

LAS CONSULTAS POPULARES E INDUSTRIA MINERA: DESCENTRALIZACIÓN Y UNIDAD DE MERCADO

Mauricio Rafael Pernía-Reyes

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo UCAT, Especialista en Gerencia Pública UNET. Doctorando. Profesor de pre y posgrado en universidades de Venezuela y Colombia. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Director de Iuris Analytica y coordinador de Transparencia Venezuela. Correo electrónico: perniareyes@gmail.com

Recibido: 15-8-2019 • Aprobado: 1-9-2019

Revista Tachirensis de Derecho N° 5/2019 Edic. Digital - 30/2019 Edic. Ordinaria ISSN: 1316-6883 121-129

Resumen

El presente estudio tiene como propósito exponer las categorías jurídicas que se relacionan con la competencia del uso del suelo en particular en el curso del otorgamiento de un contrato de concesión minera o de hidrocarburos, a la vista de las sentencias C-273 de 2016, SU-095 de 2018 y T-342 de 2019 de la Corte Constitucional de Colombia que han marcado la interpretación de la competencia de los entes territoriales para vetar proyectos extractivos en las localidades.

Palabras clave

Minería. Consultas populares. Hidrocarburos. Unidad de mercado. Uso del suelo.

Abstract

The purpose of this study is to expose the legal categories that relate to the competition of land use in particular in the course of the granting of a mining or hydrocarbon concession contract, in view of judgments C-273 of 2016, SU -095 of 2018 and T-342 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia that have marked the interpretation of the competence of the territorial entities to veto extractive projects in the localities.

Keywords

Mining. Popular consultations. Hydrocarbons. Market unit. Land use.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Método. 3. Las categorías jurídicas vinculadas a las actividades extractivas y el uso del suelo. 4. Las consultas populares. 5. La industria minera. 6. La descentralización y la unidad de mercado. Conclusiones

1. Introducción

El preámbulo de la Constitución Política de 1991 señala que tal instrumento legal tiene, entre otros propósitos, el asegurar a los integrantes de la nación colombiana, un marco jurídico democrático y participativo. Ese marco legal de régimen democrático y participación popular o ciudadana además, debe garantizar un orden político, económico y social justo.

En ese orden de ideas, la participación ciudadana mediante consultas populares para el desarrollo de actividades extractivas, especialmente las mineras, han adquirido una alta relevancia en la actualidad, incidiendo de modo determinante en la aplicación de políticas públicas de la rama ejecutiva, concretamente del Ministerio de Minas y Energía de Colombia, toda vez que esta modalidad de intervención ciudadana tiene como origen concreto, la sentencia C-273 de 2016 de la Corte Constitucional, que declara inexecutable el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 por la cual se expide el Código de Minas, según el cual ninguna autoridad regional, seccional o local podía establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería, sentencia que, sin embargo, frente a dos sentencias posteriores de la misma corte, una por vía de tutela, la SU-095 de 2018 y otra que la confirma, la T-342 de 2019, han señalado que los entes territoriales, como los municipios, ni tienen competencia para vetar proyectos extractivos y que debe aplicarse los principios de coordinación y concurrencia previstos en la Constitución Política.

Este nuevo estado de cosas tiene diversas perspectivas de estudio si se toma en cuenta que no son pocas las disciplinas académicas que se aproximan, cuando no regulan, el manejo de los recursos naturales, los modelos de gobernanza y de gestión pública participativa, la interpretación de normas constitucionales, la creación legislativa de normas así como el ámbito administrativo de aplicación, sin dejar de lado los estudios sobre transparencia, anticorrupción, distribución de rentas de las industrias extractivas para el nivel local y comunitario.

De este modo, el presente estudio tiene como objetivo exponer cómo las decisiones de la Corte Constitucional han alterado la regulación para el otorgamiento de concesiones mineras y ello como se vincula, de manera aproximada, con los conceptos de industria minera, consultas populares, descentralización y unidad de mercado.

Para una mejor exposición de las ideas, el presente trabajo tiene tres partes, a saber: método (i); Las categorías jurídicas vinculadas a las actividades extractivas y el uso del suelo (ii), y; conclusiones (iii).

2. Método

Por cuanto el objeto de estudio del presente trabajo es exponer la actual regulación del otorgamiento de concesiones mineras y con ello, el desarrollo de la industria minera en Colombia, la metodología se circunscribe al estudio documental, consistiendo en revisión de las teorías pertinentes sobre las consultas populares, lo que permita identificar su naturaleza jurídica y propósitos, así como el resultado de la intervención de la Corte Constitucional en el procedimiento administrativo para el otorgamiento de concesiones mineras y su vinculación con la descentralización, y el concepto de unidad del mercado, en un modelo de estado unitario.

