



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE COLOMBIA
VICERRECTORÍA GENERAL
BOGOTÁ

2012 FEB 21 A 10:54

Patricia Luna

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

RECIBIDO

OFICINA JURÍDICA NACIONAL

Concepto No. **03**

MEMORANDO **0212**

FECHA: **21 FEB 2012**

PARA: Profesora Beatriz Sánchez Herrera
Vicerrectora General

DE: María Mercedes Medina Orozco
Jefe Oficina Jurídica Nacional

AL
RESPONDER
FAVOR

CITAR: Oficio VRG-1408 del 02 de noviembre de 2011 recibido el 04 del mismo mes y año -
Solicitud de concepto sobre contrato de adhesión

Respetada Profesora:

En respuesta al oficio de la referencia a través del cual, manifestando que en el desarrollo del aplicativo de donaciones y con el fin de asegurar el ingreso de dinero proveniente de fuentes lícitas se ha trabajado en un contrato de adhesión que de aceptar el donante para seguir con el proceso y, con el fin de proteger el proceso de las donaciones, la DNIC sugiere incluir en dicho aplicativo un módulo "que permita confrontar con listas cautelares la identificación de los donantes y en el caso de que se encuentre en dichos listados el proceso es cancelado y la donación no se concretaría" solicita concepto sobre "la pertinencia de incluir la aceptación del contrato de adhesión y la identificación en listas cautelares de los donantes, como parte del proceso", de conformidad con el artículo 14 del Acuerdo 026 de 2010 del Consejo Superior Universitario, emito Concepto Jurídico en los siguientes términos:

DESCRIPTORES

- Donaciones
- Contrato de adhesión
- Condiciones y términos de uso

FUENTE FORMAL

- Código Civil
- Estatuto Tributario
- Ley 527 de 2009
- Ley 1328 de 2009
- Ley 962 de 2005
- Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría

ciencia, tecnología e innovación para el país

Carrera 45 No. 26-85; EDIFICIO URIEL GUTIÉRREZ, 5º piso, Oficina 515
Telefax: (57-1) 316 5075 Conmutador: (57-1) 316 5000 Ext. 18167 Fax: 18167
Correo electrónico: ofijn_nal@unal.edu.co
Bogotá, D. C., Colombia, Sur América

FUENTES AUXILIARES

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Ricardo Hoyos Duque del 20 de junio de 2002 Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488)
- Concepto 2007001302-001 del 23 de febrero de 2007 de la Superintendencia Financiera
- Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009 de la Superintendencia Financiera
- Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera

PROBLEMA JURIDICO No. 1

¿ES PROCEDENTE INCLUIR UNA POLITICA DE CONDICIONES Y TERMINOS DE USO PARA ACCEDER AL APLICATIVO DE DONACIONES QUE SE QUIERE IMPLEMENTAR PARA EFECTOS DE REALIZAR EL TRÁMITE DE LAS DONACIONES "EN LINEA"?

TESIS JURÍDICA

SI, ES PROCEDENTE INCLUIR UNA POLITICA DE CONDICIONES Y TERMINOS DE USO PARA ACCEDER AL APLICATIVO DE DONACIONES QUE SE QUIERE IMPLEMENTAR PARA EFECTOS DE REALIZAR EL TRÁMITE DE LAS DONACIONES "EN LINEA"

1. DONACIONES

El tema de las donaciones en la Universidad, su aceptación, legalización, recepción, registro y certificación, se encuentra regulado por la Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría "Por la cual se establecen las normas generales para la aceptación, recepción y legalización de las donaciones que recibe la Universidad Nacional de Colombia.", en la cual se destacan los siguientes aspectos:

- La donación es definida como el acto mediante el cual una persona natural o jurídica transfiere parte de sus bienes, de forma gratuita e irrevocable a la Universidad y esta lo acepta.
- Por donante se entiende la persona natural o jurídica de derecho privado, nacional o extranjera, que tiene capacidad legal e interés en transferir gratuita e irrevocablemente parte de sus bienes a la Universidad.
- Los bienes objeto de donación son aquellos que hacen parte del patrimonio del donante y son transferidos a la Universidad de manera gratuita e irrevocable para el cumplimiento de sus fines misionales, entre los que se encuentran los bienes muebles tanto de consumo como de permanencia relativa, inmuebles, dinero y títulos valores.
- -No se consideran como donación:
 - Ω La recepción y aceptación de bienes recibidos a título gratuito como resultado de negociaciones comerciales.
 - Ω La aceptación de servicios personales gratuitos.
 - Ω La aceptación y recepción de bienes y derechos trasladados entre entidades públicas, los cuales se denominan "Traslados entre entidades Públicas"
- Respecto a la competencia para la aceptación de donaciones relacionada con el caso de estudio, la Resolución en cita determina:
 - Rector: aceptación de donaciones de bienes inmuebles de forma exclusiva.
 - Gerente Nacional Financiero y Administrativo: aceptar donaciones de bienes con destino al Nivel Nacional, cuya cuantía sea inferior a 6.000 smlmv
 - Vicerrectores de las Sedes Bogotá, Medellín, Manizales y Palmira: aceptar donaciones de bienes con destino a la Sede, a las facultades o a las unidades académicas básicas adscritas a la sede, cuya cuantía sea superior a 400 smlmv e inferior a 6.000 smlmv

