



**LAS REGLAS DE ASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN
MINERA EN COLOMBIA CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA C-123 DE 2014:
UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

AUTOR:

JOSÉ CAMILO JUVINAO NAVARRO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ D.C.

FEBRERO DE 2018



**LAS REGLAS DE ASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN
MINERA EN COLOMBIA CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA C-123 DE 2014:
UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

AUTOR:

JOSÉ CAMILO JUVINAO NAVARRO

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN:

ÓSCAR MAURICIO TABORDA VELÁSQUEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ D.C.

FEBRERO DE 2018

Nota de advertencia: **Artículo 23 de la Resolución 13 de julio de 1946.**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN:	2
CAPÍTULO I	10
DESCRIPCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS MINEROS EN COLOMBIA	10
1. LA PROPIEDAD DE LAS MINAS Y LOS MINERALES.....	12
2. UN BREVE RECuento DE LA LEGISLACIÓN MINERA.....	21
3. EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA ASIGNACIÓN DEL DERECHO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA.....	29
CAPÍTULO II	44
TENSIONES CONSTITUCIONALES EN LA ASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN MINERA EN COLOMBIA: EL CASO DE LA SENTENCIA 123 DE 2014	44
1. TENSión ENTRE LOS PRINCIPIOS UNITARIO Y AUTONóMICO EN EL ASUNTO MINERO.....	44
2. EL PARADIGMA DE LA SENTENCIA C-123 DE 2014.....	64
CAPÍTULO III	80
UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL SOBRE LOS POSTULADOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS ECONóMICO DEL DERECHO (AED)	80
1. EL ANÁLISIS ECONóMICO DEL DERECHO Y SUS APROXIMACIONES.....	80
2. EL TEOREMA DE COASE, LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN Y SUS DESARROLLOS ULTERIORES.....	85
CAPÍTULO IV	99
ANÁLISIS ECONóMICO DE LA SENTENCIA C-123 DEL 2014 RESPECTO DE LA ASIGNACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN MINERA EN COLOMBIA	99
CONCLUSIÓN	122
ANEXO	
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

Introducción:

Desde principios del año 2000, y casi por más de una década, el Gobierno colombiano se embarcó en la tarea de promover en el extranjero la industria extractiva nacional. En lo que respecta al sector minero por ejemplo, para *“finales del año 2012 (...) habían sido suscritos 9.400 títulos, cubriendo 5,6 millones de hectáreas”*¹, y aunque la promoción del sector continuó con el mismo dinamismo, el número de títulos mineros otorgados para el año 2017² se vio disminuido considerablemente.

Se trataba de un modelo extractivista³, orientado a privilegiar en opinión de algunos autores, las actividades de explotación de los recursos naturales no renovables *“(...) sobre otro tipo de actividades productivas, e incluso sobre los derechos fundamentales y colectivos de los colombianos, [convirtiendo] a la minería en una actividad generadora de*

¹ NEGRETE Montes Rodrigo et al. Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Contraloría General de la República 2013. Pág., 24. (Consulta: 7 de febrero de 2017). Documento en línea consultado en: http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/mineria_en_colombia.pdf.

² *“En el país existen actualmente 8.880 títulos mineros, los cuales equivalen a 3,8% del territorio, según las cifras de la Agencia Nacional de Minería (ANM)”*. Al respecto véase: Diario La República (8 de agosto de 2017). Tres de cada 10 títulos mineros están en los departamentos de Antioquia y Boyacá [Consulta: 15 de septiembre 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.larepublica.co/economia/los-titulos-mineros-que-tiene-cada-departamento-del-pais-segun-la-anm-2534263>.

³ BODENSIEK Andrés, et al. Minería en los TLC: protección de inversiones y regulación flexible en materia ambiental. En: HENAO Juan Carlos, et al. Minería y desarrollo: Medio ambiente y desarrollo sostenible en la actividad minera, Tomo 2. Pág., 697. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2016. También respecto a la política extractivista implementada en Colombia véase: VELEZ Torres Irene. Dimensiones del extractivismo minero en Colombia. Análisis de las racionalidades de gobierno durante la última década. Revista Análisis Político, v. 27, n. 82, septiembre 2014. Pág., 45-57. [Consulta: 17 de enero 2018]. Documento en línea consultado en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/49283/60364>.

conflictos sociales, ambientales y económicos”⁴. Algo que sin duda resultaría determinante para la posterior reconfiguración en la asignación de los derechos de explotación mineros.

Ante dicho panorama los tribunales judiciales prontamente ocuparon un importante rol, pues en consideración a los impactos generados por la industria minera sobre los derechos colectivos, las decisiones por ellos proferidas comportaron una especie de mecanismo de contención frente a la adopción de medidas administrativas y legislativas, que si bien ayudaban a desarrollar un sector generador de rentas para la Nación, no atendían necesariamente a los criterios de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales no renovables y de autonomía administrativa señalados por la Constitución Política de 1991⁵.

Así, por ejemplo, el 9 de junio del año 2015 fue expedida la Ley 1753 mediante la cual fue adoptado el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 denominado “Todos por un nuevo país” como mecanismo de direccionamiento de la política administrativa, y con el propósito, entre otros, de construir un país en paz con las mejores prácticas y estándares internacionales incluyendo aspectos relativos a la minería y los recursos naturales.

⁴ NEGRETE Montes Rodrigo., Óp. Cit. Pág., 23.

⁵ Al respecto la Corte Constitucional ha efectuado un detallado análisis de los impactos generados por la minería en el territorio y como la tutela puede resultar un instrumento adecuado para conseguir la protección de derechos colectivos cuando su afectación se encuentra estrictamente relacionada con la violación a los derechos fundamentales. Véase al respecto: **Colombia. Corte Constitucional**. Sentencia del 7 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería (Sentencia C-339 de 2002); y Sentencia del 5 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Sentencia T-517 de 2011).

Para ello y como una de las estrategias transversales propuestas para cumplir con dicho objetivo, fue implementada por el Gobierno Nacional la “estrategia de competitividad e infraestructura” en la que se hizo particular énfasis en 5 objetivos a saber: “(1) el desarrollo productivo, (2) la promoción de la ciencia, la tecnología y la innovación, (3) el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones como plataforma para la equidad, la educación y la competitividad, (4) el desarrollo de la infraestructura y servicios de logística y transporte para la integración territorial, y (5) el desarrollo minero energético para la equidad regional”⁶.

En el marco de este último objetivo, fueron incluidas algunas disposiciones orientadas a generar estabilidad jurídica en el sector minero, permitiendo la continuación de actividades en zonas que fueran declaradas excluidas de la minería siempre que, se hubiesen configurado derechos adquiridos por parte de sus titulares.

De esa manera, aunque fue prohibida la actividad minera por ejemplo en áreas de páramos, se permitió condicionadamente⁷ la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en dichas áreas, siempre y cuando contaran con contrato y licencia ambiental

⁶ Al respecto véase: Colombia. Congreso de la República. Exposición de motivos de la Ley 1753 de 2015. Pág., 5. [Consulta: 3 julio 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.andi.com.co/Ambiental/Documentos%202015/PL%20200%20de%202015%20C%20Exposicion%20de%20motivos%20%20PND%202014-2018.pdf>.

⁷ En general y aunque el artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 se encontraba orientado a prohibir hacia el futuro la exploración y explotación minera en áreas delimitadas como páramos, así como las prórrogas de títulos ya otorgados, protegían los derechos adquiridos de titulares que ya se encontraran autorizados tanto por la autoridad concedente del recurso minero como por la autoridad ambiental para adelantar sus proyectos.

otorgados antes del 9 de febrero de 2010 para actividades mineras, o antes del 16 de junio de 2011 para actividades de hidrocarburos.

No obstante lo anterior, y pese a tratarse de un propósito elemental consistente en la salvaguarda de los derechos adquiridos⁸ de los explotadores en los términos antes descritos, la Corte Constitucional luego de efectuar diferentes consideraciones con relación a la protección constitucional del medio ambiente y valorar elementos científicos que ponían de presente la importancia estratégica de los ecosistemas de páramos para la regulación de los ciclos hídricos y la captura de carbono con ocasión del calentamiento global, declaró inexequible la disposición en comento eliminando cualquier posibilidad de que en tales ecosistemas de desarrollen actividades mineras y petroleras, ni siquiera de manera condicionada⁹.

Así mismo, y en el marco de la concepción constitucional del territorio que implica cierta autonomía de las entidades territoriales del nivel local, la Corte Constitucional relativamente desde hace algunos pocos años ha evidenciado una tensión entre el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales locales y nacionales, particularmente respecto a la potestad local para definir el uso del suelo y la ineludible relación de ésta con

⁸ La Corte Constitucional colombiana ha definido un derecho adquirido como “*aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona*”, por cuanto “*se han verificado todas las circunstancias y requisitos legales previstos para atribuir o dar por nacido un derecho, aunque éste no se haya aún ejercido o consumado*”. Al respecto véase: **Colombia. Corte Constitucional**. Sentencia del 9 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero (Sentencia C-478 de 1998).

⁹ **Colombia. Corte Constitucional**. Sentencia del 8 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado (Sentencia C-035 de 2016).

la facultad para disponer de los recursos naturales no renovables del subsuelo por parte de la Nación.

En efecto, en el año 2016 declaró inexecutable el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 (actual Código de Minas) que establecía la prohibición a las entidades territoriales de declarar zonas excluidas de la minería, toda vez que por tratarse de facultades inherentes a ellas en la organización de su territorio, el trámite legislativo a través del cual fuera incluida dicha prohibición debía surtirse a través de una ley orgánica, y no ordinaria como en efecto lo fue la del estatuto minero¹⁰.

De igual manera el 11 de octubre del mismo año, nuevamente el tribunal constitucional se pronunció en el marco de la temática de la explotación de los recursos naturales no renovables, esta vez, respecto a la validez de una consulta popular que pretendía prohibir la minería en el municipio de Pijao-Quindío¹¹.

En dicho fallo judicial, consideró que no solamente la participación ciudadana resulta clave para legitimar las decisiones que tome la administración y que puedan afectar a los habitantes de un municipio, sino que además y en lo que respecta a la actividad minera, los

¹⁰ **Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia del 25 de mayo de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado (Sentencia C-273 de 2016).

¹¹ **Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia del 19 de agosto de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacios Palacios (Sentencia T-445 de 2016).

entes territoriales en tanto que poseen la competencia para regular el uso del suelo, pueden incluso al ejercer dicha prerrogativa, terminar prohibiéndola.

Ahora bien, las decisiones de la Corte en tal sentido han sido solamente nuevos episodios en la historia de providencias judiciales que han cuestionado la constitucionalidad de algunas medidas legislativas expedidas sobre la explotación de los recursos naturales, y que para efectos del presente estudio y en lo que a la autonomía de los entes territoriales se refiere, entenderemos que la primera ruptura y quizás más importante se inició con la expedición de la Sentencia de Constitucionalidad 123 de 2014 y será precisamente la problemática allí contenida la que servirá de objeto de investigación.

En este sentido, podría decirse que ha sido ésta la sentencia hito modificadora de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional como más adelante será expuesto, a partir de la cual fueron establecidos los nuevos lineamientos jurídicos por los que fueron reorganizadas las competencias para la administración del recurso minero en nuestro país, y que posteriormente fueron reiteradas en otros fallos que modularon el alcance de la decisión retomando las subreglas de interpretación constitucional allí establecidas.

En el presente trabajo se abordará el panorama planteado con ocasión de la sentencia de la Corte Constitucional C-123 de 2014 antes mencionada, y se buscará contrastar nuestra hipótesis, esto es, que dicha decisión judicial introduce un elemento de ineficiencia en el sistema de asignación de los derechos de explotación minera en Colombia, lo que

adicionalmente nos permitirá dilucidar otras consecuencias tales como el papel de regulador de facto de la Corte Constitucional y lo que ello implica en el marco de la estructura del Estado Social de Derecho y el Equilibrio de Poderes.

El trabajo será estructurado en 4 capítulos de la siguiente manera: En los dos primeros serán explicadas sucintamente las generalidades de nuestra institucionalidad jurídica-minera en materia de explotación del recurso, y como se ha visto afectado el panorama minero colombiano respecto de la asignación de derechos de explotación luego de la expedición de la sentencia C-123 de 2014. En tal sentido, será efectuado un análisis jurisprudencial a través del cual se muestren las diferentes posturas sostenidas por la Corte Constitucional sobre la disposición de los recursos mineros en Colombia hasta llegar a la coyuntura actual.

En el capítulo tercero y con el propósito de establecer los lineamientos que nos servirán para abordar la problemática anunciada, explicaremos brevemente el surgimiento y desarrollo de los elementos conceptuales básicos del Análisis Económico del Derecho y como éstos han permitido abordar fenómenos jurídicos similares a través de enfoques y metodologías diferentes.

Todo ello para culminar analizando en el capítulo cuarto, la asignación de los derechos de explotación minera planteada en la sentencia C-123 de 2014 tomando como referencia el

modelo de asignación de derechos y los costos de transacción asociados planteado por el Profesor Ronald Coase (El problema del costo social (1960)) y sus desarrollos posteriores.

CAPÍTULO I

Descripción de la asignación de los derechos mineros en Colombia.

Un factor que determina la competitividad de un país en cuanto a la atracción y retención de inversión extranjera, además de elementos de índole macroeconómicos que indiquen una perspectiva de crecimiento sostenido¹², ha consistido siempre en un marco jurídico claro y estable que brinde las garantías necesarias para facilitar la toma de decisiones que impliquen poner en riesgo los capitales necesarios para desarrollar un proyecto de la industria extractiva¹³.

¹² “La IED es fundamental para una economía como fuente de financiación externa y por los efectos que ésta pueda tener sobre la balanza de pagos, el crecimiento económico a largo plazo y la productividad de un país. Por otro lado, la IED también contribuye a aumentar la transferencia de tecnología, la formación de capital, la competitividad y la clasificación de la mano de obra, así como a reducir los costos de las empresas”. Véase al respecto: GARAVITO Aarón, et al. Inversión extranjera directa en Colombia: evolución reciente y marco normativo. Pág., 2. Borradores de economía No. 713., Banco de la República. 2012. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_713.pdf.

¹³ Sobre el particular, Enrique López ha señalado que: “Las entradas de capital extranjero bajo la forma de IED están impulsadas principalmente por el comportamiento del precio internacional y las reglas de juego establecidas en el marco contractual y legal bajo el que opera el sector privado”. Véase al respecto: LOPEZ Enrique, et al. La economía Petrolera en Colombia (Parte II). Pág., 20. Borradores de Economía No. 748., Banco de la República. 2013. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_748.pdf. En un mismo sentido, frente a los diferentes elementos que repercuten entre una mayor o menor competitividad se ha señalado: “(...) para que la competitividad sea permanente requiere la presencia de un conjunto de factores del entorno en sus distintas dimensiones, actuando de manera interrelacionada y dinámica como un sistema (...). En otras palabras, hoy se afirma que en el mundo globalizado no solo compiten las empresas sino los sistemas; por ello se insiste en que las empresas no podrán ser competitivas si no están insertas en una favorable red de relaciones, donde los distintos subsistemas, conformados por múltiples agentes e instituciones, coadyuvan a crear las condiciones para competir”. MANRIQUE Hortensia, et al. Competitividad del subsector del carbón en Colombia. Una perspectiva empresarial. La voz de sus protagonistas. En: HENAO Juan Carlos, et al. Minería y desarrollo: Competitividad y desempeño en el sector minero, Tomo 3. Pág., 33. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2016.

En tal sentido, la forma en que la legislación proteja los derechos, dirima los conflictos suscitados entre los agentes, determine la manera de asignación de los derechos de propiedad y facilite su intercambio, desempeñan un papel crítico en el desarrollo económico del país, particularmente cobrando mayor relevancia cuando se trata de industrias a las que gobiernos le apuestan gran parte de sus esfuerzos por convertirlas en clústeres¹⁴ que jalonan el desarrollo de otros sectores¹⁵.

Con el propósito de explicar sucintamente las generalidades de nuestra institucionalidad jurídica-minera en lo que a la explotación minera respecta, procederemos en el presente capítulo a presentar un breve estado del arte, previas las consideraciones históricas a que hagamos referencia.

¹⁴ Un clúster se refiere a la concentración de empresas que se presenta alrededor de una determinada actividad económica generando a su vez importantes encadenamientos productivos que pueden resultar impactando otros sectores de acuerdo a su importancia como demandante u oferente de insumos. Ibídem Pág., 40. Sobre el concepto de clúster, ha sido reconocido el aporte de Michael Porter frente a los factores determinantes para la ventaja competitiva de las naciones, haciendo particular énfasis en ellos como los “sectores conexos y auxiliares”, señalando lo siguiente: “*Sectores conexos son aquellos en los que las empresas pueden coordinar o compartir actividades de la cadena del valor cuando compiten, o aquellos que comprenden productos que son complementarios (tales como ordenadores y software de aplicaciones). Compartir actividades es algo que puede acontecer en el desarrollo de tecnologías y en la fabricación, distribución, comercialización o servicio de productos*”. Al respecto véase: PORTER Michael. La ventaja competitiva de las naciones. Pág., 154. Ed Vergara. Buenos Aires, 1993.

¹⁵ Al respecto y con ocasión de la expedición de la Ley 1450 de 2010 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), donde el sector minero energético fue considerado como una de las 5 locomotoras de crecimiento de la economía nacional, el Departamento Nacional de Planeación señaló: “*El sector minero-energético representa la oportunidad que tenemos de aprovechar de manera responsable nuestra riqueza de recursos naturales para generar crecimiento sostenible y mayor equidad social, regional e inter-generacional. Las elevadas proyecciones de producción de petróleo y carbón para los próximos años, las estimaciones al alza de los precios internacionales de la canasta minero-energética y la creciente actividad de exploración en el territorio nacional, muestran claramente el papel crucial que tendrá este sector en la economía colombiana en los próximos años*”. Al respecto véase: Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014. Pág., 66. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/pnd2010-2014%20tomo%20i%20cd.pdf>.

1. La propiedad de las minas y los minerales.

Con el propósito de ubicarnos en el entramado normativo que ha sido preponderante en la asignación de los derechos de explotación minera en Colombia, consideramos relevante explicar brevemente algunas de las teorías que se han propuesto racionalizar el fenómeno y que han servido de fundamento a nuestro ordenamiento jurídico-minero.

A lo largo de la historia han sido diversos los debates que han suscitado las teorías que han intentado explicar la propiedad de las minas y, como en otros campos del conocimiento, la necesidad de racionalizar el entorno también ha llevado a determinar la forma de adquisición del derecho de dominio sobre las minas y los minerales.

Algunas de las principales teorías así reconocidas doctrinalmente y recogidas por algunos autores¹⁶ son: i) teoría de la ocupación, ii) teoría de la accesión, iii) teoría de la res nullius, iv) teoría regalista, v) teoría ecléctica y vi) teoría domanial. Brevemente describiremos cada una de ellas para luego centrarnos en nuestro actual modelo, marco de estudio del presente análisis, como sigue:

- i) **Teoría de la ocupación:** Esta teoría hace extensivo el concepto descrito por la legislación civil sobre el particular a las minas. En ese sentido y dado que de

¹⁶ ORTIZ Monsalve Álvaro. Derecho de Minas. Pág., 89 y Ss. Ed. Temis. Bogotá 1992.

conformidad con el artículo 685 del Código Civil mediante la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, se entiende en materia minera que como las minas no pertenecen a nadie, pasarían a ser del dominio del primer ocupante o descubridor.

La teoría presenta fuertes críticas, sobre todo por la ambigüedad para delimitar el alcance del derecho sobre la mina del primer ocupante, en tanto que los yacimientos mineros, usualmente irregulares, no son descubiertos con certeza en su geometría de inmediato y, por ende, un mismo yacimiento podría ser eventualmente ocupado simultáneamente por varios individuos de manera fortuita.

En Colombia esta teoría no ha tenido nunca vigencia para la apropiación de las minas. Sin embargo, sí ha permitido justificar actividades de minería artesanal como el barequeo¹⁷ a través de la cual, el trabajo del hombre junto con la ocupación permiten adquirir el derecho de dominio sobre los minerales extraídos, aunque no sobre la mina.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 155 del Código de Minas, por barequeo se entiende lo siguiente: “*Se entiende que esta actividad se contrae al lavado de arenas por medios manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas*”.

ii) Teoría de la accesión: Similar al caso anterior, esta teoría se trata de una aplicación de la accesión¹⁸ como modo de adquirir el dominio en materia civil a los yacimientos mineros. En este sentido, el dueño del suelo (lo principal) también es dueño de las minas que en él se encuentran, en tanto que son parte accesorio de la superficie.

Las críticas no han sido pocas. alguna de ellas sugiere que no ha sido claro que se presente la figura civilista de la accesión en materia minera en tanto que no parecería enmarcarse en los supuestos para que ésta opere.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 24 del 13 de julio de 1989 con ponencia de Jaime Sanín citada por el profesor Ortiz Monsalve en su precitada obra sobre el origen de la figura de la accesión civil dispuso lo siguiente: *“como modo de adquirir el dominio, esto es, tomada en su verdadero sentido, perseguía solucionar otros problemas, a saber, el de determinar la titularidad sobre bienes de distintos dueños que se juntan, para lo cual se acudió al pensamiento de que la propiedad de lo principal determina la de lo accesorio; se trata entonces, de explicar cómo se gana el dominio de las cosas ajenas, y por ello, como lo explican los autores, solamente la llamada accesión continua, que acontece cuando se juntan cosas de distinto señorío, es verdadera*

¹⁸ De conformidad con el artículo 713 del Código Civil colombiano: *“La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles”*.

accesión y no lo es la discreta, que tiene lugar cuando la cosa propia produce frutos naturales o civiles; en este último evento se está frente al desarrollo natural del derecho de dominio sobre la cosa, y se trata, en consecuencia, de un efecto de uno de los atributos de la propiedad es el jus fruendi¹⁹.

En Colombia, sin embargo, esta teoría en la actualidad pese a no explicar de manera principal la adquisición de los derechos mineros, sí tuvo incidencia en cuanto se refiere a la autorización permitida a través de la figura de extracción ocasional de minerales.

Esta forma de extracción, de conformidad con el artículo 152 del Código de Minas, es aquella que ocasional y transitoriamente realizan los propietarios de la superficie en cantidades pequeñas y a poca profundidad por medios manuales de minerales industriales a cielo abierto, sin requerir para ello concesión alguna por parte del Estado. En estos casos, el legislador ha permitido, quizás a través de la figura de la accesión, la apropiación de minerales del subsuelo a quien también ostente la titularidad de la superficie.

- iii) Teoría de Res Nullius:** La expresión latina *res nullius* que denota la ausencia de dueño respecto a una cosa, implica además de no pertenecer a ningún particular también su no-pertenencia al Estado mismo. Este último, solamente a título de

¹⁹ *Ibíd.* Pág., 99.

administrador de la riqueza pública autoriza la explotación del yacimiento minero.