3. Las categorías jurídicas vinculadas a las actividades extractivas y el uso del suelo

Las consultas populares constituyen mecanismos legales que hacen viable la democracia participativa y así, al denominado estado social y democrático de derecho. En el caso colombiano, este mecanismo tiene consagración constitucional, desarrollo legislativo y ha sido objeto de diversas sentencias de las altas cortes, especialmente de la Corte Constitucional¹.

En la actualidad han adquirido un alto perfil en materias de las que antes tenían vedada su utilización como lo es el desarrollo de actividades mineras en diversos municipios del país. Este hecho tiene como desencadenante principal la sentencia C-273 de 2016 de la Corte Constitucional (en adelante CConst, C-273/2016, G. Ortiz)², que, al eliminar la prohibición según la cual ninguna autoridad regional, seccional o local podía excluir de la minería zonas del territorio regional o local, generando que algunos trámites en curso para realizar consultas populares

¹ RAMÍREZ, G. PADRÓN, F. (2016). La consulta popular frente a proyectos de exploración y explotación minera. En Henao, J. & González, A. (Eds) Minería y Desarrollo T. 4 (pp. 417-463) Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

² En el presente documento, las citas que se hagan de esta u otra sentencia, se harán siguiendo el modelo de formato estándar de citación de jurisprudencia, propuesto por D. LÓPEZ (2017: 51) en López, D. (2017). *Las fuentes del argumento. Reglas para la elaboración de citas y referencias en el ensayo jurídico*. Bogotá, Legis Editores.

y otros que iniciaron a partir de la expedición de la señalada sentencia, se entendieran como el mecanismo idóneo para la participación ciudadana en materia de minería en sus localidades o en su entorno.

Sin embargo, las posteriores sentencias de la misma corte la CConstSU-095/2018 C. Pardo y la CConstT-342/2019 L. Guerrero, se apartan del precedente constitucional unificando y, posteriormente ratificando el criterio, según el cual, que tienen el impacto de señalar la imposibilidad que los entes locales, alcaldes o acuerdos de los concejos municipales, no pueden prohibir las actividades extractivas que son competencia del orden nacional y que deben regirse por los principios de coordinación y concurrencia, además de exhortar al Congreso a legislar para proveer de un instrumento que concilie la tensión entre el Estado unitario y la autonomía territorial.

Así las cosas, resulta trascendental hacer las siguientes observaciones: 1) la industria minera, que corresponde no solo a las etapas de producción³ sino también según Catalano⁴ al conjunto de labores de estudio del suelo con el propósito de “(...) descubrir, localizar y valorar los minerales y rocas, las labores específicas de explotación y los procesos manuales, mecánicos, químicos y metalúrgicos consiguientes para obtener el mineral o el metal en condiciones apropiadas para el uso de las industrias consumidoras”. (p.11), es una materia de competencia nacional, cuyo órgano rector es el Ministerio de Minas y Energía, que tiene la responsabilidad de administrar una actividad de interés nacional, de utilidad pública sobre un bien que es propiedad del Estado, de acuerdo con el artículo 332 de la Constitución Política; y 2) que dada la configuración del modelo de Estado adoptado, la República de Colombia es un Estado unitario que, a tenor de la doctrina tradicional⁵ y la más reciente⁶, viene a significar que existe un solo centro de impulsión del poder político y administrativo, con lo cual se deriva, entre otros, los conceptos de descentralización como técnica administrativa y la unidad de mercado como modelo económico⁷.

A continuación se expondrán, de manera aproximada y breve, estos conceptos, para dar lugar a su discusión.

³ GÚIZA, L. RODRIGUEZ, C. & MORENO, S. (2016). *Actualidad y desafíos del Derecho Minero Colombiano*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

⁴ CATALANO, E. (1999). *Curso de Derecho Minero*. (5aEd.) Buenos Aires, Editorial Zabalía.

⁵ PRELÓT, M (1984). *Institutions Politiques et droit constitutionnel*. Revisada por Boulouis, J. Paris, Dalloz.

⁶ NARANJO, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (10ª Ed). Bogotá, Editorial Temis.

