

FELABAN

“Experiencia y retos en Colombia sobre emisiones de títulos valores electrónicos”

Maria del Pilar Jácome
Septiembre, 2017

mjacome@deceval.com.co

- **TODO** (aún lo físico) esta en formato electrónico
- El mecanismo idóneo para allegar pruebas documentadas **en mensajes de datos, será en el mismo medio en que se encuentren,**
- La tecnología es **solo un medio** y el uso de ella **no cambia** las instituciones jurídicas.

GLOSARIO DE TERMINOS PARA TENER EN CUENTA

- **Computer Forensic o informática forence:** Es el proceso de identificación, preservación, análisis y presentación de evidencias digitales en una forma que sea legalmente aceptable en cualquier proceso judicial o administrativo.
- **Recuperar y analizar** la información demostrando que no hay manipulación (uso de algoritmos de Hash –MD5, SHA-1).
- **Evidencia digital:** Abarca cualquier información en formato digital que pueda establecer una relación entre un hecho y su autor. Desde el punto de vista del derecho probatorio, puede ser comparable con “un documento” como prueba legal.
- **Cadena de custodia:** Es la garantía procesal que asegura que el elemento que pretende hacerse valer como evidencia o prueba en el juicio, sea efectivamente aquel que fue recaudado o practicado y que su integridad no ha sido sustituida o alterada a lo largo del proceso.

Características de la evidencia digital

- Intangible
- Puede duplicarse de forma exacta y examinar la copia como si fuera el original
- Posibilidad de determinar si ha sido alterada
- Requieren procedimientos forenses especializados para ser examinadas con garantías
- Es más volátil que la información en papel
- Debe ser tratada apropiadamente

JUSTIFICACIÓN

- **Toda entidad que administre información en forma electrónica**, debe contar con políticas y Modelos de gestión de evidencia digital que sirvan de criterio para asegurar el reconocimiento jurídico de los registros y la trazabilidad de las operaciones .
- **Las condiciones establecidas** en la Ley 527 de 1999, el modelo de UNCITRAL incorporado a otros países o las normas sobre documento electrónico señalan que se debe garantizar la autenticidad, confiabilidad, suficiencia, apego y respeto por leyes y poder judicial, e **incluirse en la funcionalidad de los productos que se desarrollen así como en la evidencia digital** asociada a los servicios que se prestan.
- Bajo esta perspectiva **es compromiso de las directivas y empleados entender las normas, obligaciones y prácticas para producir, retener y proveer las evidencias**, asegurando con ello la confiabilidad de los sistemas que se administran.

CONCEPTOS BÁSICOS PARA TENER EN CUENTA

- Creación de documentos electrónicos:
 - Por personas
 - Por computadores
 - Por personas y computadores
- Creación, almacenamiento y reproducción de documentos electrónicos: los principios básicos para que los documentos sean admitidos como evidencia, deben cumplir con:
 - Autenticidad
 - Confiabilidad
 - Suficiencia
 - Apego y respeto por las normas

ALMACENAMIENTO DE LA EVIDENCIA DIGITAL

Repositorio de evidencia Digital

- Computadoras Personales
- Servidores –e-mail, file, proxy
- Sistemas de control o acceso – firewalls, router
- Asistentes Personales Digitales (PDA) ipad
- Teléfonos Móviles, Reproductores de música
- Cámaras Digitales
- Cintas de Backup
- Discos Duros
- Medios removibles –Memorias USB, CD's, DVD's

Tipos de Documentos Almacenados

- Correos Electrónicos
- Archivos Financieros
- Documentos de Office
- Historial de Internet
- Registros de Chats
- Libretas de direcciones (Outlook)
- Calendarios (Outlook)

CICLO DE VIDA DE LA EVIDENCIA DIGITAL



*“Es indiscutible que para **crear los títulos valores**, se ha producido una **“metamorfosis jurídica”**, que permite a estas cosas mercantiles circular aisladas de cualquier relación derivada de situaciones extrañas al propio documento, y aún más, nacidas fuera de él. El impulso para esta transformación jurídica está en el deseo de **dotar a esos documentos de la máxima certeza y seguridad**, lo cual solo se logra **aislándolos de toda relación que no sea nacida en el propio documento**. Se trata de una creación doctrinal cuya **sanción legislativa solo se entiende ante la necesidad de conferir a tales cosas la máxima certidumbre.**”*

Leon Posse Arboleda

¿Cuál es el origen de los títulos valores?

