

ANUARIO DE

# DERECHO PRIVADO

MONOGRAFÍAS

## MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

05

MARIANA BERNAL FANDIÑO  
Directora

ANUARIO DE

# DERECHO PRIVADO

## 05

ISSN 2665-2714

Para citar: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.00>

Fecha de publicación: agosto de 2023

### Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: 3394949 ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del

30 de mayo de 1964. Reconocimiento personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.



# Bases regulatorias para la inclusión financiera de actores sujetos a *DE-RISKING*: una propuesta de modelo SARLAFT enfocado en minería para el caso del sector aurífero en Colombia\*

JULIANA SALCEDO MONCALEANO\*\*

DOI: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.08>

**Resumen:** En la actualidad no existe una razón objetiva basada en algún fundamento legal, que imponga a los bancos la obligación de abstenerse de prestar servicios financieros a los actores del sector minero. Las razones esgrimidas por los bancos se basan en criterios económicos derivados de los costos de implementar las medidas de mitigación de riesgos especializados necesarios para adelantar una adecuada vinculación de los clientes con alta exposición al riesgo. En consonancia con la regulación nacional e internacional en la materia, es deber de los bancos contar con un SARLAFT enfocado en minería, que les permita identificar, medir y mitigar los riesgos, previo a tomar la decisión de fondo de conceder o denegar el servicio. Ello permitirá proteger el derecho fundamental de acceso financiero que tienen los mineros en Colombia y modular a su vez el principio de autonomía empresarial que poseen las entidades financieras en el país.

**Palabras Clave:** Inclusión financiera, minería, *De-risking*, SARLAFT (Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación al Terrorismo), mitigación de riesgos, debida diligencia.

\* Trabajo de grado de la Maestría en Derecho Privado de la Universidad de los Andes, dirigida por César Rodríguez Martínez.

\*\* Abogada de la Universidad Nacional de Colombia y especialista en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad de los Andes. Actualmente y desde hace cuatro años ejerce el cargo de Coordinadora del área de cumplimiento minero de la firma Romero Consultores Asociados S.A.S.

[j.salcedom2@uniandes.edu.co](mailto:j.salcedom2@uniandes.edu.co).

## Regulatory basis for the financial inclusion of agents subject to de-risking: a SARLAFT (anti-money laundering and counter terrorism financing risk management system) model proposal focused on mining for the case of the auriferous sector in Colombia

**Abstract:** Currently, there is no objective reason based on any legal basis; compelling the financial sector to deny banking services to the mining industry. The reasons that support this banks' measure are vested in economic criteria related to the costs of implementing the specially designed risk mitigation measures necessary to apply an adequate area customer involvement. Banks must have a SARLAFT (Laundering and Terrorism Financing Risk Administration System) oriented on mining, which allows them to identify, calculate, and mitigate risks; prior to make the decision to grant or deny the service.

This will enable to protect the financial access fundamental right that miners have in Colombia; thus, to align the business autonomy principle that financial entities have in the country.

**Keywords:** Financial inclusion, mining, *De-risking*, SARLAFT (Laundering and Terrorism Financing Risk Administration System), risk mitigation, due diligence.

## Introducción

Existe en la actualidad una problemática de exclusión financiera que afecta directamente a las empresas mineras, específicamente aquellas dedicadas a la extracción y comercialización de oro, por cuanto no tienen acceso a abrir cuentas bancarias ni a realizar transacciones monetarias a nivel nacional e internacional. Dicha exclusión financiera obedece a una política adoptada por el sector financiero y la banca tradicional denominada “De-Risking”, entendida por Daniel Trías como:

*“(...) la completa y exagerada reacción al riesgo adoptaba por buena parte de las instituciones bancarias internacionales, que simplemente están abdicando de ejercer su función institucional y social de gerenciamiento del riesgo, conforme a recomendaciones dadas por el Grupo de Acción Financiera contra el Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo (GAFI/FATF) y reguladores internacionales, interrumpiendo sin mayores justificativas las relaciones comerciales con personas, empresas, otras instituciones financieras y hasta con los propios países (...)”<sup>1</sup>.*

Para las instituciones bancarias, el riesgo de lavado de activos y financiación al terrorismo (en adelante, LA/FT), el riesgo reputacional y económico por eventuales multas y, los costos de monitoreo y debida diligencia asociados a la operación minera, son razones suficientes para preferir negar el servicio, que proceder a implementar mecanismos de mitigación de riesgos especializados<sup>2</sup>.

La falta de procesos de debida diligencia estandarizados y la complejidad de las dinámicas de la cadena de suministro del oro, ha llevado a que no sea sencillo para el sector financiero comprender el funcionamiento de la industria minera y los procesos de comercialización del mineral, representando para ellos un riesgo que no están dispuestos a asumir.

Este trabajo de investigación pretende dar respuesta a la siguiente pregunta ¿Existe algún fundamento jurídico empleado por los bancos en Colombia para restringir la prestación de los servicios financieros a usuarios provenientes de sectores con alta exposición al riesgo?

1 Daniel Trías “El Riesgo del No Riesgo: Inclusión Financiera, De-risking y la búsqueda de Soluciones”. *Daniel Trías Consultoría* (2017): 1.

2 Kalle Johannes Rose, “De-risking or recontracting – the risk dilemma of EU money laundering regulation”. *The Journal of Risk Finance* n.º 21 (2020): 445.

Para abordar dicho problema se ha determinado como objetivo principal de este proyecto, llevar a cabo una exposición sistemática de la regulación nacional e internacional relacionada con LA/FT, para demostrar la inexistencia de restricciones regulatorias que impongan a las entidades financieras una obligación de no prestar servicios bancarios a las empresas del sector aurífero.

Los objetivos específicos que se pretenden alcanzar son: (i) proponer, mediante un análisis descriptivo, los beneficios de la transición de un modelo *De-risking*, a un modelo de “mitigación del riesgo”, que permita a las entidades financieras vincular a clientes con una exposición “alta de riesgo”, (ii) exponer a través del análisis jurisprudencial, las sentencias más emblemáticas de las altas Cortes, donde se haya ponderado el derecho al acceso financiero como un servicio público versus el principio de autonomía empresarial concedido a las entidades bancarias para definir a quién le prestan o niegan el servicio, (iii) sentar las bases para la construcción de un modelo de debida diligencia SARLAFT<sup>3</sup> enfocado en minería para las entidades financieras, con el fin de que estandaricen sus procesos de conocimiento del cliente y de debida diligencia, teniendo en cuenta que la minería es una actividad permitida e incluso auspiciada por la ley, y por último, (iv) plantear un protocolo de dosimetría para el cálculo de riesgos aplicado al sector minero, que permita graduar la gravedad de los riesgos con el fin de que las entidades financieras basen de manera objetiva las decisiones sobre la prestación o negación del servicio, sin incurrir en arbitrariedades.

En la actualidad hay una necesidad insatisfecha del sector aurífero, de acceder a soluciones financieras que le permitan operar y crecer en el marco de la legalidad y la formalidad regulatoria. La solución a dicha necesidad está en el potencial de demostrarle a las instituciones financieras que la política de “*De-risking*” generalmente aplicada a clientes del sector aurífero, a) carece de sustento normativo, b) va en contravía de las políticas y recomendaciones dadas por el (GAFI/FATF) y reguladores internacionales, los cuales proponen que, en los casos de actores con alta exposición al riesgo, se opte por un enfoque basado en el riesgo (EBR) y por políticas de debida diligencia reforzadas y diferenciadas, y c) vulnera la noción del servicio financiero como un servicio público de carácter esencial y/o una actividad de interés público.

3 Sigla para Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo. Este sistema es aplicado exclusivamente por el sector financiero y el ente regulador es la Superintendencia Financiera.

Es debido a lo anterior que se propone –a través de este trabajo de investigación– el diseño de un modelo SARLAFT enfocado al sector minero, que sirva como base a las entidades financieras para fortalecer su modelo de debida diligencia diferenciada y prestar así el servicio bancario a aquellos clientes cuya exposición al riesgo puede ser efectivamente mitigada, utilizando para ello (i) un sistema de gestión de riesgos especializado en minería, y (ii) un protocolo de dosimetría para el cálculo de riesgos aplicado al sector minero.

## **I. Situación actual de la minería de oro en Colombia. Aumento de canales informales de comercialización**

Cómo ya se explicó, existe en la actualidad una problemática de exclusión financiera que afecta directamente a las empresas mineras, específicamente aquellas dedicadas a la extracción y comercialización de oro, por cuanto no tienen acceso a abrir cuentas bancarias ni a realizar transacciones monetarias nacional e internacionalmente, esta exclusión financiera ha sido una de las causas que ha llevado al aumento de la minería ilegal de oro en el país.

Para iniciar con este análisis, se hace necesario revisar la situación actual de la minería de oro en Colombia, con el fin de dar contexto al lector sobre la problemática planteada. Es así como en este capítulo se explicará cómo funciona la industria aurífera nacional, desde la extracción del mineral hasta su exportación, con el fin de establecer la correlación entre la disminución de la producción de oro declarado y el aumento de las rutas de ilegalidad, las cuales son utilizadas para exportar el mineral utilizando vías diferentes a las del mercado cambiario.

Lo anterior con el objeto de demostrar, cómo la ausencia de mecanismos financieros aunado al aumento de los controles y requerimientos gubernamentales en los últimos años, ha influenciado el contrabando y la criminalidad generalizada en el sector.

La producción de oro en Colombia, es vigilada y cuantificada por la Agencia Nacional de Minería (en adelante, ANM). Esta entidad regula y vigila las figuras de beneficiarios reconocidas por la ley 685 de 2001<sup>4</sup> (Código de Minas), esto es, aquellos sujetos reconocidos como productores autorizados y dentro de los

4 Ley 685 de 2001, 15 de agosto. *Diario Oficial* 44.545.

cuales se encuentran (i) los titulares mineros, (ii) los subcontratos de formalización, (iii) los barequeros<sup>5</sup> y (iv) los chatarreros<sup>6,7</sup>.

Mediante los certificados de origen y la declaración de impuestos y regalías, el gobierno lleva un control de la cantidad de oro producido y del dinero recaudado por este concepto. Esta información, según lo establecido por la ANM, se actualiza en diferentes intervalos de tiempo.

Con base en la información publicada por la Unidad de Planeación Minero energética –UPME–<sup>8</sup>, se ha logrado determinar la participación porcentual de los exploradores autorizados en la producción de oro en el país. Para el año 2016, el aporte de la minería de subsistencia<sup>9</sup> era de más de la mitad de la producción total de oro en Colombia. En resumen, para dicho año se le adjudicó a los barequeros y chatarreros el 63,35% de la producción nacional. Así mismo, los aportes de las dos empresas productoras más importantes del sector (Mineros S.A. y Gran Colombia Gold) abastecían el 13% del oro total del país.

Sin embargo, para la autoridad minera ha sido evidente que en los años siguientes, los porcentajes de participación de los exploradores autorizados en la producción de oro, han variado un poco respecto de los del año 2016. Las causas aducidas por la UPME son las siguientes: (i) las mejoras del RUCOM<sup>10</sup> y su digitalización, la cual inició en marzo de 2017, (ii) el aumento y tecnificación de los controles de comercialización, (iii) la adjudicación de seriales para cada minero de subsistencia, y (iv) el requerimiento de la firma y la declaración de procedencia del mineral en el certificado de origen; todo lo cual frenó la venta indiscriminada del oro y obligó a llevar inventarios del mineral del cual no era posible justificar su origen legal<sup>11</sup>.

5 Barequeros. Es una actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales, que se contrae al lavado de arenas por medios manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos, con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas. Tomado del artículo 155 de la Ley 685 de 2001.

6 Chatarreros, son aquellas personas naturales que se dedican a la actividad manual de recolección de mineral con contenido de metales preciosos presente en los desechos de las explotaciones mineras. Tomado del Decreto 0276 de 2015.

7 Unidad de Planeación Minero Energética y Universidad Nacional de Colombia “Diagrama general de trazabilidad del oro comercializado a nivel nacional: Incluye el balance másico del oro desde la producción hasta la exportación o uso interno” (Cartilla *Contrato Consultoría C-009-2017*): 7.

8 *Ibid.*, 8.

9 La minería de subsistencia es la actividad minera desarrollada por personas naturales o grupo de personas que se dedican a la extracción y recolección del mineral a cielo abierto. Tomado del Decreto 1102 del 17 de junio de 2017.

