

**14** COLECCIÓN de REGULACIÓN  
MINERA y ENERGÉTICA

MILTON FERNANDO MONTOYA / Coordinador

# Temas de derecho minero-energético

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

Milton Fernando Montoya Pardo  
Coordinador

# **Temas de derecho minero-energético**

Universidad Externado de Colombia

Temas de derecho minero, energético y petrolero / Milton Fernando Montoya, coordinador ; Ana Paola Gutiérrez [y otros ]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

588 páginas : ilustraciones, gráficos, fotografías, mapas ; 21 cm. (Colección de Regulación Minera y Energética ; 14)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905205

1. Industria minera – Colombia 2. Industria minera -- Aspectos económicos – Colombia 3. Industria del petróleo -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Posconflicto armado -- Aspectos jurídicos – Colombia 5. Derecho minero -- Colombia I. Montoya, Milton Fernando, coordinador II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.  
diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-520-5

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Pablo Emilio Daza Velásquez

Composición: Precolombi EU, David Reyes

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

**PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LOS PRINCIPIOS  
DE COORDINACIÓN Y CONCURRENCIA: EL CASO  
DE LA EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS.  
UNA POSIBLE SALIDA LEGISLATIVA A  
TRAVÉS DEL CABILDO ABIERTO**

MAYRA ALEJANDRA ALCENDRA MOSCOTE<sup>1</sup>

INTRODUCCIÓN

En octubre de 2018, la Corte Constitucional expidió la Sentencia SU095 que buscaba esclarecer jurídicamente el problemático asunto de las consultas populares como mecanismos efectivos para impedir o no el desarrollo de las actividades extractivas en cualquier región del país. El alto Tribunal estableció con claridad que en ningún caso

---

1 Profesional en Comercio Internacional con énfasis en Finanzas Internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, magíster en Derecho del Estado con énfasis en Regulación Minera, Petrolera y Energética de la Universidad Externado de Colombia (en proceso título). Nueve años de experiencia en el sector banca empresarial y finanzas y tres años en el sector Energético–Oil&Gas, específicamente en la estructuración de proyectos y esquemas de gestión empresarial para la prestación de servicios energéticos en el sector Hidrocarburos. Alto conocimiento en el desarrollo y apertura comercial de interacción internacional con base en estudios políticos, económicos y operaciones de comercio exterior. Correo electrónico: mayam32@hotmail.com

una consulta popular puede constituirse en un mecanismo jurídico eficaz para impedir la actividad petrolera en un municipio o región. El alto Tribunal dejó en claro que hay un ordenamiento jurídico e institucional con competencias legítimas para dirimir los problemas derivados de la administración de los recursos petroleros del país por la vía de licencias ambientales o la adjudicación de contratos de exploración y explotación de estos recursos. Desde una perspectiva de las atribuciones institucionales de los distintos niveles del Estado colombiano, la Corte Constitucional encontró completamente claro el panorama y por esa razón ratificó que de ninguna manera un recurso extraordinario como la consulta popular puede tener eficacia jurídica para definir el futuro de una actividad reglada como la explotación y explotación petrolera en Colombia. De esta forma, el país podría considerar que queda superado el Estado de “permanente referéndum” frente a la explotación de hidrocarburos en Colombia.

De esta manera, la Corte parecía esclarecer lo que se había convertido en un oscuro laberinto jurídico. No obstante, se abrió, en mi consideración, una zona gris que impone muchas complejidades. En general, se puede asegurar que, para el máximo tribunal de los asuntos constitucionales, si bien la consulta popular no aplica como mecanismo jurídico eficaz para vetar las actividades petroleras en una región, se hace necesario concretar los principios de coordinación y concurrencia a través de un procedimiento eficaz que lleve a las comunidades, a las autoridades y a los empresarios a superar el problema de atribuciones entre las distintas instancias nacionales y locales. La complejidad radica en que no estamos frente a un simple caso de sincronización administrativa: el alto Tribunal no solo instó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) a establecer un mecanismo tal que permita

coordinar y concurrir con las otras entidades que pudieran tener atribuciones en el tema, sino que llamó la atención del Congreso de la República para que estableciera uno o varios mecanismos de participación ciudadana en la toma de estas decisiones. Desde mi perspectiva, este es el verdadero desafío del estado de cosas actual y ello no se resuelve simplemente con un procedimiento administrativo como el ya diseñado por la ANH para cumplir con los principios de coordinación y concurrencia.

En el presente artículo me propongo plantear la naturaleza del problema desde una perspectiva de la aplicación de los principios de autonomía territorial y estado unitario en materia de explotación de recursos naturales, asumiendo que el país quedó frente a un problema jurídico-político: cómo lograr por la vía del consenso entre los distintos actores institucionales, privados y sociales resolver el choque entre el derecho de las comunidades a definir su destino y la vocación de su territorio, la obligación del Gobierno a implementar las políticas necesarias para llevar prosperidad a su ciudadanía y el de los empresarios a cumplir y hacer cumplir los deberes y derechos que se derivan de los actos jurídicos emanados por las distintas instancias del poder, por ejemplo, los relacionados con la explotación de petróleo o gas y licencias ambientales para el desarrollo de este tipo de proyectos. ¿Persiste el estado de permanente referéndum frente a la actividad exploratoria del petróleo en el país? Mi tesis señala que de no lograr una salida legislativa al problema, el asunto derivará nuevamente en insatisfacción social, inclusive en los casos en que se apliquen procedimientos de coordinación y concurrencia, como el ya propuesto por la ANH. Es claro que la Corte dirimió el problema de manera salomónica exigiendo al Gobierno que diseñara un mecanismo para lograr la eficiencia institucional suficiente que impida

“choques de trenes”, pero, a su vez, exhortando al Congreso a establecer las reglas del juego mediante uno o varios procedimientos de participación ciudadana. En este texto se realizará inicialmente un recorrido sobre las definiciones constitucionales que nos ha entregado la alta Corte, junto con la manera como el Gobierno guía la acción específica de la industria en los territorios, así como el modo en que reglamentó el mecanismo de coordinación y concurrencia para el caso de la industria petrolera. Se concluye con una propuesta para superar de manera clara el problema. El texto desarrolla la idea sobre la necesidad de utilizar un mecanismo de participación ciudadana subutilizado hasta el momento: el de los cabildos abiertos.