- ✓ Los títulos valores surgen como consecuencia de la **crisis funcional** asociados al transporte de las monedas o metales preciosos. Se plantean como una formula que **permite la circulación de la riqueza garantizando la rapidez y seguridad.**
- ✓ Esta forma de instrumentación para la circulación de la riqueza estableció reglas **de protección al tenedor de buena fe**, donde hay una **vinculación íntima de la posesión** de una cosa corporal determinada (titulo valor) con el derecho incorporado cuando se cumple su ley de circulación.

¿Por qué se comienza a hablar de los títulos valores desmaterializados?

- ✓ Al igual que lo sucedido con la circulación de la moneda y los metales preciosos, **modernamente**, el concepto de desmaterialización o inmaterialización surge como consecuencia de la **crisis funcional** de la necesidad del documento cartular donde se incorpora los derechos.
- ✓ **La desmaterialización o inmaterialización:** Es entendida como el fenómeno que **suprime el documento físico** por un registro contable, denominado anotación en cuenta.

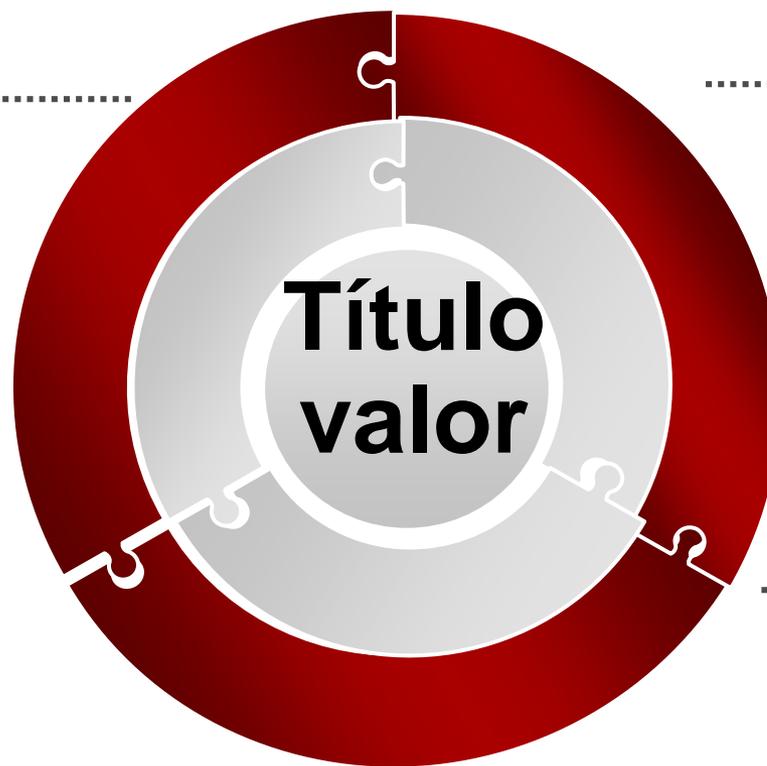
Equivalencia funcional de los títulos valores

- Ley 527 de 1999, basada en el texto de la ley modelo de UNICITRAL, consagra la equivalencia funcional de los mensajes de datos con los documentos físicos. Al señalar que *“no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”*,
- **Objeto:** Reconocer valor y otorgar **eficacia jurídica** a los documentos electrónicos, **independientemente** de que no tengan una **existencia física** o material.