10 Sigla para Registro único de Comercializadores de Minerales. Es una medida de control, soportada por una herramienta tecnológica, que permite certificar a las personas naturales y jurídicas que comercializan de los minerales en el territorio nacional con el propósito de darle mayor transparencia a la actividad comercializadora de minerales en Colombia.

11 *Ibid.*, 8.

Toda esta situación ha conllevado a que la producción reportada de oro disminuya, especialmente el oro que antes era declarado por la minería de subsistencia. Si bien, la tendencia muestra que cada día hay más ciudadanos inscritos como mineros de subsistencia, las cifras evidencian que de éstos, únicamente el 65,1% de los inscritos reportan producción de oro ante la ANM<sup>12</sup>.

Aunado a lo anterior, el balance de masas de la compra y venta del oro sugiere que no hay un consumo interno del mineral. Los expertos indican que de las 29,52 toneladas de oro exportadas para el 2017, sólo se declaró la producción de 26,57 toneladas, denotando un desbalance de 3,05 toneladas de oro, es decir, no se tiene claridad ni certeza sobre un diez por ciento (10%) aproximadamente del origen de este mineral<sup>13</sup>.

Ahora bien, en relación con la argumentación precedente y con el fin de analizar este tema desde el punto de vista histórico, según lo establecido por la UPME, se tiene que entre los años 2013 y el 2016 se mantuvo una producción declarada de oro estable y ascendente en el país, con su mayor pico en el año 2016, donde se reportó una producción declarada total de oro de 62,3 toneladas.

Como ya se mencionó, para el 2017, el reporte arrojó un decrecimiento del 42,64% de la producción declarada con respecto a lo producido en el año 2016, registrándose un total de 26,57 toneladas, cifra alarmante y que puede llegar a inferir el crecimiento de los canales informales (ilegales) en la comercialización de oro en el país<sup>14</sup>.

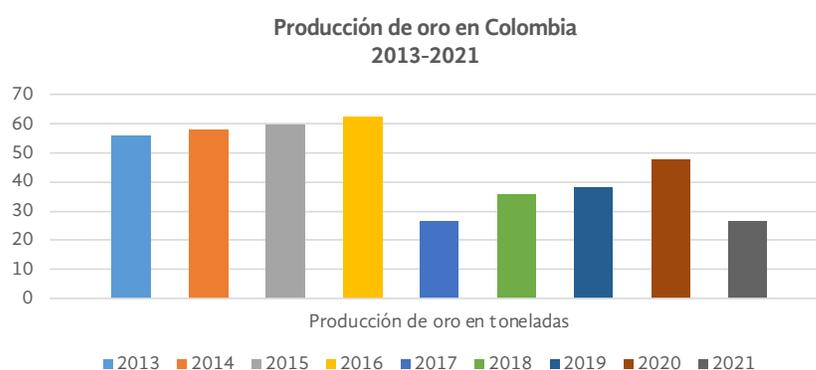


Tabla 1. Producción de oro.  
Fuente: elaboración propia.

12 *Ibid.*, 11.

13 *Ibid.*, 11.

14 “ORO” *Unidad de Planeación Minero Energética*, acceso el 8 de octubre de 2021, <https://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/Paginas/oro.aspx>.

Para la autoridad minera, el decrecimiento de la producción declarada de oro se encuentra asociado con tres posibles rutas de ilegalidad evidenciadas en el estudio del origen de la producción del mineral en Colombia<sup>15</sup>.

Estas rutas son: a) La recepción de contrabando, b) la emisión de contrabando y c) las fisuras del sistema nacional de compra y venta del mineral. Todo lo cual sugiere que la principal causa de la disminución del oro declarado en el país, es el aumento de las rutas de ilegalidad enfocadas en el contrabando y en la comercialización informal del mineral a nivel local.

Actualmente, según lo establecido por la Agencia Nacional de Minería, la producción de oro declarada ha vuelto a subir. En el 2020 se alcanzó una producción de 47,6 toneladas de oro, un 29,9% más que en el 2019. Se presume que el año de la pandemia fue beneficioso para los productores debido al alza de los precios internacionales del metal, donde el oro volvió a fungir como inversión y activo de refugio en momentos de crisis<sup>16</sup>. No hay certeza si la tendencia al alza se mantenga una vez superados los efectos de la pandemia.

Del análisis previo puede colegirse que la tendencia generalizada de investigadores y entes gubernamentales, se centra en ubicar el factor de la ilegalidad de los canales de comercialización, como la principal causa de la disminución del oro producido y declarado en el país.

Es de acuerdo a todo lo expuesto anteriormente, que concluimos que en la actualidad se evidencia una disminución del oro que es declarado como producido o extraído en el país, lo cual se encuentra asociado al aumento de los canales de comercialización ilegal del mineral, producto a su vez de la tecnificación y el aumento de los controles que han venido implementando las diferentes autoridades mineras, aduaneras y ambientales en los últimos años. Esta mejoría en la vigilancia y auditoría ejercida por las autoridades competentes ha provocado un desestimulo en el minero, que ve más engorroso, exigente y costoso el acatamiento de las nuevas regulaciones, prefiriendo optar por los canales informales de comercialización.

Como pasará a analizarse en los siguientes capítulos, parte del desestimulo también obedece a la imposibilidad que representa para los mineros seguir las exigencias gubernamentales al no tener acceso a productos financieros que les

15 Unidad de Planeación Minero Energética y Universidad Nacional de Colombia “Diagrama general de trazabilidad del oro comercializado a nivel nacional: Incluye el balance másico del oro desde la producción hasta la exportación o uso interno” (Cartilla *Contrato Consultoría C-009-2017*): 12.

16 “Colombia logró en 2020 la producción de oro más alta de los últimos cuatro años”, *Agencia Nacional de Minería*, acceso el 08 de octubre de 2021, <https://www.anm.gov.co/?q=colombia-logro-en-2020-la-produccion-de-oro-mas-alta-de-los-ultimos-cuatro-a%C3%B1os>.

permitan exportar el mineral, cerrar operaciones cambiarias, garantizar el origen de los fondos y celebrar contratos de crédito con inversionistas extranjeros.

## II. Ineficacia del papel del gobierno para garantizar la inclusión financiera de actores mineros

Gloria Isabel Rodríguez Lozano, define la inclusión financiera como *“aquel proceso en el cual se promociona el acceso oportuno y adecuado a un vasto abanico de servicios y productos financieros que estén regulados y que se extienda su uso a todos los segmentos de la sociedad por medio de la aplicación de estrategias innovadoras hechas a la medida, que incluyan actividades tanto de sensibilización como de educación financiera, y que promuevan el bienestar financiero, la inclusión económica y la social”*<sup>17</sup>.

La inclusión financiera ha tomado una gran relevancia para el Gobierno Nacional en la última década. Ello se ha visto reflejado en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 en donde este tópico reviste un interés inusitado, enfocado sobre todo en el diseño de estrategias que le brinden garantías a sectores históricamente excluidos de la banca tradicional.

Conforme a lo establecido en el CONPES 4042, el cual contiene la –Política Nacional Anti lavado de Activos, contra la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva – el gobierno debe velar por fortalecer los componentes del Sistema de LA/FT del país para hacerlo confiable para la comunidad económica y financiera internacional<sup>18</sup>.

En consonancia con esta postura, el 30 de diciembre de 2021, el Congreso de la República expide la Ley 2177<sup>19</sup>, en respuesta a las exigencias y demandas elevadas por el gremio minero y recogidas por el Senado de la República. Del texto de la Ley se extrae la intención del Legislador de promover el acceso de los mineros a los productos y servicios ofrecidos por las entidades financieras, fundamentado

17 Gloria Isabel Lozano Rodríguez, “Eficiencia de la inclusión financiera en Colombia, 2014”. *Semestre Económico* 20, n.º 44 (2017): 72.

18 CONPES 4042, 09 de agosto de 2021. “Política Nacional Anti lavado de Activos, contra la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva”. *Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación*.

19 Ley 2177 de 2021, 30 de diciembre. *Diario Oficial* No. 51.750 “Por medio de la cual se expiden normas para que el sector minero colombiano acceda a los servicios del sistema financiero y asegurador nacional, y se dictan otras disposiciones”.

en principios generales tales como la universalidad, la igualdad, la eficiencia, la reciprocidad, la inclusión financiera, entre otros.

Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, en ese sentido, solo podrán denegar la prestación de los productos y servicios a los sujetos del sector, por razones objetivas, las cuales deberán ser debidamente informadas al solicitante y/o consumidor financiero. No considerando que constituya una razón objetiva que justifique la denegación de acceso a los productos y servicios financieros, el mero hecho de pertenecer al sector minero.

Si bien, la expedición de esta Ley representa un avance sin precedentes en la búsqueda de soluciones a la exclusión financiera que sufre el sector minero en el país, en lo personal no creo que solucione de fondo la problemática, en la medida que sigue existiendo el factor de discrecionalidad en cabeza de las entidades financieras para la prestación del servicio, el cual ha sido amparado por la jurisprudencia constitucional y representa un debate interesante respecto del derecho al acceso financiero como un servicio público versus el principio de autonomía empresarial concedido a las entidades bancarias para definir a quién le prestan o niegan el servicio, tema que será abordado más adelante en el capítulo IV de este documento.

En mi concepto, la Ley no plantea pautas para la aplicación de un Sistema de Gestión de Riesgos enfocado al sector minero, el cual mitigue los riesgos a los cuales se ven expuestas las entidades financieras por prestar servicios a una industria con índices tan altos de informalidad. La Ley deja abierta la puerta para que a través de futuros pronunciamientos y de la academia, se vayan delineando dichos instrumentos, los cuales podrán ser acogidos indistintamente por los actores del sector.

Si bien el camino a la inclusión financiera empieza a ser trazado, lo ideal –en virtud de darle transparencia y confianza al sector minero–, sería que la Superintendencia Financiera emitiera un anexo a la Circular Básica Jurídica, en donde estableciera pautas para la implementación del SARLAFT en el ámbito minero y que pueda ser tomado como referencia por los actores y a la vez difundido y conocido por la banca tradicional.

A la fecha de presentación de este proyecto de investigación, aun no se vislumbra data o evidencia documental que respalde el éxito o fracaso de esta iniciativa legislativa. El análisis que corresponda deberá ser abordado en un futuro artículo académico.

Volviendo al punto discutido anteriormente, los acuerdos y estrategias implementados por la Autoridad Minera y por la rama legislativa aún no han demostrado resultados eficaces en la solución a la problemática de la exclusión financiera. Según lo establecido por María José Murillo, responsable de cadenas de suministro

en la Alianza por la Minería Responsable (ARM)<sup>20</sup>, si bien el Ministerio de Minas ha sido consciente de la ausencia del eslabón financiero como una de las principales problemáticas que afronta la minería en el país, sobre todo la minería artesanal y de pequeña escala, no ha sido eficiente en las soluciones que ha propuesto para ayudar a superar las barreras de entrada al sistema financiero.

En la actualidad, los esfuerzos del Gobierno, del Ministerio de Minas y de la ANM por garantizar la inclusión financiera del sector minero, han venido en aumento. Ello ha podido evidenciarse a través de los diferentes convenios suscritos con la banca<sup>21</sup>, como estrategia de financiamiento sobre todo durante la época de la pandemia por COVID-19<sup>22</sup>. De igual manera, ha sido ampliamente difundido los diferentes proyectos, seminarios, congresos y eventos celebrados por la autoridad minera con el sector financiero, con el fin de alinear criterios y de fortalecer alianzas que faciliten la prestación del servicio bancario. A pesar de ello, las barreras de entrada siguen existiendo, representando para el minero de a pie, un fuerte desincentivo en sus esfuerzos por ampliar su operación en el marco de la legalidad. Si bien los convenios existen y están vigentes, no han probado ser una solución verdadera a la problemática de la exclusión financiera que sufre el sector minero.

Parte de las razones por las cuales la inclusión financiera sigue siendo una utopía, es la asimetría de la información que maneja el sector bancario. Santiago Avellaneda González indica que el sistema financiero y la banca presentan una importante falla de mercado, la cual no permite que los recursos que en el mercado se ofrecen, se distribuyan de una manera eficiente y adecuada. Este problema radica en una asimetría de información en centrales de riesgo, así como en plataformas institucionales, para poder identificar correctamente los riesgos, los hábitos de pago y capacidad de endeudamiento de las personas, los sectores y las industrias. Esta información no siempre es acertada y en muchos casos es nula<sup>23</sup>.

