

NECESIDAD DE CAMBIOS REGULATORIOS PARA EL SECTOR MINERO

ADRIANA MARTÍNEZ VILLEGAS*

INTRODUCCIÓN

Durante el 2017 el Departamento de Derecho Minero-Energético, de la Universidad Externado de Colombia, con sus grupos de investigación, estudió lo referente a las políticas públicas para el sector y esa fue, además, la temática abordada en las jornadas anuales que se programan para el debate de asuntos de importancia y de coyuntura para la industria. Para el presente 2018, se tuvo como objetivo revisar el estado de la regulación, con el propósito de identificar eventuales necesidades de mejora del marco regulatorio sectorial, a fin de impulsar su mejor desarrollo, teniendo en cuenta que se ha visto seriamente afectado por factores internos y externos que han reducido significativamente sus resultados.

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Con estudios de posgrado en la misma universidad y en el LSE (UK). Presidente del Colegio de Abogados de Minas y Petróleos por doce años. Docente de la Universidad Externado de Colombia por diecinueve años. Presidente de la firma Martínez-Córdoba & Abogados Asociados desde hace ocho años. Firma con práctica profesional en minería y medio ambiente. Columnista del diario La República por siete años. Cuenta con varias publicaciones sobre temas mineros y ambientales. Correo electrónico: adrianamartinez@martinezcordoba.com

El presente documento se propone identificar, para el sector minero, aquellos aspectos que pudieren ser objeto de mejoras, con el propósito de cumplir, en primer lugar, con lo previsto en la política pública e identificar vacíos que pudieran ser la razón para que ciertas dificultades hayan crecido y sus efectos hayan imposibilitado, la ejecución de proyectos de interés para el país.

NORMATIVIDAD MINERA

El análisis respecto de la necesidad de cambios regulatorios para el sector minero, supone partir del repaso de lo hoy existente, de la problemática sectorial y de la pertinencia y suficiencia de la normatividad existente hasta la fecha, a fin de concluir si existe una verdadera necesidad de mayor regulación o más bien una necesidad de gestión con base en la regulación existente.

Por ello, pasaremos a hacer algunas precisiones que estimamos necesarias para seguir la ruta antes descrita y diagnosticar, analizar y luego concluir sobre la pertinencia y suficiencia de la normatividad minera colombiana.

Pertinencia y suficiencia de la normatividad minera expedida para el sector

Resultaría excesivamente engorroso referirnos a la totalidad del reglamento expedido desde la publicación del Código de Minas, Ley 685 del 2001. Son diecisiete años de ejercicio reglamentario que dificultaría el análisis. Por tal razón nos referiremos a lo ocurrido desde la expedición de la nueva política minera, *Bases para la minería del futuro*, porque es dicha política la que está siendo implementada y porque nos sirve de muestra de lo que se ha hecho en materia de normatividad en épocas recientes.

Características de la regulación

Cabe señalar que la regulación en materia minera ha tenido la particularidad de que, además de ser abundante, puede ser abordada de manera casuística y reactiva, es decir, no siempre obedece a unos derroteros fijados por unas políticas públicas con precisos objetivos a lograr, sino a ejercicios de respuesta inmediata para resolver temas puntuales que surgen y generan una crisis que se busca atender.

Se podrían señalar las siguientes características de este tipo de regulación:

- Falta de coordinación entre las áreas técnicas y jurídicas del ente regulador, con el objetivo de dar contenidos adecuados a la norma.
- Falta igualmente de coordinación, entre las distintas entidades del Estado, en los diferentes niveles de este, que tengan relación con los asuntos mineros.
- Ausencia de un análisis del impacto que producirá la nueva regulación y con ello corre el riesgo de generar problemas económicos, técnicos y sociales, que luego deben ser corregidos con nueva regulación.
- Por último, este tipo de ejercicio de regulación reactiva, genera en la ciudadanía y los operadores jurídicos, falta de certeza sobre las reglas aplicables y se presta para una falta de transparencia, calidad normativa y bajos niveles de confianza.

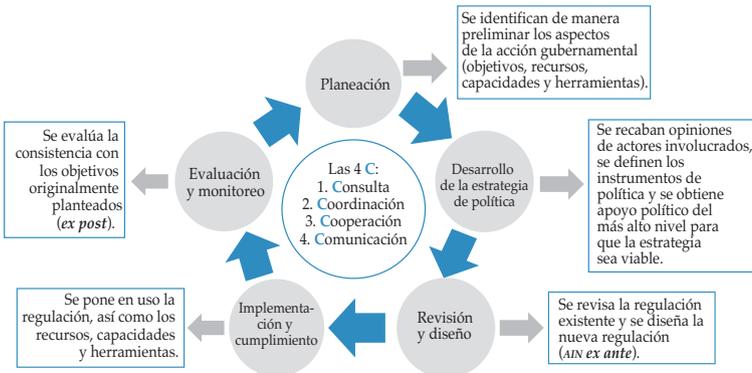
Algunos pocos ejemplos de este tipo de prácticas recientemente son: (i) la regulación del Registro Único de Comercializadores de Minerales (RUCOM); (ii) la normatividad relativa a la capacidad económica para presentar propuestas de contrato de concesión y llevar a cabo la cesión de derechos; y (iii) el marco normativo de la formalización minera.

La práctica que se anota para la expedición de normas contraviene lo dispuesto en el CONPES 3816 del 2014, que

precisamente incorpora unas recomendaciones orientadas al mejoramiento de la calidad de la normatividad en el país.

Comprender ese ciclo que se describe en el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y articular todos los poderes del Estado y de la administración pública a la mejora en la actividad regulatoria es fundamental, para la optimización de las actividades económicas que se pretenden desarrollar. Así mismo es importante recordar que la regulación debe establecer las reglas de juego mediante instrumentos jurídicos encaminados a encontrar un mayor bienestar para la sociedad y una mejor relación entre esta y el Estado¹. En relación con lo anterior y a manera de síntesis, es importante comprender cuál debería ser el ciclo de la gobernanza normativa que sugiere el citado documento CONPES (ver figura 1).

FIGURA 1. CICLO DE GOBERNANZA NORMATIVA



Fuente: Departamento Nacional de Planeación (DNP)².

- 1 Consejo Nacional de Política Económica y Social. Op. Cit.
- 2 Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía para realizar la consulta pública en el proceso de producción

Algunos de estos pasos son omitidos, como la evaluación y el monitoreo, y otros no son puestos en práctica de la manera indicada, como sucede con la planeación y el desarrollo de la estrategia política.

Además, y teniendo en cuenta que Colombia hace parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), resulta de la mayor pertinencia referirse, igualmente, a las recomendaciones que este organismo hace a los países miembros:

Una buena práctica que los países de la OCDE contemplan en sus políticas regulatorias es el establecimiento de una metodología para evaluar las diferentes alternativas en términos de costos y beneficios. Por ejemplo, en Canadá el documento “Evaluación, selección e implementación de instrumentos para la acción gubernamental” (Assessing, Selecting, and Implementing Instruments for Government Action) constituye un marco analítico para seleccionar instrumentos e incluye: i) identificación y definición del problema, ii) determinación de objetivos de política pública, iii) identificación de puntos de potencial intervención, iv) identificación de actores / instituciones que inciden en los objetivos, v) consideración y selección de objetivos, vi) establecimiento de indicadores de desempeño, e vii) implementación. Este tipo de guía es decisiva, sobre todo si no hay experiencia previa sobre la evaluación sistemática de alternativas a la regulación y si regular ha sido la primera reacción para abordar problemas de política pública.

Una política regulatoria explícita debería reconocer claramente que regular no es la única solución viable para un problema de política pública y debería establecer proce-

dimientos para determinar cuándo es de interés público regular.³ (Énfasis de la autora)

Con fundamento en estos comentarios iniciales, se procede a describir lo que ha sido la regulación sectorial expedida desde que se adoptó la política pública minera *Bases para la minería del Futuro*, con el propósito de determinar si esta ha sido pertinente y suficiente para los fines de la política.

Marco legal y reglamentario

Decreto 1081 del 2015

Lo primero a señalar es que a través del Decreto 1081 del 2015, el Gobierno nacional pretendió dar unas directrices sobre la manera de cómo deberían expedirse las normas para cada sector, a nivel nacional, incluyendo por supuesto al minero.

De acuerdo con el Decreto 1081 del 2015, los proyectos de decreto y resolución proyectados deben estar acompañados de una memoria justificativa que contenga una temática que va desde los antecedentes y razones de oportunidad y conveniencia de la norma hasta el impacto económico, la disponibilidad presupuestal y otros asuntos de especial actualidad, como son el impacto sobre el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, que pueda tener la nueva normatividad. Esto supone que hay estudios o evaluaciones anteriores de los temas que van a ser objeto de regulación.

