

El Sector Extractivo en Colombia 2016

Observatorio de las Industrias Extractivas en Colombia

Coordinador:
Fabio E. Velásquez C.

Investigadores:
Juliana Peña
Mario Freddy Martínez
Luis Felipe Jiménez
Alvaro Pardo



El sector extractivo en Colombia 2016

Coordinación Académica y Editorial:

Fabio E. Velásquez C.

Autores:

Juliana Peña

Mario Freddy Martínez

Luis Felipe Jiménez

Alvaro Pardo

Fundación Foro Nacional por Colombia:

Carrera 4A No. 27-62

Bogotá - Colombia

Tel: 57 1 2822550

www.foronacional.org

twitter.com/foronacionalcol

facebook.com/Foronacional/

Diseño y Diagramación:

Catalina Velásquez González

Fotografía

Matt Olson

Catalina Velásquez

Primera edición, Bogotá, Septiembre de 2017

ISBN: 2346-1721

Esta publicación fue realizada con el apoyo financiero de Natural Resource Governance Institute y el respaldo de Brot für die Welt.



TABLA DE CONTENIDO

Presentación	10
Capítulo 1. El “choque de trenes” en la política minera: visiones distintas sobre el modelo de desarrollo del sector	15
La lectura del gobierno nacional	17
Las posturas de la Corte Constitucional	29
El desánimo empresarial por los cambios en las reglas de juego: la incertidumbre jurídica	32
El as bajo la manga de la ciudadanía: las consultas populares	34
¿...Y el legislativo tiene algo que ver?	37
Posibles alternativas para el sector	38
Capítulo 2. El peso del sector extractivo en la economía nacional	43
Las altas y bajas de la producción extractiva	45
La participación del sector extractivo en la economía nacional	49
Los temas de debate	52
Las propuestas sobre los temas de debate	60
A manera de cierre	65

Capítulo 3. El sistema general de regalías. Un breve análisis sobre su implementación	69
Los temas críticos del SGR	70
El buen gobierno en el SGR	84
Análisis territorial del SGR	84
Una reflexión final	96
Capítulo 4. Refinería de Cartagena: más que un caso de mala planeación y estimación de costos	99
La Refinería de Cartagena	100
Ampliación y modernización de la Refinería	101
Investigaciones y posibles responsables	104
El estado actual de la Refinería y el panorama nacional	105
Capítulo 5. Análisis de los contratos mineros en Colombia	111
Introducción	112
Contratos de Aporte	113
Principio del fin del Decreto 2655 de 1988. El Código de Minas	128
Transición de los contratos de aporte en la ley 685 de 2001	129

LISTA DE TABLAS

Capítulo 1

Tabla 1	Títulos mineros otorgados. 2015 y 2016	19
Tabla 2	Clasificación de tipos de minería	26
Tabla 3	Clasificación de tipos de minería según material	27
Tabla 4	Líneas de acción por pilar de la política	28

Capítulo 3

Tabla 1	Distribución de las regalías Municipios de Buenaventura, Castilla La Nueva y Tausa. En COP Millones y Número de proyectos	93
---------	---	----

Capítulo 4

Tabla 1	Valores Recibidos de Glencore	102
Tabla 2	Controles de Cambios	103
Tabla 3	Reservas de Crudo	107
Tabla 4	Oferta y demanda interna de combustibles	108

INDICE DE GRÁFICOS

Capítulo 1

Gráfico 1	Choque de trenes del Sector Minero	
Gráfico 2	Problemas para la promoción del sector minero en Colombia	27
Gráfico 3	Resultado de las consultas realizadas en 2017	35

Capítulo 2

Gráfico 1	Producción de Petróleo Colombia 2005-2016. En miles de Barriles Diarios (KBPD)	44
Gráfico 2	Comportamiento de la exploración de pozos petroleros en Colombia 2005-2016. Meta de Exploración y Resultados	46
Gráfico 3	Firma de Contratos E&P –TEA Colombia 2005-2016	47
Gráfico 4	Producción de Gas en Colombia 2005-2016. En Miles de Millones de Barriles Equivalentes	48
Gráfico 5	Producción de Carbón en Colombia 2005-2016. En Millones de Toneladas	48
Gráfico 6	Producción de oro en Colombia 2005-2016. En Kilogramos	49
Gráfico 7	Aporte del Sector Extractivo al PIB Nacional 2005-2016. (En %)	50
Gráfico 8	Países de América Latina con mayor crecimiento del PIB en 2016. Cifras en (%)	50
Gráfico 9	IED sector extractivo y no extractivo en Colombia 2010-2016	51
Gráfico 10	Comportamiento de las Exportaciones de Colombia 2005-2016. En US\$ Millones FOB	52

Gráfico 11	Comportamiento de las Reservas de Petróleo 2010-2016. En Millones de Barriles Diarios (MMBD)	53
Gráfico 12	Comportamiento de la inflación y crecimiento económico. Colombia 2010-2016. En (%)	54
Gráfico 13	Balanza de cuenta corriente. Colombia. Ingresos y Egresos 2005-2016. En COP\$ Millones	55
Gráfico 14	Flujos de salida de dinero al exterior. Mayores destinos de la inversión colombiana. Acumulado 2010-2016. En US\$ Millones	56
Gráfico 15	Comportamiento de la TRM Colombia 2005-2016. En COP\$ por Dólar Americano	58
Gráfico 16	Donaciones de países para la paz en Colombia. Acumulado 2015-2016	60
Gráfico 17	Plan de Inversiones Estrategias y Objetivos Movilización Económica Plan de Desarrollo 2014-2018. Todos por un Nuevo País. En COP\$ millones	61
Gráfico 18	Participación de las personas que pertenecen al percentil 1 en el ingreso total, y porcentaje de su ingreso que es gravado en Colombia	64
Capítulo 3		
Gráfico 1	Presupuesto del Sistema General de Regalías 2012-2022	71
Gráfico 2	Distribución de los recursos SGR 2012-2016. En COP\$ Millones	72
Gráfico 3	Distribución de los recursos de inversión SGR por regiones 2012-2016	75
Gráfico 4	Distribución de los recursos de inversión SGR por departamentos 2012-2016	77

Capítulo 3

Gráfico 5	Cinco departamentos con mayor (izquierda) y menor (derecha) presupuesto FDR Acumulado 2012-2016 y NBI. En %	78
Gráfico 6	Cinco departamentos con mayor (izquierda) y menor (derecha) presupuesto FCR Acumulado 2012-2016 y NBI. En %	78
Gráfico 7	Cinco departamentos con mayor (izquierda) y menor (derecha) presupuesto FCTel Acumulado 2012-2016 - IDIC 2016. En %	79
Gráfico 8	Distribución porcentual de los proyectos aprobados 2012-2016 por líneas de inversión. SGR	80
Gráfico 9	Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (IGPR) 2016	82
Gráfico 10	Conformación de los OCADS municipales por región 2016	83
Gráfico 11	Ranking de municipios por departamento con giros suspendidos de regalías 2016	85
Gráfico 12	Monto de regalías recibidas municipio de Tausa 2012-2016. En COP\$ Millones	87
Gráfico 13	Monto de regalías recibidas por Buenaventura 2012-2016. En COP\$ Millones	87
Gráfico 14	Monto de regalías recibidas por Castilla La Nueva 2012-2016. En COP\$ Millones	89
Gráfico 15	Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (IGPR) Castilla Tausa y Buenaventura 2016	95

LISTA DE MAPAS

Capítulo 1

Mapa 1	Ubicación de las AEM sobre el territorio nacional	21
Mapa 2	91 municipios concertados a favor de minería	25

ANEXOS

Capítulo 1

Anexo 1	Principales fallos de la corte constitucional relacionados con el sector minero	40
---------	---	----

PRESENTACIÓN

Este es el sexto informe sobre el sector extractivo en Colombia, correspondiente al año 2016, del Observatorio de las Industrias Extractivas, auspiciado por la Fundación Foro Nacional por Colombia. El informe presenta una mirada panorámica sobre el sector, que incluye un análisis de los principales desarrollos normativos y de política pública ocurridos durante el período de referencia, el peso del sector en la economía colombiana, el comportamiento de las regalías -aspecto sobre el cual continúa un importante debate en el país- y los sucesos relacionados con el escándalo de sobrecostos de la Refinería de Cartagena (Reficar). El informe incluye en su parte final una caracterización de los contratos mineros en Colombia.

En los dos últimos informes del Observatorio hemos analizado la estrategia del gobierno para promover el sector, sosteniendo la tesis de “la carrera hacia el fondo”, es decir, el empeño gubernamental por crear las condiciones más favorables -flexibilizando requisitos y generando nuevos incentivos fiscales y normativos- para que la industria pueda mantener y aumentar su inversión en la exploración y explotación de recursos naturales, en un contexto de baja de precios de las materias primas en el mercado internacional. La razón principal que inspira esa estrategia es mantener -incluso, incrementar- la captación de rentas generadas por el sector, a través del pago de regalías e impuestos, como principal fuente de financiación de la inversión pública.

La implementación de dicha estrategia se mantuvo en 2016, fruto igualmente de la presión de los gremios empresariales de la industria minera y de hidrocarburos, no sin resistencias sociales e institucionales que produjeron un álgido debate sobre el sector y una polarización en torno a su rol en el conjunto de la economía y, en general, en el modelo de desarrollo del país, altamente dependiente del comportamiento del sector extractivo. Es lo que intentamos mostrar en el primer capítulo de este informe, bajo la tesis del “choque de trenes”, particularmente en lo relacionado con la política minera. Los pronunciamientos de las Altas Cortes, especialmente de la Corte Constitucional, sobre diferentes aspectos del marco normativo y del manejo del sector en el país en los últimos años han profundizado un debate que marca cada vez más dos orillas de opinión: de un lado, diferentes sectores de la sociedad civil y algunas autoridades locales han manifestado su apoyo a las decisiones de la Corte y del Consejo de Estado, considerando que han procedido con rigurosidad conceptual y en función del respeto por los principios y valores consignados en la Constitución, en particular la defensa de los derechos de las poblaciones más vulnerables.

De otro, el gobierno nacional y los sectores empresariales miran la intervención de las Altas Cortes como factor de inseguridad jurídica y como decisiones hasta cierto punto inoportunas e irresponsables pues omiten el examen de sus consecuencias sobre la economía y el desarrollo del país. La Revista Semana lo resumió de la siguiente manera: “(...) una seguidilla de fallos de

esta alta instancia judicial ha terminado por generar gran incertidumbre jurídica y ha enviado un preocupante mensaje para la inversión privada, clave en el propósito de generar nuevos ingresos, en especial ahora tras la profunda crisis petrolera". (Semana.com, 15 de octubre de 2016).

Lo cierto es que el sector, a pesar del estímulo que el gobierno nacional intenta brindarle, no logra retomar la dinámica que lo caracterizó hace un lustro. El análisis de los indicadores macroeconómicos, incluido en el segundo capítulo del informe, así lo revela: "El 2016 -señalamos en el informe- fue un año difícil para la minería y los hidrocarburos en Colombia. Al turbulento descenso y ascenso de los precios internacionales de los commodities se sumó la caída en la inversión extranjera y la pérdida de protagonismo del sector en la economía". Esa tendencia, como si fuera poco, se desarrolla en un contexto poco favorable, caracterizado por la movilización social en contra del sector y por la crítica que diferentes segmentos de la opinión pública han formulado sobre la estrategia de promover la actividad a toda costa.

Esta situación no deja de ser preocupante para el gobierno por varias razones: en primer lugar, por el agotamiento de las reservas petroleras -principal fuente de recursos públicos- que amenaza seriamente la soberanía energética nacional. En segundo lugar, por el efecto de desaceleración de la economía, acompañada por el alza de precios al consumidor (estancamiento) y su impacto sobre los niveles de empleo y desocupación. Una tercera implicación tiene que ver con las cuentas del Estado, que definitivamente no cuadran, no solo por los bajos precios del petróleo en el mercado internacional, sino por las menores ganancias de Ecopetrol, su sobreendeudamiento y el escándalo de Reficar, que ha afectado seriamente a la empresa. Finalmente, por las demandas realizadas por operadores de títulos que reclaman indemnizaciones ante la imposibilidad de implementar sus proyectos. El gobierno informó que, a 2016, existían demandas en escenarios internacionales por un valor acumulado de US\$ 23.000 millones.

A lo anterior se añaden las críticas que comienza a recibir el funcionamiento del Sistema General de Regalías (SGR) y el debate, que seguramente alimentará la campaña presidencial que se inicia, sobre la necesidad de introducir reformas que permitan el logro de sus objetivos. Este es el tema del tercer capítulo del informe, el cual da continuidad a los análisis realizados en los dos anteriores informes. Contrario a la mirada optimista que el gobierno ha tratado de transmitir sobre los beneficios del SGR, el informe ratifica anteriores hallazgos del Observatorio en el sentido de que el Sistema no logra cumplir con sus objetivos de distribución equitativa de los recursos, eficiencia en el gasto y gobernanza en su manejo. Los problemas tienen que ver en concreto con altos saldos de tesorería, como consecuencia de la lentitud en la aprobación de proyectos, la malversación de recursos y la baja transparencia e información sobre el uso dado a los dineros invertidos. A esto se suma la polémica propuesta del gobierno de destinar un porcentaje de las apropiaciones asignadas a la ciencia y tecnología, por una sola vez, para construir vías terciarias, y el hecho de que en el país no haya hasta el momento un macroproyecto financiado con regalías para el fomento del desarrollo nacional.

Este planteamiento se completa con tres estudios de caso , realizados por Foro Nacional por Colombia para este informe, que muestran el desconocimiento del Sistema por parte de los servidores públicos y, sobre todo, de los actores sociales locales. No existe una comprensión del sistema sobre su carácter, sus objetivos y los dispositivos creados para la asignación de recursos, lo que incide no solo en el deficiente manejo de estos últimos por parte de las autoridades municipales, sino en el bajo nivel de control y veeduría ciudadana sobre el destino y el impacto de esas inversiones.

Continuando con el objetivo del Observatorio de dar cabida al estudio de procesos regionales, el cuarto capítulo del informe se refiere al escándalo producido por la denuncia de sobrecostos en la ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena (Reficar). Este escándalo ha tenido un peso importante en el debate nacional, sobre todo por la coyuntura que atraviesa su propietario inicial y, hoy, accionista minoritario (Ecopetrol) y por las investigaciones judiciales abiertas por la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación en contra de directivos de la Refinería y de Ecopetrol, responsables de las decisiones que llevaron a generar estos sobrecostos en la construcción y montaje de la planta. El análisis señala que estos sobrecostos no fueron simplemente un error de cálculo y de planeación sino un caso de corrupción que debe ser investigado y cuyos responsables deben recibir todo el peso de la ley. Por último, el informe incluye un capítulo sobre los contratos en el sector minero en Colombia, elaborado por Luis Álvaro Pardo, Director de Colombia Punto Medio, quien gentilmente lo cedió para su publicación en el informe. El capítulo examina el tipo y carácter de los contratos mineros en una perspectiva histórica, a la luz de los cambios normativos introducidos por la expedición de los Códigos de Minas en 1988 y 2001 y por la Ley ambiental en 1993. Ese análisis es aplicado a los principales contratos de explotación existentes en el país con las grandes empresas multinacionales, con singular detalle en el Contrato de El Descanso, de la multinacional Drummond.

Lo que, en suma, muestra este informe, especialmente en sus primeros cuatro capítulos, es la necesidad de un viraje respecto a las pautas que orientan el desarrollo de la actividad extractiva en el país. Dicho cambio tiene dos dimensiones: de un lado, mejorar el marco normativo, institucional y de política, de modo que la explotación de recursos naturales se convierta en fuente de beneficios para el país, sus territorios y sus gentes, evitando los impactos negativos, tanto económicos como sociales y ambientales, que hasta el momento ha producido en diferentes regiones. De otro, un debate de mayor alcance sobre el modelo de desarrollo y el lugar de la industria extractiva en él. El trabajo en esas dos dimensiones debe basarse en un mismo dispositivo: el diálogo multi-actor, tanto en el plano nacional como territorial. Colombia necesita dialogar sobre el presente y el futuro de la industria extractiva como parte de una apuesta de desarrollo de largo plazo para el país, en un intercambio de opiniones y visiones que debe involucrar a gobierno, partidos políticos, sector privado, comunidades y autoridades locales, academia y medios de comunicación. Es la oportunidad para construir miradas compartidas y directrices que inspiren el comportamiento de los distintos actores en el futuro.

Esa es la intención de Foro Nacional por Colombia en la tarea que se ha propuesto a través del Observatorio de las Industrias Extractivas y, en particular, de la producción de los informes anuales que entregamos a la opinión pública. Queremos aportar información y conocimiento que sirvan de base para el diseño de políticas públicas y de estrategias de actuación de la sociedad colombiana en su conjunto y, en especial, de las comunidades afectadas por la presencia de la industria extractiva en su territorio. De igual forma, reiteramos nuestro interés en hacer una contribución que permita al sector extractivo vincularse al gran propósito nacional de construir una paz estable y duradera en el país.

Reiteramos nuestro agradecimiento al Natural Resource Governance Institute (NRGI) y, en particular, a Carlos Monge y Fernando Patzy, por el apoyo brindado para la elaboración de este informe. Su rol como interlocutores del equipo de Foro ha sido fundamental para encauzar nuestro análisis y las propuestas consignadas en estas páginas. Agradecemos igualmente a Pan para el Mundo por su permanente invitación a examinar el sector extractivo en el país y en América Latina. Nuestro reconocimiento al equipo de investigación del Observatorio, a quienes ayudaron a su publicación y a todas las personas que nos regalaron parte de su tiempo y de su conocimiento para hacer posible este informe.

FABIO E. VELÁSQUEZ C.

**Coordinador del Observatorio de las Industrias Extractivas en Colombia
Presidente Ejecutivo de la Fundación Foro Nacional por Colombia**



CAPÍTULO 1

**El “choque de trenes”
en la política minera:
visiones distintas sobre
el modelo de desarrollo
del sector**



Las altas Cortes, en particular la Corte Constitucional, han adquirido un papel determinante en el manejo del sector minero: entre el 2010 y el 2016 se produjeron 25 fallos de la Corte Constitucional¹ y 11 sentencias del Consejo de Estado suspendiendo decretos mineros², lo que ha mostrado la necesidad de un viraje respecto a las pautas que deben orientar el desarrollo de esta actividad en el país. Recientemente, ha tenido lugar un incremento en su activismo judicial haciendo perentorios llamados de atención sobre la obligación del Estado de garantizar los derechos individuales y colectivos, y reivindicar nuestra Constitución ecológica.

1 De estos veinticinco fallos, más del 90% han representado decisiones adversas para las compañías. La Silla Vacía, "El activismo judicial de la Corte Constitucional en materia minera", 11 julio 2016. Disponible en: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/el-activismo-judicial-de-la-corte-constitucional-en-materia-minera>

2 Revista Dinero.com. "Pese a la caída de la inversión, los mineros tienen grandes planes en Colombia para 2025", 24 diciembre 2016. Disponible en: <http://www.dinero.com/economia/articulo/planes-de-mineros-en-colombia-para-el-2025/240451>

Hemos llegado a esta situación crítica como consecuencia del acelerador puesto a la minería por parte de los gobiernos de turno en los últimos quince años, tanto por decisiones políticas como por un marco regulatorio expansionista, aprovechando el auge de los precios de los *commodities* y ahora en la "carrera hacia el fondo" para hacer frente al fin de este súper-ciclo. No obstante, esta situación crítica también puede asumirse como el momento crucial detonador del cambio hacia una nueva visión del sector y de desarrollo del país para el corto y largo plazo que recoja posturas e intereses de los diversos actores.

En materia minera, la Corte Constitucional ha despertado diversas críticas y posiciones frente a sus decisiones. Por un lado, se considera que ha procedido con rigurosidad conceptual, basada en desarrollos previos, enviando señales claras de su apuesta por mantener una unidad en su postura, manteniendo siempre en su horizonte su función de velar por el respeto de los principios y valores consignados en la Constitución Política y por la defensa de los derechos de las poblaciones más vulnerables. Desde otra orilla, se la ve como menos integral en su acción, con un tinte antieconómico, generadora de inseguridad jurídica, y que no sopesa de manera exhaustiva las consecuencias de sus decisiones sobre la economía y el desarrollo. Así lo expresó la Revista Semana: "(...) una seguidilla de fallos de esta alta instancia judicial ha terminado por generar gran incertidumbre jurídica y ha enviado un preocupante mensaje para la inversión privada, clave en el propósito de generar nuevos ingresos, en especial ahora tras la

profunda crisis petrolera". (Semana.com, 15 de octubre de 2016).

Este "choque de trenes", del gobierno y el sector privado, de un lado -cada uno con sus argumentos específicos-, y sociedad civil y altas Cortes, de otro, ha profundizado la polarización en el escenario local y nacional, incrementando los conflictos socio-ambientales, las tensiones entre diferentes entes gubernamentales y con las entidades judiciales, lo que ha debilitado su credibilidad y su capacidad de respuesta, y contribuido a limitar de manera considerable las posibilidades de encontrar salidas consensuadas al punto de estancamiento en el que se encuentra la actividad minera en la actualidad. Este panorama agrieta más nuestra democracia en un contexto más amplio en donde hay gran incertidumbre y desafíos sobre la implementación del acuerdo final de paz (ver Gráfico 1).

¿Dónde está la raíz de esta situación? ¿Qué dicen los diferentes actores?

La lectura del gobierno nacional

Para el gobierno nacional la seguidilla de fallos de la Corte Constitucional ha sido nefasta para el impulso y dinamismo de la actividad minera, sector considerado como fundamental por sus potenciales aportes económicos y sociales en la región de influencia y en los ingresos de la Nación.

Uno de los puntos neurálgicos de la reciente situación es que, en su criterio, las decisiones de las altas Cortes han dejado sin piso jurídico el *procedimiento de otorgamiento de títulos mineros*, dejando al gobierno maniatado



para fomentar el desarrollo de la actividad minera en el país y, por el contrario, dándole cabida a la minería ilegal. Es importante recordar que, durante el primer gobierno de Santos, en febrero de 2011, la ANM decidió suspender la recepción de propuestas de contratos de concesión pues tenían represados alrededor de 20 mil solicitudes, reconociendo limitaciones en su capacidad de gestión y trámite para ponerse al día. El plan de descongestión que inicialmente se había propuesto para unos meses terminó alargándose hasta el segundo semestre de 2013 y, una vez se reabrió la ventanilla para nuevas solicitudes, la Contraloría General emitió una función de advertencia sobre los riesgos que podrían existir por esa reapertura ya que la autoridad minera aún no había saldado completamente esta necesidad, teniendo aún más de 6.000 solicitudes por resolver, al tiempo que el Catastro Minero no estaba funcionando de manera óptima. Este antecedente también da cuenta de las diferentes decisiones tomadas en el sector de tiempo atrás, lo que sugiere que la actual

situación no sólo ha sido consecuencia de decisiones recientes.

Procedimiento ordinario: “primero en el tiempo, primero en el derecho”

Son dos los aspectos por resolver:

1. La necesidad de establecer un procedimiento para que las entidades territoriales y la autoridad minera nacional lleguen a acuerdos sobre la adjudicación de contratos de concesión en las jurisdicciones correspondientes para garantizar el ambiente sano, las cuencas hídricas, la salubridad, y mejores condiciones económicas, sociales y culturales, aplicando principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política (Sentencias C-123 de 2014 y C-273 de 2016).
2. Garantía del derecho a la participación ciudadana libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados (Sentencia C-389 de 2016).

Como salvavidas al dictamen de la Sentencia C-123 de 2014, el gobierno nacional expidió el llamado “decreto navideño” (2691 de 2014) en el cual establecía el procedimiento para acordar con las entidades territoriales el desarrollo de la actividad minera y la protección del ambiente. Según el análisis realizado por el Consejo de Estado, el decreto le otorgaba al Ministerio de Minas casi la totalidad de la decisión sobre las medidas de protección al medio ambiente y cargaba de manera desproporcionada

al municipio (en lo institucional y financiero) con requisitos y tiempos definidos que eran de difícil cumplimiento por parte de los entes territoriales, amén de la usurpación de sus competencias. Así lo expresó el Consejo: [el procedimiento] “no admite un proceso de deliberación y decisión como establece la Sentencia C-123, sino que es una imposición de la Autoridad Nacional sobre las Entidades Territoriales”. Además, señaló que la definición de ese procedimiento era una competencia exclusiva del órgano legislativo, por lo que decidió suspender el decreto en 2015 dejando al gobierno sin un procedimiento legal para seguir otorgando títulos mineros.

Rodrigo Negrete, abogado ambientalista, afirmó³:

“La vulneración al principio de autonomía territorial se da por el actual procedimiento de otorgamiento de títulos ya que no se están considerando los intereses locales, ni la vocación ni la forma de habitar de las comunidades ni de los instrumentos de planeación. La regulación del uso del suelo le corresponde al municipio y la propiedad del subsuelo es copropiedad del municipio. Por eso debe ser partícipe de ese proceso. La titulación minera se materializa en el municipio”.

Al respecto la presidenta de la Agencia Nacional de Minería, Silvana Habib Daza expresó: “prácticamente desde 2014 no ha sido posible expedir títulos por la incertidumbre jurídica. Esto le da cabida a la ilegalidad que no necesita licencia, no cumple

³ Entrevista realizada el 2 junio 2017.

obligaciones sociales y no paga impuestos ni regalías” (Semana.com, 15 octubre 2016). Adicionalmente María Isabel Ulloa⁴, ex Viceministra de Minas, afirmó: “hacer minería bien hecha cuesta, por lo que, cuando se va a tener una alta inversión, se requiere certidumbre”.

Paradójicamente la ANM en su informe de gestión de 2015 reportó el otorgamiento de 274 nuevos títulos, sumados a 19 concedidos por la Gobernación de Antioquia. Igualmente, en 2016 la ANM informó sobre 254 nuevos títulos más 5 otorgados por la Gobernación de Antioquia. Los informes resaltan que durante este periodo ocurrieron cambios normativos, lo cual originó que ciertos trámites se vieran interrumpidos, situación que impidió cumplir con su finalidad.

Al mirar en detalle los nuevos títulos otorgados por la ANM, en 2015 se observa que el 49% correspondieron a contratos de concesión y licencias de explotación. Se podría asumir que fueron adjudicados antes de la suspensión dada por el Consejo de Estado en junio. En 2016, la mayoría de títulos, el 92%, correspondieron a autorizaciones temporales. Estas son incluidas en el Código de Minas en el capítulo XIII y se relacionan con la utilización de materiales de construcción. Adicionalmente, están consignadas en la Ley 1682 de 2013 la cual define que la reglamentación de las autorizaciones temporales será establecida por el Ministerio de Transporte y de Minas para proyectos de infraestructura y transporte. Éstas pueden ser solicitadas por entidades públicas, territoriales, empresas y contratistas, y son consideradas como un trámite especial

⁴ Entrevista realizada el 6 julio 2017.

Tabla 1. Títulos mineros otorgados. 2015 y 2016

Modalidad	2015	2016
Contrato concesión y licencia explotación	134	5
Legalización	30	15
Autorizaciones temporales	110	234
Total de títulos otorgados	274	254

Fuente: ANM. Informes de Gestión 2015 y 2016

para obtener los materiales de construcción para la infraestructura y mejora de vías públicas.

De otro lado, cinco títulos mineros fueron concedidos para contratos de concesión. Aquí surge la incógnita de cómo fueron otorgados teniendo en cuenta la falta de la norma respectiva que lo permitiera, atendiendo la sentencia de la Corte. Durante el 2016 se conocieron varias comunicaciones de la ANM a diferentes Alcaldías en donde notificaban el inicio de un proceso de titulación minera, se daba información puntual como la ubicación del terreno, extensión, mineral que se quería explotar y actividades por realizar, y les solicitaba estudios técnicos que debían ser presentados en un plazo de 30 días. Aparentemente, esto lo hacía atendiendo a lo establecido en la Sentencia C-123 de 2014, al señalar que se realizaba en aras de garantizar la participación real y efectiva de las autoridades territoriales en el proceso previo al otorgamiento del contrato de concesión. La comunicación lo señalaba de la siguiente manera:

“(…) se encuentra en trámite de estudio y evaluación la propuesta de concesión minera XXXX, ubicada en su



jurisdicción, la cual, una vez efectuado el correspondiente estudio técnico, no se encuentra superpuesta con ninguna área excluida de la minería, con el objeto de que despacho (sic), en ejercicio de sus funciones, participe de conformidad con la parte resolutoria de la sentencia C-123 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional (...)” (...) en consecuencia, esta entidad queda atenta a su respuesta, en un término de 30 días, que para el efecto señala el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual a solicitud expresa puede ser prorrogado por un plazo de 30 días adicionales. No sin antes recordar, que, de conformidad con la normativa vigente, la participación de la entidad territorial que usted representa y las propuestas que formule, debe estar soportada en estudios técnicos, sociales y ambientales, las cuales podrán

sustentarse, entre otros, en los estudios realizados para la expedición de los Planes de Ordenamiento Territorial, o en los elaborados por las Corporaciones Autónomas Regionales”.

En esa época el municipio de Salento ocupó los titulares de los medios de comunicación pues el alcalde expresó haber recibido la carta y manifestó públicamente con el director de la Corporación Regional del Quindío la preocupación frente a las posibilidades de que se iniciaran proyectos de concesión minera. La ANM contestó:

- “La ANM, como autoridad minera, está garantizando la participación a las entidades territoriales en el proceso de titulación minera, buscando mitigar la posible afectación del proyecto minero.
- Una vez verifica que el área de la solicitud del contrato de concesión minera no se encuentra en un área excluida para minería, envía al alcalde o a los alcaldes de los municipios en los cuales se ubica la solicitud, una consulta para que tengan conocimiento de los proyectos, y puedan aportar elementos que favorezcan a su región y a su población.
- Este proceso de consulta a los alcaldes nunca antes se había hecho en el país, y es un mecanismo que busca realizar la minería bien hecha con el visto bueno de los diferentes actores regionales”⁵.

⁵ Comunicado de la ANM publicado el 9 mayo 2016. Disponible en: https://www.anm.gov.co/?q=anm_garantiza_consulta_a_alcaldes_sobre_proyectos_mineros

Esta oleada de comunicaciones prendió las alarmas para los alcaldes, los Concejos Municipales y los habitantes de los municipios en varias regiones del país, por lo que los congresistas del Polo Democrático, Alberto Castilla, Iván Cepeda y Alirio Uribe enviaron una carta en mayo de 2016 al Ministro de Minas, Germán Arce, pidiéndole que se abstuviera de entregar títulos mineros hasta que se expida una ley que reglamente el procedimiento para ello, tal y como lo había indicado el fallo de la Corte Constitucional. También solicitaron adoptar los correctivos necesarios para que las decisiones sobre el tema tengan en cuenta la normatividad vigente (Osorio, 13 mayo 2016).