20 María José Murillo, “Un mundo sin servicios financieros”, *Alliance for Responsible Mining (blog)*, 1 de octubre de 2021, <https://www.responsiblemines.org/2019/08/un-mundo-sin-servicios-financieros-1/>.

21 Un ejemplo de convenio es “*La Línea Especial de Crédito con Tasa Subsidiada LEC Minera*” la cual hace parte de la estrategia de inclusión financiera del sector minero “Generando Confianza en el Sector Minero”, liderada por el Ministerio de Minas y Energía, con el apoyo del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario FINAGRO. Esta línea otorga un subsidio a la tasa de interés a créditos destinados a financiar el capital de trabajo para la extracción minera, (pago de nómina, fortalecimiento de capacidades, adquisición de materias primas, etc.) y la adquisición de infraestructura, maquinaria y equipos para la minería. <https://www.anm.gov.co/?q=peque%C3%B1os-mineros-pueden-contrar-con-una-la-linea-especial-de-credito>, acceso el 11 de noviembre de 2021.

22 Decreto Legislativo 798 de 2020, 4 de junio. *Ministerio de Minas y Energía*.

23 Santiago Avellaneda González, “Inclusión financiera como mecanismo para la reducción de la pobreza en Colombia” (tesis de maestría, Universidad de los Andes): 10, [https://documentodegrado.uniandes.edu.co/visor\\_de\\_tesis/web/?SessionID=L2RvY3VtZW50b3MvMTIzODUucGRm](https://documentodegrado.uniandes.edu.co/visor_de_tesis/web/?SessionID=L2RvY3VtZW50b3MvMTIzODUucGRm).

Debe trabajarse en una base de datos más robusta, que integre la información que reposa en la Agencia Nacional de Minería, en el Ministerio de Minas y Energía, en la Unidad de Planeación Minero energética, en las Corporaciones Autónomas Regionales, en la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y en las Alcaldías Locales, todo lo cual permita contar con información pública y actualizada de los actores que hacen parte del sector minero, que sirva como insumo para los departamentos de cumplimiento de los bancos y que permita realizar estudios de conocimiento del cliente atinados y ajustados a la realidad de los sujetos que pretenden acceder a los servicios financieros.

De igual manera, sería ideal que la Unidad de Análisis Financiero –UIAF– pudiera poner a disposición del sector financiero, las conclusiones arribadas como fruto del ejercicio riguroso y multisectorial que sirvió de insumo para la elaboración del informe de la Evaluación Nacional del Riesgo (ENR)<sup>24</sup> por medio del cual se realizó un ejercicio de estimación semi-cualitativo de los riesgos asociados al LAFT específicos de la industria minera, resaltando las actividades de (i) explotación ilegal de yacimientos mineros, (ii) el uso de maquinaria amarilla para la actividad minera y (iii) la comercialización de metales y piedras preciosas. Todo lo cual sería beneficioso para los bancos, dado que les permitiría comprender los riesgos relacionados a la actividad minera y la mejor forma de evaluar su impacto y mitigarlos.

Según lo establecido previamente, a pesar de los grandes esfuerzos del gobierno por garantizar la inclusión financiera de los actores mineros y por hacer interoperables los sistemas de información institucionales, la asimetría de la información manejada por la banca tradicional respecto de la industria minera en sí, ha conllevado a que, pese a existir leyes, convenios y alianzas de financiamiento entre el Ministerio de Minas y algunos fondos o entidades bancarias, se mantenga la política generalizada de estas últimas de no prestación del servicio.

### **III. Regulación internacional en temas de lavado de activos y financiación al terrorismo –LA/FT–**

Con base en lo expuesto anteriormente y habiendo analizado el contexto sobre el cual se presenta la exclusión financiera que sufren las empresas mineras y las

24 Unidad de Análisis Financiero –UIAF–, “Informe Ejecutivo Evaluación Nacional del Riesgo”. (2019): 6, [https://www.uiaf.gov.co/sistema\\_nacional\\_ala\\_cft/evaluaciones\\_nacionales\\_riesgo/evaluacion\\_nacional\\_riesgo\\_2019](https://www.uiaf.gov.co/sistema_nacional_ala_cft/evaluaciones_nacionales_riesgo/evaluacion_nacional_riesgo_2019).

razones por las cuales las soluciones propuestas por el Gobierno han resultado ineficaces, se procede a continuación a realizar un recuento de la regulación internacional más importante en temas de LA/FT, para denotar la inexistencia de restricciones que le impidan a los bancos la prestación del servicio financiero a los diferentes actores del sector minero.

Según lo determinado por Ángela Toso Milos, *“a través del lavado de activos o blanqueo de capitales se pretende distanciar los fondos de su origen ilícito. Con esta finalidad, quienes cometen dicho delito suelen servirse de los distintos instrumentos que el ordenamiento jurídico ofrece para participar del tráfico mercantil. Es así como, en diversas ocasiones, se ha detectado el empleo de sociedades y otros vehículos corporativos o de inversión, con el objeto de lavar activos. Esto sucede, fundamentalmente, porque quienes adquieren capitales de forma ilícita pretenden que un vehículo corporativo determinado les permita ocultar tanto su identidad como sus verdaderas actividades y el origen de los fondos con los que operan”*<sup>25</sup>.

Es debido a la proliferación de este tipo de actividades delictivas que la comunidad internacional se ha visto obligada a compilar e instituir reglas internacionales, que sirvan de referencia y marco jurídico para las diferentes jurisdicciones del mundo en su lucha para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Parte de dicha regulación se enumera a continuación:

- La Convención de Viena de 1988: Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas<sup>26</sup>.
- El Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999<sup>27</sup>.
- Convención de Palermo de 2000: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada<sup>28</sup>.
- Convención de Mérida de 2003: Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>29</sup>.

25 Ángela Toso Milos, “El deber de identificar al beneficiario final en las sociedades: Algunas dificultades relacionadas con el alcance, implementación y efectividad de esta nueva medida de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo”. *Revista Ius et Praxis* 25, n.º 2 (2019): 300.

26 Aprobada por Colombia a través de la Ley 67 de 1993 declarada exequible mediante Sentencia C-176 de 1994.

27 Aprobada por Colombia a través de la Ley 808 de 2003, declarada exequible mediante Sentencia C-037 de 2004.

28 Aprobada por Colombia a través de la Ley 800 de 2003, declarada exequible mediante Sentencia C-962 de 2003.

29 Aprobada por Colombia a través de la Ley 970 de 2005, declarada exequible mediante Sentencia C-172 de 2006.

Adicional a dichas disposiciones, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha establecido unas recomendaciones en relación a la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, así como otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. Estas recomendaciones no incluyen prohibiciones o restricciones expresas que impidan la prestación del servicio financiero al sector minero<sup>30</sup>.

El GAFI por el contrario, ha entendido que el enfoque basado en el riesgo (EBR) (en inglés, risk-based approach) es el más adecuado para enfrentar la prevención del LA/FT, ya que permite equilibrar los diversos intereses que están en juego, alcanzando una mayor eficiencia a través del empleo de los recursos de los bancos en aquellos supuestos especialmente vulnerables al LA/FT<sup>31</sup>.

Las medidas de debida diligencia deben encuadrarse en el enfoque basado en el riesgo, para que la entidad financiera determine la formulación de políticas de debida diligencia diferenciadas (“simplificadas”, “normales”, y “reforzadas”) dependiendo del riesgo de LA/FT que representa el cliente u operación que se trata. De modo que, si bien las medidas de debida diligencia deben aplicarse a todos los clientes, hay casos en que es necesario contar con procedimientos más rigurosos de recopilación y verificación de sus antecedentes. Al contrario, habrá otros supuestos en que el riesgo es menor y no será imperioso aplicar procedimientos tan estrictos<sup>32</sup>.

En el caso de la minería, la clave está en generar políticas de debida diligencia diferenciada, que se ajusten a las necesidades concretas de la cadena de suministro específica de cada mineral, entendiendo el funcionamiento y la interrelación de los diferentes actores de la cadena, así como la verificación de la información en bases de datos confiables y verificables.

Ello debido a que cada cadena de valor, contiene variaciones importantes respecto de la forma de extracción del mineral (subterráneo o a cielo abierto), el relacionamiento con el medio ambiente, la ubicación geográfica, los mecanismos de transformación y comercialización del mineral, la distribución, exportación, etc, lo cual hace imposible estandarizar un único sistema de gestión y administración de riesgos para toda la industria minera.

30 Louis Koker, “The 2012 Revised FATF Recommendations: Assessing and Mitigating Mobile Money Integrity Risks within the New Standards Framework (October 1, 2013)”. *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 8, n.º 3 (2013): 165, <https://ssrn.com/abstract=2639462>.

31 Grupo de Acción Financiera Internacional, “The FATF Recommendations”. (2014.a): 6, <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

32 Grupo de Acción Financiera Internacional, “The FATF Recommendations”. (2007): 9, <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

En línea con lo anterior, existen de igual forma normas y marcos metodológicos internacionalmente aceptados, creados por la comunidad de naciones y enfocados en gestión y administración de riesgos de LA/FT, los cuales recomiendan pautas y acciones efectivas para la prevención de riesgos y que pueden ser implementadas en corporaciones de cualquier sector o de cualquier industria.

La norma internacional ISO 31000, por ejemplo, creada por la Organización Internacional de Normalización –ISO–, proporciona principios y directrices genéricas e internacionalmente aceptadas de la gestión de riesgos las cuales pueden ser aplicadas en cualquier ámbito. La gestión del riesgo en ese sentido, se basa en la aplicación sistemática de políticas, procedimientos y prácticas a las actividades de comunicación y consulta, establecimiento del contexto y evaluación, tratamiento, seguimiento, revisión, registro e informe del riesgo<sup>33</sup>. Esta norma al ser internacionalmente aceptada por 262 países miembros, sirve como base para la construcción de modelos de gestión de riesgos seguros, confiables y de alta calidad. Su aplicación en ese sentido, se hace viable para cualquier tipo de corporación, incluida aquellas del sector minero.

Las corporaciones y empresas interesadas en aplicar estas políticas o marcos metodológicos internacionalmente aceptados, pueden hacerlo descargando la regulación de su página web y contratando personal capacitado para la implementación del modelo al interior de la compañía. En Colombia, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero exige que el SARLAFT implementado por las entidades vigiladas se encuentre en consonancia con los estándares internacionales sobre la materia<sup>34</sup>, por lo que es común que los oficiales de cumplimiento de los bancos exijan la implementación de estas normas sobre todo en las industrias con alta exposición al riesgo.

Contar con certificación internacional en el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, así como políticas que definan los lineamientos para reducir la posibilidad de que la industria minera –en ejecución de sus operaciones– sea inadvertidamente utilizada directa o indirectamente como instrumento para ocultar, gestionar, invertir o usar cualquier forma de dinero y otros activos derivados de actividades ilícitas, contribuye a sentar las bases para la celebración de contratos bancarios entre la industria minera y el sector financiero.

33 Norma Internacional ISO 31000. Segunda edición (2018-02): 10.

34 Literal e, numeral 2 del artículo 102 del EOSF.

Con fundamento en lo anterior, se concluye entonces que la regulación internacional en materia de LA/FT no ha establecido prohibiciones o restricciones expresas que impidan la prestación del servicio financiero al sector minero. Por el contrario, los reguladores y autoridades en la materia a nivel internacional han entendido que el enfoque basado en el riesgo (EBR), es el más adecuado para enfrentar la prevención del LA/FT, sobre todo en aquellos sectores o industrias con alta exposición al riesgo.

Las medidas de debida diligencia, en ese sentido deben encuadrarse en el enfoque basado en el riesgo, para que los bancos determinen la formulación de políticas de debida diligencia diferenciadas (“simplificadas”, “normales”, y “reforzadas”) dependiendo del riesgo de LA/FT que representa el cliente u operación particular.

#### **IV. Regulación colombiana en materia de LA/FT ¿existe alguna restricción que impida la prestación de servicios financieros al sector minero?**

Puesto que en el capítulo anterior establecimos la inexistencia de restricciones expresas en la regulación internacional, que impidan la prestación del servicio financiero al sector minero, procede a continuación el análisis respectivo tomando como base la regulación nacional, con el fin de comprobar si la política de *De-risking* generalmente adoptada por los bancos en Colombia tiene su fundamento en causas legales.