Igualmente, y por razón del derecho de participación ciudadana en los asuntos que le afectan, se deben citar en esa

3 OCDE. Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia, más allá de la simplificación administrativa. (2014). (Consultado el 22 de junio del 2018). Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Mejora%20Regulatoria/Presentaciones/Diplomado%20Mejora%20Normativa%202014/Estudio%20OCDE%20Politica%20Regulatoria%20Colombia%202013.pdf>

memoria justificativa, los aportes dados por la ciudadanía y las razones por las cuales se acogen o no tales ideas. Hoy en día este proceso se surte a través de las páginas de internet tanto del Ministerio de Minas y Energía, como de la Agencia Nacional de Minería, siendo en muchas ocasiones más un requisito formal que un verdadero ejercicio del derecho a la participación en la toma de decisiones administrativas.

Se dice además que

cuando el respectivo proyecto tenga impacto o comprenda materias propias de ministerios o departamentos administrativos diferentes al que ha tomado la iniciativa de elaboración, este deberá ponerlo en conocimiento de aquellos y coordinar lo pertinente para que el texto remitido a la firma del presidente de la República se encuentre debidamente conciliado y refleje una visión integral y coherente del asunto.

Ahora bien, si el proyecto no logra ser conciliado entre las respectivas entidades y organismos, “se informará así a la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que bajo su coordinación y arbitraje se defina el correspondiente contenido”. Lo cierto es que la interrelación entre el sector minero y el ambiental debería ser más dinámica y con el derrotero de permitir el desarrollo sostenible.

Por último, y con el propósito de racionalizar los trámites, cualquier trámite nuevo que se pretenda incorporar a la regulación debe ser revisado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien lo analizará desde las perspectivas de la eficacia, eficiencia, costos de implementación, presupuesto y su adecuación con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, antes de ser expedida la norma.

De lo previsto en esta norma, hay un punto que llama especialmente la atención y es que se mencione la necesidad de evaluar el impacto que una nueva norma tendrá en la seguridad jurídica. Esto por supuesto tiene gran relevancia

en sectores como el minero, en el que la inversión es de largo plazo y requiere estabilidad en las reglas de juego. Usualmente no se ve que ese tipo de análisis sea incluido en las memorias justificativas, en especial, respecto de normas de tipo ambiental aplicables al sector minero.

COMPILACIÓN NORMATIVA

Al igual que sucedió con los otros sectores, para la minería junto con los hidrocarburos y la energía se dictó el Decreto 1076 del 2015, como una compilación normativa de los decretos del sector. Cabe señalar que se trata tan solo de una sumatoria de decretos, sin una estructura lógica que obedezca a un orden temático en particular.

Dicho decreto ha sido adicionado periódicamente, en la medida en que se ha ido incrementando la expedición de nuevos decretos, sobre los diversos temas mineros, en desarrollo de la política pública y para atender, como se explicó, a las necesidades surgidas de crisis puntuales o de decisiones jurisprudenciales. No se trata de un ejercicio de armonización y coherencia normativa.

La normatividad para la implementación de la política pública

Para dar vigencia a la nueva política pública minera, el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, en materia de los cinco pilares de la política pública, *Bases para la minería del Futuro*, tuvo que elaborar alguna regulación respecto de la cual se harán los comentarios respectivos, desde la perspectiva anunciada.

Seguridad jurídica

La seguridad jurídica fue incluida en la política pública, porque se identificó como uno de los temas de mayor

sensibilidad para el sector, sobre todo en los últimos tiempos. Hay creciente incertidumbre sobre la posibilidad de acceder a los proyectos, ejecutarlos y obtener a la prórroga y renovación de los títulos mineros, y eso puede afectar significativamente la inversión.

Aun cuando pueden ser muchos los aspectos inherentes a la seguridad jurídica, para la coyuntura actual es vital determinar si existen o no derechos adquiridos y si estos deben ser respetados o pueden ser desconocidos, aún en circunstancias de interés general. Hay quienes pensamos que los derechos mineros obtenidos a través de la concesión minera son derechos adquiridos, dado que se consolidaron por razón de haber cumplido con los requisitos vigentes en la ley, al momento de obtenerlos, como un primer elemento indispensable para considerarlos como tales. Incluso cuando es cierto que el Estado no otorga la propiedad de los recursos del subsuelo, sí otorga un derecho a explorarlos, explotarlos y apropiarse de los minerales, una vez extraídos, por medio de un contrato con obligaciones exigibles a las dos partes.

La exposición de motivos de la Ley 685 del 2001 expresamente dice:

Por lo primero, reafirma que se trata de un verdadero acto contractual en el sentido de ser un acuerdo de voluntades celebrado entre el estado y un particular. Quizás en apariencia parezca este un enunciado baladí o redundante, pero con ello se busca nada menos que desechar, con el valor de verdad legal, algunas tendencias que aún hoy se reiteran, según las cuales, esta clase de concesiones no son verdaderos contratos, sino sólo permisos o autorizaciones que el Estado unilateralmente da o concede para explotar recursos naturales que son suyos."

"[...] Esta connotación que ha merecido en el Proyecto una disposición especial como la normatividad del contrato no es más que la incorporación al texto legal, del principio según el cual el contrato es "ley para los contratantes" en el sentido de que no puede invalidarse sino por mutuo consentimiento o

por causales legales expresas y graves. Esta reiteración no hace sino desechar el criterio errado que antes se mencionó, según el cual la concesión de minas sólo es un contrato aparentemente y que por ello no goza del atributo de intangibilidad frente a las leyes posteriores.

“El principio de la normatividad del contrato implica además depurar las obligaciones del contratista de una serie de requerimientos, instancias, permisos y autorizaciones, impuestas por autoridades de diverso orden y jerarquía que en la mayoría de los casos no son sino expresiones impertinentes del quehacer burocrático y del afán reglamentista de los funcionarios. El Proyecto pretende erradicar estas perniciosas prácticas que no hacen sino enervar y obstruir el ejercicio de los derechos del concesionario y el desarrollo de la industria.⁴

Estos derechos conferidos con la concesión entran en el patrimonio del concesionario, lo que constituye otro elemento necesario para considerarlos como derechos adquiridos. Es por esto que la ley permite que sean negociados o dados en garantía y se puede pedir que el Estado garantice su ejercicio a través de la acción de amparo administrativo. En conclusión, con esos elementos es válido afirmar que son derechos con la condición de ser adquiridos. Pareciera no ser indispensable que la ley así lo reconozca, porque conceptos elementales del derecho nos permiten llegar a esa conclusión, pero decisiones administrativas y jurisprudenciales han cambiado esta premisa y es por ello que la política pública, entre otras consideraciones, incluye este concepto.

Medidas regulatorias

El Ministerio de Minas y Energía expidió sendos decretos para desarrollar este pilar. Ninguno de ellos prevé una de-

4 Gaceta del Congreso, año IX - n.º 115, viernes 14 de abril del 2000.

finición para la naturaleza de los derechos o la posibilidad de obtener un resarcimiento en caso de que no sean respetados, sino que se orientan más a brindar condiciones que a juicio del Ministerio, facilitan el ejercicio de los derechos una vez otorgados. Se destacan entre ellos, los relativos a la clasificación de la minería y la fiscalización diferenciada.

Se busca con la clasificación de la minería y la fiscalización diferenciada permitir que los concesionarios del Estado tengan un distinto tratamiento legal y de control de su actividad, en función del tamaño de su operación minera y de la importancia que su proyecto tenga para el Estado.

A través del Decreto 1666 del 2016, se clasificó a la minería por rangos: subsistencia, pequeña, mediana y grande, con fundamento en el número de hectáreas para la etapa de exploración y en la producción para la etapa de explotación. En materia de fiscalización diferenciada se han expedido el Decreto 480 del 2014 y el Decreto 2504 del 2015, con la finalidad de que se implementen unos formatos y protocolos que “faciliten el desarrollo y cumplimiento de la función de fiscalización teniendo en cuenta la clasificación de las actividades mineras de pequeña, mediana y gran minería, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1753 de 2015”⁵.

Con el mismo objetivo se expidieron normas de distintas clases sobre:

- Requerimientos flexibles en tiempo.
- Derechos de preferencia para la renovación de títulos, que beneficia a mil pequeñas unidades productivas mineras (Ley 1753 del 2015).
- Prórrogas de las concesiones mineras (Decreto 1975 del 2016).