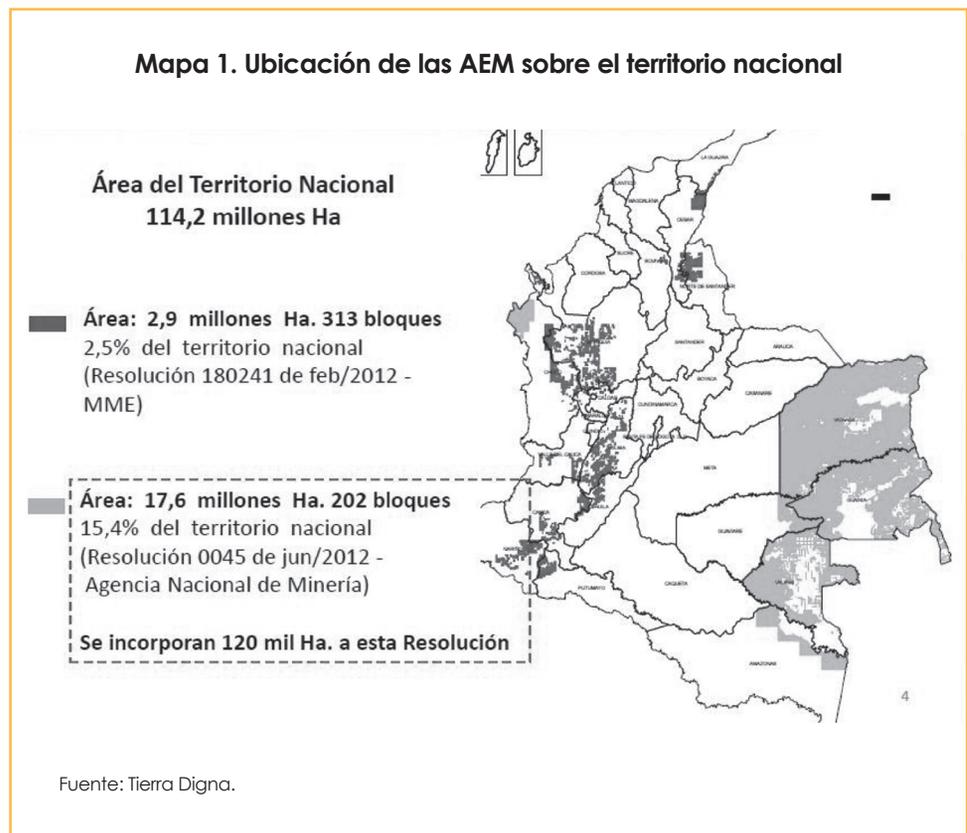
El meollo del asunto para los congresistas, alcaldes y otros actores es que con esta carta se establece un procedimiento de manera unilateral y es la ANM quien decide cómo participa la entidad territorial, situación opuesta al llamado hecho por la Corte a la concertación entre el orden nacional y local.

Las Áreas Estratégicas Mineras para Rondas Mineras

Dos Resoluciones⁶ fueron expedidas por el Ministerio de Minas y la ANM en 2012 para declarar más de 20 millones de hectáreas del territorio nacional como Áreas Estratégicas Mineras (AEM), con el propósito de fomentar el crecimiento y desarrollo sostenible del sector. Las AEM tuvieron su origen en las leyes de los Planes Nacionales de Desarrollo (Ley 1450 de 2011 y 1753 de 2015) y quedarían reservadas para labores de exploración y explotación de minerales estratégicos a gran escala, y serían

sometidas a otro procedimiento de titulación: *la selección objetiva*. Este procedimiento -equivalente a las rondas en hidrocarburos- tenía la intención de hacerlo competitivo y riguroso: "no se suscribirían contratos de concesión bajo el régimen ordinario de concesión del Código de Minas, ni recibiría nuevas propuestas para celebrar contratos de concesión bajo dicho régimen"; se pre-establecían los términos de referencia y las contraprestaciones que los interesados debían ofrecer, garantizando en últimas que el Estado pudiera ejercer mayor control para seleccionar los concesionarios.

Mapa 1. Ubicación de las AEM sobre el territorio nacional



⁶ Resoluciones No. 180241 de 2012 del Ministerio de Minas y Energía y No. 0045 de 2012 de la Agencia Nacional de Minería.



Esta nueva intención, que a primera vista se podría apreciar como positiva para dar nuevos aires al sector minero, rápidamente fue frenada, pues las AEM quedaron ubicadas en 20 departamentos (20.3% del territorio), incluyendo zonas de la Amazonía, la Orinoquía, el Chocó Biogeográfico y el Macizo Colombiano, donde hay territorios ancestrales, colectivos y no fueron consultados con sus poblaciones. Por esto, el 15 de mayo de 2015, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó la suspensión de los efectos jurídicos de las Resoluciones respectivas pues se violó el *derecho fundamental a la consulta previa*, ya que debe garantizarse dicho derecho en todas las medidas administrativas y decisiones que busquen implementar planes de desarrollo y explotación minera en el país.

Posteriormente, la Corte Constitucional con la Sentencia T-766 de 2015 dejó sin valor y efecto jurídico los 516 bloques conformados en las AEM pues consideró que la delimitación de dichas áreas requería del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades

étnicas, al ser una medida que las afecta directamente. Además, encontró que al realizarse este procedimiento no se consideraron los siguientes aspectos (Tierra Digna, 2016):

- Los estudios poblacionales y socio-ambientales correspondientes en los que, además de la disponibilidad de minerales, se considerara la configuración ecosistémica, la destinación y vocación productiva de dichos territorios y la importancia cultural para las comunidades que los habitan o circundan.
- El análisis de las consecuencias e impactos previsible de la delimitación de los bloques, sobre el equilibrio ecológico y social.
- La participación de las entidades territoriales y de las poblaciones rurales que serían afectadas con la delimitación.

Esta decisión fue celebrada por los consejos comunitarios y habitantes afectados, y también por otras organizaciones sociales y sectores de la sociedad. Se percibió como una oportunidad para democratizar e incluir la voz de la ciudadanía en el ordenamiento territorial y en la política minera. Esto es, fortalecer y reivindicar el derecho a la participación ciudadana y a la consulta previa que seguramente redundará en la mitigación de conflictos socio-ambientales.

La ANM planteó en su Informe de Gestión de 2016 que había puesto un recurso de súplica contra la providencia del Consejo de Estado, pero hasta esa fecha no había tenido respuesta. En ese punto la ANM retoma y

analiza las Sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016, C-221 de 2016, C-389 de 2016 de las cuales concluye que "no existe a la fecha un mecanismo de concertación con las entidades territoriales, como lo disponen las decisiones de la Corte Constitucional, así como tampoco una definición de lo que se entiende por acreditación de la idoneidad ambiental y laboral de los proyectos mineros" (ANM, 2016; 71).

En ese mismo año, el Servicio Geológico Colombiano cruzó la información actualizada sobre las áreas evaluadas y zonas de interés con alto y medio potencial para minerales estratégicos con el Catastro Minero para determinar que 303.150 hectáreas resultaron disponibles. Esto con el fin de identificar de manera precisa los municipios involucrados y determinar las autoridades locales con quienes se debe concertar, los POT/EOT que deben ser revisados, verificar la presencia de comunidades étnicas e identificar las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) que tienen jurisdicción en esos territorios. Esto es, según la ANM, avanzar en los trámites que exige la Corte Constitucional para una nueva declaratoria y para reformular el plan de trabajo y el cronograma de los procesos objetivos de selección, los cuales requieren delimitación.

Así, desde la ANM se comenzó con una nueva estrategia para enfrentar las dificultades del sector. Su presidenta públicamente expresó en el tercer Encuentro Nacional de Autoridades Ambientales y Sector Minero, realizado en octubre de 2016: "una de las apuestas para la Agencia en 2017, son las alianzas con las autoridades territoriales y ambientales en los departamentos donde

hay actividades extractivas, para trabajar conjuntamente a favor de una minería bien hecha"⁷.

En esa línea, en 2017 la ANM emprendió su apuesta para consolidar la *minería bien hecha*, para realizar audiencias públicas con participación de terceros -basada en el artículo 259 de la Ley 685 de 2001-, siguiendo, según esta entidad, los lineamientos de las sentencias de la Corte Constitucional, además de la concertación con los alcaldes y la evaluación de los elementos técnicos, económicos y jurídicos⁸. Esto quiere decir que la ANM ha procedido, aún sin contar con un protocolo expedido por el Congreso de la República, eludiendo así los mandatos de la Corte.

Según la ANM, a julio de 2017 las cuentas van en 91 municipios de 20 departamentos que han decidido dar luz verde a las actividades mineras en sus jurisdicciones, acuerdos a los que han llegado con la autoridad minera bajo el lema de que sí se puede conciliar los intereses de las partes involucradas bajo el concepto de la minería bien hecha. Con estas concertaciones se busca definir las áreas para la realización de actividades mineras antes de la suscripción de los contratos de concesión teniendo en cuenta las que ambientalmente están prohibidas para la minería. La presidenta de la ANM ha expresado lo siguiente:

7 ANM. (20 octubre 2016). "Coordinación minero ambiental: de utopía a realidad". Disponible en: https://www.anm.gov.co/?q=coordinacion_minero_ambiental_de_utopia_a_realidad_boletin_prensa

8 Véase AUTO GCM N° 735 del 4 mayo 2017. Agencia Nacional de Minería. "Por medio del cual se ordena la celebración de la audiencia y participación de terceros, dentro del trámite de la propuesta de contrato de concesión No 0G2-12273 y se toman otras determinaciones". Municipio de Fundación, Magdalena.

“Desde la Agencia Nacional de Minería hemos realizado importantes acercamientos con las autoridades municipales, incluyendo Concejos Municipales, para darles de primera mano la información real sobre su potencial minero, los contratos otorgados en su municipio, y las solicitudes pendientes en sus territorios, para que de manera informada puedan decidir sobre el futuro de su municipio en materia minera conociendo las oportunidades que le brinda la minería bien hecha, en materia de empleo, regalías, desarrollo, obras públicas, etc. Hemos conversado con alcaldes que no saben, por ejemplo, que al prohibir la minería prohíben también la explotación de materiales para construcción, base para sus obras de infraestructura y desarrollo. Algunos quieren incurrir en los gastos propios de una consulta cuando en su municipio no tienen solicitudes de contratos de concesión pendientes ni potencial para gran minería. Por el contrario, solo tienen tres o cinco títulos mineros de material de arrastre, arena, grava, o minerales para la construcción”⁹.

Para esta entidad los diversos intereses finalmente convergen en que el aprovechamiento de los recursos minerales y de recursos para los habitantes se haga de forma responsable en lo técnico, lo ambiental y lo social con la implementación de las mejores prácticas existentes, la mitigación de los impactos que se puedan generar

9 ANM. (13 julio 2017). “91 municipios le dicen Sí a la minería bien hecha”. Disponible en: https://www.anm.gov.co/?q=91_municipios_principal

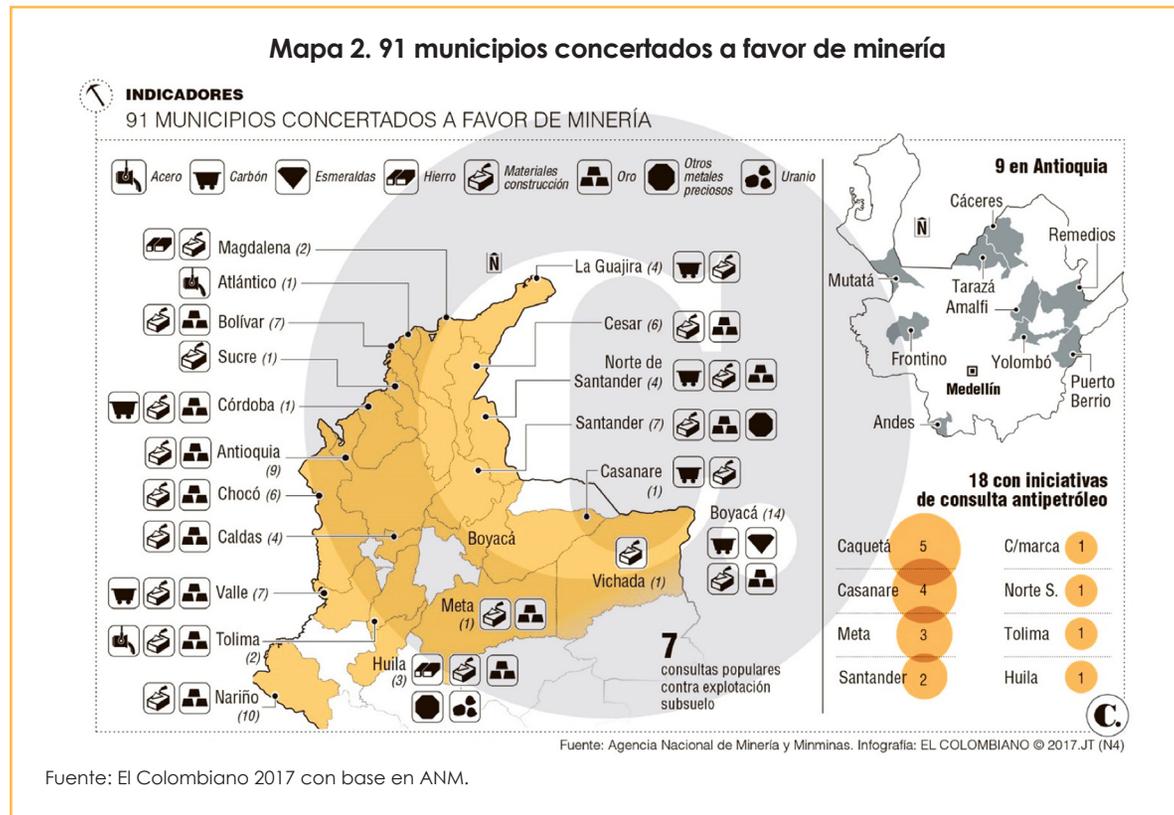
en el ambiente y la sociedad, y que en las decisiones participen todos los involucrados. Según su interpretación la audiencia pública es el mecanismo para atender los lineamientos de la Corte Constitucional de forma que los habitantes puedan participar activamente; este es un escalón más del procedimiento, además de la concertación que hacen con los alcaldes y de la evaluación técnica que realizan.

María Isabel Ulloa¹⁰, ex Viceministra de Minas, trae a la discusión otro argumento: “el gobierno tiene una facultad reglamentaria y la usa”. Le corresponde diseñar la política pública minera y esa facultad es una de las herramientas que tiene para concebirla. El ideal sería construir una política consensuada, sin embargo, esto lleva tiempo y no se puede parar el sector para lograr ese gran consenso. Es ideal hacerlo, pero no puede bloquear el sector. El gobierno tiene que cumplir con su función y lo ideal sería construir una nueva política consensuada, pero no se puede bloquear el sector mientras tanto”. Y llama la atención sobre la importancia de ponerse desde el lugar de las distintas perspectivas.

La Sentencia C-389 de 2016 estipula que se debe establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, y según la interpretación que realiza Rodrigo Negrete¹¹, se debe reformar el código de minas para cumplir con este mandato. Mientras se concreta una ley que reglamente la participación ciudadana se debe diseñar temporalmente un protocolo que asegure este derecho.

10 Entrevista realizada el 6 julio 2017.

11 Entrevista realizada el 2 junio 2017



La política minera en Colombia

En 2016 el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución 40391, del 20 de abril, por medio de la cual adoptó la política minera. Esta recogió diferentes políticas y lineamientos, y dejó una única política integral para el país. La política se fundamenta en seis pilares:

1. Seguridad jurídica

2. Condiciones competitivas

3. Confianza legítima

4. Infraestructura

5. Información

6. Autoridad minera fortalecida

La política se concibe, además, como un instrumento para incrementar las externalidades positivas en los territorios mineros en materia de empleo, ingresos, regalías, tributos, y pueda adaptarse a las fluctuaciones del mercado y del contexto internacional. Parte del supuesto de que el sector es heterogéneo y complejo, que tiene

varias escalas¹² y estándares de producción y manejo ambiental, y reconoce la existencia de la actividad extractiva ilícita, que en muchas ocasiones se la confunde con la legal y formal. En últimas, el desarrollo de la actividad minera debe generar mejoras en la calidad de vida, desarrollo regional y nacional.

Los principales retos que identifica la política para la promoción del sector se desprenden de los problemas que aparecen en la gráfica 2. Con este contexto desafiante, la política avanzó en realizar una clasificación de la minería según la producción o el tamaño. Este trabajo se reglamentó mediante el Decreto 1666 de 2016, en el que se definen los criterios de clasificación de cada tipo:

- **De subsistencia:** realizada únicamente a cielo abierto, que desarrollan personas naturales para la extracción y recolección de: (i) arenas y gravas de río para construcción; (ii) arcillas; (iii) metales preciosos; y (iv) piedras preciosas y semipreciosas, sin la utilización de ningún equipo mecanizado o maquinaria para su arranque. Incluye las labores de barequeo y la recolección de los minerales mencionados en desechos de explotaciones mineras previas.

¹² Pequeña escala, que son la mayoría de unidades de producción y tiene deficiencias; mediana escala como carbón en el interior del país, esmeraldas en Cundinamarca y Boyacá, cobre en Chocó. Estos proyectos tienen mayor información sobre recursos y reservas, cumplen con normas laborales, de seguridad e higiene y manejan los impactos ambientales; los grandes proyectos mineros se realizan bajo mejores condiciones y estándares técnicos, económicos, ambientales y sociales

- **Pequeña, mediana y gran minería:** Las definió de acuerdo a la etapa del título minero así:

Etapa de exploración, construcción y montaje: de acuerdo con el número de hectáreas otorgadas en el título

Tabla 2 – Clasificación de tipos de minería

Clasificación	Número de Hectáreas
Pequeña	Menor o igual a 150
Mediana	Mayor a 150 pero menor o igual a 5.000
Grande	Mayor a 5.000 pero menor o igual a 10.000

Fuente: ANM. Informes de Gestión 2015 y 2016

Etapa de explotación: de acuerdo con el volumen de producción minera máxima anual. Aplica para carbón, materiales de construcción, metálicos, no metálicos, metales preciosos, piedras preciosas y semipreciosas

La autoridad minera debe en un tiempo no mayor a un año establecer el rango en el que se encuentran los títulos mineros existentes para que se pueda aplicar acciones diferenciales. La política establece para cada uno de los seis pilares definidos algunas líneas de acción (Cuadro 4).

En términos generales se aprecia que la meta de integrar los distintos lineamientos y políticas en una sola quedó a media marcha. Si bien se avanzó en definir las escalas de la minería, un asunto inaplazable para el sector, y se partió, por lo menos en el discurso, de reconocer al sector como heterogéneo y complejo,

Gráfico 2 – Problemas para la promoción del sector minero en Colombia



Tabla 3 – Clasificación de tipos de minería según material

Mineral	Pequeña		Mediana		Grande	
	Subterránea	Cielo abierto	Subterránea	Cielo abierto	Subterránea	Cielo abierto
Carbón (Toneladas/año)	Hasta 60.000	Hasta 45.000	Desde 60.000 hasta 650.000	Desde 45.000 hasta 850.000	Más de 650.000	Más de 850.000
Materiales de construcción (M³/año)	N/A	Hasta 30.000	N/A	Desde 30.000 hasta 350.000	N/A	Más de 350.000
Metálicos (toneladas/año)	Hasta 25.000	Hasta 50.000	Desde 25.000 hasta 400.000	Desde 50.000 hasta 750.000	Más de 400.000	Más de 750.000
No metálicos (toneladas/año)	Hasta 20.000	Hasta 50.000	Desde 20.000 hasta 300.000	Desde 50.000 hasta 1.050.000	Más de 300.000	Más de 1.050.000
Metales preciosos (oro, plata y platino) (toneladas/año o M³/año)	Hasta 15.000 ton/año	Hasta 250.000 M ³ /año	Desde 15.000 hasta 300.000 ton/año	Desde 250.000 hasta 1.300.000 m ³ /año	Más de 300.000 ton/año	Más de 1.300.000 m ³ /año
Piedras preciosas y semipreciosas (toneladas/año)	Hasta 20.000	N/A	Desde 20.000 hasta 50.000	N/A	Más de 50.000	N/A

Fuente: Decreto 1666 de 2016

Tabla 4. Líneas de acción por pilar de la política

Seguridad Jurídica	Reglas claras para evitar el cambio normativo en el tiempo.			
		Apoyo para la regularización ambiental.	Apoyo para la regularización de la actividad minera.	
Condiciones Competitivas.	Revisión y flexibilización, según la normatividad vigente, de las fórmulas de pago y regalías pactadas en los contratos mineros, de acuerdo con el ciclo de precios de los minerales.			
	Identificar y promover la generación de oportunidades en reducción de costos de la actividad minera a través la innovación y el desarrollo tecnológico.		Acceso a recursos de crédito para el desarrollo de la pequeña minería.	
		Fortalecimiento salarial de la pequeña minería.	Asistencia técnica.	
		Promoción de Mercados.	Mejores prácticas para el fomento de la pequeña minería.	
Confianza Legítima	Mapeo, caracterización y diseño de estrategias para intervención de actores clave.			
	Diálogos y coordinación con gobiernos territoriales.			
	Mecanismos de participación y diálogo para lograr condiciones de mutua confianza entre los actores involucrados en la cadena de valor de la minería.			
	Mejora en la participación económica de las regiones en el desarrollo y ejecución del proyecto minero.			Apoyo para la mejora de las condiciones de vida.
Infraestructura	Vías férreas, Carreteras de primero, segundo y tercer nivel que requiere la mediana minería del interior del país. Navegabilidad del río Magdalena.			
Información	Generar y poner a disposición la información del potencial minero para la actividad de la inversión.		Disponibilidad de información geológica minera en línea de fácil acceso.	
	Solicitar y administrar la información proveniente de los titulares.			
INSTITUCIONALIDAD MINERA FORTALECIDA Y EFICIENTE.				

Fuente: Política Minera Colombia

varias son las dudas que dejan un gran sinsabor: se planteó la gran dificultad de la minería ilegal pero no abordó estrategias innovadoras y de trascendencia para enfrentar el asunto de la formalización, uno de los grandes fracasos de nuestra historia minera¹³.

La llamada heterogeneidad no pasó por pensar una política con enfoque diferencial –étnico en particular- que evite las reiteradas vulneraciones a los derechos de estas poblaciones por impulsar a como dé lugar el sector; a pesar de citar las diferentes sentencias de la Corte, la política no hizo alusión alguna a cómo incluir la participación ciudadana tanto en el proceso de otorgamiento de títulos como durante las diferentes fases de la cadena de valor. Tampoco a la garantía del principio de autonomía territorial ni a acciones concretas para mejorar la coordinación institucional (horizontal y vertical). La política carece de un abordaje integral y no subsana falencias que se han identificado en varias ocasiones, por ejemplo, reglas claras para el cierre de minas.

La promoción de la actividad minera, tal y como quedó planteada, no es nada distinto a la visión del sector que ha imperado en las últimas décadas y que ratifica el rumbo tomado de "la carrera hacia el fondo": marco jurídico favorable a la inversión extranjera, apoyarse en el sector infraestructura para permitirle mejorar condiciones de competitividad, crear confianza en el sector privado, asegurar la coordinación institucional

¹³ Además, en varios casos la informalidad termina en el mismo costal de la ilegalidad.

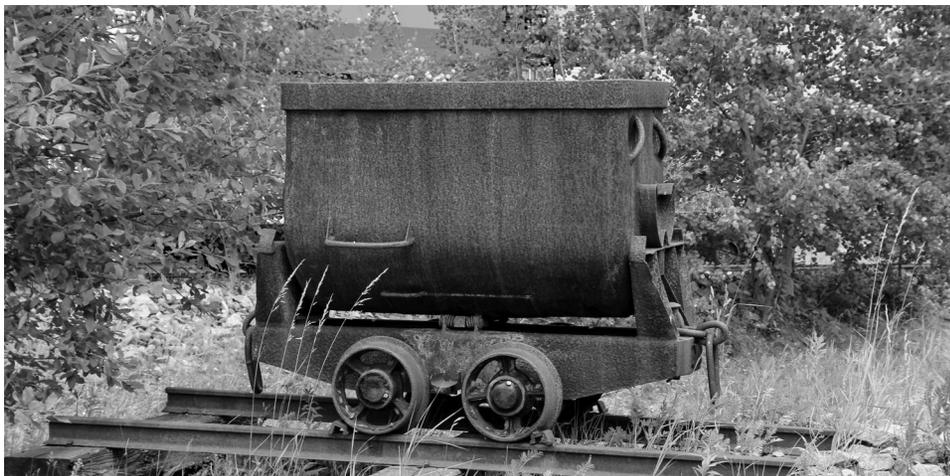
para agilizar trámites, etc. Esto confirma lo dicho por el gobierno nacional innumerables veces: el modelo de desarrollo no se negocia. Continúa siendo una política sectorial que, a pesar de acertar en el enunciado de los retos que enfrenta el sector, define unas estrategias que terminan resolviendo sólo una parte de los problemas -las demandas de las empresas- y deja en espera otros, que a juicio de muchos son los estructurales y están generando la mayor conflictividad en el país. Los aspectos sociales y ambientales, unas de las mayores preocupaciones de la sociedad en general, no fueron contemplados¹⁴.

Las posturas de la Corte Constitucional

Es fundamental reconocer que la creciente jurisprudencia¹⁵ de la Corte Constitucional relacionada con el desarrollo minero responde a dos asuntos trascendentales: de un lado, a problemas de fondo, puesto que hay una falta de sinergia normativa entre las dimensiones minera y ambiental, que las ubique en igualdad de jerarquía y se orienten en una misma dirección con una visión unificada del sector, así como de una mínima coordinación entre las entidades administrativas de los sectores que deben confluir (Minas, Ambiente, Interior, Agricultura...) para promover la actividad minera.

¹⁴ El exministro de Minas, Amylkar Acosta, expresó su opinión frente a la actual situación de la minería en la que enfatiza la conflictividad social y la inseguridad jurídica: "Las regiones y los territorios donde se desarrolla la actividad extractiva tienen unos conflictos que no se han resuelto en los usos del suelo por la falta de ordenamiento del territorio"; y agregó: "el cambio en la ley de regalías generó un desequilibrio en los municipios que pasaron de tener un 70% de ingresos por regalías a solo un 9%".

¹⁵ Ver Cuadro anexo sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sector minero



De otro lado, a los "oídos sordos" del gobierno nacional, por su afán de mantener a flote el sector, inicialmente aprovechando el auge de precios internacionales y ahora, desde 2014-2015, como salvavidas para afrontar el fin del súper-ciclo. En este contexto el gobierno nacional ha adoptado -impuesto- una normativa y un conjunto de políticas desde Bogotá, e impulsado significativamente esta actividad desbordando rápidamente las capacidades de las instituciones para su adecuado control y manejo, no sólo provocando conflictos con las entidades territoriales y la sociedad civil sino vulnerando los principios constitucionales como el de la autonomía territorial y los derechos fundamentales de las poblaciones.

Los pronunciamientos de la Corte apuntan a la defensa de la Constitución Verde, del modelo de desarrollo sostenible, dándole primacía al interés colectivo sobre el de los particulares. En sus distintas providencias ha hecho un análisis profundo sobre las consecuencias y los impactos que produce esta actividad en términos económicos, ambientales y sociales, haciendo reiterados llamados sobre

la necesidad de garantizar que el país se desarrolle protegiendo el medio ambiente y salvaguardando la proporcionalidad para mantener condiciones favorables para las generaciones futuras.

Como mensaje contundente y reiterado en sus sentencias se resaltan dos aspectos que deben ser traídos como eje estructurante del nuevo rumbo que debe emprender el sector (Peña, 2017):

- Primero, la necesidad de vincular a las poblaciones en los procesos de decisión, pues son los directamente afectados en sus medios de vida. El alto tribunal exige la garantía del derecho a la participación ciudadana y a la consulta previa, libre e informada, ya que este elemento es imprescindible para el desarrollo armónico y responsable de esta actividad en los territorios
- Segundo, el respeto por el principio de la autonomía territorial y la reivindicación de las competencias de los entes territoriales. Si se parte del precepto de que los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado, es importante recordar que las entidades territoriales hacen parte de ese Estado y, por lo tanto, también tienen lugar en estas decisiones, en tanto poseen una clara competencia para regular y ordenar los usos del suelo.

Es por esto que se la ha acusado de ser la principal generadora de inseguridad jurídica, la que, a juicio del sector privado, es condición *sine qua non* para la consolidación de la minería en el país. Así lo ha planteado

el gobierno nacional, como se mostró en la anterior sección. A este reclamo se suman los empresarios quienes han dicho que son decisiones adversas que han aumentado la incertidumbre jurídica y dejan en vilo la permanencia de sus inversiones en el país. Adicionalmente, se le atribuye a la Corte poner en serios riesgos la estabilidad financiera del país, al no haber estudiado a profundidad los efectos económicos de sus fallos.

Álvaro Pardo, director de Colombia Punto Medio¹⁶, considera que la Corte no está generando deliberadamente un ambiente de inestabilidad jurídica; el origen del asunto está en los desafueros de algunos aspectos del Código de Minas, pues son inconstitucionales; por lo tanto, la Corte, al recibir demandas bien planteadas, lo que ha hecho es someter al sector minero a los mandatos constitucionales. Sin embargo, para Pardo hay un riesgo que va más allá, puesto que hay personas que quieren desconocer la Constitución ya que ese Código otorgó muchos privilegios para el impulso del sector.

Para María Isabel Ulloa¹⁷, es fundamental recordar que el Código de minas es una ley de la República vigente que la Corte, vía sentencias, ha venido modificando. Según Ulloa, la Corte está haciendo su tarea, al revisar la norma según la Constitución, y a pesar de que tenga argumentos legítimos ha venido cambiando sus precedentes y generando inestabilidad: "es un hecho que los fallos de la Corte han generado cambios en la forma de regular y de otorgar títulos y esto en términos de los inversionistas es

dramático pues produce cambios de reglas de juego" (...) "Hasta tanto el Congreso de la República no lo modifique, nos debemos regir por esa norma".

Respecto a la afirmación de que la Corte está legislando, Pardo considera que ésta ha sido respetuosa de los poderes. Ella asigna las responsabilidades a quienes corresponde; por ejemplo, cuando se cayó la reforma del Código, la ley 1382 de 2010, ordenó al gobierno presentar un nuevo proyecto al Congreso y dio un plazo de dos años; mandato que no se cumplió; por el contrario, lo que existe es un desacato permanente a las sentencias por parte del gobierno y el Congreso.

Por su parte, Ulloa¹⁸ considera que la Corte está cumpliendo con su función de ser guardián de la Constitución Política y está sacando del ordenamiento jurídico cualquier asunto que riña contra ella. Por ejemplo, si consideró que el artículo 37 estaba por fuera de ese ordenamiento jurídico, cumplió con su tarea, pero sí fue más allá al decir el cómo debería hacerlo. A pesar de ello, afirma que dentro del Estado Social de Derecho se le permite que haga una interpretación de la norma y lo ha hecho para otros temas. Para la ex Viceministra, la solución final es que el Congreso haga su parte.

Según Juan Fernando Londoño¹⁹, director del Centro de Análisis y de Asuntos Públicos y ex Viceministro del Interior, la Corte ha sido proactiva y activista en materia minera, y como resultado de ello termina siendo un actor

¹⁶ Entrevista realizada 19 mayo 2017.

¹⁷ Entrevista realizada el 6 julio 2017

¹⁸ Íbid.

¹⁹ Entrevista realizada el 19 julio 2017

más en las políticas públicas, que a veces si se excede, pues hay ámbitos específicos del legislador, y termina co-legislando. No sólo ha sucedido en este sector.

El desánimo empresarial por los cambios en las reglas de juego: la incertidumbre jurídica

Para los empresarios, la Corte tiene una tendencia a posturas anti-sector privado. Según ellos, la seguidilla de decisiones no sólo afecta las nuevas inversiones, sino que ha hecho reversar otras que venían en curso, lo que ha llevado a una situación de incertidumbre jurídica, desconocimiento de los derechos adquiridos y freno para el desarrollo del país. Así lo manifestó el representante de la Gran Colombia Gold, Lombardo Paredes, durante el Congreso de Minería en Cartagena²⁰: "si no tenemos un sistema de justicia creíble, que proteja a la empresa privada, la inversión se irá a otros países de la región; mientras no haya seguridad jurídica se va a debilitar la inversión en el sector minero. En Colombia el 80% de las tutelas contra la minería fallaron en contra de la industria y es un factor que nos preocupa".

Algunos representantes del sector afirmaron que la Corte tiene un sesgo al seleccionar las demandas, puesto que solamente en un caso se seleccionó una tutela en la cual una empresa del sector minero fue demandante. Para varios, hay evidencia que existe una tendencia de la Corte a no seleccionar la revisión de tutelas en las que la parte

20 Asociación Colombiana de Minería. 12 mayo 2017. "Seguridad jurídica: el mayor desafío para Colombia". Disponible en: <http://acmineria.com.co/Noticia-SeguridadJuridica>

demandante es una empresa del sector²¹. Esta declaración obvia el hecho de que la Corte, por su función y naturaleza, actúa dando prelación a las necesidades y denuncias de la población colombiana sobre los intereses de los privados. No obstante, un directivo empresarial sostuvo: "La Corte Constitucional, lo más alto que hay en el nivel judicial del país, está legislando no en derecho sino de acuerdo a los sesgos ideológicos de sus magistrados. Esto representa para el sector no solamente algo muy peligroso, sino que genera mucha inestabilidad" (El Tiempo.com, 16 junio 2016).