⁷ ARIÑO, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico. Modelos de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

4. Las consultas populares

De acuerdo con Morón⁸ antes y con Reyes⁹ después, las consultas populares reflejan la necesidad de otorgar legitimidad a la toma de decisiones gubernamentales, especialmente de las que competen a la rama ejecutiva en el ejercicio de funciones administrativas en el Estado. Así, por ejemplo, Morón señala que la participación se presenta como una nueva ideología político-jurídica, que pretende sustituir a la antigua idea-mito del interés general (pp.173-174). En efecto, lo que la participación ciudadana ha hecho es evitar que la autoridad pública asuma decisiones que operen y se ejecuten sobre la base del concepto jurídico indeterminado del interés general o interés público. La integración de los ciudadanos al mismo tiempo hace tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa, sin llegar a significar democracia directa, cuyos postulados no serían aplicables a las complejas administraciones públicas actuales.

Por su parte Reyes la consulta popular es un mecanismo con el cual se convoca al pueblo para que decida sobre un tema de trascendental importancia para la ciudadanía, que puede tener como ámbito territorial el nacional, o el departamental, así como el municipal, distrital o local (p. 281). Esta definición permite afirmar que este modo de participación ciudadana, no tiene definido el asunto sobre el cual versará en tanto que los hechos que la originen son de variada naturaleza, y que corresponden a las caracterizaciones locales, municipales, seccionales, departamentales o nacionales, y cuyo titular, en principio, es el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde, según sea el caso.

El constituyente consagró tales derechos en los artículos 40 y 103 de manera general y en los artículos 104, 105, 297, 319 y 321 regula para el primer caso la consulta popular facultativa del orden nacional, en el segundo a las consultas populares facultativas del orden territorial, en el tercero caso las consultas territoriales obligatorias para crear nuevos departamentos, en el cuarto caso consultas populares obligatorias para la creación de áreas metropolitanas o la anexión de un municipio a una de ellas y el quinto caso se contemplan las consultas territoriales obligatorias para la participación de un municipio en una provincia.

En el ámbito legal la regulación de las consultas populares corresponde a las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, las cuales establecen los procedimientos y requisitos para las consultas populares de todo orden, así como de la asamblea constituyente, en el primer caso, y en el segundo, señala como debe ser la convocatoria y la campaña en los mecanismos de participación ciudadana.

8 MORÓN, M. (1979). "El principio de participación en la Constitución Española". En *Revista de Administración Pública*, Número 89, Madrid. Recuperado el 11 de noviembre de 2017 [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1059142.pdf>].

9 REYES, G. (2016). *Los mecanismos de participación ciudadana y las consultas populares en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Finalmente, la sentencia CConst, C-150/2015, M. González, definió las reglas jurisprudenciales, de manera literal y taxativa.

Así las cosas, las consultas populares devienen en mecanismos cuya complejidad transita de manera paralela a la complejidad de la sociedad actual, que presiona por hacerse, de manera cada vez más concreta, con una forma de protagonismo que le haga copartícipe de las medidas gubernamentales, en las más diversas áreas, estén reguladas o no.

5. La industria minera

La industria minera, tal y como fue definida *supra*, constituye una actividad del alto valor en materia de generación de recursos, para las Administraciones Públicas, sin considerar el modelo de gestión de la renta minera o del tipo de dominio o propiedad sobre los yacimientos mineros o las minas propiamente dicha. En Colombia, y de manera similar en Latinoamérica, los minerales son bienes del dominio público.

En efecto, de acuerdo con el artículo 332, el Estado colombiano es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, lo cual desarrolla el legislador en la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), y precisa que el Estado es propietario de yacimientos minerales, de cualquier clase y ubicación, sea suelo o subsuelo, en su artículo 5.

En este punto cabe resaltar que la industria minera tiene el potencial de dinamizar la economía al demandar grandes inversiones de capital y, por necesidades propias o de las comunidades, genera infraestructura que de otro modo no se realiza¹⁰, con lo cual el Estado obtiene beneficios al captar la renta, sea mediante regalías, que constituye la participación del aquel por ser el propietario del subsuelo, o mediante diversos impuestos mineros o generales a la industria¹¹.

Para los fines del presente trabajo interesa destacar que la categoría de bienes del dominio público de los yacimientos mineros, comportan un título de intervención con el que cuenta el Estado y, en él, el órgano titular de la competencia para su uso y aprovechamiento, con lo cual, se traduce en un mandato para su aprovechamiento racional con el que pone en circulación minerales en la economía nacional o foránea, mediante el otorgamiento de concesiones facultativas, y de lo cual, cumpliendo con las normas ambientales y de carácter económico como el desarrollo sostenible (artículo 79 de la Constitución Política), obtiene recursos

¹⁰ PERNÍA-REYES, M. (2011). El desarrollo de infraestructuras para el aprovechamiento de bienes del dominio público: una visión desde el derecho minero venezolano. En Saddy, A & Linares, A. (Coord.) *Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*. (pp. 331-354), Río de Janeiro, Lumen Juris.

