

Análisis Crítico de la Legislación Minera Colombiana:

Competitividad, medio ambiente y desarrollo sostenible

Recibido para evaluación: 30 de Septiembre de 2003
Aceptación: 24 de Noviembre de 2003
Recibido versión final: 26 de Noviembre de 2003

Elkin Vargas P. ¹
Carmen Lucía González S. ²

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la legislación minera colombiana con base en las razones expuestas por los sectores gubernamental y gremial, durante los procesos de concertación y aprobación del nuevo Código de Minas, Ley 685 de 2001. El documento trata de determinar los avances logrados con este nuevo Código en cuanto a competitividad minera internacional y a su adaptación a los mandatos constitucionales en materia de medio ambiente, comunidades indígenas, descentralización y desarrollo sostenible.

En este análisis se formulan como hipótesis los objetivos pretendidos con la reforma de la ley minera, unas de carácter general y otras específicas, para luego confrontarlas con argumentos conceptuales y evaluaciones críticas de los desarrollos hasta ahora obtenidos. El marco analítico general está compuesto por el escenario económico internacional, la Constitución Política de 1991, las políticas minera y ambiental de los últimos gobiernos y el impacto de la propia reforma legislativa en términos de coherencia y agilidad administrativa del sector minero, y la eficiencia de sus componentes específicos en la integración de los aspectos minero, social y ambiental.

Se concluye que la mayoría de las hipótesis planteadas no se verifican y por tanto la legislación minera colombiana está lejos de convertirse en el instrumento ágil que se requiere para promover la actividad minera nacional, hacerla competitiva a nivel internacional y adaptarla a los principios del desarrollo sostenible, sobre medio ambiente sano, participación ciudadana, minorías étnicas y autonomía regional.

PALABRAS CLAVE: Legislación Minera, Legislación Ambiental, Competitividad Minera, Protección Ambiental, Sostenibilidad, Títulos Mineros, Prospección, Exploración, Extracción, Minorías Étnicas

ABSTRACT

The document analyses the Colombian mining legislation, Act 685 of 2001, based on the reasons expressed by the government and the miners for its conceit and approval.

The document tries to determine the developments achieved by this new Mining Code considering international mining competitiveness and its adaptation to the constitutional rules about environment, indigenous communities, decentralization and sustainable development.

The analysis formulates general and specific hypothesis about the proposed objectives of the reform, which are confronted with the arguments and critical evaluations of the results. Most hypothesis are not verified, thus demonstrating that the Colombian mining legislation is far from being the necessary instrument to promote mining activities, making it competitive according to international standards and adapted to the principles of sustainable development, healthy environment, community participation, ethnic minorities and regional autonomy.

KEY WORDS: Mining Legislation, Environmental Legislation, Mining Competitiveness, Environmental Protection, Sustainability, Mining titles, Mineral Prospection, Exploration, Extraction, Ethnic Minorities

1. Ingeniero de Minas y Metalurgia y Magister en Ciencias Económicas. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Colombia.

2. Abogada, asesora y consultora en materias minera y ambiental. Profesora de Legislación Minera y Ambiental y Docente Ad-honorem de la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia. evargas@unalmed.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

Tanto el sector público como el privado coincidían en afirmar que uno de los aspectos fundamentales para que la actividad minera pudiera dirigirse por caminos de modernidad tecnológica, incrementos en los capitales de inversión, generación de empleo, redistribución del ingreso y manejo ambiental responsable, lo constituiría el hecho de que el país pudiera contar con una legislación de minas acorde con sus nuevas realidades constitucionales, económicas y sociales. El nuevo Código surgió entonces como el marco necesario para adecuar la actividad minera y la normatividad existente al escenario económico internacional, a la Constitución Política de 1991 y al desarrollo de leyes y políticas locales, como la Ley 99 de 1993, los planes económicos, la privatización de empresas del Estado y la promoción de la minería.

La necesidad de una nueva legislación minera emergía también como solución al diagnóstico negativo de la derogada normatividad minera basada en el Decreto Ley 2655 de 1988, que recibió calificativos tales como: es caduco y poco competitivo, no da seguridad jurídica, no se compadece con el potencial minero colombiano, no ofrece certeza, claridad y estabilidad, no contempla factores objetivos de selección del concesionario, propicia la discrecionalidad, contiene multiplicidad de regímenes de contratación e implica una enorme cantidad de trámites, restringe áreas para la realización de actividades mineras, hace una clasificación innecesaria de la minería, los tiempos para realizar las labores de exploración y explotación son insuficientes, existe la figura de la reversión de bienes al finalizar el contrato, no hay una definición clara del papel del Estado, se presentan excesivos informes, y el título no se puede transferir libremente.¹

2. LAS HIPÓTESIS DE TRABAJO

Con base en las intenciones del gobierno colombiano, la colaboración del sector privado, los innumerables foros de concertación que se realizaron a lo largo y ancho de la geografía nacional, la labor dedicada y reconocida del legislativo durante su trámite, era de esperar que con la expedición de la Ley 685 de 2001 se hubiesen cumplido las siguientes hipótesis, tanto de carácter general como específico.

2.1. Hipótesis de Carácter General

Con el nuevo Código de Minas se logran los objetivos de:

- 1) Adecuar la actividad minera en Colombia a las tendencias de globalización y apertura que caracterizan la nueva economía mundial.
- 2) Complementar la normatividad minera con el estatuto tributario, el régimen cambiario y otras normas que afectan la competitividad minera internacional.
- 3) Adaptar la legislación minera a la Constitución Política de 1991, con sus principios sobre desarrollo sostenible, medio ambiente sano, participación, minorías étnicas, descentralización y autonomía regional.

2.2. Hipótesis de Carácter Específico

La Ley 685 de 2001 soluciona los problemas diagnosticados al anterior Código de Minas, Decreto Ley 2655 de 1988, y por lo tanto debe:

- 1) Dar certeza y estabilidad jurídica sobre los derechos mineros
- 2) Contemplar una regulación completa y clara sobre la materia
- 3) Definir claramente el papel del Estado
- 4) Evitar la discrecionalidad en las decisiones públicas
- 5) Evitar la duplicidad de regímenes
- 6) Contemplar factores objetivos de selección del concesionario

1. Exposición de Motivos con la cual el Ministerio de Minas y Energía presentó el Proyecto de Ley 187 de 1996 por el cual se reforma el Código de Minas. En los mismos términos se califica al D.L. 2655 de 1988 en la ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 269 de 2000, Gaceta del Congreso No. 200 de 12 de junio de 2000.

- 7) Otorgar tiempos suficientes para realizar las labores de exploración y explotación
- 8) Establecer trámites sencillos y expeditos
- 9) Evitar que se restrinjan áreas para la actividad minera
- 10) Eliminar la reversión de bienes
- 11) Eliminar los informes innecesarios
- 12) Consagrar la libre transferibilidad del título minero
- 13) Ser acorde con el potencial minero del país
- 14) Ser competitivo a nivel internacional
- 15) Evitar la clasificación innecesariamente de la minería.



3. MARCO ANALÍTICO

3.1. El Escenario Económico Internacional

Las características principales del ambiente internacional para la inversión y desarrollo de la actividad minera en la década de los años 1990 y primeros años de este siglo están representadas en la siguiente síntesis:

- Países productores, tanto industrializados como en desarrollo, que literalmente luchan por atraer la inversión minera, tratando de mejorar su competitividad internacional, ofreciendo mayor rentabilidad, facilidades y garantías.
- Compañías mineras multinacionales que estudian la geología de los países y el clima socio-político a partir de las condiciones de rentabilidad que ofrecen y con esta base deciden sus programas de exploración y compra de minas, bajo una perspectiva amplia, combinando diversas alternativas.
- Pérdida del valor relativo de las ventajas naturales que pueda tener un país, como la ocurrencia de depósitos minerales de mayor calidad en su territorio, frente al elevado dinamismo de las ventajas ligadas a la tecnología y los recursos humanos.
- Intensificación del esfuerzo exportador de numerosos países en desarrollo, correspondiendo a los paradigmas de la globalización y una acelerada actividad exploratoria a nivel mundial, en busca principalmente de metales base y oro.

Tal escenario ha propiciado cambios importantes en las políticas económicas y mineras de muchos países, principalmente en Latinoamérica, tendientes a la liberación del comercio, a la promoción de exportaciones, a un tratamiento no discriminatorio de las inversiones extranjeras respecto de las nacionales y a la suscripción de convenios de garantías a la inversión y otros estímulos para captar mayores flujos de inversión.

3.2. La Constitución Política de 1991

La Constitución Política de 1991 estableció como modelo de desarrollo el del "desarrollo sostenible", y además consagró el derecho a un medio ambiente sano, a la democracia participativa, y a la diversidad étnica y cultural, los cuales tienen fuertes interrelaciones y son de enorme trascendencia en el desarrollo de las actividades mineras. Además, la Carta Política también sentó las bases para un cambio profundo en el tratamiento que el Estado venía dándole a las regalías al ordenar: "La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquiera otro derecho o compensación que se pacte."²

En el artículo 80, la Constitución establece la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución e igualmente la prevención y control de los factores que

2. Inciso 1, Art. 360 Constitución Política de 1991.

ocasionan deterioro ambiental, y el artículo 334 obliga al Estado a intervenir, “por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales”.