Con este panorama, las empresas afirman que se les despeja el camino a los actores por fuera de la ley, por lo que puede estar incrementándose la minería ilegal. Aseguran que se espanta a las empresas legales que cumplen con las reglas y los estándares de calidad dejando el espacio libre para la extracción ilegal que depreda el medioambiente y financia los actores armados criminales (Osorio, 13 mayo 2016). Bruce Mac Master, presidente de la ANDI dijo: "ser formal en Colombia se volvió una desventaja competitiva"²² al considerar que los fallos de la Corte "puede matar la gallina de los huevos de oro" pues este sector es de los que más aporta en términos de impuestos y regalías.

Para Hernán Rodríguez, socio de Norton Rose Fulbright, los tres problemas principales de la

21 El tiempo.com. (15 junio 2016). "Sector de la minería se siente acosado por la Corte Constitucional", Economía y Negocios. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16620528>

22 Revista Semana. (3 marzo 2017). "Los fallos que frenaron proyectos en Marmato y Cerrejón". Disponible en: <http://www.semana.com/economia/articulo/los-fallos-que-frenaron-proyectos-en-marmato-y-cerrejon/517345>

minería nacional son: la inseguridad jurídica, la falta de infraestructura y su mala imagen frente a la sociedad civil²³. Más recientemente, durante el 2017, algunos representantes del gremio han expresado sus preocupaciones por la desarticulación entre las competencias del Estado y las entidades territoriales, la contradicción en los pronunciamientos judiciales y el ejercicio extralimitado de los mecanismos de participación ciudadana. Así, varios gremios (ANDI, ACM, ACP, Acolgen, Andeg, Naturgas, Asocodis y Andesco) han solicitado que se proporcione seguridad jurídica a los actores formales que aportan importantes recursos para el desarrollo económico y social del país, así como todo el rigor frente a los que actúan en contravía a la ley²⁴.

Rodrigo Negrete²⁵, plantea a ese respecto: "quien cambió las reglas de juego de lo que quedó consignado en la Constitución Política no fue la Corte Constitucional con sus fallos; fue el Código Minero que desconoció el derecho a la participación ciudadana y el principio de la autonomía territorial". Por lo tanto, las inconsistencias vienen de tiempo atrás con el beneplácito de una ley presentada y aprobada por los órganos ejecutivo y legislativo del país.

Un fallo icónico fue el de la Sentencia C-035 de 2016 pues zanjó la discusión sobre la

23 Revista Dinero. (24 diciembre 2016). "Pese a caída de inversión, los mineros tienen grandes planes en Colombia para 2025". Minería. Disponible en: <http://www.dinero.com/economia/articulo/planes-de-mineros-en-colombia-para-el-2025/240451>

24 El Nuevo Siglo. (27 febrero 2017). "Gremios mineros exigen estabilidad jurídica", Economía. Disponible en: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/02-2017-gremios-minero-energeticos-exigen-estabilidad-juridica>

25 Entrevista semi-estructurada realizada el 2 junio 2017.

minería en páramos y decidió a favor de la protección de estos ecosistemas. Debido a esta providencia, tres empresas se estarían amparando en los términos que Colombia firmó con EEUU y Canadá dentro de los TLC para exigir las garantías en el cumplimiento de los contratos que empresas mineras suscribieron para la extracción de minerales²⁶, con el argumento de reconocer unos derechos adquiridos.

El otro fallo que ha puesto los nervios de punta a los empresarios fue la Sentencia C-273 de 2016, que declaró inexecutable el artículo 37 del Código de Minas (que prohibía a los municipios excluir zonas de su territorio para la extracción minera). En varias ocasiones este artículo había sido demandado y no se había logrado llegar hasta la declaración de inexequibilidad. La Corte había decidido su exequibilidad condicionada con la Sentencia C-123 de 2014, en el sentido de que se garantizara la participación activa y eficaz de las entidades territoriales para la protección del medio ambiente y las fuentes hídricas.

En esta ocasión otra fue la discusión, ya que el artículo fue demandado por asuntos de forma, arguyendo que la restricción de una competencia de las autoridades territoriales requiere la expedición de una ley orgánica. Además, la sentencia recuerda que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial dio a dichas entidades la competencia para regular los usos del suelo. Y va más allá la Corte con la Sentencia T-445 de 2016, sobre

26 Arley, E y Güesguán, O. (26 marzo 2016). "Minería: ¿seguridad jurídica o soberanía?", El Espectador.com, Economía. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/mineria-seguridad-juridica-o-soberania-articulo-624030>

la consulta popular de Pijao, en la que precisa que las entidades territoriales pueden prohibir la minería y garantizar la protección del medio ambiente. Esta nueva condición implica que la decisión sobre la explotación del subsuelo queda en adelante en varias manos, interrumpiendo así la tradición de imponer los proyectos desde el nivel nacional.

Ahora bien, surge la duda de si, al haberse caído el artículo 37 del Código de Minas, los mandatos de la Sentencia C-123 perderían efecto puesto que su análisis se basó en dicho artículo y su reglamentación. Ante esta inquietud varios expertos coincidieron en decir que se mantiene válido. Rodrigo Negrete resalta que en las Sentencias C-273 y C-389 de 2016 se recoge la argumentación expuesta en la C-123, por lo tanto, sus contenidos deben continuar y deben aplicarse para los procedimientos que se deben crear para la concertación minera²⁷.

Por su lado, Álvaro Pardo²⁸ considera que sigue vigente lo planteado por la Sentencia pues aún existen asuntos del gobierno nacional y las entidades territoriales que deben reglarse. La aplicación de esta obligación ya no se da por la vía de la sentencia sino por la vía de la Constitución, pues debe aplicarse los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. En esa misma línea Juan Fernando Londoño²⁹ considera que siguen siendo válidos los criterios de la Sentencia para la reglamentación que debe hacerse, para él, es preciso tener en cuenta ese precedente judicial, puesto que reivindica

²⁷ Entrevista realizada el 2 junio 2017

²⁸ Entrevista realizada el 19 mayo 2017.

²⁹ Entrevista realizada el 19 julio 2017

el respeto por la autonomía territorial y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

El as bajo la manga de la ciudadanía: las consultas populares

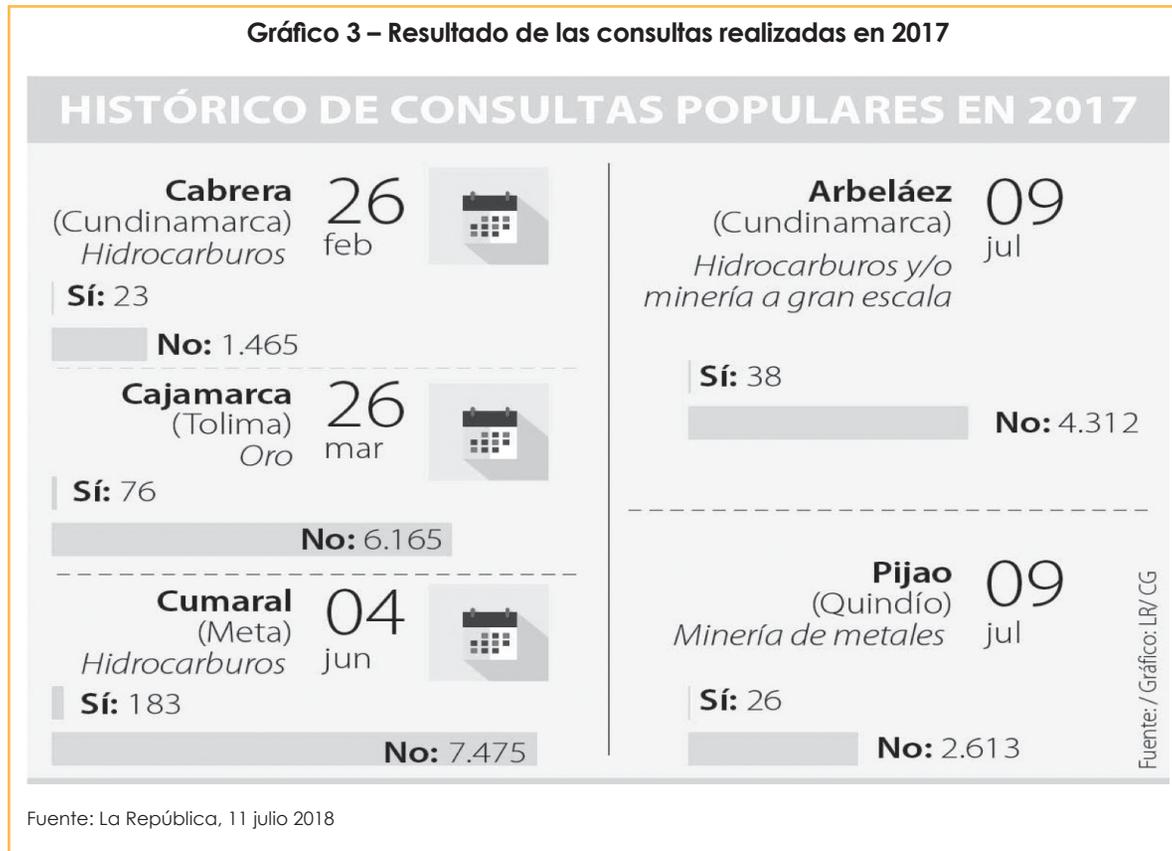
Las consultas populares se convirtieron en los últimos meses en un fenómeno "viral". Aunque no responden únicamente a este precedente, pues ya desde 2013 se realizaron las de Piedras (Tolima) y Tauramena (Casanare), podría decirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido un estímulo y un espaldarazo para reactivar estas iniciativas. A junio de 2017, había ya 49 consultas populares propuestas, cinco de ellas tuvieron lugar en el primer semestre, para un total de siete desde 2013. Todas las consultas efectuadas han dicho "no" al desarrollo de proyectos mineros y de hidrocarburos en sus territorios, con amplias mayorías en los resultados de la votación (Ver gráfico 3)³⁰.

Ante estos resultados y previendo los que se avecinan, Francisco Lloreda, presidente de la Asociación Colombiana de Petróleo (ACP) afirmó (Benítez P, 11 julio 2017): "(...) estas consultas, que buscan prohibir la actividad, representarían más pobreza para el país, menos recursos para inversión y más impuestos para los colombianos"; además, recordó que los recursos del subsuelo son propiedad de la nación, mas no de los territorios.

En 2017, Cajamarca (Tolima) marcó el precedente de la segunda oleada de consultas populares en el país diciendo no a la minería. El 97.9% de quienes acudieron

³⁰ En agosto se realizará una consulta en el municipio de Pasca (Cundinamarca).

Gráfico 3 – Resultado de las consultas realizadas en 2017



Fuente: La República, 11 julio 2018

a las urnas votó para impedir el desarrollo del proyecto de La Colosa de la Anglo Gold Ashanti que llevaba 10 años en etapa de exploración³¹. A pesar de este contundente resultado, días después el gobierno nacional en cabeza de su ministro de Minas, Germán Arce, declaró que, aunque era una decisión política que expresaba la voluntad popular de los habitantes, ésta no tenía la capacidad de cambiar la ley. Según él, esto no cambiaría las reglas para la Anglo Gold y la empresa podía de igual forma continuar con el procedimiento administrativo de solicitud de

31 6.165 personas de las 6.296 que votaron dijeron que No; 76 dieron un voto afirmativo. Censo electoral de 16.312 personas.

licencia ambiental ante la ANLA. Es decir, la decisión de la consulta no era retroactiva:

"Hay una decisión de los ciudadanos que las autoridades tienen que implementar desde lo legal para que se pueda incorporar al reordenamiento del municipio—que tiene potestad sobre el suelo, no sobre el subsuelo—, pero aquí lo que tenemos es una compañía (Anglo Gold Ashanti) que ha venido implementando unas actividades exploratorias (analizando el potencial del recurso aurífero y de otros metales) pero que todavía no ha presentado un

proyecto de trabajo o de obras para medir el impacto ambiental”.

Para el ministro, el Consejo de Estado ha sido enfático en afirmar que este tipo de decisiones no son retroactivas y será la autoridad ambiental la llamada a determinar si el proyecto minero en Cajamarca es viable: “El Consejo de Estado ha sido muy preciso en que no hay aplicación retroactiva de estas decisiones. Respetamos la decisión de la ciudadanía, pero esto tiene un trámite legal que deberá seguir su curso ordinario; luego la autoridad ambiental decidirá sobre si es viable o no la actividad”³².

Por su parte, el Viceministro Carlos Cante indicó que “no hay claridad del efecto vinculante” de la consulta pues “cuando hay una decisión política, las comunidades deben ser conscientes de que los inversionistas pueden avanzar jurídicamente”. Recalcó que esta decisión no sólo prohíbe la extracción de minerales metálicos como el oro, sino que termina afectando todas las actividades de extracción que producen insumos para vías, viviendas y obras municipales (Arenas, 25 marzo 2017).

Juan Fernando Londoño³³ plantea que en este tema se pueden sostener los debates jurídicos con distintos argumentos e interpretaciones, pero al final del día lo que más importa es el hecho político: si la población dice que no, se torna inviable que el gobierno o el sector privado imponga

32 El Espectador.com. (27 marzo 2017). “Consulta minera en Cajamarca no tiene la capacidad de cambiar la ley: Gobierno, Nacional. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/consulta-minera-en-cajamarca-no-tiene-la-capacidad-de-cambiar-la-ley-gobierno-articulo-686515>

33 Entrevista semi-estructurada realizada el 19 julio 2017

un proyecto extractivo en el territorio: “Más allá de la interpretación jurídica de si las poblaciones pueden o no ocuparse de temas del manejo del subsuelo, que el gobierno nacional cree que es de ellos, esto importa menos que el hecho político”.

Al mirar la situación desde otra óptica, también debe recordarse que la Ley 1757 de 2015, Ley Estatutaria de Participación Ciudadana, incluyó modificaciones a los mecanismos de participación directa (flexibilizó trámites y procesos) con el propósito de estimular su uso. Respecto a las consultas populares hubo un cambio esencial: con la Ley 134 de 1994 la iniciativa de las consultas sólo podía surgir de la autoridad local; ahora puede ser de origen ciudadano, dándole más herramientas a los habitantes para involucrarse en la toma de decisiones sobre sus territorios. También, el artículo 18 establece como regla general que solo se pueden someter a consulta popular aquellas determinaciones que se encuentren en la esfera de competencia de las entidades territoriales respectivas y determina los temas sobre los que no pueden ser sometidos a este trámite³⁴.

Su validez está también enmarcada en las competencias de las entidades territoriales sobre temas de ordenamiento territorial. Al respecto la Ley 1454 de 2011 da funciones específicas al municipio en lo que se refiere a: a) formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio; b) reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas

34 Los temas son: los que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes, presupuestales, fiscales o tributarias; relaciones internacionales; concesión de indultos o amnistías; preservación y establecimiento del orden público.

urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes; c) optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

Además, muy en el cajón había quedado la aplicación de la Ley de Régimen Municipal, Ley 136 de 1994, pues en el artículo 33, sobre usos del suelo, claramente plantea que "cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley". Por lo tanto, el uso de este mecanismo de participación institucional, contrapuesto al más usado recientemente, el de las marchas, bloqueos y protestas, para pronunciarse sobre el uso del suelo y la realización de actividades extractivas, es no solo legítimo sino también legal.

Sin embargo, para el sector privado es otra la lectura de esta situación. Para muchos, no es posible que los habitantes decidan sobre el uso del suelo. Santiago Ángel, Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Minería afirmó³⁵: "Yo he insistido en que se necesita una ley de la República para reglamentar el tema. Las consultas populares son un mecanismo de participación ciudadana y no de ordenamiento territorial". Incluso, en otro espacio habló de esquizofrenia de consultas, que se está saliendo de control llegando a una anarquía por tanta "consultitis"³⁶.

35 Asociación Colombiana de Minería, 12 mayo 2017. "Seguridad jurídica: el mayor desafío para Colombia". Disponible en: <http://acmineria.com.co/Noticia-SeguridadJuridica>

36 Revista Semana (3 marzo 2017). "Los fallos que frenaron

El viceministro de Minas llamó la atención sobre los resultados de las consultas planteando que en los territorios donde hay probadas unas reservas de oro, la gente tiene que ser consciente de que le dicen no al formal, porque el ilegal y el criminal no piden permiso ni están esperando una consulta popular para ver si lo dejan entrar (Arenas, 25 marzo 2017).

Para Londoño, las consultas populares son una muestra de "salud democrática", no de desinstitucionalización como lo han visto algunos sectores del gobierno y del sector privado. Sin embargo, para él esta situación se está convirtiendo en un juego de suma cero, en donde o se gana todo o se pierde todo, eliminando totalmente un espacio con opciones intermedias. Propone entonces procesos más deliberativos en la consulta, en donde no se reduzcan a variables dicotómicas de Si o No, sino que incluya el cómo, que involucre las distintas posturas, se enriquezca el diálogo, amplíe la democracia y se llegue a un estado donde todos cedan en pro de un beneficio colectivo. Un punto clave que plantea es que se logre "compatibilizar el derecho al desarrollo de las mayorías con el derecho a la protección de las identidades de las minorías".

¿...Y el legislativo tiene algo que ver?

Álvaro Pardo³⁷ considera que el Congreso tiene mucho que ver con la situación del sector en la actualidad. En lo que respecta a la Ley 685, afirma que el proyecto de ley

proyectos en Marmato y Cerejón". Disponible en: <http://www.semana.com/economia/articulo/los-fallos-que-frenaron-proyectos-en-marmato-y-cerrejon/517345>

37 Entrevista realizada 19 mayo 2017

del Ministerio de Minas fue contratado en su momento con asesores externos cercanos al sector privado minero y no fue consultado con el área jurídica de esa cartera. Así se presentó al Congreso y durante su trámite hubo “micos”³⁸ como el inciso de regalías que fue metido extemporáneamente en el proyecto en el momento de la conciliación del texto final de la ley.

De otro lado, como se vio, el Congreso ha sido corresponsable al aprobar las leyes de los Planes de Desarrollo, en los que han sido incorporados artículos que habían sido suspendidos temporalmente o negados por decisiones de la Corte o del Consejo de Estado. Un ejemplo claro es el artículo que permitía continuar haciendo minería en páramos a los proyectos que ya tenían licencia ambiental. En este punto, el Congreso hizo caso omiso a los diferentes fallos en los que la Corte ha hecho llamados específicos a proteger el medio ambiente, los ecosistemas estratégicos y el interés público. Esto contribuyó a generar expectativas que rápidamente se cayeron y se sumaron a la situación de malestar reinante.

Y finalmente, también ha pecado por omisión. La Corte ha sido clara en señalar que es el legislativo quien debe definir el protocolo de coordinación del gobierno nacional y los entes territoriales para la toma de decisiones sobre titulación, lo que hasta el momento no ha hecho. Juan Fernando Londoño³⁹ afirma que el Congreso no tiene capacidad de

³⁸ En Colombia se utiliza el apelativo de “micos” para describir contenidos de leyes que no estaban estipulados inicialmente en la propuesta y que son introducidos por el legislador. Los “micos” rompen la unidad de materia de la norma o, manteniendo esa unidad, vulneran su espíritu inicial

³⁹ Entrevista realizada el 19 julio 2017

liderar este tipo de iniciativas, que son de gran complejidad y envuelve muchos actores. El aval del gobierno es clave, puesto que en temas mineros -en la mayoría de los casos- se deben surtir procesos de consulta previa y esto está a cargo del Ejecutivo. Por lo tanto, casi que se vuelve inviable que autónomamente el Congreso pueda avanzar.

Posibles alternativas para el sector

Después de haber hecho este recorrido sobre los serios problemas de vulneración de derechos y principios constitucionales y las reacciones de los distintos actores involucrados en el sector minero, surge inevitablemente la pregunta sobre qué estrategias son viables para superar este momento complejo en el país. Sin duda, esta inquietud debe ubicarse en un contexto político preciso, el de las elecciones presidenciales y del Congreso en 2018 y de implementación del Acuerdo Final con las FARC sobre terminación del conflicto, por lo que la ilusión de una posible salida se proyecta para el nuevo gobierno y el nuevo Congreso. No obstante, esta circunstancia será la oportunidad para otorgar relevancia a estas discusiones en el debate público y exigir que este tema sea incluido en los programas de gobierno de los próximos candidatos.

La urgencia principal que se deriva del análisis anterior es la necesidad de tomar una *decisión legislativa integral, comprensiva y adecuada* sobre el sector, tal y como lo plantea la sentencia C-389 de 2016. En esta premisa residen los cimientos de una nueva apuesta de la actividad extractiva que le dé el viraje requerido para un replanteamiento de la política minera, construida a partir de consensos, que logre instalar una apuesta

de visión del sector de largo plazo, recoja los distintos intereses y reconozca el territorio heterogéneo y diverso del país. Para lograr este cometido, es fundamental trabajar por reducir asimetrías de información y de capacidades pues será la puerta de entrada de este camino y de las transformaciones que Colombia necesita.

Esto permitirá avanzar hacia una verdadera gobernanza en el que las instituciones y los actores funcionen como un engranaje que conduzca a situaciones gana-gana para todos los involucrados. La *reforma al Código de Minas* resulta indispensable para emprender este nuevo camino. Pero esta reforma debe ser abierta, garantizando la participación ciudadana y subsanando los errores cometidos en el pasado; no puede seguir siendo más de los mismo: el gobierno, por un lado, desacatando los fallos de las Cortes en su afán de responderle a las presiones del empresariado, y la Corte, por otro, teniendo que intervenir para defender los derechos de poblaciones puesto que el gobierno no ha logrado ubicar el interés general sobre el particular.

Las consultas populares son una reacción a las decisiones unilaterales que ha tomado el gobierno. Se convierten en decisiones de abajo hacia arriba y son interpretadas como la respuesta lógica al cierre al diálogo y la participación. Por ello es esencial propiciar escenarios de diálogo y deliberación permanentes, donde confluyan varios actores para avanzar en la construcción de acuerdos hacia metas compartidas.

Para repensar el sector se necesita superar la polarización y des-estigmatizar nociones

totalitarias al respecto. En este punto, es importante considerar que las afectaciones directas de la actividad extractiva no son siempre negativas; es preciso llegar a definiciones que minimicen los impactos en el territorio, en los medios de vida, en la cultura y en la autodeterminación y se concilien con otras visiones de desarrollo.

Un punto esencial por saldar es la discusión sobre quién es el dueño del subsuelo. El artículo 332 de la CP plantea que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. La interpretación de este artículo ha sido dada a conveniencia de los mandatarios de turno para asegurar la imposición de decisiones desde el gobierno nacional. Sin embargo, el Estado incluye a los departamentos, municipios y territorios indígenas. Por lo tanto, el municipio tiene un doble rol: es co-propietario del sub-suelo y está encargado de ordenar los usos del suelo. Esto también implica, desde los preceptos del Estado Social de Derecho, que las entidades territoriales gocen de autonomía y sean partícipes, junto con la población, de las decisiones sobre la explotación de los recursos en su territorio.

**ANEXO 1. PRINCIPALES FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RELACIONADOS
CON EL SECTOR MINERO**

Sentencia	Tema demandado	Decisión
C-123/2014	Artículo 37 de la Ley 685 de 2001. Código de Minas y del artículo 2 (parcial) del Decreto 934 de 2013: las entidades territoriales no pueden prohibir la actividad minera en sus territorios. Discusión frente a los principios de Estado Unitario y autonomía territorial	<i>Exequible condicionado.</i> El proceso de titulación minera debe estar acordado con los municipios para garantizar ambiente sano, cuencas hídricas, salubridad, condiciones económicas, sociales y culturales, aplicando principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la CP
T-766/2015	Áreas Estratégicas Mineras: declaratoria de zonas aptas para minería en territorios ancestrales de las comunidades	<i>Revoca estas áreas por no haber realizado la consulta previa.</i>
C-035/2016	Artículos 20, 49, 50, 51, 173 de la Ley PND 1753 de 2015 y artículo 108 de la Ley 1450 de 2011	Artículo 20 (áreas estratégicas mineras) es exequible pero condicionado a que deberá concertar con las autoridades locales con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva. Ello con el fin de garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo. Artículo 173, sobre actividades de explotación en páramos. Lo declara inexecutable pues en lugar de establecer restricciones para proteger los páramos y atribuir facultades a las autoridades públicas con parámetros de protección claros, lo que persigue es aumentar el margen de discrecionalidad de dichas autoridades , desprotegiendo así los páramos.
C-221/2016	Artículo 108 Ley PND 1450/2011 sobre Áreas Estratégicas Mineras AEM; Artículo 20 AEM, artículo 50 PINES Ley PND 1753/2015	Se mantiene con el pronunciamiento hecho en la Sentencia C-035/2016 respecto a los artículos que se refieren a las AEM y PINE “fenómeno de la cosa juzgada”. Declara inexecutable el inciso 7 del artículo 20 sobre reserva de la información geológica, geoquímica y geofísica que el Servicio Geológico Colombiano produce.
C-389/2016	Artículos 16, 53, 270 y 271 de Ley 685 de 2001	Son exequibles estos artículos, pero la autoridad minera deberá verificar los mínimos de idoneidad laboral y ambiental antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana.

C-273/2016	Artículo 37 de Ley 685 de 2001	Inexequible pues desconoce la reserva de ley orgánica, tanto por tratarse de la restricción a una competencia de las entidades territoriales, cuya regulación requiere de la expedición de una ley de esa categoría, como por desconocer lo previsto en la Ley 1454 de 2011, ley orgánica de ordenamiento territorial que radicó en las entidades territoriales la competencia para regular los usos del suelo, sin hacer ninguna diferenciación respecto de la explotación minera
T-445/2016	Consulta popular en Pijao (Quindío)	Precisa que entidades territoriales pueden prohibir la minería y garantizar la protección al medio ambiente. Ordena a que se conforme una mesa de trabajo interinstitucional con el objeto de construir una investigación científica y sociológica en el cual se identifiquen y se precisen las conclusiones gubernamentales respecto a los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio colombiano.
T-704/2016	Comunidad Indígena Media Luna Dos en contra Proyecto Cerrejón	Tutela el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos. En cumplimiento de esta orden, deberán proponer a la comunidad una reunión para la concertación de las condiciones del proceso consultivo, luego de ello, deberá efectuar la consulta previa a las comunidades afectadas. Ordena a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales revisar el Plan de Manejo Ambiental Integral de todo el proyecto minero "El Cerrejón", así como el trámite deberá garantizar los derechos de participación de toda la población cuando se afecten directamente derechos de comunidades indígenas.
T-622/2016	Comunidades de la cuenca del río Atrato en Chocó	Declara la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes. Reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas. Y obliga que se diseñe y ponga en marcha un plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes.
SU 133/2017	Mineros tradicionales de Marmato	Según el comunicado 8, del 28 de febrero de 2017, la Corte suspendió la resolución de amparo administrativo que ordenó el cierre y desalojo de la mina Villonza, porque la solicitud de amparo correspondiente no se notificó a los afectados y ordenó agotar un proceso participativo con la población de Marmato, los mineros tradicionales y los demás actores involucrados y un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y afrocolombianas de la zona.

Bibliografía

Agencia Nacional de Minería - ANM. (2016). "Informe de Gestión". Disponible en: <https://www.anm.gov.co/?q=content/informes-de-gesti%C3%B3n>

Agencia Nacional de Minería - ANM. (2015). "Informe de Gestión". Disponible en: <https://www.anm.gov.co/?q=content/informes-de-gesti%C3%B3n>

Arenas, Fabio. (25 marzo 2017). "Consulta popular en Cajamarca, clave para el futuro de la minería", El tiempo.com. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/consulta-minera-en-cajamarca-se-realizara-este-domingo-70960>

Benítez Piñeros, Katherine. (11 julio 2017). "Son siete los municipios que han dicho No a la minería e hidrocarburos en consultas", La República LR, Energía. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/municipios-que-le-han-dicho-no-a-la-mineria-e-hidrocarburos-2524699>

Londoño, Juan Fernando. (12 julio 2017). "¿Qué hacer con las consultas populares?", Revista Semana, Opinión. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/para-que-sirven-las-consultas-populares-en-una-cemocracia/532175>

Ministerio de Minas y Energía. (20 abril 2016) Resolución 40391 "Por la cual se adopta la política minera nacional".

Ministerio de Minas y Energía. (21 octubre 2016). Decreto 1666 de 2016. Relacionado con la clasificación minera.

Osorio G., Marcela. (13 mayo 2016). "Reclamo por concesión de títulos mineros", El Espectador.com, sección Política. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/reclamo-concesion-de-titulos-mineros-articulo-632232>

Peña, Juliana. (2017). "Los fallos de la Corte Constitucional sobre minería: una nueva y necesaria pauta para el desarrollo del sector", Bolefín Foro Municipal, No 68, abril.

Semana.com (15 octubre 2016). "La Corte Constitucional versus los empresarios". Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/fallos-del-la-corte-constitucional-impactan-el-desarrollo-economico-en-las-regiones/499115>

Tierra Digna. (16 junio 2016). "Sin efecto delimitación de AEM en Colombia". Disponible en: <http://tierradigna.org/2016/06/16/sin-efecto-delimitacion-de-aem-en-colombia/>

CAPÍTULO 2

**El peso del sector
extractivo en la
economía nacional**

El 2016 fue un año difícil para la minería y los hidrocarburos en Colombia. Al turbulento descenso y ascenso de los precios internacionales de los *commodities* se sumó la caída en la inversión extranjera y la pérdida de protagonismo del sector en la economía. Pero eso no es todo: en el escenario interno se observa, de un lado, la resistencia cada vez mayor de las autoridades locales y las comunidades frente a la implementación de proyectos extractivos en sus jurisdicciones y, de otro, el debate público sobre la dependencia de las actividades minero-energéticas como fuente de ingresos y de bienestar para la población. El gobierno nacional, sin embargo, ha respondido a este escenario desfavorable con un nuevo paquete de beneficios tributarios y de reducción de requisitos en el licenciamiento ambiental, además de medidas que favorecen la inclusión de tecnologías para repotenciar zonas productoras, mientras que en el tema de las consultas populares la táctica ha sido desconocer este mecanismo como un derecho legítimo que tienen los ciudadanos y ciudadanas para participar en las decisiones públicas. Este comportamiento acelera la carrera hacia el fondo que impulsan las autoridades nacionales y que amenaza seriamente el desarrollo del país.

Ante un gobierno con tiempos de ejecución reducidos, que no cuenta con la capacidad y el respaldo para definir cambios estructurales en la estrategia extractiva vigente, este asunto quedará como un tema de debate para las elecciones presidenciales de 2018, que al final señalará si el país le apostará en los próximos años a un modelo de desarrollo que promueva la diversificación

productiva, la equidad y la sostenibilidad de los territorios o si continuará con la visión rentista de los recursos naturales. Esta decisión tiene que ver también con las posibilidades de generar una paz estable y duradera, en tanto marcará la ruta de acción oficial en temas como la solución de los conflictos relacionados con el avance extractivo en las zonas definidas para la restitución integral y el restablecimiento de los derechos que tienen las víctimas del conflicto armado, la definición de los enfoques productivos locales que contribuyan a superar las causas estructurales de la violencia en Colombia y la preservación de los ecosistemas estratégicos para las futuras generaciones.

Como un aporte a la discusión planteada entre extractivismo, renta y desarrollo, en las siguientes páginas se analizará la contribución de la minería y los hidrocarburos a la economía en el 2016, a partir de estadísticas sobre producción, su impacto en las cuentas del producto Interno Bruto (PIB), el sector externo, la inversión y la estructura tributaria. En cada una de las temáticas tratadas se ubicará al país en el contexto latinoamericano, buscando establecer diferencias y similitudes que contribuyan a mejorar la comprensión del tema.

