

NOTIJURÍDICO



Asociación de Profesionales del Sector Minero de Colombia

ESTA NUEVA EDICIÓN CONTIENE:

LA UTILIDAD PÚBLICA: ¿QUÉ ES Y
PARA QUÉ SIRVE?

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VETO

QUÉ PASÓ EN JERICÓ: DERECHOS
ADQUIRIDOS EN EL SECTOR MINERO

¿QUÉ HEMOS HECHO EN ESTOS DÍAS?

Reciban un cordial saludo:

¡Bienvenidos a la sexta edición del Notijurídico de la AIMC! Tu fuente de información sobre la actualidad jurídica del sector minero de nuestro país.

La Asociación de Profesionales del Sector Minero de Colombia – AIMC, se complace nuevamente en compartir este espacio informativo después del receso de fin de año.

Les queremos desear un 2023 de salud y de crecimiento profesional, para nuestro sector minero su continuada contribución a la sostenibilidad de Colombia.

LA UTILIDAD PÚBLICA: ¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE?

- **Audiencias públicas para la construcción de un nuevo Código de Minas: se propone eliminar la utilidad pública de la actividad minera**

Como es del conocimiento de todos nosotros, la Senadora Isabel Zuleta lidera el proyecto de un nuevo Código de Minas, para lo cual ha presidido la celebración de una serie de audiencias para escuchar a los grupos de interés. Este proyecto se estaría radicando en junio de 2023, después de haber realizado un proceso de consulta previa, para entrar a regir en la segunda legislatura del 2024.

Si bien el articulado del proyecto de nuevo Código de Minas no está completado y, por lo tanto, no está publicado para comentarios, algunos ejes conceptuales se han evidenciado en el marco de dichas audiencias y por parte de la Senadora. Uno de ellos, sería la eliminación de la condición de utilidad pública de la actividad minera que trae el actual Código de Minas. El Código de Minas en vigor, establece lo siguiente: :

“... Artículo 13. Utilidad pública. *En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo...*”

Este artículo, reitera lo dispuesto en el Artículo 58 de la Constitución, el cual indica que “...*Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social...*”

El argumento para la eliminación del concepto de utilidad pública sería, en el contexto minero, que en virtud de esta, se habrían decretado múltiples expropiaciones injustas en contra de propietarios de terrenos (afirmación sin sustento real en el debate). Con la reforma, en lugar de esta declaratoria general en la ley, cada proyecto debería demostrar si es o no de utilidad pública.

¿Cuáles son las consecuencias de dicha posición? El Comité Jurídico de la AIMC quiere invitarlos a una reflexión crítica sobre esta lectura de la utilidad pública que, de implementarse, no solo impediría o en muchos casos afectaría gravemente el desarrollo de nuestro sector minero, sino el correcto desempeño de muchos sectores económicos, desde la infraestructura y la producción de energía, que aportan al desarrollo de Colombia, puesto que subordinaría la utilidad pública o el interés social al interés de los particulares.

- **Expropiaciones: ni injustas ni numerosas**

Es importante tener en cuenta que no resulta de recibo la invocación de expropiaciones injustas, cuando estas son llevadas a cabo directamente por las autoridades mineras en la etapa administrativa y por la administración de justicia en el proceso judicial que posteriormente debe adelantarse. Como el marco de la expropiación es el debido proceso, las injusticias o los abusos del Estado que puedan presentarse, tienen oportunidad de ser corregidos en ambas etapas, mediante los recursos dispuestos en la ley, para la etapa administrativa y la judicial y mediante las demás acciones dispuestas por la Constitución y la ley, como es el caso de la Acción de Tutela, entre otras.

De otro lado resulta inadmisibles que se considere injusta la expropiación, cuando para que proceda tiene que acreditarse que los inmuebles objeto de la misma resultan imprescindibles para el desarrollo de las actividades mineras (Art. 187 del Código de Minas), lo que debe acreditarse no por el titular minero, sino con base en un dictamen pericial, que

debe ser aprobado por la autoridad minera y la judicial.