Según la Corte Constitucional el desarrollo sostenible “es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad. De ahí que la sostenibilidad ecológica exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos; la sostenibilidad social pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad; la sostenibilidad cultural exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados y la sostenibilidad económica que pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y que sea equitativo dentro y entre generaciones.”³

Los artículos 7 y 8 de la Carta Política establecen la condición de Colombia como nación pluriétnica y multicultural y la obligación del Estado y las personas de proteger esas riquezas culturales y naturales como elementos necesarios para la formación de nuestra identidad. Esa protección se refleja también en la adopción de los dialectos de los grupos étnicos como idiomas oficiales en sus territorios, en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de sus tierras comunales y en el derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. Adicionalmente el artículo 286 eleva a la categoría de ente territorial, junto con los departamentos y municipios, a los territorios indígenas, en los que, según el artículo 330, se permite a las comunidades allí asentadas, estar gobernadas por consejos conformados según sus usos y costumbres, se les otorga la función de velar por la preservación de los recursos naturales y se les concede expresamente la facultad de participar en las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales en los territorios de forma tal que dicha explotación se haga sin desmedro de su integridad cultural, social y económica.

La Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, o sea un Estado al servicio de la comunidad y una comunidad organizada hacia el logro de objetivos comunes, basado en principios como la participación, la defensa de los intereses colectivos, el establecimiento de mecanismos de control al Estado y responsabilidad social para la protección del medio ambiente, todo ello tendiente a crear unas condiciones sociales más justas, más libres, más equilibradas y mejores para todos y cada uno de nosotros. Esta forma de Estado sólo es concebible con una democracia participativa como la que se consagra en innumerables normas de la Constitución. Por aquella las personas tienen el derecho no sólo de elegir y ser elegidos sino que pueden de manera directa, intervenir en los procesos de manejo, gestión y fiscalización de la cosa pública. Específicamente para asuntos ambientales el artículo 79 recoge el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, para lo cual se han consagrado figuras que permiten a los ciudadanos intervenir en las audiencias públicas, ser parte en los procedimientos administrativos ambientales, ejercer acciones populares y de tutela, y elevar derechos de petición de información.

La Constitución aporta también los elementos para incorporar la participación democrática en la administración del sector minero, que consiste fundamentalmente en que los ciudadanos interesados tengan la oportunidad de intervenir en los procesos de toma de decisiones, garantizándoles el derecho a la información completa y pertinente en cada caso.

Por último, la Carta Política estableció que Colombia es una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. En virtud de la descentralización los entes territoriales, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley.

3.3. Las Políticas Gubernamentales

Una de las principales políticas económicas de los últimos gobiernos de Colombia es la de evitar la participación del Estado en empresas de riesgo, lo que implicaba para éste, en materia minera, la desaparición de la figura del aporte y la incorporación de la totalidad de las zonas geográficas del país al régimen ordinario de titulación. Las razones para terminar la figura del aporte eran múltiples: los derechos y obligaciones de los particulares y los procedimientos

3. Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 1996, Expediente T-100774, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

administrativos para contratar con las empresas comerciales e industriales del orden nacional titulares de los aportes (históricamente: Carbocol, Ecominas, Mineralco, Ecocarbón y Minercol) no estaban contenidos en la ley; se incluían en los contratos de exploración y explotación contraprestaciones económicas adicionales a las regalías y al canon superficiario, lo que entrañaba una gran desigualdad frente a los contratos sometidos al régimen ordinario; las áreas que no se contrataban quedaban congeladas indefinidamente hasta que la empresa estatal decidía devolverlas, cosa que nunca ocurrió; pero sobre todo, se acudía para descalificar el aporte minero, a la historia de más de 50 años con la que se demostraba que el Estado había sido un mal empresario minero, pues salvo el caso de Cerrejón Zona Norte, en las áreas aportadas se había paralizado la minería o habían sido invadidas por pequeños mineros ilegales o informales, quienes por los métodos que practicaban habían generado deterioro ambiental e irreversibles daños en los yacimientos.⁴

Otra de las políticas económicas donde el sector minero podía jugar un papel protagónico era atraer inversión extranjera para incrementar las exportaciones de base minera y por este medio jalonar el desarrollo nacional. En dicho propósito se pretendía utilizar el Código de Minas y en su defecto o como complemento, una ley de fomento minero con el fin de flexibilizar el régimen tributario vigente en Colombia para las compañías extranjeras. Tal régimen se compone básicamente de los siguientes elementos:

- Impuesto a la renta: 35%; para el año gravable 2003 será del 38.5%
- Impuesto de remesa al extranjero: 7% sobre utilidades netas y 12% sobre dólares girados a empleados en el exterior.
- Impuesto al valor agregado, IVA: 16%
- Impuesto a las importaciones: están exentas las importaciones hechas mediante el denominado "Plan Vallejo".
- Pago de regalías por la explotación de minerales: con porcentajes y precios en boca de mina variables, de acuerdo con la Ley 141 de 1994 y 756 de 2002.
- Canon Superficiario: que de un salario mínimo por hectárea por año se pasó con el nuevo Código a un sistema incremental según el área en exploración, a saber: hasta 2.000 hectáreas, 1 salario mínimo diario por hectárea por año; áreas entre 2.000 y 5.000 hectáreas, 2 salarios mínimos diarios por hectárea por año; de 5.000 a 10.000 hectáreas, 3 salarios mínimos diarios por hectárea por año.
- Participaciones económicas pactadas contractualmente en las áreas en aporte.

Es de anotar además que la actividad minera está sujeta a todos los demás impuestos, tasas y sobretasas que rigen a nivel general en Colombia tales como: impuestos predial, de timbre, a vehículos, tasas retributivas, compensatorias y de uso de agua y la sobretasa ambiental.

4. VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE CARÁCTER GENERAL

4.1. El Nuevo Código Logra que la Actividad Minera se Adecue a los Procesos de Globalización y Apertura Económicas, Flexibiliza el Régimen Tributario y Mejora la Competitividad Minera Internacional

Para las empresas transnacionales mineras, los países en desarrollo son espacios posibles para valorizarse y por tanto los someten a diferentes ponderaciones, para elegir sus opciones en el ámbito global. Los elegidos serán, en la generalidad de los casos, aquellos que poseen recursos naturales, infraestructura adecuada, condiciones macroeconómicas estables y que cumplan exigencias adicionales que tienden a mejorar su rentabilidad.

En su proceso de adaptación a los procesos de globalización e internacionalización, Colombia ha insistido en la apertura económica trazada desde el gobierno del Presidente Gaviria

4. Exposición de motivos del Proyecto de Ley 187 de 1996 (Código de Minas)

(1990-1994) como un medio de obtener mercados para sus productos, ha enviado señales positivas a la comunidad internacional haciendo importantes reformas al Estatuto Cambiario y al Régimen General de Inversiones, ha suscrito varios convenios de promoción y protección de inversiones, y modificó el artículo 58 de la Constitución, eliminando la figura de la expropiación sin indemnización. Está participando en las ruedas de negociación del Tratado de Libre Comercio para las Américas, ALCA, y ha integrado a su agenda internacional la continuidad del Acuerdo de Preferencias Arancelarias otorgadas por los Estados Unidos a los países del Grupo Andino.

Al final de la vigencia del Código de Minas de 1988 se hicieron sin ningún inconveniente legal las privatizaciones de la participación estatal en los proyectos mineros de Cerromatoso S.A. y Cerrejón Zona Norte, y se adjudicó a la sociedad Exxon-Mobil, el área carbonífera de Patilla, con lo que se demostraba que en el nuevo Código de Minas quedaba muy poco por hacer para completar la viabilidad de la inserción de Colombia a la internacionalización de su minería. Sin embargo sepretendió utilizarlo para enviar otra señal positiva a la comunidad minera internacional al reducir los títulos mineros existentes a uno solo: el contrato de concesión. No obstante, como en su artículo 349 estipula que las solicitudes en trámite pendientes de otorgamiento o celebración, continuarán su curso legal conforme a las disposiciones anteriores, en realidad no se redujeron la multiplicidad de regímenes contractuales sino que se hizo la adición de uno nuevo y de algunas modalidades de contratación "especial" para áreas de reserva especial, grupos indígenas y comunidades negras.

En materia de contraprestaciones económicas, el nuevo Código, no tocó el tema de los impuestos en lo fundamental para no entrar en largos procesos de concertación con el Ministerio de Hacienda, y se limitó en sus artículos 233 y 234 a excluir la modalidad de renta presuntiva como base de cálculo y determinación del impuesto de renta para la minería y a exceptuar de retención en la fuente a los pagos o abonos que se realicen a favor de las organizaciones de economía solidaria productoras de carbón, cuando éste se destine a la generación térmica de electricidad. En el artículo 235 se exceptúa de impuestos y gravámenes, por un término de 30 años, hasta el 5% del valor FOB de las exportaciones, siempre y cuando se invierta en proyectos forestales destinados a la exportación.

La forma de determinación o fijación del monto de las regalías no fue modificada respecto a lo establecido en las leyes 141 de 1994 y 619 de 2000 ⁵. El nuevo Código solamente legisló en cuanto a la distribución de unos pequeños porcentajes de los recursos que van al Fondo Nacional de Regalías en los artículos 359 y 360, los cuales fueron modificados posteriormente con la expedición de la Ley 756 de 2002 sobre regalías.

El Código de Minas trae como novedad y hecho curioso, el establecimiento en el artículo 227 de una regalía de no menos del 0.4% del valor de la producción minera en boca de mina para los propietarios privados del subsuelo.⁶ Sobre este aspecto cabe anotar que la regalía se paga como contraprestación al dueño del recurso por la explotación del mismo, y no es claro que se deba pagar una contraprestación al Estado cuando el recurso no le pertenece, como en el caso de los propietarios privados del subsuelo. Adicionalmente se pueden presentar no pocas dificultades, si se considera que actualmente los propietarios del subsuelo minero cancelan un impuesto equivalente al monto que se paga por concepto de regalía,⁷ y según el artículo 229 del nuevo estatuto, cuando se paguen regalías, hay incompatibilidad con el establecimiento de impuestos nacionales, departamentales y municipales, sean cuales fueren su denominación, modalidades y características.