5 Decreto 2504 del 2015, artículo 2.2.5.9.5. Trámites, formatos y protocolos.

Por otra parte, se incluyen bajo este mismo pilar, otras normas que pretenden mejorar las condiciones de entorno para la actividad, con el fin de estimular la inversión:

- CERT para la minería (Ley 1819 del 2016, Decreto 2253 del 2017, Resolución 135 del 2018).
- Obras por impuestos (Decreto 1915 del 2017).
- Reducción del canon superficiario (Ley 1450 del 2011).
- Integración de títulos mineros (Decreto 1975 del 2016).
- Rucom.

Otro esfuerzo para destacar, aun cuando no han sido expedidas normas para impulsarlo, son las medidas administrativas para identificar a los Proyectos de Interés Estratégicos Regionales (PIRES), y apoyarlos desde las entidades del orden nacional.

Por último, y con el propósito de corregir la desarticulación del Estado a los distintos niveles, se propuso un proyecto de Ley Orgánica para implementar los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad. Por el momento, no se tiene clara ni la oportunidad ni los escenarios ni la obligatoriedad de aplicarlos y es por ello que una regulación podría ser conveniente.

Por otra parte, podría pensarse que hace falta una regulación que disponga qué sucede con los derechos de los concesionarios mineros y beneficiarios de autorizaciones ambientales, en los eventos en que surjan condiciones sobrevenientes, que pongan en duda su permanencia. En efecto, por razón de situaciones como esta, Colombia está siendo demandada internacionalmente ante tribunales extranjeros, con señalamientos de incumplir sus compromisos a la luz de los tratados de comercio, respecto de su obligación de proteger la inversión. Las empresas invocan la existencia de comportamientos asimilables a la expropiación impropia por parte del país y sus instituciones, y esto lesiona el prestigio de Colombia como destino de inversión.

CONFIANZA LEGÍTIMA

En materia de confianza legítima, el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, como autoridad minera, han venido desarrollándola bajo el entendido de que se trata de construir una relación tripartita entre el Gobierno nacional, los Gobiernos regionales y locales y el empresario minero, para hacer viables los proyectos de minería. Por esto, se dictaron normas y se elaboró un Programa de Relacionamiento con el territorio que, para su ejecución, se vio muy forzado en el tiempo, por los mandatos perentorios de la jurisprudencia reciente, como se describirá en este segmento.

Medidas regulatorias

Son dos los principales mecanismos creados por la regulación vigente:

Contratos plan

En la Ley 1450 del 2011 se incluyó una figura que se denominó “Contrato Plan”⁶. Dicho contrato fue definido como “un acuerdo marco de voluntades de carácter estratégico entre la Nación y las entidades territoriales plasmado en un documento que contiene los arreglos programáticos y de desempeño definido entre estas para la ejecución asociada de proyectos de desarrollo territorial que contemplen la concurrencia de esfuerzos de inversión nacional y territorial”.

Dice la norma que para desarrollar el contrato marco o contrato plan se celebran luego unos contratos específicos, por medio de los cuales se precisa el objeto, las metas, los plazos y la persona responsable de la ejecución de los pro-

6 Artículo 8 Ley 1450 del 2011.

yectos de desarrollo territorial. Se compromete, además, el dinero de fuente nacional y territorial para su ejecución, así como las vigencias futuras en caso de requerirse.

Igualmente se pueden incluir los mecanismos de seguimiento y control de los recursos y los demás aspectos necesarios para garantizar la ejecución de los proyectos, “atendiendo las prioridades y particularidades de cada sector y cada región”. Estos contratos se definen en la ley como “un instrumento para el planeamiento y la promoción del desarrollo regional”. A partir de ellos se debería lograr la articulación del Plan Nacional de Desarrollo y de los Planes Departamentales y Municipales. Son entonces un mecanismo diseñado para ser ejecutado con la participación del Estado a sus distintos niveles.

Planes de gestión social

Con el propósito de complementar las medidas tendientes a construir esa relación con el territorio, el Gobierno tuvo la iniciativa de incluir en la Ley 1753 del 2015, una nueva obligación para los concesionarios mineros, consistente en adelantar un Plan de Gestión Social, con el propósito de prevenir, mitigar y atender los riesgos sociales que puedan generarse durante el desarrollo minero e “incrementar las oportunidades y beneficios” para las comunidades. Luego la Agencia Nacional de Minería (ANM) a través de la Resolución 708 del 2016 señaló los lineamientos de dicho plan e incluso expidió un documento que denominó “Caja de herramientas”.

De esta manera, todos aportan en la construcción de la *confianza legítima* en el territorio tanto el Estado en sus distintos niveles como los empresarios mineros con presencia en las regiones.

Esto además es complementado con lo que se pueda conocer en las audiencias de participación mineras, adelantadas en atención a lo señalado por la Sentencia C-389 del

2016, y a las que nos referiremos más adelante, que permiten identificar las necesidades e inquietudes de los habitantes del área de influencia del proyecto, como un insumo para la construcción del Plan de Gestión Social. La ANM ve este Plan de Gestión Social como el medio para lograr “el fin de asegurar la sostenibilidad de los proyectos y su contribución al desarrollo del territorio”⁷.

Otra iniciativa interesante es la adopción de las normas del CRIRSCO, para el cálculo de recursos y reservas mineras, con miras a dar información muy importante al Estado y ser transparentes con los inversionistas en los mercados, respecto de lo que tienen y hacen las empresas mineras, en materia de reservas técnica y económicamente explotables. Las Resoluciones 143 del 2017 y 299 del 2018 fueron los instrumentos para introducir estos estándares en la regulación técnica colombiana.

Medidas administrativas de la Agencia Nacional de Minería (ANM)

La Agencia Nacional de Minería, entre otras causas, por las decisiones de la honorable Corte Constitucional, diseñó el Programa de Relacionamiento en Territorio. En su motivación, esta entidad cita las reglas establecidas por las Sentencias C-123 del 2014, C-035 del 2016 y C-389 del 2016:

Esta última mediante la cual la Honorable Corte Constitucional previo examen de constitucionalidad de algunas normas de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas–, en especial, aquellas referidas a la propuesta de contrato de concesión, resolvió en su artículo segundo, declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 16, 53, 270 y 271, implicó que la Agencia Na-

7 https://www.anm.gov.co/?q=documentos_para_comentarios_ciudadania_2018, (consultado el 17 de mayo del 2018).

cional de Minería ajustara los trámites de otorgamiento de Títulos Mineros.⁸

Menciona la Agencia que su objetivo con este programa es lograr “una relación eficaz, oportuna y permanente con los actores estratégicos involucrados en el desarrollo de proyectos mineros” de manera anterior al otorgamiento de un título minero, y explica que el programa se enfoca en siete líneas de acción:

Caracterización del territorio y mapeo de actores estratégicos: en la cual se realiza un estudio del municipio, incluyendo la información geológica minera, las restricciones ambientales que se tienen identificadas, las propuestas en trámites, las áreas prohibidas y restringidas para la minería, la presencia de grupos étnicos, entre otros aspectos.

Planeación de la estrategia en campo: cuyo objetivo es revisar las particularidades del territorio, ubicación, identificar las propuestas de contratos de concesión en trámite y otros factores para determinar la forma y lugar de acercamiento.

Socialización: que incluye divulgación de información y consultas con los actores estratégicos. Son los diferentes espacios de concertación, socialización de la actividad minera y de participación de la ciudadanía.

Construcción de alianzas estratégicas: la revisión de la oferta institucional en el territorio a visitar y la construcción de estrategias con entidades del Estado o titulares de concesiones mineras en ejecución.

8 Corte Constitucional de Colombia. C-123 del 2004 del 5 de marzo del 2014. Corte Constitucional de Colombia. C-035 del 2016 del 8 de febrero del 2016. Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional de Colombia. C-389 del 2016 del 27 de julio del 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.

Gestión de las reclamaciones: la revisión y gestión de las reclamaciones e inconformidades que se presentan en los diferentes espacios de participación y concertación.

Veedurías: comprometer la participación de las personas o grupos directamente afectados por el proyecto en el seguimiento de sus impactos y beneficios, así como de las actividades de mitigación y recurrir a expertos externos en los casos en que se considere que estos puedan aumentar la transparencia y la credibilidad.

Seguimiento permanente en territorio: el análisis de las actividades realizadas y las propuestas de mejora. (Comité Mensual de Seguimiento).⁹

Para adelantar este programa, la ANM estableció un proceso que consta de dos etapas principales:

- i) *Concertación* con alcaldes como primera autoridad del municipio.
- ii) *Audiencias de participación mineras* anteriores al otorgamiento del título minero de conformidad con la Sentencia C-389 del 2016.

Este programa está siendo implementado hoy, y con base en este se están otorgando las concesiones mineras en el país.