- Directores de las Sedes de Presencia Nacional, en los Directores de UNIMEDIOS y la Editorial UN: Aceptar donaciones de bienes con destino a la Sede ó a las Unidades Especiales, según corresponda, cuya cuantía sea inferior a 1.000 smlmv

- Gerente Nacional de UNISALUD: para aceptar donaciones de bienes con destino al nivel nacional de UNISALUD o a cualquiera de las Sedes de UNISALUD, cuya cuantía sea inferior a 3.000 smlmv

- Director de Gestión de la Sede Bogotá y en los Directores Administrativos de las sedes Medellín, Manizales y Palmira: aceptar donaciones de bienes con destino a la Sede, a las facultades o a las unidades académicas básicas adscritas a la sede, cuya cuantía sea igual o inferior a 400 smlmv.

▪ En cuanto a la aceptación de las donaciones: la Resolución 1522 señala que esta se efectúa por parte de la Universidad a través de formatos de aceptación, proyectadas por la Oficina Jurídica de nivel correspondiente.

▪ La aceptación de las donaciones debe contar con un análisis de conveniencia y unos requisitos de legalización específicos, según se trate de donación de bienes inmuebles; bienes muebles de consumo o de permanencia relativa; o de dinero o títulos valores.

▪ Todo donante debe expresar por escrito su intención de hacer una donación a la Universidad, en la cual además de los requisitos específicos que se establecen para cada clase de donación según la naturaleza de los bienes objeto de donación

▪ El donante tiene la opción de establecer el destino o uso que desea que se le dé al bien objeto de la donación, y en caso de no hacerlo expresamente, la Universidad podrá destinarlo a los fines misionales que considere convenientes.

▪ Toda donación cuyo valor exceda la suma de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv), debe ser autorizada mediante escritura pública por un notario.

La insinuación de donación que no esté sometida al requisito anterior puede hacerse a través de cualquier medio escrito en los términos establecidos en la Parte I del Manual de Convenios y Contratos.

▪ En cuanto al Certificado de Donación la norma en mención determina que:

- Es expedido una vez los bienes objeto de la donación hayan sido registrados en los estados financieros de la Universidad.

- Es expedido por el Jefe del Área de Contabilidad o quien haga sus veces en cada Sede o unidad especial.

- No procede la deducción tributaria por concepto de donaciones, cuando se donen acciones, cuotas partes o participaciones, títulos, derechos o acreencias, poseídos en entidades o sociedades, de conformidad con lo señalado en el artículo 3 de la Ley 633 de 2000 que modificó el artículo 125-3 del Estatuto Tributario, que determina:

"ARTICULO 125-3. REQUISITOS PARA RECONOCER LA DEDUCCIÓN. Para que proceda el reconocimiento de la deducción por concepto de donaciones, se requiere una certificación de la entidad donataria, firmada por Revisor Fiscal o Contador, en donde conste la forma, el monto y la destinación de la donación, así como el cumplimiento de las condiciones señaladas en los artículos anteriores.

En ningún caso procederá la deducción por concepto de donaciones, cuando se donen acciones, cuotas partes o participaciones, títulos valores, derechos o acreencias, poseídos en entidades o sociedades".

▪ La Gerencia Nacional Financiera y Administrativa tiene la función de establecer los procedimientos necesarios para el adecuado cumplimiento de lo ordenado en la Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría

2. CONTRATO DE ADHESIÓN

El Contrato de Adhesión ha sido definido por la Ley 1328 de 2009 "Por el cual se dictan normas en materia financiera, se seguro, del mercado de valores y otras disposiciones" de la siguiente manera:

"Artículo 2°. *Definiciones.* Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones:

(...)

l) **Contratos de adhesión:** Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

(...)"