Al respecto, el profesor Ortiz Monsalve explica la teoría señalando: *“según este sistema, las minas son “cosas de nadie”, no pertenecen ni al dueño del terreno (accesión) ni al primer ocupante; el Estado, como autor de la riqueza, nunca como propietario, la otorga al particular que ofrezca mayor garantía”*²⁰.

En nuestro país como se verá más adelante, los yacimientos mineros tienen dueño, bien sea la Nación por regla general o excepcionalmente algunos particulares que tengan derechos adquiridos sobre minas.

iv) Teoría Ecléctica: Se trata de una combinación de dos de las teorías previamente señaladas, la de res nullius y la teoría de la ocupación. Bajo el entendido de esta teoría y dado que los yacimientos no pertenecen a nadie (res nullius), el Estado dispone de ellas como administrador otorgando los derechos de explotación al descubridor o primer ocupador. No ha tenido aplicación en el derecho colombiano.

v) Teoría regaliana: De conformidad con esta teoría, las minas pertenecen al Estado, quien con arreglo a disposiciones legales las adjudica a los particulares para que

²⁰ Ibídem. Pág., 103

adelanten su explotación, percibiendo una contraprestación económica a cambio a título de regalía. Se trata de un sistema rígido que reglamenta las condiciones a través de las cuales se otorga el derecho a explotar.

Es en la actualidad la teoría predominante en nuestro ordenamiento jurídico minero que sirve de fundamento al contrato de concesión como único título apto para constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar las minas de propiedad estatal.

vi) Teoría domanial: Esta teoría entiende que las minas son en sentido estricto propiedad privada del Estado, y en ese orden de ideas, puede además de otorgarlas en concesión a particulares, reservarse aquellas que por diferentes razones estratégicas considere, o bien adelantar directamente la explotación o llevar cabo su adjudicación por un sistema normativo no tan rígido como el del sistema regalista. Dado que existe un dominio directo por parte del Estado, puede disponer de manera amplia sobre el yacimiento, y no se limita a sólo ser un administrador del recurso.

En Colombia, aunque el sistema predominante es el regalista, lo cierto es que la introducción de nuevas figuras jurídicas al Código de Minas que permiten excepcionalmente la adjudicación de minas por un sistema diferente al

tradicional de concesión como las Áreas de Reserva Especial o las Áreas de Reserva Estratégica, permite concluir también rasgos de un sistema domanial.

La legislación colombiana adoptó un sistema regalista para la asignación del derecho de explotación de minas a través de la figura de la concesión minera. A cambio, el titular seleccionado debe pagar una contraprestación económica la cual podía ser fijada como un porcentaje fijo o progresivo del producto bruto explotado objeto del título y pagadero en dinero o en especie.

Sin embargo, ello no siempre fue así. Como se verá más adelante, con anterioridad a la Constitución Política de 1886 se encontraba vigente el principio de la accesión en materia de propiedad de los recursos del subsuelo, de tal manera que quien fuera dueño del suelo lo era también de los recursos ubicados en el subsuelo²¹.

Con la posterior entrada en vigencia de la Constitución de 1886 sin embargo, se cambió el modelo de propiedad de los recursos del subsuelo y se estableció en cabeza del Estado la propiedad del recurso minero, sin perjuicio de los derechos adquiridos hasta ese momento consolidados en cabeza de los particulares que se hayan hecho a la propiedad de las minas.

²¹ GUIZA Suárez Leonardo, et al. Actualidad y desafíos del derecho minero colombiano. Pág., 146. Ed Universidad del Rosario. Bogotá, 2016.

Para salvaguardar las situaciones subjetivas presentadas relativas a la propiedad privada del recurso minero, se expidió la Ley 20 de 1969 en donde fueron definidas las condiciones a través de las cuales era posible obtener el reconocimiento del derecho de propiedad privada.

Desde entonces y sin objeción alguna, los minerales que yacen en el suelo o subsuelo de la Nación son de su propiedad exclusiva, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos de conformidad con el artículo 5 del estatuto minero.

En ese orden de ideas, en la actualidad quien se encuentre interesado en adelantar un proyecto de explotación minera en Colombia deberá presentar ante la Autoridad Nacional Minera una solicitud o propuesta de contrato de concesión minera cumpliendo con los requisitos de ley establecidos por el artículo 270 del Código de Minas.

El derecho de exploración y explotación minera, que le será asignado a quien primero en el tiempo haya presentado la propuesta con el cumplimiento de todos los requisitos legales, le otorgará a su titular la facultad de efectuar dentro de la zona concedida los estudios, trabajos y obras para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato, así como para explotarlos de acuerdo con los principios reglas y criterios propios de la geología.

Ahora bien, independientemente de los requisitos que deba contener la Propuesta de Contrato de Concesión Minera e incluso del contenido mismo de los derechos involucrados

en él, que acá hemos decidido denominarlos como “derechos de explotación minera”, lo relevante para efectos de nuestra investigación sobre el sistema de asignación, radica precisamente en el hecho de que quien otorga o rechaza el derecho, es la autoridad central que de manera autónoma y sin consultarle a los entes territoriales del nivel local decide adoptar una decisión al respecto.

Es decir, con las competencias propias que en la estructura del Estado le ha sido asignada a un organismo técnico para que disponga sobre el recurso minero nacional con la única limitación de circunscribirse para ello al marco constitucional y proporcionar de una manera justa y equitativa los recursos necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

No obstante, como se verá en el siguiente capítulo y debido al impacto que la actividad minera genera en diferentes aspectos del acontecer social, resulta imposible obviar los intereses locales involucrados, surgiendo por ello una tensión entre las facultades del nivel central para la asignación de los derechos de explotación minera y el principio autonómico según el cual son las mismas entidades territoriales del nivel local las encargadas de decidir sobre los usos del suelo.

2. Un breve recuento de la legislación minera.

Como en general ocurre con diferentes sectores de la economía, la existencia de un marco legal estable y adecuado resulta necesario para consolidar el desarrollo económico a partir del aprovechamiento de los recursos naturales.

En Colombia, considerando la importancia del sector minero desde la época colonial, la reglamentación en la materia también ha existido desde entonces encontrando importantes hitos normativos expedidos bajo el régimen español que datan del siglo XVII y que luego fueron mantenidos durante la República²².

En efecto, un hecho destacable en nuestra historia jurídica minera inicia con la expedición en el mes de octubre de 1829 del llamado “Decreto del Libertador”²³ en donde además de haber sido ratificada la propiedad de la naciente república sobre los minerales, se dispuso también que para obtener la adjudicación de una mina se debía presentar una especie de reclamo o denuncia ante la autoridad respectiva, quien debía delimitarla y otorgar su posesión²⁴. Desde entonces nuestro ordenamiento jurídico ha ido evolucionando conforme

²² Ibídem Pág., 75.

²³ Ibídem Pág., 75.

²⁴ Sobre este procedimiento de reclamación, Juan C. Molina lo ha explicado de la siguiente manera: “La denuncia de mina nueva debía hacerse ante el gobernador de la provincia, expresando todas las señales del sitio del descubrimiento y presentando muestras de los metales o piedras preciosas de la mina. Inmediatamente se hacía fijar carteles en los lugares públicos de la parroquia donde estuviere ubicada la mina, los cuales permanecían fijados por tres semanas. Dentro de los noventa días siguientes el denunciante debía hacer un pozo en la mina y hecho éste se avisaría al juez político para que éste por sí o por recomendado fuera a reconocer la veta, su rumbo, dirección y demás circunstancias, cuya diligencia se practicaba con escribano o testigos. Cumplidos estos requisitos y mediante citación de los colindantes, si los

se han venido desarrollando diferentes sucesos históricos para culminar en cuerpos normativos especializados y cada vez más integrales en sus reglamentaciones.

De esta manera, observamos que la organización política del Estado a lo largo de la historia de nuestra República ha resultado determinante también a la hora de establecer las reglas de asignación en materia minera.

Durante la llamada “Confederación Granadina” por ejemplo, con la Constitución de 1858 seguida por las de 1861 y 1863 y la consiguiente autonomía de los Estados miembros que ello implicaba, se vio favorecida la proliferación normativa en estos asuntos a tal punto que durante este período, pese a ser algunas de las minas de esmeraldas y de sal de gema trasladadas a la “Unión”, las demás fueron entregadas al dominio de los Estados soberanos de tal manera que existían tantas legislaciones como Estados soberanos existentes.

Sobre el particular, el profesor Juan C. Molina ha señalado que *“como consecuencia de las cesiones de la propiedad minera que la Nación hizo a favor de los Estados soberanos por*

hubiere, la mina se medía, se fijaban las estacas o mojones y se daba inmediatamente la posesión. Luego se expedía el título con inserción de todas estas diligencias. Dentro de los 90 días siguientes a la desfijación del cartel podía alguno alegar mejor derecho al descubrimiento y debía oírsele brevemente y adjudicar la mina al que probare mejor derecho. (...) Ninguna mina, de cualquier clase que fuera, podía ser denunciada como desierta o despoblada antes de un año continuo en que hubiera dejado de trabajarse. Denunciada una mina de esta clase, debía admitirse el denuncia si se daban los datos sobre su ubicación y la noticia del último poseedor y la de los poseedores de minas vecinas si estaban ocupadas. Si no había contradicción, el denunciante era prevenido para que dentro de los 60 días tuviera habilitada alguna labor por lo menos de 10 varas de profundidad. Hecho esto debía medirse la mina, fijar las estacas y darse posesión. Si después de esto había contradicción, el opositor no era oído en cuanto a la posesión pero sí en cuanto la propiedad”. MOLINA Juan C. Tratado teórico y práctico de derecho minero colombiano. Pág., 127. Ed Iqueima. Bogotá 1952.

medio de las constituciones de 1858 y 1863, cada uno de éstos entró a legislar sobre las minas que había recibido”²⁵.

Al desarrollar los cuerpos normativos, los Estados soberanos miembros adoptaron en algunos casos legislaciones tan disímiles como por ejemplo la del Estado de Cundinamarca que declaró que las minas de hierro eran de propiedad del dueño del terreno donde estuvieran ubicadas, o la de Cauca que mediante la Ley 59 de 1873 abandonó el sistema regalista y declaró que todas las minas exceptuando las de sal de gema, depósitos de guano y carbón y demás minas reservadas por la Nación, pertenecían al dueño del terreno²⁶.

Posteriormente, y luego de superado este período conocido como de las revoluciones liberales de finales del siglo XIX²⁷, se produjo una importante reacción al movimiento liberal extremo que hasta entonces, en sus intentos de implementar el federalismo en la República, también sacrificaba el orden social interno. Sobre este asunto en particular, el historiador colombiano David Bushnell señaló:

“El período del predominio liberal en Colombia llega a su fin en la penúltima década del siglo XIX. Factores tales como los excesos de las administraciones liberales en relación con la iglesia, el federalismo a

²⁵ *Ibíd*em Pág., 138.

²⁶ Para una revisión más detallada de las legislaciones adoptadas por los Estados soberanos en dicho periodo véase a: Juan C Molina, *Ibíd*em Pág., 137-145.

²⁷ BUSHNELL David. Colombia una Nación a pesar de sí misma, nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy. Pág., 177-179. Ed Planeta. Bogotá 2007.

ultranza (que debilitó el orden público) y las crecientes dudas a propósito de las políticas económicas liberales, contribuyeron al inevitable despertar de la reacción”²⁸.

Aunque la reacción se produjo en diferentes aspectos del acontecer nacional, particularmente en la estricta recentralización a nivel político²⁹, el asunto minero no fue ajeno a esta nueva configuración del esquema centralista planteado por la nueva Constitución de 1886, pues en efecto se le asignaron nuevamente a la República los recursos mineros que habían sido entregados a los Estados soberanos y se abolió el principio de la accesión en materia de propiedad de los recursos del subsuelo que antes fue explicado. Una manifestación de ello, fue la disposición contenida en el artículo 202 de dicha carta cuando señalaba lo siguiente:

“Artículo 202.- Pertenecen a la República de Colombia:

1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

²⁸ *Ibíd*em Pág., 205.

²⁹ Al respecto Bushnell asegura que: *“La nueva Constitución era rígidamente centralista: los Estados, que pasaron a llamarse departamentos, retuvieron asambleas elegidas con poderes regionales limitados, pero sus gobernadores, que su vez nombrarían a los alcaldes, serían designados directamente por el Presidente. El partido que obtuviera el control de la Presidencia podría así extender el monopolio absoluto del poder ejecutivo en todo nivel. Estas reformas tenían cierto parecido con el sistema que se estableció en 1832 para la Nueva Granada, pero en aquel entonces el sistema bipartidista era tan incipiente que las implicaciones fueron distintas. Ahora las divisiones estaban claramente marcadas; toda la exclusión de uno de los partidos nacionales evidentemente exacerbaría el sectarismo político y, de manera indirecta, aumentaría las probabilidades de violencia entre los partidos”*. *Ibíd*em Pág., 209.

2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización;

3. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

En vigencia de la Constitución de 1886 fueron expedidos diferentes cuerpos normativos con el nuevo derrotero centralista de administración y titularidad de los recursos mineros, a saber: la Ley 38 de 1887 (por la cual se adopta el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia), la Ley 85 de 1945 (por la cual se regulan las oposiciones a los concesiones de minas), la Ley 60 de 1967 (por la cual se dictan algunas disposiciones sobre transformación, adjudicación y contratación de minerales), la Ley 20 de 1969 (por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos), y por último, la norma que sustentaría hasta hace algunos años nuestro ordenamiento jurídico-minero y por ello de más relevancia para nuestro recuento histórico, el Decreto 2655 de 1988 (por el cual se expide el Código de Minas).

La expedición del Decreto 2655 de 1988 obedeció a la necesidad de fomentar la exploración minera del territorio nacional en orden a establecer la existencia de minerales,

así como atender la demanda interna y hacer de esta actividad una fuente adicional generadora de ingresos³⁰.

Bajo el modelo planteado en dicho decreto, el papel del Estado no solamente se limitaba a su rol de dirección de la economía sino también a la intervención misma a través de empresas públicas en la actividad minera como Mineralco, Ecocarbon y Econiquel³¹.

Además, y a diferencia de nuestro actual Código de Minas, existía una multiplicidad de títulos válidos para ejercer el derecho de exploración y explotación minera, a saber: licencias de exploración, licencias de explotación, el contrato de concesión, el contrato celebrado en áreas en virtud de aporte y las licencias especiales establecidas para materiales de construcción y comunidades étnicas.

En la actualidad y pese a encontrarse derogado dicho decreto, aún se encuentran vigentes algunos de esos títulos perfeccionados durante su vigencia por lo que resulta todavía relevante para la solución de los trámites en ellos presentados su permanente atención³².

³⁰ En efecto, en la exposición de motivos realizada por el entonces Ministro de Minas y Energía, de la Ley 57 de 1987 por la cual se invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir el Código de Minas y que posteriormente concluyera con la elaboración del Decreto 2655 de 1988, se argumentó la necesidad de incrementar el conocimiento técnico sobre el recurso geológico. Al respecto se afirmó lo siguiente: “*Colombia es un país geológicamente privilegiado, por cuanto está excepcionalmente ubicado sobre el globo terrestre: en parte está formado por rocas antiquísimas y en parte por rocas jóvenes. Tiene una variada y compleja geología con una amplia disponibilidad de diversos recursos minerales. Hay justificadas razones para creer que poseemos reservas mineras sustanciales; sin embargo no contamos con conocimiento técnico suficiente sobre su ubicación, clase, calidad y cantidad. (...) El Gobierno está convencido que el reordenamiento y potencialidad de su actividad minera es fundamental instrumento en la lucha contra la pobreza absoluta*”. Al respecto véase: ORTIZ Monsalve Álvaro, Óp. Cit. Pág., 161-162.

³¹ GUIZA Suárez Leonardo, et al., Óp. Cit. Pág., 77.

Luego de la entrada en vigencia del Decreto 2655 de 1988, fue expedida la Ley 685 de 2001 como referente normativo más importante en lo que se refiere a la exploración y explotación del recurso minero en nuestro país.

Allí fueron fijados los lineamientos, requisitos, condiciones, prohibiciones e incluso procedimientos para desarrollar de manera sostenible la minería, y cuyo propósito ha sido el de fomentar la exploración técnica y explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, de tal manera que, de conformidad con su artículo tercero, las disposiciones en ella contenidas regularon de manera integral y completa “*con sentido de especialidad y de aplicación preferente*” los temas mineros, evidenciando un grado de especificidad mayor frente a otros cuerpos normativos, y con pretensiones de integralidad sobre cada uno de los aspectos que se puedan presentar en el desarrollo de los proyectos.

Una de las principales razones que motivó la implementación de esta nueva legislación en la materia, obedeció a la necesidad de eliminar obstáculos y crear mayor participación de la

³² De conformidad con los artículos 14 y 348 del Código de Minas, si bien es cierto que a partir de su entrada en vigencia únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal mediante el Contrato de Concesión Minera consagrado en el nuevo estatuto minero, también es importante tener en cuenta que fueron dejados a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir dicho Código. Tales títulos, de acuerdo a lo estipulado con el artículo 350 del mismo código, serán cumplidos en los términos acordados según las leyes bajo las cuales fueron perfeccionados; para muchos de esos casos, el Decreto 2655 de 1988.

inversión privada en la minería³³. Para ello, se propuso un estatuto minero que incluyera una actualización de normas que respondieran a las condiciones que se estaban presentando en los mercados “(...) *relacionadas con el despliegue de la inversión privada en el país*”³⁴, y en ese orden de ideas modificar algunas de las instituciones jurídicas en el derecho minero.

En efecto, la Ley 685 de 2001 introdujo un importante cambio en lo que respecta a la forma de obtener la titularidad de la exploración y explotación minera pues unificó en una sola autorización el título apto para ejercer tales derechos. Recordemos que en vigencia del anterior régimen (Decreto 2655 de 1988), existía una multiplicidad de títulos válidos para ejercer el derecho de exploración y explotación minera.

Posteriormente, fueron expedidas diferentes normas modificatorias del Código de Minas³⁵ con el propósito de introducir nuevas actualizaciones en el sector minero, modernizándolo e introduciendo nuevos elementos para fomentar la competitividad y máximo

³³ “Esta visión, que se fortalece desde el siglo XIX, y que en las últimas décadas (1990 en adelante) se apoya en una orientación económica neoclásica, busca modernizar el sector y las comunidades, en términos del crecimiento de la producción, la inversión extranjera, la generación de empleos y el aumento de las exportaciones, en síntesis, del desarrollo económico”. GARAVITO Leonardo, et al. Crecimiento económico, empleo y desarrollo en Colombia. En: HENAO Juan Carlos, et al., Óp. Cit. Pág., 184.

³⁴ GUIZA Suárez Leonardo, et al., Óp. Cit. Pág., 79.

³⁵ Quizás el mayor intento hasta el momento de modificar el actual Código de Minas ocurrió con la expedición de la Ley 1382 de 2010 en donde se incluyeron aspectos relativos a planes de legalización de minería informal, zonas excluibles de la minería, servidumbres, propuestas de contrato, prórroga de etapas y otros aspectos de relevancia práctica para el sector. No obstante lo anterior, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-366 de 2011, al considerar que tratándose de una norma que incide directamente en la explotación de los recursos mineros en territorios indígenas y otras comunidades étnicas, el Gobierno Nacional debió efectuar el proceso de consulta previa de conformidad con el artículo 330 de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT.

aprovechamiento del recurso de manera sostenible³⁶, siempre en el marco de la organización unitaria del Estado colombiano.

De esta manera, podemos observar de nuestra normatividad minera que pese a lo antiguo de algunas de sus reglamentaciones, aún hoy en día encontramos permanentes esfuerzos en realizar modificaciones de tanto aspectos menores como relevantes en el devenir del negocio minero en aras de actualizarlo y modernizar las instituciones.

3. El Contrato de Concesión y la asignación del Derecho de Exploración y Explotación minera.

Como ya fue señalado, de conformidad con el artículo 14 del Código de Minas y aun cuando con la entrada en vigencia de dicho estatuto minero se dejaron a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de concesión y contratos celebrados sobre áreas en virtud de aporte vigentes hasta ese momento, desde entonces el único título minero válido a través del cual se puede otorgar el derecho de exploración y explotación de minas de propiedad estatal en Colombia es el contrato de concesión regulado en dicha norma.

³⁶ Recientemente a partir de la expedición de la Ley 1753 de 2015, se han implementado normas reglamentarias sobre la capacidad económica para contratar y la posibilidad de negociar contraprestaciones adicionales para ejercer la prórroga del título minero así como para optar por la integración de áreas o ejercer el derecho de preferencia.

El contrato de concesión minera, de conformidad con el artículo 45 de dicho estatuto, es aquel que celebra el Estado con un particular, para que este último efectúe por su cuenta y riesgo, los estudios, trabajos de exploración para establecer la existencia de minerales y obras de explotación en caso de encontrarlos dentro de una zona determinada.

En tal sentido, se le otorga al concesionario la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras para establecer la existencia de minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas de geología e ingeniería de minas³⁷.

En atención a los derechos involucrados en la concesión minera y según lo establecido por el segundo inciso del citado artículo 45, el contrato de concesión minera comprende las fases de exploración, construcción y montaje, explotación económica y el cierre y abandono de la mina. Previo a todo lo anterior, se desarrollan de manera libre y sin necesidad de permiso alguno proveniente de autoridad administrativa, actividades de prospección orientadas a investigar la existencia de minerales delimitando las zonas prometedoras de acuerdo con los artículos 39 y 40 del mismo estatuto.

³⁷ **Ley 685 de 2001, Artículo 58.** “Derechos que comprende la concesión. El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en este Código”.

Desde luego que, para iniciar la etapa de exploración que tiene como propósito determinar la cantidad y calidad del mineral que se busca extraer con el fin de determinar la forma del yacimiento y los métodos apropiados para adelantar la etapa de explotación, es necesario contar con un contrato de concesión debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Esta actividad inicial, puede desarrollarse tanto de manera superficial a través de pozos y zanjas, como de forma subterránea a través de perforaciones, pozos y túneles profundos, con el fin de obtener muestras, evidencias, observaciones, interpretaciones, y de llevar a cabo análisis geoquímicos y geofísicos³⁸.

Seguidamente, una vez terminada la etapa de exploración y aprobado el plan de trabajos y obras por parte de la autoridad minera y otorgada la licencia ambiental por parte de la autoridad ambiental, se da inicio a la etapa de construcción y montaje, en donde el titular del contrato de concesión iniciará las construcciones, instalaciones y montajes mineros para llevar a cabo la fase de explotación, desarrollando *“la ingeniería en detalle del proyecto minero, de la planta de tratamiento, y desarrollo de la explotación de la mina”*³⁹.

Luego de culminada la etapa de construcción y montaje se da inicio de la etapa de explotación, que de conformidad con el artículo 95, corresponde al conjunto de operaciones

³⁸ GUIZA Suárez Leonardo, et al., Óp. Cit. Pág., 43.