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA  
TERRITORIAL Y ESTADO UNITARIO EN MATERIA  
DE EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Los choques por cuenta de la implementación de la autonomía territorial en un Estado unitario han sido permanentes en la historia jurídica reciente de Colombia. Por esta razón, la Corte Constitucional ha tenido que pronunciarse de manera más o menos reiterada en los últimos 25 años respecto de este tema.

No se trata de un debate nuevo ni restringido exclusivamente al uso de los recursos naturales. Ya en 1994, con menos de cuatro años de vigencia de la nueva Carta Magna, fue necesario que la alta Corte planteara lo que era posible interpretar acerca de estos dos principios en el caso de las participaciones de los municipios en los ingresos corrientes de la nación y su autonomía para determinar la asignación en los aspectos sociales como salud, educación, agua y saneamiento básico.

En ese momento, la Corte Constitucional advirtió sobre la manera en que interpretaba tanto el principio de autonomía territorial como el de Estado unitario.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se dio un paso fundamental en materia de ordenamiento territorial en lo que respecta a la autonomía de las entidades territoriales, sin que ello signifique la adopción de un poder absoluto, federativo e ilimitado para ellas, con desconocimiento de la unidad nacional.

Desde el mismo Preámbulo de la Constitución Política se estableció como una de las finalidades primordiales de la Asamblea Nacional Constituyente, la del fortalecimiento de la “unidad nacional” [...].

Del texto de las normas constitucionales transcritas puede deducirse que la Carta Política de 1991 consagró como uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho el criterio de organización de República unitaria, descartando el sistema de federalización y defiriendo a la ley lo concerniente a la determinación de las competencias constitucionales de los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, definidos como entidades territoriales —artículo 286 CP—. <sup>2</sup>

A pesar de la claridad conceptual de la Corte, quedan en evidencia zonas grises allí donde hay cruces de responsabilidades entre los distintos niveles de poder. Tal término medio en el que los territorios (entendidos estos como las divisiones administrativas del tipo municipios, distritos, departamentos y resguardos indígenas) pueden “gobernarse” para lograr los objetivos propuestos en sus planes

---

2 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-520 de 1994.

de desarrollo o planes de ordenamiento territorial, pero sin que eso signifique llegar a un Estado federativo de total autonomía territorial, no parece un estado de cosas estático y con límites bien definidos.

El criterio general de Estado unitario queda señalado por la Constitución y el principio de autonomía, de acuerdo con lo planteado por la Corte, deberá entenderse estrictamente en cuanto a las atribuciones claramente definidas para cada uno de los entes territoriales. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido bastante clara y sus conclusiones expuestas en esta sentencia han servido de sustento a posteriores pronunciamientos:

La autonomía de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro de los marcos señalados en la Carta Política y con plena observancia de las condiciones que establezca la ley, como corresponde a un Estado social de derecho constituido en forma de República unitaria. Es decir, no se trata de una autonomía en términos absolutos, sino por el contrario, de carácter relativo. De todo lo anterior se deduce que si bien es cierto que la Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, que se encuentran limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal en lo que respecta a la distribución y manejo de los recursos que deben tener en cuenta aquellas pautas generales encaminadas a satisfacer las verdaderas necesidades de las regiones, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.<sup>3</sup>

---

3 Ibidem.

En el mismo sentido se pronunció el alto Tribunal, al resolver una demanda por inconstitucionalidad sobre las responsabilidades en la prestación de servicios públicos. Se trata de la Sentencia C-497A de 1994 donde se reitera:

La autonomía administrativa y territorial no implica fraccionamiento de soberanía, entre otras razones, porque ésta es, como decía Rousseau, unitiva e indivisible, sobre todo en el seno de una República unitaria como lo es Colombia. Así, pues, la autonomía propia de la descentralización, tanto territorial como administrativa de servicios, se circunscribe al marco de la República unitaria, dentro de los límites que le determinan la Constitución y la ley. Lo anterior se deduce de los artículos 1o. y 287 de la Carta Política.<sup>4</sup>

El estado de cosas podría quedar planteado así: el principio constitucional señala que Colombia es un Estado unitario, lo cual significa que el poder emana del centro de la organización política y que los territorios pueden desarrollar su autonomía solo en la medida en que lo hagan respetando el marco general constitucional y las atribuciones específicas que les sean asignadas en la ley. Este enunciado coincide plenamente con lo que en teoría se considera el principio de unidad, que David Soto explica así:

El Estado colombiano está ordenado por completo alrededor del principio de unidad. Existe un solo centro de impulso político en las tres ramas del poder público: ejecutivo, legislativo y judicial y, en contraposición al modelo autonómico, es el Estado unitario el que asigna las competencias y establece la organización en el nivel territorial. El Estado central ostenta la cláusula general de competencias, lo cual significa que las entidades territoriales disponen sólo de aquellas que

---

4 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-497A de 1994.

les son expresamente atribuidas. Le corresponde así al nivel central actuar sobre el todo.<sup>5</sup>

Pero aquello sobre lo que parece haber total claridad sigue mostrando zonas grises. En el caso del uso de los recursos naturales quedó en evidencia la dificultad de zanjar meridianamente el problema. Específicamente el asunto que generó mayores obstáculos conceptuales fue la definición sobre el choque de competencias entre el uso del suelo y el uso del subsuelo. Mientras que la Constitución establece que son los municipios los encargados de definir el uso del suelo en sus jurisdicciones, mediante la expedición de sus planes de ordenamiento territorial, igualmente señala que el subsuelo y sus recursos asociados pertenecen al Estado. ¿Qué ocurre cuando un territorio decide, a través de su Plan de Ordenamiento Territorial (POT) o a través de una consulta popular, que en determinada zona no se debe hacer explotación petrolera, pero una entidad como la Agencia Nacional de Hidrocarburos asigna un contrato de exploración? Esa es una zona gris en la que moverse con eficacia resulta problemático, pues muestra que en un Estado unitario con descentralización se dan reiteradamente choques de “voluntad” entre los distintos niveles de poder.