Con la norma aprobada por el Congreso de la República y sancionada por el ejecutivo se cambió de un solo plumazo la calidad y la cuantía de la contraprestación económica que pagaban al Estado por la extracción de minerales las empresas mineras con reconocimientos de propiedad privada. Tales empresas, que estaban obligadas a pagar impuestos de alguna consideración (entre el 4% y el 6% por ejemplo, en el caso del oro) pasaron a pagar una regalía casi simbólica (de solamente un 0.4%), dándoles así una exención del 90% y más de lo que venían pagando, esquilmando a los municipios productores de ingresos vitales para su funcionamiento.

El canon superficiario, como ya se anotó, fue incrementado para áreas mayores a 2000 hectáreas, y además, en adelante, de acuerdo con el artículo 325, la autoridad que tenga a su

5. Declarada inexecutable por Sentencia C-737 de 2001.

6. La reglamentación del artículo 227 se hizo mediante Decreto 2353 de 1 de noviembre de 2001. Diario

Oficial 44608.

7. Artículo 5, Ley 619 de 2000.

cargo la conservación, administración y manejo de los minerales podrá cobrar cuotas o derechos a quienes utilicen o soliciten sus servicios, calculados con base en el número de hectáreas objeto de título o propuesta, la producción, los minerales, el alcance, el contenido y la complejidad del servicio, los equipos requeridos y la recuperación de los costos de desplazamiento cuando haya lugar, tasados en salarios mínimos legales.

En materia de incremento de costos, por efectos de las reglamentaciones al nuevo Código, los formularios para la presentación de solicitudes se incrementaron –a pesos de hoy–, de un salario mínimo diario + IVA (\$12.840) a medio salario mínimo mensual legal vigente + IVA (\$192.560), y para los términos de referencia que hasta hoy se han adoptado, el interesado deberá cancelar el equivalente a un 25% de un salario mínimo mensual legal vigente + IVA (\$96.280).⁸ El caso del departamento de Antioquia es aun más grave, pues el valor de los formularios es de un salario mínimo legal mensual vigente + IVA (\$385.120).

Como se deduce de la descripción anterior, en el tema fiscal, el nuevo Código fracasó en la concepción de mecanismos para atraer inversión extranjera.

4.2. El Nuevo Código Adaptó la Legislación Minera Anterior a la Constitución Política de 1991, Concretamente a sus Principios de Desarrollo Sostenible, Medio Ambiente Sano, Participación, Minorías Étnicas, Descentralización y Autonomía Regional

Desarrollo Sostenible

Las decisiones respecto a la gestión de los recursos mineros, que generalmente comprende su descubrimiento, extracción, manejo, transformación y reciclaje, en el marco de la sostenibilidad, deben tomarse con base en criterios diferentes a los utilizados tradicionalmente bajo un modelo de desarrollo convencional.

En un modelo de desarrollo sostenible, el objetivo normalmente prioritario para las empresas privadas y entidades del sector minero, de maximizar la tasa de ganancia o la extracción de recursos en el tiempo, debe relegarse frente a las metas de sostenibilidad del proceso productivo (prolongación de la vida útil de los yacimientos), a la disponibilidad de otros recursos naturales y energéticos para las operaciones mineras y a consideraciones sobre el impacto neto ambiental que tales operaciones ocasionan.

Es obvio que algo tendría que haber cambiado en la legislación minera en estos aspectos si se pretendía la adaptación a los principios del desarrollo sostenible. Sin embargo, las decisiones sobre la extracción de recursos minerales se seguirán tomando sólo mediante criterios de optimización para los operadores mineros basados en la maximización de la tasa interna de retorno y en el menor tiempo de recuperación de las inversiones, lo que necesariamente conduce a la explotación de zonas o cuerpos mineralizados de alto tenor, con poca o ninguna consideración con la conservación de los yacimientos y la racionalidad en los procesos de extracción y recuperación.

El nuevo Código, consagra en su artículo 60 la autonomía empresarial, técnica, económica, industrial y comercial, pudiendo el concesionario escoger con los criterios de optimización señalados atrás, la índole, forma y orden de aplicación de los sistemas y procesos. En este artículo solamente se estipula que los funcionarios de la entidad concedente o de la autoridad ambiental adelantarán sus actividades de fiscalización orientadas a la adecuada conservación de los recursos objeto de la actividad minera y a garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene mineras y ambientales, lo que se constituye en un enunciado general y bien intencionado, cuya eficiencia dependerá no sólo de un buen diseño de los términos y guías que se adopten para el ejercicio de la fiscalización, contemplados en el artículo 278, sino del énfasis, conocimiento y experiencia de cada funcionario y de los recursos de las entidades para cubrir el territorio nacional.

Además, como los intereses del empresario tienden a la maximización y los del Estado a la sostenibilidad o conservación, claramente opuestos, las diferencias de carácter técnico serán numerosas y tal como está previsto en el artículo 294, la decisión quedará en manos de los peritos particulares.

8. Los valores están dados sobre la base de un salario mínimo de \$332.000 mensuales vigente para el año 2003.

El concepto de sostenibilidad que incorpora el nuevo Código en su artículo 194, se refiere solamente al deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, lo cual dice, es compatible y concurrente con la necesidad de fomentar y desarrollar racionalmente el aprovechamiento de los recursos mineros como componentes básicos de la economía nacional y el bienestar social, concepto insuficiente a la luz de lo que debe ser la sostenibilidad según la Corte Constitucional

Medio Ambiente

En un proceso de concertación entre los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, con el propósito de armonizar las legislaciones minera y ambiental se “acordó” que el nuevo Código de Minas no modificara en lo fundamental el tema de la legislación ambiental vigente, por lo que a pesar de que el Código contenga un capítulo, el XX, dedicado a aspectos ambientales, sus artículos sólo se refieren a los trámites de aprobación del llamado proyecto minero ambiental, tendientes a la obtención simultánea de las viabilidades que otorga cada uno de tales ministerios. Como novedad en esta materia, el Código trae la figura de los Estudios de Impacto Ambiental realizados en forma conjunta por los beneficiarios de áreas vecinas o aledañas, estén o no incluidas en un plan conjunto de exploración. Así mismo, el otorgamiento de una Licencia Ambiental Conjunta, cuando las características y condiciones de las áreas estudiadas fueren homogéneas o similares.

Como aspectos que benefician al concesionario minero en materia de trámites ambientales se tiene: la prohibición para que las autoridades regionales o locales establezcan zonas excluidas para la actividad minera; la póliza única para garantizar obligaciones mineras y ambientales, el establecimiento de causales específicas para negar la licencia ambiental, la posibilidad de modificar la licencia por expansión o modificación de obras, trabajos y procesos de producción e incluso su modificación por cambios en las medidas de prevención y control.

Se observa entonces que en materia ambiental no hay una adecuación a la Constitución Nacional sino una mejor comprensión de la actividad minera, lo que le genera a los concesionarios algunas facilidades no contempladas en el Código anterior. Además, si las autoridades ambientales colaboran y se adoptan unos términos, guías y procedimientos idóneos, se agilizarán dichos trámites, dados el principio de simultaneidad y los plazos fijados a las autoridades ambientales para el cumplimiento de sus funciones.

Minorías Étnicas

El Gobierno en la exposición de motivos del proyecto de nuevo Código señaló que el enfoque y desarrollo que el Decreto 2655 de 1988 hacía sobre la materia, aún considerados en el marco de los nuevos mandatos constitucionales, debía conservarse pues las disposiciones vigentes protegían los principios que sobre las minorías étnicas consigna la nueva Carta Política en forma clara y categórica. Por lo tanto propuso conservar la regulación legal existente sin variar su texto, y aclaró que los cambios o la supresión de algunos pasajes de orden circunstancial respondían únicamente a la necesidad de armonizar el capítulo sobre grupos étnicos con las demás partes del proyecto.⁹

En ese orden de ideas no habría modificación en cuanto a la participación de las minorías, cuando se tratara de actividades de prospección, exploración o explotación de minerales en sus territorios. Veamos sin embargo que eso no fue así.

En materia de prospección, la Ley 21 de 1991 por medio de la cual se aprueba el Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes se señala que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.¹⁰ Esta disposición no fue modificada con el artículo 39 del Código de Minas en su primera publicación según Diario Oficial 44522 de 17 de agosto de 2002, que dice:

9. Exposición de motivos del proyecto de ley 269 de 2000. Gaceta del Congreso No. 113 de 14 de abril de 2000.

10. Artículo 15, Ley 21 de 1991.

“Artículo 39. Prospección de minas. La prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código. ...”

Sobre este texto se pronunció la Corte Constitucional, declarando su exequibilidad al decir: "la prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas" y señaló que "la norma se refiere al libre ejercicio de la prospección, salvo en los "territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código. Es decir, no alude de manera restringida a las zonas mineras indígenas de que trata el artículo 122 ibídem, como parece entenderlo la demandante, sino al concepto amplio de territorios indígenas consagrado en el artículo 123, el cual abarca a las primeras. Para confirmar lo anterior, vale la pena citar este último precepto: "Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan."