Colombia, como país miembro del GAFI y el GAFISUD<sup>35</sup>, ha venido adoptando desde hace varios años, las medidas internacionales más emblemáticas en materia de LA/FT. Ello ha permitido la configuración de un marco legal nacional que aborda y tipifica estas conductas delictivas, dentro del cual podemos encontrar: la Ley 190 de 1995 (estatuto anticorrupción) y la Ley 333 de 1996<sup>36</sup> “*por medio de la cual se establecen normas para la extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita*”. En 1999, mediante la Ley 526<sup>37</sup>, se crea la Unidad de Información

35 Sigla para “El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica”. una organización intergubernamental de base regional, que promueve la implementación y mejora continua de políticas para combatir el lavado de activos (LA) y el financiamiento del terrorismo (FT). Tomado de [https://www.uaf.cl/asuntos/gafisud.aspx#:~:text=El%20Grupo%20de%20Acci%C3%B3n%20Financiera,financiamiento%20del%20terrorismo%20\(FT\).](https://www.uaf.cl/asuntos/gafisud.aspx#:~:text=El%20Grupo%20de%20Acci%C3%B3n%20Financiera,financiamiento%20del%20terrorismo%20(FT).)

36 Ley 333 de 1996, 19 de diciembre. *Diario Oficial* No. 42.945.

37 Ley 526 de 1999. 12 de agosto. *Diario Oficial* 43.667.

y Análisis financiero –UIAF–, el órgano de inteligencia financiera del país, cuyo fin es prevenir, detectar y luchar contra el LA/FT. En el año 2002, a través de la Ley 793<sup>38</sup>, el gobierno toma la determinación de derogar la Ley 333 de 1996 con el fin de crear un nuevo régimen sobre la extinción de dominio en el país; posteriormente en el 2006 se expide la Ley 1121<sup>39</sup>, “por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”<sup>40</sup>. Más adelante, en el año 2009, a través de la Ley 1186 (declarada exequible mediante la sentencia C-685 de 2009) se aprobó el Memorando de entendimiento entre los gobiernos de los estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el lavado de activos (GAFISUD).

Todo lo cual resume en pocas líneas, la regulación existente más importante del país en temas de LA/FT.

Como evidenciábamos previamente, dicha regulación ha permitido la constitución de unidades administrativas especiales como la UIAF, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como entes de control tales como la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objetivo –entre otros– es la prevención y detección de operaciones que 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 destinadas a su financiamiento.

La ley 526 de 1999 y la Ley 1121 de 2006 asignaron de manera expresa a la UIAF, funciones de intervención en todos los sectores de la economía nacional, entre ellas la minería.

En virtud de esta facultad, la UIAF por medio de la Resolución 363 del 18 de noviembre de 2008, impone a las empresas exportadoras y/o importadoras de oro, las casas fundidoras de oro y a las sociedades de comercialización internacional que dentro de su actividad económica tengan la comercialización de oro y/o realicen operaciones de exportación y/o importación de oro, el deber de reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)<sup>41</sup>.

Es decir, la UIAF entendiendo que la actividad de las empresas exportadoras y/o importadoras de oro, las hace especialmente vulnerables al riesgo de LA/FT,

38 Ley 793 de 2002. 27 de diciembre. *Diario Oficial* 45.046.

39 Ley 1121 de 2006. 29 de diciembre. *Diario Oficial* 46.497.

40 Gladys Yaneth Mariño Becerra *et al.*, “Determinantes en la prevención del riesgo para el lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) en el sector real”. *Ad-minister*, n.º 25 (2014): 7.

41 Resolución 363 de 2008, 18 de noviembre. *Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF–*.

les impone la obligación de reportar operaciones sospechosas, conforme lo establecido por la recomendación 16 del GAFI.

Con el fin de estrechar lazos con el sector minero, la UIAF y la Agencia Nacional de Minería suscribieron el 11 de enero de 2022, un convenio de cooperación con el fin de detectar y prevenir en el sector minero, prácticas asociadas con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Bajo esa perspectiva, la ANM permitirá a la UIAF consultar las bases de datos de titulares y comercializadores mineros en tiempo real y proveerá los recursos humanos y técnicos necesarios para capacitar a los funcionarios de la UIAF en la interpretación y el manejo de la información requerida para lograr prevenir y detectar irregularidades financieras en el sector<sup>42</sup>. Actualmente, en la fecha de publicación de este trabajo de investigación, el convenio aún no ha sido implementado, siendo por ahora imposible medir su alcance o su influencia en la problemática previamente planteada.

Por otro lado, la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en las facultades legales de supervisión que le corresponden, en especial aquellas previstas en el numeral 34 del artículo 8° del Decreto 1736 de 2020 “*Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades*”, expide la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, la cual incluye al sector de comercialización de metales y piedras preciosas, como nuevo sujeto obligado a la implementación de SAGRILAF<sup>43</sup>, estableciendo dos tipos de regímenes de acuerdo al nivel de ingresos y activos de dichas sociedades<sup>44</sup>.

Bajo dicha medida, la Superintendencia le exige a este sector, la implementación de un mecanismo interno especial de prevención de actos de corrupción, al igual que un mecanismo de gestión para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, y de financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, el cual no implica restricción o limitación alguna a la actividad, sólo la obligación de reportar operaciones sospechas y de acuñar un SAGRILAF especializado acorde a la actividad.

Adicional a lo anterior, por medio de la Circular Externa 100-000004 del 19 de abril de 2021, la Superintendencia establece las reglas de debida diligencia

42 “ANM y UIAF firman acuerdo de cooperación para prevenir y detectar prácticas asociadas al lavado de activos”, *Unidad de Información y Análisis Financiero*, acceso el 01 de febrero de 2022, [https://www.uiaf.gov.co/sala\\_prensa/noticias\\_comunicados/anm\\_uiaf\\_firman\\_acuerdo\\_cooperacion](https://www.uiaf.gov.co/sala_prensa/noticias_comunicados/anm_uiaf_firman_acuerdo_cooperacion).

43 Sigla para Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Este sistema es aplicado exclusivamente por el sector real y su ente regulador es la Superintendencia de Sociedades.

44 Circular Externa 000016 de 2020, 24 de diciembre. *Superintendencia de Sociedades*.

intensificada, a través de la cual se le exige a las sociedades un conocimiento avanzado de la contraparte y su Beneficiario Final<sup>45</sup>.

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia, al ser también un ente de control en materia de gestión y administración de riesgos, a través de la Circular Externa 027 de 2020, establece instrucciones relativas a la Administración del Riesgo de LA/FT, especificando las reglas especiales de transferencias de dinero que los sujetos deben cumplir a nivel nacional e internacional. Dicha nueva versión del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación al Terrorismo (SARLAFT), se conoce como el SARLAFT 4.0, el cual crea un espacio adecuado para avanzar en innovación y profundizar la inclusión financiera mediante la promoción de nuevos mecanismos tecnológicos<sup>46</sup>.

La Superintendencia Financiera de Colombia, en ese sentido, promueve a través del SARLAFT 4.0 que las entidades sometidas a su vigilancia, establezcan procedimientos aplicables para la adecuada implementación y funcionamiento de los elementos y las etapas del SARLAFT. Dentro de los mecanismos propuestos, hace énfasis en los siguientes ítems:

- Conocimiento del cliente
- Conocimiento del mercado
- Identificación y análisis de operaciones inusuales y,
- Determinación y reporte de operaciones sospechosas

En los casos en que el perfil de riesgo del potencial cliente esté calificado por las entidades como de alto riesgo, la Superintendencia Financiera propone a través del artículo 4.2.2.2.1.1.3.4 que las entidades empleen medidas intensificadas para obtener la información necesaria del potencial cliente para adelantar una adecuada y efectiva gestión del riesgo de LA/FT. Dichas medidas intensificadas pueden comprender, para personas naturales, (i) obtener información adicional acerca del origen de sus bienes y/o fondos, su patrimonio y sus relaciones contractuales con otras entidades vigiladas; (ii) realizar una entrevista y/o visita; y por último, (iii) efectuar una revisión en bases de datos de entidades públicas. En lo que tiene que ver con personas jurídicas, las medidas son (i) obtener información adicional acerca del origen de los recursos, patrimonio, relaciones contractuales con otras entidades vigiladas, nombre de clientes y nombre de proveedores; (ii) revisar

45 Circular Externa 100-000004 de 2021, 9 de abril. *Superintendencia de Sociedades*.

46 Circular Externa 027 de 2020, 02 de septiembre. *Superintendencia Financiera de Colombia*.

los estados financieros, (iii) realizar una entrevista y/o visita; (iv) identificar a los administradores del potencial cliente en los términos del art. 22 de la Ley 222 de 1995; o (v) efectuar una revisión en bases de datos de entidades públicas, así como cualquier otra medida intensificada que sea eficaz y proporcional a los riesgos identificados por la entidad.

Bajo esa perspectiva, la legislación nacional así como la regulación impartida por las unidades administrativas y entes de control del país, coinciden en la inexistencia de restricciones, que impidan la prestación del servicio financiero al sector minero. Dicha actividad requiere de la implementación de una adecuada y efectiva gestión del riesgo de LA/FT aplicada de manera específica al sector considerado de alto riesgo, todo lo cual se alinea con las disposiciones internacionales existentes sobre el particular.

#### **4.1. Análisis jurisprudencial. Derecho al acceso financiero como un servicio público versus el principio de autonomía empresarial**

Habiendo establecido la inexistencia de restricciones para la prestación del servicio bancario al sector minero, procederemos ahora a exponer a través del análisis jurisprudencial, las sentencias más emblemáticas de las altas Cortes, donde se haya ponderado el derecho al acceso financiero como un servicio público versus el principio de autonomía empresarial concedido a las entidades bancarias para definir a quién le prestan o niegan el servicio. Este análisis nos permitirá entender la pugna actual que existe entre bancos y mineros, unos reclamando el derecho que tienen a escoger a sus clientes y otros aduciendo que el servicio financiero al ser público, debe ser garantizado de manera obligatoria; lo cual nos llevará a dilucidar si, pese a que –como fue explicado a lo largo de este trabajo de investigación– en la realidad no existe realmente una prohibición legal que impida la prestación del servicio financiero a los actores mineros, es el derecho a la autonomía privada que tienen los bancos, el que les brinda un margen de acción constitucionalmente aceptado, para seguir negando el servicio.

Sobre el particular es necesario mencionar que si bien la Superintendencia Financiera, es la encargada de brindar protección de forma preventiva y oportuna al consumidor financiero, tiene capacidades limitadas. De acuerdo a lo establecido por Murillo, “(...) dentro del marco de competencias funcionales asignadas a la Superintendencia Financiera de Colombia consagradas en la Ley 1328 de 2009, no se

encuentra la de ordenar a las Entidades Vigiladas a establecer, mantener y/o cancelar vínculos comerciales o contractuales de tipo financiero, bursátil o asegurador con determinadas personas, teniendo libertad para escoger y decidir con cuál de ellas entablan relaciones comerciales. De acuerdo a lo anterior, siempre y cuando la entidad financiera presente las causas objetivas de su decisión tiene el derecho y el deber de negar el servicio”<sup>47</sup>.

La línea jurisprudencial relacionada con la pugna entre estos derechos se encuentra recogida en las siguientes sentencias: (i) Sentencia T-443/92<sup>48</sup>, primera providencia que enmarca la actividad bancaria como un servicio público al considerarla de interés general; (ii) a través de sentencia T-025 de 1995<sup>49</sup>, se plantea la posibilidad de que las acciones de tutela puedan ser interpuestas contra entidades bancarias. La viabilidad de dicho actuar es sustentada en el hecho de que la entidad financiera presta un servicio de carácter público. Si bien el debate abordado en la sentencia es interesante, la Corte omite resolver la pregunta de fondo guardando silencio sobre ese punto en particular. (iii) Posteriormente, el Magistrado Alejandro Martínez Caballero a través de sentencia T-099 de 1997<sup>50</sup>, considera que la actividad bancaria no es un servicio público, lo cual entra en tensión con la postura sentada en 1992. (iv) Por último, a través de sentencia SU-157 de 1999<sup>51</sup> (producida en conjunto con las sentencias SU-166-99<sup>52</sup> y SU-167-99<sup>53</sup>), la Corte unifica criterios indicando la procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias, al considerar su actividad como un servicio público que debe prestarse de manera general, permanente y en condiciones de igualdad. Se establece el derecho constitucional de acceder al sistema financiero fundamentado en el derecho a la igualdad, el derecho a la personalidad jurídica y a ejercer los atributos de la personalidad.