Así mismo el Consejo de Estado¹ ha definido el Contrato de Adhesión como aquel en que se somete la voluntad en un contratante a la del otro, el cual está en condiciones de imponer las estipulaciones del contrato:

"No tiene discusión que la voluntad recíproca constituye un principio básico y elemental de derecho de todo contrato, sea este privado o público, como tampoco la tiene que los contratos de adhesión son una modalidad de relación comercial aceptada por la ley.

LARROUMET luego de definir el contrato de adhesión como aquel en el que se "somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato", precisa que "la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente." Y también afirma que "si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen".²

MIGUEL MARIENHOFF³ en relación con el consentimiento del cocontratante del Estado, se pregunta:

"¿ De qué manera debe hallar expresión la voluntad de las partes intervinientes? ¿Deben éstas elaborar en común el contenido y las particularidades de su convenio, mediante una libre discusión de éste y de sus particularidades? No hay razón alguna de principio que se oponga a ello: pueden celebrarse contratos administrativos cuyo contenido se establezca mediante ese procedimiento de libre discusión, sin que esto afecte la validez del contrato (...). Pero las modalidades propias del derecho administrativo, y la finalidad inexcusable de toda la actividad de la Administración Pública, en cuyo mérito ésta siempre debe tener en cuenta el interés público, hacen que en este ámbito del derecho la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado -cocontratante- a cláusulas prefiladas por el Estado para los casos respectivos. En tales hipótesis la conjunción de voluntades, la fusión de éstas, se opera por "adhesión", vale decir sin discusión de tales cláusulas por parte del administrado, el cual limitase a "aceptarlas".

(...)

La conjunción de voluntades y el contenido del contrato administrativo pueden, pues, expresarse o establecerse mediante cualquier medio idóneo reconocido al respecto por la ciencia jurídica. No es indispensable, entonces, la discusión directa de las cláusulas contractuales entre las partes; basta con que una de éstas - el "administrado" o cocontratante - se "adhiera" a las cláusulas contractuales prefijadas por la otra ("Administración Pública") ... Si bien la voluntad del administrado es esencial para la existencia del contrato administrativo, dicha voluntad puede ser idóneamente expresada por "adhesión", pues este procedimiento armoniza plenamente con las modalidades del derecho público y con las finalidades de la actividad de la Administración Pública." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Adicionalmente la Superintendencia Financiera a través del Concepto 2007001302-001 del 23 de febrero de 2007 señaló respecto al contrato de adhesión:

"El contrato de adhesión, conocido igualmente como contrato-tipo o de condiciones generales, es definido por la doctrina como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los contratantes de manera que la contraparte no pueda modificarlas ni hacer cosa distinta que aceptarlas o rechazarlas. En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la formación del contenido contractual y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente" (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Posteriormente dicha Corporación a través del Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009 señala la naturaleza del contrato de adhesión y su evolución normativa, de la siguiente manera:

"Al respecto, sea lo primero manifestar de manera general y previa que la dinámica económica contemporánea ha requerido del Derecho el desarrollo de instrumentos y mecanismos de negociación que consulten las necesidades y exigencias de la realidad comercial de la sociedad, pasando de una contratación originada en la formulación de oferta y contraoferta, en que la autonomía de la voluntad rige el contenido de los convenios, a la modalidad basada en clausulados

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Ricardo Hoyos Duque del 20 de junio de 2002 Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488)

² Christian Larroumet. *Teoría General del Contrato*. Bogotá, ed. Temis S.A., 1999, Volumen I. Pag. 120 y 121.

³ *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 1992, 3ª edición. p 136-137

predispuestos por una de las partes contratantes, en que la referida libertad se vé limitada a la aceptación o rechazo de la propuesta negociada, técnica que igualmente ha evolucionado en atención a requerimientos propios de la contratación masiva de bienes y servicios.

(...)
En ese mismo sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-464 del 7 de julio de 2004, expresó que esta modalidad contractual es aquella según la cual "... las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone la ley del contrato a la otra."

Es claro entonces que el contrato de adhesión se caracteriza porque no existe deliberación de las partes para fijar su contenido, el cual es unilateralmente establecido por una de ellas y la contraparte se limita a expresar su aceptación o negativa a contratar.

No sobra manifestar, para los efectos que nos interesan en esta oportunidad, que el contrato de adhesión fue considerado en una primera etapa de su desarrollo como una expresión abusiva del poder económico de uno de los contratantes, razón por la cual doctrinal y jurisprudencialmente se buscara remediar tal desequilibrio en el contrato mediante figuras como la lesión, el principio de la buena fé, el abuso del derecho, etc.