El sentido problemático de esta situación tuvo desarrollos adicionales en los últimos años y ello quedó en evidencia en la ola de consultas populares que debían ser tramitadas —e inclusive impulsadas— por los propios administradores locales y que se convirtió en un verdadero problema para el desarrollo de proyectos petroleros. Líderes representativos consideraron que la convocatoria de consultas populares era el mecanismo eficaz para que

---

5 SOTO, DAVID. La descentralización en Colombia: centralismo o autonomía. *OPERA* 3, 3 (2003): 136.

las comunidades se pronunciaran sobre si aceptaban o no un determinado proyecto o actividad en su territorio, basados en la idea de que se trataba de concretar el derecho que les asiste de establecer la manera como se podría desarrollar su territorio.

En los últimos tres años, las comunidades convocaron por lo menos a 92 de estos procedimientos que buscaban un pronunciamiento por parte de la ciudadanía sobre el futuro de estas actividades extractivas.

Uno de los casos más sonados fue el de la consulta popular que le dijo no a las actividades extractivas en el territorio de Cajamarca. A esto hay que sumarle los casos de Yopal, Fusagasugá, San Bernardo y Cumaral, entre muchos otros municipios.

En la administración de los recursos naturales, lo de las consultas populares no fue el primer episodio de choque. La Corte Constitucional tuvo que resolver una demanda contra el Código de Minas y desde allí la jurisprudencia respecto del tema empezó a tomar un sentido problemático. En aquella sentencia, el alto Tribunal advirtió que, aunque el país se encuentra organizado como un Estado unitario, es absolutamente necesario que consideren los principios de coordinación y concurrencia para incorporar a la normativa las perspectivas de los territorios sobre temas que sin lugar a dudas afectan su desarrollo económico, social y ambiental.

En esa sentencia se puede leer lo siguiente:

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 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.<sup>6</sup>

Lo que se podría concluir es que el principio constitucional señala que Colombia es un Estado unitario, esto significa que el ordenamiento de poder proviene de instituciones que representan la centralidad (congreso, cortes, ministerios). Sin embargo, eso no es un argumento para limitar la capacidad de las entidades territoriales de avanzar de manera autónoma en su propio desarrollo, bajo el marco de las atribuciones asignadas expresamente, porque en muchas circunstancias tales atribuciones chocan y revelan la contradicción de términos entre el principio de unidad y el principio de autonomía.

¿Qué significa eso en el caso del uso del suelo y del subsuelo, donde dos competencias claramente pueden chocar, cuando los intereses de una comunidad entran en conflicto con otros intereses como el de recaudar recursos de sectores extractivos por la vía de regalías, impuestos o dividendos? La Corte ya advirtió que las Consultas Populares no pueden convertirse en un instrumento de validez jurídica para detener la asignación de licencias y la firma de contratos para la explotación de recursos del subsuelo. Esta advertencia no sirve como garantía para que las comunidades acepten los proyectos petroleros. Ahora el país está en la encrucijada de encontrar mecanismos de

---

6 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-123 de 2014.

coordinación y concurrencia y de participación ciudadana eficaces para resolver el problema.

Así, el desafío no solo se centra en la capacidad de articulación entre las instituciones, pues, insisto, no estamos ante un problema estrictamente administrativo: se trata, al final del día de establecer un mecanismo de consenso que permita avanzar (bien sea en la definición de la vocación de un territorio o bien sea en un proyecto de explotación de recursos naturales) mientras se concretan la noción de Estado unitario y desarrolle el principio de autonomía de los entes territoriales de manera simultánea. El asunto no es sencillo, pues tal situación de contradicción en los términos solo se puede superar mediante la “sublimación” de un acuerdo entre las partes incumbentes; se trata de articular, es decir, avanzar en una tarea de convencimiento mutuo sobre el mejor camino para lograr objetivos de desarrollo y bienestar para las diferentes comunidades. Es, en pocas palabras, un ejercicio retórico político en el que tanto los representantes de una comunidad, la comunidad misma y los actores de la industria petrolera deciden, como se dice popularmente, remar hacia el mismo lado. El problema, desde esta perspectiva es estrictamente político, antes que administrativo.

Para seguir avanzando en el análisis, debemos esclarecer los límites conceptuales de los principios de coordinación y concurrencia, respecto de los cuales, la Corte ha planteado aspectos relevantes.

#### LOS PRINCIPIOS AUXILIARES DE COORDINACIÓN Y CONCURRENCIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como ya se dijo, que en la Constitución de 1991 Colombia se haya establecido como un Estado unitario con

descentralización territorial implica una situación en la que si bien el poder emana de un grupo central de instituciones, la implementación de los programas y estrategias necesarias para aplicar los principios derivados de ese poder único debe darse bajo la figura de un “diálogo” entre los actores de lo político, lo social y lo institucional, basado en los principios de coordinación y concurrencia. Estos principios están claramente señalados en el artículo 288 de la Carta Magna que establece que ellos rigen la asignación de competencias a cada uno de los niveles territoriales.

De ahí que estos principios hayan sido definidos por cuenta de una ley estatutaria, la Ley 1454 de 2011. En el artículo 27 de dicha norma se pueden encontrar las definiciones que rigen el ejercicio de las competencias, entre las que se encuentran las que nos atañen a este estudio:

1. Coordinación. La Nación y las entidades territoriales deberán ejercer sus competencias de manera articulada, coherente y armónica. En desarrollo de este principio, las entidades territoriales y demás esquemas asociativos se articularán con las autoridades nacionales y regionales con el propósito especial de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos como individuos, los derechos colectivos y del medio ambiente establecidos en la Constitución Política.