47 María José Murillo, “Un mundo sin servicios financieros”. *Alliance for Responsible Mining (blog)*, 1 de octubre de 2021, <https://www.responsiblemines.org/2019/08/un-mundo-sin-servicios-financieros-1/>.

48 Sentencia T-443 de 1992, 6 de julio. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. *Corte Constitucional de Colombia*.

49 Sentencia T-025 de 1995, 1 de febrero. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. *Corte Constitucional de Colombia*.

50 Sentencia T-099 de 1997, 4 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

51 Sentencia SU-157 de 1999, 10 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

52 Sentencia SU-166 de 1999, 17 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

53 Sentencia SU-167 de 1999, 17 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

La capacidad de goce y ejercicio de las personas en este caso, depende del acceso al sistema financiero, con lo cual este es asimilado a un derecho fundamental. Posteriormente, a través de sentencias T-587 de 2003<sup>54</sup> y T-520 de 2003<sup>55</sup>, se confirma la postura sentada, relacionada con la procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias, por tratarse de un servicio de carácter público e introduce la exigencia de que el accionante se encuentre en una situación de indefensión.

Ahora bien, el principio de autonomía empresarial por su parte, es un principio restringido y así lo ha sostenido tanto la Corte Constitucional, en Sentencia SU 157 de 1999, como la Ley 1328 de 2009. La autonomía de la voluntad privada en tratándose de la actividad bancaria, se encuentra limitada principalmente en atención al interés público que involucra esa actividad y al respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales del cliente, los cuales se consideran transgredidos cuando ocurre un bloqueo financiero injustificado, y éste de conformidad con la jurisprudencia, sucede cuando se presentan las siguientes condiciones:

*“b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero...”*

*b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca...”*

*b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público...”*

*b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión (...)”<sup>56</sup>.*

Con base en el texto citado previamente, es claro que el principio de autonomía privada puede ser perfectamente invocado por los bancos en respuesta a las tutelas instauradas por clientes del sector minero que consideren vulnerado su derecho de acceder al sistema financiero. Para que la tutela no prospere, simplemente

54 Sentencia T-587 de 2003, 17 de julio. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Corte Constitucional de Colombia*.

55 Sentencia T-520 de 2003, 26 de junio. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. *Corte Constitucional de Colombia*.

56 Sentencia SU-157 de 1999, 10 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

el banco debe demostrar que no se configuran las causales planteadas jurisprudencialmente, utilizando sobre todo el argumento B4 en el sentido de argüir que la decisión de no prestar el servicio se basa en causas objetivas, debido a que hacen parte de las políticas de cumplimiento internas implementadas por la entidad.

En conclusión, si bien en Colombia no existen restricciones a nivel regulatorio que impidan o prohíban la prestación de servicios bancarios a los actores del sector minero, sí se le concede libertad a las entidades financieras para escoger y decidir con qué cliente entablan relaciones comerciales. Es así como, siempre que la entidad financiera presente las causas objetivas de su decisión, cuenta con la facultad para negar el servicio.

Sobre el particular y como fue evidenciado en este capítulo, hay variada jurisprudencia que ha estudiado los alcances de la noción del servicio financiero como un servicio de carácter público, estableciendo los límites a la facultad discrecional concedida a los bancos para entablar relaciones comerciales. Sin embargo, se hace necesario que las altas Cortes determinen con mayor claridad lo que puede ser argüido como causas objetivas para el rechazo del servicio, determinando que dichas causas no puedan enmarcarse en la simple pertenencia que tenga el sujeto al sector minero. Ello abrirá el camino a que exista una verdadera inclusión financiera, tal como pasaremos a ver a continuación.

## V. “De-risking” una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de LA/FT

Angela Toso Milos ha señalado que en determinadas ocasiones, los bancos han decidido evitar o terminar relaciones de negocio con ciertas categorías de clientes en función del riesgo de LA/FT que dichos vínculos representan. Este fenómeno conocido, en inglés, como “*de-risking*”, ha sido definido como aquel “...*proceso en el cual las instituciones financieras abandonan o reducen significativamente ciertas líneas de negocio para evitar riesgos regulatorios y de cumplimiento*”, e implica una opción deliberada de bancos, en el sentido de evadir los riesgos de LA/FT, en lugar de gestionarlos<sup>57</sup>.

57 Angela Toso Milos, “De-risking una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención de lavado de activos y financiación al terrorismo”. *Revista Chilena de Derecho* 47, n.º 1 (2020): 3.

Según Kale Johannes Rose, cuando las instituciones financieras optan por terminar sus relaciones con clientes de alto riesgo, estos clientes tienen que encontrar otra institución financiera para incorporar sus actividades o salir de las instituciones financieras reguladas para encontrar el apoyo necesario para su negocio. Las instituciones financieras que aceptan este tipo de clientes suelen ser más pequeñas y tener menos recursos en términos de cumplimiento contra el lavado de dinero. Cuando los clientes utilizan instituciones financieras menos estrictas o con menos recursos, aumenta el riesgo de lavado de dinero<sup>58</sup>.

Los actores mineros se han visto abocados a buscar mecanismos alternativos que les permita monetizar divisas y cerrar canales cambiarios. Dentro de los mecanismos utilizados en la actualidad por personas jurídicas se encuentra (i) el arbitraje de divisas, (ii) el factoring, (iii) la celebración de contratos de suministro de activos intangibles (cryptoactivos), entre otros mecanismos, que –aunque poco ortodoxos y costosos– han demostrado ser efectivos para alcanzar el objetivo deseado de monetización pero no de cierre de canal cambiario sobre todo en los casos de exportación del mineral. Si bien dichos mecanismos han demostrado un grado de efectividad importante, no garantizan la mitigación del riesgo de LA/FT y no presentan rutas claras para la estructuración de un modelo de negocio que responda a las necesidades concretas de la industria minera. Es por esta razón que se debe apostar por la implementación de sistemas de gestión de riesgos especializados que puedan ser aplicados en entidades financieras tradicionales y no tradicionales.

Según Ángela Toso Milos, el enfoque basado en el riesgo no busca que los bancos desvinculen ciertas categorías de clientes de manera arbitraria, sino que se consideren el nivel de riesgo asociado a cada uno de ellos en particular. Los bancos están llamados a rechazar la prestación del servicio y a terminar relaciones comerciales con clientes, únicamente cuando así lo ameriten en el marco de la prevención del LA/FT, y ello sobre la base de un análisis efectuado de manera individual respecto de cada cliente y operación, y sólo cuando los riesgos de LA/FT no puedan ser debidamente mitigados<sup>59</sup>.

Contar con una metodología de mitigación de riesgo en prevención de lavado de activos constituye un instrumento que permite el conocimiento del cliente, el mercado, la capacitación del personal, y la aplicación de las normas de prevención

58 Kalle Johannes Rose, “De-risking or recontracting –the risk dilemma of EU money laundering regulation”. *The Journal of Risk Finance* 21, n.º 4 (2020):450.

59 Angela Toso Milos, “De-risking una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención de lavado de activos y financiación al terrorismo”. *Revista Chilena de Derecho* 47, n.º 1 (2020): 7.

de lavado de activos como política empresarial. Dicha metodología implica que las entidades del sistema financiero apliquen las normas respectivas de su país y, adicionalmente, empleen recursos propios en identificar sus propios riesgos, estableciendo mecanismos que les permitan la oportuna detección de transacciones que representen un riesgo de lavado<sup>60</sup>.

La argumentación precedente pretende evidenciar cómo en opinión de varios expertos, la política de *De-Risking* implementada por los bancos, es indeseada, primeramente debido a que excluye a determinado tipo de actores justificando las razones, en su pertenencia a un tipo de sector de alta exposición al riesgo; segundo, debido a que se trata de una decisión que carece de sustento normativo y va en contravía de las políticas y recomendaciones dadas por el (GAFI/FATF) y reguladores internacionales, los cuales —como ya hemos visto— proponen que, en los casos de actores con alta exposición al riesgo, se opte por metodologías de mitigación de riesgo y prevención de LA/FT y por políticas de debida diligencia reforzadas y diferenciadas, y no por la negación del servicio; y tercero, porque con dicho actuar se vulnera la noción del servicio financiero como un servicio de carácter público, lo cual —como vimos también— es un derecho protegido constitucionalmente.

Siendo este el escenario, la solución que se vislumbra para evitar el *De-risking*, es que los bancos en Colombia —en tratándose de clientes mineros— implementen un SARLAFT enfocado en minería, el cual entienda el funcionamiento de la actividad e identifique los riesgos con base en un modelo basado en matrices detalladas que den cuenta de las relaciones de los actores de la cadena, así como de las operaciones y procesos generados con el fin de automatizarlos y replicarlos a nivel nacional, y de un protocolo de dosimetría para el cálculo de riesgos especializado en el sector minero, que permita graduar la gravedad de los riesgos con el fin de que las entidades financieras basen de manera objetiva las decisiones sobre la prestación o negación del servicio, sin incurrir en arbitrariedades.

## VI. Una propuesta de modelo SARLAFT enfocado en minería

Habiendo ya establecido que la política de *De-risking* usualmente adoptada por los bancos en relación con el sector minero, no tiene un fundamento jurídico válido,

60 Antonio de la Haza Barrantes *et al.*, “Ni dejar hacer ni dejar pasar: el compromiso de las instituciones bancarias peruanas frente al lavado de activos a través de la implementación de una metodología por riesgo”. *Derecho PUCP*, n.º 80 (2018): 327-328.

se procede a continuación a proponer un sistema de gestión de riesgos especializado en minería, el cual permita identificar los riesgos más relevantes del sector con base en el análisis de la cadena de suministro del oro, ello con el fin de fortalecer los procesos de debida diligencia interna de los bancos y la estandarización de mecanismos que faciliten la mitigación de los riesgos asociados con la minería y la efectiva prestación del servicio financiero.

Para lo anterior, como se mencionaba en el capítulo previo, el SARLAFT propuesto debe ir acompañado de un modelo de identificación de riesgos basado en matrices detalladas que den cuenta de las relaciones de los actores de la cadena, así como de las operaciones y procesos generados con el fin de automatizarlos y replicarlos a nivel nacional. Teniendo esto en mente, procederemos en este capítulo a determinar los elementos más importantes que debe contener un SARLAFT especializado en minería, todo ello respaldado por las disposiciones del SARLAFT 4.0 expedido por la Superintendencia Financiera en septiembre del año 2020, así como las disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero.

Conforme lo establecido en la Circular Externa 027 de 2020 (en adelante, C.E 027), en su Parte I, título IV, capítulo IV, de la Superintendencia Financiera de Colombia, el SARLAFT es la sigla utilizada para referirse al Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, mecanismo utilizado para prevenir que las entidades vigiladas sean utilizadas para: (i) dar apariencia de legalidad a activos provenientes de actividades delictivas y (ii) la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas.

Las etapas del SARLAFT, de acuerdo a lo determinado en la C.E 027 son cuatro, (i) la etapa de identificación, (ii) de medición o evaluación, (iii) de control y (iv) de monitoreo. Pasaremos a revisarlas una por una, con el fin de efectuar las recomendaciones de rigor que correspondan en relación con su aplicación al sector minero en específico.

## 6.1. Etapa de identificación

La etapa de identificación, según lo anotado por la SFC<sup>61</sup>, debe permitir a la entidad identificar la totalidad de los riesgos de LA/FT inherentes al desarrollo de su actividad, teniendo en cuenta los factores de riesgo contemplados en la misma Circular.

61 Artículo 4.1 Parte I, título IV, capítulo IV de la Circular Externa 027 de 2020.

La SFC recomienda que esta etapa se realice de manera previa (a) al lanzamiento o uso de cualquier producto, al uso de nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos canales de prestación de servicios, y el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos nuevos o existentes; (b) la modificación de las características del producto; (c) la incursión en un nuevo mercado; (d) la apertura de operaciones en nuevas jurisdicciones, y (e) al lanzamiento o modificación de los canales de distribución.