Ahora, afirmar que las expropiaciones han sido numerosas también es infundado. Debe considerarse que de mil prospectos, solo 150 se convierten en proyecto, y solo uno de estos en una mina (según Walter Casquino, experto peruano). Por otro lado, no todas las minas se sirven de expropiaciones, pues existe también la figura de las servidumbres. En tal sentido, hablar de “numerosas” expropiaciones no guarda proporción alguna con la realidad que se observa en el país.

- **¿Qué es la utilidad pública?**

La noción de utilidad pública o interés social, en el contexto minero, se refiere a que esta actividad genera un beneficio colectivo. La Constitución Política precisa que es justamente la existencia de un interés público o social, la que, en el contexto minero, le permite al Estado, en calidad de propietario del subsuelo y de los recursos no renovables (Artículo 332 de la Constitución), desplazar el interés particular.

Por lo tanto, en caso de que se presente conflicto con los particulares y el Estado por razón del ejercicio de derechos por la realización de sus actividades sobre el suelo, como es el caso de la agricultura o la ganadería, prevalece la minería. El Estado ejerce un interés estratégico en la administración de su propiedad y en el pago de las regalías que como consecuencia le corresponden, en tanto que la agricultura y la ganadería entre otras actividades, así como los beneficios de las mismas, solo benefician a los particulares que las realizan. De ese modo, es preciso concluir que el interés público o social existe no por su consagración en el Artículo 13 del Código de Minas, sino por la naturaleza misma de dichos motivos y su consagración en el Artículo 58 de la Constitución.

Lo anterior, nos muestra que el Estado no es un particular más, pues tutela el interés público, que no necesariamente coincide con el particular. Esto no quiere decir que el particular esté desamparado frente a la actuación estatal.

Efectivamente, la declaración del legislador de que determinada actividad sea de utilidad pública, no puede ser caprichosa y arbitraria. Al contrario, un estado social de derecho, tiene como base la sujeción del legislador al derecho, como límite al

autoritarismo y la arbitrariedad. La utilidad pública deberá existir, previamente a cualquier medida expropiatoria, y el particular tendrá derecho a ser indemnizado, también previamente, para evitar que se presente cualquier detrimento patrimonial en cabeza de los particulares, por cuanto en su favor existe la garantía de la protección de los derechos adquiridos, lo que se logra mediante el pago de la indemnización previa.

Esta dinámica el público la conoce muy bien, por ejemplo, con la expropiación de fajas de terreno para la construcción de vías. En nuestro sector minero, la utilidad pública también permite la expropiación de predios o el establecimiento de servidumbres forzosas.

En otras palabras, la utilidad pública y el interés social no están al servicio del titular minero, como erradamente se ha argumentado, sino del Estado, dueño del recurso, que requiere las regalías que, a su vez, benefician la Nación como colectividad, lo que revela la existencia de los motivos de utilidad pública o interés social que le sirven de fundamento y causa a la expropiación cuando esta sea imprescindible. De otro lado, el Estado interviene, por mandato de la ley, en la explotación de dichos recursos, como lo consagra el Art. 334 CP, “...para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

En tal sentido, la propuesta de la Senadora Zuleta evidencia una contradicción: rebaja la minería a la categoría de una actividad de interés particular, en contravía de la Constitución que declara los recursos mineros de propiedad estatal y la actividad minera como de utilidad pública o interés social.

- **Una perspectiva comparada: ¿la minería siempre se considera de utilidad pública?**

Sin duda, el concepto de utilidad pública en la industria minera, es importante y recurrente en las legislaciones de América Latina. Lo anterior, con independencia del modelo político, federal o unitario; o de la propiedad de los recursos y del subsuelo y la importancia que reviste para estos

países su aprovechamiento para las comunidades y el desarrollo.

A continuación, presentamos los textos constitucionales o legislativos que determinan el carácter de la utilidad pública en la legislación de varios países de la región.

Argentina:

Ley 1919 código de minas: Art. 13. – La explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos consiguientes, revisten el carácter de **utilidad pública**. (...)