³⁹ Ibídem Pág., 54.

que tienen por objeto la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de la concesión, su acopio, su beneficio y el cierre y abandono de los montajes y de la infraestructura. Una vez extraídos los minerales del suelo o subsuelo conforme a los reglamentos técnicos, el concesionario estará facultado para decidir de manera libre sobre el destino de éstos, incluyendo su enajenación y comercialización⁴⁰.

Por último y una vez terminada la fase de explotación, se da inicio a la última de las etapas del contrato de concesión minera consistente en el cierre y abandono de las instalaciones; una fase vital si se tiene en cuenta que si bien *“mientras la vida de la mina tiende a ser relativamente corta (p.ej., operando durante 25 o 30 años), los cambios producidos probablemente persistirán por un tiempo muy largo”*⁴¹.

Ahora bien, según las características principales que presenta de acuerdo con la clasificación general de los contratos, el de concesión minera es un contrato nominal, típico, solemne, bilateral, oneroso y de adhesión⁴² como se explica a continuación:

- 1. Nominal:** Es un contrato nominal pues la misma ley le da un nombre distintivo y específico que lo singulariza frente a los demás negocios jurídicos de origen

⁴⁰ Ibídem Pág., 58.

⁴¹ Ibídem Pág., 62.

⁴² CORDOBA Pérez José María. La seguridad jurídica en el Código de Minas. En: DURÁN Camacho Marlene, et al. Temas mineros y petroleros. Pág., 101-106. Ed Colegio de Abogados de Minas y Petroleros. Bogotá 2005.

convencional. Así se observa en diferentes disposiciones normativas del Código de Minas.

- 2. Solemne:** Es un contrato solemne en la medida en que se requiere para su celebración el cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas por la ley. En efecto, de conformidad con el artículo 50⁴³ del Código de Minas, el contrato de concesión debe estar contenido en un documento redactado en idioma castellano y debe ser suscrito por las partes, el cual además requiere para su perfeccionamiento y prueba su inscripción en el Registro Minero Nacional.

- 3. Típico:** Es un contrato típico en tanto que se encuentra regulado por una reglamentación especial de carácter sustancial en donde se encuentran sus características fundamentales.

- 4. De adhesión:** Es de adhesión de conformidad con el artículo 49 y, en consecuencia sus términos, condiciones y modalidades se hallan establecidas en el Código de Minas.

⁴³ **Ley 685 de 2001. Artículo 50. Solemnidades.** El contrato de concesión debe estar contenido en documento redactado en idioma castellano y estar a su vez suscrito por las partes. Para su perfeccionamiento y su prueba sólo necesitará inscribirse en el Registro Minero Nacional.

- 5. Bilateral:** Es bilateral en la medida en que genera obligaciones a cargo de las dos partes de forma recíproca. Al respecto, José María Córdoba ha señalado que aunque en el caso de la concesión minera no aparece tan claro este elemento al considerar que los riesgos de la exploración y explotación corren exclusivamente por cuenta del concesionario, lo cierto es que en este aspecto la bilateralidad de la obligación se encuentra en cuanto a que mientras al contratista le corresponde la realización de unas actividades y operaciones, a la administración le corresponde “*dar tutela y protección a aquel para que pueda actuar sin perturbación o despojo del área minera y de su autonomía empresarial*”⁴⁴.
- 6. Oneroso:** Es un contrato oneroso porque reporta beneficio económico para ambas partes, toda vez que mientras el concesionario puede lucrarse de una riqueza pública con la que incrementa su patrimonio, el Estado percibe beneficios económicos por concepto de cánones superficiales y regalías que cobra por las actividades de exploración y explotación, respectivamente.

Frente al mecanismo de selección de los concesionarios y asignación de los derechos de exploración y explotación mineros en Colombia, es preciso resaltar el principio que lo sustenta y que resumidamente ha sido recogido en la expresión de *primero en el tiempo, primero en el derecho*.

⁴⁴ CORDOBA Pérez José María., Óp. Cit. Pág., 105.

Se trata de conformidad con el artículo 16 del Código de Minas, de un principio que brinda garantías de objetividad y simplicidad en la selección de los contratistas y según el cual, la propuesta de contrato de concesión minera pese a no otorgar al interesado inmediatamente el derecho a contratar con el Estado, sí le confiere un derecho de prelación o preferencia para obtener la concesión por parte de la autoridad minera concedente en caso de cumplir con todos los requisitos legales. Al respecto, la norma dispone lo siguiente:

*“Artículo 16. Validez de la propuesta. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales”*⁴⁵. (Subrayado fuera del texto original)

Dicho mecanismo de selección y asignación de derechos, no solo brinda garantías de objetividad a los administrados respecto a los criterios en que la administración se fundamenta para hacer la elección, sino que también ayuda a mejorar la estabilidad jurídica

⁴⁵ En el texto de exposición de motivos se consignó: “Desde luego, aunque el anterior criterio o principio es claro, la sola propuesta de contrato sí engendra un verdadero derecho en cabeza del proponente, oponible a terceros particulares, pretendientes de la misma área o del mismo mineral, cual es el derecho de prelación o preferencia frente a otras propuestas. De allí que, como en la concurrencia de proponentes, la entidad administrativa no tiene un poder discrecional para escoger, sino una facultad reglada, la aludida propuesta del interesado, si llena ciertos requisitos básicos, crea una situación subjetiva para este, que debe ser respetada por los demás interesados mientras no sea desechada por la autoridad concedente. A dar claridad y seguridad a estos criterios apunta el Proyecto en estas materias”. Al respecto véase: **Colombia. Congreso de la República de Colombia**. Exposición de motivos de la Ley 685 de 2001. Colombia. Congreso de la República de Colombia. Exposición de motivos de la Ley 685 de 2001. Consultado en: Gaceta No. 113 del viernes 14 de abril del año 2000, Pág., 26.

de la selección pues consiste simplemente en verificar el hecho de ser el primer solicitante o proponente para explorar y explotar la zona potencialmente minera quien tendrá la prioridad en el estudio de su propuesta⁴⁶.

En este orden de ideas, y si bien es cierto que no adquiere de inmediato el derecho de explotación con la presentación de la solicitud de contrato, sí obtiene la preferencia para que la autoridad concedente la estudie prioritariamente. Con relación a los derechos que otorga la propuesta de contrato de concesión minera, la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Minería a través de concepto radicado con el No. 20135200125813 ha señalado lo siguiente:

“Bajo este entendido, es claro que la propuesta de contrato de concesión es una mera expectativa y por tanto no confiere ningún derecho al solicitante, salvo el relacionado con la preferencia frente a otras solicitudes, mas no frente al Estado”.

Desde luego que, aunque es deseable un criterio más técnico para seleccionar a los concesionarios mineros, como por ejemplo la evaluación de la capacidad técnica o la experiencia en las obras y labores que demande el proyecto minero, la implementación de estos criterios corren el riesgo de no brindar la suficiente certeza sobre la capacidad y

⁴⁶ CORDOBA Pérez José María., Óp. Cit. Pág., 107.

seriedad de los contratistas, pues siempre existirá alguna subjetividad de la valoración de tales acreditaciones. Al respecto José María Córdoba ha señalado lo siguiente:

“Sin embargo, en la práctica, no hay parámetros fijos para establecer y valorar las comprobaciones de la capacidad económica y técnica de los pretendientes al otorgamiento, ni la suficiente certeza de su idoneidad y seriedad a tal punto, que la preferencia que se haga no deje de tener una dosis de subjetividad y aun de discrecionalidad por parte de la administración”⁴⁷.

En este aspecto es importante precisar con relación a los recientes esfuerzos del Gobierno Nacional en elevar los estándares para el otorgamiento de la concesión minera que se han concretado en requerimientos a través de los cuales se acredite por parte de los interesados la capacidad económica para la exploración y explotación del proyecto minero de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1753 de 2015, que esto no implica un cambio en el modelo de asignación de los derechos de explotación minera, en tanto que con él únicamente se incluyeron elementos adicionales para tener en cuenta al momento de evaluar las propuestas y, en tal sentido, el primer solicitante en el tiempo para explorar y explotar una zona minera será en todo caso quien tenga la prioridad en el estudio de su propuesta, dentro de la cual, deberá ahora acreditar una capacidad económica que antes no le era requerida.

⁴⁷ Ibídem Pág., 107.

Ahora bien, la aplicación del principio de *primero en el tiempo, primero en el derecho* en el derecho minero colombiano es de vieja data y se encuentran desarrollos normativos de principios del siglo XX al respecto⁴⁸.

Por ejemplo, en vigencia del Decreto 566 de 1932 expedido para reglamentar lo atinente a la explotación de metales preciosos en el lecho de los ríos, aunque se tenían en cuenta para la evaluación de las propuestas y asignación de los derechos de explotación algunos aspectos como la capacidad económica o las mayores ventajas que se ofrecían a favor del Estado, en el caso de que se presentaran varias propuestas para acometer la explotación de los mismos yacimientos en un mismo trayecto de río, el contrato se adjudicaría teniendo en cuenta entre otros aspectos, a quien fuera el primer proponente en presentar la solicitud⁴⁹.

En un mismo sentido señalaba el artículo 19⁵⁰ del Decreto 1054 de 1932, que en el caso en que se presenten varias propuestas sobre un mismo terreno, se debería escoger al

⁴⁸ *Ibíd*em Pág., 107.

⁴⁹ **Decreto 566 de 1932, Artículo 17.** “En el caso de que se presenten al Ministerio de Industrias varias propuestas para acometer la explotación de los mismos yacimientos en un mismo trayecto de río, el contrato se adjudicará según lo que se acuerde en el Consejo de Ministros, teniendo en cuenta cuál fue el primer proponente, la calidad de los estudios técnicos presentados y las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, así como también la capacidad financiera de los proponentes, y garantía en la eficacia de la explotación”.

⁵⁰ **Decreto 1054 de 1932, Artículo 19.** “En el caso de que se presenten varias propuestas sobre un mismo terreno, el Ministerio de Industrias escogerá, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta, con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, teniendo en cuenta cuál fue el primer proponente, la calidad de los estudios técnicos presentados, las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, la condición de propietario del suelo, la calidad de colono o cultivador, así como también la capacidad financiera de los proponentes y garantía en la eficacia de la explotación”.

proponente que se haría con la explotación teniendo en cuenta el orden cronológico en su presentación dándole prelación al primero que la haya presentado.

Igual situación se presentó con la expedición del Decreto 805 de 1947 por el cual se reglamentó la Ley 85 de 1945, cuando en su artículo 22⁵¹ se dijo que en caso de presentarse varias propuestas en una misma zona, sería preferido el primer proponente *“si su solicitud se ajusta esencialmente a las formalidades señaladas”*.

También en el Decreto 1275 de 1970 por el cual se reglamentaron las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, se mencionó en el artículo 57⁵² que, si en el mismo día o dentro de los 10 días siguientes se formularen dos o más solicitudes referentes a la misma zona, se escogerá teniendo en cuenta entre otros criterios si todos los solicitantes se hallaren en igualdad de condiciones, al que primero haya presentado la solicitud.

⁵¹ **Decreto 805 de 1947 Artículo 22.** *“Si dentro de los diez días siguientes a la fecha de la presentación de una propuesta se formularen otra u otras sobre la misma zona, el Ministerio escogerá con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, de conformidad con las reglas siguientes: Será preferido el primer proponente si su solicitud se ajusta esencialmente a las formalidades señaladas en el presente capítulo. En caso contrario, se preferirá, siguiendo el orden de las fechas de presentación la que se ajuste a tales requisitos. Si todas las propuestas adolecen de irregularidades o deficiencias, será escogida la primera (...)”*.

⁵² **Decreto 1275 de 1970, Artículo 59.** *“(…)Si en el mismo día o dentro de los 10 días siguientes se formularen dos o más solicitudes referentes a la misma zona, el Ministerio escogerá con cuál de los interesados debe adelantarse la tramitación del negocio, según el siguiente criterio de prelación: a) Al solicitante que demuestre a juicio del Ministerio haber realizado trabajos de exploración en todo o parte de la zona solicitada, con anterioridad de un mes o más a la fecha de la presentación de la primera solicitud; b) Al solicitante que con la misma anterioridad señalada en el literal anterior haya realizado trabajos de explotación económica; c) Si todos los solicitantes se hallaren en igualdad de condiciones, se escogerá al que primero haya presentado la solicitud; (...)”*.

Por último, todavía en el Código de Minas de 1988 señala Córdoba Pérez en la precitada obra, que aun cuando se establecieron criterios de preferencia como la mejor calificación técnica o la demostración de capacidad económica, tales criterios únicamente serían útiles para escoger una propuesta sólo si las demás se hubieran presentado el mismo día. Es decir, *“que si se hubieran presentado en días distintos se tenía que preferir la primera”*⁵³.

En vigencia de nuestro actual Código de Minas, como fue inicialmente señalado, y al margen del cumplimiento de los requisitos que deba tener la Propuesta de Contrato de Concesión de acuerdo con lo establecido por el artículo 271⁵⁴ del mismo estatuto, la cronología con que se presenten las solicitudes es determinante para la asignación de los derechos, pues quien primero la haya presentado con el lleno de los requisitos legales, será a quien se le otorgue el derecho de exploración y explotación sin más consideración que la verificación de ser el primer solicitante o proponente para explorar y explotar la zona.

⁵³ CÓRDOBA Pérez José María., Óp. Cit. Pág., 107.

⁵⁴ **Ley 685 de 2001, Artículo 271.** *“Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá: a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión; c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato; d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas; e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35; f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías; g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código. La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente”.*

En efecto, uno de los primeros procedimientos que efectúa la autoridad minera concedente cuando recibe una solicitud o propuesta de contrato de concesión minera, es la verificación de las superposiciones existentes que ella pueda presentar con algunas solicitudes anteriores que pretendan el derecho a explotar la misma área o concesiones otorgadas para el mismo efecto, y en tal sentido definir el área libre susceptible de contratar.

En el evento que el área solicitada se encuentre superpuesta totalmente con áreas objeto de concesión minera previamente otorgada o propuestas en trámite, será rechazada de conformidad con las causales señaladas por el artículo 274 que son las siguientes:

1. Si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas excluibles de la minería señaladas en el artículo 34.
2. Si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige de conformidad con el artículo 35.
3. Si se superpone totalmente con áreas de propuestas o contratos anteriores.
4. Si no cumple con los requisitos de la propuesta de que trata el artículo 271 o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento.

Con relación a la tercera causal de rechazo hay que precisar que en caso de hallarse ubicada parcialmente superpuesta la solicitud con áreas de propuestas o contratos anteriores, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente, para lo cual, la autoridad minera

le hará un requerimiento en donde el proponente indique su consentimiento en el recorte del área.

En ese orden de ideas, y luego de verificar la capacidad legal de los proponentes y el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el artículo 271, la autoridad concedente deberá a otorgar el título minero y suscribir con el proponente el respectivo contrato de concesión que podrá tener una duración máxima de 30 años contados desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional. Al respecto la Corte Constitucional ha asegurado que:

“El contrato de concesión, como se ha explicado ampliamente, no confiere un derecho de propiedad sobre bienes estatales, sino una posibilidad de aprovechamiento, una vez inscrito en el registro minero; activa una obligación de control y vigilancia estatal sobre las actividades; y puede ser revocado por hechos asociados a la protección del ambiente.

Pero ello no lo priva de diversos significados normativamente relevantes. El primero es la oponibilidad ante terceros, que es el núcleo mismo de la preferencia establecida por el artículo. Segundo, cumplidos los requisitos de los artículos 270 a 271 y, según la jurisprudencia nacional, la administración debe entregarlo, sin exigir otros requisitos. La entrega genera, tanto para el Estado como para las partes, una expectativa de

exploración y explotación. De no ser así, se trataría de una actuación estatal carente de sentido. Y, desde la perspectiva del concesionario, el orden normativo le exige adelantar el objeto del contrato ya que no hacerlo es causal de caducidad”⁵⁵. (Subrayado fuera del texto original)

⁵⁵ **Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia del 27 de julio de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa (Sentencia C-389 de 2016).

CAPÍTULO II

Tensiones constitucionales en la asignación de los derechos de explotación minera en Colombia: el caso de la sentencia C-123 de 2014.

1. Tensión entre los principios unitario y autonómico en el asunto minero.

La Constitución Política de 1991 introdujo importantes cambios en la arquitectura institucional colombiana, impactando de alguna manera en instituciones jurídicas de trascendencia para la organización del Estado.

En efecto, no fueron en vano las proclamas que se anunciaron en ella a través de sus primeros artículos cuando por ejemplo, la mención de los principios de dignidad humana, democracia participativa o la adopción de un modelo de Estado Social de Derecho orientarían el funcionamiento estatal.

Sin embargo, una de las más significativas innovaciones y quizás más palpable desde el ámbito local, fueron los cambios que trajo la Constitución de 1991 para la organización del territorio. En torno a esta idea, se intentó morigerar el modelo centralista establecido en la Constitución de 1886, mediante la inclusión del principio autonómico como punto medio

entre el centralismo reaccionario y el federalismo a ultranza del que se habló en el capítulo anterior.

De esa manera, fueron asignadas determinadas competencias por la Constitución a los entes territoriales, permitiéndoles participar directamente en la gestión de sus intereses, los cuales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 287 constitucional, se circunscriben a: 1) Gobernarse por autoridades propias; 2) Ejercer las competencias que les correspondan; 3) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y 4) Participar en las rentas nacionales. En el marco de tales funciones, las entidades territoriales actúan con absoluta autonomía, únicamente limitadas por aquellas competencias que les sean ajenas.

Ahora bien, decimos que se intentó morigerar y no eliminar el modelo centralista establecido en la Constitución de 1886, en la medida en que el principio autonómico incluido en la Constitución de 1991 no se encuentra solitario dentro de aquellos que orientan nuestra organización territorial, sino que debe entenderse siempre en el marco de la República unitaria como forma de estado seleccionada por el constituyente.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre el principio de autonomía cuando ha sostenido que el mismo debe entenderse “(...) *como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses*

*locales, se reconoce, por otro, la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario, y debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley (...)*⁵⁶.

Precisamente la preponderancia de un ordenamiento superior explica la característica principal del principio unitario en la organización del Estado, en tanto que implica una centralización política entendida como la concentración de la producción legislativa. Al respecto, ha sido señalado que una característica de los Estados así conformados es que *“poseen un solo centro de impulsión política, lo que implica la existencia de un único órgano legislativo con competencias para expedir leyes aplicables en todo el territorio nacional e iguales para todos los ciudadanos”*⁵⁷.

Ahora bien, en lo que al sector minero se refiere, tradicionalmente y por interpretación de expreso mandato constitucional, la titularidad y disposición de los recursos naturales no renovables ha sido siempre entendida como una competencia exclusiva de la Nación, es decir elementos atribuidos al nivel central⁵⁸.

⁵⁶ **Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia del 03 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto (Sentencia C-1183 de 2008).

⁵⁷ ROBLEDO Silva Paula. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. En: HENAO Juan Carlos, et al. Minería y desarrollo: historia y gobierno del territorio minero, Tomo 5. Pág., 233. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2016.

⁵⁸ Al respecto existe la importante discusión acerca de la finalidad perseguida por el constituyente cuando utiliza indistintamente los términos “Estado” y “Nación”. Una problemática zanjada parcialmente por algunas decisiones jurisprudenciales que han atribuido la utilidad de la palabra “Estado” cuando se busca denotar *en*

Así, de los preceptos contenidos en los artículos 80, 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Política de conformidad con el artículo 3⁵⁹ del Código de Minas que conforman además los pilares de nuestro ordenamiento jurídico-minero, pueden observarse las siguientes 4 reglas relativas al rol de la Nación en el asunto minero a saber:

- 1) La Nación es propietaria del subsuelo y los recursos naturales no renovables. (Art. 80 C.P.)
- 2) Le corresponde a la Nación planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales de manera sostenible. (Art. 332 C.P.)
- 3) El Estado interviene a través de la ley en la explotación de los recursos naturales. (Art. 334 C.P.)

general el conjunto de todas las autoridades públicas y “Nación” cuando se refiere a las autoridades públicas centrales. La discusión fue abordada de manera más reciente en la sentencia T-445 de 2016 con ponencia de Jorge Iván Palacios Palacios, y más tempranamente en la Sentencia C-221 de 1997 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

⁵⁹ **Ley 685 de 2001 Artículo 3°.** *“Regulación completa. Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas”.*

- 4) La explotación de los recursos naturales no renovables da lugar al pago de una regalía a favor del Estado. (Art. 360 y 361 C.P.)

Con fundamento en tales preceptos constitucionales fue estructurado todo un conjunto de normas que establece de una forma más o menos clara la asignación de derechos en materia de explotación de los recursos naturales no renovables, así como sus restricciones y demás particularidades relativas a su negociabilidad.

Específicamente para el asunto minero como ya ha sido referido, fue expedida en vigencia de la Constitución Política de 1991 la Ley 685 de 2001 por la cual se expidió el Código de Minas y se dictaron otras disposiciones.

En el capítulo III del título I de ese estatuto, fueron establecidas entre otras, zonas reservadas, excluidas y restringidas de la minería en donde dependiendo de la importancia medioambiental del recurso presente en el área geográfica y otros valores constitucionales fue autorizada, prohibida o condicionada la actividad minera.

Por ejemplo, a través del artículo 34 fueron establecidas de manera categórica zonas en las que no podrían ejecutarse trabajos, obras de exploración o explotación minera cuando ellas

sean declaradas como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables⁶⁰. También fue condicionada la explotación minera en zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural, a la autorización de la autoridad competente⁶¹.

En este mismo sentido y habida cuenta de la organización política unitaria del Estado colombiano concebida en nuestra Constitución, el legislador en materia minera también vetó algunas competencias a las entidades territoriales y las encargó o asignó únicamente al nivel central. Así fue como a través del artículo 37, expresamente se dispuso que *“ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”*.

Esta importante prohibición legal, cuya justificación residió por mucho tiempo precisamente en la necesidad de unificar la política minera nacional y de esa manera evitar la dispersión de criterios para determinar las zonas excluibles de la minería en el país, de conformidad con el último inciso del precitado artículo 37 y el artículo 38 del código, limitó también la capacidad de decisión de las autoridades locales al momento de elaborar los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), toda vez que debían sujetarse *“(…) a la información geológico-minera disponible sobre las zonas respectivas, así como lo*

⁶⁰ **Ley 685 de 2001, Artículo 34.** *“No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente”*.

⁶¹ **Ley 685 de 2001, Artículo 35.** *“Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación: (...) c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente”*.

dispuesto en el presente Código sobre zonas de reservas especiales y zonas excluibles de la minería”.

