

CONCEPTO 17527 DE 2015

(marzo 5)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

SARLAFT, LISTA CLINTON, NEGACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS, VALORACIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE CADA ENTIDAD

Síntesis: El sólo hecho de que una jurisdicción o persona esté incluida en “listas internas o de control”, no significa que la operación que realice deba ser calificada como sospechosa, previamente se debe evaluar y analizar el contexto de información y de las operaciones que el cliente efectúe en el marco de la relación de negocios con el sujeto obligado y en este sentido cada entidad valorará el riesgo de la ejecución y desarrollo de un determinado tipo de operación y determinará su procedencia para adelantarla o no, pudiendo existir entidades bajo las cuales su sistema de administración de riesgos permita la ejecución de operaciones con jurisdicciones calificadas como riesgosas bajo la aplicación de procedimientos internos de verificación del origen de los recursos que permitan su ejecución.

«(...) comunicación mediante la cual plantea algunas inquietudes que serán objeto de respuesta en el mismo orden en el que fueron por Usted planteadas, así:

Consideraciones Preliminares:

Sea lo primero señalar, que las “Instrucciones Relativas a la Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo” - en adelante SARLAFT - se encuentran en la Parte I Título IV Capítulo IV de la Circular Externa 029 de 2014, también conocida como la Circular Básica Jurídica, y en los artículos [102](#) al [105](#) del Capítulo XVI “Prevención de Actividades Delictivas” del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. El Capítulo IV referido puede ser consultado en nuestra página Web www.superfinanciera.gov.co vínculo: normativa/normativa general/Circular Básica Jurídica (C.E. [029](#) de 2014) Parte I/Título IV/Capítulo IV, mientras que los artículos relacionados con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los puede consultar en la misma página Web vínculo: Normativa/Norma General/Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En desarrollo del mencionado Sistema, las entidades vigiladas y supervisadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se encuentran obligadas a cumplir con el diseño, adopción y su implementación, para lo cual deben identificar, medir, controlar y monitorear el citado riesgo, con miras a prevenir la exposición de la Entidad al lavado de activos y a la financiación del terrorismo. Lo anterior teniendo en cuenta su propio análisis de las posibles y potenciales contingencias de exposición para establecer políticas que deben estar plasmadas en un Manual (Numeral 4.2.1., Parte I del Título IV del Capítulo IV de la citada Circular Básica Jurídica [029](#) de 2014) y demás documentos de conformidad con lo establecido en la norma antes citada.

Así, las funciones del Supervisor, frente a un esquema de supervisión por riesgos, deben ser las de evaluar la observancia, en este caso, de las normas contentivas respecto de la administración y previsión del riesgo LA/FT. De esta forma la Superintendencia se pronuncia sobre los riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo de sus entidades vigiladas, sólo en ejercicio de las

facultades sancionatorias o de supervisión.

Ahora bien, sobre la lista OFAC - Office of Foreign Assets Control (OFAC), es pertinente mencionar lo siguiente:

1. La Honorable Corte Constitucional en uno de los apartes del numeral 9 de la Sentencia SU-167 de marzo 17 de 1999 relacionado con la Orden Ejecutiva 12978 (Lista OFAC o Lista Clinton), señala que la misma no es vinculante para Colombia, como quiera que se trata de una orden emitida por un gobierno extranjero dirigida a sus ciudadanos, respecto de la cual las autoridades judiciales y administrativas colombianas no tienen competencia o atribución legal para pronunciarse sobre ella, o exigir su cumplimiento.

2. En torno a los efectos de la inclusión del nombre de una persona en la lista OFAC o “Lista Clinton” en la actividad que desempeñan nuestras entidades vigiladas, resulta pertinente retomar lo expresado en varias oportunidades por esta Superintendencia en concordancia con los pronunciamientos que sobre el tema ha emitido la Corte Constitucional, así:

“(…) la decisión de dar por terminado un contrato o de abstenerse de celebrarlo por parte de una entidad financiera o aseguradora debe tener como fundamento la existencia de causas objetivas y razonables que la justifiquen. Dentro de ellas, la Lista Clinton es considerada no sólo por las entidades que conforman el sector financiero y asegurador del país sino por la misma Corte Constitucional como una causal objetiva que fundamenta la decisión de abstenerse de celebrar un determinado contrato o prestar un servicio a las personas allí incluidas precisamente no sólo por las graves consecuencias económicas que podría conllevar una decisión contraria sino en aras de proteger el interés general de los ahorradores⁽¹⁾.