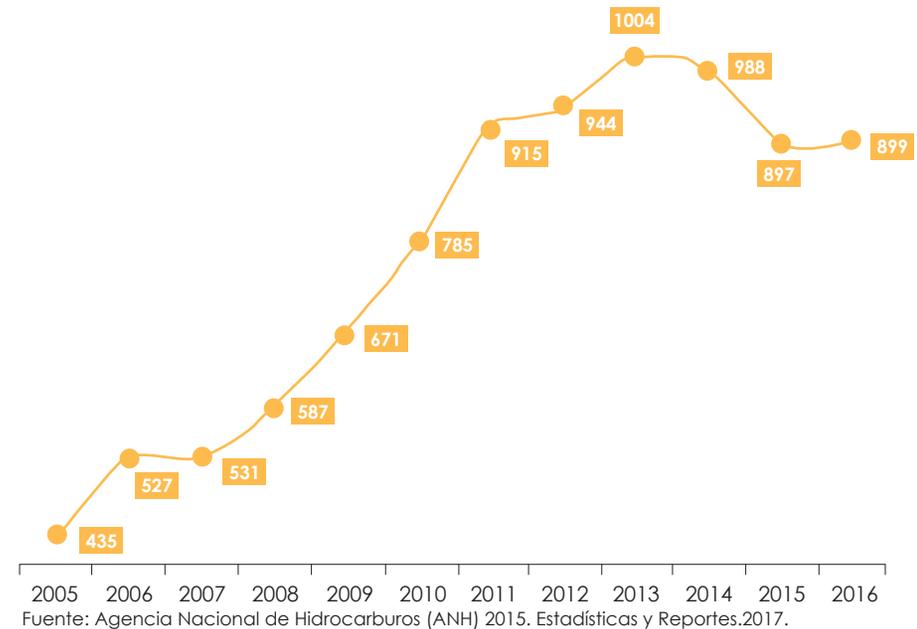
El análisis realizado tiene como antecedente y referencia próxima los Reportes del Sector Extractivo en Colombia publicados por la Fundación Foro Nacional por Colombia desde el 2010, con el apoyo del Natural Resource Governance Institute (NRGI) y Pan para el Mundo, los cuales han permitido la construcción de una línea de base y de unas tendencias sobre las temáticas abordadas.

Las altas y bajas de la producción extractiva

Si por la minería llueve por el lado de los hidrocarburos no escampa. Esta es una afirmación del Ministro de Minas y Energía, Germán Arce, sobre el comportamiento del sector extractivo en el 2016 (Semana; 2016). Y tiene razón: el inicio del año mostró la misma tendencia del año anterior a la baja en la producción de oro, carbón, gas y petróleo, así como la incertidumbre sobre su capacidad de recuperación. Solamente a finales de octubre se percibieron algunas señales de mejoría, sin acercarse a las cifras del período 2010-2012, cuando se habló de una bonanza minero-energética.

En materia de hidrocarburos, aunque la meta del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 era consolidar un sector con capacidad de sostener el promedio de un millón de barriles diarios y aumentar las reservas probadas, la realidad señala que la producción se encuentra estancada. Los datos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) indican que el promedio anual de crudo en el 2014 llegó a 899.465 KBPD, lo que indica que el país no creció en su nivel de producción, si se tiene en cuenta que en el 2015 esta cifra fue de 897.517 KBPD. A nivel mundial, con este resultado el país bajó del puesto 28, que tenía en el 2012, al 52, y en Latinoamérica, conservó el cuarto lugar entre las principales naciones petroleras, aunque con amplia diferencia frente a las potencias de la región, Venezuela, Brasil y México, que tienen una producción superior a los 2 millones de KBPD diarios, según cifras de World Energy (2017).

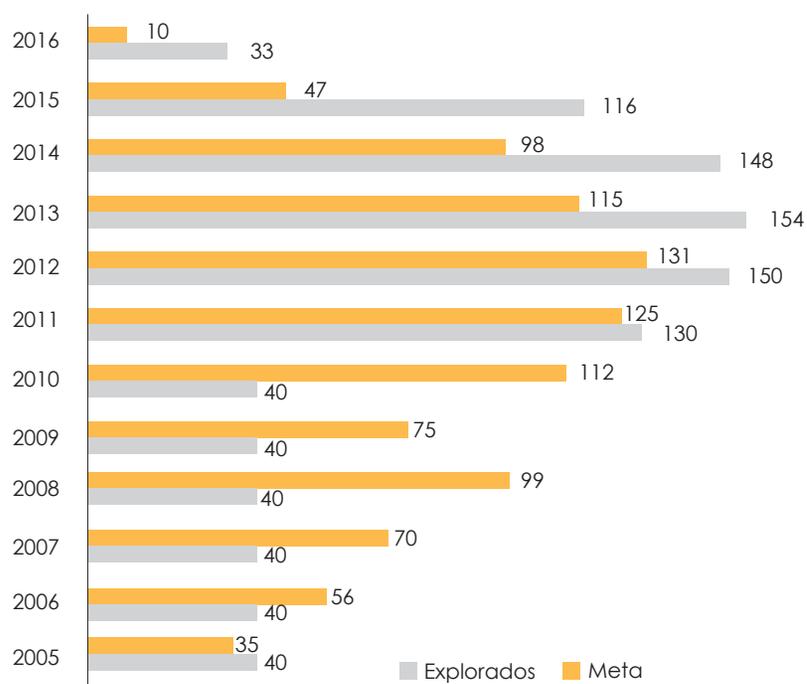
Gráfico 1. Producción de Petróleo Colombia 2005-2016. En miles de Barriles Diarios (KBPD)



Adicionalmente, la ANH reportó que la meta de exploración no se cumplió en 2016. Si bien se tenía proyectada la adquisición de 37.936 Km² de sísmica y se logró avanzar en 32.786 Km², es decir, el 89,2%, los mayores problemas se encuentran en los pozos exploratorios; aquí la expectativa era lograr un total de 33 y a finales del año tan sólo se tenían 10, un resultado muy inferior al registrado en el período 2010-2013 cuando se llegó a contar con más de 100 pozos. Dos hechos son importantes en este contexto: ninguna de las áreas potenciales fue declarada como productora, situación contraria al año anterior cuando se establecieron 5 pozos en esta condición; además, se confirma

la importancia de las zonas *offshore*, principalmente vinculadas al mar caribe, del cual se tienen grandes expectativas. Así lo muestra por lo menos la distribución de sísmica alcanzada en 2016: 1.069,74 Km² fue *onshore*, y 32.786,04 km² *offshore*.

Gráfico 2. Comportamiento de la exploración de pozos petroleros en Colombia 2005-2016. Meta de Exploración y Resultados



Fuente: Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH). Estadísticas Anuales 2017.

En el campo de la adjudicación de contratos, se percibe aún más la desaceleración de la industria petrolera colombiana. A pesar de la Ronda Ecopetrol 2016, diseñada con la pretensión de buscar inversionistas para el desarrollo de 20 activos de producción ubicados en las regiones de Catatumbo, el Valle Medio y Superior del Magdalena, los Llanos y el Putumayo y de las subastas lideradas

por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), el resultado final muestra que en este año tan sólo se adjudicaron 22 contratos, 14 de ellos en la modalidad de Exploración y Explotación (E&P) y 8 de Evaluación Técnica (TEA). Este dato es casi tres veces menor que el resultado obtenido en el 2015, cuando fueron firmados en total 64 contratos.

Por el lado de los yacimientos no convencionales (YNC), aunque el país actualmente cuenta con un inventario de 43 bloques, ubicados principalmente en los Santanderes, Cesar, Antioquia, Boyacá, Cundinamarca y Tolima, en el 2016 tan sólo se recibieron ofertas por dos de ellos en la región Caribe y las expectativas son bajas, incluso con la apertura oficial al uso de técnicas como el fracturamiento hidráulico. El problema radica en que, precisamente en estos yacimientos están puestas las expectativas oficiales por sus reservas potenciales estimadas en 1.000 millones de barriles, de acuerdo con el Ministerio de Minas y Energía. El gobierno ha insistido en que no cuenta con la capacidad tecnológica y las fuentes de recursos para operar estas áreas, ante lo cual la única salida que ha propuesto es continuar con el empeño de ofrecerlos a la inversión extranjera.

La producción de gas, por su parte, continuó con su tendencia a la baja, confirmando así el mal momento de los hidrocarburos: según el Ministerio de Minas y Energía, en el año 2013 Colombia registró una producción total de 11,4 miles de millones de barriles equivalentes (BBOE), lo que representa una caída de 0,7 BBOE respecto al año anterior; en 2015 disminuyó aún más para ubicarse en 9,4 BBOE, y en 2016 decreció nuevamente



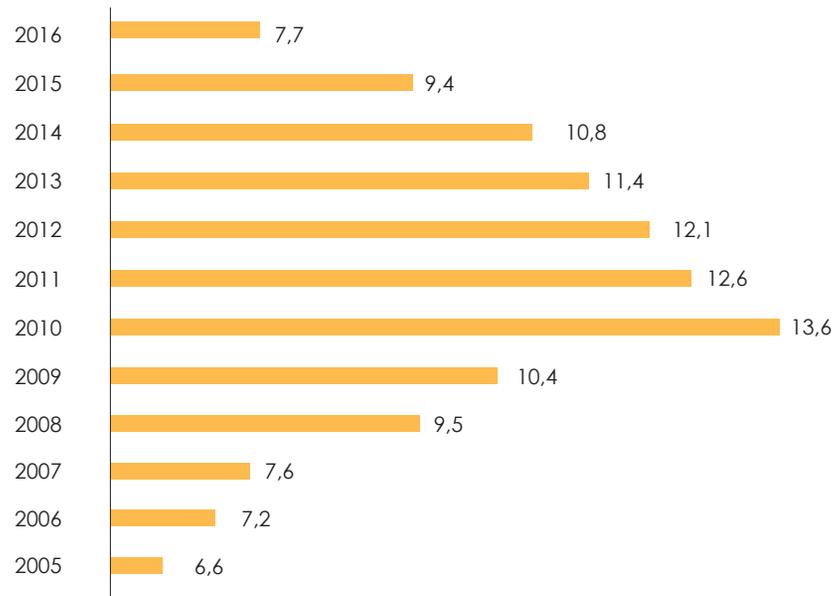
con un resultado de 7,7 BBOE (gráfico 4). En el contexto Latinoamericano, aunque el país conservó el séptimo puesto en producción, está muy lejos de considerarse una potencia, comparado con México, Argentina y Trinidad y Tobago, países que han consolidado una industria fuerte en este sector.

En la minería, por el contrario, se observan mejoras en los principales bienes. Las cifras de la Agencia Nacional de Minería (ANM) señalan que la producción anual de carbón en el 2016 rondó las 90,5 Millones de Toneladas MT, lo que significa cerca de 6MT más agregadas al inventario nacional en comparación con el 2015 (Gráfico 5). Sin duda un buen resultado, causado por el repunte del precio internacional que llegó a US\$88 la tonelada a finales de este año, motivando con ello nuevas inversiones en el departamento de la Guajira, que tuvieron

un impacto favorable en el comportamiento de este mineral. En el nivel regional, el país se consolida cada año como el principal exportador en América Latina y el noveno en el ranking mundial.

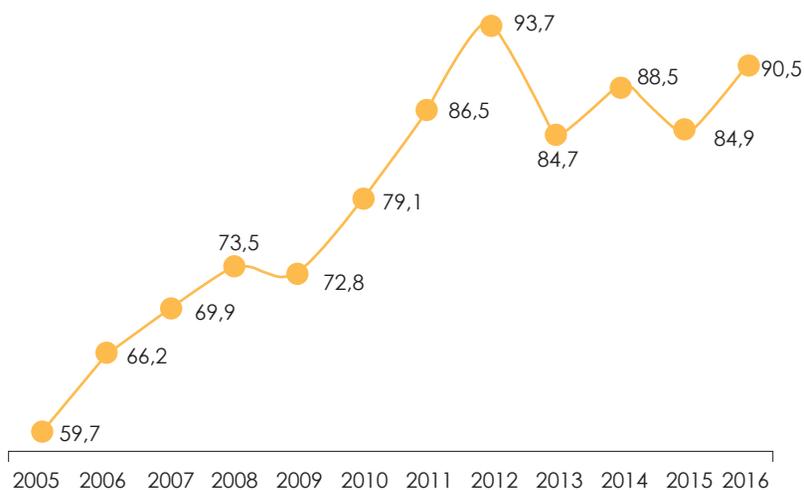
Pese a esta tendencia, los problemas de informalidad persisten: cerca del 28% de las explotaciones no cuentan con los permisos exigidos por la autoridad minera, lo que trajo como consecuencia en 2016, entre otras cuestiones, la muerte de al menos 58 trabajadores en eventos registrados por debilidades en seguridad industrial, según datos de la ANM. Por otro lado, persisten los paros y movimientos de sindicatos que reclaman el cumplimiento de los derechos laborales: tal es el caso de la empresa Drummond que enfrentó un cese de labores que cobijó a cerca de 3.562 de los 4.905 empleados sindicalizados en los

Gráfico 4. Producción de Gas en Colombia 2005-2016. En Miles de Millones de Barriles Equivalentes.



Fuente: Foro Nacional por Colombia. Reporte del Sector Extractivo en Colombia 2010-2015. Ministerio de Minas y Energía. 2016. Estadísticas y Reportes.

Gráfico 5. Producción de Carbón en Colombia 2005-2016. En Millones de Toneladas

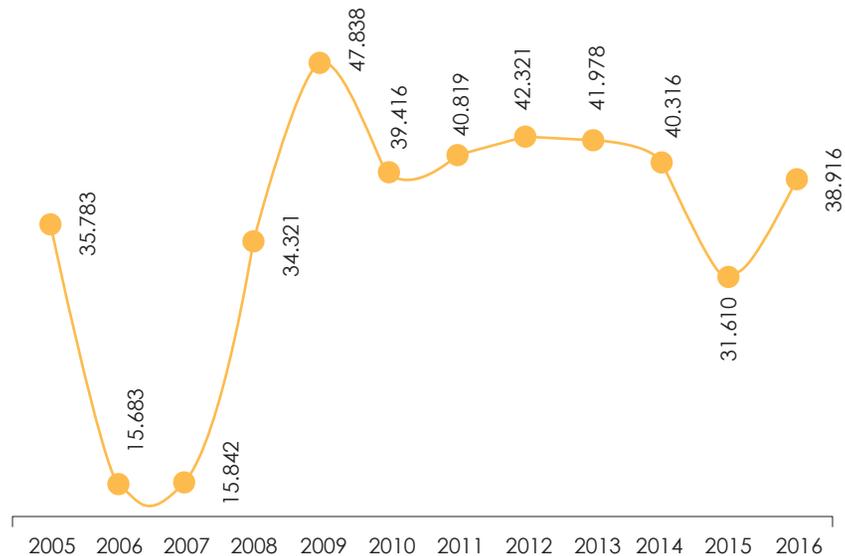


Fuente: Foro Nacional por Colombia. Reporte del Sector Extractivo en Colombia 2011-2015. Sistema de Información Minero de Colombia (SIMCO). 2016. Cifras preliminares.

primeros meses de ese año (El Espectador; 2016). Finalmente, está la suspensión de proyectos considerados como estratégicos para aumentar la producción, como es el caso del Cerrejón, proyecto ubicado en la principal área carbonífera del país; allí, la empresa tenía la pretensión de aumentar la extensión de dicha área; sin embargo, mediante decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira (mayo de 2016), se suspendió el proceso argumentando impactos significativos por la desviación de ríos y el incumplimiento de la consulta previa con las comunidades aborígenes ubicadas en el territorio. Estos hechos ratifican que la apuesta oficial por el aumento del carbón enfrenta grandes desafíos para consolidar un sector sostenible que integre la aspiración de la renta con el bienestar de las comunidades.

En materia de oro la situación es similar. El Banco de la República reportó que la producción total aumentó de 31.610 Kilogramos (Kg) en 2015 a 38.916 Kg en 2016 (gráfico 6). Aquí también jugó el incremento del precio internacional que llegó a US\$ 1.516 la onza troy a finales del año, como consecuencia del movimiento realizado por inversionistas europeos y estadounidenses para proteger sus activos con reservas de oro, a lo que se suma el buen comportamiento de las empresas afiliadas a la Asociación Colombiana de Minería (ACM). De esta forma, el país sigue siendo el quinto mayor productor en la región, después de Perú, Brasil, México, Argentina y Chile, aunque muy lejos de aspirar a alcanzar su nivel de extracción y de reservas.

Las cifras mencionadas dan cuenta del potencial que tiene este mineral en el país;

Gráfico 6. Producción de oro en Colombia 2005-2016. En Kilogramos.

Fuente. Foro Nacional por Colombia. Reporte del Sector Extractivo en Colombia 2011-20102
 Banco de la República. Estadísticas. Producción de Oro. 2014
 Sistema de Información Minero de Colombia (SIMCO). Estadísticas. 2015. Cifras Provisionales
 País Minero. Estadísticas. La Producción Mundial de Oro 2014v

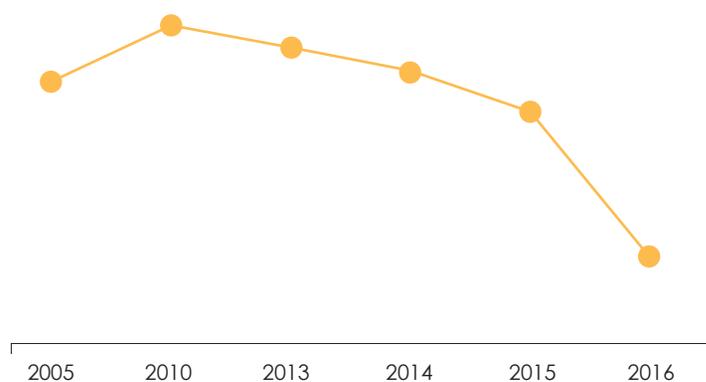
sin embargo, es claro que la autoridad minera está lejos de controlar su explotación. Las cifras de la ANM señalan que más del 80% del oro se obtiene de manera ilegal, en condiciones ambientales y sociales muy desfavorables y con alta participación de los grupos al margen de la ley, que han buscado controlar este negocio como una fuente de ingresos más rentable que el narcotráfico. Además, la propuesta de realizar consultas populares en 44 municipios en 2017 con el propósito de prohibir grandes proyectos auríferos en proceso de implementación, vuelve aún más complejo el panorama. Así, mientras el gobierno nacional se empeña en promocionar grandes proyectos en condiciones similares a las rondas petroleras, en el territorio abunda la consolidación de economías al margen de la ley ligadas al oro, la escasa sostenibilidad de

la actividad y el descontento con el manejo centralizado de las decisiones relacionadas con el manejo de los recursos naturales.

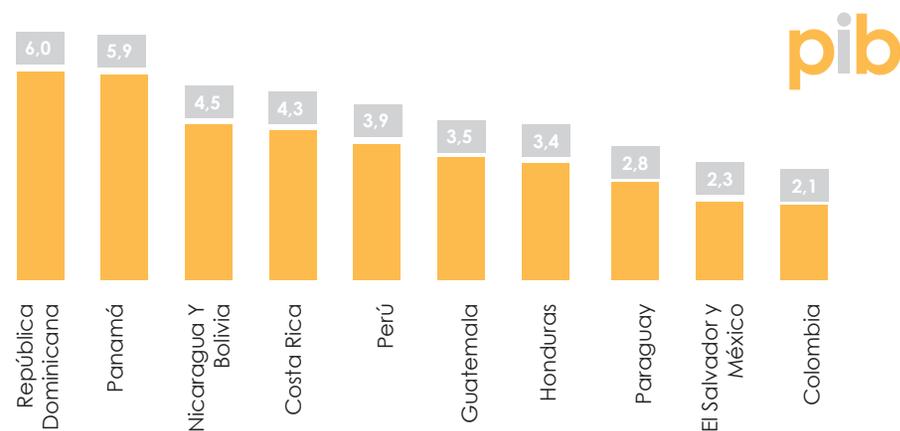
La participación del sector extractivo en la economía nacional

El papel del sector extractivo como principal fuente de renta e ingresos se mantiene, aunque con tendencia a perder peso en la economía nacional. Así, por tercer año consecutivo la minería y los hidrocarburos disminuyeron su aporte al Producto Interno Bruto (PIB) colombiano. Las cifras del Departamento Nacional de Estadística (DANE) señalan que este aporte bajó de 5,9% en el 2015 a 4,1% en el 2016.

Lo que más preocupa es que el estancamiento del sector extractivo se

Gráfico 7. Aporte del Sector Extractivo al PIB Nacional 2005-2016. (En %).

Fuente: Banco de la República. Series Estadísticas. Agrados Macroeconómicos. .
Cálculos Propios a Partir de las Series Desestacionalizadas del DANE. Precios Constantes de 2005

Gráfico 8. Países de América Latina con mayor crecimiento del PIB en 2016. Cifras en (%)

Fuente: CEPAL. Informes sobre economía de América Latina. 2017

produce en medio de una economía reprimarizada, cuya principal característica ha sido el desmantelamiento de la industria y la agricultura como actividades de valor agregado. De hecho, el DANE reportó que en 2016 estas actividades apenas crecieron el 2,0% y el 2,1%, respectivamente. De no ser por la construcción y los servicios que crecieron entre 5,0% y 6,2%, el país habría entrado en recesión. El resultado final fue un crecimiento económico del 2,1% para el 2016 diez puntos menos que el año anterior, cuando se ubicó en 3,1%, (Banco de la República, 2017). Con ello, el país pasó de ser la tercera nación con mayor dinamismo en América Latina al puesto 12, lejos de República Dominicana (6,0%), Panamá (5,9%), Nicaragua y Bolivia, ambas con un avance del 4,5%, según datos de la (CEPAL; 2017).

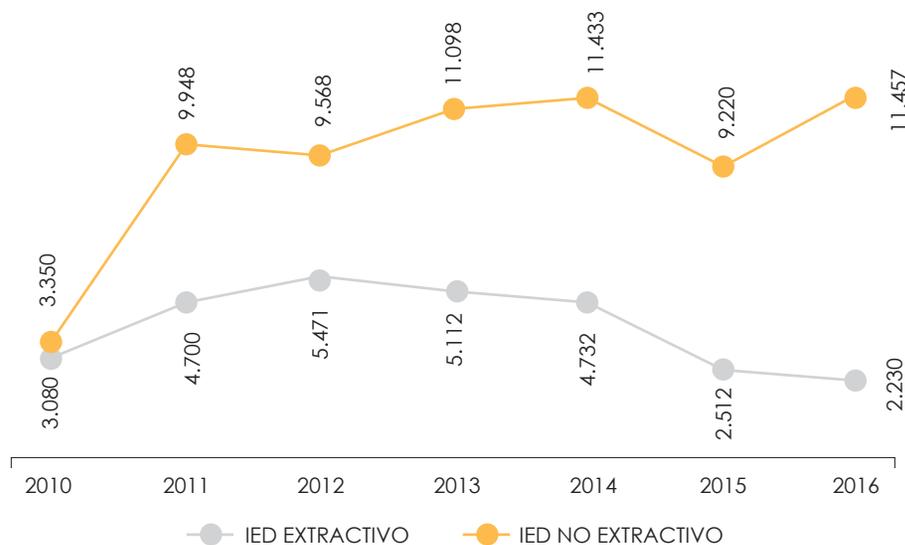
En el contexto internacional, el crecimiento económico del país también fue menor. El Fondo Monetario Internacional (FMI) calculó un avance del promedio mundial de 2,4%, para el 2016. Aquí se evidencian dos tendencias: por un lado, el aumento del PIB en países que cuentan con una revolución tecnológica en marcha como India (7,5%), China (6,5%) y el sudeste asiático (5,9%); por otro, la pérdida de valor de las naciones que habían animado el mercado externo en los últimos años, entre ellos, Rusia, que cayó de 1,0 a -0,5 entre 2015 y 2016, Sudáfrica que bajó de 1,0% en el mismo período a 0,6%, y Brasil, con tasas de decrecimiento superiores a -3,0%. En este último caso, al igual que Colombia, se trata de países con una apuesta muy fuerte por el sector extractivo y ahora experimentan los efectos negativos del bajo precio de los minerales e hidrocarburos.

Otro tema de interés en el comportamiento de la minería y los hidrocarburos tiene que ver con la Inversión Extranjera Directa (IED), especialmente por la capacidad de captura de recursos que tiene el país para movilizar las actividades de exploración y explotación. En este caso, las cifras del DANE, para el 2016, señalan un monto total de IED de US\$13.593 millones, un valor mayor a los US\$11.525 millones de 2015 y a los US\$6.430 millones de 2010. Como consecuencia de esta dinámica, el país se convirtió en la tercera economía en recibir IED, después de México y Brasil. Por sectores, la IED dirigida al sector agrícola, las manufacturas, electricidad, gas y agua, construcción, comercio y restaurantes, transporte y almacenamiento, establecimientos financieros y servicios comunales, fue de US\$11.457 millones, un 24%

más que en 2015 cuando rondó los US\$9.220 millones. Por el contrario, la inversión ligada al sector extractivo cayó 11% entre 2015 y 2016 con una pérdida de US\$282 millones, confirmando así el mal momento de este sector (Gráfico 9).

A pesar del buen comportamiento mostrado por la IED en el 2016 para la economía colombiana, dos asuntos quedan pendientes: el primero se relaciona con el peso del sector terciario en los flujos de inversión, el cual en conjunto, capturó cerca de US\$5.498 millones de inversión, principalmente por la venta de activos de algunos negocios hoteleros y comerciales, que no necesariamente generan valor agregado, sino que están ligados a los llamados capitales golondrinas que buscan riesgos menores en tiempos de

Gráfico 9. IED sector extractivo y no extractivo en Colombia 2010-2016



Fuente: Banco de la República. Estadísticas- Sector Externo. Inversión Extranjera Directa (IED) 2017

estancamiento de los bienes extractivos. El segundo, tiene que ver con la baja participación de la agricultura y la industria, con un porcentaje de 1,8% y 13,8%, respectivamente en la IED Total. Incluso, en el caso de la industria se presentó una pérdida de US\$ 556 millones en comparación con el año anterior, lo que demuestra que la pretendida diversificación económica en el país es aún un asunto lejano.

Por último, las exportaciones. Con una economía afincada en el sector extractivo como componente básico de participación en el mercado externo, es natural que disminuyan las exportaciones como

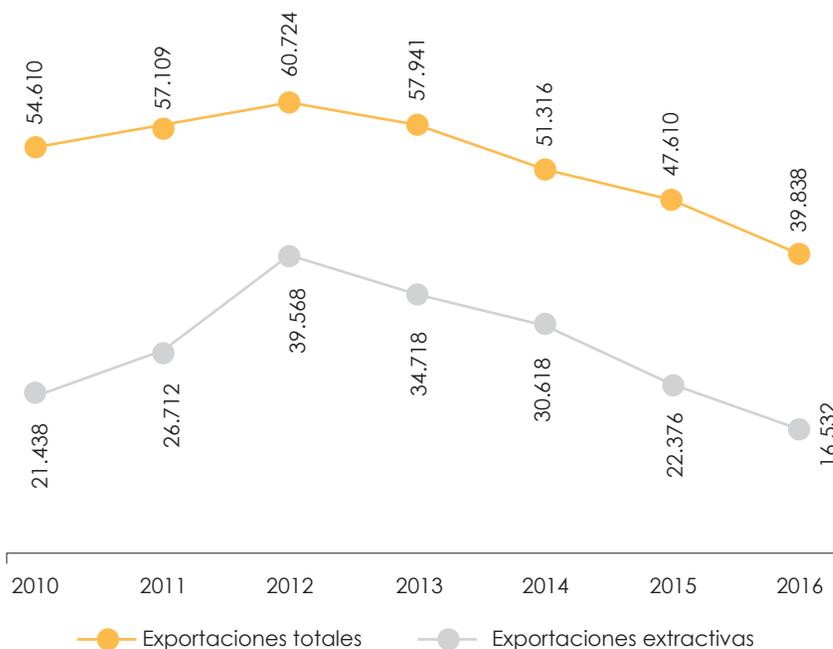
consecuencia de los bajos precios y la desaceleración de la producción minera y de hidrocarburos. Las cifras del DANE indican que, en el 2012, el país exportó un total de US\$60.724 millones FOB, de los cuales US\$39.568 millones FOB provenían de la minería y los hidrocarburos, lo que representó el 65.3%. En el 2013, los datos del DANE señalan que el país bajó sus ventas al mercado internacional a US\$ 57.941 millones FOB y el sector extractivo facturó por este concepto US\$34.718 millones FOB. En el 2014, la tendencia continuó: se vendieron al exterior US\$51.316 millones FOB con una participación de la minería y los hidrocarburos de US\$30.618FOB. Finalmente, en el 2015 el país vendió al exterior US\$ 47.610 millones FOB, de ellos US\$22.376 correspondieron a los productos extractivos (47%). ¿Qué sucedió en el 2016? Una nueva caída de las ventas al exterior, que alcanzaron un total de US\$39.838 y una participación de los bienes minero-energéticos de US\$16.523 millones (41.5%) (Gráfico 10).

Si a lo anterior se suma la escasa presencia de importaciones de bienes de valor agregado y el aumento considerable de bienes de bajo valor, se puede afirmar que la locomotora minero-energética no contribuyó a la movilización de la inversión real. Gran parte de este capital se ha utilizado simplemente para afianzar el proceso de reprimarización de la economía, con las consecuencias negativas que esto tiene en el desarrollo y la estructura productiva del país.

Los temas de debate

El comportamiento del sector extractivo a la baja, los impactos que ocasiona en el

Gráfico 10. Comportamiento de las Exportaciones de Colombia 2005-2016. En US\$ Millones FOB



Fuente: DIAN- DANE. Sector externo. Exportaciones. Distribución por principales ramas de actividad FOB. 2017.

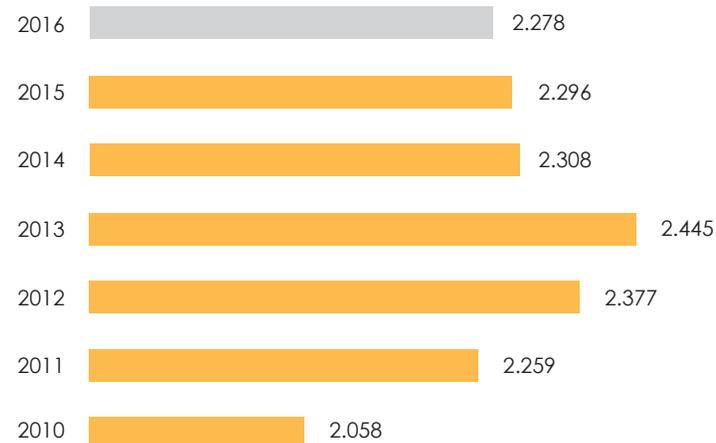
territorio y su pérdida de influencia en la economía nacional, han sido algunos de las razones para el debate público sobre la conveniencia de seguirle apostando a este reglón como principal movilizador de la producción nacional. A continuación, se mencionan algunos de los temas que han fundamentado este debate durante el 2016.

En primer lugar, está la autosuficiencia petrolera. De acuerdo con la UPME, el país contaba con cerca de 2.300 millones de barriles en reservas petroleras en 2016, en su mayoría, producto del trabajo realizado por Ecopetrol para mejorar la tecnología en pozos viejos y no por nuevos hallazgos importantes. Sin embargo, de este total tan sólo 1.673 millones de barriles se pueden extraer efectivamente, lo que alcanzaría para 4,6 a 6,8 años en el mejor de los escenarios, según estadísticas del Ministerio de Minas y Energía y la ANH. Esta situación ha llevado al gobierno nacional a establecer como principal objetivo de la política petrolera para los próximos el aumento en el indicador R/P¹ en un ambiente poco favorable por el número de compañías que están reduciendo o frenando sus procesos operacionales y la búsqueda de nuevos pozos petroleros, pero también por la presión que está sintiendo el sector por parte de las comunidades, que han frenado proyectos en varios territorios. (El Espectador, 2016).

En estas condiciones es claro que la apuesta oficial relacionada con la política extractiva no ha contribuido a despejar las dudas

¹ El factor R/P es el resultado de dividir las Reservas de Referencia entre la Producción de Referencia. Este factor es calculado y publicado por el Ministerio de Minas y Energía, por lo menos una (1) vez al año.