Es decir, que en ejercicio de las competencias constitucionales encargadas a los alcaldes y concejos municipales de acuerdo con los artículos 313 y 315 de la Constitución Política referida a la elaboración y aprobación de los POT, en los cuales se determinan los usos que deben darse a las diferentes zonas geográficas que conforman el territorio, no podrían prohibir la realización de actividades mineras en tanto que la decisión sobre si en una zona del territorio de algún municipio se puede o no desarrollar la actividad minera, era competencia exclusiva y excluyente del nivel central.

En este orden de ideas siempre fue centralizada la función de administrar el recurso minero en el país, bien sea a través del Ministerio de Minas y Energía cuando aún no había delegado la función en entidades adscritas antes de la expedición de nuestro actual Código de Minas con la Ley 685 de 2001, o en las gobernaciones delegadas luego de expedida dicha norma.

Con la expedición del Decreto Ley 4134 de 2011 a través de la cual fue creada la Agencia Nacional de Minería (ANM) como autoridad nacional concedente en materia minera, fue reafirmado el criterio centralista de administración del recurso al asignársele como objetivo al tenor de lo dispuesto del artículo 3, la administración integral de los recursos minerales de propiedad del Estado.

En efecto, en virtud de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 1444 de 2011 para que fortaleciera las instituciones en aras de lograr una mayor eficiencia administrativa y un Estado más eficaz, surgió en la estructura de la administración pública la figura de las “agencias estatales de naturaleza especial” para tratar asuntos de naturaleza técnica y especializada. Estas nuevas entidades se ubicaron bajo “*un modelo de gestión orientado al logro de resultados y a la eficaz utilización de recursos públicos*”⁶², concebidas como entes especializados y técnicamente independientes.

En tal sentido fueron creadas diferentes agencias estatales modernizando la administración en algunos sectores, como por ejemplo en el de infraestructura pública de transporte cuando a través de Decreto 4165 de 2011 se cambió la naturaleza del Instituto Nacional de Concesiones y se creó la Agencia Nacional de Infraestructura con el objeto de estructurar, contratar y ejecutar los proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP) para la construcción y mantenimiento de la infraestructura pública de transporte, o la creación de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado mediante el Decreto 4085 de 2011 con el propósito de implementar estrategias dirigidas a cumplir las políticas de defensa jurídica de la Nación.

⁶² GARRIDO María Clara. Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia, Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 243-290. [Consulta: 4 de septiembre 2017]. Documento en línea consultado en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4837/5801>.

En lo que respecta al sector minero, en aras de incrementar la eficiencia en la administración del recurso según se observa de los antecedentes que dieron lugar a la expedición de su decreto de creación, y considerando el protagonismo que se le quería brindar al incluirlo como una de las 5 locomotoras de crecimiento de la economía nacional por parte del Gobierno como antes fue mencionado, fue creada la Agencia Nacional de Minería como una agencia estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica y patrimonio propio.

El principal objetivo de esta nueva agencia en la administración pública de conformidad con los artículos 3 y 4 del Decreto 4134 de 2011⁶³, ha sido el de administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado y promover el aprovechamiento óptimo de los mismos, desarrollando las funciones de titulación, registro, asistencia técnica, fomento,

⁶³ **Decreto 4134 de 2011, Artículo 3°. Objeto.** *“El objeto de la Agencia Nacional de Minería, ANM, es administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la Ley.*

Artículo 4. Funciones. *“Son funciones de la Agencia Nacional de Minería, ANM las siguientes: 1. Ejercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional; 2. Administrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación; 3. Promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley; (...) 6. Administrar el catastro minero y el registro minero nacional; (...) 8. Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley; (...) 16. Reservar áreas con potencial minero, con el fin de otorgarlas en contrato de concesión; 17. Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos minerales de propiedad estatal”.*

promoción y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos mineros que le fueron encargadas. Es de precisar que en la estructura administrativa interna de la entidad, le corresponde a su presidente la suscripción de los contratos de concesión minera de acuerdo con lo previsto en el decreto ley.

Ahora bien, con relación a esta centralización de funciones en la asignación de los derechos para la explotación de los recursos mineros y si bien algunas de las decisiones iniciales de la Corte Constitucional respecto a la tensión entre los principios unitario y autonómico presentes en el asunto minero fueron estudiados en el marco de la actividad minera desarrollada en los territorios de las comunidades indígenas, particularmente respecto a la necesidad de efectuar la consulta previa de que trata el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, para el escenario que ahora nos ocupa frente a la tensión con la autonomía de los entes territoriales del nivel local para disponer sobre los usos del suelo, se produjeron también pronunciamientos que sostenían la prevalencia de un orden minero en donde la decisión de excluir o no zonas del territorio nacional de la actividad solo podría provenir del nivel central.

Por ejemplo en sentencia C-339 de 2002 con ponencia de Jaime Araujo Rentería en donde se resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por unos ciudadanos contra algunas disposiciones del Código de Minas, entre otros el artículo 34 que establece las zonas excluibles de la minería, la corte respecto al asunto de las competencias para establecer la delimitación de dichas zonas consideró que la misma le corresponde a la

autoridad ambiental en colaboración con la autoridad minera, quienes como autoridades del nivel central debían delimitar las zonas del territorio nacional que deberían excluirse de la actividad minera. Al respecto la corte señaló:

“Naturalmente las zonas excluidas deben ser claramente delimitadas geográficamente y esta función se le asigna a la autoridad ambiental en integración y armonía con lo preceptuado por el artículo 5 de la Ley 99 de 1993.

(...)

Se hace necesario para la Corte señalar que la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión;(...)”.

Posteriormente en sentencia C-891 de 2002 con ponencia también de Jaime Araujo Rentería en donde se resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por unos ciudadanos contra algunas disposiciones de la misma ley minera, entre otros el artículo 37 que contiene la prohibición de las entidades territoriales locales de establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería, y respecto del cual aseguraban que a través de ella se olvidaba que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas pueden establecer que sus territorios o parte de éstos estén excluidos de

la actividad minera, la Corte pese a no efectuar un mayor discernimiento en lo que respecta a la tensión entre los principios unitario y autonómico en el asunto minero, consideró como aceptado de antemano la constitucionalidad de la regla allí contenida en cuanto a que la delimitación de las áreas excluibles de la minería se haría siempre desde el nivel central, sin perjuicio de las facultades que en ese mismo sentido el legislador le había otorgado a las autoridades indígenas presentes en aquellas zonas especiales y delimitadas de acuerdo con el Código de Minas como “zonas mineras indígenas”.

En efecto, y al margen de las consideraciones particulares que realizó para el asunto de las “zonas mineras indígenas”, la corte al respecto consideró lo siguiente:

“La norma acusada es del siguiente tenor: Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. De conformidad con el citado texto legal, la decisión de establecer zonas excluidas de la minería compete exclusivamente a las autoridades ambiental y minera (artículos 34 y 35, en concordancia con el artículo 122 del Código), labor ésta que se enmarca en el ámbito de sus funciones constitucionales y legales”. (Subrayado fuera del texto original)

Una vez sentado lo anterior, la corte procedió a declarar la exequibilidad de la norma demandada habida cuenta de que cuando se trata de “zonas mineras indígenas”⁶⁴, las autoridades indígenas son competentes para señalar dentro de dicha zona los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres. Ello además contemplado por el Código de Minas en el artículo 127 cuando expresamente se le faculta a la autoridad indígena para que señale las zonas dentro de las “zonas mineras indígenas” que no pueden ser objeto de exploración o explotación minera.

Luego, en sentencia C-395 de 2012⁶⁵ con ponencia de Gabriel Mendoza Martelo y de una manera más clara que las anteriores en donde se resolvió la demanda de constitucionalidad interpuesta por unos ciudadanos nuevamente contra el artículo 37 por considerar que con ella se vulneraba la autonomía de las entidades territoriales y los principios de coordinación y concurrencia al no permitírseles participar en la regulación de actividades mineras que se desarrollen en sus territorios, la Corte decidió desestimarla al considerar que en tanto que la Constitución Política le otorga al legislador la facultad de establecer el régimen jurídico

⁶⁴ De conformidad con el artículo 122 del Código de Minas, las zonas mineras indígenas son aquellas zonas delimitadas por la autoridad minera con base en estudios técnicos y sociales dentro de los territorios indígenas, en las cuales todas las propuestas de contratos de concesión presentadas por particulares deberá ser resuelta con participación de los representantes de las respectivas comunidades sin perjuicio del derecho de prelación que tienen para hacerse prioritariamente a la concesión sobre los yacimientos y depósitos minerales ubicados en dicha zona. En este orden de ideas cuando el código menciona “zona minera indígena” no hace referencia a los territorios indígenas reconocidos por la legislación en general sino a una zona particularmente delimitada por la autoridad minera que si bien hace parte de ellos, requiere su declaración para que tenga los efectos legales advertidos por la ley.

⁶⁵ **Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia del 30 de mayo de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Sentencia C-395 de 2012).

para la explotación de los recursos mineros, bien puede este último en ejercicio de dicha función, restringir las competencias de regulación de las entidades territoriales locales y establecer una prohibición como la que señalaba el artículo 37. Al respecto dispuso lo siguiente:

“Estima la Corte que en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, cabe que el legislador, al resolver para el caso concreto la tensión entre los principios unitario y autonómico, dé prelación al primero, en razón a los objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera. Cabe, así, que dentro del margen de configuración que la Constitución le otorga al legislador se disponga en esta materia la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y a evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios. Esa posibilidad está en consonancia con la jurisprudencia constitucional que, como se ha visto, ha previsto que, en función del interés nacional, es posible restringir las competencias de regulación de las entidades territoriales, e, incluso excluirla de determinados ámbitos”. (Subrayado fuera del texto original)

Este desarrollo jurisprudencial mencionado fue así además, porque la intención del legislador que en el año 2001 expidió el Código de Minas, fue precisamente la de sujetar la administración del recurso minero exclusivamente al nivel central y por lo tanto prohibirle a las autoridades locales reglamentar de alguna manera la minería. En la exposición de motivos de la Ley 685 de 2001 que lo adoptó⁶⁶, sobre el particular se consignó lo siguiente:

“La propiedad de las minas en cabeza del Estado en su significado de ente nacional, conlleva obviamente que las relaciones jurídicas que emanan de este fenómeno no pueden ser sino de cubrimiento nacional exclusivamente. Lo expuesto indica que nuestro sistema jurídico de minas, excluye ordenamientos regionales o locales y su órbita de aplicación debe ser señalada expresamente por el legislador.

(...)

La circunstancia de ser las minas de propiedad del Estado reafirma el principio del carácter nacional de sus regulaciones legales en forma categórica y excluyente. De allí que a los demás entes públicos como los departamentos, las regiones y los municipios, les esté vedado expedir normas y adoptar medidas que en algún grado regulen la actividad minera si para ello no están expresamente facultadas por la ley nacional”.

(Subrayado fuera del texto original)

⁶⁶ Colombia. Congreso de la República de Colombia. Exposición de motivos de la Ley 685 de 2001. Consultado en: Gaceta No. 113 del viernes 14 de abril del año 2000, Pág., 23.

Así, el esquema de otorgamiento o concesión de los títulos mineros funcionaba con nula injerencia de las entidades del nivel local, en tanto que ellas, a la luz de la legislación y las reglas jurisprudenciales vigentes, no tenían la facultad de co-administrar el recurso minero y mucho menos la potestad de vetar los proyectos de facto al declarar como excluibles de la minería zonas de su territorio.

De hecho, la única oportunidad legal en donde terceros podrían oponerse al otorgamiento del Contrato de Concesión Minera viene dada por el artículo 299 del Código de Minas en donde se advierte la posibilidad de hacerlo únicamente por quienes tengan un título minero vigente o propuesta de contrato anterior que se traslape con el área de la nueva solicitud durante el término de 30 días de que trata el artículo 275 del Código de Minas. Vencido este término la autoridad minera decidirá las oposiciones presentadas dando prevalencia al derecho sustancial y hará las restricciones o recortes a que haya lugar.

La norma textualmente señala lo siguiente:

“Artículo 299. Oposiciones administrativas. Durante el proceso gubernativo de minas, desde la presentación de la propuesta hasta el vencimiento del término señalado en el artículo 275 de este Código, únicamente se podrán oponer a la celebración del contrato de concesión, acompañando las pruebas que fundamenten su petición:

- a) *Quien tenga un título vigente sobre todo o parte del área solicitada, referente a los mismos minerales;*
- b) *Quien tenga sobre la misma área una propuesta anterior, también vigente”.*

Desde luego que lo anterior no implicaba que los municipios donde se desarrollaran los proyectos mineros quedarán desprovistos de toda protección en materia ambiental durante su ejecución, pues en el trámite de concesión o autorización de la explotación desde este aspecto a cargo de la autoridad competente, eran considerados asuntos socio-ambientales que dependiendo de elementos puntuales como el volumen o tipo del mineral a explotar o el número de habitantes presentes en el municipio, la autorización o licencia ambiental⁶⁷, era y así sigue siendo, entregada por las Corporaciones Autónomas Regionales o la Autoridad Nacional de Licenciamiento Ambiental según corresponda. Es decir, con la garantía de una institución que en uso de sus facultades legales puede conminar al titular minero para que incluso modifique su plan de trabajos a través de instrumentos como el Diagnóstico Ambiental de Alternativas⁶⁸ entre otros.

⁶⁷ La licencia ambiental de conformidad con el artículo 3 de la Ley 99 de 1993, es una autorización otorgada por la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad en la que se establecen los requisitos, términos, condiciones y obligaciones para desarrollar un proyecto que pueda generar un deterioro grave a los recursos naturales renovables y el ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, con el fin de prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar estos efectos ambientales.

⁶⁸ **Decreto 2041 del 17 de octubre de 2014. “Artículo 17. Objeto del diagnóstico ambiental de alternativas.** *El diagnóstico ambiental de alternativas (DAA), tiene como objeto suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que presente el peticionario, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Las diferentes opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico, las características bióticas, abióticas y socioeconómicas, el análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad; así como las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. Lo anterior, con el fin de aportar los elementos requeridos para seleccionar*

En efecto, de conformidad con el Decreto 2041 de 2014 en donde fue reglamentado el título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, compilado a su vez en el Decreto 1076 de 2015, las autoridades competentes para otorgar o rechazar las licencias ambientales son las siguientes:

1. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).
2. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible.
3. Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano en los términos del artículo 66 de la Ley 99 de 1993.
4. Las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, es decir, los distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta⁶⁹.

En lo que respecta al asunto minero, las competencias de las autoridades ambientales para el otorgamiento de la licencia⁷⁰ se distribuyen de acuerdo con el mencionado decreto, de la siguiente manera:

alternativa o alternativas que permitan optimizar y racionalizar el uso de recursos y evitar o minimizar los riesgos, efectos e impactos negativos que puedan generarse”.

⁶⁹ GUIZA Suárez Leonardo, et al., Óp. Cit. Pág., 462-463.

⁷⁰ Es de resaltar que las licencias ambientales son exigibles a aquellos proyectos mineros que hayan iniciado a partir del 1 de enero de 1994, cuando cobró vigencia la Ley 99 de 1993. Para aquellos proyectos que venían operando al 31 de diciembre de 1993, no se requiere licencia ambiental, sino que hacen parte del régimen de transición y, por lo tanto, sólo les es exigible un plan de manejo ambiental junto con los respectivos permisos,

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales	Corporación Autónoma Regional
Carbón	
Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 ton/año.	Cuando la explotación proyectada sea menor o igual a 800.000 ton/año.
Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos	
Cuando la producción proyectada sea mayor o igual a 600.000 toneladas/año para las arcillas o mayor o igual a 250.000 metros cúbicos/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales.	Cuando la producción proyectada sea menor a 600.000 toneladas/año para las arcillas o menor a 250.000 metros cúbicos/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales.
Minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas	
Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea mayor o igual a 2.000.000 toneladas/ año.	Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea menor a 2.000.000 toneladas/ año.
Otros minerales y materiales	
Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 toneladas/año.	Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a 1.000.000 toneladas/año.

Fuente: GUIZA Suárez Leonardo, et al., Óp. Cit. Pág., 54.

Aunque de conformidad con el artículo 205 del Código de Minas la obtención de la licencia ambiental no es necesaria para el desarrollo de la etapa de exploración minera, si lo es para

concesiones y autorizaciones ambientales requeridos para el uso y aprovechamiento de recursos naturales en el polígono correspondiente al área otorgada en concesión y objeto de explotación. Ibídem Pág., 457.

iniciar la etapa de construcción y montaje de infraestructura y explotación de los minerales. Por lo tanto, “(...) *una vez se aborde la fase final de la etapa de exploración se debe obtener la licencia ambiental que llevara implícitos todos los permisos y autorizaciones y/o concesiones relacionadas con el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables inherentes para el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad*”⁷¹.

En este orden de ideas y al margen de las consideraciones que en materia ambiental pueda hacer la autoridad competente, frente al mecanismo de asignación de los derechos mineros en Colombia es preciso resaltar que salvo algunas situaciones ajenas a la dinámica normativa establecida para ello en el país⁷², la asignación de los derechos en materia minera venía desarrollándose conforme al principio establecido por el artículo 16 del estatuto minero, a través de un trámite centralizado en cabeza de la entidad que fungiera

⁷¹ *Ibíd*em Pág., 458.

⁷² Como por ejemplo la decisión de suspender la recepción de propuestas de contratos de concesión minera por 6 meses adoptada por el Ministerio de Minas y Energía mediante la Resolución 180099 de 2011, prorrogada por diferentes actos administrativos hasta el mes de abril de 2012. Al respecto véase: **Colombia. Ministerio de Minas y Energía.** Resolución 180099 del 1 de febrero de 2011. [Consulta: 8 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: http://servicios.minminas.gov.co/compilacionnormativa/docs/resolucion_minminas_180099_2011.htm. En el año 2011 y a raíz de las denuncias realizadas por el entonces Ministro de Minas y Energía Carlos Rodado Noriega respecto a presuntos casos de corrupción presentados en el Ingeominas cuando dicha entidad actuaba como autoridad concedente en minería, el Gobierno Nacional adoptó la decisión de suspender la radicación de nuevas solicitudes de contratos de concesión minera hasta tanto no se contara con un sistema confiable que brindara mayor transparencia en la selección de los proponentes. Dicha decisión sin embargo es de anotar que no determinó cambios en las reglas de asignación hasta ahora estudiada, sino simplemente pretendió controlar un fenómeno externo a la dinámica misma de asignación de los derechos consagrada en nuestra legislación. Al respecto véase: Revista Semana (6 de abril de 2011). La Olla Podrida del Ingeominas. [Consulta: 8 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-olla-podrida-ingeominas/240874-3>.

como autoridad concedente de los derechos mineros conforme a la organización administrativa del Estado.

2. El paradigma de la sentencia C-123 de 2014.

Ahora bien, toda la dinámica de otorgamiento de títulos mineros que se venía desarrollando en el país, se vio puesta en entredicho en el año 2014 con un pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Recordemos que, hasta la fecha, el entendimiento de la Corte Constitucional acerca de las facultades de que trata el artículo 37 del Código de Minas para establecer zonas excluibles de la minería en el territorio únicamente correspondía a la Nación y, por lo tanto, le era vedado hacerlo a las entidades territoriales del nivel local.

Sin embargo, en el mes de marzo de dicho año la Corte expidió una sentencia que plantearía un nuevo paradigma en lo que respecta al procedimiento para el otorgamiento de los derechos para la explotación de los recursos naturales mineros en el país.

Luego de una demanda de inconstitucionalidad en la cual el demandante solicitaba declarar la inexequibilidad del artículo 37 mencionado, pues indicaba la contradicción entre dos principios de rango constitucional como lo son el principio unitario de organización territorial del Estado que justifica la existencia de políticas de orden nacional que busquen

unificar los parámetros a partir de los cuales se adelanta la actividad minera y el principio de autonomía territorial relativo a la competencia de los entes territoriales para disponer sobre los usos del suelo y, por ende, en lo relativo a la exclusión de actividades como la minera en sus territorios, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-123 de 2014⁷³ en la cual condicionó su exequibilidad en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberían acordar con las autoridades territoriales concernidas en donde se desarrollaría el proyecto, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, “(...) *y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política*”.

En dicha oportunidad, el demandante señaló que si bien la Constitución Política de Colombia reconoce que el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables del subsuelo y que en ese orden de ideas ostenta la competencia para intervenir en ellos por mandato de la ley, la autonomía de las entidades territoriales debía ser protegida de la interferencia de entidades del nivel nacional y que ello no fue tenido en cuenta por la disposición demandada.

⁷³ **Colombia. Corte Constitucional.** Sentencia del 5 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos (Sentencia C-123 de 2014).

En efecto, señaló el accionante que la norma descrita por el artículo 37 *“desconoce in límine los principios de la descentralización administrativa dentro de un Estado social de Derecho, vale decir, donde las competencias de los distintos entes territoriales en un Estado unitario, son ejercidas bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales”*.

En tal sentido advertía seguidamente que la única forma de respetar los principios de concurrencia y coordinación es por medio de la colaboración entre la Nación y las entidades territoriales, no mediante el enfrentamiento de los diferentes niveles competenciales, pues esto conduce al desmembramiento de la unidad en un Estado.

Precisamente al resolver el asunto sometido a su consideración, la Corte consideró que la regla prescrita por el artículo 37 en efecto anulaba la posibilidad de reglamentación que los municipios tienen para determinar los usos del suelo dentro de su territorio, en lo atinente a la posibilidad de excluir zonas de la actividad de exploración y explotación minera, y por lo tanto, afecta el derecho de los municipios y distritos de gobernarse por autoridades propias así como la competencia general de reglamentación que en materia de usos de suelo les reconoce la Constitución. Al respecto el alto tribunal dispuso lo siguiente:

“Esta conclusión tiene fundamento en las consecuencias que la actividad minera tiene en las comunidades en que ésta tiene lugar. En efecto, la imposibilidad de excluir zonas del territorio municipal de la exploración y explotación minera, priva a las autoridades locales de la posibilidad de decidir sobre la realización o no de una actividad que tiene gran impacto en muy distintos aspectos, todos ellos principales, de la vida de sus habitantes y, en consecuencia, no es una limitación que pueda considerarse como accesorio o irrelevante para la competencia de reglamentación de los usos del suelo en el territorio municipal o distrital”.

En efecto, sentenció la corte que a partir de dicho fallo se debería exigir la participación de los entes territoriales locales en el proceso de otorgamiento de los derechos de explotación minera. Al respecto consideró que: *“(…) en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial”.*

La innovadora decisión de la Corte en ese sentido, implicaba un nuevo entendimiento de lo que hasta entonces era la dinámica central-local para el asunto minero pues introdujo una nueva regla jurisprudencial con el propósito de resolver la tensión existente entre el

principio unitario de organización territorial del Estado y el principio de autonomía territorial advertido por el demandante.

