las leyes números 1328 de 2009⁷ y 1480 de 2011, en relación

con el uso o empleo de las tarjetas débito y crédito. Esto quiere decir que, como se ha dicho, el cliente financiero como un prestatario o mutuario, un cuenta correntista, un ahorrador, o en general un tarjetahabiente de un crédito o un débito, claramente es la parte débil en la asimetría con las instituciones financieras, entre otras cosas, por depender de los desarrollos tecnológicos, sus ventajas y desventajas, como por ejemplo, las famosas fallas del sistema, “el sistema se cayó”, “estamos actualizando nuestras plataformas para prestarle un mejor servicio”, ó “el sistema no estará disponible”, etc., frases que reflejan el tema comentado.

Una de las garantías que tiene en esa asimetría el consumidor financiero es la referida al derecho de información. Frente a este tema se dice que “... se plantea el reto de establecer unas garantías que tutelen a

⁷ La citada Ley, en el artículo segundo, trae las siguientes definiciones: a) Cliente: es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social. b) Usuario, es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada. c) Cliente Potencial es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta. Y d) Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas. La misma Ley 1328 de 2009 en su artículo tercero, en los numerales a) y f), ordenan la debida diligencia por parte de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones

que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros. A su vez la letra f), establece “Educación para el consumidor financiero. Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derecho.”

los ciudadanos frente a la eventual agresión tecnológica, en especial la informática, de sus derechos. Esta cuestión, que incide directamente en las estructuras jurídicas, tiene hoy interés prioritario en una sociedad en la que el poder de la información ha adquirido una importancia capital, y en la que la facultad de comunicación y de acceso a la información aparece como una forma irrenunciable a la libertad....". (Pérez L, 2012, p. 81)

Tipos o clasificación de las transferencias electrónicas de fondos –TEF–

Argumenta Delpiazzo, que básicamente se hacen cuatro tipos de Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, que son las que se pasan a relacionar, a las cuales no se les puede agregar una quinta, que es la que se realiza utilizando los servicios de una Sociedad especializada en depósitos y pagos electrónicos en Colombia, por lo que la misma redundaría en las mismas cuatro, dado que se llega al manejo de cuentas con establecimientos de crédito en Colombia: a.- entre cuentas (corriente bancaria, de ahorro, o fondos de inversión, por ejemplo) del cliente en el mismo banco o establecimiento de crédito, b.- entre cuentas del cliente en diferentes bancos, agregamos, establecimientos de crédito, c.- entre ordenante y beneficiario en el mismo establecimiento de crédito y d.- entre ordenante y beneficiario en diferentes establecimientos de crédito.

Nótese entonces que la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, en Colombia, es un tema complejo, en cuanto debe tratar diferentes variables, tales como, o a manera de ejemplo, a.- el objeto de las mismas, b.- la prueba de la realización de

las mismas, las cuales, si se hacen, como se hacen, usando un espacio virtual desarrollado por el sistema financiero, o el internet, puede generar una desventaja para el consumidor financiero. c.- Dicha regulación es compleja, por cuanto debe encargarse por lo menos de cuatro relaciones jurídicas que surgen las cuales serían: c1.- la que surge entre el ordenante de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, y su Banco o establecimiento de crédito; c2.- las relaciones jurídicas que surgen entre bancos o los diferentes establecimientos de crédito necesarios para poder realizar la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, piénsese por ejemplo, que los bancos se encuentran en diferentes estados del mundo; c3.- la relación jurídica que surge entre el establecimiento de crédito y el beneficiario de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, y por último, c4.- la relación jurídica que podemos llamar el negocio causal o base, que da origen a que realice la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, entre el ordenante de la orden y el beneficiario de la misma, de manera similar a como sucede cuando se emite un título valor de contenido crediticio.

De forma tal que, la regulación jurídica de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– en Colombia, resulta siendo compleja dado que abarca por lo menos esas cuatro relaciones jurídicas, por lo que se podrá comprender mejor las causas por las que pueden surgir una serie de problemas jurídicos, que tienen que ver, por ejemplo, con a.- el uso o empleo de idiomas diferentes para cuando las relaciones jurídicas tengan un componente internacional –sujeto, objeto, territorio–, como por ejemplo, que los intervinientes se encuentren en países que empleen lenguas o idiomas diferentes; b.- por la misma razón, se empleen divisas o

monedas diferentes al peso colombiano, lo que hará que los regímenes cambiarios sean diferentes, por lo que no es difícil advertir que surgirá por esta razón o cualquiera otra, un problema adicional c.- relacionado con el Derecho aplicable o conflicto de ley, en donde cada interviniente querrá que sea su Derecho nacional el aplicable, por considerarlo más ventajoso para sus intereses, para la resolución del mismo; a todo lo dicho se podría agregar que se pueden presentar d.- problemas denominados tecnológicos, en razón a las fallas o cambios (actualización o desarrollo) en la tecnología que se emplee por alguno de los participantes en la realización de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, y por último, e.- que la misma sea revocada por el ordenante, con o sin justa causa, para hacerlo.

Por último, bastaría mencionar que en Colombia ninguna de esas cuatro relaciones jurídicas que se generan para la realización de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, está regulada por la ley, y que por lo mismo, se ha dejado en manos de los particulares, de las instituciones financieras, mediante el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad material, el que lo hagan, obviamente en muchos casos en condiciones de desigualdad o de asimetría frente al consumidor financiero, aunque el mismo se encuentre protegido por lo menos formalmente en la Ley o en algunos casos puntuales por la Superintendencia Financiera, específicamente por la Delegatura Jurisdiccional.

Conclusiones

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– en Colombia están reguladas por la Autonomía Privada de la Voluntad Material y no por la ley.