- En relación con los títulos valores, su transferencia parte de aplicar la **ley de circulación de los títulos valores** que es un **concepto cambiario que da la medida de la legitimación** para hacer efectivos los derechos allí incorporados, siempre y cuando dicho título valor **contenga las menciones y llene los requisitos que la ley señale.**
- Código de Comercio estableció cómo se perfecciona la circulación de los títulos al portador, a la orden y nominativos. **De manera que la transferencia sólo es jurídicamente válida si se hace siguiendo las exigencias de la ley.**

Savigny:
Incorporación

Brunner:
Literalidad

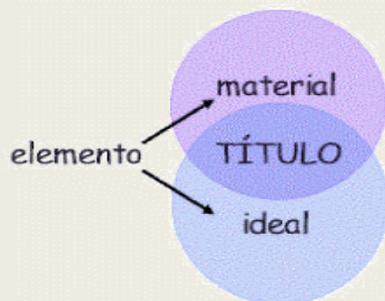


Jacobi:
legitimación

Definición

Es el documento
necesario para
ejercer
el derecho
literal y autónomo
en él contenido

Cesare Vivante 1902



Solemne
Constitutivo
Dispositivo
Necesario
Probatorio

Documentos electrónicos y la equivalencia funcional de los títulos valores

No todos los documentos transferibles circulan de la misma manera:

Los títulos valores

Las condiciones de **los documentos electrónicos + las exigencias del Código de Comercio** = efectos jurídicos previstos, asegurando la **tenencia legítima**.

¿Qué debe buscar una propuesta de títulos valores electrónicos, desmaterializados o inmateralizados?

Estandarizar el manejo de documentos electrónicos en un mercado globalizado y **asegurar** que el **elemento** que pretende hacerse valer como prueba en juicio, **sea efectivamente** aquel que fue creado, custodiado, recaudado o practicado y que su integridad no ha sido sustituida o alterada a lo largo de la cadena de custodia.

¿Cómo se puede lograr?

A través de **pautas o directrices** para el **manejo de las evidencias digitales**, frente a los documentos electrónicos que **sirvan de pruebas** para casos judiciales o extrajudiciales donde la entidad que administra la información pueda ver afectados sus intereses o los de terceros.

Concepto de originalidad, unicidad y único

- La UNCITRAL señaló en la nota explicatoria de la ley modelo de comercio electrónico que *“si por ‘original’ se entiende el soporte en el que por primera vez se consigna la información, sería imposible hablar de mensajes de datos ‘originales’, pues el destinatario de un mensaje de datos recibiría siempre una copia del mismo”*.
- Si se adopta un **modelo directo de circulación de envío y recepción** de mensajes entre “iniciador”, “destinatario” y “dirección electrónica” o entre “emisor- obligado”, “destinatario – beneficiario” o entre “cedente” y “cesionario” se estará frente a un **escenario** de existencia de **múltiples documentos electrónicos** a partir de un mismo negocio y sobre un mismo derecho.
- Lo anterior generaría **gran incertidumbre jurídica**

Originalidad en el mundo digital

*Los mensajes de datos se podrían representar generalmente como una sucesión de números (hash - función matemática con base en algoritmos conocidos) y, como tal, existe la posibilidad de extraer una réplica exacta de los mismos, repitiendo la misma sucesión de números. Así, en un momento determinado **se podrían tener dos o más mensajes de datos exactamente iguales, sin la posibilidad de distinguir uno del otro.***

Originalidad + unicidad = certeza legal de los documentos electrónicos transferibles

Cadena de custodia

Es la **garantía procesal** que asegura que el elemento que pretende **hacerse valer como prueba en juicio**, sea efectivamente aquel que fue recaudado o practicado y que su **integridad no ha sido sustituida o alterada** a lo largo de su custodia.

Solo se podrá garantizar **la unicidad en los títulos valores** cuando la creación, firma y puesta en circulación del documento se cumpla en **el sistema de registro del controlador, y ese título valor sea único en el mercado por disposición legal**. Estos sistemas de registro deben contar con mecanismos de transparencia y equidad entre todos los participantes de tal forma que se facilite su acceso.

La regulación debe **garantizar** mecanismos que protejan **la unicidad** y que **permitan el acceso equitativo y transparente** entre todos los participantes, de tal forma que su uso sea masivo.

- De acuerdo con Asobancaria Colombia para finales del 2016, paso del 2014 de registrar un 33% de la población con productos financieros a **un 75% de los colombianos** adultos, con acceso a **por lo menos un producto financiero**. Se espera que para finales de **2018 el acceso registre un 85% de la población adulta del país**.
- La banca tiene un **gran reto frente a la masificación el acceso a los productos formales de crédito**, que con **altos estándares de protección al consumidor** y a **precios competitivos** es una de las claves para la acumulación de activos de alto impacto y costo (educación, vivienda, etc.), **para el desarrollo de micro, pequeñas y medianas empresas** (para cubrir necesidades de capital de trabajo, ampliación de la escala de producción, por ejemplo) y para enfrentar choques económicos adversos.