**Gráfico 11. Comportamiento de las Reservas de Petróleo 2010-2016.
En Millones de Barriles Diarios (MMBD)**



Fuente: Agencia Nacional de Hidrocarburos. Reportes y Estadísticas 2016.

sobre la soberanía energética nacional; por el contrario, hoy más que nunca el país se enfrenta a la posibilidad de convertirse en importador de petróleo. Ello significa mayores presiones para la economía, los ingresos de los territorios productores y las inversiones programadas con recursos de regalías.

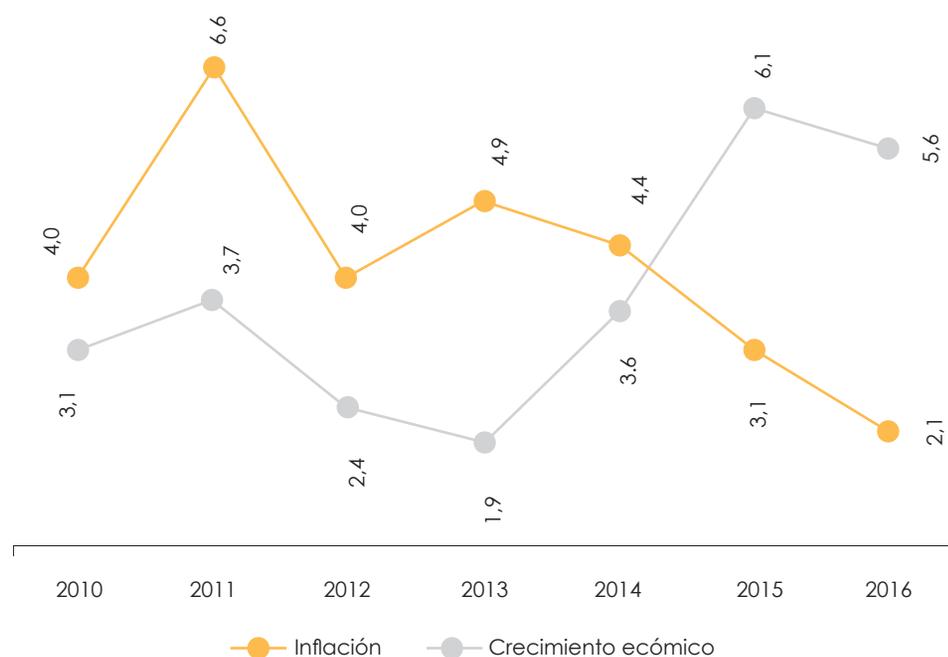
En segundo lugar, se encuentra el riesgo de la estanflación o, en otras palabras, la desaceleración de la economía con aumento en el índice de precios al consumidor como consecuencia de un conjunto de hechos simultáneos: i) la crisis petrolera con menores ingresos para el país, ii) las medidas de ajuste impulsadas por el Banco de la República para mantener a raya la inflación; y iii) el apretón del bolsillo que ha tenido en gobierno nacional para cumplir con las metas del déficit fiscal. El panorama, aunque moderado, se debe considerar

como un retroceso, máxime cuando en 2016, como se mencionó anteriormente, la tasa de crecimiento económico bajó a 2,1% y la inflación, aunque cedió respecto al año anterior, se ubicó en 5,6% (DANE, 2017) una cifra mayor al 1,9 % del año 2013. Este fenómeno impacta a los sectores más pobres del país, que, por un lado, ven menores oportunidades para conseguir empleos formales y, por otro, pierden su poder adquisitivo, lo que a su vez no genera impactos significativos en la equidad territorial y poblacional.

Las perspectivas para el 2017 siguen siendo pesimistas. El Banco de la República, el Banco Mundial y el FMI señalan que en

el mejor de los casos el país tendrá un crecimiento económico entre 0,8% al 1,4% y una inflación cercana al 6%. Además, el empleo informal y la tasa de desocupación aumentarán a 58% y 10,4%, respectivamente. A esto hay que añadir las sombras que se perciben en los precios de los *commodities* por la crisis venezolana, el incumplimiento del acuerdo firmado por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) para reducir la producción de crudo, el escaso crecimiento de la Unión Europea y Estados Unidos, ligeramente superior al 2,0%, y la disminución de la demanda de materias primas por parte de India y China. En este sentido, la promesa realizada por los gobiernos de turno en los últimos años, bajo

Gráfico 12. Comportamiento de la inflación y crecimiento económico. Colombia 2010-2016. En (%)



Fuente: DANE. Reportes de Información Índice de precios al Consumidor – Comportamiento de la economía. 2017

el auspicio de organismos como la CEPAL, de “avanzar en la apuesta extractiva como instrumento para obtener mayor crecimiento económico”, ha quedado en el aire, y ahora, el país se enfrenta una carrera contra el tiempo para impedir una nueva recesión.

En tercer lugar, las cuentas del Estado no cuadran. Entidades como Fedesarrollo señalan que por cada dólar que baja el barril de petróleo Colombia deja de percibir COP\$530 mil millones. Esto en el agregado del año 2016 significó alrededor de US\$17.910 millones que no ingresaron a la economía (gráfico 13). Igualmente, Ecopetrol, principal símbolo del *boom* extractivo en Colombia, afronta una situación compleja con el escándalo de Reficar², el recorte de gastos de casi COP\$4,1 billones en los dos últimos años para enfrentar el sobreendeudamiento y las menores ganancias en su operación. Sobre este último punto, los informes emitidos por la Junta Directiva de esta compañía registran una pérdida de COP\$3,9 billones en el 2015 y una leve recuperación en 2016, con ganancias cercanas a COP\$1,6 billones, una cifra muy inferior a los COP\$15 billones en utilidades obtenidos en el 2011 y 2012. En términos prácticos, esta situación le significó al país, una reducción de recursos por un valor cercano a los US\$8.520 millones, según cifras del Ministerio de Hacienda.

El descuadre en las cuentas de la nación tiene un impacto directo en la balanza de pagos y el déficit fiscal. En cuanto a la primera, el país experimentó un desbalance en la cuenta corriente, es decir, los ingresos y los egresos, de más del 6% del PIB para el

2016, de acuerdo con las cifras del sistema de información del Banco de la República. Sobre el segundo, para este mismo año, el Ministerio de Hacienda señaló que rondó el 4% del PIB, es decir, COP\$30,5 billones. Esta realidad es una constatación más de que el país se ha equivocado en darle prioridad al extractivismo rentista, caracterizado por fuertes fluctuaciones en los ingresos de divisas, que terminan en la enfermedad holandesa, destrucción de la industria, la agricultura, proyectos improductivos, caída de salario y déficits en cuenta corriente (Sarmiento; 2016).

Gráfico 13. Balanza de cuenta corriente. Colombia. Ingresos y Egresos 2005-2016. En COP\$ Millones



Fuente: Banco de la República. Estadísticas – Balanza de pagos. 2017

El remedio para enfrentar la situación mencionada ha sido peor que la enfermedad: recortes por el orden de los COP\$ 6 billones para ajustarse a la nueva realidad del sector minero-energético a la baja, y búsqueda de crédito para corregir el déficit primario, lo que aumenta la deuda del país. De hecho, las estadísticas del Banco de la República señalan que en el período 2010-

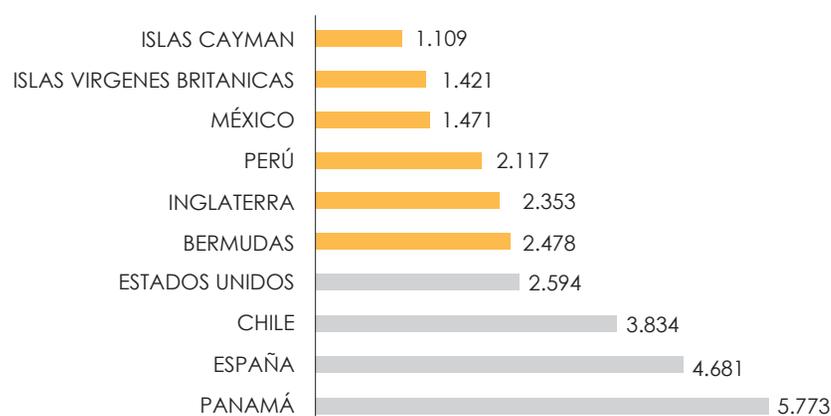
² Ver el capítulo 4 de este informe.

2016 este indicador se ha duplicado al pasar de US\$64.792 millones a US\$120.191 millones, esto es 42,5% del PIB nacional. En 2017, de no cambiar drásticamente las condiciones expuestas, vendrán nuevos recortes en el presupuesto. Si bien el gobierno se ha comprometido a no bajar las inversiones sociales prioritarias, estos recortes tienen un impacto directo en la demanda interna y cuentan con el potencial de generar efectos negativos en el escaso crecimiento que ha mostrado la economía durante los últimos años.

Por otro lado, la sostenibilidad de la inversión extranjera en Colombia, promocionada como uno de los principales logros del gobierno, tiene detrás una discusión sobre el costo/beneficio de estos recursos. Lo que se percibe es que el país se ha convertido en un territorio de tránsito desde y hacia paraísos fiscales con la llegada de recursos para el sector extractivo, entre ellos, Panamá,

Anguilla, Bermudas, Suiza y las Islas Caimán. Las cifras de la DIAN estiman que entre 2010 y 2016 se han fugado del país hacia estos países cerca de US\$ 54.000 millones. Esto equivale a más de la mitad de los recursos que, según el Ministerio de Hacienda, se requieren para la implementación de los programas relacionados con el postconflicto. Además, por cuenta de esta evasión, esta entidad calcula que la nación deja de recibir cerca de US\$ 6.000 millones al año a través de cuentas bancarias en los paraísos fiscales, con un agravante adicional: las empresas extractivas, y en general empresas y actores privados, transfieren dineros que luego regresan como inversión extranjera directa, sin tributar ni allá ni acá, por la falta de acuerdos para evitar el fenómeno. Luego del escándalo de los "Panamá papers", la DIAN estimó que estos fondos fugitivos oscilan entre US\$4.500 y US\$7.000 millones al año, cifras aproximadas por la dificultad que tiene el rastreo de las inversiones realizadas en el mercado externo.

Gráfico 14. Flujos de salida de dinero al exterior. Mayores destinos de la inversión colombiana. Acumulado 2010-2016. En US\$ Millones



Fuente. Banco de la República. Estadísticas – Inversión Extranjera Directa, flujos al exterior. 2017

Otro asunto es la especulación con los títulos adquiridos. Es el caso de la empresa canadiense Ventana Gold que en 2009 compró los primeros títulos por el 75% de la mina El Coloro ubicada en el departamento de Santander por US\$600.000; luego adquirió el otro 25% por US\$6 millones. También se sabe que en 2010 pagó US\$48 millones por los títulos de las minas La Bodega y La Baja, una de las más grandes del país, y que en la compra de otros títulos y las inversiones en exploración se ha gastado unos US\$70 millones adicionales, para un total de inversiones de US\$136 millones. Aunque esta empresa tuvo que pagar un precio alto por los títulos mineros, los vendió en casi 12

veces el valor invertido. (Portafolio, 2016). A pesar de esto, el país no recibió nada de la ganancia ocasional obtenida por realizarse en la bolsa de Toronto. El hecho es que este no es el único caso; por el contrario, ha sido una táctica utilizada por varias multinacionales de origen canadiense en el país y en América Latina.

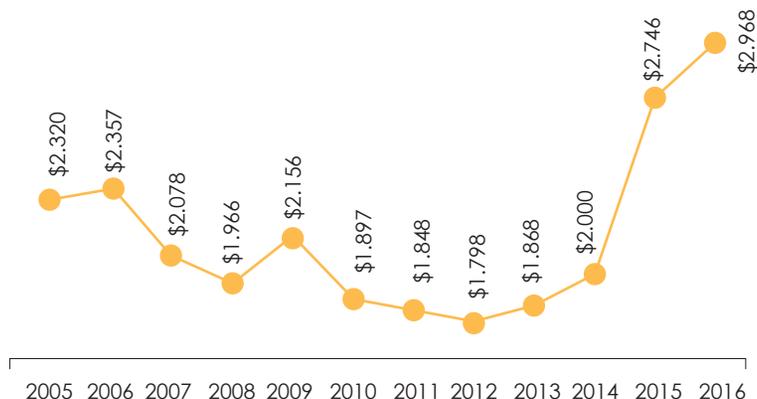
Finalmente, otra fórmula para sacar dinero del país son las demandas realizadas por operadores de títulos que reclaman indemnizaciones ante la imposibilidad de implementar sus proyectos. El gobierno anunció que a 2016, existían demandas de este tipo en escenarios internacionales por un valor acumulado de US\$ 23.000 millones. El caso más sonado es el de la empresa canadiense Tobie Mining que aspira a una indemnización de US\$16.500 millones por la expropiación de su título para la explotación de oro cerca al parque nacional Yaigojé-Apaporis, ubicado en el departamento de Amazonas. También está la demanda por cerca de US\$300 millones de Eco Oro reclamando la devolución de sus inversiones en el páramo de Santurbán o la pretensión de la empresa Hupecol por COP\$ 83.000 millones por la decisión de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) de cancelar su licencia para explotar petróleo en áreas cercanas a Caño Cristales, uno de los patrimonios ecológicos del país. Lo que está detrás de esta situación son las malas decisiones en la adjudicación de títulos y el afán de renta, que le están jugando una mala pasada al país. De prosperar estas demandas el impacto se calcula en algo más del 11% del PIB, una cifra que dejaría a la economía en una condición de vulnerabilidad extrema.

Relacionado con lo anterior se encuentra la revaluación del peso frente al dólar (gráfico 15). Así, la moneda colombiana que una vez fue considerada como la más sólida de la región Latinoamericana en el 2016 se convirtió en la segunda más depreciada del mundo, únicamente superada por el rublo ruso. Sin duda, una de las principales causas de este fenómeno es el desplome en los precios del petróleo, lo que ha obligado al país a pagar más pesos por cada dólar en las transacciones que realiza. A esto se suma la disminución en la inversión extranjera, tal como se ha planteado anteriormente y el menor crecimiento de la economía que hace menos atractiva el dinero nacional y baja su valor considerablemente.

Como resultado final, entre 2010 y el 2016 la devaluación del peso fue superior al 50% pasando de COP\$1.897 por dólar americano a COP\$2.968. El hecho importante aquí es que si bien, el país sale beneficiado por mayores recursos por la venta de bienes primarios, se vuelve más costoso producir en el país e incorporar tecnología para mejorar la competitividad. Además, aumenta la presión inflacionaria, se disminuye la capacidad de generar empleo formal y se profundiza el efecto reprimarizador de la producción nacional; sin duda, un escenario que contribuye al pesimismo sobre las perspectivas del país en el corto plazo.

Un asunto final tiene que ver con la paz territorial. El gobierno nacional enfrenta una serie de dilemas para cumplir con el contenido del Acuerdo Final firmado con las FARC. Entre ellos, dos han sido los más sonados en 2016, la plata para el posconflicto

Gráfico 15. Comportamiento de la TRM Colombia 2005-2016. En COP\$ por Dólar Americano



Fuente. Banco de la República. Estadísticas – TRM. 2017

y la decisión entre la restitución de tierras y el estímulo al sector extractivo.

En el primer caso, el Ministerio de Hacienda ha calculado inicialmente este valor entre COP\$85 y COP\$90 billones. Desagregando esta cifra, entre COP\$14 y COP\$18 billones tienen que ver con la inversión social en los territorios donde históricamente han tenido presencia las FARC y, en general, la diversidad de actores armados. Para los siguientes años, esta entidad habla de COP\$4 billones anuales por lo menos hasta el 2022. A la anterior cifra hay que sumarle el proceso de desmovilización y reintegración de 18.000 combatientes que estima el gobierno se encuentran en este grupo guerrillero, que la Contraloría General de la República³ calcula entre COP\$1.8 y COP\$2.7 billones adicionales en el mismo período. También se deben incluir los dineros para la reparación integral

³ Estudio Sectorial sobre la Política Pública de Desarme, Desmovilización y Reintegración en Colombia 2006-2014.

a las víctimas del conflicto; de acuerdo con el documento Conpes 3712 de 2011, el gobierno debe invertir cerca de COP\$6 billones por año entre el período 2012-2021 para un total de COP\$54 billones.

Además, el Documento de Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 señala que la mayor parte de este dinero se generará en la renta originada por el sector extractivo. Incluso, afirma que por concepto de regalías, impuestos y contribuciones de la minería y los hidrocarburos el país recibirá COP\$72 billones para el período 2015-2020. Otra posibilidad establecida por el gobierno es el ahorro presupuestal que se puede generar con la firma de un acuerdo en la Habana. Actualmente el Ministerio de Defensa calcula en cerca de COP\$22.5 billones el costo de mantener el pie de fuerza del ejército para enfrentar los grupos armados ilegales, esto es alrededor de COP\$230 billones en la última década 2004-2014. Con la firma de la paz, el Ministerio de Hacienda proyecta una disminución de los recursos dirigidos a mantener al aparato militar en por lo menos COP\$7 billones anuales para orientarlos a educación, inversión social e innovación. Como alternativa también se plantea la implementación de una nueva reforma tributaria que, de acuerdo con el Ministerio de Hacienda, se concentraría en aplazar el desmonte gradual del 4X1000 hasta el 2018, el aumento del impuesto al patrimonio de 1.5% vigente al 2.25% y la ampliación de la base, bajando el valor grabable de una cuenta neta de COP\$1.000 millones a COP\$750 millones. Con ello se espera mantener la inversión pública en COP\$45 billones anuales, incluyendo los programas dirigidos al postconflicto.

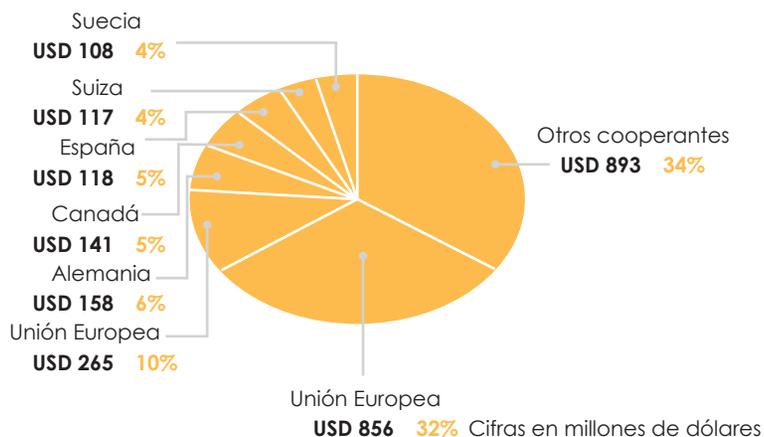
En el plano internacional, el presidente inició una nueva gira por varias naciones para responder a la ofensiva de la derecha colombiana que ha planteado en el escenario internacional una versión catastrófica del país. Igualmente, tiene la idea de buscar apoyo al proceso de paz y consolidar un fondo internacional, similar al Plan Marshall, en su filosofía y su objetivo de reconstruir la base territorial del país. El objetivo final es obtener fondos por cerca de COP\$90 billones. Sin embargo, esta idea debe enfrentar desafíos como el resultado de las elecciones presidenciales del 2016 en Estados Unidos que tiene como uno de sus últimos temas de debate el proceso de paz en Colombia y la crisis de refugiados en Europa, que ha generado un vuelco en las inversiones para la ayuda humanitaria. Como alternativa, está el ingreso del país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para lo cual, como carta de presentación, el Ministro de Hacienda afirmó en la cumbre del Foro Económico Mundial en enero de este año que el acuerdo de paz contribuirá al aumento en el crecimiento de la economía entre uno y dos puntos adicionales del PIB. Esto es aproximadamente entre COP\$9 y COP\$18 billones anuales, proyectados por el Banco de la República, lo que beneficiará a las empresas y la inversión extranjera que llegue al país.

Desde ya, las estrategias del gobierno para financiar el postconflicto han generado discusión en amplios sectores académicos, de la política y la sociedad civil. Un tema que se critica es la insistencia en generar expectativas sobre el aumento de la renta en el sector extractivo. Solamente para mencionar un ejemplo: las proyecciones del DNP hablan de precios del barril del petróleo entre US\$85

y US\$90 en período 2014-2018, algo que ha sido considerado por sectores económicos y de la academia como la práctica de inflar cifras para garantizar la conformación de un presupuesto público acorde con las necesidades de inversión existentes. Lo que a todas luces es peligroso para la sostenibilidad de la economía. Por el lado del sector privado, la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) se ha mostrado en desacuerdo con más impuestos para la paz y ha señalado que su papel en el postconflicto dependerá de las perspectivas económicas, en especial, la recuperación del sector minero y de hidrocarburos, la industria y la actividad agropecuaria. En el caso de los recursos internacionales, si bien se lograron avances y un espaldarazo al proceso de la Habana en la Unión Europea, que aprobó cerca de COP\$ 575 millones en 2016 para la paz o el anuncio de un crédito de US\$11.00 millones por parte del FMI y las inversiones anunciadas del gobierno de Canadá por un valor aproximado de US\$ 16 millones, la implementación final de acuerdos y de acompañamiento al proceso de paz dependerá del comportamiento que tenga la economía internacional en los próximos años.

En el segundo caso, los acuerdos firmados en La Habana tienen como punto central la reparación a las víctimas del conflicto mediante mecanismos de justicia, verdad y reparación tanto económica, simbólica y la devolución de las tierras despojadas. Sin embargo, la Agencia Nacional de Tierras ha señalado que en cerca de 6.5 millones de hectáreas identificadas para realizar este proceso se encuentran 975 solicitudes mineras y de hidrocarburos. De este total, afirma la Agencia que en 2016 se han proferido 1.321

Gráfico 16. Donaciones de países para la paz en Colombia. Acumulado 2015-2016



Fuente: Agencia Presidencial para la Cooperación Internacional (APC), 2017

fallos emitidos por jueces de restitución de tierras, de los cuales 103 afectan al sector extractivo; incluso, en 69 casos la decisión ha sido la cancelación del título. Esto por su puesto ha generado malestar en la Asociación Colombiana de Minería (ANM) y la Asociación Colombiana de Petróleo (ACP), que han reclamado la falta de garantías para continuar con el negocio, sumado a las consultas populares que han obligado a replantear sus proyectos. Queda por verse hasta cuándo el gobierno va a seguir con la voluntad política de privilegiar el derecho de las víctimas, más aún en un escenario de desaceleración económica que genera una presión excesiva sobre la renta.

Las propuestas sobre los temas de debate

La pregunta que cada vez más se instala en el escenario público es ¿qué hacer con el sector extractivo? La respuesta tiene diferentes versiones. En el caso del gobierno nacional,

hasta el momento ha prevalecido la idea de mantener el énfasis en la explotación de los recursos naturales, y para ello, desde el 2015 ha venido realizando un plan de choque para movilizar el comportamiento de la producción y la estabilización de las cuentas públicas.

El plan incluyó una nueva reforma tributaria para recaudar COP\$12,5 billones en 2016 (DIAN; 2016), que amplió la base de renta, aumentó el porcentaje del IVA del 16% al 19% e introdujo mayores sanciones para la evasión. También se formuló el Plan de Impulso a la Prosperidad y el Empleo (PIPE 2.0) que mantiene los beneficios arancelarios para la minería y los hidrocarburos hasta el 2017 y aumenta las exenciones tributarias a proyectos petroleros costa afuera y los PINES. El plan plantea el cobro de regalías variable para estimular la inversión extranjera, reduce el pago del canon superficial para minería hasta el 50% de su valor actual, flexibiliza los contratos de exploración, todo con el propósito de generar COP\$ 16 billones en renta adicional. Esta estrategia de choque se incorporó al “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un Nuevo País” que ratifica el énfasis y la estrategia de apoyo al sector extractivo como instrumento básico para el progreso del país. Para no dejar dudas, el Plan acoge la perspectiva de considerar los recursos naturales como bienes públicos y la competencia del gobierno nacional para definir programas de apoyo a la producción, los ingresos e inversiones en minería e hidrocarburos, sin consultar a las autoridades y las comunidades.

En cuanto a la autoridad minera, el Ministerio de Minas y Energía se impuso como meta impulsar una política para este sector. Entre las

novedades de este instrumento se destaca el reconocimiento de la actividad por tipo de unidad (gran minería, mediana, pequeñas unidades y minería artesanal), para cada de las cuales formula medidas diferenciales con el fin de mejorar su organización y desempeño. En segundo lugar, establece como pilares de trabajo: a) consolidar un marco jurídico favorable a la inversión extranjera; b) mejorar la competitividad del sector; c) crear confianza en el sector privado; c) aumentar la infraestructura para el transporte de los minerales; d) ampliar el conocimiento e información del potencial geológico; y, e) articular las acciones del Estado para el manejo de la minería⁴.

El Departamento Nacional de Planeación (DNP), por su parte, trabajó en la puesta en marcha de las disposiciones del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que ratifica la estrategia de apoyo al sector extractivo como instrumento básico para atraer la inversión extranjera, ampliar la base de renta y cumplir los programas sociales y de infraestructura que requiere el país. Para no dejar dudas, el Plan establece el escenario base en materia de producción, ingresos e inversiones en minería e hidrocarburos. Uno de los temas más polémicos del Plan es la estructura de inversión pública para la movilización de los sectores económicos. Mientras que para la minería y los hidrocarburos asigna un total de COP\$ 78 billones en el cuatrienio, para el campo la asignación de recursos es un poco más de la mitad (COP\$ 48 billones) y para ciencia, tecnología e innovación y apoyo productivo a la industria, COP\$22 billones (Gráfico 17). El propósito de invertir la mayor parte de los

recursos públicos para reactivar a toda costa el sector extractivo tiene como telón de fondo “convertir a Colombia en uno los países más competitivos y productivos de la región, consolidando un crecimiento económico sostenido e inclusivo, y con acceso a oportunidades de empleo de alta calidad. Esto se logrará a partir de un uso eficiente de las ventajas comparativas, de una oferta más amplia y moderna de conectividad física y digital, de la sofisticación y diversificación de los bienes y servicios, y una mejora sustancial en el aprovechamiento y uso adecuado de los recursos naturales”. (DNP, 2014, pg. 118).

Otro sector que ha tenido un papel importante en el debate es el de las asociaciones gremiales de la minería y los hidrocarburos, quienes han trabajado intensamente en estrategias de lobby ante el ejecutivo y el Congreso para conseguir mayores beneficios tributarios, ampliar la protección del negocio y disminuir los tiempos de respuesta institucional en los procesos de licenciamiento.

Gráfico 17. Plan de Inversiones Estrategias y Objetivos Movilización Económica Plan de Desarrollo 2014-2018. Todos por un Nuevo País. En COP\$ millones



Fuente: DNP. Articulado Plan de Desarrollo. Pg. 4. 2015.

⁴ Ver el capítulo 1 de este informe.

En el tema tributario, la Asociación Colombiana de Minería (ANM) y la Asociación Colombiana de Petróleo (ACP) han planteado la necesidad de implementar incentivos fiscales para la inversión en exploración y producción permanente y como herramienta contracíclica. Es decir, un descuento en el impuesto de renta por la inversión realizada del 50 por ciento por exploración y un porcentaje de la inversión en producción variable en función del precio internacional. Adicionalmente, está la devolución inmediata del IVA por inversiones tangibles e intangibles para exploración y desarrollo, ya sea en la declaración de renta del año fiscal en que se incurre, o en la declaración de ventas, o creando una declaración especial para este caso; y también señalan la importancia de permitir la depreciación acelerada en el año en que se adquieren los activos para liberar entre el 20 y 30 por ciento la caja de proyectos exploratorios, con beneficios fiscales otorgados solo si la inversión se realiza, y así mejora el "Government Take" en cerca de 10 puntos porcentuales, acercándolo al de sus principales competidores. Así el costo fiscal para el Gobierno es recuperado con el recaudo del proyecto que se ejecuta. (El Tiempo, 2016).

La estrategia utilizada ha sido la generación de incertidumbre sobre la autosuficiencia energética y el crecimiento de la renta. Incluso se han manifestado que, para evitar la salida de empresas petroleras y de gas, es preciso acometer medidas dirigidas a reducir los costos operacionales (licenciamiento, bloqueos, seguridad); liberar recursos financieros; viabilizar proyectos que difícilmente se desarrollan con precios

actuales; e incentivar nuevas y mayores inversiones en Colombia por parte de este sector. Tal como lo afirma el presidente de la ACP, Rodrigo Lloreda: "El Gobierno Nacional y el Congreso deben tomar decisiones de fondo que le permitan a la industria superar la crisis; si le va bien a la industria le va bien al país". (El Espectador, 2016).

Conjuntamente, el gremio extractivo ha solicitado garantías jurídicas como respuesta a las consultas populares. En este sentido, la ACM ha manifestado "su preocupación por la inestabilidad jurídica que se está presentando en el país y la cual afecta directamente la inversión y el futuro de las operaciones mineras" (El Herald, 2016). Señala además que "finalmente debe haber seguridad jurídica para la inversión. Es importante que las decisiones de Gobierno se mantengan para que las reglas del juego sean claras". (Portafolio, 2016). Aquí también se encuentra la discusión sobre la minería ilegal, que la ACM ha calculado en 80% para el caso del oro. Esta asociación ha señalado que si este problema no se soluciona, difícilmente el país puede avanzar en la gestión planificada de los recursos naturales y su vinculación con el desarrollo nacional.

Por último, en el tema del licenciamiento ambiental, el planteamiento del gremio extractivo es avanzar en la descongestión de las solicitudes en trámite, mejorar los procesos en las agencias del Estado y disminuir los tiempos para el estudio de las solicitudes. Igualmente, se afirma que el país requiere el uso de tecnologías para aprovechar el potencial que tiene en recursos naturales y generar valor agregado. Así lo ha manifestado en diferentes oportunidades el presidente de

Ecopetrol cuando ha sido interrogado sobre el fracking: “Mi convencimiento hoy, y me tomé casi dos años y medio para llegar a este convencimiento, es que ni Ecopetrol, ni el país, ni la USO (sindical obrera) nos podemos dar el lujo de no ir por los no convencionales, y mucho menos Barrancabermeja y la refinería de la ciudad. Es absolutamente estratégico”. (El Espectador, 2016).

A lo anterior se suma la estrategia de presentar al sector extractivo como un actor fundamental en el postconflicto. En este sentido, la ACP afirma que, en los últimos cinco años, la minería y los hidrocarburos han aportado cerca de COP\$ 125 billones para programas sociales, la implementación de las vías 4G y la inversión en territorios con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la población. Además, la ACM plantea que en un escenario de paz, sin atentados y amenazas, “es posible pensar en mayores inversiones y condiciones para promover un modelo minero sostenible y ambientalmente responsable que contribuya a la reconciliación y el desarrollo en las zonas que tradicionalmente han vivido la violencia” (El Tiempo, 2016).

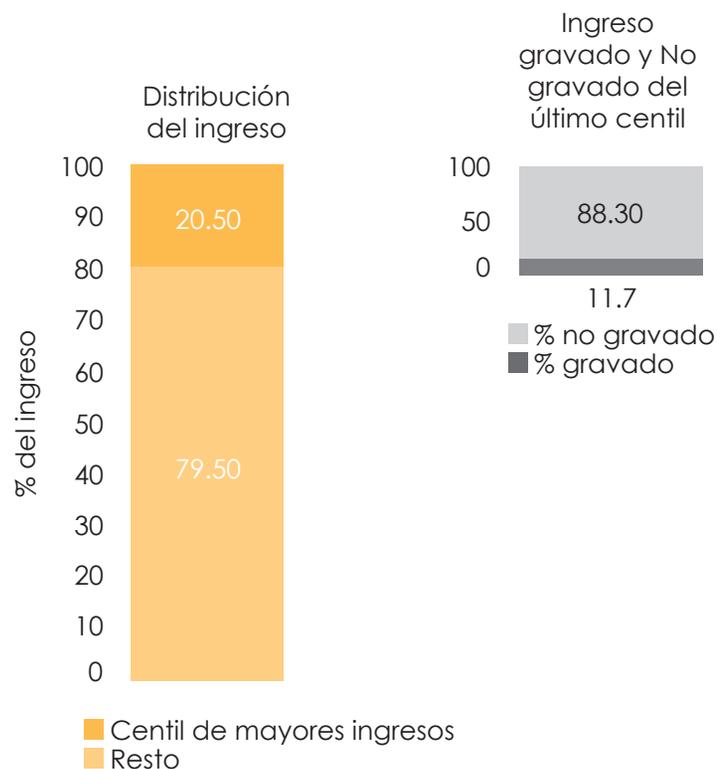
Otros dos actores no menos importantes son las autoridades locales y la sociedad civil. Aquí cada vez más hay un convencimiento de que es poco realista pensar que la industria extractiva por sí sola pueda generar la base productiva que requieren los territorios para mejorar sus condiciones de vida. Ante el comportamiento de los principales indicadores a la baja, la escasa redistribución de la renta y las consecuencias que esto tiene para el país, organizaciones como la Red de Justicia

Tributaria vienen promoviendo el debate sobre la apuesta minero-energética como principal eje de ingresos y desarrollo. Algo que pasa necesariamente por dar un nuevo empuje a las actividades agropecuarias y la industria como principales motores de movilización de la base productiva. Para ello, se han planteado la imperiosa necesidad de implementar programas para la reactivación de la manufactura y el campo, la conservación de áreas ambientales y de economía campesina, los sistemas de transferencia de tecnología, el apoyo estatal y del sector educativo para la innovación.