(...)
Por su parte, la doctrina ha expresado que "Respondiendo a las exigencias de la dinámica mercantil, el empresario formula un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto los bienes o servicios ofrecidos masivamente al mercado. Este esquema es lo que suele conocerse como contrato estándar, que se caracteriza, pues, por la uniformidad de su contenido.

(...)
"El contenido del contrato estándar está determinado por las cláusulas predispuestas, llamadas así porque son establecidas de antemano por el empresario." (se subraya)¹

En otras palabras, "(...) el contrato por adhesión abandonó su expresión exclusivamente abusiva para convertirse en el instrumento más idóneo del tráfico de masa.

(...)
"En la segunda etapa del contrato por adhesión, su concepto abarca no solamente aquellas expresiones jurídicas del desequilibrio entre los contratantes, sino también y cada día más la técnica necesaria para poder satisfacer adecuadamente las relaciones económicas contemporáneas".²

Se observa entonces que el contrato de adhesión evolucionó al contrato estándar permitiendo la normal circulación de bienes y servicios en una economía de masa. Es decir, un contrato de adhesión que se utiliza, a partir de cláusulas generales y uniformes, para la contratación masiva de bienes y servicios, corresponde a un contrato estandarizado.
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior se debe inferir que el contrato de adhesión es una figura utilizada para la contratación masiva de bienes y servicios, en la cual una parte acepta las cláusulas y condiciones establecidas por la otra sin que hayan sido previa y libremente discutidas y concertadas, respecto de las cuales la primera expresa su aceptación o rechazo, en donde el vínculo contractual se genera por la adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.

3. FORMATO: CONDICIONES Y TERMINOS DE USO

En este orden ideas para efectos de continuar con el análisis solicitado, es necesario señalar que de la lectura del anexo remitido con el oficio de la referencia, se infiere que se trata de los términos y condiciones de uso de la página Web que contiene el aplicativo de Donaciones, los cuales deben ser aceptados por lo interesados para efectos de hacer uso de dicho aplicativo.

Así mismo y respecto al documento remitido, es menester señalar que la Ley 962 de 2005 "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos" señala respecto al uso de los medios tecnológicos por parte de los organismos y entidades de la administración pública para atender sus trámites y procedimientos, que además de ponerlos en conocimiento de sus usuarios, pueden implementar las condiciones y requisitos de seguridad que consideren convenientes, en los siguientes términos:

"Artículo 6°. Medios tecnológicos. Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones

vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.

(...)

La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

Parágrafo 1°. Las entidades y organismos de la Administración Pública deberán hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización.

Parágrafo 2°. En todo caso, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública deberá garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.

Parágrafo 3°. Cuando la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos se realice por medios electrónicos, las firmas autógrafas que los mismos requieran, podrán ser sustituidas por un certificado digital que asegure la identidad del suscriptor, de conformidad con lo que para el efecto establezca el Gobierno Nacional." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En concordancia con lo anterior el artículo 44 de la Ley 527 de 1999 "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones" establece que cuando a través de un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos con la intención de hacerlo vinculante jurídicamente, se presume que dichas condiciones o términos están incorporados por remisión a ese mensaje de datos, siendo jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad.

CONCLUSION

De conformidad con lo anterior, y para el caso concreto se debe inferir que:

-El tema de las donaciones en la Universidad, su aceptación, legalización, recepción, registro, certificación y demás aspectos que lo componen, dependiendo del bien objeto de la donación (inmuebles, muebles de consumo o de permanencia relativa, dinero, títulos valores), se encuentra regulado por la Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría "Por la cual se establecen las normas generales para la aceptación, recepción y legalización de las donaciones que recibe la Universidad Nacional de Colombia.

-El contrato de adhesión es una figura utilizada para la contratación masiva de bienes y servicios, en la cual una parte acepta las cláusulas y condiciones establecidas por la otra sin que hayan sido previa y libremente discutidas y concertadas, respecto de las cuales la primera expresa su aceptación o rechazo, en donde el vínculo contractual se genera por la adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.

-La incorporación de términos y condiciones para el acceso a los trámites y procedimientos puestos a disposición de los ciudadanos por las Entidades Públicas a través de medios tecnológicos se entiende con el propósito de garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad de la información suministrada por los usuarios a través de los mensajes de datos, sin que constituya un contrato de adhesión en los términos antes señalados.