En este sentido, fue advertido por la Agencia Nacional de Minería que su cumplimiento implicaba una reconfiguración de los procedimientos para el otorgamiento de los derechos mineros pues ahora era necesario el agotamiento de una nueva etapa en la cual se acuerden las medidas de protección con las entidades locales. Así fue consignado en el informe de gestión del año 2015 frente a las circunstancias que influyeron en la titulación y la gestión de la entidad como se lee a continuación:

“Respecto del fallo de la Corte Constitucional se debe recordar que la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, se dio de manera condicionada, según la cual, si bien los principios de organización unitaria privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales, también se deben respetar los contenidos constitucionales de “igual valía” 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.

En ese sentido el cumplimiento del fallo supone nuevas dinámicas de coordinación e interrelación con los municipios y autoridades locales bajo la observancia de los principios de concurrencia y participación.

En otras palabras la parte resolutive de la citada sentencia implica una etapa nueva con las autoridades locales para el proceso de licenciamiento minero y que consiste en “acordar con las entidades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de su población (...)”⁷⁴.

De manera general como ya fue referido, el mecanismo de selección de los concesionarios mineros en Colombia ha sido a través de un principio que brinda garantías de objetividad y simplicidad en la escogencia del contratista. Es un principio que resumidamente ha sido recogido en la expresión de *primero en el tiempo, primero en el derecho*.

En ese sentido, ha sido claro para todos los actores económicos la regla a partir de la cual ha sido posible obtener un título minero y los derechos en él involucrados, es decir, el mecanismo de asignación de los derechos de exploración y explotación minera.

⁷⁴ Colombia. Agencia Nacional de Minería. Informe de gestión año 2015. Pág., 14-15. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/informe_gestion_2015.pdf.

Sin embargo, luego de la expedición de la sentencia C-123 de 2014 y la inclusión de nuevos actores al proceso de licenciamiento minero, que no fueron contemplados por el legislador de 2001 y que deberían ser consultados previamente al otorgamiento de los derechos de explotación sin establecer de manera clara el alcance de dicha consulta o los mecanismos para implementarlas, el otrora principio claro y simple de asignación de derechos de explotación, se tornó en una telaraña de ambigüedades y vacíos normativos que terminó por suspender en todo el territorio nacional el otorgamiento de títulos mineros.

Dicha situación, que aunque trató de ser superada con la expedición de un decreto reglamentario por el Gobierno Nacional estableciendo procedimientos de consulta, el cual fuera posteriormente suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, llevó a la definitiva paralización de la locomotora minera.

En dicha oportunidad y con el propósito de reglamentar el artículo 37 del Código de Minas luego de declarada su exequibilidad condicionada por parte de la Corte Constitucional, fue expedido el Decreto 2691 de 2014 a través del cual fue creado un procedimiento administrativo al que debían someterse los entes territoriales interesados en acordar medidas de protección según lo dispuesto por la sentencia C-123 de 2014, y cuya vigencia permitió que se suscribieran 164 contratos de concesión de los cuales 134 correspondían a propuestas de contrato de concesión y 30 a solicitudes de legalización minera⁷⁵.

⁷⁵ Ibídem Pág., 15.

En efecto, la dinámica propuesta por el Decreto 2691 de 2014 para implementar el mandato de la sentencia C-123 de 2014 iniciaba con la solicitud de los consejos municipales a través del respectivo acuerdo en el cual se solicitaban las medidas de protección del ambiente sano y demás medidas contenidas en el fallo judicial, las cuales debían encontrarse debidamente sustentadas en estudios técnicos elaborados con cargo al presupuesto del respectivo municipio.

Dichos estudios deberían acompañarse a la solicitud y debían estar en concordancia con los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, según el caso.

Una vez recibida la solicitud del concejo municipal o distrital, el Ministerio de Minas y Energía lo debía enviar dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la misma, a la autoridad nacional con competencia en las materias a que se refería el estudio técnico de soporte para su respectivo concepto y a la Agencia Nacional de Minería.

Luego de que la autoridad nacional competente valorara la solicitud del concejo municipal o distrital y presentara ante el Ministerio de Minas y Energía un concepto técnico sobre las razones que sustentan las medidas de protección solicitadas y su procedencia, el Ministerio de Minas y Energía en un plazo no mayor a diez (10) días, debía convocar a una reunión al concejo municipal o distrital solicitante o a su delegado y a la autoridad nacional competente para que respectivamente expongan las razones de la solicitud y del concepto.

Por último el Ministerio de Minas y Energía, en un término no mayor a quince (15) días, contados a partir de la fecha de finalización de la reunión, mediante acto administrativo debidamente motivado, decidiría sobre las medidas solicitadas por la entidad territorial, con fundamento en los principios de desarrollo sostenible, fortalecimiento económico y social del país, propiedad estatal de los recursos naturales no renovables y el aprovechamiento eficiente de los mismos.

Para ese momento y dadas las ambigüedades antes señaladas de la sentencia de constitucionalidad que se buscaba implementar a través del decreto reglamentario, seguía siendo interpretada como una potestad exclusiva y excluyente de la autoridad del nivel central establecer zonas excluidas de la minería en el territorio nacional, independientemente de las consultas particulares que con las autoridades locales debieran surtir. Es decir que en desarrollo del principio de colaboración armónica según el cual la autoridad central consulta con la local, el proceso nunca podía concluir en la prohibición del proyecto minero.

Esta interpretación de la norma, como también de la sentencia que la declaró exequible de manera condicionada venía siendo sostenida por el Gobierno Nacional en diferentes oportunidades. Por ejemplo, en la intervención sostenida por el Ministerio de Minas y Energía frente a la solicitud de suspensión provisional del Decreto 934 de 2013 en el marco del proceso de nulidad que venía estudiando el Consejo de Estado, la subsección A de la

Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante providencia del 3 de septiembre de 2014, la recogió de la siguiente manera:

“El Ministerio de Minas y Energía señaló que la Corte Constitucional, en sentencia C-123 de 2014, declaró la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2011 en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del orden nacional deberán acordar con la autoridades territoriales afectadas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y en especial de sus cuencas hídricas, del desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad previstos en el artículo 288 de la C.P., sin que ello habilite a los planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento a realizar el ordenamiento minero.

Agregó que la coordinación entre la autoridad minera y las autoridades territoriales no comprende la decisión de explotar, o no, los recursos del subsuelo.

(...)

Añadió que la facultad prevista en el numeral 7 del artículo 313 de la C.P., para que los Concejos Municipales regulen el uso del suelo, no es absoluta,

toda vez que en materia minera la Ley 685 de 2001 ratificó la propiedad del Estado respecto de los minerales yacentes en el suelo y en el subsuelo, por lo cual no le es permitido a dichas Corporaciones de Elección Popular decidir sobre la exploración y explotación minera”. (Subrayado fuera del texto original)

Frente al Decreto reglamentario 2691 de 2014 por su parte, la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante auto del 25 de junio de 2015, decretó la medida de suspensión provisional al considerar que se configuraba una violación al principio de autonomía de las entidades territoriales toda vez que luego de revisar el procedimiento descrito en la norma demandada, consideró que se estaría sometiendo a las autoridades municipales y distritales a lo que en últimas dispusiera el Ministerio de Minas y Energía (entidad entonces designada para adelantar el proceso) sobre la posibilidad de excluir partes de sus territorio de la actividad minera. En tal sentido, consideró que la violación del principio de autonomía de las entidades territoriales con la expedición de dicha norma resultó tan palmaria, que el trámite dispuesto en el mismo sometía a las autoridades municipales y distritales a lo que señale la entidad del nivel central.

Es decir que se seguía desconociendo la autonomía territorial de las autoridades locales para disponer sobre los usos del suelo y en ese orden de ideas, el decreto: “*antes que admitir un proceso de deliberación y decisión, lo que establece (...) es una imposición de*

la autoridad Nacional sobre los entes territoriales, desdibujando no solo lo dicho por la Corte Constitucional en la anotada sentencia, sino desconociendo los mandatos constitucionales que otorgan autonomía a estos para la regulación del suelo”.

Para arribar a dicha conclusión, el Consejo de Estado retomó lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014 que en su entender pretendía armonizar los principios de autonomía de las entidades territoriales y Estado unitario para que de manera conjunta *“resolvieran si procedía o no excluir transitoria o permanentemente porciones del territorio de la actividad minera”.*

Sin embargo, concluyó que el procedimiento allí contemplado, hacía nugatorio el derecho de los entes territoriales respecto a la participación en el proceso de otorgamiento de los derechos de explotación, particularmente de mayor relevancia cuando se trata de la actividad minera que no solo tiene implicaciones de índole político sino que desde el punto de vista social y económico tiene grandes repercusiones, *“como quiera que obliga a que sean las autoridades territoriales las que tracen políticas públicas derivadas de problemas como el aumento de la población, alteración de las costumbres, la deserción escolar en jóvenes que ven en la minería la proyección de su futuro, el desplazamiento de la economía agrícola y pecuaria por la minería lo cual afecta el nivel alimentario, el aumento del costo de vida, alteraciones en los servicios requeridos por la población, la disminución de las fuentes de agua disponibles, etc.”.*

Ya para entonces resultaba claro que la interpretación sostenida por el Gobierno Nacional en cuanto a que si bien habrían de adelantarse consultas con los entes territoriales del nivel local respecto a las medidas de protección indicadas pero que las mismas no podrían tener la entidad suficiente para terminar vetando el proyecto, no era de recibo pues en efecto la fase de consultas no podría convertirse en un ejercicio meramente formal que hiciera nugatorio el verdadero derecho de las autoridades locales a disponer sobre sus territorios, incluso excluyendo la actividad minera como más adelante se observará.

Con posterioridad, fue expedida la sentencia C-273 de 2016 con ponencia Gloria Stella Ortiz Delgado a través de la cual fue declarado inexecutable el artículo 37 del Código de Minas por considerar que la asignación o prohibición de competencias a los entes territoriales en lo que respecta a la autonomía que tienen respecto al ordenamiento del suelo, se encuentra sujeta a reserva de ley orgánica, pues al hacerlo “(...) *afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios*”.

En esta oportunidad, la Corte luego de efectuar algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la ley orgánica y las materias sujetas a ella, entre otras la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales de conformidad con el artículo 151 de la Constitución Política, reiteró la subregla constitucional sostenida previamente en la sentencia C-123 de 2014 respecto a que en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera, y entendiendo que cualquier asignación o

prohibición de competencias a los entes territoriales deba hacerse a través de ley orgánica, se deberán tener en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial.

Luego y más recientemente, la Corte Constitucional mediante sentencia T- 445 de 2016 con ponencia de Jorge Iván Palacios Palacios, recogiendo nuevamente la regla contenida en la Sentencia C-123 de 2014, se pronunció respecto a la validez de una consulta popular que pretendía prohibir la minería en el municipio de Pijao- Quindío, en donde consideró que no solamente la participación ciudadana es clave para legitimar las decisiones que tome la administración y que puedan afectar a los habitantes de un municipio determinado (el instrumento de participación), sino que en lo que respecta a la actividad minera, los entes territoriales, en tanto que poseen la competencia para regular el uso del suelo, pueden incluso establecer zonas excluibles de la minería; una competencia que hasta entonces se entendía exclusiva y excluyente de la Nación.

Esta última decisión judicial fue concluyente en cuanto al esclarecimiento de las verdaderas potestades reasignadas a las autoridades territoriales locales a partir de la Sentencia C-123 de 2014, pues fue categórica en afirmar que al regular el uso del suelo incluso podría establecer zonas excluibles de la minería, algo que hasta ese momento todavía era objeto de discusión en algunos círculos académicos.

En relación con la consulta popular como instrumento idóneo para instrumentalizar la participación ciudadana, es de resaltar que en Sentencia de Tutela del 7 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, confirmada en segunda instancia por la Sección Quinta de la misma corporación mediante sentencia del 14 de febrero de 2017, sobre la pregunta sometida a su examen con ocasión de una consulta popular en Ibagué, se hicieron las siguientes consideraciones:

“En otras palabras: la decisión del pueblo de Ibagué será definitiva y obligatoria, pero sólo a partir de que se incorpore al ordenamiento jurídico y se publique. Y si el acto rige hacia futuro, y así es si se trata de normas, significa que deben respetarse las situaciones jurídicas particulares consolidadas de los sujetos que, en virtud de la normativa anterior, obtuvieron licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para desarrollar proyectos y actividades mineras en el municipio de Ibagué. También deben respetarse las expectativas legítimas de los sujetos que están tramitando la autorización para desarrollar proyectos y actividades mineras en Ibagué”⁷⁶.

⁷⁶ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Sentencia de tutela del 7 de diciembre de 2016. Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [Consulta: 14 de septiembre 2017]. Documento en línea consultado en: <http://www.funcionpublica.gov.co/sisjur/home/Norma1.jsp?i=80293>.

En este orden de ideas observamos que, durante los últimos 4 años, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido registrando permanentemente el valor de la autonomía de los territorios en la definición del uso de su espacio físico y los recursos naturales que allí se encuentran. Para el asunto minero, si bien en un primer estadio las decisiones se ubicaron en el marco espacial de la tensión de la actividad minera en los territorios de comunidades étnicas, con la expedición de la sentencia C-123 de 2014 como sentencia hito modificatoria de la línea jurisprudencial, fueron establecidas nuevas reglas jurisprudenciales para resolver la tensión entre los principios unitarios y autonómicos en materia minera.

CAPÍTULO III

Una aproximación conceptual sobre los postulados básicos del Análisis Económico del Derecho (AED).

En el presente capítulo y con el propósito de establecer los lineamientos que nos servirán para abordar la problemática anunciada anteriormente respecto a la asignación de los derechos de explotación minera luego del hito jurisprudencial del año 2014, describiremos brevemente los principales supuestos metodológicos desde el análisis económico del derecho a partir de los cuales se abordarán los asuntos advertidos con anterioridad, particularmente con especial consideración del Teorema de Coase y sus desarrollos ulteriores por las razones que explicaremos más adelante.

1. El Análisis Económico del Derecho y sus Aproximaciones.

Ha sido generalmente aceptado por diferentes doctrinantes en la materia, que quizás uno de los primeros intentos en racionalizar la realidad aparentemente ajena a los mercados a partir de elementos propios de la teoría económica, y en ese sentido un trabajo propio del AED como aproximación a las instituciones sociales, se presentó en el siglo XVIII con los

primeros trabajos filosóficos de Hume, Smith y Bentham sobre aspectos relacionados con la naturaleza humana, la riqueza y la felicidad.⁷⁷

Estos autores sin proponérselo realizaron los primeros experimentos de Análisis Económico del Derecho (AED) a través de la aplicación de conceptos económicos a instituciones sociales que luego resultarían decisivos para el método científico y postulados básicos de la nueva disciplina, de tal manera que empezaban a comprender a las personas como individuos que actuaban como maximizadores racionales de su propio interés en cualquier aspecto de la vida⁷⁸, y no solamente en aquellos estrictamente relacionados con el mercado⁷⁹.

En efecto, a través de los diferentes postulados elaborados por las escuelas de pensamiento que a lo largo de la historia se encargaron de abordar los fenómenos jurídicos desde una

⁷⁷ MÁRQUEZ Escobar Carlos Pablo. Análisis Económico del Derecho. Pág., 109-110. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2005.

⁷⁸ Es decir que la premisa aceptada para mercados explícitos (aquellos mercados en los que resulta evidente la interacción económica de los agentes) según la cual los individuos actúan en los mercados como agentes en búsqueda de maximizar su utilidad, resultaba también aplicable a mercados no explícitos (todos aquellos aspectos de la vida que aparentemente no reportan interés alguno para la economía) y por lo tanto, las herramientas del análisis económico eran también aplicables a todo el espectro de la actividad humana. Al respecto véase: ROEMER Andrés. Derecho y Economía: Una revisión de la literatura. Pág., 67. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 2000.

⁷⁹ Esta primera aproximación al estudio de fenómenos sociales desde el enfoque económico sin embargo, de acuerdo con diferentes autores entre esos el profesor Carlos Pablo Márquez, no proporcionó un aparato teórico que explicara sus planteamientos y no lograron llevar a *desarrollar un entendimiento sistemático del derecho a través del modelo de la decisión racional*. Es decir, que si bien fueron planteadas las generalidades sobre el modelo y la nueva forma en la que se podrían analizar las instituciones jurídicas- sociales (Vgr. Impuestos, Penas), este primer intento como nunca se trató de un esfuerzo consciente en teorizar acerca de la forma de aproximarse a un problema, tampoco logró sentar las bases metodológicas de lo que hoy conocemos como el AED y no implementó la claridad que permitiera racionalizar sobre tales aspectos; a diferencia de las subsiguientes escuelas de pensamiento que bien o mal intentaron implementar un método científico para aproximarse a la problemática. Al respecto véase: MARQUEZ Escobar Carlos Pablo., Óp. Cit. Pág., 111.

lógica económica⁸⁰, fueron establecidas una serie de premisas que sustentarían el acercamiento de esta nueva disciplina, caracterizadas por la implementación de los postulados del análisis económico a las instituciones jurídicas, adoptando una aproximación metodológica a partir de la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura y procesos de las instituciones jurídicas.

Desde ese punto de vista, uno de los elementos esenciales del enfoque del Análisis Económico del Derecho consiste en la consideración de la eficiencia como eje fundamental y pauta para la elaboración tanto de las decisiones judiciales como de las normas legales.

Un criterio de eficiencia primeramente empleado fue el enfoque paretiano según el cual una situación es eficiente cuando no es posible que un individuo mejore sin desmejorar correlativamente a otro. Es decir, cuando dada una asignación de bienes entre un conjunto de individuos, un cambio hacia una nueva asignación no mejora la situación de alguno de ellos sin hacer que empeore la situación de algún otro.

Este criterio, que ha sido limitado para servir de guía en un sistema legal en la medida en que se imposibilita compensar todas las pérdidas generadas y por lo tanto ocasionaría una perpetuación del status quo, pronto fue abandonado y reemplazado por un concepto de

⁸⁰ POSNER Richard. *The Economic Structure of the Law*. Pág., 34. Ed. Edward Elgar Publishing. Northampton MA. USA. 2000.

eficiencia que no solamente tiene en cuenta los ganancias o pérdidas individuales sino aquellas colectivas que se presenten en la sociedad, conocido como el criterio de Kaldor-Hicks.⁸¹

Este criterio, si bien captura la esencia del criterio paretiano, también flexibiliza su aplicación en la medida en que considera una política eficiente incluso cuando se presente la desmejora de algún individuo, siempre y cuando la mejora de otro lo compense en sus pérdidas. De conformidad con este criterio, un sistema de asignación de recursos será más eficiente que otro si las personas o grupos de personas que mejoran pueden, en teoría, compensar a aquellos que empeoran⁸².

Por otra parte, frente a la teoría del precio, el AED ha retomado dicho postulado de amplia aceptación por la doctrina económica, según el cual, un aumento en éstos de una unidad de producto cualquiera se traduce en una disminución en sus cantidades demandadas, de tal forma que al hacer una extrapolación de tal postulado a la esfera legal, se asegura, como muchos años antes lo había propuesto Bentham, que entendiendo las normas legales como el precio establecido por la comisión u omisión de una acción, ellas determinarían el comportamiento de los individuos en sociedad.⁸³

⁸¹ POSNER Richard. El análisis económico del derecho. Pág., 21. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

⁸² MARQUEZ Escobar Carlos Pablo., Óp. Cit. Pág., 175

⁸³ *Ibidem* Pág., 157.

En un mismo sentido frente a la teoría de la maximización racional, se asumió la racionalidad de los individuos y, por lo tanto, su respuesta a incentivos, de tal manera que como consumirán menos cantidades de un bien si su precio aumenta⁸⁴, el ajuste de la política pública para controlar los niveles de la actividad ilegal, ya sea de actos delictivos, infracciones administrativas o incumplimientos de contratos, se convertirá en un ejercicio de control de los precios reflejados en las normas legales⁸⁵.

De igual manera se advirtió la relación interdependiente de los fenómenos económicos con factores exógenos al modelo, de tal manera que las instituciones resultarían determinantes en la estructura y el desempeño de la economía, al punto que incluso todo el comportamiento económico se encuentra condicionado por el ambiente institucional en donde se desarrolla la actividad económica. Desde esta perspectiva por ejemplo, se consideró que cambios en la configuración del sistema legal implican también un cambio en los mercados y por ende en el subsistema económico, por lo que se trata de una relación interdependiente⁸⁶.

A través de dicha interdependencia se lograría mostrar que el comportamiento económico se encuentra fuertemente condicionado por el ambiente institucional en donde la actividad

⁸⁴ KRUGMAN Paul, et al. Introducción a la Microeconomía. Pág., 9, Ed. Reverté. Barcelona 2012.

⁸⁵ MERCURO Nicholas, et al. Economics and the law from Posner to post-modernism. Pág., 58. Ed Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1999. Al respecto los autores señalan lo siguiente: “*the adjustment-through public/legal policy- of the level of illegal activity, be it tortious acts, breach of contract, or criminal behavior, thus becomes a matter of adjusting the prices reflected in the legal rules*”.

⁸⁶ Ibídem Pág., 105.

económica tiene lugar, y simultáneamente el comportamiento económico afecta también la estructura del ambiente institucional⁸⁷.

Habida cuenta de la importancia de los aportes que a la luz del AED han sido efectuados sobre el derecho de propiedad, particularmente a partir de los postulados del profesor Coase y de lo relevante que ellos resultan para la presente investigación, en el siguiente acápite será explicado el teorema y sus respectivos elementos con mayor detenimiento.

2. El teorema de Coase, los costos de transacción y sus desarrollos ulteriores.

En el mes de octubre de 1960 fue publicado por Ronald Coase en la revista “Journal of Law and Economics” de la Universidad de Chicago, un artículo académico que sería determinante para el desarrollo posterior del Análisis Económico del Derecho y particularmente de gran relevancia en lo que respecta a la asignación y transferencia de los derechos de propiedad.

En dicho artículo, denominado “El problema del costo social”, el autor propuso abordar desde un estudio de casos, el problema general de los daños ocasionados por una empresa respecto a otra, advirtiendo que aunque desprevénidamente podría sugerirse responsabilizar a quien causara el daño, lo cierto es que tal solución no necesariamente sería la más deseable. Por el contrario, señaló que las partes podrían llegar a una solución que implique

⁸⁷ Ibídem Pág., 107.

una asignación de derechos diferente a la resuelta por la regla o el fallo judicial y, en todo caso resultar apropiada en tanto que respondería a criterios de eficiencia.

Dicho de otra manera, quiere decir que en la medida en que los costos de transacción sean inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en las reglas o los fallos judiciales no permitan una solución eficiente, “(...) *se producirá una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran (...)*”⁸⁸ más independientemente de las decisiones judiciales o el arreglo institucional. Los profesores Robert Coote y Thomas Ulen formulan la proposición de Coase de la siguiente manera:

*“Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad”*⁸⁹. (Subrayado fuera del texto)

Es importante recordar que el criterio de eficiencia utilizado para explicar dicho postulado es el previamente reseñado de Kaldor- Hicks según el cual, una regla es eficiente incluso cuando se presenta la pérdida por parte de alguien, siempre y cuando la ganancia del ganador medida en términos de disposición a pagar, pueda compensar potencialmente al

⁸⁸ COASE Ronald. El problema del costo social. The Journal of Law and Economics. (Octubre 1960). Pág. 80. [Consulta: 20 de marzo 2017]. Documento en línea consultado en: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>.