2. Concurrencia. La Nación y las entidades territoriales desarrollarán oportunamente acciones conjuntas en busca de un objeto común, cuando así esté establecido con respeto de su autonomía<sup>7</sup>.

La Corte Constitucional se pronunció respecto de estos asuntos en la Sentencia C-983 de 2005, al dirimir una

---

7 Congreso de la República. Ley 1454 de 2011. Artículo 27.

disputa legal sobre las competencias de la nación y los municipios en proveer los servicios de educación.

Respecto de la coordinación, la Corte señaló lo siguiente:

El principio de coordinación se relaciona de manera estrecha con el principio de subsidiariedad y podría considerarse como una derivación del mismo. Implica, entre otras cosas, una comunicación constante entre los distintos niveles para armonizar aquellos aspectos relacionados, por ejemplo, con la garantía de protección de los derechos constitucionales fundamentales, así como aquellos asuntos vinculados con el efectivo cumplimiento de las metas sociales del Estado.<sup>8</sup>

Respecto de la concurrencia, la Corte señaló lo siguiente:

El principio de concurrencia desempeña un papel fundamental. La Nación no puede dejar de estar pendiente de la suerte de las Entidades Territoriales y de apoyar a aquellas que lo necesitan más. El principio de concurrencia –conectado estrechamente con el principio de subsidiariedad– no solo invoca la atención de la Nación, sino que apela también a la solidaridad entre los distintos niveles territoriales bajo el motor de que quienes pueden ir a una mayor velocidad ayuden a impulsar a las entidades rezagadas.<sup>9</sup>

Es necesario asumir una interpretación y delimitar bien el tema, pues a la hora de decidir la suerte de las consultas populares, el alto Tribunal señaló con claridad que se necesita desarrollar los principios de concurrencia y coordinación en el caso de los proyectos petroleros en las regiones.

La Corte Constitucional, al fallar en el caso específico del petróleo, insistió en la necesidad de promover la concreción

---

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-983 de 2005.

9 *Ibíd.*

de los principios de coordinación y concurrencia, donde está lo verdaderamente problemático.

En este sentido, la coordinación será entendida como el mecanismo de comunicación eficaz para definir claramente las actuaciones de distintos niveles de poder con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos y mejorar los niveles de desarrollo y prosperidad de una comunidad.

Por otra parte, la concurrencia será entendida como los procedimientos mediante los cuales dos o más entidades trabajan de manera conjunta, logrando objetivos igualmente de desarrollo para una comunidad.

Cada una de estas categorías pone en evidencia que, lejos de referirnos a un estado de cosas completamente claro, la aplicación de estos principios implica desafíos que siempre quedan circunscritos al caso.

La misma Corte advirtió esto en su sentencia sobre las competencias en materia de educación al advertir:

En vista de que no existe una forma única y mejor de distribuir y organizar las distintas competencias y dada la presencia de profundos desequilibrios y enormes brechas presentes en las distintas Entidades Territoriales, la distribución y organización de competencias significa un proceso continuo en el que con frecuencia es preciso estar dispuesto a ajustarse a los sobresaltos, en el cual es necesario andar y a veces también desandar las rutas propuestas y en el que se requiere aplicar, sin lugar a dudas, un cierto nivel de coordinación, cooperación, solidaridad y concurrencia.<sup>10</sup>

El desafío está en ese panorama diverso de complejidades que surge según el caso. Por ejemplo, no es lo mismo

---

10 *Ibíd.*

coordinar una acción para la explotación de hidrocarburos, que hacerlo para la asignación de recursos de investigación y diseño de proyectos. Inclusive, no es lo mismo un proceso de coordinación y concurrencia respecto de un proyecto de *fracking* en el Magdalena medio que una de crudos pesados en el Meta. Así que se exige a los diferentes actores de un proceso de esta índole, la capacidad y habilidad para encontrar los mecanismos adecuados para avanzar en la asignación de competencias, cumpliendo con los principios mencionados.

En el caso puntual de la industria petrolera, la Corte Constitucional ratificó su punto acerca de estos principios, cuando decidió una tutela presentada por la compañía petrolera Mansarovar, como recurso para enfrentar una consulta popular adelantada en el municipio de Cumaral con el fin de impedir la explotación de crudo en ese proyecto en particular. Este hecho muestra con total claridad el tipo de problema que está enfrentando el país.

La Corte confirmó que, si bien la consulta popular no es un mecanismo eficaz legalmente para determinar los usos del suelo de una región específica, es necesario que hayan procesos de coordinación y concurrencia entre los distintos actores de los procesos.

Las consultas populares sobre actividades relacionadas con la industria de hidrocarburos se enmarcan en el ámbito de las competencias de los municipios (autonomía política). Desde luego, en el marco de la consulta popular, el alcalde de Cumaral debe cumplir con el requisito de concertación con la Nación para definir asuntos que, si bien hacen parte del ordenamiento territorial, también inciden cuestiones importantes para el nivel nacional.<sup>11</sup>

---

11 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-095 de 2018.

Aunque esta sentencia zanjó de manera definitiva el debate sobre las consultas populares y la atribución de los municipios para utilizarla en aras de impedir las actividades extractiva en una zona específica, los magistrados reconocieron que quedan aún vigentes zonas grises que deben ser resueltas por la vía de la legislación.

Así queda en claro en su exhortación al Congreso de la República. Se trata del párrafo cuarto de la parte resolutive de la Sentencia SU095 de 2018 donde se señala lo siguiente:

*Exhortar* al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.

Ese es el tema que debe ser desarrollado ahora mismo. Para avanzar es necesario entender, primero, de qué manera se ha desarrollado el relacionamiento de la industria petrolera con los territorios y, segundo, cómo la autoridad de asignación de áreas petroleras resolvió esta dificultad.