De conformidad con lo anterior se tiene que es procedente establecer las condiciones y términos de uso para que los posibles donantes que opten por efectuar el trámite en línea, tengan acceso al aplicativo de Donaciones.

Así mismo, se sugiere revisar la posibilidad de establecer lo relacionado con las condiciones y términos de uso y el aplicativo de Donación en línea como un procedimiento por la Gerencia Nacional Financiera y Administrativa en cumplimiento de la función asignada por la Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría:

"ARTÍCULO 16. La Gerencia Nacional Financiera y Administrativa establecerá los procedimientos necesarios para el adecuado cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente resolución."

Lo anterior siempre y cuando se considere que el aplicativo de Donaciones únicamente desarrolla lo ordenado por la Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría, sin que incorpore elementos, condiciones o requisitos que no hayan sido contemplados en dicha norma para su ejercicio.

PROBLEMA JURIDICO No. 2

¿ES PROCEDENTE INCLUIR DENTRO DEL TRAMITE DE LAS DONACIONES LA VERIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE LOS POSIBLES DONANTES EN "LISTAS CAUTELARES"?

TESIS JURÍDICA

ES PROCEDENTE INCLUIR DENTRO DEL TRAMITE DE LAS DONACIONES LA VERIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE LOS POSIBLES DONANTES EN "LISTAS CAUTELARES"

LISTAS CAUTELARES

En cuanto al tema de la listas cautelares es menester señalar que no se trata de una figura reglamentada legalmente, sino utilizada por las entidades bancarias y financieras⁴ con el fin de contrarrestar y prevenir el lavado de activos, en cumplimiento del Decreto 663 de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica titulación y numeración" que señala:

"ARTÍCULO 102. REGIMEN GENERAL.

1. **Obligación y control a actividades delictivas.** <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

2. **Mecanismos de control.** Para los efectos del numeral anterior, esas instituciones deberán adoptar mecanismos y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, con los siguientes propósitos:

a. Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, las características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósitos a la vista, a término o de ahorro, o entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario; o los depositan en cañillas de seguridad;

b. Establecer la frecuencia, volumen y características de las transacciones financieras de sus usuarios;

c. Establecer que el volumen y movimientos de fondos de sus clientes guarde relación con la actividad económica de los mismos;

d. <Literal modificado por el artículo 1 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación.

e. <Literal modificado por el artículo 12 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Estar en consonancia con los estándares internacionales en la materia;

f. <Literal adicionado por el artículo 12 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los demás que señale el Gobierno Nacional.

⁴ www.leasingdelvalle.com.co, www.serfinco.com, www.leasingcorficolombiana.com, www.macrofinanciera.com, www.valoccidente.com.co.

3. Adopción de procedimientos. Para efectos de implantar los mecanismos de control a que se refiere el numeral anterior, las entidades vigiladas deberán diseñar y poner en práctica procedimientos específicos, y designar funcionarios responsables de verificar el adecuado cumplimiento de dichos procedimientos.
 (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En desarrollo de lo anterior la Superintendencia Financiera a través de su Circular Básica Jurídica estableció los criterios y parámetros mínimos que las entidades vigiladas deben atender en el diseño, implementación y funcionamiento del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT), la cual se compone de dos fases:

- LA/FT: Corresponde a la prevención del riesgo y cuyo objetivo es prevenir que se introduzcan al sistema financiero recursos provenientes de actividades relacionadas con el lavado de activos y/o de la financiación del terrorismo

-La segunda corresponde al control y cuyo propósito consiste en detectar y reportar las operaciones que se pretendan realizar o se hayan realizado, para intentar dar apariencia de legalidad a operaciones vinculadas a la primera (LA/FT.)

Así mismo la Circular en cita señala que el SARLAFT que implementen las entidades vigiladas debe tener como mínimo los siguientes elementos: Políticas, Procedimientos, Documentación, Estructura organizacional, Órganos de control, Infraestructura tecnológica, Divulgación de información, Capacitación, determinado respecto al elemento denominado "procedimientos", lo siguiente:

"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.

Los procedimientos que en esta materia adopten las entidades deben cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos:

(...)
 d) 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,
 (...)

g) Prever procesos para llevar a cabo un efectivo, eficiente y oportuno conocimiento de los clientes actuales y potenciales, así como la verificación de la información suministrada y sus correspondientes soportes, atendiendo como mínimo los requisitos establecidos en el presente instructivo.
 (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior se tiene que algunas entidades bancarias y financieras incluyen dentro de sus procedimientos de control el de la validación de listas cautelares refiriéndose a listas como la denominada "Lista Clinton o OFAC", Lista del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o que se encuentren incursas en procesos administrativos o judiciales para el lavado de activos o financiación del terrorismo o delitos fuentes de los mismos, para efectos de la implementación del SARLAFT.