Sin embargo, cabe recordar que el Código de Minas fue publicado nuevamente, en su integridad, el 8 de septiembre de 2001 en el Diario Oficial 4545, según reza la nota aclaratoria de este último Diario, porque "La Ley 685 de 15 de agosto de 2001, Código de Minas, se publicó en el diario Oficial número 44.522 del 17 de agosto de 2001, con varias inconsistencias, por esta razón la publicamos nuevamente en su integridad, acogiéndonos al artículo 45 de la Ley 4ª de 1913." En esta segunda publicación el artículo 39 fue modificado, y en el nuevo texto, se hace referencia específica a las zonas mineras para minorías étnicas, pues se lee:

"Artículo 39. Prospección de minas. La prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos como zonas mineras para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código. ..." (sin subrayado en el texto original)

A pesar de que los autores desconocemos la existencia de casos similares al aquí señalado, en el que el pronunciamiento de la Corte se ha hecho sobre un texto que el Gobierno Nacional dice no es el texto oficial,¹¹ del análisis de la sentencia de la Corte Constitucional debe entenderse que la participación de las minorías étnicas cuando se realicen actividades de prospección, no puede limitarse a las "zonas mineras para minorías étnicas" sino que debe hacerse sin limitación en todo el territorio, o sea en toda la zona de resguardo.

Participación

En aras de incorporar la participación democrática en el sector minero, el Código de Minas en su artículo 343 creó el Consejo Asesor de Política Minera, integrado por los ministros de Minas y Energía y de Ambiente, el presidente de Minercol, dos representantes del empresariado minero, uno más por el sector académico y otro por el sector social. Se le asignaron funciones de carácter consultivo, como recomendar medidas, proponer líneas de acción, prioridades a ajustes institucionales y designar comités técnicos.

A pesar de la solidez de la estructura de este Consejo y su gran potencialidad, hasta ahora sus tareas se han limitado a rendir concepto sobre proyectos de reglamentación y a escuchar reclamos de los gremios allí representados. Nada sustantivo para la formulación y aplicación de la política minero-ambiental. En la práctica se ha desconocido esta instancia de participación democrática creada por el Código, donde los sectores académico, solidario, industrial y gremial pueden concurrir para proponer, concertar y hacer viable una actividad minera responsable en lo social, compatible en lo ambiental y que impacte positivamente la economía nacional.

Descentralización

Como ya hemos señalado, la descentralización está contemplada no sólo en la Constitución Nacional sino que es un objetivo prioritario en los planes de desarrollo de los últimos gobiernos de Colombia. El actual gobierno en el documento Bases del Plan Nacional de Desarrollo, Hacia un Estado Comunitario, pretende lograr la descentralización través de tres mecanismos: fortalecimiento de la democracia local y participación de la sociedad civil en la gestión pública, profundización de la descentralización administrativa y fiscal, y ordenamiento territorial. El mismo documento establece que se pondrá en marcha un proceso de racionalización burocrática para delegar en las regiones funciones que actualmente ejercen diferentes entidades nacionales. En ese sentido, sería muy

¹¹ Oficio 028965 de 1 de octubre de 2001 de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

comprensible que el gobierno continuara con la delegación de funciones en materia minera a los diferentes entes territoriales, y eliminara las oficinas de Minercol Ltda. en aquellas regiones en que el proceso de titulación minera sea asumido a través de las entidades territoriales.¹²

De acuerdo con el artículo 317, cuando en el Código se hace referencia a la autoridad minera o concedente, se está refiriendo al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional que tenga a su cargo la administración de los recursos mineros, la promoción de la industria minera, la administración del recaudo y distribución de las contraprestaciones económicas, con el fin de desarrollar las funciones de titulación, registro, asistencia técnica, fomento, fiscalización y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de áreas mineras.

La autoridad minera, previa reglamentación, podrá delegar en forma permanente, temporal u ocasional tales funciones, en lo que tiene que ver con el contrato de concesión, en los gobernadores de departamento y en los alcaldes de ciudades capitales de departamento.¹³

Como consecuencia de los artículos citados atrás, el asunto de la descentralización administrativa quedó en la ley, tal y como antes, sujeto a la mayor o menor amplitud del gobierno central frente a las delegaciones externas. Por medio de la Resolución 18-1053 del 22 de agosto de 2001, derogada por la Resolución 18-1130 de 7 de septiembre de 2001, el Ministerio de Minas y Energía delegó en Minercol Ltda., todas las funciones que en virtud de el Código de Minas corresponden al Ministerio, excepto las que la disposición enumera, entre las que se encuentra el tratamiento de los contratos de concesión sobre minerales distintos a carbón y esmeraldas. Luego, mediante la Resolución 18-1145 del 14 de septiembre de 2001, el Ministerio de Minas y Energía reglamentó la delegación de funciones mineras en entes territoriales disponiendo la obligación de remitir a Minercol Ltda. "los documentos e informes necesarios para efectos de la celebración de contratos, así como para la terminación, caducidad y reversión, devolución de áreas y cesión de derechos en relación con éstos, así como todos los trámites que impliquen su modificación o que sean efecto de los mismos."¹⁴ Seguidamente, se delegó en los departamentos de, Cesar, Boyacá, Caldas, Antioquia, Norte de Santander, algunas funciones relacionadas con los contratos de concesión¹⁵. Ante la inconformidad del Departamento de Antioquia que consideró que su entonces Secretaría de Minas y Energía se convertía en una simple oficina de trámites para Minercol Ltda., el Ministerio dispuso por medio de Resolución 18-1573 del 26 de noviembre de 2001, ampliar la delegación al departamento de Antioquia, incluyendo las funciones de tramitación, celebración y terminación de contratos, caducidad y reversión, devolución de áreas y cesión de derechos, vigilancia de los contratos y todos los trámites que impliquen modificación de éstos, excepto los que se refieran a carbón y esmeraldas, así como la vigilancia y control de la ejecución de los mismos que son de competencia de Minercol Ltda.

De lo anterior se deduce que el nuevo Código y las resoluciones sobre delegación a los departamentos (que como se dijo no incluye el departamento de Antioquia), al obligar a la remisión de documentos a Minercol en Bogotá, para que allá se cumplan las principales funciones mineras y la firma de los contratos, y al exceptuar los trámites relacionados con carbón y esmeraldas, se están desconociendo los principios de descentralización administrativa de la Constitución Política de Colombia, y se confirma lo dicho por el Gobernador del departamento de Antioquia: las oficinas delegadas en las entidades territoriales son oficinas tramitadoras de Minercol¹⁶.

Por último, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 358 del Código de Minas, el gobierno nacional contaba con máximo 6 meses para reestructurar a Minercol Ltda. Esta obligación, dos años después de la expedición del Código, no se ha cumplido, y hasta la fecha, lo único que se dado a conocer oficialmente, es que se busca liquidar a Minercol y delegar las funciones sobre trámites mineros en el Ingeominas, que será reestructurado para el efecto.¹⁷ Es preocupante que el Gobierno, conociendo las cargas laborales que significan los trabajadores de Minercol, considere que no debe haber solución de continuidad de los funcionarios de Minercol en el proceso de reestructuración institucional.¹⁸

12. Bases del Plan Nacional de Desarrollo, Hacia un Estado Comunitario, p. 182.

13. Ley 685 de 2001, Artículo 320.

14. Resolución 18-1145 de 14 de septiembre de 2001 del Ministerio de Minas y Energía, artículo 3, numeral 4, literal a).

15. Resoluciones 18-1191, 18-1192, 18-1193, 18-1194, 18-1195 de 24 de septiembre de 2001, respectivamente.

16. Escrito radicado en el Ministerio de Minas y Energía con el número 6266 de 8 de octubre de 2001.

17. Acta 03 de 25 de junio de 2003 del Consejo Asesor de Política Minera.

18. Acta 03 de 25 de junio de 2003 del Consejo Asesor de Política Minera.

5. VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE CARÁCTER ESPECÍFICO

5.1. Da Certeza y Estabilidad Jurídica sobre los Derechos Mineros

Certeza

En opinión de los detractores del Decreto Ley 2655 de 1988, la falta de certeza radicaba en que al explorador–descubridor de un yacimiento no se le garantizaba que él sería el explotador. Para aquellos esto era grave por dos razones: si la solicitud de título se hacía para un mineral y se encontraba otro, no era posible explotarlo, cuando un tercero tenía otorgada o en trámite el área para este último mineral descubierto; adicionalmente, por existir títulos diferentes para exploración y explotación, al tener que pasar de licencia de exploración a licencia de explotación o contrato de concesión, no había la certeza de que se concediera el nuevo título ni de que se obtuviera la licencia ambiental.

La nueva legislación establece que al concesionario se le otorga la facultad de efectuar todos los trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato. Ello quiere decir que sólo se pueden explorar y explotar los minerales solicitados, y no otros. Existe la posibilidad de que la concesión se extienda a otros minerales, siempre y cuando no haya terceros que tengan propuestas o contratos anteriores a la solicitud de adición para dichos minerales; sin embargo, las propuestas de contratos de terceros, sólo se tramitan cuando el beneficiario del título cuente con un Programa de Trabajos y Obras ¹⁹ Esto último permitiría que tales propuestas queden en suspenso hasta que el titular inicial presente el Programa citado.

El nuevo Código pasó por alto la recomendación del Banco Mundial sobre una característica esencial de una legislación minera exitosa: que otorgue derechos exclusivos para explorar y explotar todos los minerales concesibles en el área, pues no existe una forma eficiente de administrar simultáneamente varias concesiones mineras en la misma área. El artículo 25 del código derogado permitía que la licencia de exploración se presentara para todos los minerales, a menos que el interesado limitara su solicitud a uno o varios. Esto quiere decir que se podían solicitar todos los minerales, y se excluían aquellos sobre los cuales ya había solicitudes o títulos, y se otorgaba el área, teniendo en cuenta las medidas concretas que evitasen la interferencia entre las distintas concesiones. El artículo 271 del nuevo Código establece que en la propuesta de contrato se deben indicar el mineral o minerales de interés, por lo que no se podrá hacer una propuesta de contrato para todos los minerales que existan en el área.