En pro de identificar los riesgos de LA/FT, las entidades deben como mínimo:

- Establecer metodologías para la segmentación de los factores de riesgo y segmentar los factores de riesgo conforme a dichas metodologías.
- Establecer metodologías para la identificación del riesgo de LA/FT y sus riesgos asociados respecto de cada uno de los factores de riesgo segmentados, teniendo en cuenta el contexto interno y externo de la entidad vigilada.
- Con base en las metodologías establecidas en desarrollo del numeral anterior, identificar las formas a través de las cuales se puede presentar el riesgo de LA/FT, atendiendo las variables consideradas para cada uno de los factores de riesgo.

### **6.1.1. ¿Cómo aplicar adecuadamente la etapa de identificación de riesgos enfocada en clientes que hacen parte del sector aurífero?**

En primera medida, la entidad financiera debe comprender cómo funciona la industria minera, y la manera en que se encuentra conformada la cadena de suministro del mineral, para que a partir de allí, sea viable identificar los factores de riesgo así como los riesgos asociados a la actividad.

Una vez los factores de riesgo son identificados, se segmentan conforme el tipo de actor de que se trate.

- Dentro de la minería formal encontramos los beneficiarios reconocidos por la ley 685 de 2001 (Código de Minas). Para el caso del sector aurífero se trata de los titulares mineros, aquellos que cuentan con contratos de concesión vigentes.
- Otro tipo de actor son los proveedores de bienes y servicios mineros, quienes suelen celebrar contratos de proveeduría con los titulares y

beneficiarios reconocidos y sus actividades pueden ser variadas de acuerdo al tipo de servicio que preste (En el diagrama No. 1 se identifican los servicios más comunes)

- Posteriormente encontramos la Minería Artesanal y de Pequeña Escala (MAPE), la cual está conformada por (i) los subcontratos de formalización, (ii) los contratos de operación, (iii) los beneficiarios de área de reserva especial, (iv) los barequeros y (v) los chatarreros.

Adicional a lo anterior, los factores de riesgo se segmentan conforme a los eslabones de la cadena de suministro del oro. Hablamos de:

- **Desarrollo minero primario.** Relacionada con la etapa del título minero en el cual se encuentre la operación, y que se extiende desde que el interesado efectúa la solicitud del contrato ante la ANM y cubre el periodo de exploración y explotación del mineral.
- **Transformación.** Que puede bien ser interna o externa a través de plantas de beneficio, donde se procese el oro extraído.
- **Comercialización.** Etapa en la cual se realiza de forma regular la actividad de compra y venta del mineral con el fin de distribuirlo, exportarlo o consumirlo según sea el caso. Dicha comercialización podrá ser local o urbana, dependiendo si se efectúa en la cabecera municipal dónde se encuentre ubicado el título minero o si se hace en un centro urbano o directamente con una comercializadora internacional en zona franca o fuera de zona franca. En la mayoría de los casos el eslabón final de la cadena de suministro del oro son las refinadoras internacionales, quienes le venden el oro a las Joyerías, las industrias o a los Bancos Centrales.

La segmentación de los factores de riesgo, previamente descritos, fue diagramada por el abogado Idolfo Romero Rodríguez, quien a partir de su identificación ha resaltado los elementos de mayor impacto en la cadena y que tienen mayor riesgo de LA/FT en su ocurrencia. Dichos elementos pueden evidenciarse en color rojo en el diagrama expuesto a continuación<sup>62</sup>.

62 Idolfo Romero Rodríguez, "Diagrama Cadena de Suministro de Oro". *Romero Consultores Asociados S.A.S*, (2020).

# CADENA DE SUMINISTRO ORO

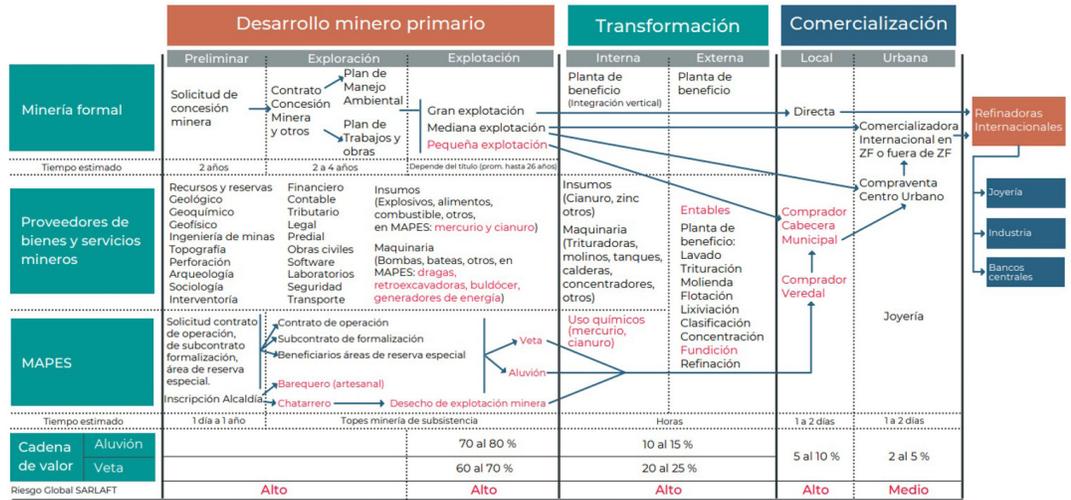


Diagrama 1. Cadena de Suministro de oro.

Fuente: Idolfo Romero Rodríguez. *Romero Consultores Asociados S.A.S* (2020).

Como conclusión, se recomienda que la entidad financiera proceda a desarrollar la etapa de identificación, atendiendo al reconocimiento del tipo de cliente, conforme se trate de un minero formal, de un proveedor de bienes y servicios o de un minero artesanal. Posteriormente, para una adecuada identificación de riesgos, se recomienda diagramar el eslabón o eslabones de la cadena de suministro del mineral en el cual la operación del cliente se desarrolla, con el fin de abordar de manera específica la metodología para la mitigación de dichos riesgos.

En segunda medida, y con base en lo recomendado por la Superintendencia Financiera a través del artículo 4.2.2.2.1<sup>63</sup>, las entidades vigiladas pueden complementar sus procedimientos de conocimiento del cliente, con los datos e información de fuentes confiables e independientes, ya bien sea bases de datos públicos, de prestadores de servicios ciudadanos digitales, bases de datos propias y/o de bases de datos externas, que les ayude a perfilar acertadamente al cliente.

Lo ideal en este punto, sería que la ANM pusiera a disposición del sector financiero una base de datos robusta, que integre la información que reposa en la Agencia Nacional de Minería, en el Ministerio de Minas y Energía, en la Unidad de Planeación Minero energética, en las Corporaciones Autónomas Regionales, en la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y en las Alcaldías Locales, todo lo cual permita contar con información pública y actualizada de los actores

63 Artículo 4.2.2.2.1 Parte I, título IV, capítulo IV de la Circular Externa 027 de 2020.

que hacen parte del sector minero, que sirva como insumo para los departamentos de cumplimiento de los bancos y que permita realizar estudios de conocimiento del cliente atinados y ajustados a la realidad de los sujetos que pretenden acceder a los servicios financieros.

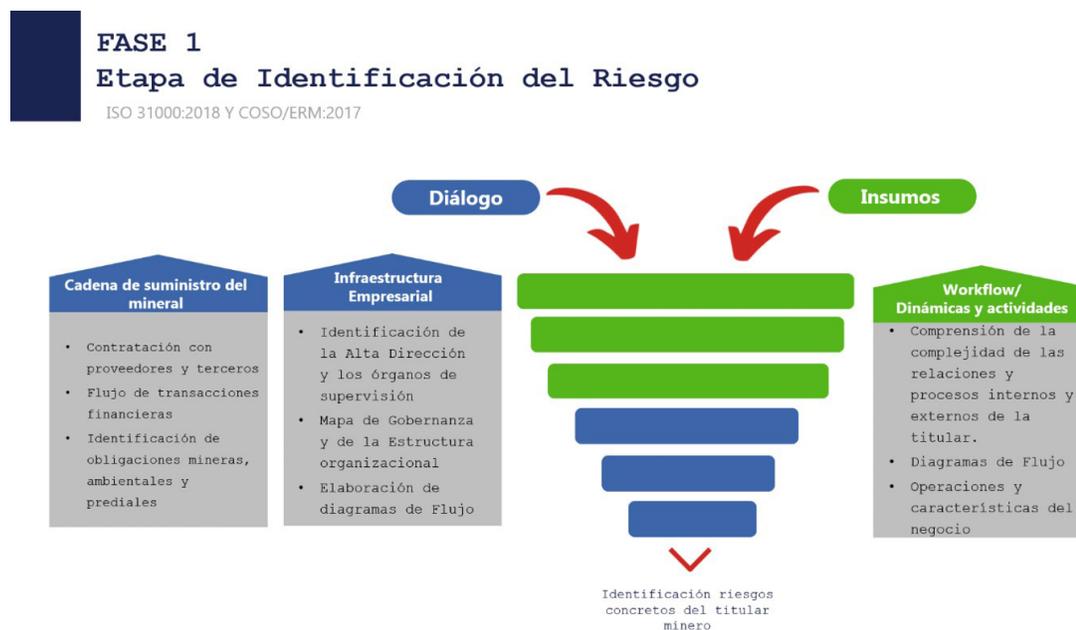


Diagrama 2. Etapa de Identificación.

Fuente: elaboración propia.

## 6.2. Etapa de medición o evaluación.

Una vez culminada la etapa de identificación, las entidades vigiladas deben proceder a medir la probabilidad de ocurrencia del riesgo inherente de LA/FT frente a cada uno de los factores de riesgo, así como el impacto que resulte en caso de materializarse alguno de estos, mediante los riesgos asociados. Estas mediciones, según lo establecido por la Superintendencia Financiera, podrán ser de carácter cualitativo o cuantitativo.

En ese sentido, en esta etapa las entidades deben estar en capacidad de establecer el perfil de riesgo inherente de LA/FT de la entidad y las mediciones agregadas en cada factor de riesgo y en sus riesgos asociados<sup>64</sup>.

64 Artículo 4.1.2 Parte I, título IV, capítulo IV de la Circular Externa 027 de 2020.

Sobre este punto en particular, se recomienda para clientes mineros, partir de un análisis cualitativo de la probabilidad de ocurrencia de las tipologías de LA/FT, razón por la cual, se hace de vital importancia que la entidad tenga claridad respecto de:

- Las tipologías que pueden ser aplicables al sector minero
- La experiencia relacionada con el gremio (tipo de mineral)
- El Histórico de eventos de pérdida respecto del gremio o mineral específico.

Lo anterior permitirá determinar de manera ajustada y real el grado de certeza de la ocurrencia de un riesgo y su impacto.

Respecto de la escala de calificación para obtener el nivel de riesgo de las diferentes estructuras del SARLAFT aplicable, la única recomendación considerada, es que se defina el límite inferior y superior para cada nivel de riesgo con base en la probabilidad de ocurrencia de la tipología conforme al Gremio del cual haga parte el cliente.