“En relación con el tema la Alta Corte dijo: 'La banca Colombiana considera que la lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los Norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos 'traficantes de narcóticos'. (...) Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca” (subrayado y resaltado textual).

3. En relación con el ordenamiento jurídico colombiano, es claro que no existe en éste disposición alguna que limite la celebración de contratos con las personas a las que se refieren sus preguntas, o sobre bienes de propiedad de las mismas. Las entidades financieras colombianas están en entera libertad de realizar operaciones/contratar o de abstenerse o de contratar/tener relaciones de negocio con quienes (personas/países) están incluidos en cualquier tipo de lista, incluidas aquellas que administra la OFAC, salvo las listas vinculantes para Colombia, que son las emanadas del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas⁽²⁾.

4. Las relaciones jurídicas que surgen entre una entidad financiera y su cliente, -

independientemente de si éste es o no otra entidad vigilada - se derivan del negocio jurídico celebrado, el cual deberá atender las libertades y/o limitaciones establecidas en la ley para el efecto. Es claro que los contratos celebrados cumpliendo las formalidades y prescripciones establecidas en las normas legales, son de obligatorio cumplimiento para las partes.⁽³⁾

5. Las relaciones contractuales que las entidades vigiladas celebran con sus clientes/terceros, implican la adopción e implementación de distintos sistemas para administrar los diferentes riesgos a los que se ven expuestas en desarrollo de las actividades derivadas de su objeto social, entre los que se encuentra el relacionado con el riesgo de lavado de activos y de financiación del terrorismo.

6. Las entidades financieras sujetas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con las Reglas sobre Protección del Consumidor en materia de acceso a los servicios de entidades vigiladas, contenidas en el Párrafo 5 Numeral 1.1. de la Parte I Título III Capítulo I de la Circular Básica Jurídica [029](#) de 2014, deben, - en la medida en que desarrollan actividades de interés público, - abstenerse de incurrir en prácticas que impliquen discriminación, desigualdad, negativa o suspensión injustificada en la prestación de sus servicios.

La citada disposición consagra lo siguiente:

“(…) Así, si bien corresponde a las entidades vigiladas definir los segmentos de mercado en los cuales desarrollan su actividad, una vez definidos éstos, el acceso a los servicios que prestan no puede ser discriminatorio, desigual, negado o suspendido injustificadamente. Cuando la prestación de un servicio no sea impuesta obligatoriamente por el régimen legal, **la negativa para suministrarlo o su terminación unilateral debe basarse, en la evaluación de las condiciones objetivas del caso y los riesgos inherentes a las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor**, de forma que la abstención de prestarlos esté plenamente justificada en criterios objetivos y razonables que deben ponerse en conocimiento del consumidor cuando éste lo solicite”.

Los derechos aquí resaltados conforme a la normatividad vigente encuentran protección, en primera instancia, dentro las mismas instituciones mediante la adopción de los mecanismos que los garanticen, a través de diversas reglas como las señaladas en materia de información de precios y tarifas de los productos y servicios, la institución del Sistema de Atención al Consumidor (SAC) y la figura del defensor del cliente, entre otros”. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Como se desprende de la norma transcrita, las entidades vigiladas por esta Superintendencia están facultadas para negar la prestación de un servicio financiero o para terminar de manera unilateral un vínculo contractual con un cliente, siempre que dicha determinación tenga como fundamento el resultado de la evaluación de las condiciones y riesgos propios de la actividad que se desarrollaría con este último; las cuales a su turno deben obedecer a criterios objetivos y razonables que corresponden ponerse en conocimiento del cliente o del potencial cliente cuando éste así lo solicite. Lo anterior, por cuanto la negativa para prestar tales servicios, no puede obedecer a una decisión caprichosa de la entidad vigilada, sino a una decisión debidamente analizada y sustentada en hechos y parámetros definidos, evitando de así prácticas discriminatorias que se traduzcan en la no prestación injustificada del servicio financiero a determinadas personas, actividades o sectores⁽⁴⁾.