Incluso, centros académicos como la Universidad Nacional, han liderado el análisis del extractivismo en el país, y en especial, la propuesta de una reforma tributaria, ligada al trabajo de economistas como Thomas Piketty, que dan cuenta de un país con un grado de desigualdad extrema. Esta afirmación se sustenta en cifras oficiales que plantean un escenario en el que el 1% de la población comparte el 20% del ingreso; y de sus ingresos totales apenas es gravable el 11,7 por ciento. El resultado final es que este grupo no paga ningún tipo de impuesto sobre el 88,3% de sus ingresos. Además, el 10% de la población cuenta con el 50% del ingreso (Bonilla y González, 2016). En estas condiciones, la reforma tributaria de 2016, no sólo es regresiva, sino que, antes que corregir la concentración de la riqueza, la aumenta al mantener exenciones a sectores como el extractivo y luego traspasar su costo a la población más pobre.

Igualmente, la organización Colombia Punto Medio afirma que las estrategias tributarias de las más grandes compañías mineras

Gráfico 18. Participación de las personas que pertenecen al percentil 1 en el ingreso total, y porcentaje de su ingreso que es gravado en Colombia



Fuente: DNP. Articulado Plan de Desarrollo. Pg. 4. 2015.

llevaron a reducir sus obligaciones tributarias y a exigir devoluciones de los saldos a favor. Pardo (2016) señala al respecto que el fisco nacional le debe a Cerro Matoso S.A por los años 2013 y 2014 la suma de \$126 mil millones de pesos; \$60 mil millones de pesos a Cerrejón Zona Norte y \$54 mil millones de pesos a Prodeco, sin que hasta el momento exista un control transparente sobre estas deducciones. En este sentido, la exigencia que se ha hecho al gobierno y las empresas

del sector es que paguen lo que realmente les corresponde, que se implementen contratos de asociación minera, como ya existen en hidrocarburos, en los que el Estado aporta a la sociedad los minerales de su propiedad y el sector privado los recursos para explotarlos en una alianza 50%-50%; que se revisen compromisos de los contratos de estabilidad jurídica y caducidad inmediata por incumplimiento de los mismos y que se fortalezca la autoridad tributaria para que pueda verificar la información entregada por las compañías mineras y darle dientes para que sancione a aquellas que evaden el pago de impuestos mediante comercializadores creados en paraísos fiscales y el uso de los precios de transferencia para reportar menores ingresos operacionales (íbid).

En el tema de las competencias de las autoridades locales para participar en las decisiones sobre la gestión de los recursos naturales, contrario a la posición del gobierno nacional y el gremio extractivo que las perciben como un riesgo para el avance de la política minero-energética, hay un movimiento creciente desde la sociedad civil para defenderlas y apoyarlas. A este llamado se han sumado las agremiaciones públicas. La Federación Colombiana de Municipios ha insistido en que "defiende la autonomía municipal, por eso contribuimos a la demanda que se presentó ante la Corte Constitucional que reclamaba precisamente ese reconocimiento de la autonomía municipal, en materia de la facultad que tienen los alcaldes y los concejos de definir el uso del suelo en su municipio. Es tal vez una de las pocas expresiones en que se materializa la autonomía municipal en Colombia, predicada por la Constitución".

Por su parte, la Federación Colombiana de Concejales (FENACON) ha sostenido que “nosotros tenemos una posición completamente institucional entre las corporaciones públicas. Dentro de ese marco de competencias se puede prohibir la extracción de todo lo que es en campo minero”. (El Nuevo Siglo, 2016).

Por último, en el tema de la paz, el planteamiento se centra en buscar alternativas para romper la falsa disyuntiva entre el proceso económico y la protección del medio ambiente, impuesta por el enfoque extractivista. Esto pasa por apoyar a la población campesina, la población desplazada, las comunidades indígenas, afrocolombianas y las mujeres y hombres reinsertados(as) para que desarrollen sus propias estrategias y accedan a oportunidades y derechos económicos de forma integral. En este campo, además de los retos que tiene el gobierno en materia de educación, es clave la participación de la academia y las instituciones de investigación que existen en el país, especialmente en la construcción de redes de conocimiento e innovación que partan de la cultura y las tradiciones de estas comunidades para ampliar sus posibilidades de inserción en mercados productivos y en formas asociativas de trabajo y cooperación. Tal como lo afirma el DNP (2016): “con el cierre del conflicto armado el país tiene la posibilidad de obtener un dividendo en la economía de 1,9 puntos porcentuales adicionales; implica una tasa de crecimiento potencial del 5,9% en un escenario de paz, que se basará principalmente en la mayor confianza en el futuro del país y mejores perspectivas para el desarrollo; corresponde a todos los sectores productivos hacer parte

de este nuevo escenario y generar apuestas para integrarse a la prosperidad nacional”.

A manera de cierre

El presidente Santos ha entrado en la fase final de su mandato sin conseguir la meta de construir una ruta integral para hacer frente a los retos que le ha impuesto el extractivismo al país. Lo que demuestra el análisis presentado anteriormente es que el gobierno, los gremios mineros y de hidrocarburos se han integrado en la búsqueda de reactivar estas actividades con recetas que ya han demostrado efectos negativos para el crecimiento económico y la competitividad en una verdadera carrera hacia el fondo. Las autoridades locales y las organizaciones sociales por su parte, exigen cambios en el modelo de desarrollo para hacerlo más sostenible y cercano a las necesidades que vive el país en transición hacia la paz.

Por otro lado, son escasos los escenarios de diálogo para concertar esta nueva visión de desarrollo, como consecuencia del centralismo oficial que ha excluido a los territorios de las decisiones sobre su espacio vital. Desde este enfoque se ha considerado a los municipios y departamentos como simples operadores del proceso extractivo, pero, además, con una carga significativa en el control de los conflictos asociados a este sector, sin las herramientas y el acompañamiento debido del Estado central. Es difícil pensar que en el corto plazo esta ruptura sea reducida y que se pueda establecer un espacio colectivo para la discusión objetiva sobre el impacto de la minería y los hidrocarburos en la economía nacional. Este tema seguramente hará

parte del debate electoral que se avecina, en medio de un panorama poco favorable para el agregado productivo.

La discusión propuesta, sin embargo, no se agota en el debate electoral. Las organizaciones sociales, académicas y los dispositivos creados por las comunidades tienen el reto de articularse y seguir promoviendo una agenda pública con dos niveles de acción: el primero tiene que ver con el análisis sobre lo que ha dejado la bonanza minero-energética y considerar su papel en la estructura de la economía y el desarrollo del país; el segundo se relaciona con la construcción de un modelo que dependa menos de una actividad tan volátil y conflictiva como lo es la minería y los hidrocarburos. Para ello, es urgente articular los sectores de la economía, establecer apuestas para recuperar la dinámica perdida de la industria y la agricultura mediante políticas de diversificación económica y generar alternativas para ampliar la base exportadora y los términos de intercambio en el mercado internacional.

Finalmente, aunque el presidente Santos ha insistido que el modelo de desarrollo no está en los temas de trabajo de La Habana, la implementación de los acuerdos firmados con las FARC es una ventana de oportunidad importante para hacer el tránsito hacia un enfoque productivo sostenible desde el punto de vista financiero, pero también desde la equidad social y ambiental. Está en juego la posibilidad que tienen todos los colombianos y colombianas para consolidar un escenario de paz territorial estable, y para ello, necesariamente hay que abordar soluciones concretas para reducir

la desigualdad social y territorial y afianzar un modelo democrático que promueva la reconciliación y la convivencia. Esto, tal como se ha visto en los últimos años, no es posible con un modelo extractivo descontrolado que, lejos de contribuir a los principios del bien común, ha provocado el aumento de la conflictividad social y el quiebre en las relaciones del Estado con la ciudadanía.

Bibliografía

ACIPET (2017). Disponibilidad del Gas en Colombia a Corto, Mediano y Largo Plazo. Bogotá.

Agencia Nacional de Hidrocarburos (2017). Estadísticas anuales. Petróleo y Gas. Recuperado en: <http://www.anh.gov.co/ANH-en-Datos/Paginas/default.aspx>

Asociación Colombiana de Petróleo (2017). Estadísticas Petróleo en Colombia. <https://www.acp.com.co/index.php/es/publicaciones-e-informes/informe-estadistico-petrolero-iep>

Banco de la República (2017): Estadísticas Sector Externo. Importaciones y Exportaciones. Balanza de Pagos, TRM. Recuperado en: <http://www.banrep.gov.co/es/-estadisticas>

British Petroleum. (2015). World Energy. BP Statistical Review. 2015. http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/statistical-review/statistical_review_of_world_energy_2013.pdf

Bonilla E. González J. (21 de febrero de 2016). Las propuestas tributarias en la comisión de expertos. Razón Pública. Recuperado en: <http://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/9234-las-propuestas-tributarias-de-la-comision-de-expertos>

Cabrera G. M. (18 de junio de 2016). El negocio de los títulos mineros. Portafolio. Recuperado en: <http://www.portafolio.co/opinion/mauricio-cabrera-galvis/negocio-titulos-mineros-131156>

CEPAL (2017). Estudio económico de América Latina y el Caribe: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible y los desafíos de financiamiento para el desarrollo. Santiago de Chile. Recuperado en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/40326-estudio-economico-america-latina-caribe-2016-la-agenda-2030-desarrollo>

DANE (2017). Estadísticas por tema. Cuentas nacionales y comercio internacional. Recuperado en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cuentas-nacionales>

DNP (2014). Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un Nuevo País. Paz, Equidad y Educación" <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND%202014-2018%20Bases%20Final.pdf>

El Espectador. (15 de marzo de 2016). Gremio petrolero presenta peticiones al gobierno para acelerar la producción. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/gremio-petrolero-presenta-peticiones-al-gobierno-aceler-articulo-550153>

El Espectador. (23 de julio de 2017). Yacimientos no convencionales son el futuro de Colombia: Ecopetrol. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/economia/yacimientos-no-convencionales-son-el-futuro-petrolero-de-colombia-ecopetrol-articulo-704507>

El Heraldó. (26 de mayo de 2016). gremio minero dice que fallo de la Corte afecta la inversión en el sector. Recuperado en: <https://www.elheraldo.co/nacional/gremio-minero-dice-que-fallo-de-la-corte-afecta-inversion-262974>

El Nuevo Siglo. (Agosto 12 de 2017). Se "dispara" rechazo extracción minera. Recuperado en: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/06-2017-rechazo-a-extraccion-minera-crece-como-espuma>

El Tiempo. de agosto de 2016). Alerta en campos activos si sigue disminución de actividad petrolera. Recuperado en: <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/sector-petrolero-lanza-alerta-por-disminucion-en-la-actividad-36041>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2016). Regla Fiscal para Colombia. Recuperado en: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/SaladePrensa1/ReglaFiscal>

MinisteriodeHaciendayCréditoPúblico(2017).ReportesdehaciendaPIBycomportamientodelpresupuesto. Recuperado en: http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/faces/GestionMisional/PoliticaFiscal/ReportesHacienda?_adf.ctrl-state=ntwib87w_4&_afLoop=85193114331704#

Ministerio de Minas y Energía (2017). Las cifras del sector minero. Recuperado en: <https://www.minminas.gov.co/las-cifras-del-sector-minero>

Pardo A. (5 de marzo de 2016). Reforma tributaria estructural: buscando contribuyentes aguas arriba. Justicia Tributaria en Colombia. Recuperado en: <http://justiciatributaria.co/blog/2016/03/17/reforma-tributaria-estructural-buscando-contribuyentes-aguas-arriba/>

Portafolio. (25 de septiembre de 2016). la actividad en tierra firme está paralizada. Advierte la Asociación Colombiana de Petróleo. Recuperado en: <http://www.portafolio.co/economia/la-actividad-en-tierra-firme-esta-paralizada-advierte-la-asociacion-colombiana-de-petroleo-500553>

Sáenz Jorge (8 de septiembre de 2016). Bloqueos petroleros dejan pérdidas por 11.300 millones. El Espectador. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/bloqueos-petroleros-dejan-perdidas-11300-millones-articulo-653711>

Semana. (3 de mayo de 2016). Primero cayó el petróleo, ahora el carbón. Sección tendencias. Recuperado en: <http://www.semana.com/economia/articulo/carbon-en-crisis-como-la-del-petroleo/464048>

SIMCO (2017). Cifras y estudios sectoriales. Series estadísticas. Recuperado en: <http://www1.upme.gov.co/simco/Paginas/default.aspx>

Velázquez F. Martínez M. y Peña (2016). Reportes del Sector Extractivo en Colombia 2010-2015. Bogotá. Recuperado en: <https://www.foronacional.org/observatorio-ie>

World Energy (2017). Executive Summary 2016. Paris. Francia. Recuperado en: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WorldEnergyOutlook2016ExecutiveSummaryEnglish.pdf>

CAPÍTULO 3

El sistema general de regalías. Un breve análisis sobre su implementación

En noviembre de 2016, el presidente Santos realizó un balance público sobre el Sistema General de Regalías (SGR), destacando la revolución generada con los cerca de COP\$30 billones en inversiones y proyectos. Además, señaló que antes las regalías eran asociadas con corrupción e ineficiencia y ahora son motores de obras y progreso para las comunidades. Igualmente, afirmó que estos recursos han servido para erradicar la desnutrición infantil en varios departamentos, la construcción de alcantarillados y obras que contribuyen a disminuir la pobreza, la consolidación de emprendimientos sociales o la construcción de colegios para garantizar la cobertura educativa, entre otros asuntos.

Esta visión optimista contrasta con el análisis de organizaciones académicas, sociales, políticas y las entidades de control, que han manifestado su preocupación por el bajo avance del SGR en sus primeros cinco años de implementación. Los problemas identificados tienen que ver con altos saldos de tesorería, como consecuencia de la lentitud en la aprobación de proyectos, la malversación de recursos y la baja transparencia e información sobre el uso dado a los dineros invertidos. A esto se suma la polémica propuesta del gobierno de destinar un porcentaje de las apropiaciones asignadas a la ciencia y tecnología, por una sola vez, para construir vías terciarias, y el hecho de que en el país no haya hasta el momento un macroyecto financiado con regalías para el fomento del desarrollo nacional.

Ante estas percepciones tan divergentes y lejanas, ¿quién tiene la razón? ¿qué está pasando con el SGR? ¿Cómo ha sido su

implementación? Estas preguntas son importantes para el país por el impacto que tienen las regalías en la generación y distribución de la renta extractiva; además, actualmente se encuentran varias iniciativas para reformar el mecanismo de distribución vigente, lo que lleva a pensar que existen diferencias e inconformidades con su estructura y funcionalidad. Como un aporte a este debate, el Observatorio de las Industrias Extractivas en Colombia ofrece a continuación un análisis sobre lo que ha dejado este sistema, los procesos de desarrollo regional que ha generado y la gestión de los recursos asignados. El análisis se acompaña de tres estudios de caso en municipios productores de oro, carbón y petróleo, con el propósito de profundizar la mirada territorial sobre estos temas.

Este documento tiene como antecedente y referencia próxima los Informes sobre Sector Extractivo en Colombia elaborados desde el año 2010, que han dedicado varios apartados al uso de la renta extractiva a través de las regalías. Estos informes han sido publicados por la Fundación Foro Nacional por Colombia con el apoyo del Natural Resource Governance Institute (NRGI)¹.

Los temas críticos del SGR

Desde que inició el debate en el Congreso, el gobierno actual planteó la necesidad de la reforma a la distribución de las regalías para avanzar hacia un modelo más equitativo que cobijara a todos los municipios y

¹ Se reconoce el apoyo de Juan Sebastián Simbaqueba, profesional de Foro, por su valiosa ayuda en los contactos con los actores locales, y en la aplicación y sistematización de las entrevistas que acompañan las reflexiones sobre el componente territorial de las regalías.

departamentos del país, haciéndolos partícipes de la bonanza minero-energética. Además, argumentó la importancia de quitarle estos recursos a las mafias que durante años los habían desviado para fines distintos a la construcción de desarrollo y equidad. ¿Qué ha pasado con estos objetivos en los primeros cinco años del SGR? A continuación, se presenta un breve balance.

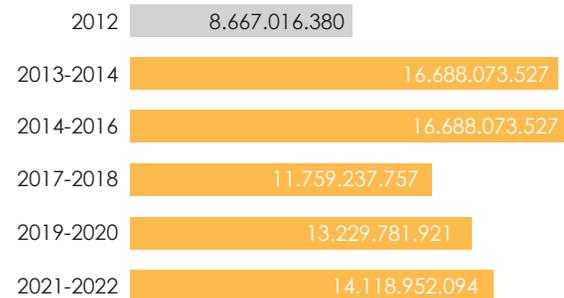
La administración de los recursos

Uno de los mensajes implícitos del SGR es que, si se deja en manos de las autoridades y las comunidades las decisiones sobre el manejo y la orientación de las regalías, existe un alto riesgo de corrupción; por el contrario, si su gerencia y la definición de los proyectos de inversión recaen en el gobierno nacional, se avanza en su eficiencia y transparencia. (Acosta, 2012). Detrás de esta percepción se esconden viejos estereotipos que han ubicado injustamente los desvíos de dineros exclusivamente en el nivel local, olvidando por ejemplo la pérdida en la década de los noventa de COP\$850.000 millones en el Fondo Nacional de Regalías (FNR) administrado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), según informes de la Contraloría General de la República.

En este debate, también está el pulso del gobierno nacional con los municipios y departamentos por el control de los recursos. El Ministerio de Hacienda estima que entre 2012 y 2022 el monto de regalías ascenderá a más de COP\$80 billones, una cifra nada despreciable, que en términos reales representa el triple del presupuesto que tienen las principales ciudades del país para

inversión en 2016 (Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Cartagena y Bucaramanga), el doble del presupuesto sumado de los 1.109 municipios del país y el 40% del presupuesto general de la nación para este mismo año.

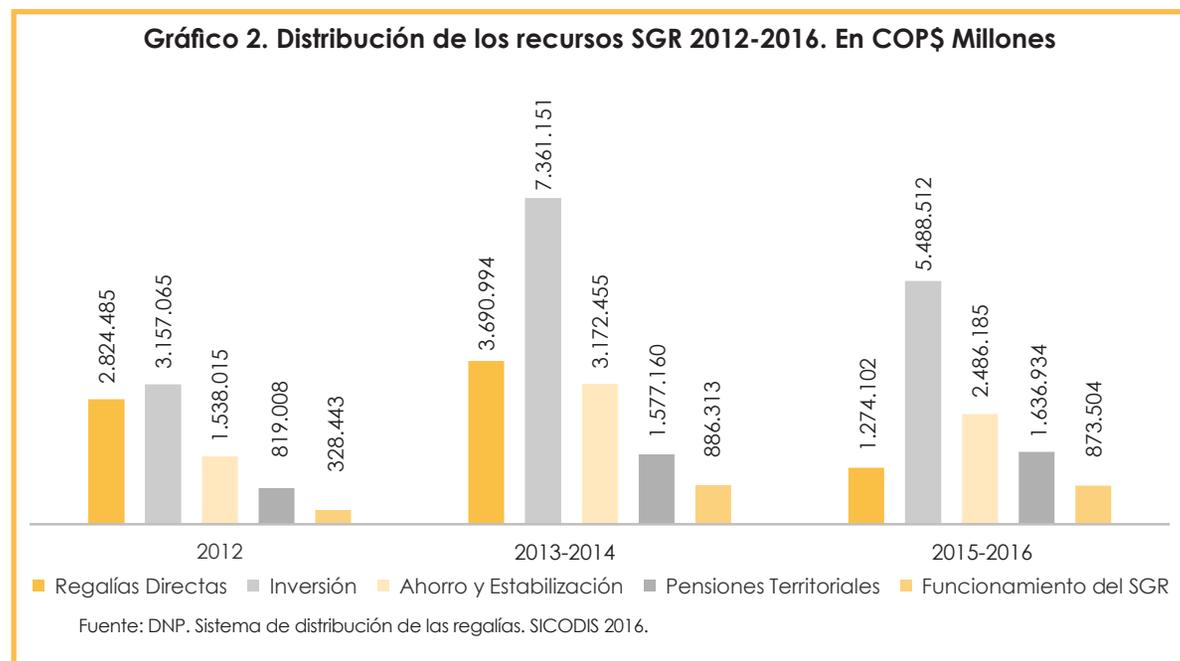
Gráfico 1. Presupuesto del Sistema General de Regalías 2012-2022



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Pública. Presupuesto Nacional 2012-2016. Marco Fiscal de Mediano Plazo 2017-2020.

Con esas cifras no es de extrañar la insistencia oficial en centralizar el manejo y la asignación de las regalías. De hecho, el esquema de asignación del SGR ha cambiado de manera radical. Las asignaciones directas a los territorios tan sólo representaron el 17,6% del sistema, mientras que los dineros a cargo del DNP fueron el 82,4% en el período 2012-2016. Además, los recursos asignados al ahorro y las pensiones territoriales administradas por el Ministerio de Hacienda, constituyen el 19,7%. Por el contrario, a las entidades territoriales les queda el 19% de libre destinación para apalancar programas de inversión social.

Adicionalmente, el gobierno nacional ha aprovechado el SGR para colgarle una serie de obligaciones que constitucionalmente están a cargo de las entidades del Estado. Se destacan los recursos para el monitoreo, seguimiento y control de las regalías,



actividad que está obligada a realizar el DNP; igualmente, se introdujeron gastos para aumentar el conocimiento sobre la geología del país, algo que debe realizar el Servicio Geológico Colombiano (SGC). Por último, están las partidas para aumentar la información de las potencialidades mineras y de hidrocarburos, actividad que le corresponde el Ministerio de Minas y Energía. Estos recursos sumaron en total cerca de COP\$ 2 billones entre 2012 y 2016, lo que también ha contribuido a la disminución de las asignaciones de inversión; sin embargo, las entidades territoriales no tienen participación en las decisiones que toma el gobierno nacional en estos temas.

En este escenario, los municipios y departamentos aumentan su dependencia de la renta nacional, con los problemas que esto tiene para cumplir con sus obligaciones y competencias administrativas. No en vano

la Contraloría General de la República ha manifestado que por cuenta de la orientación centralista que ha guiado la acción de los últimos gobiernos, de cada COP\$100 que el país recauda por tributos y regalías, COP\$82 se quedan en el nivel central, y tan sólo COP\$18 van a territorios. Esta realidad es más grave en el caso de los municipios de categoría sexta, que tienen atado cerca del 72% de su presupuesto a las decisiones que se establecen desde Bogotá. Esta realidad además de ampliar la desigualdad que vive el país, es contraria a la Constitución del 91, que planteó como uno de sus principales postulados la estructura descentralizada del Estado.

A lo anterior se suman dos hechos que agregan más preocupaciones. El primero tiene que ver con el recorte de los recursos por la baja en el precio del petróleo. En Marzo de 2016, la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías aprobó el

congelamiento de COP\$ 5 billones por esta situación, algo que se sumó al recorte del 22% en las regalías directas y para el bienio 2017-2018, tal como se observa en el gráfico 1, nuevamente se decretó una caída en el presupuesto en cerca de COP\$ 6 billones. El segundo hecho se relaciona con la idea del gobierno nacional de trasladar dineros de ciencia y tecnología para el cumplimiento de los acuerdos firmados con la guerrilla de las FARC en materia de vías terciarias. Según los cálculos del Ministerio de Hacienda esto significaría un recorte adicional de COP\$ 1,3 billones a los recursos destinados a la innovación y la producción de conocimiento, un tema esencial para buscar alternativas que permitan superar el modelo primario exportador vigente.

Estas decisiones se tomaron de espaldas al país. En el primer caso, si bien en la comisión rectora del SGR tienen asiento dos gobernaciones y dos alcaldías, poco pueden hacer frente al poder del DNP que tiene a cargo su dirección y secretaría técnica, además del papel “orientador” del Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Minas y Energía. En realidad, es un escenario cargado de asimetrías en favor del poder centralista. En cuanto al traslado de recursos para vías terciarias, la propuesta que ha comenzado a surgir es incluirla en los decretos para la paz, elaborados por la presidencia en el marco de las competencias extraordinarias solicitadas al Congreso para la implementación del acuerdo final, lo que ha sido interpretado por sectores académicos como la ratificación de que “no solo hay una ausencia de una política de ciencia, sino de una preocupación por ella. Es claro que se considera algo que se puede dejar para después, cuando ya no tengamos urgencias,

sin considerar, primero, que siempre hay urgencias y, segundo, que es precisamente la ciencia la que provee instrumentos para resolverlas” (Villa, 2017).

A la par de la disputa por los recursos está la toma de decisiones en el sistema. Los Órganos Colegiados de Administración y Decisión (OCADS), creados para la inversión también quedan en manos de las entidades nacionales. En materia de ciencia y tecnología, los recursos están concentrados en Colciencias como entidad rectora del tema. Sobre el tema, la Federación Colombiana de Municipios señaló: “todavía no hemos logrado que estos recursos lleguen a esos municipios apartados y estos son los que más lo necesitan para lograr un desarrollo que los saque de ese abandono desde el punto de vista de educación y de desarrollo científico”. (El Nuevo Siglo, Julio 24 de 2016). En los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional la situación es parecida; si bien la sentencia C-624 de 2013 eliminó el veto del gobierno nacional en la aprobación de los proyectos aprobados, no hay una mejora sustancial de los municipios en las decisiones que se toman en estos fondos; de hecho, la Contraloría General de la República (2015) señaló que sólo el 16% de los mandatarios locales participan de las sesiones de decisión. Esta entidad señala que en su mayoría priman las decisiones de los departamentos y las entidades del nivel central, vulnerando los derechos de las entidades territoriales a priorizar sus necesidades y apuestas de desarrollo local.

La exclusión de los municipios también se da en los Fondos de Pensiones Territoriales (PET), Ahorro y Estabilización (FAE). El Acto

Legislativo 05 de 2011 establece que el crecimiento de los fondos creados con la reforma a las regalías no podrán tener lugar a una tasa superior a la mitad del crecimiento general del sistema, y los excedentes por este y otros conceptos que se generen irán a la cuenta de ahorro, la cual estará bajo el control del Banco de la República (la banca central); además, su administración, uso y distribución estará sujeta a los términos que establezca el gobierno nacional. Aunque ambos fondos cuentan con una comisión encargada de la administración en las que tienen asiento dos gobernadores y dos alcaldes, la decisión final la tiene el Ministerio de Hacienda como entidad que la preside (Foro, 2016).

Lo anterior, ha generado malestar en las entidades territoriales y las comunidades, las cuales en no pocas ocasiones han solicitado que se lleve a cabo una discusión sobre la participación de los municipios y departamentos en las decisiones del SGR. La Federación Nacional de Departamentos emitió a comienzos del año una comunicación al gobierno nacional en la que manifiesta que “la idea de centralizar las decisiones presupuestales afecta a las regiones” debido a que “los departamentos hoy tienen diversos problemas en educación, salud, en el tema carcelario, atención de la niñez, atención a adultos mayores y en otros sectores, en los que la responsabilidad ha recaído en las gobernaciones, sin que el Gobierno haya aumentado los recursos para solucionar estos temas” (El Espectador, 2017). La Federación Colombiana de Municipios, por su parte, también ha planteado su desacuerdo con la forma como se administran los recursos, señalando “el uso que la ha dado el gobierno nacional

a una parte significativa de las regalías para cuadrar las cuentas de la nación (pasivos pensionales y equilibrio macroeconómico), dejando de lado la definición conjunta sobre las prioridades de desarrollo” (El Nuevo Siglo, 2016). Esto, por supuesto, va en contra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el cambio de enfoque en la gestión pública local y la sostenibilidad socioeconómica de las municipios y departamentos, de manera que no queden limitados a la “generosidad” del centralismo estatal y al énfasis que el gobierno de turno le quiera dar, aún en contra de la población, como sucede en gran parte del país con la extensión del modelo extractivista.

La distribución de los recursos

Una de las metas establecidas para el SGR es la contribución a la equidad territorial. Se trata de un modelo que, en teoría, busca generar inversiones de alto impacto en infraestructura, desarrollo investigativo, competitividad e innovación, priorizando las zonas más pobres del país. Para cumplir con este objetivo, se crearon los Fondos de Compensación Regional, Desarrollo Regional y Ciencia, Tecnología e Innovación. A los dos primeros el Acto Legislativo 05 de 2011 les asignó el 80% de los recursos para inversión y al tercero el 10% del sistema. Además, el país se dividió en seis regiones con sus respectivos departamentos, con el objetivo de focalizar los proyectos priorizados². El DNP, por su parte,

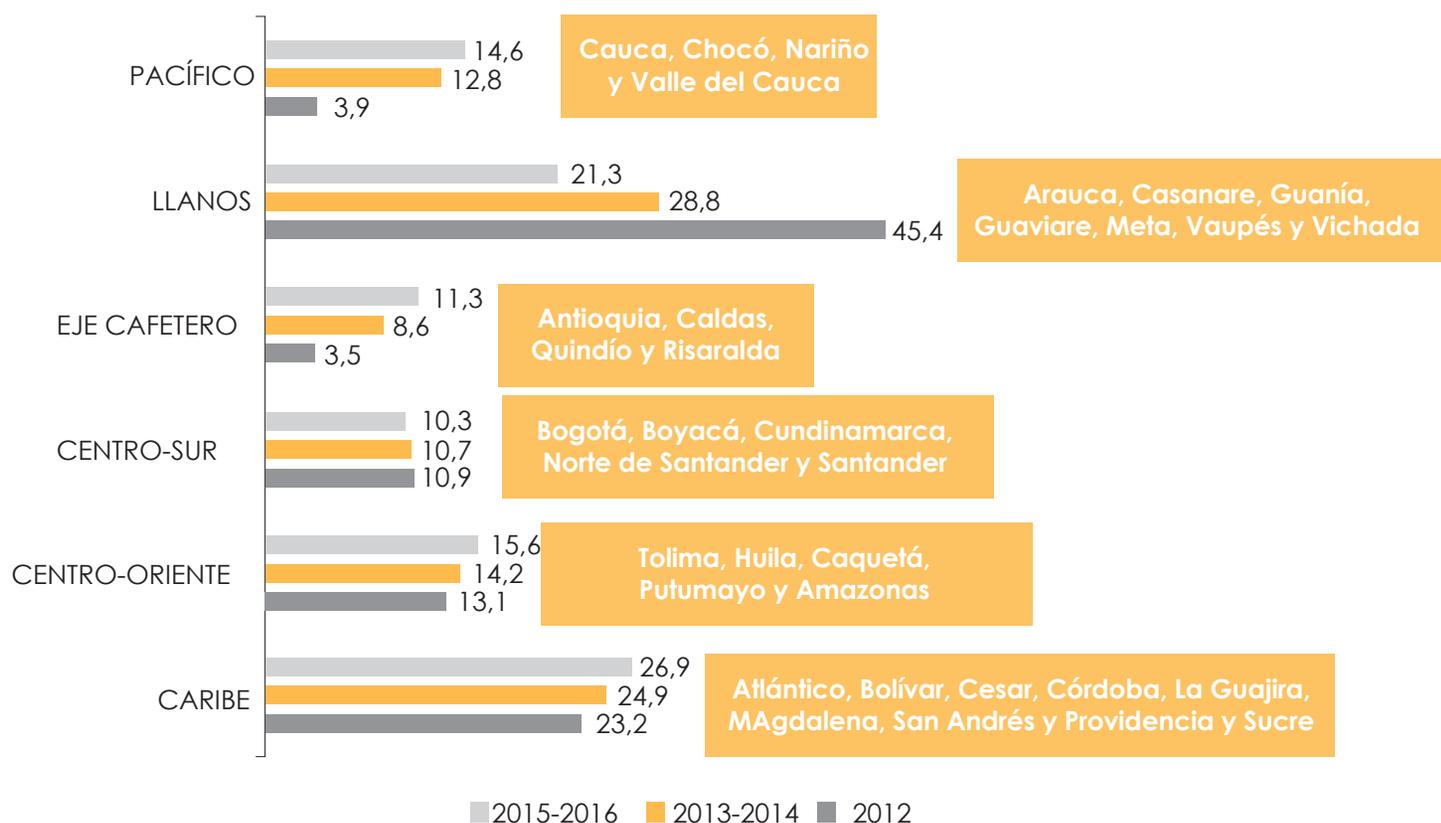
² La división regional del SGR tomó como base la propuesta planteada por la Federación Nacional de Departamentos, la cual es diferente a la que tradicionalmente el país ha tenido antes y después de la Constitución Política de 1991 (Regiones de Planeación - Regionalización CORPES y Las Regiones Administrativas y de Planificación RAP y Regiones Administrativas y de Planificación Especiales - RAPE, formalizadas con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial).

ha planteado de manera insistente que los municipios y departamentos productores, puerto y de transporte de minerales e hidrocarburos, que han visto disminuida su participación en las regalías directas, tienen la libertad de concursar por los recursos asignados a los Fondos creados.