⁸⁹ COOTER Robert, et al. Derecho y Economía. Pág., 122. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 2016.

perdedor con la nueva asignación. En tal sentido, la eficiencia requiere por lo tanto que se asigne el derecho a la parte que lo valúe más⁹⁰.

En este orden de ideas y si bien diversos autores han formulado de diferentes maneras el teorema de Coase, lo cierto es que en él resulta determinante una condición necesaria para su comprobación, y es la ausencia de costos de transacción. Sobre el particular por ejemplo, es posible colegir su relevancia si se tiene en cuenta que al especificar las circunstancias en las cuales carece de importancia el derecho de la propiedad para el uso eficiente de los recursos (inexistencia de costos de transacción), el teorema también detalla implícitamente cuando es importante el arreglo de derechos establecidos. Por ejemplo Cooter reformula el teorema de la siguiente manera:

“Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad”⁹¹. (Subrayado fuera del texto)

En tal sentido y considerando la importancia de los costos de transacción para explicar a cabalidad el teorema de Coase y habiendo señalado su postulado general así como lo que a contrario sensu ello implica, consideramos importante ahora pasar a explicar el concepto de

⁹⁰ Ibídem Pág., 121.

⁹¹ Ibídem Pág., 122.

los costos de transacción y como ellos han sido clasificados según se trate de las actividades desempeñadas.

2.1 Los costos de transacción.

Coase señaló que a diferencia de los casos hipotéticos en los que se supone la inexistencia de los costos de transacción, para llevar a cabo las reasignaciones de derechos en el mercado las partes incurren en determinados costos, no solo para llegar a los acuerdos sino también para ejecutarlos. En efecto, el autor utilizó la expresión “costos de transacción” para referirse a todos los impedimentos de la negociación y respecto al supuesto de su inexistencia señaló lo siguiente:

“Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quien deseamos transar; informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato de observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas: suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos. (...) Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que tal reordenamiento de los derechos

sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurriría por este hecho. Cuando es menor, la concesión de un requerimiento judicial (o el conocimiento que se concederá) o la responsabilidad de pagar daños (o puede evitar que se comience) puede hacer que se suspenda una actividad, que se llevaría a cabo si las transacciones de mercado no tuviesen costo”⁹². (Subrayado fuera del texto)

Los costos de transacción, como lo señala Coase, implican la localización de un socio para el intercambio, adelantar una negociación para llegar a un acuerdo y por ultimo ejecutar y monitorear su cumplimiento, es decir que pueden ser de tres formas: 1) costos de búsqueda, 2) costos de la negociación y 3) costos de ejecución⁹³.

i. Costos de búsqueda:

Los costos de búsqueda son aquellos que se presentan en el ejercicio de encontrar el bien que se desea adquirir o a quien desee adquirir el bien que se quiere vender, de manera que éstos serán menores en la medida en que tales bienes se encuentren estandarizados o sean homogéneos. Por ejemplo es más barato encontrar sal refinada genérica que sal del Himalaya traída de los yacimientos de Pakistán.

⁹² COASE Ronald., Óp. Cit. Pág., 98.

⁹³ Para una explicación más detallada sobre los elementos de los costos de transacción, al respecto véase: COOTER Robert, et al., Óp. Cit. Pág., 126-129.

ii. Costos de negociación:

Los costos de negociación por su parte se encuentran relacionados con el ejercicio mismo cooperativo de llegar a un acuerdo y dependen por lo tanto en gran medida de la información que rodea la negociación.

De acuerdo con Cooter y Ulen, la información es “pública” en las negociaciones en las que ambas partes conocen estos valores de amenaza y en cambio es privada cuando sólo una de las partes la conoce.

Si las partes conocen tanto los valores de amenaza como la solución cooperativa, podrán calcular condiciones razonables para la cooperación⁹⁴, y la negociación será fácil y simple. Cuando por el contrario la información acerca de los valores de amenaza es privada, se obstaculiza la negociación y habrá que esperar a que dicha información primero sea pública (que sea conocida por las partes) para luego si llegar a una solución cooperada.

Una importante conclusión planteada frente a los escenarios de negociación con información pública y privada, y que es determinante en nuestro actual estudio, ha sido la existencia de una mayor probabilidad de que los negociadores cooperen cuando sus

⁹⁴ *Ibidem* Pág., 127.

derechos son claros y menor cuando sus derechos son ambiguos⁹⁵. De tal manera que una interesante y acertada propuesta de Cooter y Ulen frente a los criterios para determinar los derechos de propiedad, establece que éstos deberían obedecer a criterios que sean claros y simples pues de lo contrario serían “(...) *un gran obstáculo para la cooperación y una causa importante de pérdida de recursos*”⁹⁶.

De esa manera por ejemplo, las fórmulas legales de registros públicos de propietarios o asignación de derechos por primera posesión, o el principio establecido en el derecho minero colombiano de *primero en el tiempo, primero en el derecho*, que fue materia de estudio en el capítulo I, ayudarían sin duda alguna en el juego cooperativo a reducir los costos de negociación.

Por último y como es natural, para efectuar la negociación y suscribir un convenio se incurren también en costos de comunicación en consideración por ejemplo a la pluralidad de partes o a la distancia que entre ellas se presenten. Es más fácil negociar con una persona, que hacerlo con dos mil personas; y es más difícil negociar con personas ubicadas en lugares remotos con acceso restringido a vías de comunicación que hacerlo con quienes vivan en ciudades capitales.

⁹⁵ *Ibíd*em Pág., 128.

⁹⁶ *Ibíd*em Pág., 128.

iii. Costos de ejecución:

Los costos de ejecución surgen cuando se requiere tiempo para el cumplimiento de un acuerdo. A diferencia de los acuerdos que se pueden cumplir de inmediato que no tienen costos de ejecución, aquellos en los que se pactan obligaciones diferidas en el tiempo sin duda implican la supervisión de alguien que constate que se han llevado a cabo en las condiciones acordadas. Por ejemplo, un contrato de concesión minera en el cual se le permite a su titular adelantar la explotación de carbón de manera subterránea en determinado municipio, requerirá la supervisión para asegurar que se haga de esa manera y no a cielo abierto y en áreas no concesionadas.

2.2 Desarrollos del teorema de Coase.

Ahora bien, a manera de ejemplo y como una forma de minimizar los costos de transacción en sus diferentes aspectos, “la empresa” surge como un organismo idóneo para centralizar las decisiones individuales de los agentes y de esa manera evitar las transacciones que de otro modo serían inevitable que ocurrieran considerando la pluralidad de propietarios de los factores de producción⁹⁷.

⁹⁷ Sobre el particular Shavell ha planteado en un mismo sentido al señalado por Coase lo siguiente: “*First, consolidated ownership of assets reduce transaction costs because internal transfers of goods and services may be accomplished by command, eliminating the need for negotiation and bookkeeping expense. Such reduction of transaction costs, however, often could be obtained as well by separate owners if they entered into long-term supply contracts, honored standing orders, and the like*”. Al respect véase: SHAVELL

Al respecto, Coase señala que: *“Dentro de la empresa individual se eliminan los convenios entre los distintos factores cooperantes en la producción y las transacciones de mercado se sustituyen por una decisión administrativa. El reordenamiento de la producción tiene lugar entonces sin necesidad de convenios entre los propietarios de los factores de la producción”*⁹⁸.

No obstante, advierte también que en “la empresa” es posible que se presenten costos administrativos elevados en la tarea de organizar las transacciones, particularmente cuando por ejemplo se presentan procesos de negociación que involucran a un número cuantioso de personas que imposibilitan cualquier tentativa de manejar la situación.

Para ello, propone como solución alternativa a tal problema la regulación del Estado de tal manera que en lugar de establecer un sistema legal que puede ser modificado por transacciones con costos reducidos o inexistentes, se establezcan reglas que señalen lo que las personas deban o no hacer, es decir, que asignen los derechos de propiedad. Al respecto Coase señaló lo siguiente:

STEVEN et al.. Economic Analysis of Law. Handbook of Public Economics. Volume 3, Edited by A.J. Auerbach and M. Feldstein, 2002, Pag., 1686. [Consulta: 4 de octubre 2017]. Documento en línea consultado en: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf.

⁹⁸ COASE Ronald., Óp. Cit. Pág., 99.

“El Gobierno es, en un sentido, una súper-empresa (pero de una clase muy especial), ya que es capaz de influir en el uso de los factores de la producción mediante decisiones administrativas. Pero la empresa ordinaria está sujeta a inspección de sus operaciones debido a la competencia de otras empresas, que pueden administrar las mismas actividades a un costo más bajo, y también porque existe la alternativa de transacciones de mercado contra la organización dentro de la empresa si los costos administrativos se hacen demasiado altos. El Gobierno puede, si lo desea, evitar el mercado, lo que una empresa nunca puede hacer. La empresa debe realizar acuerdos de mercado con los propietarios de los factores de producción que usa. Así como el Gobierno puede reclutar o determinar el tamaño de la propiedad, también puede decretar que los factores de la producción deben usarse de tal y tal forma”⁹⁹.

En ese orden de ideas, es necesario advertir que lo expuesto hasta el momento como el teorema de Coase, ha sido en realidad lo que algunos autores han destacado como el aspecto “normativo” del teorema, en el entendido en que “*ofrece una orientación prescriptiva a los legisladores*”¹⁰⁰ sobre cómo deben ser las reglas orientadas a la reducción de los costos de transacción con miras a facilitar las negociaciones y ese sentido asignar

⁹⁹ *Ibíd*em Pág. 100.

¹⁰⁰ COOTER Robert, et al., *Óp. Cit.* Pág., 132.

eficientemente los derechos, esto es, “*estructurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados*”¹⁰¹.

Bajo tal supuesto y considerando fracasada la negociación que pueda presentarse cuando los costos de la transacción superen los excedentes de la cooperación, ocurre que como en efecto es deseable en todo caso que se presente dicho intercambio, el legislador deberá implementar normas que reduzcan o eliminen los costos de transacción involucrados y de esa manera facilitar o “lubricar” las transacciones que de otro modo no ocurrirían, puesto que “*una persona racional no negociará voluntariamente una pérdida*”¹⁰².

Ahora bien, la ley además de facilitar la negociación debería también minimizar las pérdidas derivadas de aquellos acuerdos fracasados que, incluso aun cuando fueran posibles, no terminarán en la solución cooperada. Dicha circunstancia, que ha sido descrita en yuxtaposición a los postulados de Coase como el “teorema normativo de Hobbes”, requiere que con el propósito de minimizar el daño causado por la falta de los acuerdos privados, la ley se encargue de asignar los derechos de propiedad a quien los valúe más¹⁰³.

En ese orden de ideas, bajo el esquema del “teorema normativo de Hobbes” no se asume necesariamente que los individuos cooperarán para alcanzar el resultado más eficiente, sino por el contrario que su codicia natural los conduciría a decisiones irracionales a menos que

¹⁰¹ Ibídem Pág. 132.

¹⁰² Ibídem Pág. 131.

¹⁰³ Ibídem Pág. 132.

un tercero los obligara a ponerse de acuerdo. En efecto, el teorema normativo de Hobbes se fundamenta en los postulados del filósofo inglés del siglo XVII quien consideraba que los individuos viven en un constante estado de temor que es considerado como su “estado de naturaleza”, siendo incapaces de llegar a acuerdos eficientes, y por ello resulta necesaria la intervención de un soberano que medie sobre tales asuntos.

De esa manera surge entonces la dicotomía acerca del papel de la ley en cuanto a si ella debe orientarse a facilitar las negociaciones reduciendo o eliminando los costos de transacción, o si por el contrario debe asignar el derecho a quien más lo valúe evitando la negociación y minimizando de esa manera el daño causado en caso de no lograrse ella. Sobre el particular, Cooter reformulando la anterior cita de Coase señala lo siguiente:

“Cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo privado, cuando éste en efecto es posible, pierden el excedente del intercambio. Para minimizar el daño resultante, la ley debería asignar los derechos de propiedad a la parte que los valúe más. Al asignar los derechos de propiedad a la parte que los valúe más, la ley vuelve innecesario el intercambio de derechos y así ahorra el costo de una transacción”¹⁰⁴.

No obstante advierte el mismo autor, y considerando que a menudo se desconoce quien valúa más los derechos y por lo tanto a quien deberían asignárseles, los jueces o los

¹⁰⁴ Ibídem Pág. 132.

legisladores con información limitada se encuentran ante el dilema entre seguir estrictamente el precedente judicial, en cuyo caso evitan los costos de información pues se acogen a las reglas previamente descritas en la jurisprudencia, o tratar de determinar quién valúa más un derecho incurriendo en los costos de información involucrados.

El problema de seguir estrictamente el precedente judicial consiste en que aquellos casos en los cuales se haya convertido en regla jurisprudencial la asignación ineficiente de derechos, deberán ser las partes quienes asuman los costos de transacción en tratar de corregirlos. Por su parte el problema de que los tribunales decidan asignar los derechos, implica que deban asumir también los costos de información para determinar quién lo valúa más.

La solución que proporcionan Cooter y Ulen frente al anterior dilema se refiere a la valoración de los costos involucrados, de tal manera que dependerá de cual resulte menor en el ejercicio. Así, en los casos en que los costos de información involucrados en determinar quien valúa mas el derecho sean menores que los costos de transacción, se le asignará el derecho legal a la persona que lo valúa más, mientras que los casos en que los costos de información son mayores que los costos de transacción se deberá seguir el precedente judicial¹⁰⁵.

A manera de conclusión preliminar de este tercer capítulo resulta importante mencionar no solo la relevancia económica que tienen algunas decisiones judiciales y reglas legales en la

¹⁰⁵ *Ibidem* Pág. 134.

eficiencia en la asignación de derechos, sino como en la medida de lo posible los jueces y legisladores deberían considerar las implicaciones económicas de sus decisiones, pues de acuerdo con lo señalado por Coase, *“aun cuando se posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo”*¹⁰⁶.

¹⁰⁶ COASE Ronald., Óp. Cit. Pág., 102.

CAPÍTULO IV

Análisis económico de la sentencia C-123 del 2014 respecto de la asignación de los derechos de explotación minera en Colombia.

En el presente capítulo será analizado el cambio en la dinámica de asignación de los derechos de explotación minera con fundamento en las herramientas del Análisis Económico del Derecho que fueron explicadas en el capítulo III, con particular énfasis en aquellas utilizadas por la escuela Neo-institucionalista, advirtiendo que será el enfoque planteado por dicha escuela el que utilizaremos para abarcar el estudio de nuestra hipótesis.

En los capítulos I y II de la presente investigación, fue realizada una descripción somera de las principales instituciones jurídicas en el marco de los derechos de explotación minera en nuestro país, y como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido modelando su interpretación con recientes fallos que han cambiado el paradigma jurídico en cuanto al entendimiento centro-región frente a la disposición de los recursos naturales del subsuelo.

En tal sentido, fue señalado que la dinámica de otorgamiento de títulos mineros que se venía desarrollando en el país, fue alterada considerablemente en el año 2014 con un pronunciamiento de la Corte Constitucional que requería un nuevo modelo en lo que

respecta al procedimiento para el otorgamiento de los derechos de explotación de los recursos naturales mineros.

La decisión “hito” de la Corte en ese sentido, implicó un nuevo entendimiento de lo que hasta entonces había sido la dinámica para el asunto minero pues introdujo una nueva regla jurisprudencial con el propósito de resolver la tensión existente entre el principio unitario de organización territorial del Estado y el principio de autonomía territorial, al señalar que en el proceso de otorgamiento de los derechos de explotación minera, cualquiera que sea el nombre que se le dé, se debería exigir la participación de los entes territoriales locales con el propósito de garantizar la coordinación y concurrencia de ellos en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera.

Lo anterior requirió por lo tanto, la inclusión de nuevos actores al proceso de licenciamiento minero que nunca fueron contemplados por el legislador que expidió el Código de Minas del año 2001, y que deberían ser consultados previamente al otorgamiento de los derechos de explotación.

La decisión tampoco fue concluyente frente al alcance de la concurrencia y participación que debían tener las autoridades locales en el proceso de otorgamiento de los derechos de explotación minera, toda vez que no fue clara en afirmar o rechazar la facultad de los municipios para excluir la actividad minera en sus territorios, sino simplemente exigió su participación en el proceso de otorgamiento de la autorización para adelantar la

explotación. En todo caso, tampoco distinguió la titularidad de los órganos que a nivel local ostentarían la suficiente representación para ejercer la participación o las condiciones que determinan que un área se declare como zona excluida de la actividad minera, si ello fuese posible.

Ahora bien, aunque posteriormente en sentencia de tutela con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacios Palacios (T-445 de 2016) fue dilucidada dicha cuestión al afirmar que en lo que respecta a la actividad minera, los entes territoriales en tanto que poseen la competencia para regular el uso del suelo pueden incluso también prohibirla, lo cierto es que el fallo tuvo lugar en el marco de una acción de tutela frente a la determinación de la validez de la “consulta popular” como instrumento idóneo para excluir un territorio de dicha actividad.

Al respecto, el Gobierno Nacional ha sido enfático en controvertir la aptitud de la figura de la “consulta popular” adelantada por las autoridades locales para tomar este tipo de decisiones, advirtiendo que con ella “no es posible cambiar la ley”, y que en ese orden de ideas la facultad para disponer de zonas excluidas de la minería corresponde al Gobierno central¹⁰⁷. De tal manera que las decisiones proferidas en ese sentido terminan siendo

¹⁰⁷ Así fue señalado por el Ministro de Minas y Energía en entrevista con el diario Portafolio sobre la consulta popular adelantada en el municipio de Cajamarca con el propósito de indagar si su población estaba o no de acuerdo con que se desarrollasen actividades mineras, cuando advirtió: “Esta fue una consulta a nivel municipal que es vinculante para las autoridades locales. Tiene carácter de participación ciudadana con un alcance político, no tiene la capacidad de cambiar el Estado Social de Derecho. Es decir, de alterar una ley o cambiar la jurisprudencia de las altas cortes. Es un tema de jerarquía”. Al respecto véase: Portafolio (26 de marzo de 2017). Cajamarca votó masivamente en contra de la minería (Consulta: 8 de octubre 2017)

abusos del derecho al dar con decisiones no consagradas por la constitución y por fuera del marco legal.

Lo anterior por ejemplo, ha sido reiterado sucesivamente en diferentes medios de comunicación por el Ministro de Minas y Energía, cuestionando los crecientes intentos de los entes territoriales del nivel local que se encuentran de alguna manera explorando la posibilidad de adelantar consultas populares en el mismo sentido, advirtiendo que si en gracia de discusión se reconociera la validez y obligatoriedad de las consultas, ello solo sería jurídicamente válido cuando la decisión sea acogida a través de acuerdos de los concejos municipales y bajo ninguna circunstancias tendría efectos retroactivos¹⁰⁸.

En ese mismo sentido con relación a la consulta popular como instrumento idóneo para instrumentalizar la participación ciudadana, la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Minería mediante Concepto 20171200121891 de fecha 23 de mayo de 2017, con ocasión de un derecho de petición que le presentara un ciudadano sobre aquella realizada el 26 de marzo de 2017 en el municipio de Cajamarca en donde se le preguntó a su población si estaba de acuerdo o no con que en dicho municipio se ejecutaran

Documento en línea consultado en: <http://www.portafolio.co/economia/cajamarca-decide-en-consulta-popular-sobre-explotacion-minera-504434>.

¹⁰⁸ Así fue advertido por el Ministro de Minas y Energía en entrevista concedida al noticiero CM& el 27 de marzo de 2017 sobre los procesos de consulta popular que se vendrían adelantando en el país con el propósito de disponer sobre la prohibición de la minería en sus territorios. Al respecto véase: Noticiero CM& [Sección: Pregunta Yamid]. (2017, Marzo 27). Pregunta Yamid: Germán Arce Zapata Ministro de Minas y Energía [Archivo de video]. Recuperado en: <https://www.youtube.com/watch?v=KkPOjVFkUMc>.

actividades mineras¹⁰⁹, señaló que la decisión adoptada a través de dicho proceso sería vinculante siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la ley, y cuando no se trate de asuntos que escapen a las competencias propias del orden de que se trata – nacional, territorial, local o municipal – sin vulnerar la Constitución o los principios y derechos fundamentales en ella consagrados. Al respecto señalo lo siguiente:

“Ahora bien, frente a los mecanismos de participación ciudadana, consagrados en los artículos 2 y 40 de la Constitución Política, podemos afirmar que constituyen un pilar esencial de nuestra democracia, que en el caso de la consulta popular, sus resultados serán vinculantes en la medida que reúnan las condiciones establecidas en la Constitución y la ley, como lo son: superar el umbral, obtener la mayoría de votos requerida, que la materia consultada se encuentre dentro de las competencias del órgano territorial, que no se modifique la Carta Política y que las autoridades competentes efectúen las modificaciones normativas necesarias”.

Ahora bien, independientemente del instrumento jurídico idóneo para hacer efectivo el principio de coordinación y concurrencia por parte de las entidades territoriales del nivel

¹⁰⁹ De acuerdo con el Comunicado de Prensa No. 0036 de 2017 emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se obtuvo el siguiente resultado: “16.312 personas estaban habilitadas para participar en la consulta, lo cual significa que para alcanzar el umbral exigido en la Ley 1757 de 2015, se necesitaba la participación de por lo menos 5.438 ciudadanos. De acuerdo con el preconteo, se registraron 6.241 votos válidos que representan más de la tercera parte del censo electoral. Del total de votos depositados en la consulta, 6.165 votos fueron por el “No” y 76 votos fueron por el “Sí”. Al respecto véase: <http://www.registraduria.gov.co/Habitantes-de-Cajamarca-Tolima,23943.html>.

local de que trata la sentencia C-123 de 2014 o incluso de la posibilidad de terminar vetando la minería en sus territorios de acuerdo con la sentencia T-445 de 2016, lo cierto es que ha sucedido en efecto una reconfiguración de facultades en lo que respecta a la asignación del derecho de explotación minera.

Recordemos que hasta el año 2014 siempre había sido centralizada la función de asignar el derecho de explotación en nuestro país a través de la entidad que conforme a la estructura del Estado les había sido asignada la función.

Dicha entidad, conforme al mecanismo de selección establecido en la legislación antes mencionado y recogido en la expresión de *primero en el tiempo primero en el derecho*, únicamente debía efectuar una especie de razonamiento deductivo a modo de silogismo, en el cual se verificaran las premisas iniciales, es decir, el haber sido la primera solicitud o propuesta de contrato para determinada área y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, para posteriormente concluir la viabilidad del contrato.