Adicionalmente, el nuevo Código también contempla que sin la aprobación expresa del estudio de impacto ambiental y la expedición de la correspondiente licencia no se podrán iniciar los trabajos de explotación.

Lo anterior nos permite afirmar que la “certeza” que puede tener el concesionario de que podrá explotar el yacimiento que descubra, varía poco frente a las normas derogadas.

Estabilidad Jurídica

La inestabilidad jurídica en concepto de los promotores del Código se originaba por la aplicación de las cláusulas exorbitantes a favor de la administración, o por vía judicial dada la facultad de la Corte Constitucional para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.

Las cláusulas exorbitantes, o cláusulas excepcionales al derecho común, son las prerrogativas especiales de la administración que le permiten la terminación, la interpretación y la modificación unilateral del contrato, así como la declaratoria de caducidad del mismo. En el texto del nuevo Código expresamente se contempla que no habrá cláusulas de terminación, interpretación modificación unilateral. Cualquier diferencia de naturaleza contractual deberá demandarse ante los Tribunales Contenciosos.

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, la entidad mediante resolución motivada, lo da por terminado y ordena

19. Artículos 62 y 63 Ley 685 de 2001.

20. Córdoba, José María. *Foro organizado por Asomíneros sobre el Nuevo Código de Minas. Rionegro, Hotel Las Lomas, 3 de septiembre de 2001. Transcripción de las grabaciones realizada por Carmen Lucía González S.*

21 Artículo 302, Ley 685 de 2001.

22 Dr. José María Córdoba, en su presentación del Código de Minas en el Hotel Las Lomas de Rionegro, el 3 de septiembre de 2001.

23 Artículos: 66: Definir las reglas técnicas para la identificación y delimitación del área objeto de propuesta. 67: Determinar las normas técnicas para elaboración de planos, documentos, croquis y reportes. 68: Elaborar las definiciones técnicas de obligatorio uso por las autoridades y funcionarios. 99: Elaborar las normas y medidas de conservación o manejo adecuado de los recursos. 199: Adoptar los términos y guías minero ambientales para el sector minero. 216: Adoptar los procedimientos para autorizar los auditores ambientales para las actividades mineras. 220: Reglamentar las obligaciones, condiciones de ingreso y sustitución, representación, duración y reglas para la liquidación del acuerdo consorcial, cuando el contrato sea suscrito con un consorcio. 222: Reglamentar las organizaciones de economía solidarias cuando éstas sean concesionarias de un contrato de exploración y explotación de minas. 227: Reglamentar el porcentaje de regalías que se cobrará a las propiedades privadas. 248: Señalar los términos y características dentro de los cuales se desarrollarán los proyectos de minería especial. 255: Reglamentar los términos, condiciones y modalidades de los planes y programas de transferencia de tecnología que permitan solicitar una deducción de regalías dentro del llamado "plan padrino". 267: Adoptar los modelos y formas estandarizadas de todas las providencias que adoptarán las autoridades competentes y del modelo de contrato. 278: Adoptar términos de referencia y guías para la elaboración, presentación y aprobación de los estudios mineros, guías técnicas para adelantar los trabajos y obras en los proyectos mineros y procedimientos de seguimiento y evaluación para el ejercicio de la fiscalización. 320: Reglamentar la forma cómo se deben hacer las delegaciones. Para este efecto ya se dictó la Resolución 18-1145 de

su liquidación. Para el caso de los contratos mineros, la caducidad se puede declarar exclusivamente por las causales señaladas en el artículo 112 del nuevo Código. Las causales de caducidad de la nueva ley minera son básicamente las mismas contenidas en la legislación derogada. Se adiciona la del literal i) que no se caracteriza propiamente por ofrecer estabilidad al concesionario, pues su aplicación dependerá de la discrecionalidad del funcionario de turno. Dicha causal de caducidad dice así: "El incumplimiento grave y reiterado de *cualquiera otra* de las obligaciones derivadas del contrato de concesión."

La inestabilidad judicial también en concepto de los promotores del Código, surge porque se permite que la Corte, al hacer la comparación entre el texto constitucional y el texto impugnado, pueda eliminar la norma legal si en su concepto viola teorías o conceptos básicos que sustentan el texto constitucional.²⁰ En ese contexto, es poca la estabilidad jurídica que ofrece el nuevo Código frente a la interpretación que de él pueda hacer la Corte Constitucional en el caso de aquellos artículos que desconozcan principios fundamentales. Con ese criterio es susceptible de demandarse por inconstitucionalidad, el artículo 289 que restringe la acción de nulidad del contrato de concesión a quienes acrediten interés directo o sea interés económico o patrimonial, excluyendo a los ciudadanos que, en virtud de la democracia participativa contenida en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución, tienen la posibilidad de ejercer fiscalización sobre las actuaciones de la administración, y además, según los artículos 8 y 95 numeral 8, la obligación de proteger los recursos culturales y naturales del país.

Otro aspecto que implica inseguridad, no para el concesionario sino para el Estado, es el relacionado con la oposición a los contratos de concesión, fundada en una pretendida propiedad privada del subsuelo. Según la Constitución, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. Si bien en el texto del nuevo Código se dice que por la Ley 685 no se reviven los derechos de los particulares sobre las minas y canteras, que se extinguieron por la aplicación de la Ley 20 de 1969 y el Decreto 2655 de 1988, por otro lado permite que quienes pretendan la propiedad privada del subsuelo, demandar el contrato de concesión dentro del año siguiente a su inscripción en el Registro Minero Nacional²¹.

En conclusión, se eliminan las cláusulas exorbitantes y se adiciona una cláusula de caducidad en extremo amplia, con múltiples posibilidades de interpretación por parte de la administración pública, pero sobre todo, se crea nuevamente la posibilidad de que se controvierta la propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables, asunto que desde hace algunos años estaba superado.

5.2. Contempla una Regulación Completa y Clara sobre la Materia

Regulación Completa

Respecto al Código anterior se dijo que la falta de precisión en los textos hacía que las autoridades establecieran o exigieran a los solicitantes de títulos mineros, permisos, licencias o requisitos adicionales para poder ejercer su derecho. Es lo que llamaban la "jurisprudencia de ventanilla", donde el funcionario dicta sus códigos, sus propias normas e inventa requisitos, como subsidiarios de los que la ley y los decretos exigen.²²

El Gobierno pretendió cambiar esta situación en el nuevo Código para que fuera una regulación completa y general de la materia, afirmando que esto no es un enunciado teórico pues el artículo 84 de la Constitución Política dice que cuando una materia se regula de forma completa está prohibido a los funcionarios de todo orden exigir requisitos, formas y condicionamientos procedimentales de otra clase (creados por Decreto o Resolución) que no estén contenidos en la ley.

Sin embargo, no es tan evidente que el nuevo Código sea una regulación completa. Requieren expresa reglamentación 17 artículos,²³ además ya se ha solicitado la reglamentación de otros por su especial importancia.²⁴ Muchas de estas reglamentaciones son absolutamente esenciales para la operatividad del nuevo Código de Minas. Dos años después de su expedición ya se han dictado 37 decretos, resoluciones ministeriales, resoluciones de Minercol y documentos técnicos, relacionados con delegaciones, reglamentaciones, formularios, términos de referencia y normas

técnicas para la presentación de propuestas y ejecución de labores en la etapa de exploración. Mucho más de lo que se reglamentó durante los 11 años de vigencia del Decreto Ley 2655 de 1988.

Claridad

Cabe preguntarse si entre los artículos que se han debido obligatoriamente reglamentar, las disposiciones que surgen por el vicio de los funcionarios de aclarar su contenido, y las guías y términos de referencia que se han venido dictando, no habrá incongruencias, inconsistencias, contradicciones, ni tampoco la posibilidad de interpretación. Una de las características esenciales de las normas legales es su posibilidad de interpretación y las disposiciones mineras no se sustraerán de esa característica.

Seguramente se responderá que siendo el Código una regulación completa, las normas de inferior jerarquía que lo contravengan son nulas. Sí, pero no faltará quien dicte reglamentaciones, y las aplique, así sean abiertamente ilegales pues en Colombia rige el principio de la "presunción de legalidad de los actos administrativos".

5.3. Define Claramente el Papel del Estado

Una de las políticas más repetitivas de los últimos gobiernos es la no participación del Estado en proyectos de inversión: un Estado no minero, no ejecutor, no inversionista ni socio de proyectos que puedan ser asumidos por el sector privado. Para los últimos ministros de la cartera de Minas y Energía, el papel del Estado en este sector debía ser exclusivamente el de planeador, regulador y fiscalizador de las actividades que realicen los particulares.