Chile:

La Ley 16615, modifica el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de 1833, al reconocer la utilidad pública, así:

“ARTICULO 10 Sustitúyese el N° 10 por el siguiente: 10.- El derecho de propiedad en sus diversas especies. La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes. *Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país.* Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar. (...)

Ecuador:

LEY DE MINERÍA Ley 45, ASAMBLEA NACIONAL, COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN

Art. 15.- Utilidad pública. - Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En

consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador.

México:

La Ley Minera vigente en la actualidad, que data de 1992 y ha sufrido pocos cambios desde entonces, establece también que las actividades mineras son de utilidad pública. Además, les otorga carácter preferente sobre cualquier otra, como la agricultura, el turismo, la ganadería, la pesca, otras actividades industriales e, incluso, los usos que del territorio realicen las comunidades indígenas y campesinas de acuerdo con sus costumbres y cultura, violentando así sus derechos. También las Áreas Naturales Protegidas son puestas en un segundo plano y la minería tiene acceso preferente al agua en las zonas donde operan los proyectos mineros. La única actividad que limita esta preferencia para el uso y aprovechamiento de la tierra, según el marco legal minero, es la de exploración y extracción de hidrocarburos, y el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

“Ley Minera Federal

Artículo 6.

La exploración, explotación y beneficio de los minerales o sustancias a que se refiere esta Ley **son de utilidad pública, serán preferentes sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno, que establece la misma, y únicamente por ley de carácter federal podrán establecerse contribuciones con sujeción a las condiciones que graven estas actividades.**

El carácter preferente de las actividades a que se refiere el párrafo anterior, no tendrá efectos frente a las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como frente al servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

Venezuela:

Decreto N° 2.165, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos.- (Véase N° 6.210 Extraordinario de la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, de esta misma fecha)

(...)

ARTÍCULO 8 Declaratoria de utilidad pública e interés social

Se declaran de utilidad pública e interés social todos los bienes y obras existentes vinculadas con la reserva prevista en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

ARTÍCULO 9 Declaratoria de orden público

Las disposiciones de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son de orden público y se aplicarán con preferencia a cualquier otra norma del mismo rango.

● **Conclusión**

La condición de utilidad pública de la minería es vital para el adecuado desarrollo de la misma, por temas que van más allá de la posibilidad de expropiar o no un bien, procedimiento que en todo caso se surte en dos fases, una vía administrativa y una judicial, es decir bajo el mismo procedimiento de cualquier otro proceso de expropiación.

Eliminar el concepto de utilidad pública o el interés social traería consecuencias muy graves al desarrollo sectorial y al del país integralmente considerado. Aceptar en gracia de discusión que pudiera ponerse en tela de juicio los motivos de utilidad pública o el interés social, así como la expropiación, produciría los mismos efectos que regresar a la época en que el Estado solo tenía como objeto proteger los derechos de sus asociados, desapareciendo así el concepto del bien común y la utilidad pública.

En el contexto minero, implicaría que las autoridades encargadas no estarían obligadas a garantizar la exploración y explotación del recurso minero en beneficio de la comunidad. De esta forma, por múltiples criterios podrían no desarrollarse los proyectos, sin consecuencia alguna para las autoridades del ramo. Además, quitaría el sustento normativo para que proceda la caducidad de los títulos mineros si se dejan inactivos por más de seis meses, con lo cual se fomenta la especulación e inactividad que pretende atacarse con este nuevo código. Igualmente, abriría la puerta a procesos discriminatorios y negociales para que cada titular logre determinar, con criterios que no son claros, si su proyecto es de utilidad pública o no. Por último, justificaría claramente la posibilidad de veto unilateral contra proyectos por los municipios y comunidades, en desmedro de la de la Nación.

Sabías que:

Las características de los proyectos de interés estratégico nacional se describen en el Documento CONPES 376 de 2013. Dichas características, que hacen que estos proyectos sean priorizados, incluyen, entre otros, que el proyecto le genere ingresos significativos a la Nación y a las regiones y que contribuya a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, todas características de los proyectos mineros, que producen regalías. En tal sentido, parece contradecirse el Gobierno cuando niega que la minería sea de interés público, al tiempo que reasume la ANM la competencia fiscalizadora sobre importantes proyectos mineros de Antioquia por ser de interés estratégico. ¿No es reasumir esta competencia, reconocer que estos proyectos son de utilidad pública?