Cabe en todo caso afirmar que hay un riesgo de que la concertación efectuada con una determinada administración municipal pudiera ser desconocida por la administración siguiente, restándole seguridad jurídica a la concesión y, con ella, a la inversión. Así mismo, que los Planes de Gestión Social, que parten de esta información sean considerados

9 https://www.anm.gov.co/?q=documentos_para_comentarios_ciudadania_2018, (consultado el 17 de mayo del 2018).

con posterioridad como que no satisfacen a las comunidades y que se inicie o persista la oposición a los proyectos.

Finalmente, y en relación con la efectividad de estos programas de relacionamiento con el territorio y de los Planes de Gestión Social, todavía hay quienes tienen la percepción de que son insuficientes, dado que consideran que fue el cambio en el Sistema General de Regalías, el que ha causado que los recursos no lleguen a las regiones y que el descontento en las regiones crezca en desmedro de los esfuerzos adicionales para construir la *confianza legítima*, por medio de cualquier otro mecanismo.

Para quienes creen en lo que se ha llamado hoy en día “el nuevo derecho” y la contribución que la jurisprudencia hace a este, contar además con una sentencia como sustento único de este Programa de Relacionamiento en Territorio y su implementación es suficiente. Hay otras personas que opinan que haría falta un sustento legal para otorgar estabilidad y obligatoriedad al proceso y a los resultados de este. De igual manera, teniendo un Plan de Gestión Social en virtud de la licencia ambiental, este nuevo Plan de Gestión Social en la concesión minera duplica las inversiones obligatorias, dejando muy poco para la responsabilidad social empresarial.

Medidas administrativas del Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía en relación con el pilar de la *confianza legítima* considera que esta debe ser construida en los territorios en los que se realiza la actividad extractiva. Así mismo que es importante reconocer el papel que desempeña el concesionario minero como socio del Estado en el logro de sus fines.

Con fundamento en lo anterior, lo que se ha identificado como necesario, es el acompañamiento del Ministerio para el desarrollo de proyectos en el territorio. Se trata entonces

de redefinir las relaciones entre Estado y su concesionario y de estos con las comunidades en el territorio. Para tal propósito, se ha identificado que es indispensable circular la información entre el Estado, la comunidad y la empresa minera como la herramienta principal para lograr una mejor relación.

Con dicho propósito se están ejecutando acciones relacionadas con el pilar. En primera instancia, se llevó a cabo un estudio de percepción y se identificaron tres tipos de actores: (i) quienes apoyan la industria (ii) quienes son neutrales y (iii) quienes se oponen a ella. Los resultados mostraron que el miedo y la ausencia de institucionalidad fueron factores determinantes en la percepción de la industria. El miedo, a su vez, tiene su sustento en la ausencia de información veraz y oportuna.

Con fundamento en los resultados del citado estudio, se diseñaron algunas estrategias:

- Plan Voceros, para difundir el mensaje a través de quienes apoyan la industria.
- Identificación de miedos de los opositores, para generar la información necesaria.
- Diálogos con los distintos grupos de interés, para conocer sus inquietudes.
- Plan Parcela, para visitar predios y sus residentes a fin de dialogar sobre minería.
- Estrategia con grupos que tengan injerencia sobre las comunidades.
- Talleres para periodistas locales.
- Diálogos con la fuerza pública y sus comandantes de región.
- Talleres sobre mitos y realidades para la comunidad.
- Construcción de una mina a escala real para ser visitada.
- Talleres teórico-prácticos sobre sistemas de explotación.
- Ferias mineras con titulares mineros.

- Talleres con alcaldes-concejos-secretarías de Minas y otros actores.

Todo lo anterior es importante y debería ser fortalecido con mecanismos tendientes a que los gobiernos regionales y locales incluyan a la minería como una opción de desarrollo económico, a través de la incorporación de esta en los planes de desarrollo, en los programas de gobierno y en los planes de ordenamiento territorial. Con estos instrumentos, la minería quedaría incluida en el ordenamiento jurídico y podría gozar de la estabilidad que requiere para conseguir la inversión que necesita para su ejecución.

Sin embargo, siempre quedará pendiente definir si conviene que las autoridades mineras hagan presencia en los territorios de manera permanente, como se hacía en el pasado.

Medidas administrativas del Gobierno nacional y el sector privado

Otra gestión interesante para este pilar fue la adopción de la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI), que se define como “un Estándar mundial que promueve la gestión abierta y responsable de los recursos del petróleo, gas y minerales. Que se refleja en el fortalecimiento de la gobernanza del sector extractivo colombiano”¹⁰.

EITI Colombia adquirió compromisos, entre los cuales, está adelantar una estrategia territorial mediante la cual se permita a los ciudadanos y las autoridades contar con información “veraz y precisa” sobre el sector minero energético, que como se observa ya está siendo ejecutada. Lo que se esperaría con ello es que, al tomar decisiones a nivel territorial, que tuvieran relación con este sector, las comunidades y sus autoridades puedan hacerlo de manera informada.

10 <http://www.eiticolombia.gov.co/node/23>

Por el momento, a esta iniciativa están vinculadas las empresas con proyectos de gran minería. Lo deseable sería que pudiera extenderse a la mediana minería también.

INFORMACIÓN

La información es el activo más importante que en este, como muchos sectores, se puede conseguir para agregar valor. Desde la expedición de la Ley 685 del 2001, en su capítulo xxx, sobre el Sistema Nacional de Información Minera, se identificó la necesidad de construir el citado sistema para los asuntos relacionados con el conocimiento de la riqueza del subsuelo y los espacios marítimos jurisdiccionales y la industria minera, con el propósito de poder acertar tanto en las políticas como en las medidas administrativas y regulatorias.

Es innegable que resulta indispensable conocer el estado de la actividad en forma permanente, con la visión de monitorear sus cambios, a fin de ajustar las políticas y la regulación, a sus necesidades. Lo demás es especular sobre lo que se necesita o se hace y resulta poco efectivo. Debería poder determinarse con qué se cuenta, qué impacto tuvo la regulación expedida, si se lograron los objetivos y metas, e ir ajustando las condiciones a aquellas que permitan el éxito del empresario y con esto el crecimiento de la actividad y de sus beneficios.

Medidas regulatorias

El Decreto 1993 del 2002 dispuso hace dieciséis años que correspondería al Ministerio de Minas y Energía, o la entidad en quien este delegue, elaborar, administrar, mantener y operar el Sistema Nacional de Información Minera. Se dijo igualmente que este se alimentaría de la información proveniente de “todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que posean o

procesen información confiable relativa a la riqueza minera o a la industria extractiva, para que sea la fuente de información del sector minero colombiano y de sus estadísticas oficiales, la cual será facilitada a todos los usuarios en forma integrada, confiable y oportuna”.

En el 2013, el Gobierno expidió el Decreto 935 y la Resolución 428, en las que se contempla la importancia de que el Estado tenga acceso a la información del subsuelo, obtenida durante la etapa de exploración.

Trece años después de expedido el código, y para el primer propósito señalado en la ley a que se hizo referencia, la Agencia Nacional de Minería (ANM) y el Servicio Geológico Colombiano (SGC) definieron el tipo de información geológica y de conocimiento del subsuelo, que debería aportarse por parte de los concesionarios del Estado, así como el procedimiento para su entrega a través del documento denominado “Manual de suministro y entrega de la información geológica generada en el desarrollo de actividades mineras” y a través de la Resolución conjunta 483 del 2015, adoptaron el citado manual.

Con fundamento en lo anterior, se expidió entonces la Resolución 143 del 2017 que prescribe que los beneficiarios de títulos o concesiones y los propietarios de minas deben proveer la información geológica, minera, ambiental y económica necesaria para actualizar el Sistema Nacional de Información Minera, como una obligación a su cargo.

Se ordena en dicha resolución, que la información sea allegada con los formatos y los medios definidos en la Resolución conjunta 483 del 2015 de la Agencia Nacional de Minería y del Servicio Geológico Minero, sin embargo, hasta la fecha no se han dado los mecanismos electrónicos para entregar, recibir y procesar esta información, perdiendo la oportunidad de contar con el activo más importante que el Estado pudiera tener y es la información actualizada y en tiempo real, de los yacimientos y su potencial y de la industria y su desempeño.

En materia de información de la industria, se está recolectando información valiosa por medio de los Formatos Básicos Mineros, por medios electrónicos por medio de la plataforma del SI MINERO. No es claro a la fecha, qué destino tiene esa información, además del ejercicio de la función de fiscalización minera. Por otra parte, no hay más fuentes que alimenten al sistema de información con datos sobre la industria minera, lo que motiva que no se pueda entregar información veraz y oportuna al país, que dimensione la importancia del sector.