Como ejemplo de lo anterior se tiene la denominada "Lista Clinton" es decir la Orden Ejecutiva No. 12.978 expedida por el presidente de Estados Unidos Bill Clinton el 22 de octubre de 1995 denominada "Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers", cuyo objetivo es la congelación de activos y prohibir transacciones con importantes traficantes de narcóticos, señalando varios nombres de personas presuntamente vinculadas con "carteles" del narcotráfico y ordenando que en dicho país son sancionadas todas las personas que celebren negocios con aquellas que figuran en la mencionada lista, y que en Colombia, si bien no se trata de una orden jurídicamente vinculante, se le ha dado aplicación por parte de las entidades bancarias como causal objetiva que justifica la decisión de no realizar operaciones con una persona que figure en dicha lista, lo cual de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en varias sentencias⁵ y por la Superintendencia Financiera⁶ es potestad de dichas entidades su aplicación en virtud de la libertad contractual y de asociación y no porque haya sido adoptada por la legislación Colombiana como norma.

⁵ Sentencia SU-157 de 1999, T – 468 de 2003

⁶ Concepto 2000068176-1 de 2001 Febrero 28, Concepto 2003030568-1 de 2003 Junio 24 Concepto 2004015605-2 de 2004 Abril 22, Concepto 2010002350-001 de 2010 Febrero 22, Concepto 2011002714-001 de 2011 Febrero 17.

21 FEB 2012

CONCLUSIONES

De conformidad con lo anterior, y para el caso concreto se debe inferir que:

-El tema de la listas cautelares es una figura utilizada por las entidades bancarias y financieras con el fin de contrarrestar y prevenir el lavado de activos, en cumplimiento del Decreto 663 de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica titulación y numeración".

-El Decreto 663 de 1993 señala que son las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, las obligadas a adoptar medidas de control apropiadas para 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, incluyendo mecanismos de control que tienen como objetivo el de conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, las características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósitos a la vista, a término o de ahorro, o entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario; o los depositan en cajillas de seguridad, diseñando y aplicando procedimientos específicos.

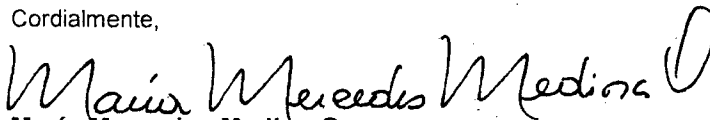
- La Superintendencia Financiera a través de su Circular Básica Jurídica estableció los criterios y parámetros mínimos que las entidades vigiladas deben atender en el diseño, implementación y funcionamiento del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT), incluyendo el elemento de "procedimientos", el cual debe contener dentro de sus requisitos el cumplimiento de 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 y la previsión de procesos para llevar a cabo un efectivo, eficiente y oportuno conocimiento de los clientes actuales y potenciales.

-Algunas entidades bancarias y financieras incluyen dentro de sus procedimientos de control el de la validación de listas cautelares refiriéndose a listas como la denominada "Lista Clinton o OFAC", Lista del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o que se encuentren incursas en procesos administrativos o judiciales para el lavado de activos o financiación del terrorismo o delitos fuentes de los mismo, para efectos de la implementación del SARLAFT.

-De conformidad con lo anterior este Despacho considera que la utilización de la listas cautelares, tratándose de una verificación previa a la realización de la donación, que se implementaría con el objetivo de prevenir y evitar que en su ejercicio la Universidad pueda ser utilizada como instrumento para el ocultamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas, es procedente y sugiere que sea establecido como procedimiento por la Gerencia Nacional Financiera y Administrativa en cumplimiento de la función asignada en el artículo 16 de la Resolución 1522 de 2010 de la Rectoría.

Este concepto se emite de conformidad con el Acuerdo 026 de 2011 del Consejo Superior Universitario y en cumplimiento de la función establecida en el numeral 2.5.1 de la Resolución 334 de 2007 de la Rectoría, conlleva una función orientadora, cuyo propósito no es generar deberes u obligaciones ni otorgar derechos, por lo cual el interesado tiene la opción de aceptarlo o no.

Cordialmente,



María Mercedes Medina Orozco

Jefe