Funcionalidad de los títulos valores físicos

Por su importancia sistémica en la economía del país, el respaldo cartular de los **títulos valores** prevista en el **Código de Comercio**, se reformula para dar paso a un concepto ampliado de la circulación de la riqueza que trasciende la relación jurídica particular para hacerse parte del interés general.

Fallos sobre pagarés electrónicos o desmaterializados

Se han **ordenado mandamientos de pago** sobre veinte (20) pagares desmaterializados con base en los certificados que expiden los depósitos centralizados de valores .

¿Qué debe revisarse o tener presente en la regulación?

1. Deberá incluirse un **tercero de confianza o controlador** que garantice la **integridad y la unicidad** del documento.
2. La calidad de controlador debe definirse legalmente (por Ley en lo posible) en cabeza de una institución o abierta a varias instituciones o entidades entre las cuales debe haber **conectividad**.
3. La entidad al recibir una concesión por ley deberá cumplir unas condiciones especiales que garanticen la confiabilidad de su rol en la sociedad.
4. Se debe incluir criterios que **se garanticen unos principios mínimos que permitan la homogeneidad de entendimiento para todo caso y en todas las órbitas**.
5. **La unicidad y los derechos derivados involucrados** en los títulos valores debe incluir necesariamente a las partes (originador o emisor de la creación del documento transferible), el documento como un registro y su aceptación **y la trazabilidad de los registros**, garantizando la causalidad entre uno y otro adquirente, amén de los bienes sobre los que recae el derecho.
6. La regulación deberá contar con **principios que permitan dirimir conflictos no solo sobre la integridad sino sobre la circulación** base sus registros tales como **la prioridad, rogación, buena fe registral, tracto sucesivo, oponibilidad a terceros**.

Informe sobre el proyecto de Ley 160/16

PRINCIPIOS DEL PROYECTO

- Regula la creación, expedición, circulación y demás actos cambiarios respecto de cualquier Título Valor Electrónico que no tenga regulación especial, y se establece los requisitos para estas operaciones.
- Se fija el contenido de los reglamentos de operación de las centrales de registro electrónico.
- Las entidades vigiladas por la SFC solo podrán utilizar depósitos centralizados de valores
- No prestan servicios de compensación y liquidación.

Central de Registro Electrónico (CRE): entidad autorizada para realizar la anotación electrónica sobre los títulos valores electrónicos.

✓ **Los Depósitos Centralizados de Valores**

✓ **Las Entidades de Certificación (abiertas)** podrán cumplir las funciones de CRE.