Por lo tanto, del texto transcrito se desprende que para que una Entidad pueda negarse a entablar relaciones de negocio con un cliente sin incurrir en prácticas discriminatorias e injustificadas, debe:

- a) determinar las condiciones y los riesgos inherentes a las operaciones que realizaría con los consumidores;
- b) tal determinación debe obedecer a criterios objetivos y razonables previamente establecidos a fin de:
 - i) poder evaluar tanto las condiciones como los riesgos inherentes de las operaciones,
 - ii) como resultado de tal evaluación, contemplar las medidas que se adoptarán para no incurrir en prácticas discriminatorias o injustificadas,
 - iii) tales medidas, (y como es natural el soporte de las mismas) deben quedar contempladas en los procedimientos de vinculación de clientes,
 - iv) a solicitud del cliente afectado, informarle los criterios objetivos y razonables en los que se funda la negativa de la prestación del servicio financiero,
 - iv) las medidas adoptadas.

Cabe precisar, que no le resulta válido a las entidades vigiladas argumentar la negativa a prestar un servicio limitándose a expresar que se fundamenta en principios como el de la autonomía de la voluntad, o señalando que es su política abstenerse de vincular a personas o empresas que desarrollan determinadas actividades, entre otros.

En este sentido, por expreso mandato del Párrafo 5 Numeral 1.1. de la Parte I Título III Capítulo I de la Circular Básica Jurídica [029](#) de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera, las medidas que le permiten a una Entidad Financiera no aceptar a un cliente como tal, o no realizar determinado tipo de operaciones, deben hacer parte de los procedimientos de vinculación de clientes, los cuales deben estar incorporados en el Manual del SARLAFT⁽⁵⁾.

7. Se puede concluir que la inclusión de una determinada jurisdicción y los movimientos financieros provenientes de la misma que origina los recursos involucrados en la operación de una entidad, en la denominada lista OFAC, constituye una causal objetiva para que ésta, si así lo considera, dé por terminado el/los contrato/s suscrito/s con quien se encuentre en tal situación, o impida el desarrollo de la operación. Adicionalmente, debemos precisar en el mismo sentido que el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo, en su diseño, implementación y aplicación diaria, debe contar, entre otros, con mecanismos e instrumentos que como mínimo le permitan identificar claramente el origen de los recursos que el cliente utilizará en su operaciones; efectuar el seguimiento que permita establecer con precisión su perfil transaccional, el segmento al cual pertenece y los parámetros de normalidad de las operaciones que va a canalizar a través de los distintos productos que adquiera. Lo anterior, con el fin de que la entidad se proteja de ser utilizada para el LA/FT.

No obstante lo anterior, es claro que corresponde a las entidades vigiladas cumplir con los deberes que le son propios en su calidad de profesionales de la actividad financiera, bursátil o aseguradora, así como tienen la posibilidad normativa de evaluar en general los riesgos derivados de la prestación de los productos/servicios en desarrollo de su objeto social, previendo si lo

consideran necesario la adopción y aplicación propia de procedimientos más exigentes a los mínimos establecidos en la normatividad, con aquellas personas o jurisdicciones con las cuales establecen y mantienen relaciones comerciales calificadas de alto riesgo para el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Expuesto lo anterior, pasaremos a dar respuesta a las inquietudes formuladas por Usted.

Respuestas:

P1 y 2/ “(...) 1. Favor confirmar si la SuperFinanciera ha impartido algún tipo de instrucción sobre este tema a las entidades bancarias?. 2. Favor indicar que ley es esta que no permite recibir recursos provenientes del Líbano, de que año y desde cuando está vigente?

R1 y 2/ Como se citó en el considerando 3 de esta comunicación, el numeral 4.2.2.1.4 de la mencionada Parte I del Título IV del Capítulo IV de la Circular Externa [029](#) de 2014, corresponde a las entidades vigiladas atender las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia, sin que la denominada lista OFAC emitida por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, sea vinculante para el Estado Colombiano. No obstante lo anterior, tal y como quedó arriba referenciado, la inclusión de una jurisdicción o persona natural o jurídica en la misma, constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca de no suministrar un determinado producto bajo el esquema de aplicación de su propio Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y financiación del Terrorismo.