¿Cuáles son los resultados del SGR? Los datos del Sistema de Monitoreo del DNP muestran dos evidencias: en primer lugar, las zonas con mayor aporte al inventario petrolero del país (Llanos y el Centro Sur) son las más

perjudicadas con la distribución del SGR. En segundo lugar, ha habido en el período 2012-2016 pocos avances en la asignación equitativa de los recursos, teniendo en cuenta que el Centro-Oriente donde está ubicado Bogotá, recibe proporcionalmente más recursos que el Pacífico, Los Llanos y el Centro Sur, caracterizados por tener contextos con altos índices de violencia, pobreza y ausencia de servicios públicos esenciales para el desarrollo. Por último, el Caribe es el territorio con más recursos del sistema en este período.

Gráfico 3. Distribución de los recursos de inversión SGR por regiones 2012-2016



Fuente: Balance del Sistema General de Regalías. Contraloría General de la Nación. 2016.

Analizando la distribución por departamentos en el período 2012-2016 se ratifica la tendencia planteada anteriormente. Los departamentos que más han sufrido la reducción de regalías son a su vez los que más producen minerales e hidrocarburos (Gráfico 4). Este es el caso del Meta, que presenta una disminución significativa en los recursos que le son asignados para inversión en desarrollo, ciencia y tecnología, de COP\$872 mil millones a COP\$378 mil millones. Otros departamentos que vieron reducidos sus recursos fueron Cesar, uno de los principales exportadores de carbón, con una disminución de COP\$289 mil millones a COP\$262 mil millones; Santander, importante productor aurífero y de carbón, que pasó de recibir COP183 mil millones a COP\$144 mil millones; Casanare y Arauca, reconocidos por su potencial petrolero, redujeron su participación de COP\$426 mil millones a COP\$263 mil millones y de COP\$175 mil millones a COP\$123 mil millones, respectivamente.

La distribución del Fondo de Desarrollo Regional (FDR) muestra signos de inequidad preocupantes. Bogotá y los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca y Atlántico fueron las regiones con mayor presupuesto entre 2012 y 2016. Paradójicamente los cuatro son territorios con índices de pobreza menores a Casanare, La Guajira y César, que tuvieron la menor apropiación en este fondo.

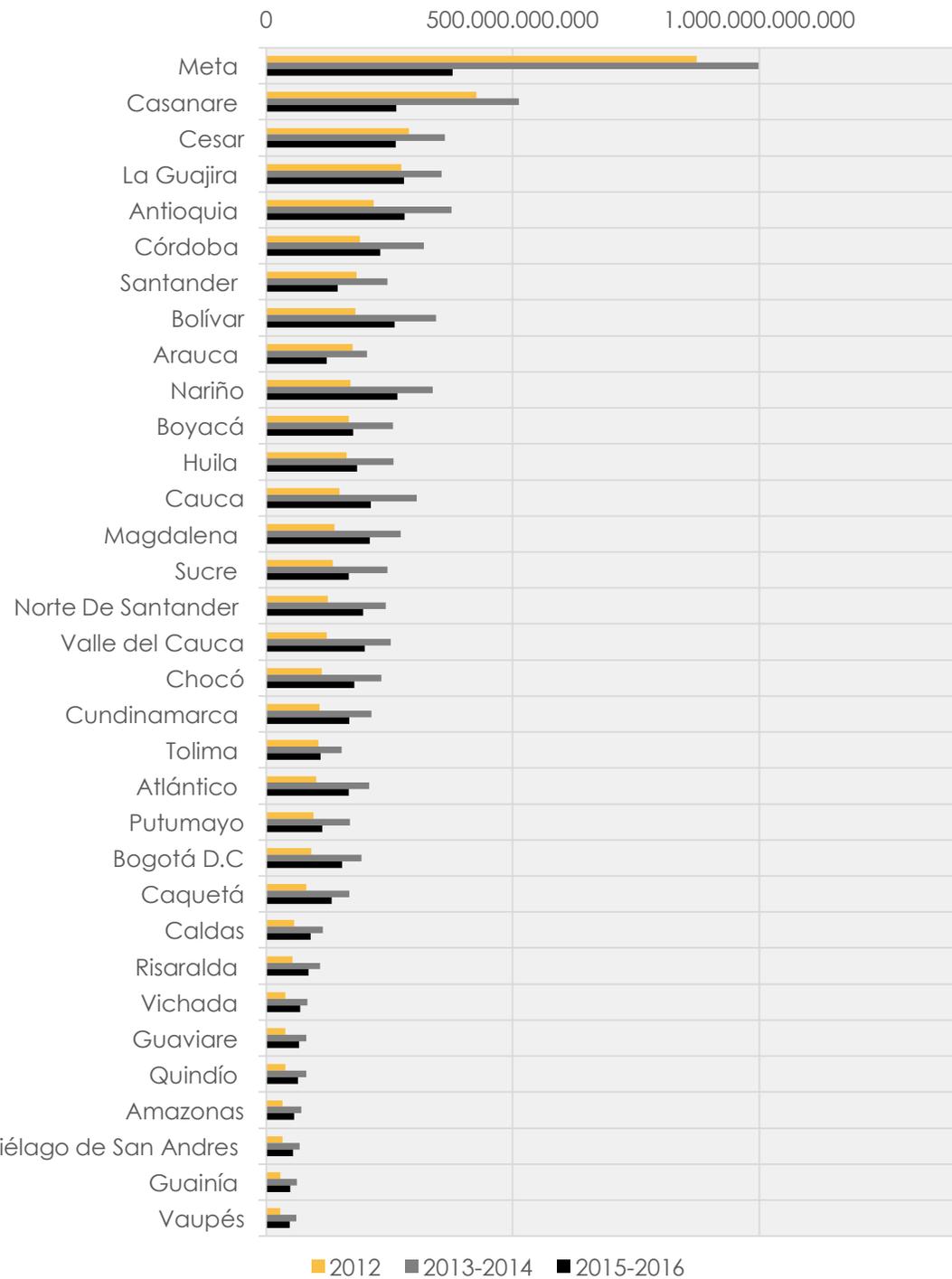
En cuanto al Fondo de Compensación Regional (FCR), creado para fomentar iniciativas de desarrollo que contribuyan a la competitividad e impulsar la integración nacional de los territorios más pobres, al contrario del caso anterior presenta un comportamiento adecuado en la distribución

de los recursos. El Sistema de Monitoreo del SGR muestra que los departamentos de Córdoba, Bolívar, Nariño, Cauca y La Guajira tuvieron los mayores aportes de este fondo entre 2012 y 2016. Estos departamentos, además, concentran indicadores de necesidades básicas insatisfechas altos. La cara contraria la tienen Bogotá, Risaralda, Quindío, Caldas y Risaralda, que recibieron los recursos más bajos, lo que coincide con su nivel de bienestar y calidad de vida (gráfico 6).

Por último, el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación (FCTel) presenta un comportamiento de distribución que profundiza las brechas en materia de ciencia, producción de conocimiento y competitividad. En el período 2012-2016, los grandes damnificados por la baja asignación fueron departamentos que en su mayoría están rezagados en los índices de innovación que elabora el propio gobierno nacional, tal como se observa en el gráfico 7. Si se tiene en cuenta que este es un tema esencial para reducir la inequidad territorial, queda en evidencia que el SGR deberá replantear la manera en que realiza la distribución de estos recursos para que lleguen con mayor agilidad a las zonas que los requieren y, además, establecer alianzas con las universidades y centros académicos para el fomento de la investigación en la periferia del país. Este resultado se produce en medio de un escenario de recorte presupuestal del FCTel, tal como se manifestó anteriormente, que seguramente impactará aún más la desigualdad y la falta de oportunidades para el avance de la ciencia en el país.

Un aspecto adicional tiene que ver con el número y la calidad de los proyectos

Gráfico 4. Distribución de los recursos de inversión SGR por departamentos 2012-2016

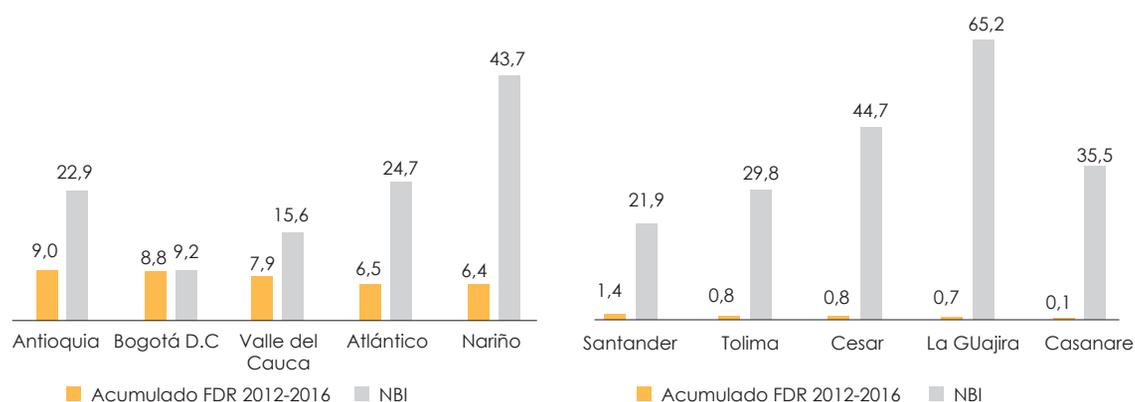


Fuente: Sistema de Información sobre Distribución de Regalías SICODIS. DNP. 2017.

aprobados en los fondos creados. En este caso, el Sistema de Monitoreo de Regalías, implementado por el DNP, reportó 10.197 proyectos aprobados entre 2012 y 2016 por un valor aproximado de COP\$21 billones. Esto en promedio significa un total de COP\$2.151

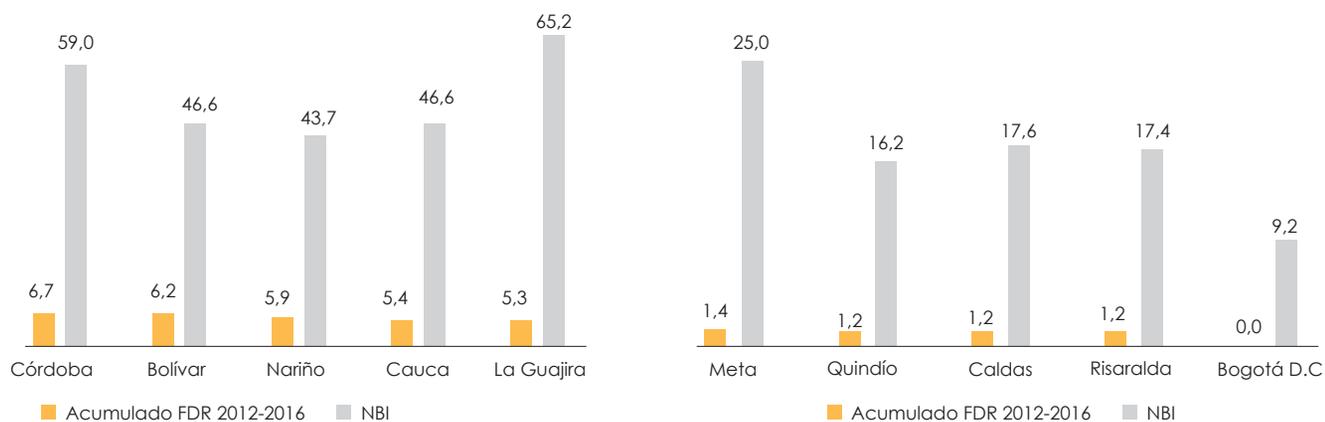
millones por iniciativa en ejecución. Además, la Contraloría General de la República ha señalado que en este período apenas se han financiado 5 proyectos de carácter regional (navegabilidad del río Magdalena; la sostenibilidad económica, social y ambiental

Gráfico 5. Cinco departamentos con mayor (izquierda) y menor (derecha) presupuesto FDR Acumulado 2012-2016 y NBI. En %



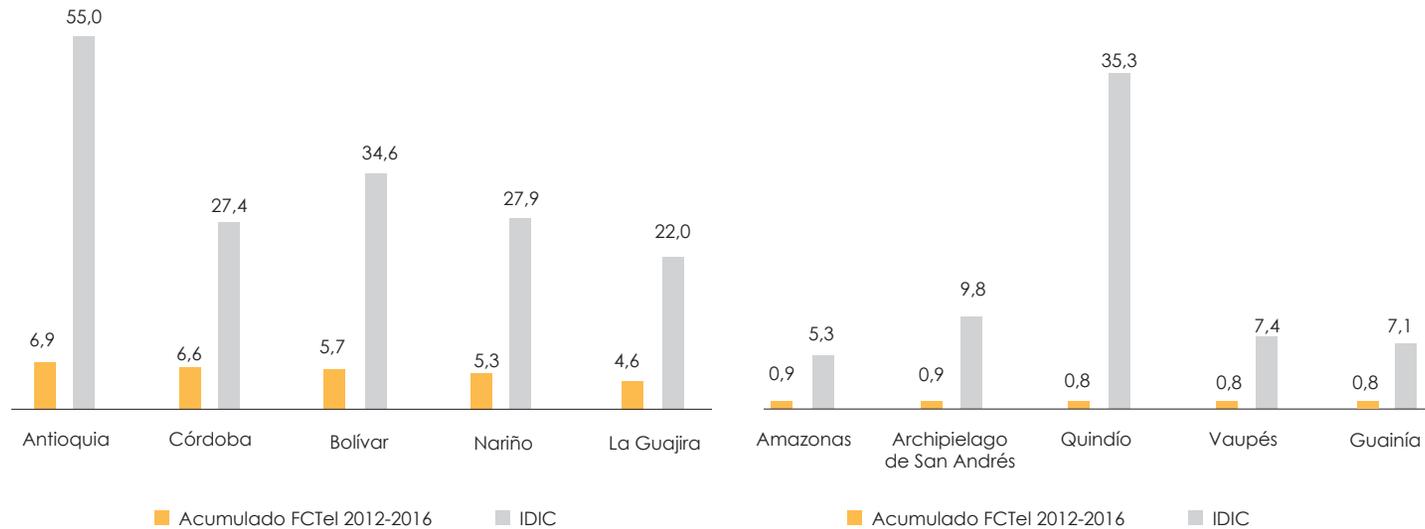
Fuente: Sistema de Información sobre Distribución de Regalías SICODIS. DNP. 2017.

Gráfico 6. Cinco departamentos con mayor (izquierda) y menor (derecha) presupuesto FCR Acumulado 2012-2016 y NBI. En %



Fuente: Sistema de Información sobre Distribución de Regalías SICODIS. DNP. 2017.

Gráfico 7. Cinco departamentos con mayor (izquierda) y menor (derecha) presupuesto FCTel Acumulado 2012-2016 - IDIC 2016. En %



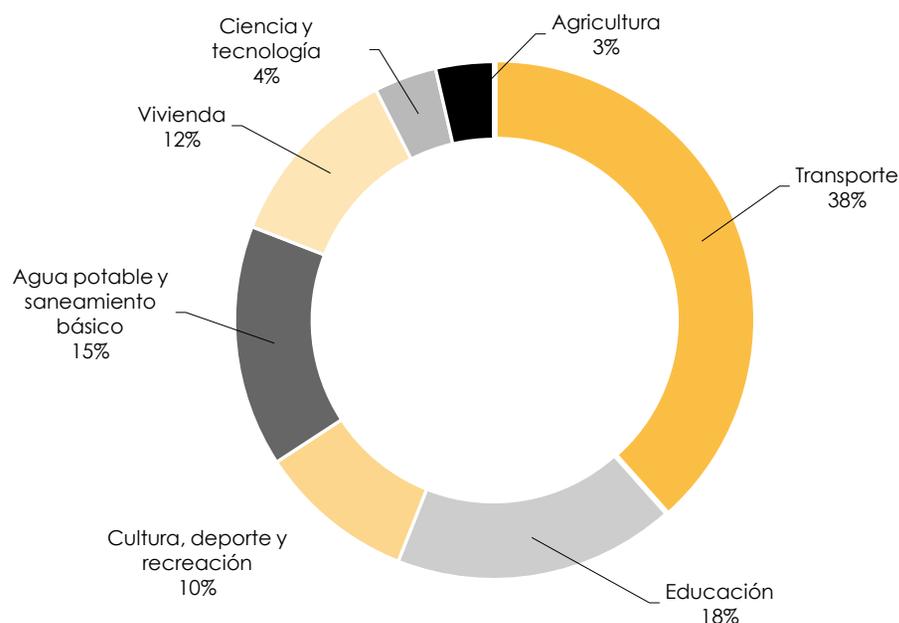
Fuente: Sistema de Información sobre Distribución de Regalías SICODIS. DNP. 2017. Índice Departamental de Innovación en Colombia (IDIC). DNP 2016

entre los páramos de Guerrero, Sumapaz, Chingaza y los cerros orientales de Bogotá; la interconexión eléctrica entre Norte de Santander y Cesar; el mejoramiento de la calidad eléctrica en Vichada y Casanare; y, la modernización de los procesos audiovisuales de Telepacífico). El resultado es una “piñata” de recursos destinados a una variedad de asuntos sin mayor articulación con los planes y las políticas de desarrollo. Adicionalmente, en diferentes escenarios se ha planteado la necesidad de que el FDC y el FCR promuevan estructuras productivas para diversificar la economía; sin embargo, áreas como la agricultura apenas participan con el 3% de la inversión, lo que deja muy mal parado al SGR.

El caso más extravagante se relaciona con el fondo de ciencia y tecnología. A finales

del 2016 fueron aprobados cerca de 318 proyectos por un monto de COP\$1.9 billones, lo que en promedio significa cerca de COP\$ 6.089 millones por cada uno, aunque también se registraron acciones de COP\$189 millones. Esto simplemente no es serio para un país al que le urge avanzar en materia científica. Simplemente se está perdiendo la oportunidad de consolidar pocos proyectos de gran impacto que contribuyan a mejorar la mediocre posición de Colombia en los índices de investigación y conocimiento. Hasta el momento no hay una propuesta que permita aprovechar la biodiversidad del Pacífico y la Amazonía o modernizar los laboratorios y centros de investigación de las universidades públicas y mucho menos pensar en un programa integral para mitigar y compensar el cambio climático o promover la innovación escasa en la industria nacional.

Gráfico 8. Distribución porcentual de los proyectos aprobados 2012-2016 por líneas de inversión. SGR



Fuente: Sistema de Información sobre Distribución de Regalías SICODIS. DNP. 2017.

Las capacidades institucionales

Luego de un inicio tortuoso en el que la mayoría de los actores del SGR apenas se estaban adaptando a los cambios implementados, el DNP estableció una ruta para mejorar el acceso de los municipios y departamentos a los fondos creados. Se impulsó un sistema de seguimiento a través de la plataforma virtual de esta entidad, que se complementó con una serie de asesorías y esquemas de formación, además de la modernización de la Metodología General Ajustada (MGA) como instrumento único para el diligenciamiento de los proyectos de inversión. Finalmente, a comienzos del 2016 se implementó el Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (IGPR) para medir de manera

sistemática la gestión de las entidades ejecutoras de estos recursos. La meta era fomentar capacidades institucionales para el buen gobierno en materia de regalías.

La medición 2016 del IGRP señala que tan sólo tres departamentos del país presentan un manejo sobresaliente en el manejo de las regalías (Antioquia, Guaviare y Caldas). Catorce departamentos tienen un nivel de gestión medio, 9 departamentos tienen resultado bajo y en 6 entidades territoriales el balance es crítico (Santander, San Andrés, Putumayo, Chocó, Caquetá y Sucre). Entre las debilidades encontradas están la falta de información reportada al sistema de captura (Gesproy), el incumplimiento de los productos estimados en el proyecto, el cumplimiento en el plazo estimado y la falta de medidas de control sobre los recursos invertidos. Todo un desafío para el SGR que sin duda se debe tener en cuenta a la hora de evaluar su implementación en el país (gráfico 9).

Otras entidades estatales son incluso más críticas en el análisis sobre la gestión de las regalías. Una de ellas es la Contraloría General de la República que reportó a diciembre de 2016 un avance del 54% en el presupuesto de inversión aprobado para el SGR. Esto significa un poco más de COP\$ 6,5 billones sin gestionar. Además, esta entidad reportó que tan sólo COP\$ 1,8 millones correspondían a proyectos terminados; tan sólo Arauca registraba tasas superiores al 20% de iniciativas de inversión finalizadas y el resto de los departamentos promediaban el 10%. Por último, cerca de COP\$ 2,6 billones han sido declarados en riesgo por el nivel de desaprobación de las propuestas presentadas por los municipios y

departamentos: de cada 100 proyectos que se presentan a los OCADS 45 no cumplen con los requisitos establecidos en el SGR.

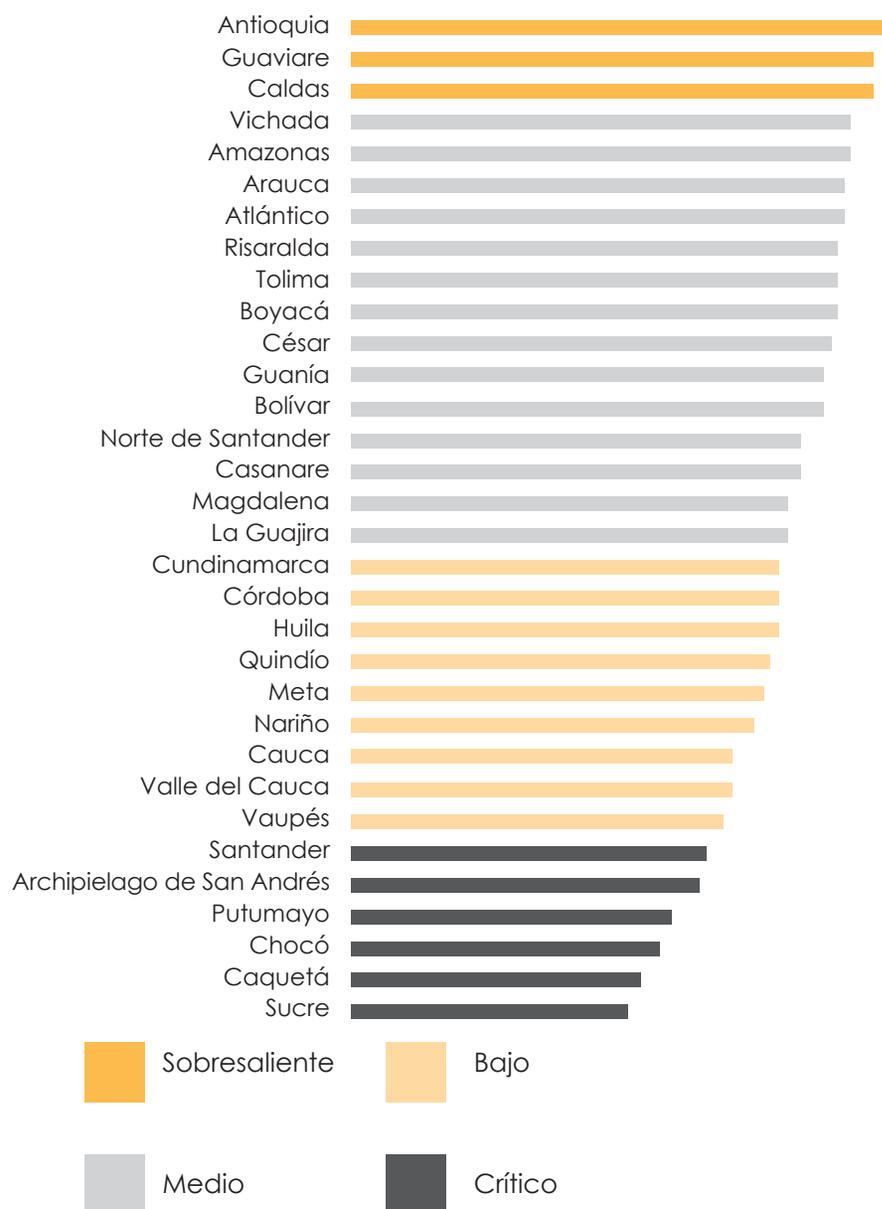
Otro argumento adicional que confirma la debilidad de las entidades territoriales para la formulación de proyectos, se evidenció en la aprobación del presupuesto de regalías del 2015-2016. Por disposición del artículo 79 de la Ley 1530 de 2012, el presupuesto para las asignaciones a los Fondos y beneficiarios del presupuesto del SGR, debe contar con un anexo en el que se detallen los proyectos susceptibles de ser financiados con cargo a los recursos del sistema. Con este propósito, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de formular el proyecto del presupuesto bienal del SGR 2015-2016, solicitó a los OCAD³ la relación de los proyectos registrados en el Banco de Programas y Proyectos del SGR hasta por el monto de la cuota indicativa asignada a cada departamento por tipo de fondo, según el Plan de Recursos del sistema. (Contraloría, 2016):

“Los OCAD remitieron iniciativas de inversión que no han sido viabilizadas ni registradas como proyectos en el Banco de programas y proyectos del SGR.... Por esta razón, el presente proyecto no se encuentra acompañado del Plan Indicativo en los términos de los artículos 79 y 82 de la Ley 1530 de 2012. En consideración a la ausencia de proyectos de inversión, se incluye el siguiente artículo en la Ley: ‘Artículo 19. Anexo indicativo

de proyectos de inversión. En razón a que los gobernadores y alcaldes a través de los OCAD no presentaron oportunamente los proyectos que deberían ser incluidos en el Presupuesto de Regalías del bienio 2015 -2016 y en desarrollo de lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 361 de la Constitución Política, los proyectos incorporados en el Banco de Programas y Proyectos del Gobierno Nacional y los bancos de Programas y Proyectos de las Entidades Territoriales harán parte del anexo indicativo de proyectos de inversión y serán susceptibles de financiación con cargo al Sistema General de Regalías. Igualmente, dentro de los principios de concurrencia, subsidiariedad y complementariedad previstos en la Ley 1450 de 2011, harán parte de este anexo, los proyectos contenidos en el correspondiente Banco de Programas y Proyectos, a la fecha de aprobación de la presente ley’” (Ley 1744 de 2014).

Uno de los problemas identificados es la baja capacidad de los OCAD para cumplir con el papel asignado en el marco del SGR como instancia para el fomento del desarrollo regional. De hecho, la Contraloría General de la República ha planteado que el 84% de los municipios contaban con estos órganos funcionando en 2016, siendo las regiones de los Llanos y el Pacífico las más rezagadas en comparación con las regiones del Eje Cafetero y Centro Oriente. Entre las causas de este resultado, la Contraloría señala que se encuentra la falta de conocimiento de los alcaldes sobre el funcionamiento de los OCAD, los problemas de planeación y capacidad institucional, las fallas en la

³ Los OCAD son los Órganos Colegiados de Administración y Desarrollo, encargados de analizar y aprobar los proyectos presentados a los Fondos del SGR.

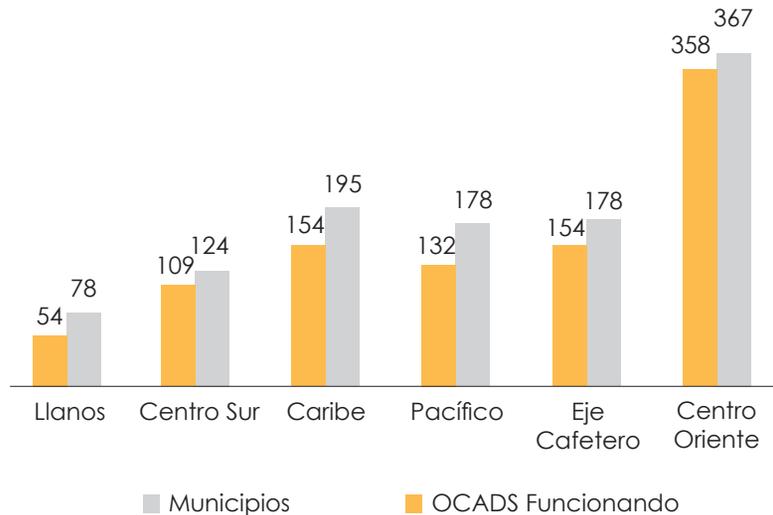
Gráfico 9. Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (IGPR) 2016

Fuente: Sistema de Monitoreo de Regalías. DNP. 2017

conectividad y las comunicaciones, y la posibilidad que la normativa vigente del SGR otorga a los mandatarios locales de viabilizar sus proyectos a través de los OCAD departamentales.

La baja creación y el escaso funcionamiento de los OCAD municipales limita aún más las posibilidades de los municipios para participar en la priorización de los proyectos y las áreas de inversión. Con ello se desecha la oportunidad de fortalecer la planeación y el desarrollo institucional en el municipio y se generan mayores dificultades para la participación y el control social de las comunidades a estas iniciativas, puesto que se encuentran radicados en las áreas metropolitanas. Por último, es una muestra de la urgencia que se tiene de aumentar y mejorar las estrategias para vincular a las entidades territoriales en la implementación del SRG, a pesar de que en 2012 el DNP gestionó cerca de COP\$57.575 millones para el fortalecimiento de los OCAD; en el 2014 esta cifra subió a COP\$61.328 millones y en el 2016 se incrementó nuevamente a COP\$ 74,216 millones, según datos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Otro factor negativo es la operatividad de los OCAD como instancias de acompañamiento en la formulación y ejecución de proyectos. De acuerdo con la Federación Colombiana de Municipios (2016), el trámite que debe superar una persona, comunidad, organización o una autoridad local para obtener la aprobación de una iniciativa de inversión en cualquiera de los fondos creados por el SGR ha generado retrasos de hasta un año en el desembolso de los recursos y la implementación efectiva de las inversiones, lo

Gráfico 10. Conformación de los OCADS municipales por región 2016

Fuente: Sistema de Monitoreo de Regalías. DNP. 2017

que también ha contribuido a la debilidad en el seguimiento de los proyectos aprobados y la transparencia en la información. La Contraloría General de la República (2016) señala que no se tiene claridad sobre las cuentas de 325 OCAD municipales, es decir, el 34% de estos organismos. Tampoco se encuentran procesos de transparencia y rendición de cuentas hacia la comunidad para visibilizar el impacto generado por las regalías.