En efecto, una vez establecida la veracidad de dichas premisas podría incluso pensarse en el derecho que surge en cabeza del proponente para suscribir su título habilitante con la autoridad minera concedente. Lo anterior se concluye al observar que en los términos de la sentencia C-389 de 2016 citada en el capítulo I, sobre el procedimiento para el otorgamiento del contrato de concesión minera, la Corte Constitucional advierte que “(...)

cumplidos los requisitos de los artículos 270 a 271 y, según la jurisprudencia nacional, la administración debe entregarlo, sin exigir otros requisitos”.

Sin embargo, luego de la expedición de la sentencia C-123 de 2014 y la inclusión de nuevos actores al proceso de licenciamiento minero que deberían ser consultados previamente al otorgamiento de los derechos de explotación, fue modificada la regla subyacente a la anterior dinámica en la medida en que fue mandatorio para la autoridad concedente la verificación de una tercera premisa en el proceso de evaluación de las propuestas, consistente en la concurrencia y coordinación con los entes territoriales para determinar las medidas necesarias para la protección del medio ambiente y en especial de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades.

Lo anterior agravado por el hecho de no haber establecido ni la forma ni el alcance de dicha participación y la posibilidad de que como resultado de dicha concurrencia se pudiera excluir o no la actividad extractiva del territorio.

Como antes se dijo en el capítulo II, la forma en que la legislación proteja los derechos, dirima los conflictos, determine la manera de asignación de los derechos de propiedad y facilite su intercambio, es fundamental en el desarrollo económico del país. Es decir, que las reglas claras existentes sobre tales cuestiones, que a su vez definen el ambiente institucional en el cual se desarrollan los procesos de asignación y reasignación de los

derechos de propiedad, son relevantes para alcanzar las soluciones más eficientes, sobre todo cuando los costos de transacción son elevados.

Con el propósito de establecer con mayor claridad lo señalado hasta el momento, supóngase la situación hipotética¹¹⁰ de un proyecto minero que habría de desarrollarse en un municipio con vocación agrícola, y que ello amenaza los ingresos que de esta última actividad se deriven para sus habitantes, es decir que el minero ocasione pérdidas al agricultor.



¹¹⁰ El ejercicio hipotético que se propone en el presente capítulo se encuentra sustentado en el capítulo IV sobre la teoría económica de la propiedad del precitado libro *Derecho y economía* de Robert Cooter y Thomas Ullen, en donde los autores proponen el ejemplo que ahora servirá de guía para responder a los interrogantes sobre ¿Cómo se establecen los derechos de propiedad? y ¿qué puede ser objeto de propiedad?, entre otros. Para ello, se hace extensible la teoría de asignación de la propiedad al derecho de explotación minera, en tanto este sea entendido como la titularidad del derecho, es decir, el propietario del derecho a explotar. En la medida en que lo pretendido con el presente ejercicio, consiste en mostrar de una manera si se quiere didáctica la comprobación de la hipótesis, hemos conservado los valores y principales características del ejercicio propuesto por los autores. Al respecto véase: COOTER Robert, et al., Óp. Cit. Pág., 117-122.

Aunque el daño podría reducirse dejando de adelantar la explotación minera en algunas franjas de tierra o evitando por completo el desarrollo de la minería, lo cierto es que ello resultaría costoso para el minero que implemente tales medidas. Por lo tanto, la regla seleccionada para responsabilizar al minero o el agricultor de los daños mencionados, aparentemente resultaría relevante pues determinaría también en cabeza de quien recaerían los costos involucrados.

Sin embargo a la luz del teorema de Coase, si suponemos que la regla de responsabilidad seleccionada conduce a una decisión ineficiente y no asigna el derecho a quien más lo valora, el minero y el agricultor podrían negociar entre sí para decidir quién debe soportar los costos del daño ocasionado, olvidando incluso la disposición de derechos señalados y llegar a una solución eficiente, si y solo si, los costos de transacción son bajos o inexistentes.

Supóngase que en dicha situación, la explotación minera le cuesta al agricultor \$100 por año en términos de los beneficios perdidos del cultivo, y el costo de limitar la actividad minera a solamente algunas franjas de terreno o eliminarla por completo le cuesta al agricultor y al minero \$50 y \$75 por año, respectivamente.

Las reglas de responsabilidad por el daño en este caso pueden ser de dos tipos, a saber:

- a) Derechos de los mineros. El agricultor es responsable de asumir los daños causados por la minería.

- b) Derechos del agricultor. El minero es responsable de pagar por los daños causados por desarrollar su actividad.

Considerando que el daño de \$100 puede evitarse a un costo anual de \$50 para el agricultor y de \$75 para el minero, la eficiencia requeriría que el agricultor sea quien asuma los daños ocasionados, y no que el minero restrinja su explotación a algunas franjas de terreno, por lo que es posible concluir que la primera regla es más eficiente que la segunda. Lo anterior es así, pues del eventual daño valorado en \$100, al ser el agricultor quien tenga que dejar de cultivar la tierra tendrá un ahorro de \$50, mientras que el ahorro del minero será de apenas \$25 pues tendrá que gastarse los \$75 restantes en dejar de explotar las franjas de terreno¹¹¹.

Sin embargo, de acuerdo con el teorema de Coase la ley no crea ninguna diferencia por lo que se refiere a la eficiencia cuando el minero y el agricultor cooperan. En efecto, lo cierto es que cuando el agricultor y el minero cooperan, escogerán la asignación de recursos más eficiente independientemente de lo que diga la regla de responsabilidad.

Para comprobar lo anterior, Cooter y Ulen¹¹² suponen una negociación similar que será tomada como referencia para simular la ahora propuesta, según la cual en el escenario de la segunda regla en la que aparentemente se presentaría una ineficiencia en tanto que le resulta más costoso al minero dejar de explotar que al agricultor dejar de cultivar, a través del

¹¹¹ *Ibíd*em Pág. 119.

¹¹² *Ibíd*em Pág. 120-121.

ejercicio de negociación cooperativo las partes podrán llegar a un arreglo en el cual el minero podrá proponerle al agricultor pagarle para que sea él quien deje de cultivar, independientemente de que la regla legal le asigne a él la responsabilidad de cesar la explotación minera. La negociación hipotética propuesta sería la siguiente:

Minero: La ley me hace responsable de cualquier daño que la explotación minera cause a tus cultivos. Puedo dejar de explotar algunas franjas de terreno por \$75 al año, mientras que tú puedes dejar de cultivar la tierra por \$50 anuales. Hagamos un trato. Te pagaré \$50 anuales para que dejes de cultivar.

Agricultor: Si acepto el trato y me pagas \$50 anuales para que no cultive mis campos, no estaré en mejor situación que si no hiciera nada y tú tuvieras que cesar la explotación minera. En cambio, tú ahorraras \$25. No deberías recibir todas las ganancias de la cooperación. Deberías compartir conmigo una parte de las ganancias pagándome más de \$50 anuales para que deje mi cultivo.

Minero: Compartamos entonces el ahorro derivado de la cooperación. Te pagaré \$62.50 anuales y tú dejarás de cultivar la tierra. De esa manera, cada uno de nosotros recibirá la mitad de los \$25 ganados por la cooperación.

Agricultor: De acuerdo.

Aún en este último escenario, la cooperación logra que sea el agricultor quien cese el cultivo de la tierra a pesar de que la regla “ineficiente” implique la responsabilidad de hacerlo al minero respecto de su explotación.

Ahora bien, lo cierto es que todo ello ocurriría ante la inexistencia de los costos de transacción, un supuesto que como ya se dijo no es real, por lo que entonces cobra mayor relevancia la asignación legal de recursos¹¹³.

En efecto, para el caso minero colombiano luego de algunas decisiones jurisprudenciales como las contenidas en las sentencias C-035 de 2016 y C-123 de 2014, se incrementaron de manera considerable los costos de transacción involucrados en la dinámica de asignación de los derechos de explotación minera.

En lo que respecta a los costos de búsqueda por ejemplo, que en este tipo de industrias se circunscriben a importantes esfuerzos estatales orientados a atraer la inversión nacional y extranjera, se vieron afectados por la ambigüedad hermenéutica que implicó de alguna manera la desprotección de los derechos adquiridos para adelantar actividades extractivas en determinadas zonas del país.

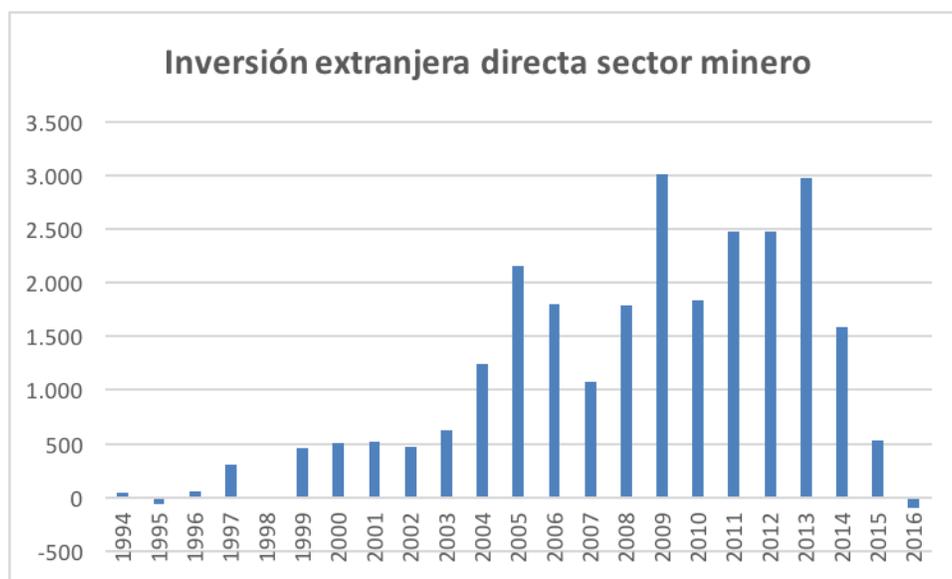
¹¹³ Al respecto, Coase señala lo siguiente: “*En estas condiciones la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto en la ineficiencia con que opera el sistema económico. Un ordenamiento de los derechos puede ocasionar un valor mayor de la producción que cualquier otro. Pero a menos que este sea el arreglo de derechos establecido por el sistema legal, los costos de alcanzar el mismo resultado alterando y combinando los derechos a través del mercado pueden ser tan grandes que este arreglo óptimo de los derechos, y el mayor valor de la producción que ocasionaría, puede que nunca se logre*”. COASE Ronald., Óp. Cit. Pág., 98.

Así por ejemplo de acuerdo con datos del Banco de la República sobre la Inversión Extranjera Directa en el sector minero colombiano, pese a observar un importante incremento por tal valor en el año 2013 respecto del 2000 por más del 487%, lo cierto es que a partir del año 2014 se presentó una importante desinversión del 66% respecto al año 2015 y de más del 100% respecto del año 2016.

IED Sector minero

AÑO	Valor inversión (USD Millones)
1994	47
1995	-65
1996	51
1997	302
1998	-6
1999	464
2000	507
2001	524
2002	466
2003	627
2004	1.246
2005	2.151
2006	1.796
2007	1.081
2008	1.790
2009	3.014
2010	1.838
2011	2.480
2012	2.474
2013	2.977
2014	1.582
2015	533
2016	-97

Al respecto es importante señalar que si bien a partir de los datos propuestos no es posible colegir necesariamente la existencia de una relación directa entre las decisiones judiciales antes mencionadas y el grado de desinversión señalado, resulta muy ilustrativo el declive presentado por tales conceptos a partir del año 2014 como se observa en la siguiente gráfica:



Fuentes: Elaboración propia con datos del Banco de la República¹¹⁴.

Aunque en gran parte dicho fenómeno puede ser explicado gracias a factores exógenos como la baja de los precios internacionales de los commodities energéticos por la

¹¹⁴ Colombia. Banco de la República. Al respecto véase: <http://www.banrep.gov.co/es/inversion-directa>.

desaceleración de China como principal demandante de ellos¹¹⁵, lo cierto es que al momento de tomar las decisiones de inversión, las empresas al evaluar el riesgo-país tienen en cuenta el ambiente institucional que genere estabilidad jurídica, de tal manera que en la medida en que se dificulten las condiciones para proteger las inversiones, el costo de búsqueda de los agentes interesados en efectuarlas se verá incrementado.

En ese mismo sentido y en el marco de la teoría neo-institucionalista que advierte sobre el carácter inescindible entre la calidad de las instituciones y el desarrollo económico, es de particular importancia que tales ineficiencias en tanto que provienen del andamiaje institucional en que se sustenta el sistema de asignación de los derechos de explotación, sean corregidas.

De esa forma, y en la medida en que el comportamiento económico se encuentra inevitablemente condicionado por el ambiente institucional en donde la actividad tiene lugar, es importante también prever el impacto negativo que ello podría tener en el entorno macroeconómico.

¹¹⁵ “Entre los factores que trae esta disminución de la IED, está el desestímulo de las inversiones mineras, por la caída en los precios internacionales de los minerales, la ausencia de adquisiciones empresariales durante el año 2015, así como por las ampliaciones de los proyectos existentes, la desaceleración de grandes economías a nivel mundial como la China y a restricciones de tipo ambiental a nuevos proyectos”. **Colombia. Ministerio de Minas y Energía.** Memorias al Congreso de la República 2016-2017. Pág., 112-113. [Consulta: 29 enero 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.minminas.gov.co/memorias-al-congreso>. Para un análisis sobre las causas que originaron la baja de los precios internacionales de este tipo de productos véase: The economist (22 de Agosto de 2015). Goodbye to all that. A decade of bingeing on raw materials may leave an even longer hangover [Consulta: 8 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.economist.com/news/finance-and-economics/21661675-decade-bingeing-raw-materials-may-leave-even-longer-hangover-goodbye>.

Sobre el particular, un reciente estudio de Fedesarrollo sobre los costos económicos generados por la inestabilidad jurídica en la gestión social de los proyectos en los sectores minero-energético, de infraestructura y de telecomunicaciones, muestra como particularmente en el sector de la minería e hidrocarburos la desinversión¹¹⁶ repercute en el crecimiento anual medido con el producto interno bruto.

Precisamente frente a la incertidumbre generada por la decisión de la Corte a través de la sentencia C-123 de 2014, la entidad advierte que: “(...) *la interpretación de la Corte Constitucional de que la Constitución Política habla de la propiedad del subsuelo en cabeza del Estado y que este incluye a las entidades territoriales, ha introducido incertidumbres sobre la viabilidad de los proyectos que son vetados por comunidades, alcaldes y concejos municipales*”¹¹⁷.

De esa manera, según cálculos de dicho organismo para el caso de la minería y los hidrocarburos, “*una reducción de 15% en la inversión de estos sectores primarios generaría un menor crecimiento anual del PIB de 0,16% promedio (...) [y] en los términos de los ingresos fiscales anuales, se generaría un deterioro promedio de 0,4% del PIB. Esto*

¹¹⁶ “*El proyecto de minería de oro de La Colosa fue interrumpido en 2017 por la empresa Anglogold Ashanti ante el resultado de la consulta popular en el municipio de Cajamarca, cuando ni siquiera se había solicitado la licencia ambiental. Se cancelarán inversiones anuales por USD 700 millones entre 2019 y 2022*”. BENAVIDES J, et al. Costo económico de la inestabilidad y debilidad normativa en la gestión socio-ambiental de los proyectos en los sectores minero-energético, de infraestructura y de telecomunicaciones. Pág., 9-10. Tendencia económica. Informe mensual de Fedesarrollo No. 181., Fedesarrollo. 2017. [Consulta: 28 enero 2018] Documento en línea consultado en: <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/tendencia181web.pdf>.

¹¹⁷ *Ibíd*em Pág., 8.

*equivale al recaudo de la mitad de los recursos adicionales que se obtuvieron en la última reforma tributaria por concepto del incremento del IVA del 16 al 19%”.*¹¹⁸

Ahora bien, una importante conclusión planteada en el capítulo III frente a los costos de negociación con información pública y privada, y que resulta determinante en nuestro actual estudio, ha sido la existencia de una mayor probabilidad de que los negociadores cooperen cuando sus derechos son claros y menor cuando sus derechos son ambiguos¹¹⁹. De tal manera que una interesante y acertada propuesta de Cooter y Ulen frente a los criterios para determinar los derechos de propiedad, establece que éstos deberían obedecer a parámetros que sean claros y simples pues de lo contrario serían “(...) *un gran obstáculo para la cooperación y una causa importante de pérdida de recursos*”¹²⁰.

Con el propósito de ilustrar lo anterior, obsérvese que en el ejemplo antes señalado del minero y el agricultor, partimos de unos valores preestablecidos con el que las partes desarrollarían su negociación y eran conocidos por ambas. Con tales herramientas sería posible establecer los valores a partir de los cuales se empezaría a negociar, y más importante aún, los valores a partir de los cuales se romperían las negociaciones, conocidos como los “valores de amenaza”¹²¹. Por ejemplo, un ofrecimiento por parte del minero

¹¹⁸ *Ibíd*em Pág., 10.

¹¹⁹ COOTER Robert, et al., *Óp. Cit.* Pág., 128.

¹²⁰ *Ibíd*em Pág., 128

¹²¹ *Ibíd*em Pág., 128.

menor a los \$50 que le costaría al agricultor dejar su cultivo, imposibilitaría definitivamente la negociación pues no cubriría siquiera el costo involucrado.

Para el caso de la dinámica minera luego de la sentencia C-123 de 2014 en donde las comunidades locales ocupan un papel fundamental, un primer problema se presenta por la falta de certeza sobre los derechos que se reclaman por parte de las comunidades y que en algunos casos han logrado imponer a través de la implementación de las consultas populares.

En efecto, mientras es posible determinar con alguna claridad el valor agregado a la economía por la ejecución de un proyecto minero en específico bien sea por las contraprestaciones económicas que deba pagar a título de regalías o cánones superficiales, así como los ingresos fiscales que se proyecten por la duración del proyecto, su impacto social en la región y el impacto medioambiental que pueda ocasionar, no resulta igual de clara la evaluación por parte de los entes territoriales de los costos que se pretenden evitar al excluir la actividad minera de los territorios. Lo anterior exacerbado por la imprecisión en lo que respecta al alcance de los derechos asignados en cabeza de los municipios por la Corte Constitucional a la hora de participar el procedimiento de asignación de derechos.

En ese sentido, aunque es claramente deseable la implementación de las medidas establecidas en la sentencia C-123 de 2014 orientadas a la protección de las cuencas hídricas de los municipios y el fomento del desarrollo económico, social y cultural de sus

comunidades así como la salubridad de la población que en ellos habita, ello de ninguna manera implica entender que sólo a partir de la decisión judicial en comento se han empezado a considerar las posibles afectaciones que la minería causa en su entorno.

Justamente como fue señalado en el capítulo II, y aunque de conformidad con el artículo 205 del Código de Minas, la obtención de la licencia ambiental no es necesaria para el desarrollo de la etapa de exploración minera, sí lo es para iniciar la etapa de construcción y montaje de infraestructura y explotación de los minerales. De tal manera que en la autorización otorgada por la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto minero que pueda generar un deterioro grave a los recursos naturales o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, se encuentran también contempladas aquellas señaladas por la Corte encaminadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar estos efectos.

La innovación de la decisión de la corte en este sentido ha sido la inclusión de nuevos actores en el proceso de otorgamiento de los derechos de explotación, de tal manera que la evaluación de las medidas orientadas a prevenir o corregir las afectaciones de la actividad minera deba contar con la participación de todos ellos, dispersando de esa manera una de las partes dispuestas en la negociación, sobre todo considerando que luego de la sentencia T-445 de 2016 fue advertido por el alto tribunal que la “consulta popular” constituye el instrumento idóneo para concretar la participación.

En consideración a todo lo anterior, el éxito en nuestro ejercicio hipotético de negociación viene dado también por los costos en él involucrados, de tal manera que resultaría indispensable conocer la naturaleza y el alcance de los derechos implicados.

Esta falta de claridad en la delimitación de los derechos, torna ambiguo el derecho de concurrencia por parte de los entes territoriales y dificulta la negociación, al considerar que el minero para adoptar su estrategia deberá conocer también el alcance del derecho de la contraparte y en ese orden de ideas, los valores de amenaza. En este último escenario el costo de negociación por la existencia de información que aún no ha sido pública se eleva considerablemente, pues hasta tanto los derechos de propiedad no sean claros, no ocurrirá el proceso de transferencia sobre ellos de ser posible.

En todo caso si en gracia de discusión se establecieran con claridad los derechos de las comunidades y el titular minero conociera con certeza la posibilidad de veto en cabeza de los entes territoriales, no tendría la información necesaria para cuantificar esos valores sociales y medio ambientales que se buscan defender y proponer la transferencia, toda vez que el ejercicio de valoración de ellos debería contar con una evaluación económica que los fundamente; un ejercicio inexistente en las sentencias señaladas previamente de la Corte Constitucional.

Al respecto, una interesante aproximación que analiza Coase como solución para reducir los costos de transacción ante la pluralidad de participantes, como fue mencionada en el

capítulo III, es la empresa como organismo idóneo para centralizar las decisiones individuales de los agentes, y de esa manera evitar las transacciones que de otro modo serían inevitables que ocurrieran considerando la multiplicidad de propietarios que intervienen en el proceso productivo¹²². En tal sentido propone entender al Gobierno como una “súper empresa” que pueda determinar el uso de los factores de la producción mediante decisiones administrativas e incluso determinar el tamaño de la propiedad al decretar que los factores deban usarse de determinada forma.

Una solución similar podría considerarse para el caso minero cuando se asigna de manera centralizada a la autoridad minera nacional, la evaluación de los riesgos asociados al desarrollo de un proyecto minero y no se dispersan las decisiones que sobre el particular haya que adoptar. En efecto, cuando se habla de la concurrencia de los entes territoriales locales al proceso de asignación de los derechos de explotación, no se conoce con certeza sobre quien recae dicha responsabilidad, esto es, si es en cabeza del consejo municipal quien de conformidad con el artículo 313 de la Constitución Política ostenta la facultad para ordenar el territorio, el alcalde municipal como representante legal de la entidad, o la comunidad misma a través de los procesos consultivos.

Por lo tanto, ante la coyuntura normativa minera actual y considerando los recientes fallos jurisprudenciales en el asunto minero que han reiterado la regla dispuesta por la sentencia C-123 de 2014 respecto a la disposición de los recursos mineros por parte de los entes

¹²² COASE Ronald., Óp. Cit. Pág., 99-100.

territoriales del nivel local, surge la posibilidad de que sea el legislador quien asigne el derecho en vez de facilitar la negociación.

Recordemos que una vez considerada como fracasada la negociación cuando los costos de la transacción superen los excedentes cooperativos y al considerar que como en efecto es deseable que se presente dicho intercambio, el legislador tendrá 2 opciones a saber: i) Implementar normas que reduzcan o eliminen los costos de transacción involucrados y de esa manera facilitar o “lubricar” las transacciones que de otro modo no ocurrirían, o ii) En los casos en que lo anterior no fuera posible, asignar los derechos de propiedad a quien los valúe más¹²³.