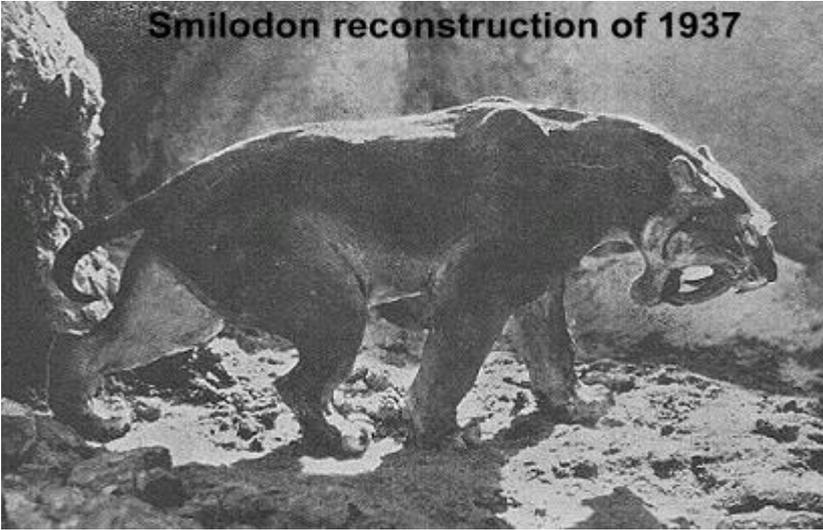
Los principios

CONTROL

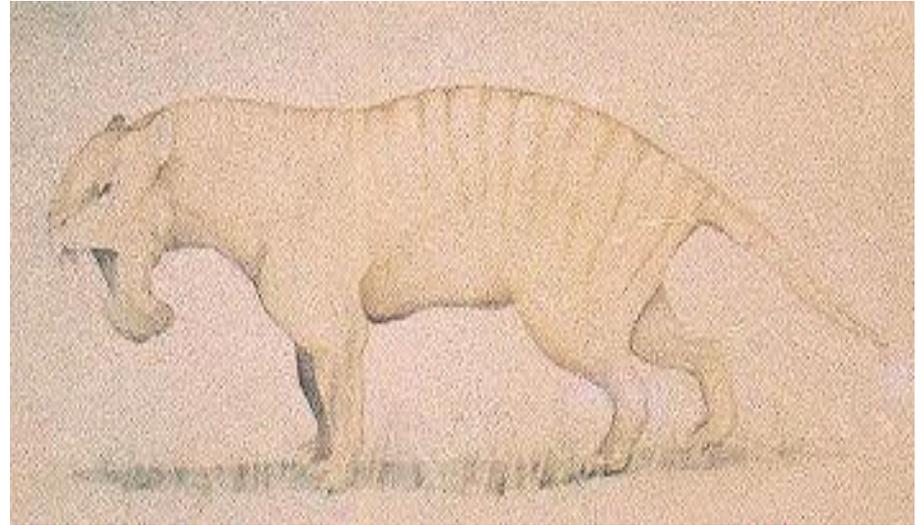
- Los depósitos centralizados de valores continúan vigilados por **Superintendencia Financiera**
- Las certificadoras (abiertas) quedan sujetas a la inspección y vigilancia de la **Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)**

Evolución convergente

Smilodon reconstruction of 1937



Smilodon: European sabre tooth tiger

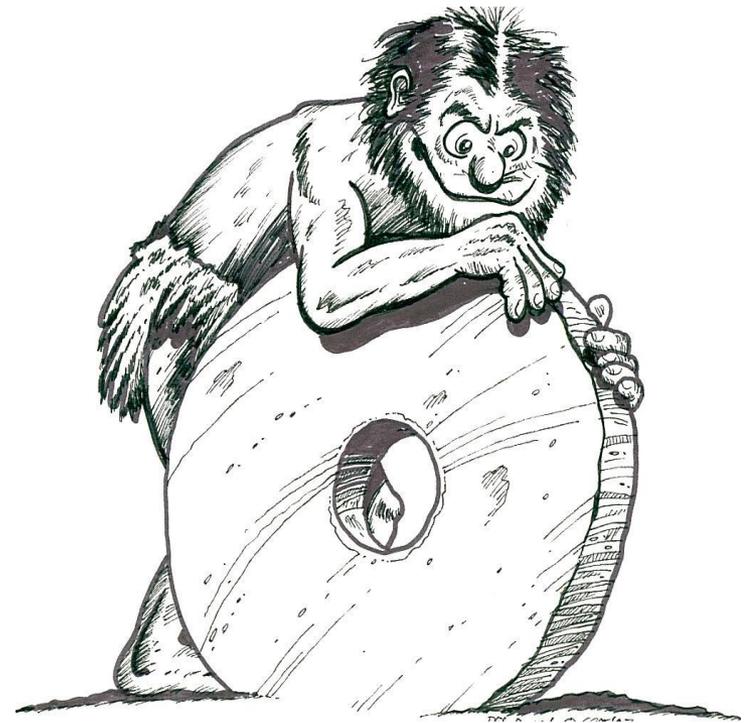


Thylacosmilus: South American Sabre tooth marsupial

La teoría de la evolución convergente describe el proceso por el cual organismos que no se desarrollan conjuntamente obtienen características similares a pesar de crecer en ambientes y ecosistemas diferentes.

Nota Final

Debemos
evolucionar, las
nuevas maneras
de hacer las
tareas hoy son la
clave de nuestro
futuro



<http://www.google.com.co/imgres?q=caver+nicola>