¹¹ GONZÁLEZ, A. VELASCO, A. (2017) Generalidades sobre la renta extractiva: a manera de introducción. En González, A. (Coord.) *La gestión de la renta de la minería y del petróleo en Colombia*. (pp. 13-36). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

que permiten el financiamiento de gasto e inversión pública, en sectores lo cual depende de la calidad de los procesos de inversión y la calidad de los proyectos¹² (Gutiérrez, 2017).

Es la industria minera y sus actividades más emblemáticas, la exploración y la explotación, medios de alta trascendencia en la economía pública y para los privados, al poner a disposición de la gran industria, la materia prima que sostiene el modo de vida de la sociedad actual.

6. La descentralización y la unidad de mercado

El modelo de Estado unitario y descentralización administrativa responde al tipo de organización según la cual, en el que se centralizan las funciones políticas y se desplazan diversas competencias que corresponden a las funciones administrativas¹³.

Conviene en este punto contrastar de inmediato los conceptos de descentralización y unidad de mercado. En el primer caso, estamos frente a una técnica administrativa que “(...) atempera y racionaliza la centralización permitiendo la transferencias de competencias a organismos dotados de personería jurídica diferentes del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de sus respectivas funciones”¹⁴. En el segundo, la unidad de mercado responde al modelo institucional mediante el cual, las normas de carácter económico y del régimen de inversiones, tiene una sola regulación nacional, sin que se fragmente o transfiera su competencia. En este sentido, el artículo 80 de la Constitución Política le atribuye al Estado el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, junto con los artículos 332 y 334 superiores, los cuales consagran a favor del Estado el título de intervención sobre los recursos mineros, en el primer caso y en el segundo, la dirección general de la economía, permiten señalar, junto con Ariño (2003) que “Todo ello se confirma mediante la reserva del Estado como competencia exclusiva, de la regulación de los *grandes parámetros o instrumentos de la política económica (...)*” (cursivas del texto). (p. 194).

Así las cosas, la conciliación y armonización de estos principios no parecieran dar lugar a la posibilidad de que el ámbito territorial pueda, sobre la base de la participación ciudadana o popular, la posibilidad de negar el desarrollo de proyectos mineros, cuando ello lesionaría las propias obligaciones del Estado de planificar el desarrollo y de utilizar los bienes que el constituyente le designó

12 GUTIERREZ, J. (2017) El uso de la renta derivada del sector minero-energético: calidad de la inversión y desarrollo local. En González, A. (Coord.) *La gestión de la renta de la minería y del petróleo en Colombia*. (pp. 81-151). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

13 VIDAL, J. (2005). *Derecho Administrativo* (12ª. Ed). Bogotá, Legis Editores / Universidad del Rosario, p. 41.

14 MARÍN, M. (2016). *Temas fundamentales del Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, p 39.

como titular, con vistas a su mejor aprovechamiento, con un marcado interés fiscal y de impacto nacional.

De tal modo que lo expuesto permite ver que las distintas categorías jurídicas aquí señaladas, están en la necesidad de una armonización en el que no se fraccione la unidad de mercado, cuya titularidad corresponde al Estado, junto con el título de intervención que comportan los bienes declarados de dominio público, junto a la conveniencia de que se desarrolle el derecho fundamental a la participación de las comunidades en los asuntos de su especial interés.

Conclusiones

El presente documento constituye una forma de exponer las normas que regulan el desarrollo de las actividades mineras en Colombia, ante la peculiar trascendencia que han adquirido las consultas populares para expresar la opinión de las comunidades del entorno al yacimiento, sobre su aprobación o no de esa industria.

El actual estado de cosas deviene de la intervención de la Corte Constitucional, cuya declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, por razones de procedimiento legislativo y de reserva legal, pues la materia de la participación ciudadana, corresponde ser regulado por leyes orgánicas, precipitó varias consultas populares, sin que se logren armonizar los principios de unidad de mercado, así como las normas constitucionales que ordenan la planificación y dirección de la economía, junto a la propiedad del Estado sobre el subsuelo, para luego ser alteradas por las sentencias señaladas que cambien diametralmente la interpretación y ordenando que por vía legislativa se pueda establecer el método a aplicar en esta materia.

En definitiva, no puede la Corte Constitucional corregir las disfuncionalidades institucionales ni reestablecer competencias que no le otorgó el constituyente a los municipios, con lo cual la tarea corresponde por entero al legislador, para que proceda a regular el modo de participación de las comunidades en las etapas del procedimiento de concesiones mineras en Colombia.