#### EL RELACIONAMIENTO TERRITORIAL EN MATERIA DE LA INDUSTRIA PETROLERA

La ola de consultas populares y manifestaciones continuas por parte de las comunidades en contra de la actividad petrolera hicieron que las autoridades centrales pusieran énfasis especial en una estrategia de relacionamiento con las comunidades.

En 2017, se realizó un debate de control político en el Congreso de la República por cuenta de la ola de consultas populares. En la respuesta escrita a una serie de preguntas

para tal debate, el Ministerio respondió lo siguiente sobre la estrategia:

A nivel municipal y departamental, el Ministerio de Minas y Energía ha buscado transformar los contextos de conflictividad y polarización en los cuales se desarrollan las actividades del sector, en oportunidades para construir una visión conjunta de desarrollo rural que involucre a la industria, a la población y a las autoridades territoriales. Con este fin, se ha desarrollado una Estrategia de Relacionamento Territorial con la cual se busca construir espacios de diálogo con los diferentes actores presentes en el territorio donde ocurren las actividades minero-energéticas; otorgando información (teniendo en cuenta los contextos particulares de las regiones) oportuna y transparente a la población, a las autoridades municipales y departamentales, y a los demás actores presentes en las áreas de influencia de las operaciones minero-energéticas.

Esta información está focalizada en presentar a estos grupos de interés cuáles son las actividades que realiza el sector en sus territorios, en particular en temas relacionados con su operación; el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, entre otros; con el propósito de construir confianza y brindar elementos para una mejor toma de decisiones en términos de ordenamiento territorial.<sup>12</sup>

En el caso específico del sector de hidrocarburos, se diseñó la Estrategia Territorial para la Gestión Sostenible y Equitativa del Sector Hidrocarburos (ETH), en la que trabajaron conjuntamente el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), el Ministerio

---

12 Ministerio de Minas y Energía de Colombia. Respuesta al cuestionario de control político según proposición n.º 02 de 2017 sobre las consultas populares, presentada por las senadoras Maritza Martínez y Daira Galvis.

del Interior y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); igualmente hicieron presencia en esta estrategia el Ministerio del Trabajo y el Servicio Público de Empleo (SPE).

La estrategia contaba con cuatro programas que apuntan a resolver temas específicos: (1) Avanza: buscaba generar consensos sobre territorio, específicamente en ocho zonas de incidencia de la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos. (2) Convive: tenía como fin prevenir y encontrar caminos de resolución de conflictos en las zonas de incidencia de la actividad. (3) Acciones demostrativas: establecía mecanismos de diálogo entre Gobierno, comunidades y actores del sector de hidrocarburos para definir acciones en los territorios y proyectos específicos. (4) Lidera: buscaba generar conocimiento acerca del sector de hidrocarburos para que las comunidades pudieran tomar decisiones informadas.

Dentro de los resultados destacados por las autoridades concernientes de este programa se destacó el hecho de coordinar hasta cuatro entidades del orden nacional, junto con los representantes de las entidades territoriales, la comunidad y las empresas del sector. Igualmente hubo muchas actividades de capacitación sobre temas de hidrocarburos y talleres acerca de gestión pública, regionalización, buenas prácticas sociales y ambientales en hidrocarburos, entre otros temas.

A pesar de las buenas intenciones, es claro que la estrategia ha tenido impactos limitados. El hecho de que buena parte de las consultas populares impulsadas contra la industria hayan sido impulsadas durante el desarrollo propio de la estrategia territorial indica que todavía está lejos la solución a la insatisfacción popular con el sector.

Como lo veremos más adelante, en su análisis jurídico incluido en la sentencia SU-095 de 2018, la Corte concluye

que ninguno de los procedimientos establecidos para la asignación de bloque petroleros y autorización de licencias ambientales incluye las suficientes medidas para garantizar la participación ciudadana y mucho menos los principios de coordinación y concurrencia. La realidad ha mostrado, por otra parte, que hasta el momento ninguno de los mecanismos diseñados ha servido para resolver la insatisfacción social frente a la industria. Allí hay motivos muy complejos que pasan no solo sobre una visión del uso del suelo, sino igualmente que implican una noción sobre la asignación de los recursos de regalías y de la participación de las comunidades en los beneficios económicos derivados de la actividad.

Claramente, el programa tenía un enfoque novedoso y acertado en cuanto a que se trataba de abrir la participación a las comunidades y dar a conocer más información sobre el sector.

Sin embargo, ese enfoque implicaba un error: desestimar a las poblaciones como actores políticos que quieren decidir sobre lo que pasa en sus territorios y participar de mayores beneficios. Tal dificultad no se resuelve con un mecanismo de participación de carácter estrictamente "pedagógico", pero estéril para lograr cambios en el estado de cosas de las comunidades. El proceso de concertación no puede quedar reducido a un simple formalismo. Se hace necesario que las comunidades puedan manifestarse sobre un proyecto y que sus aportes sean tenidos en cuenta.

La conclusión es clara: aún queda por definir un proceso más eficaz para encauzar los consensos sobre el futuro de los proyectos en particular y de la industria en general. Dicho consenso implica ir más allá de la tarea de pedagogía: se trata de que ellas puedan tener acceso a los mecanismos eficaces para cambiar su *status quo*. De hecho, a la Corte le correspondió exigir la implementación de un

mecanismo de concurrencia y coordinación con el fin de alcanzar el objetivo propuesto de superar el choque de competencias entre las autoridades nacionales, las locales, las comunidades y las empresas petroleras mismas. Pero fue más allá y exhortó al Congreso para que definiera por la vía legislativa tales mecanismos de coordinación y concurrencia y, adicionalmente, mecanismos de participación ciudadana eficaces.