Tampoco se han desarrollado aún, los conceptos de información integrada, confiable y oportuna. Es posible que pueda pensarse que por los contenidos que se exigen en la información que se somete a consideración de las autoridades, ya se tienen garantizadas esas características, pero no se conocen resultados respecto de evaluaciones en ese sentido.

No ha sido posible por el momento, identificar los elementos de entorno que inciden en la competitividad y que la afectan, con fundamento en información recolectada de los titulares mineros y procesada por las autoridades. Por tanto, este es el pilar de la política pública, cuyo desarrollo se encuentra más atrasado, a pesar de la relevancia que tiene tanto para el diseño de nuevas políticas públicas como para la adopción de medidas regulatorias, enfocadas en el mejoramiento del entorno de inversión y para la promoción del sector en el país.

Medidas administrativas

Los esfuerzos del Ministerio de Minas y Energía en materia de medidas administrativas, se han orientado, en nuestra opinión, de manera asertiva, con la generación de alguna información básica sobre la actividad en cuanto a qué se hace y cómo se hace, para permitir la recuperación de la confianza y el relacionamiento Estado-empresa-comunidad, con las falencias antes anotadas. Aun cuando sea un poco

tardía la gestión, era necesario comenzar con esta, dado que la desinformación genera miedos y son estos los que en algunas ocasiones alimentan el descontento y la oposición. Los miedos pueden ser infundados y, por ello, el estudio de percepción y la capacitación de voceros, a que nos referimos anteriormente, son herramientas claves para el éxito del propósito de construir *confianza legítima*. De esta manera, es evidente que el pilar de información se relaciona con el de *confianza legítima*.

Medidas regulatorias de control, vía generación de información

Otro tema relacionado con la generación de información es la posibilidad que se genera para el Estado de controlar la explotación, el aprovechamiento y la comercialización ilegal de minerales. Con tal propósito se procedió con la creación del Registro Único de Comercializadores de Minerales (RUCOM) en la Ley 1450 del 2011 correspondiente al Plan Nacional de Desarrollo, a través del artículo 112.

Se ha producido información muy importante para el Estado, que le permite conocer a los actores del sector minero, en la cadena de valor.

Aun cuando esta regulación es ejemplo de la práctica frecuente de “ensayo-error”, en la expedición de normas, en su conjunto ha tenido un efecto importante para la transparencia en materia de producción minera, así como para saber quiénes comercializan los minerales en los mercados nacional e internacional.

A continuación, se relacionan las normas expedidas en este tema, el cual ha presentado especial dificultad, en materia de la acreditación de capacidad económica para el ejercicio de la comercialización de minerales (tabla 1).

TABLA 1. NORMAS EN MATERIA DE COMERCIALIZACIÓN
DE MINERALES

Norma	Fecha	Entidad	Tema	Tiempo vigencia
Decreto 2637	17-12-2012	Ministerio de Minas y Energía	Por el cual se reglamenta el artículo 112 de la Ley 1450 del 2011.	Vigencia cuatro meses. Modificado por el Decreto 705 del 2013.
Decreto 0705	12-04-2013	Ministerio de Minas y Energía	Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 2637 del 2012.	Vigencia dos años un mes. Derogado por el Decreto 276 del 2015.
Decreto 035	13-01-2014	Ministerio de Minas y Energía	Por el cual se adecua la implementación del Registro Único de Comercializadores de Minerales (RUCOM) y se dictan otras disposiciones.	Vigencia un año y un mes. Derogado por el Decreto 276 del 2015.
Decreto 0276	17-02-2015	Ministerio de Minas y Energía	Por el cual se adoptan medidas relacionadas con el registro Único de Comercializadores (RUCOM).	Vigencia tres meses. Compilado en Decreto 1073 del 2015.
Resolución 396	17-06-2015	Agencia Nacional de Minería	Por medio de la cual se establecen los criterios para determinar las excepciones a la inscripción en el RUCOM.	Vigencia un año.
Decreto 1421	1-09-2016	Ministerio de Minas y Energía	“Por el cual se adiciona y modifica el Decreto Único reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 del 2015, respecto de la adopción de medidas relacionadas con el beneficio y comercialización de minerales y se adiciona y modifica el Decreto Único	Dos años vigente. Modifica el 1073 del 2015 y 1076 del 2015.

Norma	Fecha	Entidad	Tema	Tiempo Vigencia
			reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, 1076 del 2015 respecto al licenciamiento ambiental para plantas de beneficio’.	
Resolución 208	27-04-2017	Agencia Nacional de Minería	Por medio de la cual se establecen los criterios que permitan determinar la capacidad económica de personas naturales y jurídicas para cumplir las actividades de comercialización de minerales.	Vigencia: un año. Modificada por la Resolución 362 del 2017 y la Resolución 171 del 2018.
Decreto 1102	27-06-2017	Ministerio de Minas y Energía	Por el cual se adiciona y modifica el Decreto Único reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 del 2015, respecto de la adopción de medidas relacionadas con la comercialización de minerales.	Vigente actualmente.
Resolución 362	29-06-2017	Agencia Nacional de Minería	Por medio de la cual se modifica la Resolución 208 del 27 de abril del 2017.	Vigencia: diez meses. Modificada por la Resolución 171 del 2018.
Resolución 171	19-04-2018	Agencia Nacional de Minería	Por medio de la cual se derogan las Resoluciones 208 del 27 de abril del 2017 y 362 del 29 de junio del 2017 y se dictan nuevas disposiciones para establecer los criterios que permitan determinar la capacidad económica de las personas naturales y jurídicas para cumplir actividades de comercialización de minerales.	Vigente actualmente.

INSTITUCIONALIDAD MINERA

En materia de institucionalidad minera se hace urgente comenzar con la implementación de los principios constitucionales dentro del sector. Incluso cuando debe reconocerse la gestión para el fortalecimiento de la autoridad minera, persiste la desarticulación de las entidades, en el logro de objetivos que debieran ser comunes.

La Agencia Nacional de Minería ha propuesto la identificación de las competencias de cada entidad en el marco de los pilares de la política pública adoptada hasta el 2019, no solo del sector minero, con el propósito de identificar cómo se vienen ejerciendo. Sería muy interesante que se acogiera esta propuesta con miras a armonizar la gestión.

Finalmente, es evidente el esfuerzo que han hecho el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, para avanzar en el camino de la profesionalización de esta actividad. Sin embargo, se deben sumar los esfuerzos y no llevarlos a cabo de manera aislada, produciendo además insumos técnicos, económicos, legales, ambientales y sociales, por parte de las entidades de investigación del sector, que sustenten tanto la regulación como la gestión pública.

FORMALIZACIÓN MINERA

El programa de formalización minera fue previsto como una política pública, por parte del Gobierno nacional, diseñada no solo para los mineros sin título, sino para los pequeños mineros que por alguna razón no pueden cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en la ley y el reglamento para el ejercicio de la actividad.

Las principales figuras normativas previstas para los mineros sin título fueron:

- Subcontrato de formalización.
- Devolución de áreas.
- Reservas para la formalización minera.

Se trata de figuras generosas y que reconocen la tradicionalidad del minero informal, con las siguientes características:

Subcontrato de formalización: es la manera de vincular al sector formal en la solución de la ilegalidad de las unidades extractivas de mineros tradicionales. Como ha sido prevista, permitiendo la fiscalización diferenciada y la separación de responsabilidades, además, de la posibilidad de hacer negocios de interés mutuo entre los mineros, constituye una herramienta útil y atractiva.

Devolución de áreas para la formalización: para quienes no quieren tener una relación contractual permanente con los mineros tradicionales, o responder por un deber de supervisión y además no requieren del área ocupada por sus trabajos, es una opción de solución muy efectiva eliminando todo riesgo de responsabilidad respecto de las actividades, consentidas o permitidas, del minero tradicional.

Reservas para la formalización minera: permite al Estado que en áreas libres o que sean liberadas con el propósito de formalizar mineros, no se pierdan esas áreas por la aplicación del principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho” para el propósito de formalizar. Así mismo, permite celebrar contratos especiales que comiencen la etapa de explotación, con ciertas excepciones y tiempos más laxos, en el cumplimiento de requisitos legales.

Sin embargo, presentan igualmente las siguientes dificultades:

Subcontrato de formalización: tiene como limitante la imposibilidad para el minero tradicional de superar los montos de producción de la pequeña minería. Entonces, recibiendo el apoyo estatal y del minero formal titular de la concesión, el minero tradicional debería poder mejorar su desempeño y crecer su producción, pero la regulación lo mantiene en niveles casi artesanales de explotación.

El segundo problema es la necesidad de obtener una licencia ambiental, sin reconocer en materia ambiental, la

antigüedad de la explotación se pretende dar tratamiento jurídico de prefactibilidad a una actividad ya existente, los impactos deben ser manejados y compensados.