Como se ha demostrado que el Estado es un mal empresario minero entonces el nuevo Código le iba a cerrar la posibilidad de embarcarse en proyectos mineros de forma directa, eliminando entre otras la figura del aporte. Cabe señalar que no fue la figura del aporte la que permitió que el Estado fuera empresario minero ni que la terminación del aporte impedirá que el Estado sea en el futuro empresario minero. Sólo en el caso del contrato de asociación de El Cerrejón Zona Norte el área contratada se encontraba sometida a tal régimen. Los contratos de Acerías Paz del Río y Cerromatoso en los cuales participó el Estado, no estuvieron sometidos al régimen de aporte. Tampoco se requirió cambio de Código para la privatización de El Cerrejón o Cerromatoso y la expedición de la Ley 685 de 2001 no ha impedido que el Estado siga siendo empresario minero en los contratos de salinas ya que en la Ley 773 de 14 de noviembre de 2002, se autorizó al Gobierno Nacional para crear una sociedad de economía mixta, en calidad de concesionaria, vinculada al Ministerio de Desarrollo, cuyo objeto principal será la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, Guajira y en las que dicho Ministerio, como representante de la Nación, tiene el 51% de los derechos. Además, en el artículo 17 del nuevo Código, una persona jurídica pública que tenga entre su objeto la exploración y explotación minera tiene capacidad legal para formular la propuesta y celebrar el contrato de concesión minera.

Como si lo anterior fuera poco, la Ley 685 de 2001 le está dando al Estado la oportunidad de probar que puede ser un buen gestor de apoyo social. Por tercera vez en los últimos años se iniciarán programas de legalización, habrá asesoría técnica para quienes han sido explotadores ilegales, y se les otorgarán concesiones bajo condiciones especiales. Los resultados de este nuevo programa de legalización, corrida la mitad del término concedido para ello en el artículo 165 del Código, se muestran tan pobres como lo fueron los procesos que en igual sentido se hicieron en anteriores oportunidades, y sólo se conoce la manifestación del gobierno para hacer todo lo posible para que este programa "no sea una nueva frustración".

Finalmente se promoverá la transferencia de tecnología a los pequeños mineros en el poéticamente llamado "plan padrino" para que el padrino pueda deducir de las regalías que tiene que cancelar, parte de las sumas invertidas en su "ahijado", figura que tiene serios vicios de inconstitucionalidad, pues la Constitución claramente establece que las regalías se destinarán a las entidades territoriales. Los inconvenientes de esta figura han sido tales que luego de dos años de vigencia del Código, no ha empezado a operar

14 septiembre de 2001. 336: Diseñar los mecanismos que permitan la coordinación necesaria entre los organismos públicos y privados especializados en investigación geológica-minera para los fines del Sistema Nacional de Información Minera. 344: Establecer las listas de los sectores empresarial y social minero y académico entre los cuales se cooptarán los representantes del Consejo Asesor de Política y Normatividad Minera. 358: Fijar los lineamientos para la reestructuración de Minercol, la cual se deberá llevar a efecto en los 6 meses siguientes a la expedición del Código.

24 Comunicación del ICPC al Ministro de Minas y Energía. 22, Cesión de derechos. 25, cesión de áreas. 35, zonas de minería restringida. 54, suspensión o disminución de la explotación. 69, área efectiva del contrato. 82, delimitación y devolución de áreas. 88, reserva de documentos. 174, pagos y garantías. 198, medios e instrumentos ambientales. 243, habilitación de minas. 270, presentación de la propuesta. 317, autoridad minera. 351, contratos sobre áreas de aporte. 352, beneficios. 352 y 357 sobre reversión. 355, contratos sobre áreas con inversión estatal.

5.4. Evita la Discrecionalidad en las Decisiones Públicas

Una de las formas para eliminar la discrecionalidad atribuida al Código anterior es mediante la adopción de modelos estandarizados de contrato y de providencias. Así, siendo el contrato de concesión un contrato de adhesión, o sea un contrato en el que las cláusulas no son prenegociadas en cada caso y con cada interesado; sus términos, condiciones y modalidades son sólo los señalados en la ley como esenciales y definitorios.

A pesar de que en el anterior Código sólo se exigía que hubiese un modelo preestablecido para el contrato de concesión, ya se habían vertido a formatos casi todas las actuaciones en el llamado régimen ordinario. Para los contratos en áreas de aporte, si bien el Código señalaba que las condiciones de los contratos mineros de las empresas industriales y comerciales del estado serían los que se acordaran en cada caso, el clausulado básico era uniforme, y nada impedía criterios unificados de contratación para sus proyectos.

Curiosamente la "discrecionalidad" nunca fue objeto de críticas por el Gobierno, cuando ella se refería a la posibilidad de definir el sistema de contratación en los programas de gran minería. Esta figura, al parecer le permitió al ejecutivo, favorecer a particulares decidiendo la contratación de áreas mediante adjudicación directa.²⁵

Debíamos entonces esperar que en el nuevo Código se hubiera eliminado "de tajo" toda posibilidad de "discrecionalidad". Pero veamos: depende del "juicio" del Gobierno delimitar las zonas en las cuales no se admitirán nuevas propuestas de contrato aduciendo motivos de orden social o económico, lo cual permite que cualquier zona del país se sustraiga al régimen ordinario de concesión de minas ²⁶; el Gobierno puede también establecer por razones de "seguridad nacional" zonas donde no podrán presentarse propuestas o celebrarse contratos sobre todos o determinados minerales; cuando se trata de organizaciones de economía solidaria dedicadas a actividades mineras, el Gobierno puede darles trato preferencial para obtener títulos mineros y adelantar actividades mineras y comerciales para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad; los términos y características de los proyectos de minería especial que se lleven a cabo en las "reservas especiales" pueden ser determinados en cada caso por el Gobierno; finalmente dependerá del "juicio" de la autoridad minera, determinar si las características y dimensiones de los bienes inmuebles susceptibles de reversión, los hacen aptos como infraestructura a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad.

5.5. Evita la Duplicidad de Regímenes

Al anterior Código se le endilgó como una de sus características más desfavorables el tener varias clases de títulos mineros. Además de aquellos perfeccionados conforme a disposiciones anteriores, contemplaba las licencias de exploración, las licencias de explotación, los contratos de concesión, los aportes y los contratos en las zonas de aporte, las licencias especiales para comunidades indígenas, las licencias especiales para materiales de construcción y los registros mineros de canteras. Para el gobierno era entonces muy importante que existiera un solo título minero: el contrato de concesión de exploración y explotación.

Veamos que tan cierto es que a partir de la Ley 685 de 2001 sólo habrá un título minero. En nuestro país se aplica la teoría de los derechos adquiridos, por la cual los derechos consolidados a favor de un particular no se modifican con la expedición de leyes posteriores. Así, están vigentes todos los títulos mineros obtenidos mediante el lleno de los requisitos que exigían normas anteriores como la Ley 20 de 1969, Decreto 1275 de 1970, y el Decreto Ley 2655 de 1988.

De acuerdo con el artículo 349 del nuevo Código, las solicitudes en trámite pueden continuar su curso hasta su perfeccionamiento conforme a las normas del Decreto Ley 2655 de 1988, por lo que se pueden otorgar todos los títulos mineros que contemplaba el Código derogado. Adicionalmente los trámites y procedimientos iniciados en áreas de aporte necesariamente deben continuar hasta su culminación conforme a las disposiciones con las cuales se iniciaron. Esto quiere decir que todos los trámites para obtener los títulos del anterior Código siguieron vigentes. or su parte la nueva Ley permite los siguientes contratos: el contrato "general" de concesión de

²⁵ El Decreto 0669 de 1996 definió el sistema de contratación para un proyecto de Gran Minería denominado El Hatillo. La adjudicación directa fue objeto de severos cuestionamientos por del diario El Tiempo del 24 de mayo de 1998.

²⁶ Mediante Decreto 2200 de 19 de octubre de 2001 se delimitaron 10 zonas como de reserva especial en virtud del artículo 31 del nuevo Código de Minas, que cubren aproximadamente 2500 hectáreas. DO 44598

exploración y explotación, y los contratos "especiales" para aquellas áreas que han sido objeto de estudios financiados con recursos estatales de cualquier naturaleza y cuantía, los contratos especiales para las zonas de seguridad nacional, los contratos especiales para los grupos indígenas, y los contratos especiales para las comunidades negras.

5.6. Contempla Factores Objetivos de Selección del Concesionario

Una de las críticas más severas al anterior Código se hacía porque supuestamente no aplicaba el principio de que quien es primero en el tiempo es primero en el derecho pues las entidades públicas titulares de aporte podían establecer condiciones particulares para seleccionar al concesionario. El principio estaba establecido para el régimen ordinario en el artículo 43 del Decreto Ley 2655 de 1988, y no se aplicaba a las explotaciones de pequeña minería de menos de 10 hectáreas. Para el Ministerio de Minas y Energía muy importante, a fin de acentuar la seguridad jurídica y reglas de juego claras, establecer en la nueva legislación el principio de manera expresa.²⁷ Pero en el caso del nuevo Código también hay excepciones. Veamos: El gobierno nacional en las reservas especiales sólo otorgará las concesiones a las comunidades que hayan ejercido las explotaciones tradicionales de minería informal, así hubiere solicitudes de terceros. Esta es a todas luces una norma inconveniente para un país donde un alto porcentaje de la minería es informal y donde casi todo el territorio nacional está aquejado por problemas de alteración del orden económico o social.

El principio de primero en el tiempo, primero en el derecho, tampoco se aplicará cuando se levanten las llamadas zonas de seguridad nacional, porque el Gobierno, a su juicio, determinará la forma en que se pueden presentar propuestas de contrato de concesión.

Tampoco se aplicará cuando se trate de contratos que se celebren sobre áreas con inversión estatal según el Art. 355 del nuevo Código.

5.7. Contempla Tiempos Suficientes para Realizar las Labores de Exploración y Explotación

Los empresarios mineros, la Asociación, y el Gobierno manifestaron en diversos escenarios que debido a la escasa infraestructura del país, los problemas generados por la alteración del orden público y el conocimiento escaso de nuestra geología básica, el tiempo otorgado para hacer una buena exploración no era suficiente y el término de explotación muy corto para extraer completamente los depósitos.