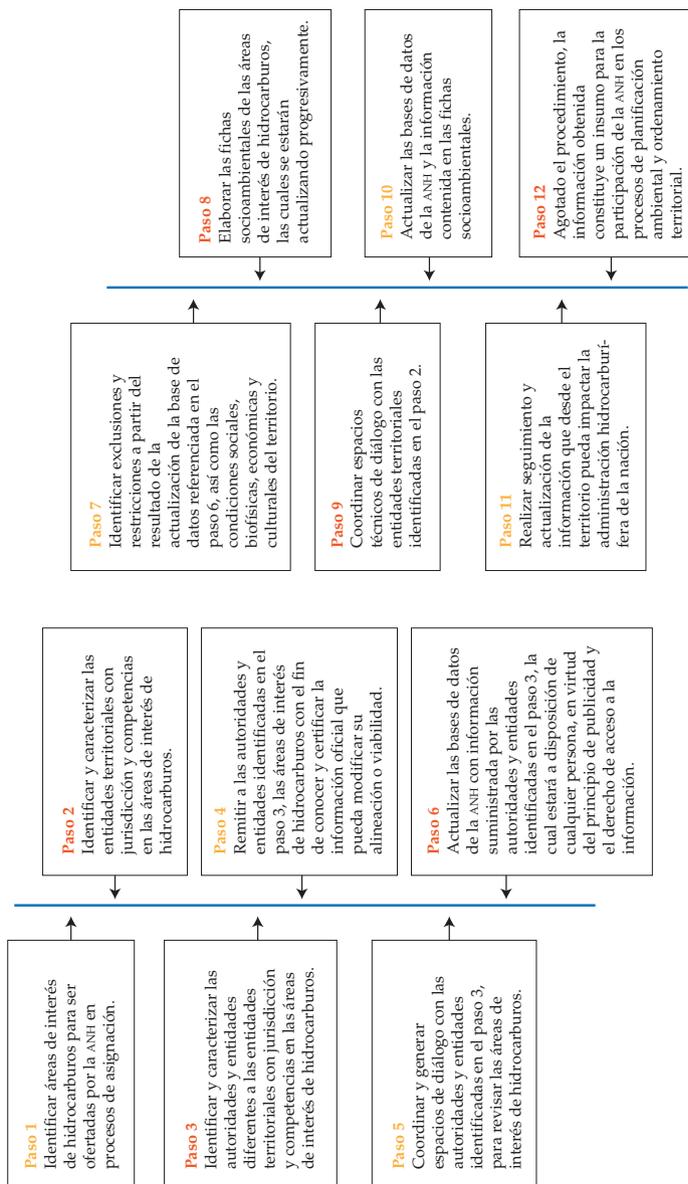
Ahora es necesario analizar cuál fue el mecanismo propuesto por la ANH como procedimiento de coordinación y concurrencia para tratar de establecer cuál es el vacío que queda por llenar por parte de las autoridades. Desde mi perspectiva un mecanismo estrictamente administrativo continúa siendo insuficiente para resolver un problema que tiene un profundo contenido jurídico-político y se hace necesario que el Congreso responda a la exhortación que la propia Corte Constitucional le hizo para definir mecanismos de participación ciudadana y de coordinación y concurrencia.

#### PROGRAMA DE COORDINACIÓN Y CONCURRENCIA DE LA ANH

A comienzos de este año, la Agencia Nacional de Hidrocarburos empezó a aplicar su mecanismo de coordinación y concurrencia con el que esperaba dar por cumplido el mandato de la Corte Constitucional en materia de participación de las regiones en la asignación de áreas de exploración de hidrocarburos. Ese mecanismo tiene efecto inmediato y será incluido en los procesos de asignación de áreas que se den en el futuro. La Agencia empezará con veinte proyectos que ya tienen viabilidad económica y contractual.

La ANH diseñó un procedimiento de doce pasos. En la imagen 1 queda resumido tal recorrido.

IMAGEN 1.



Fuente: elaboración propia.

El esquema ideado opera en función de tres objetivos: recaudar la información suficiente para identificar las particularidades de cada competencia y jurisdicción, para (2) generar espacios de diálogo y (3) para que la ANH pueda participar en los procesos de planificación ambiental y ordenamiento territorial. Sin lugar a dudas este procedimiento va a resultar eficaz en lograr procesos de coordinación y concurrencia. Sin embargo, por tratarse de un procedimiento fijado por la vía administrativa es claro que nadie puede garantizar continuidad o resolución definitiva cuando, por ejemplo, un municipio decida incluir en su POT restricciones a la actividad petrolera. A la ANH le corresponde cumplir y hacer cumplir los contratos que asigna y podría enfrentar problemas jurídicos, disciplinarios y hasta fiscales si decide abstenerse de asignar nuevos bloques sobre los que el Estado tiene la administración exclusiva. En esas circunstancias, la ANH entraría en un limbo jurídico: cumplir o no cumplir con las atribuciones que le han sido estipuladas como máxima autoridad para la asignación de bloques de hidrocarburos.

En consecuencia, desde mi perspectiva, tal procedimiento no llena el vacío que deja un estado de cosas irresoluto por la vía legislativa. Es decir, la ANH logra cumplir con los requisitos legales que se le exigen, pero probablemente va a seguir enfrentando problemas como la oposición de comunidades a la actividad petrolera. Esto se va a agravar cuando, por ejemplo, sea necesario discutir el futuro del *fracking* en el país: se trata de una actividad completamente reglada, pero que no cuenta con el apoyo social suficiente para concretarse en las regiones.

