

OPERACIONES CON DERIVADOS, VALIDES DEL CONTRATO CON FIRMAS DIGITAL Y ELECTRÓNICA

Concepto 2023047763-001 del 8 de junio de 2023

Síntesis: La suscripción de un contrato marco para la celebración de operaciones con derivados no estandarizados puede efectuarse a través de mensaje de datos, siempre que el método utilizado sea confiable y apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado, y permita identificar al iniciador del mensaje con la indicación sobre la aprobación de su contenido.

«(...) consulta, en relación con la celebración de contratos marco para la negociación de instrumentos financieros derivados.

“(...) ¿con sujeción a los fines de inspección, vigilancia y control ejercidos por la superintendencia financiera de Colombia y haciendo especial referencia a lo consagrado en el numeral 2.5 del Capítulo XVIII de la circular Básica Contable y Financiera, se satisface la obligación que allí emana de contar con un contrato marco “por escrito” cuando este último fue suscrito y firmado electrónicamente cumpliendo a cabalidad los mandatos y lo establecido por las leyes de comercio electrónico y firmas electrónicas y digitales citadas anteriormente?”

Sobre el particular, sea lo primero señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del Anexo 2. denominado “Aspectos Mínimos de los Contratos Marco Para la Negociación de Operaciones con Instrumentos Financieros Derivados” del Capítulo XVIII de la Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995), las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben elaborar y suscribir con sus contrapartes un contrato marco por escrito que regule de manera general la negociación de operaciones con instrumentos financieros derivados, en el evento en que las mismas se negocien en el OTC o no sean estandarizadas.

Así mismo, esta disposición establece que el referido contrato “(...) puede constar en cualquier medio verificable, y **está conformado por el texto del contrato**, suplementos, las cartas de confirmación de las operaciones realizadas, y los acuerdos de intercambio de garantías en el evento en que estos últimos se suscriban”. (Negrilla fuera de texto)

Bajo ese contexto, el Capítulo XVIII de la Circular Básica Contable y Financiera, al referirse al contrato marco celebrado por escrito que puede constar en cualquier medio verificable, lo que busca es que el texto del contrato celebrado por las partes se encuentre representado mediante la escritura, independientemente del medio físico o tecnológico que lo contenga.

Lo anterior se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 527 de 1999 que señala lo siguiente:

“ARTICULO 6°. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.

Ahora bien, en relación con el deber de las entidades vigiladas de suscribir con sus contrapartes el contrato marco, vale mencionar que la norma no detalla ni establece una formalidad específica de cómo debe suscribirse el mismo,

motivo por el cual las partes se encuentran en libertad de determinar si para la validez del referido acuerdo, acuden a la suscripción del mismo de forma manuscrita, digital o electrónica.

Así las cosas, la suscripción del contrato marco para la celebración de operaciones con instrumentos financieros derivados en el mercado OTC o no estandarizados puede realizarse de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, según el cual, en el evento en que cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho tal requerimiento siempre que se cumplan dos requisitos a saber:

“a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.”

De igual manera, para que una firma digital tenga la misma fuerza y efectos que la utilización de una firma manuscrita, debe incorporar los atributos de que trata el parágrafo del artículo 28 de esta última disposición, dentro de los cuales se destaca que sea única a la persona que la usa, susceptible de ser verificada, se encuentra bajo el control exclusivo de la persona que la usa y se encuentra conforme a la reglamentación adoptada por el Gobierno Nacional, entre otros.

Adicionalmente, el Decreto 2364 de 2012 reglamentó el artículo 7 de la Ley 527 de 1999 en lo relacionado con la firma electrónica, definiendo a esta última en el numeral 3 del artículo primero como: *“Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, **que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos**, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

A su turno, en relación con el cumplimiento del requisito de la firma, establece el artículo 3 de la misma disposición que *“Cuando se exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.* En relación con los efectos jurídicos de la firma electrónica, es preciso mencionar que tendrá la misma validez y efectos jurídicos que la firma manuscrita, siempre y cuando acredite el cumplimiento de los requisitos anteriormente referidos, tal como lo prevé el artículo 5 del Decreto reglamentario.

En virtud de lo expuesto, resulta oportuno concluir que la suscripción del contrato marco para la celebración de operaciones con derivados no estandarizados puede efectuarse de acuerdo con lo previsto en la Ley 527 de 1999, en concordancia con lo previsto en el Decreto 2364 de 2012, toda vez que las referidas disposiciones le reconocen a la firma digital y a la firma electrónica la misma fuerza, validez y efectos jurídicos de una firma manuscrita, siempre que se cumplan con los citados requisitos establecidos para cada una de ellas. Así mismo, tal como se ha expuesto, el contrato marco elaborado y suscrito por las partes para la realización de estas operaciones debe constar por escrito, independientemente del medio físico o tecnológico en que esté se encuentre contenido.

(...).»