Dicha regulación basada en la Autonomía Privada de la Voluntad Material la ejercen de mejor manera las instituciones financieras en Colombia y en particular los denominados establecimientos de crédito, y por la Ley 1735 de 2014 sobre “Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos”

El Estado colombiano no es promotor de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, en cuanto desarrollador de la tecnología para que las mismas se generalicen en su uso, pero si es un vigilante que procura la defensa del consumidor financiero a quien se le considera la parte débil en la asimetría con las instituciones financieras.

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, como en otros lugares del mundo revisten mucha importancia por cuanto siguiendo la tendencia mundial reemplazarán el instrumento de pago material o físico convencional como lo es el billete y la moneda.

Uno de los aspectos más importantes de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, radica en su ubicación al interior del Sistema de pagos que genera la seguridad de todo tipo necesaria para el buen desarrollo de la economía colombiana, así lo han entendido los actores particulares como las instituciones financieras y los gremios, y así también el Estado colombiano, promoviendo planes piloto para ir poco a poco lográndolo.

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, son mucho más comunes y amigables de lo que se podría pensar con el título técnico de las mismas, por lo que en la práctica casi todos los colombianos realizamos o tenemos que ver con la realización de la mismas en el país o fuera de él.

Aunque se diga que amigable, en todo caso su realización es compleja, entre otros aspectos por el número plural de intervinientes que la hacen realizable de varias formas o clases, para lo cual seguramente siempre habrá una cuenta con una institución financiera en el país o fuera de él.

Definir las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, es un tema de carácter global en el Derecho, en donde no es muy difícil deducir que aquellos estados del mundo en donde existen los mejores desarrollos tecnológicos son los que están mas avanzados en el punto y que pueden hacer parte de uno de los instrumentos de Derecho flexible de la Nova Lex Mercatoria. Sin embargo, se puede advertir cierta tendencia en la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, en aspectos tales como su objeto, la prueba, la existencia de diferentes relaciones jurídicas, por lo menos cuatro como las descritas, que la hacen compleja también por este aspecto, y por lo mismo generadoras de una fuente de problemas, como por ejemplo, su revocabilidad, la tecnología, los temas cambiarios, entre otros.

Referencias bibliográficas

- Asobancaria. (1998). “Acuerdo interbancario, requisitos mínimos de seguridad para cajeros automáticos, puntos de venta, tarjetas de crédito y débito”: <http://www.notinet.com.co/pedidos/CAJEROS.pdf>
- Banca de oportunidades (2016). *Documentación y evaluación de resultados del ejercicio piloto “Municipio sin efectivo” en Concepción – Antioquia*: <http://bancade-lasoportuni.dades.gov.co/documentos/Informe%20sin%20efectivo%20-ene-16.pdf>.
- Circular Externa 100/95 (Circular Básica Contable y Financiera), Capítulo XXIII. *Reglas relativas a la Administración del Riesgo Operativo* – Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular Externa 49/06 (Instrucciones Relativas a la Adopción de un Sistema de Administración de Riesgo Operativo (SARO)) – Superintendencia Financiera de Colombia.
- Cuéllar, M., Sanii, J., & Silvani, L. (2009, 23 de octubre). “*Avances y Desafíos para los Instrumentos Electrónicos en Colombia*”. ASOBANCARIA Semana Económica.
- Código de Comercio de Colombia. Decreto Ley 410 de 1971.
- Código Civil de Colombia. Ley 57 de 1887.
- Constitución Política de Colombia.
- Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- Delpiazzo, C. E. (2005). “*Regulación de las transferencias electrónicas de fondos*”. Revista de la Facultad de Derecho (2ª época), (2), 11-34.
- Duran, R. (2015). “*Aproximación al tratamiento jurídico de las Transferencias Electrónicas de Fondos, –TEF– (Electronic funds Transfer –EFT–) en Colombia*”. VERBA IURIS. Universidad Libre.
- Faria, J. E. (2001). “*El derecho en la economía globalizada*”. Trotta.
- García, C. (2015, 18 de junio). “*Lentitud en la regulación dificulta avance en la banca electrónica*”. EL TIEMPO: <http://www.eltiempo.com/economia/finanzas-personales/regulacion-de-la-banca-electronica/15968295>.
- Giannantonio, E. (1997). “Transferencias electrónicas de fondos”. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Congreso de la República. Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009
- Ley 1480 de 2011. (Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República. Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011
- Ley 1735 de 2014. Por la cual se dictan medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República. Diario Oficial 49311 de octubre 21 de 2014.
- Pérez L., A.E. (2012). “Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica”. Madrid: Editorial UNIVERSITAS S.A.
- Raisbeck, D. (2016, 24 de febrero). “Prohibir el uso del dinero en efectivo es coartar la libertad”. AMBITO JURIDICO: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/prohibir-el-uso-del-dinero-en-efectivo-es-coartar-la-libertad>.
- Rico, C.M. (2012). “El pago electrónico en internet: Estructura operativa y Régimen Jurídico”: ARANZADI.
- Urbina E., Acosta J., Durán R. y Palomares J. (2012). “Los contratos en la era global”. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez y Universidad Santo Tomás. 2012.
- Urbina E., Acosta J., Durán R. y Palomares J. (2012). “Derecho de los contratos en Colombia tendencias globalizantes”. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez y Universidad Santo Tomás. 2011.
- Wasserman, M. (2016, 3 de marzo). “La promoción de lo ‘novedoso nuevo’”. EL TIEMPO: <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/la-promocion-de-lo-novedoso-nuevo-moises-wasserman-columna-el-tiempo/16527142>.
- Witker, Jorge, (2000). “Técnicas de Investigación Jurídica”. México: Mc Graw Hill.