En el anterior Código los períodos de exploración estaban dados en función del área. Si ésta era de hasta 100 hectáreas, el período de exploración era de un año con la posibilidad de prorrogarlo otro más. Si era de 100 a 1000 hectáreas, 2 años y uno más de prórroga. En áreas de más de 1000 a 5000 hectáreas el plazo era de 5 años no prorrogables. Los períodos de explotación eran, en las licencias de explotación, de 10 años prorrogables por 10 ó por 30 años. Los contratos de explotación eran de 30 años no prorrogables.

El nuevo Código trae un tiempo de exploración inicial de 3 prorrogables por 2 más sin consideración del área del contrato, que en la nueva ley puede ser hasta de 10.000 hectáreas. La duración total del contrato es de hasta 30 años, incluidos los períodos de exploración y de construcción y montaje, con la posibilidad de prórroga hasta por 30 años.

Así, vemos que los períodos de exploración se ampliaron considerablemente para las pequeñas áreas mineras pero no para las grandes extensiones. Sí se ampliaron sustancialmente los períodos de explotación.

5.8. Establece Trámites Sencillos y Expeditos

Dijeron los detractores del derogado Código que los trámites que éste contenía eran largos, engorrosos y lentos, y que, además, había que realizar trámites adicionales para conseguir autorizaciones ambientales.

27 Conferencia sobre Código de Minas en Hotel Las Lomas del Ministro Ramiro Valencia Cossio. 3 de septiembre de 2001.

Si se analizan los pasos para el otorgamiento de los títulos mineros del anterior Código, éstos no eran ni largos, ni engorrosos, ni lentos. Por el contrario eran tan simples que el último Secretario de Minas y Energía del Departamento de Antioquia resaltó, días antes de la expedición de la Ley 685 de 2001, la eficiencia de la Secretaría a su cargo, que estaba otorgando títulos en un lapso de 8 días. Tanta eficiencia se dio no por una modificación del Código sino porque se tomaron medidas de carácter administrativo que solucionaron las causas de demora. Hoy, dos años después de expedido el Código, sigue habiendo enormes dificultades en la tramitación de los contratos de concesión. Lo anterior nos lleva a afirmar que los cambios legislativos son generalmente intrascendentes si no van acompañados de decisiones políticas, y de buenas dosis de diligencia e inteligencia por parte de los funcionarios encargados de aplicarlos.

5.9. Evita que se Restrinjan Áreas para la Actividad Minera

Ya se mencionó que, para el Gobierno, con las zonas de aporte se había permitido congelar grandes áreas del territorio nacional. También consideraba el ejecutivo que los planes de ordenamiento territorial, las zonas de comunidades negras, los parques naturales nacionales y regionales, las zonas de manejo especial y los resguardos indígenas, restringían el acceso a áreas de enorme potencial minero.

El Aporte

El Gobierno atacó y defendió al mismo tiempo la figura del aporte. Las razones más contundentes para terminar con la figura del aporte ya fueron mencionadas. Lo que si no se decía es que para mostrar los logros del país en materia minera, se presentaban los de los contratos celebrados en zonas de aporte. Baste poner como ejemplo las palabras de la primera gerente de Minercol: "el desarrollo minero del país ha sido gracias a la contratación bajo el sistema de aporte".²⁸

Tanto gustaba la figura del aporte al mismo Gobierno, que mientras se discutía el Código de Minas, Minercol Ltda. solicitó al Ministerio el otorgamiento de 7 zonas de aporte para casi 4'500.000 hectáreas de las cuales 3, eran para metales preciosos y metales básicos en un área de 2'230.000 hectáreas. Adicionalmente, de los 39 aportes que había en el país en el año 2001, 21 correspondían a minerales que no estaban sometidos obligatoriamente a este régimen.²⁹ El problema entonces no parece que estuviera en la figura del aporte en sí misma, sino en la falta de políticas claras y coherentes del Gobierno y de los organismos del sector minero obligados a cumplirlas.

Adicionalmente, si uno de los problemas que se le encontraba al sistema de aporte era que creaba un desequilibrio grave entre los empresarios mineros, ¿por qué se obligó a que los contratos en trámite en zonas de aporte continuasen bajo las normas anteriores y no se les aplicó la nueva ley, sobre todo en aquellas áreas de pequeña minería?

Zonas de Reserva Especial y Zonas Restringidas para Minería

De las zonas de reserva especial se dijo que congelaban importantes áreas del país. Una cosa es la norma y otra diferente su aplicación. Las reservas mineras especiales requerían, según el Código anterior, razones técnicas y económicas comprobadas para su declaratoria, y debían ser temporales, todo con el fin de adelantar investigaciones geológico mineras. Si ello no se hizo correctamente siendo las disposiciones suficientemente claras, ¿porqué creer que con el nuevo Código, las reservas especiales y las zonas de seguridad nacional no servirán para congelar grandes áreas del país?.

En cuanto a la limitación que hay para realizar actividades mineras en los territorios indígenas y las zonas de comunidades negras, su fundamento es de carácter constitucional, y en ese caso, la discusión se tiene que hacer sobre la conveniencia de un Estado pluriétnico y multicultural en el que se protejan las riquezas culturales como lo decidido en la Constitución de 1991. La restricción de actividades mineras en zonas de especial importancia ecológica también tiene un origen constitucional pues en la Carta se obliga al Estado y a las personas a proteger las riquezas naturales.

Es importante señalar que al Ministerio de Minas y Energía y a Minercol Ltda., con claro desconocimiento de lo que significa un Estado pluriétnico y multicultural, sin señalar razones precisas, les "preocupa" el incremento de los resguardos indígenas.³⁰

28. María Inés Castro de Ariza, Presidente de Minercol, en carta dirigida a Pedro Hernández G., y publicada en el periódico *El Mundo* el día 17 de mayo de 2001

29. Véase la Resolución 18 -1320 de 16 de octubre de 2001 del Ministerio de Minas y Energía. DO 44590.

30. Acta 03 de 25 de junio de 2003 del Consejo Asesor de Política Minera.

5.10. Elimina la Reversión de Bienes

Para los detractores del anterior Código la reversión era una figura que desestimulaba al inversionista minero para invertir en tecnología y equipos en los últimos años del contrato, pues éstos revertían al Estado. Adicionalmente, el Estado, se veía muchas veces obligado a recibir equipos obsoletos, que no le servían pero sí le generaban cuantiosos gastos.

De la reversión obligatoria para todos los contratos de concesión de gran minería que incluía muebles e inmuebles adquiridos con destino a la explotación y las operaciones de transporte externo y embarque, se pasó a una reversión, en todos los casos de terminación del contrato, circunscrita a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el concesionario en forma exclusiva al transporte y al embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del yacimiento y de los frentes de trabajo. La reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, a juicio de la autoridad minera, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad.

Quienes tienen pactada una cláusula de reversión podrán convenir la sustitución de los bienes por una suma equivalente al valor de los mismos.

Así, la reversión no se acabó completamente y ahora operará dependiendo del juicio o "discrecionalidad" del funcionario competente.

5.11. Elimina los Informes Innecesarios

Se afirmaba que no era conveniente que al empresario se le exigiera la presentación de informes periódicos que contenían datos innecesarios.

El código de 1988 exigía informes anuales de exploración y de explotación así como un informe final de exploración y el programa de trabajos e inversiones. Si bien los formularios eran largos, no eran difíciles de llenar para quien estaba haciendo trabajos.

Si la información solicitada era irrelevante podían haberse modificado los formularios. El nuevo código no establece qué documentos e informes técnicos se deben rendir, por lo que ello está supeditado a lo que establezcan las reglamentaciones o a la discreción de los funcionarios públicos de turno, quienes podrán solicitar al concesionario minero los informes y documentos que ellos consideren que se requiere para realizar sus labores de fiscalización de forma eficiente.

Podemos decir sobre este aspecto que los informes periódicos se suprimen en el Código nuevo pero el minero siempre estará a la espera de los informes que se exigirán para efectos de la debida fiscalización.

5.12. Establece la Libre Transferibilidad de los Títulos

Se dijo reiteradamente, en especial por los concesionarios mineros que el titular del derecho debía ser libre para subcontratar las labores mineras y para transferir el título libremente, sin necesidad de permisos de la autoridad minera. Además, los términos para que ésta se pronunciara sobre las solicitudes eran muy largos, lo cual era contrario a la agilidad que se requería en esta clase de negocios.

El código anterior exigía permiso previo para la cesión, constitución de gravámenes o la subcontratación de los derechos emanados del título minero. Este permiso debía darse dentro de los 60 días siguientes a la presentación de la solicitud, si no se hacía en ese término, se entendía que había silencio administrativo positivo. Dada la autorización, se presentaba el contrato y la entidad lo aprobaba y ordenaba su registro. Consideramos que no puede tacharse de inconveniente el solicitar autorización para transferir o para constituir gravámenes sobre un bien fiscal. El problema es administrativo pues radica en la demora para contestar la petición del beneficiario del título.

Con el nuevo Código no se requiere permiso previo sino aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si la entidad no se pronuncia en 45 días se entiende aceptada. Los efectos prácticos de la nueva norma son los mismos de la anterior, pero el plazo es más corto. El asunto grave es que para que para inscribir la cesión, el cedente deberá demostrar que ha cumplido con todas las obligaciones emanadas del contrato de concesión. El registro es la única prueba de la cesión por lo que si no se está al día en obligaciones no se hará dicho registro y no tendrá el cesionario como probar su derecho, pero sí se subrogará en todas las obligaciones emanadas del contrato, aun de las contraídas antes de la cesión y que estuvieren pendientes de cumplirse. En esos términos las cesiones no se facilitaron sino que se complicaron.