Para ilustrar lo expuesto previamente, se pone como ejemplo la siguiente tabla:

VR	Rango de Probabilidad	Nº de eventos	% de presencia de Tipologías	% de presencia de causas (% de vulnerabilidades)
5	<b>Casi certeza</b>	Más de 5 eventos en 3 años	Se presentan situaciones de tipología superiores al 40%	Presencia de Causas superior al 40%
4	<b>Probable</b>	Hasta 5 eventos en 3 años	Se presentan situaciones de tipología hasta el 40%	Presencia de Causas hasta el 40%
3	<b>Moderado</b>	Hasta 3 eventos en 3 años	Se presentan situaciones de tipología hasta el 30%	Presencia de Causas hasta el 20%
2	<b>Improbable</b>	Hasta 2 eventos en 3 años	Se presentan situaciones de tipología hasta el 20%	Presencia de Causas hasta el 10%
1	<b>Raro</b>	1 evento en 3 años o más	Se presentan situaciones de tipología hasta el 10%	Presencia de Causas hasta el 5%

Tabla 2. Calificación de probabilidad

Fuente: elaboración propia

Las entidades deben a su vez establecer los criterios de impacto ante la ocurrencia de los riesgos de LA/FT y sus posibles consecuencias, teniendo en cuenta las siguientes afectaciones a modo de ejemplo:

VR	Rango de probabilidad	Afectación de imagen	Afectación económica	Afectación Legal
10	<b>Severo</b>	Evento de conocimiento externo a nivel internacional	Pérdidas económicas por sanciones administrativas o multas superior a \$100MM	Vinculación directa o sindicaciones proceso de tipo penal sobre LA/FT
7	<b>Mayor</b>	Evento de conocimiento externo a nivel nacional	Pérdidas económicas por sanciones administrativas o multas de tipo penas, hasta \$100MM	Vinculación indirecta a proceso de tipo penal sobre LA/FT
5	<b>Moderado</b>	Evento de conocimiento externo a nivel regional	Pérdidas económicas por sanciones administrativas o multas de tipo penas, hasta \$50MM	Sanciones de tipo administrativo de la SFC o la UIAF sobre LA/FT
3	<b>Menor</b>	Evento de conocimiento del Fondo y Organismos de control (UIAF y S.F.C)	Pérdidas económicas por sanciones administrativas o multas de tipo penas, hasta \$20MM	Procesos administrativos por LA/FT ante Superintendencias y/o entes de control
1	<b>Insignificante</b>	Evento de conocimiento interno a nivel de la entidad financiera	Pérdidas económicas por sanciones administrativas o multas de tipo penas hasta \$10MM	Glosas de LA/FT por parte de Superintendencias y/o entes de control

Tabla 3. Calificación del impacto  
Fuente: elaboración propia

Posteriormente, el área de cumplimiento de la entidad, una vez determinado el nivel de probabilidad y el impacto, establece el nivel de riesgo inherente para cada Riesgo de LA/FT. El nivel de riesgo (severidad) será una combinación de la probabilidad y el impacto, tal como se ilustra:

	Severidad Alta	Mayor a 29
	Severidad Media	Entre 20 y 28
	Severidad Baja	Hasta 19

Tabla 4. Nivel de riesgo  
Fuente: elaboración propia

<b>IMPACTO</b>	10	<b>SEVERO</b>	10	20	30	40	50
	7	<b>MAYOR</b>	7	14	21	28	35
	5	<b>MODERADO</b>	5	10	15	20	25
	3	<b>MENOR</b>	3	6	9	12	15
	1	<b>INSIGNIFICANTE</b>	1	2	3	4	5
	1		Raro	Improbable	Moderado	Probable	Casi Certeza
		2	3	4	5		

Tabla 5. Matriz de riesgos inherentes consolidado  
Fuente: elaboración propia

Así pues, a modo de ejemplo, para ilustrar las tipologías o eventos adversos que pueden impactar la matriz de riesgos, enfocada en clientes del sector aurífero se tiene:

- Operaciones con alto volumen de efectivo.
- Compraventa del mineral a precios considerablemente distintos a los normales del mercado.
- Comercialización donde no se conozca el origen del mineral.
- Operaciones, negocios o contratos relevantes de compraventa o de suministro del mineral que no consten por escrito.
- Pagos de operaciones con recursos derivados de giros internacionales provenientes de varios remitentes a favor de un mismo beneficiario, o de un mismo remitente a favor de varios destinatarios, sin una relación aparente.
- Operaciones con proveedores (sobre todo de minería de subsistencia) no identificados.
- Operaciones comerciales o negocios con las personas incluidas en las Listas Vinculantes
- El proceso de pago del mineral, analizando la transferencia del dinero desde que el oro sale de la bocamina hasta su transformación final, identificando como riesgo severo, el empleo de dinero en efectivo.
- La venta o comercialización del mineral sin el lleno de los requisitos (Certificado de origen, cumplimiento de obligaciones contractuales del título minero –pago de regalías, póliza minero ambiental vigente–, Certificado RUCOM, licencia ambiental, entre otras)
- La zona geográfica donde se ubica el título minero. (Puede verse afectada por terrorismo, conflicto armado o minería informal/ilegal)
- Operaciones con efectivo proveniente de, o relacionado con:
  - Depósitos de efectivo en cuentas bancarias personales o de empresas a partir de fuentes sin explicar.
  - Documentación injustificada sobre, o no corresponden con, el origen o el titular minero.
  - Cantidad, valor o divisa no concordante con las circunstancias del portador.
  - Transporte oculto de efectivo.
  - Riesgo claro de seguridad en el método de transporte.
  - Facturación o ventas en efectivo no esperables conforme el tipo de mineral.

- Gran aumento de facturación o ventas en efectivo procedentes de clientes no identificables.
- Préstamos del extranjero recibidos en efectivo y en moneda local.

Una vez se identifican los niveles de riesgo obtenidos con base en cada uno de los eventos de riesgo evaluados, se priorizan y aplican las medidas para su efectiva mitigación, lo cual será abordado en la siguiente etapa.

### 6.3. Etapa de Control

En esta etapa las entidades vigiladas deben tomar las medidas conducentes a controlar el riesgo inherente al que se ven expuestas, en razón de los factores de riesgo y de los riesgos asociados.

De esta manera, la entidad financiera debe asumir los riesgos asociados al LA/FT que se encuentren dentro del nivel de Severidad Baja (Ver Tabla 3), es decir, aquellos riesgos sometidos a una medida de mitigación efectiva, dirigida a transformar el riesgo residual a un riesgo aceptable.

Conforme a los riesgos analizados en la etapa 6.2, y para cada uno de ellos, la entidad debe identificar los controles actuales con los cuales cuenta para mitigar el riesgo y disminuir la probabilidad de ocurrencia de un evento y su impacto al interior de la organización. La entidad, en ese sentido debe utilizar fuentes de información, tales como: manuales de procedimientos, manuales de usuario, circulares, resoluciones, informes de conocimiento de expertos (para este caso expertos en el sector minero), los cuales podrán desarrollar controles especiales enfocados al sector minero, diferenciando cada mineral, con el propósito de mitigar el riesgo y disminuir la probabilidad de ocurrencia de un evento y su impacto al interior de la Organización.

Al momento de definir los Controles a ser utilizados, se recomienda utilizar tecnología de punta que realice la cobertura y el análisis de forma automática y no manual, generando con ello reportes que puedan ser interpretados por oficiales de cumplimiento en caso de que se trate de eventos complejos con diversa interrelación de variables. Dichos controles deben implementarse de manera permanente, para permitir calificar y calcular el riesgo residual, todo lo cual conllevará a la reducción significativa del riesgo de LA/FT.

En consonancia con lo anterior, luego que es identificado el evento de riesgo, la entidad utiliza los insumos de soporte, esto es, la documentación integrada al

expediente, la búsqueda en bases de datos relevantes –conforme el actor minero de que se trate– y los procedimientos tecnológicos de la entidad, para seleccionar los controles que sean más efectivos para mitigar el riesgo, concediéndoles una calificación cualitativa, dependiendo de su efectividad, en una escala de bajo, medio o alto y clasificándolo según el tipo de control (preventivo, detectivo, correctivo o de protección), indicando la persona responsable de administrarlo.

Una vez se cuenta con el reporte de calificación derivado de la efectividad de los controles, se procede a continuación a calcular nuevamente la probabilidad de la ocurrencia de los riesgos de configuración de LA/FT, así como su impacto, con el fin de establecer el perfil de riesgo residual del actor minero.

La entidad preferentemente debe procurar que el nivel de Riesgo de LA/FT se ubique en la zona de Probabilidad Rara e Impacto Menor. Esto quiere decir que, durante la etapa de monitoreo y seguimiento de los eventos de riesgo, la entidad debe propender a establecer impactos y probabilidades menores a los de esta zona, para que el SARLAFT se convierta en un sistema de mejoramiento continuo.

A continuación se expone unas gráficas ilustrativas donde se evidencia la etapa de medición y posteriormente la de control de riesgos:

Etapa de medición						Etapa de control							
Matriz de riesgo inherente consolidado						Matriz de riesgo residual consolidado							
IMPACTO	10 Severo			R1					R1	R1			
	7 Mayor												
	5 Moderado												R2
	3 Menor												
	1 Insignificante				R3				R3	R3	R3		
Calificar riesgos inherentes		Raro	Improbable	Moderado	Probable	Casi certeza	Calificar riesgos residuales		Raro	Improbable	Moderado	Probable	Casi certeza
		1	2	3	4	5			1	2	3	4	5
Frecuencia - Probabilidad						Frecuencia - Probabilidad							

Tabla 6. Etapa de Medición  
Fuente: Elaboración propia

La entidad financiera en ese sentido, tiene la obligación de buscar mecanismos u opciones procedimentales para mitigar el riesgo identificado.

El plan de tratamiento o mitigación de riesgos debe incluir mínimo los siguientes ítems:

- Establecer el contexto en que se aplique e implemente el plan, el cual requerirá necesariamente de su segmentación por mineral y por tipo de cliente minero.

- Definir las partes involucradas en la aplicación del tratamiento, el cual requerirá de implementar un departamento al interior de la entidad, encargado de realizar la debida diligencia de los actores del sector minero.
- Especificar las acciones propuestas para mitigar el riesgo y/o impacto, junto con los recursos necesarios para implementar el tratamiento. El cual debe incluir necesariamente, el seguimiento a las operaciones y la revisión permanente del actor minero en las bases de datos de la Agencia Nacional de Minería, del Ministerio de Minas y Energía, y de las Corporaciones Autónomas Regionales; así como visitas a campo para validar la operación legal, los requisitos de seguridad industrial, la inexistencia de menores de edad trabajando, la capacidad de explotación y el cumplimiento de las obligaciones consignadas en la licencia ambiental.

Dependiendo de los resultados del plan de tratamiento es que la entidad optará ya bien sea por: (i) evitar el riesgo, (ii) reducir el riesgo, (iii) transferir el riesgo o (iv) retener el riesgo.

Consideramos de vital importancia que la entidad financiera respalde las decisiones de otorgar o negar el servicio, con base en el estudio y análisis explicado previamente y que se conserven en archivo para futuras referencias, con el fin de que de manera posterior, en caso de que tome la decisión de “evitar el riesgo”, dichas razones sean debidamente informadas al cliente minero, quien cuenta con el derecho de conocer las razones objetivas por las cuales le fue negado el servicio<sup>65</sup>.

Este es el protocolo de dosimetría para el cálculo de riesgos referido al inicio de este trabajo de investigación, el cual debe ser implementado por la entidad financiera al momento de realizar el proceso de vinculación del cliente minero.

El banco debe proceder de manera previa a la negación del servicio, a realizar la identificación de los riesgos conforme el perfil del minero, su papel al interior de la cadena de suministro del mineral y relacionarlo con las tipologías de riesgo previamente definidas para dicho perfil, con el fin de calcular la probabilidad de ocurrencia del riesgo, así como el grado de impacto en caso de llegar a configurarse. Posteriormente, la entidad filtra esa información a través de los mecanismos de mitigación previamente propuestos, con el fin de tomar la decisión de prestar o no el servicio.

65 Todo lo cual se encuentra en consonancia con lo exigido a través del parágrafo primero, artículo 6° de la Ley 2177 de 2021.

## 6.4. Etapa de Monitoreo

En esta etapa, las entidades bancarias deben procurar adelantar un adecuado seguimiento del perfil de riesgo inherente y residual de los actores de la cadena de suministro del oro, con el fin de detectar la mayor cantidad de operaciones inusuales y/o sospechosas que pudieran configurarse al interior de la entidad.

El seguimiento que realice el oficial de cumplimiento a los modelos de gestión de riesgo, así como los resultados de los indicadores y las estadísticas descritas previamente, debe efectuarse de manera permanente.

Lo anterior con el propósito de garantizar la mitigación del riesgo derivado de actividades mineras, priorizando los riesgos que –según la Tabla 6– presentan una mayor severidad y una alta probabilidad de materialización o configuración.