Devolución de áreas: la figura de la devolución de áreas, como se dijo, resulta muy interesante para aquellos beneficiarios de concesión que desean entregar zonas en las que hay explotación minera irregular. Sin embargo, presenta como primer problema, que mientras se obtiene la concesión minera de formalización y la respectiva licencia ambiental, no es posible comercializar la producción, en razón a que las normas del Registro Único de Comercializadores de Minerales (RUCOM), no tiene incluidos a estos mineros, como un minero autorizado en los términos de la norma. Por tanto, se produce, pero no es posible comercializar lícitamente.

Igualmente, se exige obtener licencia ambiental para un proyecto en ejecución.

Reservas para la formalización minera: la dificultad está en que no se ha diseñado la regulación necesaria para el otorgamiento de las concesiones especiales de formalización. Por tanto, se está permitiendo trabajar con base en la reserva que hace el Estado, pero sin un título minero.

Por otra parte, se cuestiona que, a través de las figuras de la formalización, se tenga como posibilidad permanente, para mineros irregulares, acceder a la legalidad. Eventualmente se puede crear un mensaje equivocado a la sociedad, en el sentido de que no cumplir con la normatividad da lugar a privilegios y exoneraciones en la aplicación de sanciones.

A continuación, se relacionan las normas expedidas en materia de legalización o formalización de mineros tradicionales. No existe una evaluación de la efectividad de esas normas. Hoy no se sabe si quienes fueron beneficiados en el pasado con estos programas conservan aún los títulos mineros y han logrado mejorar su desempeño de la actividad. Por tanto, la efectividad de estas amnistías, no ha sido medida regularmente para saber si se ha disminuido la actividad ilegal en el país.

SÍNTESIS ACERCA DE LA FORMALIZACIÓN DE LA MINERÍA INFORMAL EN COLOMBIA. PERIODO 1994-2018

Por otra parte, debe señalarse que se ha fracasado en atender debidamente lo dispuesto por el artículo 107 de la Ley 1450 del 2011, que dispuso como un deber del Gobierno nacional, implementar una estrategia para diferenciar la minería informal de la minería ilegal.

Lo que sí ha venido haciendo es cumplir con el segundo deber impuesto que se refiere a construir una estrategia que proteja a los mineros informales, garantizando su mínimo vital y el desarrollo de actividades mineras. Se ordena igualmente que se considere la posibilidad del ejercicio de otras actividades, en casos en que ello sea lo recomendable, pero que se les garantice a tales personas una vida digna. Por el momento, no existe nada en ejecución con este fin.

FUNCIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA REGULACIÓN MINERA

A pesar de la abundancia de regulación minera del último quinquenio, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa han considerado que existen vacíos regulatorios, que deben ser llenados por las Altas Cortes para que el ordenamiento jurídico funcione de manera adecuada con los fines y principios legales y constitucionales.

Sentencias como la C-123 del 2014, la T-445 del 2016, la C-035 del 2016 y la C-389 del 2016 de la Corte Constitucional y las sentencias del Consejo de Estado, como la tutela de Cumaral¹¹, han introducido importantes cambios en el marco normativo sectorial, como se explicó en acápite anteriores.

Son varios los temas en los cuales, la jurisprudencia ha adicionado las normas vigentes con reglas aplicables a los proyectos. A continuación, se hará una corta mención a ellos.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M. P.: Stella Carvajal, 30 de mayo del 2017, expediente n.º 1198-00.

TABLA 2.

Fundamento legal	Plazo para presentar la solicitud	Requisitos	Tipo de obligación institucionalizada por el régimen de formalización	Instrumentos de formalización
Ley 141 de 1994	Un año a partir de la vigencia de la Ley 1414 de 1994.	Explotación minera de hecho de pequeña minería. Ocupación continúa de la mina hasta el 30 de noviembre de 1993. Solicitud de la licencia, contrato o permiso respectivo.	Dispositiva	La licencia, contrato o permiso para la explotación de recursos mineros.
Ley 685 del 2001	Permanente desde la vigencia de la Ley 685 del 2001.	Motivo de orden económico o social. Explotación tradicional de minería informal. Solicitud de la comunidad minera o de oficio por la autoridad minera.	Dispositiva	El contrato de concesión minero.
Ley 685 del 2001	Tres años computados a partir del primero (1.º) de enero del 2002.	Explotación de mina de propiedad estatal sin título inscripto en el Registro Minero Nacional. Deber de presentar la solicitud de formalización. Cumplimiento de las exacciones establecidas para el contrato de concesión minera.	Imperativa	El contrato de concesión minera.

Fundamento legal	Plazo para presentar la solicitud	Requisitos	Tipo de obligación institucionalizada por el régimen de formalización	Instrumentos de formalización
Ley 1382 del 2010	Dos años computados a partir de la promulgación de la presente ley.	Minero, grupo o asociación de minería tradicional que explote mina de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional. Acreditación de los trabajos mineros de manera continua desde antes de la vigencia de la Ley 685. Deber de presentar la solicitud de formalización	Imperativa	El contrato de concesión minera.
Ley 1658 del 2013	-	Cumplir con las exacciones establecidas para el contrato de concesión minera. Minero de pequeña escala o pequeño minero que a la vigencia de la Ley 1658 del 2013 desarrollaba explotación de minerales en áreas objetos de títulos mineros.	Permisiva	Subcontrato de formalización. Devolución de áreas para la formalización minera.
Ley 1753 del 2015	-	Minero de pequeña escala o pequeño minero que desarrollaba captación de minerales en áreas objetos de títulos mineros desde antes del 15 de julio del 2013	Permisiva	Subcontrato de formalización. Devolución de áreas para la formalización minera. Áreas de reserva estratégica minera para la formalización de pequeños mineros.

Fuente: elaborado por Samir de Jesús Guerrero Perea, julio del 2018.

Para el otorgamiento de autorizaciones administrativas

La honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-124 del 2014 señaló que las competencias de las autoridades nacionales para autorizar la realización de actividades de exploración y explotación minera deberían “acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad”¹².

En dicho texto fijó unos parámetros muy claros en relación con la forma como deben actuar las autoridades.

Una adecuada protección de los contenidos principales en tensión deberá permitir la participación de los municipios en la determinación de aspectos como i) los fines que la exclusión de la actividad de exploración y explotación minera en determinadas áreas del territorio busque alcanzar; ii) las causas y condiciones que determinan que un área del territorio se declare como zona excluida de esta actividad; iii) la forma en que cada uno de los niveles competenciales participen en el proceso de creación normativa; iv) las funciones específicas que uno y otro nivel tendrá en ejercicio de dicha competencia; y v) los parámetros que deban cumplir los procedimientos que se creen para declarar una zona excluida de la actividad minera”.

“Para la Corte, si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de organización unitaria del Estado —artículo 1 de la Constitución— y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la Constitución, que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la

12 Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, M. P.: Alberto Rojas Río, 5 de marzo del 2014.

explotación de recursos naturales; también deben tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses —artículo 287 de la Constitución—, y de coordinación y concurrencia —artículo 288 de la Constitución—, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos”.

A su vez, el honorable Consejo de Estado¹³ explica:

Como lo ha manifestado la Corte, el principio de coordinación parte de la existencia de competencias concurrentes o de concurrencia de competencias —agregaría la Sección— entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal.

El principio de concurrencia se explica a partir de considerar que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la administración. Lo que implica que las competencias deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia, estén llamadas a participar. De este principio se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad.

Por su parte, el principio de subsidiariedad corresponde a un criterio tanto para la distribución y como para el ejercicio de

13 Consejo de Estado, Sentencia de Tutela, Expediente 11001-03-15-000-2017-02389-01, 5 de abril del 2018. Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado y la correspondiente atribución de competencias deben realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo que es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores, cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades.

De la lectura de estas sentencias se pueden destacar las siguientes ideas:

- Las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población.
- Mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.
- La coordinación supone que el ejercicio de competencias se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines estatales.
- La concurrencia implica que las competencias deban atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia, estén llamadas a participar.
- La subsidiariedad tiene dos connotaciones: (i) la intervención del Estado y la correspondiente atribución de competencias deben realizarse en el nivel más próximo

al ciudadano; (ii) las autoridades de mayor nivel de centralización solo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores, cuando estas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades.

En el evento de crearse zonas excluidas para la minería

Vale la pena señalar que el concepto de *seguridad jurídica*, entendido como un presupuesto de estabilidad de la regulación para el ejercicio de actividades económicas, ha sido limitado por la honorable Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, en cuanto a su alcance para el sector minero.