Esta situación fue la que llevó a la Corte Constitucional a señalar en la Sentencia SU095 de 2018 que

Para la Sala es transcendental indicar que expedir dicha regulación por parte del Legislador es de vital importancia en materia ambiental y social para el país, ya que la ausencia de la previsión de implementación de elementos que den aplicación a los postulados constitucionales de Estado Social de Derecho, democracia participativa, Estado unitario, autonomía territorial y coordinación y concurrencia tiene consecuencias perjudiciales en materia de efectos ambientales y sociales en los territorios, teniendo en cuenta que las comunidades que lo habitan y sus autoridades locales son las que mejor pueden identificar, evitar, prevenir y/o manejar riesgos sociales, económicos y ambientales por las operaciones y actividades desarrolladas por la industria de alto impacto como lo es la de hidrocarburos y la de minería, situación que puede prolongar y aumentar la desprotección.<sup>13</sup>

Volvemos al principio del problema: sigue siendo necesario resolver un bloqueo jurídico político; quedamos de nuevo en la necesidad de establecer un contexto general que facilite el consenso frente a estos temas. El problema que este artículo plantea es el siguiente: de qué manera, a pesar de un ordenamiento jurídico claro, es posible resolver un desafío de orden político como la decisión de una comunidad de decirle no a una actividad legalmente reglada y con un marco jurídico vigente. La Corte ya señaló el camino: por la vía de una nueva norma. ¿De qué tipo y cuál podría ser su contenido general?

---

13 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-095 de 2018.

PROPUESTA DE LEY DE CONCURRENCIA,  
COORDINACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA  
Y EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA 095 DE  
2018 EN SUS PRINCIPIOS ORIENTADORES

En este punto se hace necesario plantear una salida legislativa a los principios de coordinación y concurrencia y, principalmente, al de participación ciudadana. Como ya fue señalado, la Corte concluyó que en el actual esquema de asignación de bloques y de aprobación de licencias ambientales para el sector petrolero no hay mecanismos eficaces para cumplir con tales principios. La afirmación implica una crítica a la manera como el Estado colombiano ha venido desarrollando estas tareas. La simple expedición de actos administrativos para establecer la actuación de las entidades en el marco de sus competencias, no resulta eficaz para superar tal estado de cosas.

En el análisis constitucional, el alto Tribunal señala sin ambages:

La Sala encuentra que en el caso del sector hidrocarburos los trámites previstos para la determinación, clasificación, delimitación y/o regulación de áreas susceptibles de asignación para exploración y explotación de hidrocarburos, definidos por la Ley 80 de 1993, el Decreto Ley 714 de 2012, la Ley 1753 de 2015, el Acuerdo 02 de 2017 y otras normas concomitantes, o leyes estatutarias u orgánicas, respectivamente, no establecen un mecanismo de participación ciudadana en el que las comunidades ubicadas en las zonas de operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de RNNR puedan contar con información, presentar sus inquietudes o manifestar su oposición a proyectos del sector. En la misma línea, no existe un instrumento en el que se aplique el artículo 288 constitucional que permita la concurrencia y coordinación

del nivel nacional y territorial en las competencias que cada uno de estos detentan respecto al suelo y/o el subsuelo.<sup>14</sup>

Así que es necesario ir por partes. Un proyecto de ley buscaría garantizar un marco estable para el cumplimiento de los principios enunciados, pues en el estatus actual un gobierno o una administración pueden garantizar temporalmente el cumplimiento de estos, pero nunca que tales garantías se extiendan a lo largo del tiempo, más allá de la duración de cada administración.

Considero que la reflexión sobre este tema debe llevarnos inicialmente por la discusión sobre la manera como el legislador puede garantizar la participación ciudadana y el cumplimiento de los principios de concurrencia y coordinación. Es claro que los problemas con las comunidades surgen no por el incumplimiento de algún aspecto administrativo, sino por la genuina insatisfacción de una población que no ve respuestas a sus problemáticas en el desarrollo de un proyecto.

Por eso he interpretado que el problema que enfrenta el legislador tiene naturaleza política. Así que lo primero que hay que responder es cuál es el mecanismo de participación más adecuado para lograr que una comunidad participe activamente en la discusión sobre los proyectos petroleros que se adelantarán en su región. Tales procedimientos de participación están señalados en la misma Constitución, así que considero innecesario abrir la puerta a un debate constitucional sobre nuevas formas de participación ciudadana, porque implicaría elevar a tan alto rango una simple casuística que responda a las necesidades del sector petrolero. Además, el debate constitucional exige de ocho

---

14 *Ibidem*.

debates completos para simplemente enunciar los nuevos hipotéticos mecanismos de participación. Luego sería necesario una reforma a la Ley estatutaria 1757 de 2015, para establecer las nuevas condiciones en que se deben realizar estos nuevos procedimientos.

Por eso propongo que la implementación de mecanismos de participación ciudadana en el caso de la explotación de hidrocarburos se dé mediante la discusión de una ley ordinaria, que solo demanda cuatro debates y respecto de alguno de los mecanismos de participación ciudadana reglados tanto por la norma constitucional como por la norma estatutaria.

Tal norma llevaría por título “Proyecto de ley mediante el cual se define el mecanismo de participación ciudadana y el instrumento de coordinación y concurrencia nación territorio en las tareas de administración de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables del subsuelo y la adjudicación de licencias ambientales para estos proyectos”.

DEL MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA  
EFICAZ PARA LA DISCUSIÓN SOBRE PROYECTOS  
DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS  
NATURALES NO RENOVABLES DEL SUBSUELO

La Constitución de Colombia en su artículo 103 establece los siguientes mecanismos de participación ciudadana: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

Para garantizar la participación de la sociedad en las decisiones, creo que el más adecuado es el cabildo abierto como mecanismo deliberativo en el que se aborden las quejas y preocupaciones de las comunidades respecto de

un proyecto de hidrocarburos. Este procedimiento puede generar mayor legitimidad a los proyectos, por el tipo de procedimiento que ha quedado reglado hasta el momento. La norma se establece que

En cada período de sesiones ordinarias de las asambleas departamentales, los concejos municipales o distritales, o de las Juntas Administradoras Locales, podrán celebrarse cabildos abiertos en los que, por iniciativa de un número no inferior al cinco por mil de los ciudadanos del censo electoral del respectivo departamento, municipio, distrito, localidad o comuna, se considerarán los asuntos que los residentes soliciten sean estudiados, siempre y cuando sean de competencia de la respectiva corporación. Es obligación del alcalde o gobernador, según sea el caso, asistir al cabildo abierto.<sup>15</sup>