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VETO

Tras una larga discusión nacional sobre la procedencia o no de consultas populares en los municipios respecto de la posibilidad de desarrollar actividad minera o no en sus territorios, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-095 de 2018 zanjó definitivamente el debate. En ella la Corte aclaró que adelantar consultas populares o expedir acuerdos municipales para prohibir la explotación de recursos naturales no renovables, que son de propiedad de la Nación, está por fuera de las competencias de las autoridades territoriales, quienes no pueden autónomamente vetar esta actividad sin la participación coordinada y concurrente de las autoridades del nivel nacional, encargadas de la administración de los recursos mineros que pertenecen a todos los colombianos.

Por otro lado, la Corte también advirtió que la convergencia de intereses, locales y del orden nacional, genera tensiones, por lo que exhortó a que el Congreso de la República defina uno o varios “mecanismos de participación ciudadana”, así como “uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio”. Evidentemente, participar de manera significativa no es equivalente a vetar las actividades mineras.

En las discusiones del nuevo código minero se ha dejado entrever como necesario que comunidades (no definidas) y municipios, a través de mecanismos (no definidos), puedan impedir autónomamente el desarrollo de los proyectos mineros, lo cual consideramos a todas luces inconstitucional, pues la sentencia SU-095 de manera contundente clarificó que los municipios autónomamente no pueden, bajo ningún mecanismo, vetar la actividad minera en el territorio, debido a la existencia de los derechos de propiedad de los departamentos y la Nación que distan de poder ser desconocidos por los municipios.

Como antes se anotó, las decisiones corresponden a las autoridades mineras y petroleras. De otro lado, la Sentencia S-095 de 2018, prohibió el veto de los municipios a la Nación, por lo que es inconstitucional permitir que el veto de las comunidades. Se reitera que, en caso de conflicto entre el interés general, la utilidad pública o social y los intereses de una comunidad, prevalecen aquellos sobre estos, como lo establece en forma imperativa el Artículo 58 de la Constitución. Es importante anotar, como se indicó arriba, que este es un debate que potencialmente afecta varios otros sectores de utilidad pública en el país. La construcción de vías, la construcción de proyectos hidroeléctricos y la prestación del servicio público de energía eléctrica, incluso la declaración de áreas protegidas, podría verse vetada por comunidades, en desmedro del interés de todos los colombianos.

¿QUÉ PASÓ EN JERICÓ? DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL SECTOR MINERO

El pasado 14 de de enero de 2022, se dio un polémico pronunciamiento por parte del Presidente Petro, en el sentido de “detener los proyecto mineros” que pondrían en riesgo el agua, expresando su deseo de que Jericó sea un distrito “agrario y ecológico”.

La Corte Constitucional ha definido los derechos adquiridos como situaciones individuales y subjetivas creadas bajo el imperio de una ley, que deben ser respetados frente a leyes posteriores. Se trata de derechos adquiridos, siempre según la Corte Constitucional, cuando se hayan verificado todos los requisitos legales que dan por nacido un derecho, incluso cuando este no ha sido ejercido todavía.

Los contratos de concesión minera celebrados entre un particular y el Estado, se perfeccionan con la inscripción en el Registro Minero Nacional. Aquí concurren la propiedad estatal de los minerales y el derecho público subjetivo del concesionario, que goza de un derecho de contenido patrimonial, oponible a terceros. El contrato de concesión minera, además, no soporta el criterio de la precariedad de los derechos otorgados mediante otros títulos habilitantes sobre la propiedad pública: el Consejo de Estado ha precisado que lo anterior ocurre pues el contrato de concesión minera no está sujeto a modificaciones o terminaciones unilaterales, con excepción de la caducidad que se decreta con base en causales objetivas, previamente consagradas por el Legislador.