En la Sentencia C-035 del 2016^[14], textualmente la Corte señala:

Adicionalmente, esta Corporación también ha señalado que las autoridades deben ejercer estricta vigilancia y control sobre dichas actividades. Por ello pueden impartir instrucciones para el desarrollo de la actividad con el propósito de garantizar un ejercicio adecuado de la misma, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento.

En esa medida, es necesario concluir que el contrato de concesión no le otorga al concesionario particular la titularidad sobre los bienes del subsuelo, que siguen siendo de propiedad estatal. La obligación del Estado para con el concesionario se circunscribe a la entrega de una participación en la explotación

14 Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 2016, expediente D-10864 M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 del 2011, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; y contra los artículos 20, 49, 50 (parcial) 9, 51, 52 (parcial) y el párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 del 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

del bien. Por lo tanto, la sola existencia de un contrato de concesión no impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ello se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia constitucional. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el Estado adquiere información nueva de que un medicamento, un alimento, o la explotación de un determinado material de construcción tienen consecuencias nocivas para la salud.

En tales casos, el estado puede perfectamente prohibir la producción, transformación, distribución y comercialización del respectivo producto. Con mayor razón, puede entonces prohibir la extracción de un recurso de su propiedad, siempre que exista una duda razonable sobre la afectación de bienes jurídicos objeto de protección constitucional. Aceptar una posición contraria, limitando la actividad del Legislador y del gobierno a la inexistencia de contratos de concesión equivaldría sujetar la actividad legislativa a intereses particulares, estancar la capacidad del ordenamiento de responder a los cambios sociales, e invertir la regla constitucional de prevalencia del interés general.

Siendo ello así, en virtud de la prevalencia del interés general sobre el particular es perfectamente posible desde el punto de vista constitucional que el Legislador prohíba una actividad que estaba desarrollando en conjunto con un particular, cuando con ello se pretenda evitar un riesgo para un bien jurídicamente protegido. Por lo tanto, el hecho de que en la primera hipótesis el Estado haya suscrito un contrato de concesión con el particular no le impide al Legislador prohibir la actividad respectiva, incluso durante la vigencia del contrato mismo. En esa medida, no es atendible el argumento del procurador General, según el cual la disposición acusada persigue un fin constitucionalmente válido que es el de armonizar bienes jurídicos, y en particular, la libertad económica con la protección del medio ambiente, toda vez que el texto constitucional mismo contiene una regla de prevalencia del interés general.

De esta sentencia se pueden destacar las siguientes ideas:

- El contrato de concesión no le otorga al concesionario particular la titularidad sobre los bienes del subsuelo.
- La sola existencia de un contrato de concesión no impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ello se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia constitucional.
- El texto constitucional mismo contiene una regla de prevalencia del interés general.

Por supuesto esto ha significado un cambio grande en la jurisprudencia y doctrina imperantes hasta hace poco, e incluso entra en conflicto con las tradicionales instituciones jurídicas mineras y la regulación vigente, en razón a que hacer de la concesión minera una autorización estatal revocable destruye la valiosa seguridad jurídica de que había gozado hasta hace poco y que protege la inversión a riesgo, que hace el empresario minero.

No sobra recordar que el Código de Minas en su artículo 45 dispone que el contrato de concesión es aquel que faculta a un particular para efectuar por su cuenta y riesgo, los estudios, trabajos y obras de minería. Igualmente, es claro de acuerdo con la ley, que el Estado no tiene obligación de saneamiento, frente a su contratista. Por tanto, si no se le da estabilidad y seguridad a su concesión, no habrá quien quiera invertir en una actividad tan riesgosa, en esas condiciones.

En el evento de cambiarse los usos del suelo

En relación con este tema, resulta del mayor interés el contenido de la sentencia del H. Consejo de Estado en una acción de tutela conocida popularmente como la “tutela de Cumaral”, en la cual el alto tribunal explicó:

En el nivel territorial, que es el que aquí interesa, debe tenerse en cuenta el contenido de la consulta popular, pues si la consulta abordó asuntos de carácter general, la decisión dará lugar a la expedición de reglamentos, actos normativos: decretos, acuerdos municipales u ordenanzas departamentales, según el caso. Pero si se trató de asuntos particulares y concretos, la decisión dará lugar a la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto.

Resulta de suma importancia determinar cuáles son los efectos que producen esos actos jurídicos que se expiden en virtud de la decisión del pueblo, en especial, de los actos normativos o reglamentos, pues de ese modo se determina qué pasará con las situaciones jurídicas de los sujetos que, al amparo de la normativa anterior, ganaron un derecho o tuvieron que cumplir una carga.

Los actos administrativos y los actos reglamentos tienen como característica la ejecutividad. Es decir, que tienen fuerza normativa y, por ende, obligan tanto a la autoridad que lo profiere como a los destinatarios del acto. En virtud de esa fuerza normativa, dichos actos empiezan a regir desde el momento en que adquieren firmeza y quedan debidamente notificados y publicados...

De modo que, si la decisión del pueblo en una consulta popular impone la expedición de actos normativos, reglamentos, los efectos de la decisión serán hacia el futuro, es decir, empiezan a regir desde el momento en que se profiere y publica. Solo desde la publicación en el medio autorizado tendrán efectos vinculantes y siempre hacia el futuro.

Esa precisión es importante porque los ciudadanos conservarán los derechos o cargas que se otorgaron o impusieron hasta antes de la expedición del acto jurídico (acto administrativo o reglamento). Así, si un particular, bajo la normatividad anterior ganó o consiguió determinado derecho, quiere decir que consolidó una situación jurídica favorable, que incluso pudo haber entrado a su patrimonio económico o moral. Y

un acto normativo contrario que se expida para ejecutar la decisión del pueblo no puede afectar esa situación particular ya consolidada.¹⁵

Esta decisión de tutela, que por el momento produce efectos *inter partes*, está siendo revisada por la honorable Corte Constitucional, quien determinará si estos planteamientos de tanta trascendencia pueden tener aplicación *inter comunis*.

De esta sentencia hay las siguientes ideas principales:

- Los resultados de una consulta popular por sí mismos no producen efectos, sino que se requiere de actos normativos para implementarlos.
- Esos actos normativos producen efectos hacia el futuro a partir de su expedición y publicación.
- Los ciudadanos que hayan adquirido derechos u obligaciones hasta antes de la expedición del acto normativo deben continuar rigiéndose en sus actividades bajo anterior con la que consiguió el derecho o consolidó la situación jurídica favorable.

Para manejar la ilegalidad

La honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-389 del 2016 dispuso:

La normativa minera (i) debe proteger la **minería de subsistencia**, tradicional de comunidades campesinas y **ancestral** de pueblos indígenas y comunidades negras (ii) permitir la adecuación progresiva de la **minería informal**, esto es, aquella que no satisface algún requisito legal, pero puede llegar a hacerlo (iii) desarrollar normas efectivas para el control de la **minería ilegal**, la cual es aquella que no satisface ninguno

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M. P.: Stella Carvajal, 30 de mayo del 2017, expediente n.º 1198-00.

de esos requisitos y (iv) reforzar la lucha contra la **minería criminal**, que adelantan los grupos armados al margen de la ley para su financiamiento. Esta clasificación doctrinaria puede ser acogida o modificada por el Congreso de la República. (Énfasis de la autora)

Este pronunciamiento jurisprudencial hace un aporte interesante que no había hecho la legislación para diferenciar los tipos de actividad extractiva sin un título minero. A través de los años, se ha visto cómo se manejan indistintamente los términos:

- Minería artesanal.
- Minería de subsistencia.
- Minería informal.
- Minería de hecho.
- Minería tradicional.
- Minería ancestral.
- Minería ilegal.
- Minería criminal.

Por eso no es sencillo para el operador jurídico diferenciar los responsables de cada una de ellas.

NECESIDADES DE REGULACIÓN O ARMONIZACIÓN REGULATORIA

Aspectos metodológicos

La regulación minera debe dejar de ser abordada de manera casuística y reactiva, así como obedecer a los objetivos y metas establecidos en las políticas públicas, con evaluación de los impactos que genera.

La regulación debe estar acompañada de gestión pública con planes, programas y proyectos, pero además con la medición de los resultados obtenidos. Se debe igualmente

hacer especial énfasis en la venta de la minería en el país como una opción de desarrollo no solo nacional, sino regional y local y construir la confianza legítima en la relación de la nación y sus contratistas con el territorio, así como condiciones de gobernanza.

Necesidad regulatoria

– Programas

Se identifica la necesidad de expedición de regulación para soportar algunos de los programas y poder ofrecer la seguridad de su obligatoriedad y permanencia en el tiempo, así como contar con un instrumento vinculante. Ejemplo de ello es la concertación con la administración municipal para la definición de áreas con susceptibilidad de otorgar concesiones mineras.