5.13. Es Acorde con el Potencial Minero del País

Se ha afirmado por parte del Gobierno, que Colombia tiene un ambiente geológico favorable para la acumulación y ocurrencia de minerales. Sin embargo no existe la información geológica que confirme tal hipótesis. De hecho, en 1996 el 60% del territorio nacional no tenía cubrimiento de cartografía geológica y el 95% no tenía información confiable sobre aguas subterráneas.³¹ Además, la exploración básica es una actividad que se promueve a través de políticas, presupuesto y compromiso de los institutos encargados de llevarla a cabo, como el Ingeominas, y no a través de una reforma al Código de Minas.

De hecho, desde la expedición de la Ley 141 de 1994, se transfieren recursos al Ingeominas para realizar los trabajos que permitan conocer la geología básica del país. Al Instituto le corresponde actualmente, en virtud de la Ley 756 de 2002, de los recursos del Fondo Nacional de Regalías destinados a la promoción de la minería (mínimo el 15%), el treinta por ciento (30%) que serán ejecutados fundamentalmente en el levantamiento de la cartografía geológico-básica de la totalidad del territorio nacional en escala 1:100.000.

Sin embargo, si los recursos del Fondo Nacional de Regalías son insuficientes para la realización de los trabajos de exploración geológica básica que requiere el país, y el Código de Minas se plantea como instrumento para mejorar el conocimiento de nuestro subsuelo, se deberían haber creado los mecanismos que obligaran a los inversionistas privados a generar tal información de forma que ella pudiese ser utilizada por el Ingeominas. Según el nuevo Código, la obtención, organización y divulgación de información relativa a la riqueza del subsuelo, la oferta y estado de los recursos mineros, y la industria minera en general es de utilidad pública. En consecuencia, los concesionarios de títulos mineros o propietarios de minas, están obligados a recopilar y suministrar, sin costo alguno, tal información a solicitud de la autoridad minera. Si no la suministran, no puede declararse la caducidad del contrato porque esta causal no está contemplada, a menos que se aplique la causal "general" de caducidad que se refiere al incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra obligación derivada del contrato de concesión, lo cual parecería difícil dadas las investigaciones a que podría verse sometido el funcionario público. Sólo se podrán entonces imponer multas. En cuanto a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que posean o procesen información relativa a la riqueza minera o la industria extractiva "deberán" suministrarla a la autoridad minera, pero estas personas no tienen la "obligación" de suministrarla y la autoridad minera carece de medios coercitivos para exigirla.

5.14. Es Competitivo a Nivel Internacional

Otro de los graves problemas diagnosticados al anterior Código, era que existían demasiadas entidades competentes para otorgar el recurso minero, lo que lo hacía poco competitivo.

En cuanto a quién tenía la competencia primaria para el otorgamiento de los títulos mineros en vigencia del anterior Código, a partir de la creación de Minercol hubo dos posiciones. Para algunos analistas, la competencia era del Ministerio de Minas y Energía porque Minercol había sido creada mediante decreto ley y éstos no pueden modificar códigos. Para otros el decreto ley de creación de Minercol era claro y le daba la competencia a la Empresa. La prueba de que tal diferencia existió fue la expedición del Decreto 2624 de 1998 por el cual se dijo que Minercol adquiría la calidad de delegante frente a los departamentos. Si Minercol era la entidad delegante, el decreto sobraba porque el Ministerio no tenía que aclarar una norma de superior jerarquía como

31. DNP. Documento Sectorial, sector minero, marzo 2000.

la de creación de Minercol; si el Ministerio era el delegante, no tenía que ratificar las delegaciones que ya había hecho y no podía “traspasar” funciones a Minercol, sino delegarlas.

La discusión quedó resuelta con el nuevo Código pues hoy la autoridad minera es el Ministerio de Minas y Energía que puede delegar, en virtud de la ley 489 en otras autoridades con funciones afines o complementarias, como lo ha hecho en Minercol, o en virtud del artículo 320 en los gobernadores de departamentos y los alcaldes de ciudades capitales de departamento. En resumen, la autoridad minera es una: el Ministerio de Minas y Energía, pero son muchas las entidades las que pueden otorgar el recurso en virtud de delegación.

5.15. No Clasifica Innecesariamente la Minería

Según el Gobierno, la minería no debía clasificarse según su volumen, como equivocadamente lo hacía el Decreto Ley 2655 de 1988, sino que el desarrollo minero, independiente de su tamaño, debe suponer la aplicación de indispensables medios humanos, técnicos y económicos.

Estamos de acuerdo con que lo importante es que la minería se realice de forma racional, y esta cualidad no depende del tamaño, pero entonces ¿Por qué se clasifica para efectos de regalías? ¿Cómo determinará el gobierno lo que debe entenderse por “pequeñas explotaciones de terceros” para que éstas puedan ser objeto de transferencia de tecnología, si no es por su volumen? Además, la Ley 99 de 1993 estableció la competencia privativa al hoy denominado Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para el otorgamiento de las licencias ambientales para los proyectos de gran minería. Expedida la Ley 685 de 2001, pasó casi un año, hasta la expedición del Decreto 1728 de 2002, para que se tuviera certeza de qué se entendería por “gran minería” y así también saber cuáles licencias ambientales serían otorgadas por las Corporaciones Autónomas Regionales. Los volúmenes señalados en este decreto, fueron reiterados en el Decreto 1180 de 10 de mayo de 2003, derogatorio del 1728 de 2002. La necesidad de determinar si una mina en operación es grande o pequeña sigue viva en la legislación colombiana.

6. CONCLUSIONES

Es posible entonces concluir que tanto las hipótesis de carácter general como específico que se plantearon al inicio de este trabajo simplemente no se verifican. El nuevo Código, se puede afirmar sin ambages, no es la plataforma legislativa que va a atraer la inversión extranjera y a relanzar la actividad minera colombiana en el marco de las tendencias globales; tampoco es el instrumento legal que complementa los estatutos que afectan la competitividad internacional, y menos aún, significa un acercamiento o adecuación a los principios constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991.

La legislación colombiana es muy pobre en la concepción de mecanismos para atraer la inversión extranjera y el ahorro público al sector minero. El concepto de sostenibilidad incorporado es insuficiente no sólo a la luz de la definición que de “desarrollo sostenible” ha hecho la Corte Constitucional, sino también al hacer referencia a un modelo de sostenibilidad que sea aplicable tanto a los recursos naturales renovables como no renovables.

Se pretendió, afortunadamente sin éxito, restringir el derecho a la participación de las minorías étnicas cuando se realicen actividades de prospección en sus territorios.

La participación democrática en las decisiones de política minero-ambiental, concebida en la ley a través del Consejo Asesor de Política Minera, no se ha desarrollado en la práctica, así como tampoco se ha desarrollado el principio de descentralización administrativa, consagrado en la Constitución Política de Colombia, limitándose ésta a la delegación de trámites bajo las pautas de la organización central.

En lo que se refiere al proceso de legalización de la minería informal, nada hace prever que se logrará un resultado positivo, pues el Ministerio de Minas y Energía no cuenta con un plan de

trabajo concreto que le permita llevarlo a buen puerto antes de que venza el término legal, y porque no tuvo recursos para este proceso hasta finales del primer semestre de 2003, recursos que, de ser aprobado el artículo 13 del Referendo, no podrán ser destinados a un proceso de legalización.

La aplicación de los artículos 62 y 63 del nuevo Código ya empieza a presentar dificultades por lo que sería muy conveniente que la autoridad minera hiciera una interpretación muy clara y precisa sobre cuando han de entender las autoridades delegadas que un área está libre para contratar, pues en el largo plazo, la falta de claridad, no sólo de los artículos citados sino también de las decisiones que con base en ellos se tomen, puede dar lugar a costosos e innecesarios litigios.

La reglamentación de la figura de los auditores mineros externos sigue estudiándose por el Gobierno nacional. Sólo se conocen documentos en los que se hacen planteamientos generales de cómo será la figura.

Finalmente, si bien no sería entendible ni práctico proponer una modificación integral de la legislación minera, es procedente que se revisen algunas disposiciones a fin de que efectivamente se puedan cumplir los objetivos, tanto generales como específicos, planteados por el Gobierno para la expedición de la nueva ley, y se incorporen en ella, de forma adecuada, los impulsores legislativos del sector minero bajo los principios del desarrollo sostenible.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Acta 03 de 25 de junio de 2003 del Consejo Asesor de Política Minera.
- Conpes. Documento 2898 de 15 de enero de 1997.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Artículos 7, 8, 79, 80.
- Decreto Ley 2150 de 1995 (Antitrámites)
- Decreto Ley 2655 de 1988 (Código de Minas anterior)
- Ley 141 de 1994 (Regalías)
- Ley 20 de 1969 (Disposiciones sobre minas e hidrocarburos)
- Ley 685 de 2001 (Código de Minas vigente)
- Ley 773 de 2002 (Explotación de salinas)
- Ley 812 de 2003. Plan Nacional de Desarrollo. Hacia un Estado Comunitario.
- Ministerio de Minas y Energía. Dirección General de Minas. Política Minera 2003– 2006.
- Ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de Minas y Energía.
- Desarrollo sostenible de la minería 2002-2006. Documento de trabajo de noviembre de 2002.
- PND 2002-2006 Por un Estado Comunitario (Proyecto de ley)
- UPME. Balance Minero Nacional 1990-2000.
- UPME. Proyecto de plan de desarrollo minero 2002-2006. Bogotá, 2002.