En este sentido, las declaraciones del Presidente Petro, respecto a que no habrá proyectos mineros en el Municipio de Jericó, constituyen una grave afrenta al respeto que debe guardar respecto a la separación de poderes y el ejercicio de los mismos, teniendo en cuenta que los títulos mineros que fueron otorgados en dicho municipio, se otorgaron con base en un Código de Minas que fue expedido por el Congreso, cuya vigencia y aplicación, no pueden contravenir por las declaraciones del Presidente de la República. De otro lado las únicas autoridades que pueden declarar la nulidad de los títulos mineros son las de la Rama Judicial, puesto que al otorgarse dichos títulos y al ser inscritos en el Registro Minero, constituyen derechos adquiridos que también imponen el respeto a las autoridades de la Rama Ejecutiva, precisamente encargadas de protegerlos como lo dispone el Artículo 58 constitucional. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda declararse la caducidad de dichos títulos mineros, cuando se presentara incumplimiento de las obligaciones señaladas en dicho ordenamiento legal, con base en las causales regladas contempladas también en el mismo, por lo que tampoco resultan de recibo las simples declaraciones del presidente.

¿QUÉ HEMOS HECHO EN ESTOS DÍAS?

- **Ejes Centrales de la Minería en el País: Fundamentos para la Actualización de la Política Minera de Minera.**

El 30 de enero el abogado Luis Fernando Barrera y la Geóloga Verónica Blandón, miembros de nuestro Comité Jurídico, participaron en el evento *Ejes Centrales de la Minería en el País: Fundamentos para la Actualización de la Política Minera de Colombia*.



En dicho espacio, se escucharon diferentes actores frente a la necesidad de modificar, o no, el actual Código de Minas.

Desde la AIMC, se hizo énfasis en la necesidad de recuperar la gobernanza del sector minero mediante la adecuada administración de los recursos naturales por parte del Estado, la cual presenta actualmente muchas deficiencias. Frente a un planteamiento de nuevo código, la Geóloga Verónica Blandón enfatizó que la normatividad minera está desarrollada, no solo en el Código de Minas, sino también en varias leyes que lo complementan. Por lo tanto, el problema al cual nos enfrentamos como sector, es gerencial y de administración.

Por otro lado, se coincide en el peligro que representa para la seguridad del Estado, la falta de control sobre la extracción ilícita de minerales. En tal sentido, el Estado debe orientar su política a recuperar el control de los Recursos Naturales No Renovables (RNNR), del suelo y subsuelo, generando presencia en las áreas mineras y exigiendo a todo el ciclo minero el estricto cumplimiento de normas técnicas, económicas, sociales, ambientales y legales mineras y territoriales que resulten de un nuevo acuerdo nacional.

En tal sentido, se coincide que es clave para la política minera del país lo siguiente:

- 1. Proceso de formalización.** Cumplimiento de estándares. Técnicos, Económicos, Sociales, Ambientales y Legales. TESAL. Con trámites mineros y ambientales expeditos y ágiles.
- 2. Procesos de credibilidad al sector financiero de la pequeña y mediana empresa minera,** generando procesos de control en la trazabilidad minera basado en la evaluación y gestión de riesgos.
- 3. Control en los procesos ambientales de explotación y cierres de minas y la recuperación de zonas depredadas** mediante cabal presencia de la autoridad minera y ambiental.
- 4. Realizar control** efectivo por parte de la autoridad minera a través de **procesos descentralizados y más vinculados con la región y sus gentes.**
- 5. Un modelo minero incluyente e inclusivo.** Porque actualmente persisten las condiciones de inequidad, pobreza y falta de oportunidades.

Frente a lo expuesto, hay algunos planteamientos de los cuales nos apartamos, razón por la cual en esta oportunidad nos hemos detenido sobre la importancia de la utilidad jurídica en el sector minero.

- **Invitación a foro público sobre mecanismos de participación en proyectos extractivos.**

Gracias a la oportuna intervención y a la solicitud realizada para participar en los debates para la reglamentación del proyecto de Ley 202, el Comité Jurídico ha sido invitado a participar en foro público sobre mecanismos de participación en proyectos extractivos. Estaremos informando en nuestro Notijurídico sobre dicha participación.