En la ley estatutaria están contenidas las condiciones de convocatoria de los cabildos populares. Se trata de un espacio deliberativo y tal y como lo establece la propia Corte Constitucional, sin poder de veto. Este factor, que a primera vista podría contar como un aspecto negativo, puede ser potencializado como una de las grandes cualidades de esta opción. Es necesario insistir que no estamos exclusivamente frente a un problema administrativo de “choque de trenes”. La propia Corte ha alentado para que se establezcan mecanismos de mayor deliberación tal como ya fue citado. Por eso, un mecanismo como el cabildo abierto, que cuenta con procedimientos de convocatoria menos complejos que un referendo o un plebiscito o, inclusive, una consulta popular, pueden convertirse en verdaderos espacios de deliberación a través de los cuales los actores políticos y sociales de una región planteen sus puntos de

---

15 Congreso de la República de Colombia. Ley 1757. Estatuto de Participación Ciudadana. Julio 6 de 2015.

vista que servirán de insumo para la toma de decisiones de las entidades con atribuciones.

Por eso se recomienda que el proyecto de ley establezca que aquellas comunidades que quieran plantear sus puntos de vista sobre la explotación de crudo en sus regiones deberán convocar a cabildos abiertos. La norma podrá establecer que mediante tales cabildos abiertos se recauden las quejas y preocupaciones de las comunidades para que sean consideradas en los actos administrativos que den o nieguen la autorización para los proyectos de hidrocarburos y de licencias ambientales.

#### DEL INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN Y CONCURRENCIA NACIÓN TERRITORIO

El cabildo abierto, junto con la información recaudada por cada una de las entidades con atribuciones en el caso de los proyectos de explotación de recursos del subsuelo constituirá el insumo base para la toma de decisiones. Quedamos entonces frente al desafío de establecer un mecanismo idóneo para cumplir eficazmente con los principios de coordinación y concurrencia.

Mi propuesta en este frente es simple, los objetivos de tal procedimiento deben apuntar a tres cosas: (1) recolección e intercambio de información entre entidades de los distintos niveles de poder, con el objetivo de identificar competencias y choques de las mismas; (2) articulación con los cabildos abiertos convocados para cada proyecto con el fin de incorporar los puntos de vista de las comunidades y (3) toma de decisiones informadas sobre las licencias ambientales y la asignación de contratos de explotación de recursos del subsuelo.

Este proyecto de ley, planteado en líneas generales, podría incluir unos o todos los aspectos del procedimiento

de coordinación y concurrencia que ha establecido la ANH y elevarlos al nivel legislativo. De esta manera quedaría establecido un marco general que permita eficazmente la participación y deliberación ciudadana y la coordinación y concurrencia entre los distintos niveles de poder, superando así el limbo jurídico y administrativo que actualmente sigue vigente, de acuerdo con la propia Corte Constitucional.

## CONCLUSIONES

El debate sobre la actividad petrolera en el país resulta fundamental para la ciudadanía. Por un lado, este sector provee de muchos recursos que ayudan a cubrir las necesidades fiscales tanto de la nación como de las entidades territoriales por la vía de impuestos y regalías. Aun así, una parte importante de la sociedad colombiana ha manifestado su oposición a que esta industria desarrolle sus actividades, al menos en los mismos términos en que lo ha hecho a lo largo de la historia: preocupaciones ambientales, fiscales y sociales forman parte de los argumentos de la ciudadanía sobre el tema. Esta situación ha mostrado vacíos importantes en la manera en que las instituciones están afrontando los desafíos que imponen los principios de coordinación, concurrencia y de participación ciudadana. Estos vacíos muestran que no se trata de un problema simplemente administrativo que se resuelve por la vía de decretos o resoluciones. La propia Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que resuelva por la vía legislativa tales vacíos.

La discusión y aprobación de un proyecto de ley que incorpore la obligación de realizar cabildos abiertos como mecanismo que valide la participación ciudadana en los procesos de adjudicación de bloques petroleros y de licenciamiento ambiental y que incorpore un procedimiento para

concretar los principios de coordinación y concurrencia entre los distintos niveles del poder es la vía para superar tal estado de cosas.

Actualmente el sector petrolero está enfrentando enormes desafíos como la reducción en el nivel de reservas, lo que abre una gran amenaza para las finanzas públicas del país. Además, la transición hacia nuevas fuentes de energía renovables pone a Colombia en una disyuntiva sobre cuál será la matriz energética que le servirá para ofrecer mayores niveles de desarrollo a su población. Esa es una discusión que debe abordarse pronto. Así, este debate legislativo tiene que ser abordado sin dilaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

### **Doctrina**

Ministerio de Minas y Energía de Colombia. Respuesta al cuestionario de control político según proposición n.º 02 de 2017 sobre las consultas populares, presentada por las senadoras Maritza Martínez y Daira Galvis.

SOTO, DAVID. La descentralización en Colombia: centralismo o autonomía. *Opera*, 3, 3 (nov. 2003), 133-152.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional Colombiana. Sentencias

- C-123 de 2014.
- C-983 de 2005.
- C-520 de 1994.

- C-497A de 1994.
- SU-095 de 2018.

## **Normativa**

Congreso de la República de Colombia.

- Ley 1757 de 2015: Estatuto de Participación Ciudadana.
- Ley 1454 de 2011: Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones.

El número catorce de la Colección de Regulación Minera y Energética es una edición especial, conmemorativa de los veinte años de trayectoria del Departamento de Derecho Minero-Energético, y también única por la pluralidad de temas abordados, su extensión y enfoque. Es así como en esta edición se reúnen artículos asociados al sector minero, de hidrocarburos, al sector eléctrico y trabajos transversales relacionados con los aspectos sociales, regulatorios, corporativos y ambientales del sector minero-energético.