Ahora bien, pese a que en los escenarios con información limitada una solución sea acogerse a las reglas previamente descritas en la jurisprudencia y así evadir los costos de la información, no parecería ser una solución apropiada para la coyuntura minera actual sobre todo al considerar que en la estructura administrativa del Estado colombiano existen por creación legal unas entidades técnicas especializadas encargadas precisamente de evaluar desde diferentes disciplinas las solicitudes presentadas para desarrollar dichos proyectos. Es decir, con unas funciones de asignación y vigilancia de la ejecución de los derechos que requieren desde luego una valoración informada sobre las posibles afectaciones.

¹²³ COOTER Robert, et al., Óp. Cit. Pág., 132.

Resultaría más apropiado en cambio, aplicar la regla general de eficiencia normativa que se deriva del teorema normativo de Hoobes antes mencionado, de tal manera que en los casos en que los costos de información involucrados en determinar quién valúa más el derecho sean menores que los costos de transacción, se le asignará el derecho legal a la persona que lo valúa más. Además se evitaría con ello el problema de trasladarles a las partes los costos de la transacción al seguir estrictamente el precedente judicial, aplicando una regla de asignación ineficiente.

Lo anterior significa entender que serán las autoridades minera y ambiental quienes desde sus competencias evalúen las condiciones particulares de cada solicitud y no las entidades territoriales que de manera autónoma y con poca información en algunas veces, decidan el futuro de todo el país.

En efecto, este tipo de decisiones no debería sujetarse al régimen democrático de la mayoría electoral en tanto que tratándose de un debate técnico con visos de cientificidad, la fuerza con que una mayoría se pronuncie no debería ser determinante para implementar la política pública.

Por ejemplo y a contrario sensu, sería inadmisibile que así como se propone la realización de consultas populares para excluir la actividad minera de los territorios, también se utilice dicho mecanismo para sustraer áreas ya excluidas por las autoridades competentes y desarrollar allí proyectos industriales. Piénsese por ejemplo que a través de un proceso de

consulta popular los habitantes de un municipio ubicado en zona de páramo decidan votar en favor de desarrollar la minería en dicha área. La extralimitación de funciones, además de evidente al considerar que ello le corresponde a la autoridad ambiental en colaboración con la autoridad minera, de ninguna manera podría facultar a un grupo de ciudadanos para disponer sobre un ecosistema que no responde a los límites de la división política y administrativa, y que por lo tanto no debería ser sometido a una votación popular.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión se podría afirmar que la sentencia C-123 de 2014 implicó de hecho un cambio de la regla de *primero en el tiempo, primero en el derecho* para la asignación del derecho de explotación minera, a una más compleja y poco clara en cuanto a que en el proceso para la asignación del derecho, deberían concurrir un mayor número de actores distintos a la autoridad concedente, al peticionario y a los terceros con títulos que pudiesen verse afectados, para convenir las condiciones de su otorgamiento. Es decir, se incrementaron los costos de transacción en lo que respecta a los costos de negociación de una regla clara y simple como lo era la históricamente aceptada premisa, a un mecanismo aun no concertado y con alcances insospechados sobre cuáles deberían ser las facultades o potestades de las entidades territoriales al momento de avalar o no el desarrollo de un proyecto minero.

En ese orden de ideas, la distribución de competencias y determinación de procedimientos previstos por el Código de Minas se fragmentó al surgir nuevos actores (municipios y autoridades locales) y nuevas materias sujetas a discusión como la protección de las cuencas hidrográficas, el patrimonio cultural y desarrollo económico.

Ahora, si bien es cierto que el parágrafo del artículo 3 del estatuto minero establece que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su competencia, también es cierto que en la medida en que la intervención de las autoridades territoriales y el escenario de su participación no había sido previsto en el Código de Minas de 2001, el operador jurídico no encuentra en dicho reglamento una disposición que le permita ceñir su actuación en el marco del mandato judicial resultando insuficiente este instrumento jurídico para dar cumplimiento a la orden del juez constitucional.

En efecto, no señaló el tribunal constitucional el alcance de la concurrencia y participación que debían tener las autoridades locales en el proceso de otorgamiento de los derechos de explotación minera. Es decir, asuntos como la posibilidad de excluir la actividad minera en sus territorios, la titularidad de los órganos que a nivel local ostentan la facultad para ejercer la participación o las condiciones que determinan que un área se declare como zona excluida de la actividad, fueron aspectos que faltaron por detallar y que han terminado por confundir aún más la normatividad minera.

Ante dicha problemática, en la presente investigación intentamos aproximarnos a los posibles escenarios para hacer frente a las ambigüedades normativas advertidas y sugerir que en lo que respecta al caso minero colombiano, la asignación de los derechos de explotación debería ser una función centralizada a través de una entidad que con suficiente información técnica evalúe las posibles afectaciones y decida de una manera informada si asigna o no el derecho, y no a través de procesos en los cuales recaiga de manera concurrente dicha función sobre autoridades locales, pudiendo generar ineficiencias en la medida en que se podrían terminar vetando actividades que no generan un mayor riesgo para el entorno en donde se desarrollan, pero sí una importante pérdida de recursos para el Estado.

Lo anterior significa entender que deberían ser las autoridades minera y ambiental quienes desde sus competencias evalúen las condiciones particulares de cada solicitud y no las entidades territoriales que de manera autónoma decidan el futuro de todo el país. En efecto, este tipo de decisiones no debería sujetarse al régimen democrático de la mayoría electoral en tanto que tratándose de un debate técnico con visos de científicidad, la fuerza con que una mayoría apabullante se pronuncie no debería ser determinante para establecer la política pública en la materia.

En tal sentido, y al margen del consenso nacional frente a los importantes impactos que ocasiona la actividad minera que incluso han sido ampliamente reconocidos por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cierto es que el papel desempeñado por los

jueces constitucionales ha sido determinante para esta nueva configuración del ordenamiento jurídico minero.

Al respecto, resulta muy ilustrativo considerar el razonamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-395 de 2012 al conciliar los principios enfrentados en la disposición demandada, estos son, el unitario y el autonómico, pues en una interpretación posterior al resolver la misma confrontación, la Corte en la sentencia C-123 de 2014 señalaría algo diferente.

Sobre el particular observamos por ejemplo que al resolver dicha cuestión en la sentencia del 2012, la Corte dispuso con meridiana claridad el interrogante advirtiendo que en función del interés nacional, el legislador puede no solo restringir las competencias de regulación de las entidades territoriales, sino incluso excluirlas de determinados ámbitos. De tal manera que una prohibición tendiente a evitar que desde el nivel local se excluyan áreas de la minería no solo sólo resultaba exequible, sino lógica en el entramado constitucional estatuido a partir de 1991.

Por el contrario, en la sentencia de 2014 frente al conflicto entre ambos principios, la Corte impidió la prevalencia de alguno de ellos y señaló que el operador jurídico debería acudir a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad para resolver el problema de la asignación de los derechos de explotación minera. Es decir, reconociendo las facultades

reglamentarias que en la materia, le han sido atribuidas por la Constitución a los entes territoriales en virtud del principio de autonomía.

En ese orden de ideas, puede observarse que en cierta medida y guardadas las proporciones, las decisiones de la Corte Constitucional parecerían retornar a la esencia de lo que alguna vez se concibió en el ordenamiento minero bajo las Constituciones liberales de 1858 y 1863, en tanto que con ellas se les ha reconocido cierta autonomía a los entes territoriales para disponer sobre los derechos de explotación de los recursos mineros ubicados en su geografía.

Recordemos que como se expuso en el capítulo I, bajo el régimen constitucional que antecedió a la Constitución de 1886, la organización federalista del Estado involucraba también la facultad de disposición por parte de los Estados soberanos sobre los recursos mineros, y por lo tanto, sobre el esquema previsto para la asignación de los derechos de explotación, que en muchos casos se concretó en la implementación del principio de accesión civil para autorizar la disposición del recurso minero del subsuelo a quien ostentara la titularidad de la superficie.

Desde luego que dicha comparación dista lo suficiente una de la otra como para impedirnos afirmar que ha existido un viraje consciente y completo hacia dicho modelo, en tanto que las diferencias estructurales con la actual Constitución de 1991 son evidentes, y el límite a

dicha autonomía viene dado precisamente por el principio unitario en que se erige la república.

Sin embargo, y en la medida en que se vaya depurando la jurisprudencia al respecto, se podrán encontrar cada vez más similitudes, particularmente frente a las facultades de los entes territoriales para disponer sobre la exclusión de áreas aptas para la minería.

Lo anterior sin desconocer lógicamente que lo ocurrido a partir del año 2014 ha sido verdaderamente relevante en cuanto al rol desempeñado por los jueces constitucionales en materia minera.

En efecto, han logrado en cierta medida modificar la dinámica en la asignación de los derechos de explotación propuesta por el legislador del Código de Minas del año 2001, cambiando incluso por completo el contenido de la regla para ello contemplada, que para el asunto materia de estudio se concreta en la facultad de co-administrar el recurso minero por parte de las entidades territoriales.

En ese orden de ideas por ejemplo, y si bien es cierto que la Corte Constitucional a través de la decisión contenida en la sentencia C-123 de 2014 pudo declarar la inexecutable del artículo 37 del Código de Minas, algo que inevitablemente iba a ocurrir en la sentencia C-273 de 2016 por otras razones, optó en cambio por favorecer una interpretación inexistente desde todo punto de vista en la norma, terminando casi que por crear una nueva regla

jurídica al declarar la exequibilidad de manera condicionada, pues las condiciones a las que la sometió contradicen al espíritu mismo de lo que aspiró el legislador.

En este sentido concordamos con lo señalado por la profesora Paula Robledo, en cuanto a que a través de dicha decisión, la Corte “(...) *en rigor, fuerza una interpretación normativa que no resulta plausible: una cosa es que la Corte Constitucional identifique los sentidos posibles de un texto legal y escoja entre ellos aquél que más se ajusta a los preceptos de la norma fundamental, y otra muy distinta que la Corte atribuya a determinado texto normativo un significado semánticamente imposible escudándose en un entendimiento errado del método de interpretación sistemática*”¹²⁴.

Al respecto, puede indicarse que independientemente del juicio de valor que pueda hacerse frente al ejercicio hermenéutico que efectuó el alto tribunal en dicha sentencia, y al margen de lo ajustada a la Constitución de 1991 que dicha interpretación pueda resultar, ocurre que todo el andamiaje legal a partir del cual fue ordenado el aprovechamiento de los recursos mineros, se fundamentó en esta discutida premisa orientada a garantizar la unidad de criterios en la ejecución de la política minera nacional, anulando de paso las competencias de igual valía que le fueron asignadas por la misma Constitución a los entes territoriales.

Trece años después de la expedición del Código de Minas, en la sentencia C-123 de 2014 la Corte Constitucional decidió cambiar de interpretación, modificando su línea

¹²⁴ ROBLEDO Silva Paula., Óp. Cit. Pág., 255.

jurisprudencial y generando una reconfiguración en el esquema de asignación de los derechos de explotación minera en el país.

ANEXO

El siguiente cuadro puede ilustrar el balance constitucional que pudo encontrarse:

¿Pueden los entes territoriales del nivel local en ejercicio de la facultad constitucional para disponer sobre los usos del suelo condicionar el ejercicio de la actividad minera incluso excluyéndola en sus territorios o esa es una competencia exclusiva y excluyente de la Nación como administradora del recurso minero?				
Solución 1		Sentencia hito modificatoria de la línea		Solución 2
La administración del recurso minero es una competencia exclusiva de la autoridad del nivel central.	<p>Sentencia C-339 de 2002(Constitucionalidad Art. 37 Código de Minas)</p> <p>MP: Araujo Rentería</p> <p>Sentencia C-891 de 2002</p> <p>MP: Araujo Rentería</p> <p>Sentencia C-395 de 2012(Constitucionalidad arts. Cód. de Minas)</p> <p>MP: Mendoza Martelo)</p>	<p>Sentencia C-123 de 2014</p> <p>MP: Albert Rojas Ríos</p>	<p>Sentencia C-273 de 2016.</p> <p>MP: Ortiz Delgado</p> <p>Sentencia T-445 de 2011</p> <p>MP: Palacios Palacios.</p>	<p>Los entes territoriales del nivel local pueden condicionar e incluso prohibir la minería en sus territorios. El otorgamiento de los derechos a explotar necesariamente debe consultar a los entes territoriales del nivel local.</p>

REFERENCIAS

DOCTRINALES

1. ARJONA Trujillo Ana María, et al. El Análisis Económico del Derecho. Documento en línea consultado en: Revista Precedente, Universidad Icesi. Cali-Colombia. [Consulta: 5 de octubre 2017]. Documento en línea consultado en: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>.
2. BENAVIDES J, et al. Costo económico de la inestabilidad y debilidad normativa en la gestión socio-ambiental de los proyectos en los sectores minero-energético, de infraestructura y de telecomunicaciones. Tendencia económica. Informe mensual de Fedesarrollo No. 181., Fedesarrollo. 2017. [Consulta: 28 enero 2018]. Documento en línea consultado en: <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/tendencia181web.pdf>.
3. BODENSIEK Andrés, et al. Minería en los TLC: protección de inversiones y regulación flexible en materia ambiental. En: HENAO Juan Carlos, et al.

Minería y desarrollo: Medio ambiente y desarrollo sostenible en la actividad minera, Tomo 2. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2016.

4. BUSHNELL David. Colombia una Nación a pesar de sí misma, nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy. Ed Planeta. Bogotá 2007.
5. CALABRESSI Guido, et al., Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral. Harvard Law Review, Vol. 85, N° 6 (1972). [Consulta: 5 de octubre 2017]. Documento en línea consultado en: http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183635/rev63_calabresi.pdf.
6. COASE Ronald. El problema del costo social. The Journal of Law and Economics (Octubre 1960). [Consulta: 20 de marzo 2017]. Documento en línea consultado en: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>.
7. COOTER Robert, et al. Derecho y Economía. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 2016.
8. CÓRDOBA Pérez José María. La seguridad jurídica en el Código de Minas. En: DURAN Camacho Marlene, et al. Temas mineros y petroleros. Ed Colegio de Abogados de Minas y Petroleros. Bogotá 2005.

9. GARAVITO Aarón, et al. Inversión extranjera directa en Colombia: evolución reciente y marco normativo. Pág., 3. Borradores de economía No. 713., Banco de la República. 2012. [Consulta: 14 julio 2017]. Documento en línea consultado en:
http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_713.pdf.

10. GARRIDO María Clara. Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia, Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017 [Consulta: 4 de septiembre 2017]. Documento en línea consultado en:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4837/5801>.

11. GUIZA Suárez Leonardo, et al. Actualidad y desafíos del Derecho Minero colombiano. Ed Universidad del Rosario. Bogotá, 2016.

12. KRUGMAN Paul, et al. Introducción a la Microeconomía. Ed. Reverté. Barcelona 2012.

13. LOPEZ Enrique, et al. La economía Petrolera en Colombia (Parte II). Pág., 20. Borradores de Economía No. 748., Banco de la República. 2013. [Consulta: 14

julio 2017] Documento en línea consultado en:
http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_748.pdf.

14. MANRIQUE Hortensia, et al. Competitividad del subsector del carbón en Colombia. Una perspectiva empresarial. La voz de sus protagonistas. En: HENAO Juan Carlos, et al. Minería y desarrollo: Competitividad y desempeño en el sector minero, Tomo 3. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2016.
15. MANTZAVINOS Chrysostomos. Institutions [online]. Herdecke University Alemania 2009. [Consulta: 5 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: http://www.mantzavinos.org/wp-content/uploads/2009/02/mantzavinos_insitutions-sage.pdf.
16. MÁRQUEZ Escobar Carlos Pablo. Análisis Económico del Derecho. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2005.
17. MERCURO Nicholas, et al. Economics and the law from Posner to post-modernism. Ed Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1999.
18. MOLINA Juan C. Tratado teórico y práctico de Derecho minero colombiano. Pág., 127. Ed Iqueima. Bogotá 1952.

19. NEGRETE Montes Rodrigo et al. Minería en Colombia, Fundamentos para superar el modelo extractivista. Contraloría General de la República 2013. (Consulta: 7 de febrero de 2017). Documento en línea consultado en: http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/mineria_en_colombia.pdf.
20. ORTÍZ Monsalve Álvaro. Derecho de Minas. Ed. Temis. Bogotá 1992.
21. PORTER Michael. La ventaja competitiva de las naciones. Ed Vergara. Buenos Aires, 1993.
22. POSNER Richard. El análisis económico del derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
23. POSNER Richard. The Economic Structure of the Law. Ed. Edward Elgar Publishing. Northampton MA. USA. 2000.
24. RIERA Pere. Manual de Economía ambiental de los recursos naturales. Ed. International Thomson editores. España 2008. [Consulta: 14 de julio 2017]. Documento en línea consultado en: <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=QvIk0ieOtoAC&oi=fnd&pg=PR3>

&dq=economia+de+los+recursos+naturales&ots=hEDlqleiXC&sig=GslPRj8YaP0Ergv-n6cLTascKIo#v=onepage&q&f=false.

25. ROEMER Andrés. Derecho y Economía: Una revisión de la literatura. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 2000.

26. ROBLEDO Silva Paula. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. En: HENAO Juan Carlos, et al. Minería y desarrollo: historia y gobierno del territorio minero, Tomo 5. Ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2016.

27. SHAVELL STEVEN et al. Economic Analysis of Law. Handbook of Public Economics. Volume 3, Edited by A.J. Auerbach and M. Feldstein, 2002, Pág., 1686. [Consulta: 4 de octubre 2017]. Documento en línea consultado en: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf.

28. VELEZ Torres Irene. Dimensiones del extractivismo minero en Colombia. Análisis de las racionalidades de Gobierno durante la última década. Revista Análisis Político, v. 27, n. 82, septiembre 2014. [Consulta: 17 de enero 2018].

Documento en línea consultado en:

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/49283/60364>.

29. Colombia. Agencia Nacional de Minería. Informe de gestión año 2015. Pág., 14-15. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/informe_gestion_2015.pdf.
30. Colombia. Congreso de la República. Exposición de motivos de la Ley 1753 de 2015. [Consulta: 3 julio 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.andi.com.co/Ambiental/Documentos%202015/PL%20200%20de%202015%20C%20Exposicion%20de%20motivos%20%20PND%202014-2018.pdf>.
31. Colombia. Congreso de la República de Colombia. Exposición de motivos de la Ley 685 de 2001. Consultado en: Gaceta No. 113 del viernes 14 de abril del año 2000.
32. Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/pnd/pnd2010-2014%20tomo%20i%20cd.pdf>.

33. Colombia. Ministerio de Minas y Energía. Memorias al Congreso de la República 2016-2017. [Consulta: 29 enero 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.minminas.gov.co/memorias-al-congreso>.

JURISPRUDENCIA

34. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero (Sentencia C-478 de 1998).
35. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería (Sentencia C-339 de 2002).
36. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 03 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto (Sentencia C-1183 de 2008).
37. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva (Sentencia C-366 de 2011).
38. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Sentencia T-517 de 2011).

39. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de mayo de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Sentencia C-395 de 2012).
40. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos (Sentencia C-123 de 2014).
41. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. Auto del 25 de junio de 2015. Magistrado Ponente: Guillermo Vargas Ayala. (Consulta: 14 de julio 2017). Documento en línea consultado en: <http://static.elespectador.com/archivos/2015/07/35032f88c0edd3277d893368a998e402.pdf>.
42. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado (Sentencia C-035 de 2016).
43. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de mayo de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado (Sentencia C-273 de 2016).
44. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de julio de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa (Sentencia C-389 de 2016).

45. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de agosto de 2016.
Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacios Palacios (Sentencia T-445 de 2016).
46. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Sentencia de tutela del 7 de diciembre de 2016. Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [Consulta: 14 de septiembre 2017].
Documento en línea consultado en:
<http://www.funcionpublica.gov.co/sisjur/home/Norma1.jsp?i=80293>.

NORMATIVIDAD

47. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 566 de 1932 “sobre explotación de metales preciosos en el lecho de los ríos” [Consulta: 14 julio 2017]
Documento en línea consultado en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1120949>.
48. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1054 de 1932 “por el cual se reglamentan los artículos 4º, apartes c) y d), y 110 del Código Fiscal, y 5º de la Ley 52 de 1931, y se adiciona el Decreto número 566 de 1932” [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1732826>.

49. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 805 de 1947 “por el cual se reglamenta la Ley 85 de 1945, se sustituyen los Decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937 y se dictan otras disposiciones sobre minas”. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1797968>.
50. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1275 de 1970 “por el cual se reglamenta las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 y se dictan otras disposiciones sobre minas”. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: http://servicios.minminas.gov.co/compilacionnormativa/docs/pdf/decreto_1275_1970.pdf.
51. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2655 de 1988 “Por la cual se expide el Código de Minas” [Consulta: 12 agosto 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.anm.gov.co/?q=content/decreto-2655-de-1988-2>.
52. Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”. [Consulta: 18 agosto 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>.

53. Colombia. Presidencia de la República. Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” [Consulta: 12 agosto 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9202>.
54. Colombia. Congreso de la República. Ley 1450 de 2010 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. [Consulta: 13 agosto 2017] Documento en línea consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1450_2011.html.
55. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4134 de 2011 “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica”. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.anm.gov.co/?q=content/decreto-4134-de-2011>.
56. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2041 de 2014 “por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”. [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=59782>.

57. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2691 de 2014 “Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera” [Consulta: 14 julio 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60227>.

58. Colombia. Congreso de la República. Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”” [Consulta: 13 agosto 2017] Documento en línea consultado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html.

OTRAS

59. La República (8 de agosto de 2017). Tres de cada 10 títulos mineros están en los departamentos de Antioquia y Boyacá [Consulta: 15 de septiembre 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.larepublica.co/economia/los-titulos-mineros-que-tiene-cada-departamento-del-pais-segun-la-anm-2534263>.

60. Noticiero CM& [Sección: Pregunta Yamid]. (27 de de 2017). Pregunta Yamid: German Arce Zapata Ministro de Minas y Energía [Archivo de video]. Recuperado en: <https://www.youtube.com/watch?v=KkPOjVFkUMc>.

61. Portafolio (26 de marzo de 2017). Cajamarca votó masivamente en contra de la minería [Consulta: 8 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.portafolio.co/economia/cajamarca-decide-en-consulta-popular-sobre-explotacion-minera-504434>.

62. Revista Semana (6 de abril de 2011). La Olla Podrida del Ingeominas. [Consulta: 8 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-olla-podrida-ingeominas/240874-3>.

63. The economist (22 de agosto de 2015). Goodbye to all that. A decade of bingeing on raw materials may leave an even longer hangover [Consulta: 8 de octubre 2017] Documento en línea consultado en: <https://www.economist.com/news/finance-and-economics/21661675-decade-bingeing-raw-materials-may-leave-even-longer-hangover-goodbye>.