Los contratos plan deberían pasar de un enunciado legal, a una realidad, donde la planeación a nivel nacional, regional y local se coordinará en la búsqueda de fines comunes de desarrollo sostenible.

Gestión social

Debería existir armonización entre los distintos reglamentos relativos a los planes de gestión social a fin de que sumen y satisfagan las necesidades más apremiantes de las comunidades. Inclusive considerar si podrían ejecutarse entre varios titulares mineros, con el propósito de que la inversión sea más cuantiosa y representativa.

– Beneficios de las regalías

Se debe evaluar si el cambio en el Sistema General de Regalías ha causado que los recursos no lleguen a las regiones, y que el descontento en las regiones crezca en desmedro de los

esfuerzos por construir la *confianza legítima*, así como llevar a cabo los ajustes regulatorios necesarios para regresar la renta a las regiones.

– Formalización minera

La formalización, como posibilidad permanente para mineros irregulares, no debe mandar un mensaje equivocado a la sociedad en el sentido de que no cumplir con la normatividad da lugar a privilegios y a exoneraciones de la aplicación de sanciones. Es importante reducir la ilegalidad y no fomentarla. Los actuales programas deben tener un seguimiento y monitoreo, de manera que no suceda lo mismo que ha ocurrido con los programas anteriores, respecto de los cuales no se tienen datos sobre su efectividad para reducir la informalidad.

– Información sectorial

Como se analizó, son dos los grandes temas en materia de información: (i) riqueza del subsuelo y (ii) estado de la industria.

Para los dos casos deben crearse e implementarse los mecanismos electrónicos para entregar, recibir y procesar la información sectorial que se produzca por los actores del sector, para dar cumplimiento a lo previsto en el capítulo xxx del Código de Minas. Esto será de especial importancia para recibir la información que se produzca estandarizada, con base en la aplicación de la metodología CRIRSCO. Debería adoptarse un formato de entrega en DATABASE para recibir la información generada y analizada por expertos, con metodología CRIRSCO.

Por otra parte, y respecto de la información de la industria, lo que hoy se reporta vía SI MINERO debe ser procesado, sin perjuicio de que se diseñen otros mecanismos de recopilación de información de otros actores del sector.

Es conveniente, además, considerar que las iniciativas de transparencia deben extenderse a la mediana minería y en el mediano plazo a la pequeña minería también.

– Acceso a la tierra

Hay una problemática muy seria con la forma como se abordan los distintos ordenamientos de los elementos del territorio. A juicio de quienes elaboran este documento, el fundamento está en la consideración del concepto de territorio en una única dimensión, equiparándolo con el suelo. Al desconocer las tres dimensiones que en virtud de los artículos 101 y 102 de la Constitución Nacional tiene el territorio, y la ubicación de sus componentes, se generan los conflictos por el uso de ese territorio.

– En relación con el ordenamiento del territorio

Sumado a lo anterior, los distintos ordenamientos de los elementos del territorio deben conducir a la coexistencia de las actividades y no a la exclusión. Hoy las actividades económicas comparten el territorio, pero la regulación pretende que no sea así, en un claro desconocimiento de la realidad. En materia ambiental, se debe garantizar el principio del desarrollo sostenible y considerar aumentar las áreas de uso mixto en los ordenamientos ambientales y territoriales.

– Ley del geólogo municipal

En el sector académico y gremial de los geólogos han sugerido que se expida una ley que contemple la necesidad de contar con un geólogo en cada municipio del país, con el propósito de que colabore en el conocimiento del territorio, de sus potencialidades y de sus amenazas, a fin de construir las políticas y regulaciones locales.

– Seguridad jurídica

Como un elemento vital del entorno de inversión deben clarificarse los temas que hoy amenazan la seguridad jurídica en materia minera. Desde la naturaleza de los derechos que confiere la concesión hasta la posibilidad de afectarla con regulación sobreviniente y la viabilidad de compensaciones por la pérdida de los derechos.

Continuidad con los programas

Los planes, programas y proyectos que ejecutan tanto el Ministerio de Minas y Energía como la Agencia Nacional de Minería, no reciben el apoyo de otras instituciones del Estado, ni tampoco de los demás actores del sector: empresarial, gremial y académico. Esto le resta eficacia al esfuerzo. Hay que sumar para lograr más rápidamente los objetivos y metas planteados.

Así mismo, y a pesar de que no todo problema se resuelve con las normas y es indispensable la gestión pública para construir la confianza legítima, algunos de los resultados de su implementación requieren de un sustento legal para dotarlos de obligatoriedad como instrumento vinculante.

Institucionalidad

– Sistema Nacional de Minero-Energético

Sería muy conveniente para la armonización de los esfuerzos de la institucionalidad, que se creara un sistema nacional minero-energético compuesto por las entidades que construyen la política, las que la ejecutan y los organismos de investigación.

Es innegable la importancia que tiene para el sector la labor que desempeña la Unidad de Planeación Minero-Energética y su Subdirección de Minería con la producción

de documentos de investigación del sector, que debieran ser programados, definidos y aprovechados, en forma conjunta, con las entidades encargadas de la planeación y la ejecución de las políticas y la regulación.

De igual manera, el Servicio Geológico Colombiano tiene a su cargo una muy importante tarea, que por los logros obtenidos le ha merecido ser considerado uno de los mejores institutos de investigación a nivel mundial. Las publicaciones que recientemente ha producido, con ocasión de la celebración los cien años de su fundación, dan cuenta del nivel profesional con que cuenta Colombia en estos temas. Debería poder compilar, validar y procesar toda la información sobre la riqueza del subsuelo que se produce en el país. Para ello, debería contar con los sistemas electrónicos necesarios para cumplir esa tarea.

CONCLUSIONES

Aun cuando se ha expedido regulación y se han implementado medidas administrativas valiosas, para desarrollar los cinco pilares de la política minera *Bases para la minería del Futuro*, todavía hay cosas por hacer, para consolidar una industria que aporta de manera significativa al desarrollo de Colombia y a los fines del Estado social de derecho en cuanto a lograr el fortalecimiento económico y social del país. Para ello se requiere de una institucionalidad más fuerte y cohesionada que interactúe de mejor manera con otras entidades estatales del orden nacional y con las entidades regionales y locales. Igualmente, es recomendable ejercer un liderazgo sectorial que involucre a otros actores públicos y privados, y que con su aporte ayuden a mejorar los resultados de la industria.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, M. P.: Alberto Rojas Ríos. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la Ley 685 del 2001 y del artículo 2.º (parcial) del Decreto 0934 del 2013. 5 de marzo del 2014.

Corte Constitucional, Sentencia C-389 del 2016, M. P.: María Victoria Calle Correa. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 del 2001. 27 de julio del 2016.

Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 2016, M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 del 2011 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; y contra los artículos 20, 49,50 (parcial 9, 51, 52 (parcial) y el parágrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 del 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M. P.: Stella Carvajal. 30 de mayo del 2017, expediente n.º 1198-00.

Consejo de Estado, Sentencia de Tutela. Expediente 11001-03-15-000-2017-02389-01. 5 de abril del 2018. Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Documentos

Gaceta del Congreso, Año IX - n.º 115, viernes 14 de abril del 2000.

Política Minera de Colombia. Bases para la minería del futuro (abril de 2016). Disponible en

<https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Po1%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad->

76da-41ca-8b11-2b82c0671320 (Consultado 15 de febrero del 2018).

Documento CONPES 3816 del 2014. https://www.anm.gov.co/?q=documentos_para_comentarios_ciudadania_2018 (Consultado el 17 de mayo del 2018).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia, más allá de la simplificación administrativa. (2014). Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Mejora%20Regulatoria/Presentaciones/Diplomado%20Mejora%20Normativa%202014/Estudio%20OCDE%20Politica%20Regulatoria%20Colombia%202013.pdf> (Consultado 22 de junio del 2018).

Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía para realizar la consulta pública en el proceso de producción normativa. Disponible en https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Mejora%20Regulatoria/Documentos/Gu%C3%ADa_consulta_p%C3%BAblica.pdf (Consultado 22 de junio del 2018).

Entrevistas

Dr. Pedro Perico, director de la Minería Empresarial, Ministerio de Minas y Energía.

Dra. Mónica Grant, directora de Formalización Minera, Ministerio de Minas y Energía.

Dra. Josefina Araújo, asesora del Despacho de la presidente de la ANM, para el relacionamiento con el territorio.

Dr. Freddy Rojas, Subdirección de Minería, Unidad de Planeación Minero-Energética U.P.M.E.