### 6.4.1. Metodología propuesta para la etapa de monitoreo

Debido a que el entorno en el sector minero es cambiante, los riesgos derivados de dicha actividad tienden a variar conforme la transformación económica, social, política y ambiental del país. Este tema adquiere importancia dado que implica la necesidad de modificar la forma de medir y calcular el impacto de los riesgos, razón por la cual se hace necesario que las entidades financieras implementen las medidas que pasarán a referenciarse:

- Comparar permanentemente la evolución del perfil de riesgo inherente con el perfil de riesgo residual de LA/FT del minero.
- Desplegar reportes mensuales o periódicos que evidencien la evolución del factor de riesgo, así como la eficiencia de las medidas de mitigación implementadas.
- Detectar las operaciones clasificadas como inusuales e identificar las operaciones sospechosas llevadas a cabo dentro de la actividad de la cadena de suministro del mineral.
- Realizar un monitoreo constante al actor minero, con el fin de identificar la configuración de nuevos riesgos, comprobar la eficacia de las medidas de control y validar el acatamiento de los indicadores propuestos.
- Examen trimestral de las primeras dos etapas del SARLAFT, para obtener el perfil de riesgo inherente y compararlo con el perfil de riesgo residual resultante de cada factor de riesgo, así como de sus riesgos asociados.

- Monitoreo de los actores de la cadena de suministro del oro, de la operación, minera de la comercialización de minerales, los canales de distribución y las regiones de especial alerta, con el fin de identificar los aspectos que pueden influir en el riesgo de LA/FT.
- Revisión anual de la efectividad de los controles, para determinar el cumplimiento de los mismos y su influencia en la mitigación de riesgos de LA/FT.
- Análisis del comportamiento transaccional del cliente, con base en la segmentación de los factores de riesgo atendiendo al tipo de cliente y el tipo de mineral.

Los resultados del monitoreo le permitirá a los Oficiales de Cumplimiento de los bancos presentar informes periódicos relacionados con el nivel de riesgo de LA/FT al que se expone la entidad con la actividad minera.

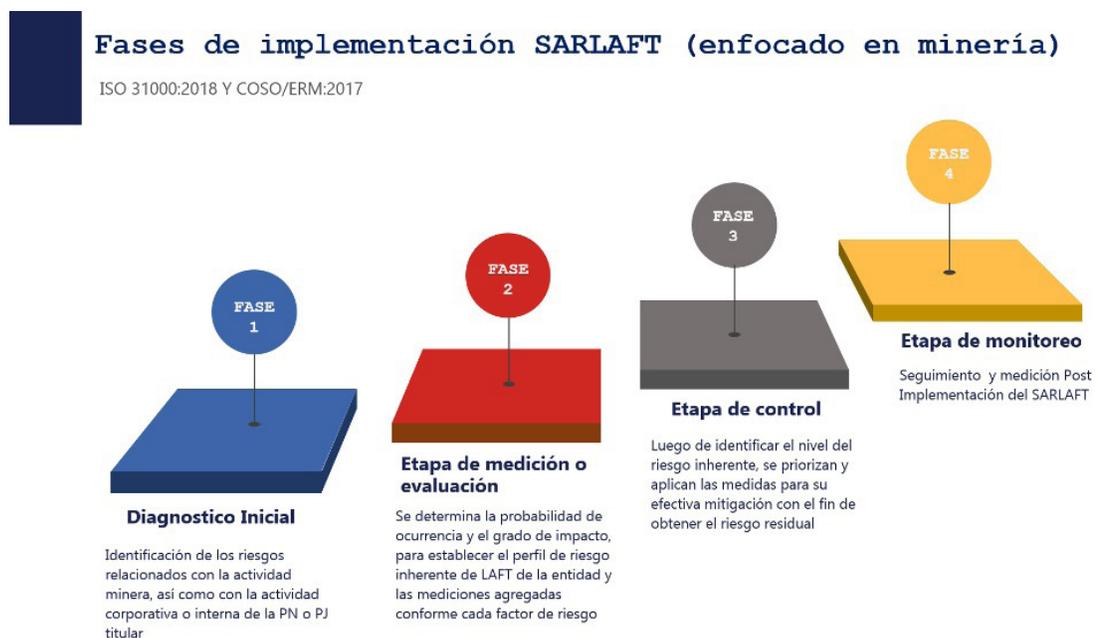


Diagrama 3. Resumen.  
 Fuente: Elaboración propia.

## Conclusiones

Con lo anterior se espera haber cumplido con el objetivo planteado al inicio de este trabajo de investigación de proponer un modelo SARLAFT especializado en

minería, el cual sirva de insumo para reducir la exclusión financiera, descartar la política de “*De-risking*” generalmente implementada por las entidades del sector financiero y normalizar la prestación del servicio bancario a los actores mineros. Cómo se demostró a lo largo de este artículo no existe en la actualidad algún fundamento jurídico empleado por los bancos en Colombia para restringir la prestación de los servicios financieros a usuarios provenientes de sectores con alta exposición al riesgo, dichas razones se basan en criterios económicos ligados a los costos de implementar las medidas de mitigación de riesgos que aquí se proponen.

Espero que la información contenida en el presente trabajo de investigación facilite a las entidades bancarias comprender el funcionamiento del negocio aurífero y en general minero, con el fin de que pueda darse cumplimiento a los objetivos de la Ley 2177 de 2021, motivando la estandarización de procesos de conocimiento de clientes y de mitigación de riesgos, lo cual desemboque en la reducción de costos asociados a la implementación de estos procedimientos y por ende a la inclusión financiera de la industria minera.

## Referencias

Avellaneda González, Santiago. “Inclusión financiera como mecanismo para la reducción de la pobreza en Colombia” tesis de maestría, Universidad de los Andes [https://documentodegrado.uniandes.edu.co/visor\\_de\\_tesis/web/?SessionID=L2RvY3VtZW50b3MvMTIzODUucGRm](https://documentodegrado.uniandes.edu.co/visor_de_tesis/web/?SessionID=L2RvY3VtZW50b3MvMTIzODUucGRm)

Circular Externa 027 de 2020, 02 septiembre. *Superintendencia Financiera de Colombia*.

Circular Externa 000016 de 2020, 24 de diciembre. *Superintendencia de Sociedades*.

Circular Externa 100-000004, 9 de abril. *Superintendencia de Sociedades*.

“Colombia logró en 2020 la producción de oro más alta de los últimos cuatro años” *Agencia Nacional de Minería*, <https://www.anm.gov.co/?q=colombia-logro-en-2020-la-produccion-de-oro-mas-alta-de-los-ultimos-cuatro-a%C3%B1os>

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO). Enterprise Risk Management—Integrating with Strategy and Performance (COSO-ERM 2017).

“Con el proyecto Huella Digital de Minerales en Colombia se entrega un mensaje de legalidad y transparencia” *Agencia Nacional de Minería*, acceso el 26 de abril de 2022. <https://www.anm.gov.co/?q=con-el-proyecto-huella-digital-de-minerales-en-colombia-se-entrega-un-mensaje-de-legalidad-y-transparencia-presidente-anm>.

CONPES 4042, 09 de agosto de 2021. *Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación*.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 20 de diciembre de 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, 15 de noviembre del 2000.

Convención de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 9 de diciembre de 1999.

De la Haza Barrantes, Barrantes, Beatriz Aguedo Huiza y Melanie Rosales Vicente. “Ni dejar hacer ni dejar pasar: el compromiso de las instituciones bancarias peruanas frente al lavado de activos a través de la implementación de una metodología por riesgo”. *Derecho PUCP* No. 80 (2018): 327-328.

Decreto 0276 de 2015, 17 de febrero. *Ministerio de Minas y Energía*.

Decreto Legislativo 798 de 2020, 4 de junio. *Ministerio de Minas y Energía*.

Decreto 1102 de 2017, 17 de junio. *Presidencia de la República*.

Dueñas, Jaime Ernesto, Inés Elvira Ospina. “Reforma a las Regalías trajo consigo más minería ilegal” *Economía y Política*. Ed 2 (2018). <https://www.urosario.edu.co/Investigacion-off/Divulgacion-cientifica-Ed-02-2018/Economia-y-Politica/Reforma-a-regalias-trajo-consigo/>

Escobar, Andrés y Tomás González, “Participación del Banco de la República en la Comercialización de oro en Colombia”. *EConcept Análisis económico independiente*, (2019): 85-86, <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-comercializacion-oro.pdf>

Grupo de Acción Financiera Internacional “The FATF Recommendations” (2007): 9 Available at <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

Grupo de Acción Financiera Internacional. “The FATF Recommendations” (2014.a): 6 Available at <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

Johannes Rose, Kalle. “De-risking or recontracting – the risk dilemma of EU money laundering regulation”. *The Journal of Risk Finance* n° 21 (2020): 445.

Koker, Louis. “The 2012 Revised FATF Recommendations: Assessing and Mitigating Mobile Money Integrity Risks within the New Standards Framework (October 1, 2013)”. *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, 8, No. 3, (2013): 165, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2639462>

Ley 1121 de 2006. 29 de diciembre. *Diario Oficial* 46.497.

Ley 1328 de 2009, 15 de julio. *Diario Oficial* No. 47.411.

Ley 1474 de 2011, 12 de julio. *Diario Oficial* No. 48.128.

Ley 190 de 1995, 6 de junio. *Diario Oficial* No. 41.681.

Ley 2177 de 2021, 30 de diciembre. *Diario Oficial* No. 51.750.

Ley 333 de 1996, 19 de diciembre. *Diario Oficial* No. 42.945.

Ley 412 de 1997, 6 de noviembre. *Diario Oficial* No. 43.168.

Ley 526 de 1999. 12 de agosto. *Diario Oficial* 43.667.

Ley 685 de 2001, 15 de agosto. *Diario Oficial* No. 44.545

Ley 793 de 2002. 27 de diciembre. *Diario Oficial* 45.046.

Ley 970 de 2005, 13 de julio. *Diario Oficial* No. 45.970.

Lozano Rodríguez, Gloria Isabel. “Eficiencia de la inclusión financiera en Colombia, 2014” *Semestre Económico* 20, No. 44 (2017): 72.

Mariño Becerra, Gladys Yaneth, Fidela de Jesús Chaparro Gómez e Inelia Medina Sandobal. “Determinantes en la prevención del riesgo para el lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) en el sector real”. *Ad-minister* No. 25 (2014): 7.

Murillo, Maria José. “Un mundo sin servicios financieros”. *Alliance for Responsible Mining (blog)*. 1 octubre 2021. <https://www.responsiblemines.org/2019/08/un-mundo-sin-servicios-financieros-1/>

Norma Internacional ISO 31000. Segunda edición (2018-02): 10.

“ORO” *Unidad de Planeación Minero Energética*, <https://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/Paginas/oro.aspx>

Resolución 363 de 2008, 18 de noviembre. *Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF-*.

Resolución 40391 de 2016, 20 de abril. *Ministerio de Minas y Energía*.

Romero Rodríguez, Idolfo. “Cadena de Suministro de Oro”. *Diagrama*. Romero Consultores Asociados S.A.S. (2020).

Sentencia SU-157 de 1999, 10 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia SU-166 de 1999, 17 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia SU-167 de 1999, 17 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia T-025 de 1995, 1 de febrero. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbo-nell. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia T-099 de 1997, 4 de marzo. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caba-llero. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia T-443 de 1992, 6 de julio. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia T-520 de 2003, 26 de junio. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. *Corte Constitucional de Colombia*.

Sentencia T-587 de 2003, 17 de julio. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Corte Constitucional de Colombia*.

Toso Milos, Ángela. “De-risking una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención de lavado de activos y financiación al terrorismo” *Revista Chilena de Derecho* 47 No. 1 (2020): 3

Toso Milos, Ángela. “El deber de identificar al beneficiario final en las sociedades: Algunas dificultades relacionadas con el alcance, implemen-tación y efectividad de esta nueva medida de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo” *Revista Ius et Praxis*. 25 No 2 (2019): 300.

Trias, Daniel. “El Riesgo del No Riesgo: Inclusión Financiera, De-risking y la búsqueda de Soluciones”. *Daniel Trías Consultoría* (2017): 1.

Unidad de Análisis Financiero –UIAF– “Informe Ejecutivo Evaluación Na-cional del Riesgo” (2019), 6,

[https://www.uiaf.gov.co/sistema\\_nacional\\_ala\\_cft/evaluaciones\\_nacionales\\_riesgo/evaluacion\\_nacional\\_riesgo\\_2019](https://www.uiaf.gov.co/sistema_nacional_ala_cft/evaluaciones_nacionales_riesgo/evaluacion_nacional_riesgo_2019).

Unidad de Planeación Minero Energética, Universidad Nacional de Co-lombia. “Diagrama general de trazabilidad del oro comercializado a nivel nacional: Incluye el balance másico del oro desde la producción hasta la exportación o uso interno” Cartilla como resultado del Contrato de Con-sultoría C-009-2017, 2017.