P3/ “3. Desde cuando el (...) está vetado en Colombia? Si mal no estoy siempre hemos tenido excelentes relaciones con ese país, incluso se están tramitando acuerdos de doble imposición y sus inversiones en Colombia son importantes”.

R3/ El numeral 1 del artículo [102](#) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁽⁶⁾ establece que las entidades vigiladas tienen la obligación de “adoptar medidas de control apropiadas y suficientes,” con el fin de evitar ser utilizadas para la comisión de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a activos provenientes de tales actividades. El referido numeral deja libertad para que cada entidad establezca las medidas que para el efecto considere pertinentes.

Una de tales medidas, puede ser, entre otras, la inclusión dentro de las políticas y de los procedimientos internos, la consulta de “listas internas o listas de control”, las que pueden ser construidas por la respectiva entidad, y/o consultadas directamente por ella. Debe señalarse, que ni el EOSF ni el SARLAFT autorizan o prohíben revelar al interesado o a terceros, los nombres de quienes están incluidos en las mismas, por cuanto, como se señaló, las normas citadas no se refieren a este tipo de listas, las cuales pueden corresponder a personas naturales y jurídicas, países y territorios, considerados riesgosos o peligrosos para el establecimiento y para la vigencia de relaciones de negocios.

No obstante lo anterior, reiteramos que las únicas listas a las que se refieren las normas vigentes y cuya consulta previa es de obligatorio cumplimiento, son las listas vinculantes para Colombia de acuerdo con el derecho internacional; es decir aquellas emanadas del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas como lo determina el numeral 4.2.2.1.4 del Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica, en concordancia con lo dispuesto por el artículo [20](#) de la Ley 1121 de 2006.

P4/ “4. En caso de ser cierto, que ocurre con la inversión extranjera proveniente del (...) para empresas colombianas que está en trámite de capitalizaciones?”

R4/ Debemos mencionar que el sólo hecho de que una jurisdicción o persona esté incluida en “listas internas o de control”, no significa que la operación que realice deba ser calificada como sospechosa, previamente se debe evaluar y analizar el contexto de información y de las operaciones que el cliente efectúe en el marco de la relación de negocios con el sujeto obligado y en este sentido cada entidad valorará el riesgo de la ejecución y desarrollo de un determinado tipo de operación y determinará su procedencia para adelantarla o no. Pudiendo existir entidades bajo las cuales su sistema de administración de riesgos permita la ejecución de operaciones con jurisdicciones calificadas como riesgosas bajo la aplicación de procedimientos internos de verificación del origen de los recursos que permitan su ejecución.

El presente concepto se rinde con el alcance dado por la Corte Constitucional en Sentencia C-542-05 que indica: “Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento.”

(...).»

NOTAS AL FINAL:

1. Ver Oficios 2005010672-2 del 8 de marzo de 2005 y 2007017233-001 del 11 de mayo de 2007.

2. Numeral 4.2.2 y 4.2.2.1.4 de la citada Parte I del Título IV del Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica [029](#) de 2014 establece:

“4.2.2. Procedimientos. Las entidades deben establecer los procedimientos aplicables para la adecuada implementación y funcionamiento de los elementos y las etapas del SARLAFT.

“(…) 4.2.2.1.4. Dar cumplimiento a las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia, de conformidad con el derecho internacional y disponer lo necesario para que se consulten dichas listas, de manera previa y obligatoria a la vinculación de un potencial cliente a la entidad (artículo [20](#) de la Ley 1121 de 2006).

3. Código Civil. “Artículo [1602](#). LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

4. En igual sentido, tratándose del acceso a los servicios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, la H. Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, cuyas decisiones obran en las sentencias SU-157, SU-166 y SU-167 de 1999, así como en la providencia T-468 de 2003.

5. SARLAFT: Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo.

6. EOSF: “Artículo [102](#). Régimen General. 1. Obligación y control de actividades delictivas.

7. Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y

suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.” (Subrayado fuera del texto).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