El sistema de seguimiento a las regalías realiza un análisis permanente sobre las debilidades del SGR que dan cuenta de algunos datos importantes a julio de 2016. En primer lugar, los departamentos de Antioquia, Córdoba, Nariño, La Guajira y Sucre concentran el 45% de los proyectos críticos, es decir, que tienen fallas evidentes en su formulación o ejecución. En segundo lugar, el 42% de los municipios presentan problemas para el

reporte de la información en los aplicativos del SGR, el 45% presentan inconsistencias en el cumplimiento de la normatividad establecida para los procesos contractuales, el 28% de los municipios han señalado que no cuentan con la capacidad de formular indicadores requeridos en los proyectos de inversión, el 24% requieren fortalecimiento en la elaboración de estudios para la ejecución de estas iniciativas. Además, la Federación Colombiana de Departamentos afirma que el 72% de las administraciones locales no conocen la aplicación mapa de regalías, presentado por el gobierno nacional como un instrumento clave para transparentar la información sobre la gestión de las regalías, y solamente en 245 municipios se encuentran conformadas veedurías para el control social de estos recursos. Un panorama preocupante que demuestra las falencias del sistema luego de cinco años de ejecución.

El buen gobierno en el SGR

La Contraloría General de la República informa sobre cerca de 1.151 hallazgos fiscales para el período 2012-2016, por un valor cercano al COP\$ 1.9 billones de pesos. Entre las principales causas de estas actuaciones están: el desvío de recursos, la ausencia de información y registros, el incumplimiento en los contratos y los desbalances en las cuentas de giro y asignación en los OCAD. Sobre la distribución regional señala que el 61% de estas actuaciones se concentra en las regiones Caribe y Pacífico. El DNP, por su parte, reportó a diciembre de 2016 la suspensión de los giros a 145 municipios por el incumplimiento en el reporte sobre el avance y la gestión de los proyectos en el Sistema de Monitoreo Seguimiento Control y Evaluación (SMSCE), siendo relevante el número de municipios sancionados en Antioquia, Bolívar, Boyacá, Nariño y Santander. Algunos de los casos que más han llamado la atención son la pérdida de COP\$350 mil millones en la Guajira, uno de los territorios más pobres del país, la desviación de COP\$ 30.000 millones por parte del gobernador de Córdoba, el desfalco de COP\$170 mil millones en el Meta, Boyacá y Santander o los “elefantes blancos” en Casanare por un valor cercano a los COP\$ 20 mil millones.

Es evidente que la práctica de desviar recursos de regalías no cambió con la reforma impulsada por el gobierno Santos, sólo se transformó en los mecanismos y escenarios de actuación. Entre ellos, la cooptación de los OCADS por líderes políticos y agentes privados, la utilización de esquemas de contratación que facilitan el uso privado de los recursos, la asignación de partidas a

obras suntuosas. La práctica de la corrupción tiene que ver también con la debilidad en el control social por parte de las comunidades. A pesar de los esfuerzos del DNP por incrementar la capacidad y extensión del SMSCE, sólo el 40% de las alcaldías tienen acceso a los datos que registra; además, el sistema tiene una estructura compleja para su comprensión por parte de los funcionarios y las entidades territoriales.

También se registran discrepancias en las cifras y estadísticas reportadas por los informes de monitoreo y aplicaciones como el mapa de regalías, que contribuyen a la confusión en los datos. Por el lado de la comunidad, el acceso a la información también ha sido reducido, así como la fiscalización y el seguimiento a los proyectos implementados con regalías. Esta situación se ha generalizado con la práctica del gobierno de centralizar los controles y los problemas de comunicación con los municipios y departamentos, contribuyendo así a aumentar el clima de desconfianza entre ambas partes. Por último, tal como lo indican los datos de los organismos de control, la transparencia en la entrega de la información es baja, tanto por las debilidades propias en las redes tecnológicas y de capacidad humana como por la falta de interés de una proporción significativa de entidades territoriales que “ven los reportes sobre las inversiones y los proyectos ejecutados como una obligación incómoda que realizan de manera improvisada y no como una práctica que contribuye a aumentar la eficiencia del sistema” (El Tiempo, 2016).

Análisis territorial del SGR

Teniendo como base los argumentos tratados anteriormente, se presenta a continuación un



análisis sobre la gestión de las regalías en el nivel territorial. Para llevar a cabo este análisis, se seleccionaron tres municipios del país. En cada uno de estos territorios se realizaron entrevistas a funcionarios y funcionarias encargadas de administrar los recursos del SGR para conocer su percepción sobre este sistema, obtener información sobre la manera como gestionan los recursos y proyectos asignados, e identificar las debilidades para acceder a los fondos creados. También fueron entrevistados actores sociales para indagar el conocimiento que tienen sobre las regalías, su nivel de participación en las decisiones que toman las autoridades locales en este campo y el uso de instrumentos de control social para vigilar la ejecución del sistema. En total, se realizaron seis entrevistas por municipio: 3 funcionarios y funcionarias de planeación gobierno y regalías, y 3 a actores

sociales representantes de Juntas de Acción Comunal (JAC), instancias de participación con el Consejo Territorial de Planeación y movimientos o plataformas sociales.

El análisis se realiza en tres momentos; el primero aborda la percepción que tienen los funcionarios de las administraciones y los actores sociales entrevistados sobre las regalías. La segunda describe la gestión de las regalías en cada municipio haciendo énfasis en el trabajo de las diferentes secretarías, el acceso a los fondos del SGR y el cumplimiento de los requisitos establecidos para el desembolso del presupuesto asignado. El tercero analiza el papel asignado a la participación ciudadana en el manejo de las regalías, tanto en la etapa de formulación de proyectos como en el seguimiento a la ejecución de los mismos.

Los municipios seleccionados

Los municipios seleccionados para el análisis territorial de las regalías fueron Tausa (Cundinamarca), Buenaventura (Valle) y Castilla La Nueva (Meta). En lo que sigue se ofrece una breve caracterización de cada uno señalando los elementos de interés para este trabajo.

Tausa

Este es un municipio de la Provincia de Ubaté, en el nororiente del departamento de Cundinamarca. Tiene una población de 8.831 habitantes, de acuerdo con las proyecciones demográficas del DANE⁴. Hace parte del distrito minero de Zipaquirá, cuya característica es la explotación de carbón a través de pequeñas y medianas unidades. En 2016 se convirtió en el quinto productor de este mineral con un promedio de 209.330 toneladas, el 14,7% del inventario departamental.



Imagen 1. Mina de carbón en Tausa. Fuente. El Heraldico. 2016.

⁴ Se ubica a 108 kilómetros de Bogotá, teniendo como límites al norte los municipios de San Cayetano, Carmen de Carupa y Sutatausa; al occidente Pacho y San Cayetano; al oriente Sutatausa, Cucunubá y Suesca, y al sur en los municipios de Nemocón y Cogua.

El municipio recibió por concepto de regalías un total de COP\$2.902 millones entre 2012 y 2016. Este monto representa el 0,9% del total destinado para el departamento y el 46% del presupuesto municipal para el 2016, que rondó los COP\$6.800 millones.

Lo interesante de este caso es que se trata de un municipio de categoría sexta, de pequeño tamaño, con alta dependencia de la producción de carbón, que tiene bajas capacidades institucionales, de acuerdo con el Índice de Desempeño Integral (IDI2015), elaborado por el DNP. Esta entidad también reportó que carece de un banco de proyectos que cumpla con las reglamentaciones vigentes y tiene debilidades en la gestión presupuestal. En estas condiciones adversas es interesante analizar el papel de las regalías como motor de desarrollo local.

Buenaventura

El Distrito Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura se ubica a 121 kilómetros de Cali, principal área metropolitana de referencia⁵. Por Buenaventura entran y salen la mayoría de las mercancías y bienes de las actividades productivas que tiene el país. Tenía en 2016 una población aproximada de 415.640 personas. A la par de la actividad portuaria, es una fuente importante de oro, siendo su principal zona de producción el margen del río Anchicayá. Tiene una producción

⁵ Limita por el norte con el Departamento del Chocó; por el oriente con los municipios de Jamundí, Cali, Dagua y Calima Darién, por el sur con el Departamento del Cauca y por el occidente con el Océano Pacífico.



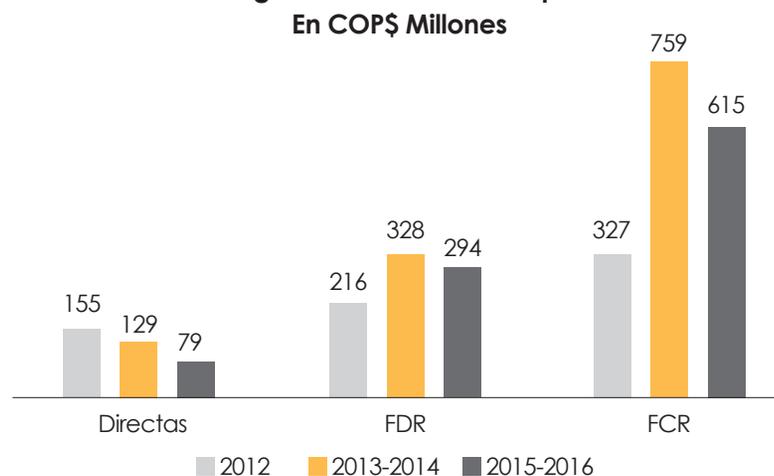
Imagen 2. Retroexcavadora para extracción minera. Buenaventura El Tiempo. 2016.

estimada en 2016 de 413.353 gramos, convirtiéndose en el principal aportante de este producto en el departamento y el octavo a nivel nacional.

La ciudad recibió entre 2012 y 2016 un monto total de COP\$95.218 millones para inversión en regalías, según datos del DNP, lo que representa el 21,8% del dinero destinado al Valle del Cauca y el 20% del presupuesto público municipal para el 2016, que se ubicó en COP\$475 mil millones.

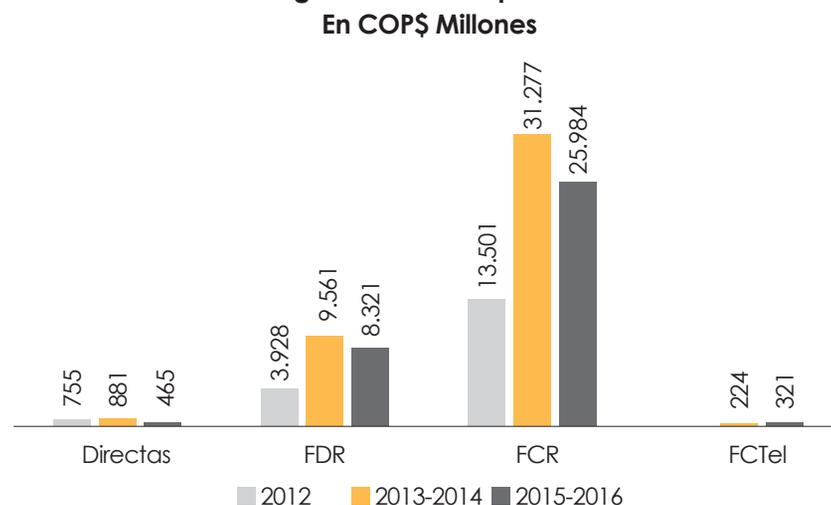
Este caso relevante porque se trata de una ciudad intermedia, que tiene un puntaje medio en el IDI2015, con una producción importante de oro realizada en condiciones informales en su mayoría y con una presencia de actores armados en el territorio. El análisis que se quiere llevar a cabo tiene que ver con la participación de las regalías en la consolidación de esta ciudad como escenario portuario y de construcción de calidad de vida para su población.

Gráfico 12. Monto de regalías recibidas municipio de Tausa 2012-2016.



Fuente: Sistema de Monitoreo de Regalías. DNP. 2017

Gráfico 13. Monto de regalías recibidas por Buenaventura 2012-2016.



Fuente: Sistema de Monitoreo de Regalías. DNP. 2017

Castilla La Nueva

Castilla La Nueva es un municipio ubicado en el departamento del Meta, a 55 Km. de



Imagen 3. Campo petrolero Castilla La Nueva. Inteligencia Petrolera 2015.

Villavicencio y 12 kilómetros de la Troncal del Llano⁶. Geográficamente, el municipio pertenece a la cuenca hidrográfica del Orinoco, que involucra todas las aguas que confluyen a este río, incluidas las que nacen en la parte más alta de la Cordillera Oriental y como región natural. Su población se acerca a las 10.000 personas en 2016. Es el segundo productor de petróleo con un total de 125.699 barriles diarios de crudo sacados de los campos Castilla I y II, junto con el de Chichimene.

Este municipio recibió un total de COP\$61.508 millones por concepto de regalías entre 2012 y 2016, siendo uno de los principales receptores de estos recursos en el departamento del Meta. A diferencia de los casos anteriores las regalías directas representan el 94% de los dineros asignados en el marco del SGR a Castilla La Nueva.

⁶ Limita al norte con Acacías, al oriente con San Carlos de Garoa, al occidente con Guamal y al sur con San Martín.

Castilla la Nueva ha sido presentada por el gobierno nacional como uno de los territorios ejemplo en el manejo de las regalías con niveles de ejecución superior al 84%. Adicionalmente cuenta con calificación sobresaliente en el IDI 2016. Resulta de interés el trabajo en este municipio para comprender cómo en un municipio petrolero se genera desarrollo y construcción de equidad a través de las regalías.

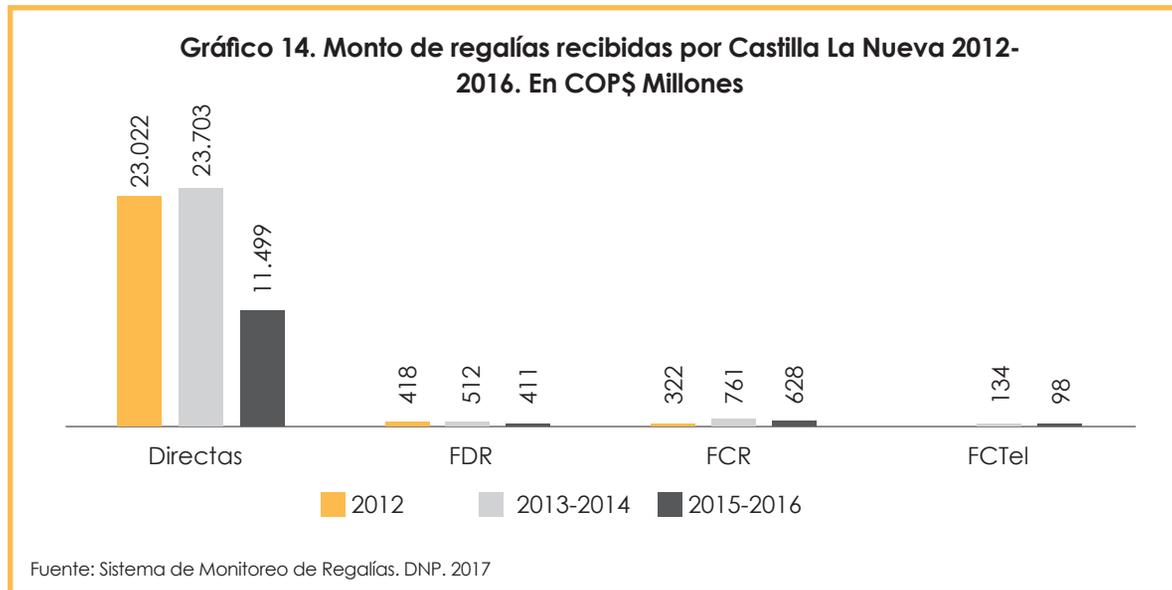
¿Cómo son percibidas las regalías en el escenario territorial?

La primera pregunta formulada a los actores entrevistados tiene que ver con su percepción sobre las regalías. En general, respondieron que las veían como unos recursos importantes para invertir en los municipios. También se planteó que en las alcaldías que casi no tienen presupuesto constituyen una ayuda para cumplir las metas de los planes de desarrollo. “Es plata que llega para hacer programas sociales y beneficiar a las comunidades”⁷. “Son recursos que nos llegan y que las alcaldías manejan para proyectos y cosas de esas que hacen cada año, sé que son bastantes y ojalá los aumenten porque la situación del municipio es muy brava”⁸.

Sin embargo, la información recolectada a través de entrevistas da cuenta que en los tres municipios las administraciones y las comunidades no tienen un conocimiento completo sobre el SGR, su sistema de distribución, seguimiento y verificación de la información reportada. Con ello, queda

⁷ Entrevista funcionario alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017.

⁸ Entrevista líder social. Municipio de Castilla La Nueva. Julio de 2017.



en evidencia que luego de cinco años de implementado en nuevo modelo de asignación y administración de estos recursos aún existen zonas grises que no permiten su despliegue efectivo en los territorios.

El Acto legislativo 05 de 2011 por el cual se modifica el sistema de regalías señala que estas se consideran “como una contraprestación económica por la explotación de un recurso natural no renovable”. Añade la norma que los ingresos del SGR se deben destinar al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público, la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y la elaboración de la cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población” (DNP, 2011).

A pesar de lo anterior, cuando se indagó sobre este tema las respuestas fueron por lo menos contradictorias en el caso de los funcionarios y funcionarias. En algunos casos se señaló que es “un impuesto que se cobra a las empresas minera petroleras”⁹ o “una inversión que les dan las empresas a las administraciones para que evalúen que es lo que más necesitan los municipios”¹⁰ y, lo que es más preocupante, “una plata que el gobierno le da a las alcaldías de lo que recoge por los procesos de desarrollo que generan las empresas privadas”¹¹.

Para los actores sociales las regalías se relacionan con asuntos lejanos a su verdadero espíritu. Se planteó por ejemplo que “son recursos que las administraciones invierten por beneficencia”¹², o “contratos

9 Entrevista a funcionario alcaldía de Tausa, Julio de 2017

10 Entrevista funcionaria alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017

11 Entrevista funcionaria alcaldía de Castilla la Nueva

12 Entrevista presidente Junta de Acción Comunal de

que realiza la alcaldía para realizar obras"¹³. Incluso también se señaló que son "acuerdos que hace el gobierno con los municipios para invertir una plata que consigue por la actividad que realizan las empresas petroleras"¹⁴.

El punto importante aquí es que si las personas que hacen parte de las administraciones no tienen una idea clara sobre lo que son las regalías, su objeto y cómo se generan, es muy difícil pedir que puedan hacer una adecuada gestión de las mismas, incluso que se apropien de este tema como equipo de gobierno. Generalmente se ve como "una cosa que manejan en Planeación o en Hacienda", es decir como un tema asilado con el que tienen que ver poco o nada. Por el lado de las comunidades, sin no cuentan con una información objetiva sobre este asunto, también es poco realista pensar que puedan implementar escenarios, espacios o acciones para realizar el seguimiento sobre lo que sucede con el SGR en sus territorios. El resultado final es que la administración de las regalías se sigue viendo como un proceso que debe ser manejado por especialistas, dejando de lado su carácter social.

Un segundo campo de análisis que se indagó se relaciona con los fondos establecidos por el SGR para la priorización de la inversión local. Aquí también los conocimientos de los actores entrevistados son muy escasos. El Acto Legislativo 05 de 2011 creó los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional para financiar proyectos de desarrollo,

Buenaventura. Julio de 2017.

13 Entrevista lideresa de Tausa. Julio de 2017.

14 Entrevista presidente de Junta de Acción Comunal Castilla La Nueva. Julio de 2017.

garantizando el acceso a las entidades territoriales más pobres del país, y el Fondo de Ciencia y Tecnología e Innovación para impulsar iniciativas que contribuyeran a la construcción de conocimiento en el país. Son la base del SGR, de ellos dependen que se pueda desplegar en el territorio nacional y que se alcancen sus objetivos sociales, económicos y financieros. Sin embargo, cuando se les preguntó a los funcionarios y funcionarios de las administraciones sobre estos fondos, las respuestas no fueron significativas.

En Buenaventura, por ejemplo, varios funcionarios señalaron que no los conocían y que no sabían que hacían parte del SGR. "Nosotros sabemos que allá en Bogotá y que llega la plata, pero no sabemos más nada"¹⁵. "No sabía que eso existía. ¡Que cosas se inventan allá para molestarle la vida a las alcaldías!"¹⁶. En Castilla La Nueva, aunque varios funcionarios respondieron que los conocían, sus afirmaciones también fueron erradas: "sé que existe algo de desarrollo y de ciencia, pero eso viene direccionado de allá y nosotros sólo lo operamos"¹⁷.

Como en el caso anterior los actores sociales entrevistados tampoco tenían información sobre los fondos del SGR. "No sé; hasta ahora, que usted me dice, me desayuno"¹⁸; "nadie le dice a uno todo lo que hay y nos dejan en las mismas"¹⁹; "nosotros solo sabemos que existen

15 Entrevista funcionarios y funcionarias de Buenaventura. Julio de 2017.

16 Entrevista funcionario de Tausa

17 Entrevista funcionario alcaldía de Castilla La Nueva. Julio de 2017.

18 Entrevista lideresa de Buenaventura. Julio de 2017

19 Entrevista presidenta Junta de Acción Comunal de Tausa. Julio de 2017.

regalías, pero de ahí para delante nada"²⁰. Esto nuevamente deja ver el escaso papel que tienen las comunidades en la gestión de las regalías y en la definición conjunta con las alcaldías de líneas de inversión asociadas a los fondos creados por el SGR.

Otro tema sobre el que se indagó fue el papel de los OCAD en el manejo de las regalías. En este caso, la ley 1530 señala que son los responsables de definir los proyectos de inversión que serán financiados con recursos del SGR, así como de evaluar, viabilizar, aprobar y priorizar la conveniencia y oportunidad de financiarlos; deben, además, designar el ejecutor del proyecto. La norma además da la posibilidad de crear estos órganos en el nivel municipal y departamental. En definitiva, así como los fondos creados son los escenarios en los que se mueve la inversión de las regalías, los OCAD tienen el papel de garantizar la movilidad y la agilidad del sistema. En este caso, la mayoría de funcionarios y funcionarias los conocían: "son escenarios para definir la inversión y los proyectos"²¹, incluso plantearon propuestas para mejorarlo: "Hay que dar mayor participación a los municipios para que salgan cosas que ayuden a las comunidades, quienes, más que nosotros, conocen lo que hace falta"²². Los actores de la comunidad también los reconocieron y plantearon que "son reuniones donde se definen los proyectos que se aprueban"²³.

20 Entrevista lideresa Castilla la Nueva. Julio de 2017.

21 Entrevista funcionaria alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017

22 Entrevista funcionaria alcaldía de Tausa. Julio de 2017

23 Entrevista actor social Castilla la Nueva. Julio de 2017.

Por el contrario, la mayoría de los actores sociales no conocen los OCAD. En algunos casos los confundieron con instancias de participación y en otros plantearon que no saben para qué son ni qué hacen. "¿Eso no los hace el consejo territorial de planeación, no es el que define los proyectos aprobados?"²⁴; "¿por qué no nos han dicho que eso que ud. menciona existe? No sabemos sobre eso nada"²⁵.

Como tema final se preguntó en esta parte sobre el papel del DNP como entidad rectora de las regalías, en particular sobre los procesos que viene implementando para el control y la transparencia de la información. De los doce funcionarios y funcionarias y los doce actores sociales entrevistados, solamente 1 reconoció el mapa de regalías y señaló que lo "utiliza para orientarse sobre los recursos y los proyectos que tiene el Distrito"²⁶. Igualmente, sobre los sistemas de monitoreo, seguimiento y evaluación que se encuentran en la página de esta entidad no se obtuvo respuesta afirmativa. Esto deja como evidencia que no basta crear herramientas virtuales para la entrega de información sobre la gestión pública, hay que avanzar en fomentar su uso en el escenario territorial y hacerlas más accesibles, teniendo en cuenta que grandes zonas del país aún enfrentan problemas de conectividad que no les permiten tener conexión estable. Un gran reto para el DNP es el de traducir su énfasis técnico en lenguajes más cercanos a las comunidades de base.

24 Entrevista Presidente de Junta de Acción Comunal de Tausa. Julio de 2017

25 Entrevista lideresa de Buenaventura. Julio de 2017.

26 Entrevista funcionaria alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017.

La gestión del SGR

Uno de los temas más recurrentes en las entrevistas fue la percepción negativa sobre la manera como el DNP administra las regalías de manera centralizada. En ninguno de los municipios las autoridades locales hablan con las del departamento y el gobierno nacional para la gestión del SGR, excepto cuando se convocan los OCAD y en algunos eventos esporádicos; no existe una iniciativa de las partes para fortalecer esos lazos. Las alcaldías cuestionan la baja información y capacidad de diálogo del gobierno nacional para concertar con ellos las decisiones que se toman. Como consecuencia señalan que, en un ambiente de baja institucionalidad y coordinación pública, la corrupción ligada a estos recursos se siente cómoda y su poder económico y político aumenta.

“Desde Bogotá se decide qué se hace y que no se hace, tienen el poder de la plata, la gente que emplean, lo que le dejan a los municipios en decisiones es muy poco y le da a uno la sensación de que el gobierno no quiere sentarse con nosotros a mirar lo que sucede en el Distrito. Hasta que el gobierno nacional no venga y se quede aquí, no se va a generar desarrollo.²⁷ “los recursos del SGR no se definen acá que somos los que producimos y le hacemos la plata al país, hay que cambiar eso”²⁸.

En la misma línea del análisis nacional sobre el comportamiento de las regalías se critica la dispersión de los recursos y su bajo impacto:

²⁷ Entrevista funcionario alcaldía de Tausa. Julio de 2017

²⁸ Entrevista funcionario alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017

“A uno le dan pocos recursos y quieren que los distribuyan entre tantos proyectos que no se puede hacer nada, cómo va a convocar uno a la gente para decirle que va a gastar tan poca plata”²⁹. De acuerdo con las cifras del mapa de regalías, para Buenaventura fueron aprobados entre 2012 y 2016 un total de 42 proyectos sobre asuntos tan variados como la construcción y/o adecuación de carreteras, la educación o iniciativas de recreación y turismo. En promedio para cada uno de estos proyectos le correspondió COP\$2.267 millones. Cuando se indagó a los funcionarios y funcionarias sobre la relación entre estas iniciativas y el plan de desarrollo vigente no se encontró una respuesta efectiva.

En Castilla La Nueva ocurre lo mismo. Este municipio logró aprobar cerca de 51 proyectos en áreas de transporte, vivienda, educación o estudios para la construcción de la casa de la cultura, por mencionar algunos. El monto promedio de proyecto es de COP\$1.206 millones. Por último, Tausa vive la situación más crítica con 14 proyectos aprobados y un promedio de inversión de COP\$ 207 millones. Una cifra muy baja para un municipio de categoría sexta que requiere inversiones significativas para estimular su desarrollo.

Tan sólo en Tausa se encontró una iniciativa que tiene un componente regional ligado a la construcción de vías. En los demás casos no fue posible encontrar iniciativas que contemplen la articulación con otros municipios de la región para incentivar la competitividad regional, uno de los

²⁹ Ibid.

Tabla 1. Distribución de las regalías Municipios de Buenaventura, Castilla La Nueva y Tausa. En COP Millones y Número de proyectos

Municipio	Monto acumulado 2012-26	Proyectos aprobados 2012-2016	Promedio de recursos por proyecto
Buenaventura	95.218	42	\$2.267
Castilla La Nueva	61.508	51	\$1.206
Tausa	2.902	14	\$207

Fuente: Cálculos propios a partir del mapa de regalías DNP. 2017.

objetivos del FCR. En general los funcionarios y funcionarias entrevistados señalaron que “cada uno piensa primero en lo que le toca y después si ve si se puede hacer algo con los demás”³⁰. Incluso en Buenaventura un funcionario señaló que “esa es una tarea de la gobernación, nosotros como funcionarios no tenemos que hacer eso”³¹

La problemática va más allá de la ausencia en una mirada regional de las regalías. En la actualidad, un gran número de actores involucrados en la gestión de estos recursos no tienen en cuenta que los recursos naturales en minería e hidrocarburos no son renovables, lo que implica una existencia limitada y la fluctuación asociada al precio establecido por el mercado internacional. Ante esta realidad es urgente que los municipios y departamentos presenten proyectos que apunten desde ya a la diversificación de la economía, la generación de programas para impulsar emprendimientos locales, la creación de estímulos para la inversión en otros sectores, los programas de formación y de generación de capacidades en la

30 Entrevista funcionario alcaldía de Tausa. Julio de 2017

31 Entrevista funcionaria alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017.

población, promoción de la asociatividad y los esquemas para el manejo y recuperación de los impactos ambientales existentes.

Para garantizar una base de económica diversificada se requiere además, la articulación de acciones y escenarios de trabajo conjunto con participación del gobierno nacional, el sector privado y los mandatarios de departamentos y municipios para que trabajen de la mano en por lo menos tres campos: i) el aumento de capacidades técnicas para gestionar y ejecutar recursos y proyectos; ii) la identificación de áreas y sectores de inversión; y iii) la corresponsabilidad del sector privado en la consecución de recursos que contribuyan a aumentar el presupuesto público del Estado para el desarrollo. Este debería de uno de los énfasis del SGR en el corto plazo.

Otro aspecto es el de las debilidades en el cumplimiento de los requisitos establecidos por el DNP para los municipios y departamentos. De los tres municipios, Buenaventura fue el único suspendido por fallas en el envío de información sobre la inversión ejecutada. Ante esta realidad, desde la alcaldía se ha respondido que “no

es que no se cumpla, los documentos están ahí, sino que se encuentran en físico, cumplir con los documentos que exigen y subirlos a la plataforma complica las cosas”³². Esta realidad muestra la gran debilidad que tienen estos municipios -y probablemente muchos otros en todo el país- para entender y manejar las plataformas y cumplir con los requisitos del SGR. es una muestra de que ciudades intermedias como Buenaventura pueden tener resultados negativos frente a municipios como Castilla La Nueva y Tausa, que son entidades territoriales de pequeño tamaño.

Adicionalmente, hay que analizar el papel de los asesores en la estructuración de proyectos. Uno de ellos afirmó: “uno se sienta a estructurar el proyecto con un asesor y luego lo cambian o llega el encargado de aprobar y dice otra cosa y el proyecto se queda ahí”³³. En este sentido, para la toma de decisiones en materia de regalías se requiere de información actualizada. Aunque el DNP ha realizado un esfuerzo significativo por mejorar y unificar los sistemas de datos y registro, los parámetros de seguimiento y monitoreo ciudadano, así como el conocimiento completo y actualizado de las cuentas, también es una realidad que hace falta mayor sensibilización a los funcionarios y funcionarias que tienen a cargo el manejo del SGR en el nivel territorial para superar el quiebre entre la racionalidad centralista de Bogotá y las dinámicas que se viven en la periferia del país.

El análisis hasta aquí muestra que es preciso realizar mayores esfuerzos para garantizar la

gobernanza del SGR. Esto implica el trabajo coordinado de los municipios, el gobierno departamental y nacional y el DNP como entidad coordinadora del sistema. Aquí también se deben incluir los escenarios y formas de participación ciudadana, fortalecer el papel de las alcaldías y gobernaciones en el manejo de los recursos y en el seguimiento a los proyectos, así como generar mayores capacidades institucionales, técnicas y autonomía para asegurar el avance del sistema de regalías en el país.

La participación ciudadana en la toma de decisiones

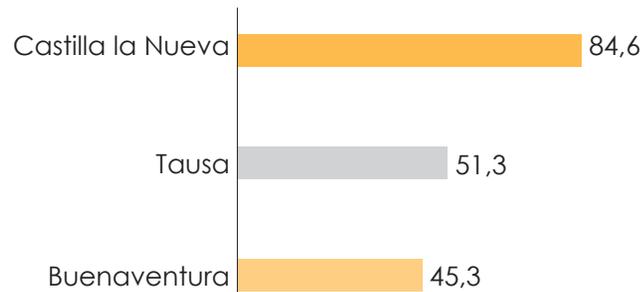
Las entrevistas realizadas muestran la ausencia de mecanismos de control por parte de las autoridades, así como de procesos de rendición de cuentas sobre el manejo de las regalías. No se encuentran informes o documentos que registren los resultados de estos ejercicios, por lo menos en Tausa y Buenaventura. La población tampoco tiene conocimiento sobre los mecanismos para exigir información a los órganos de dirección. La desarticulación se extiende a las secretarías que tampoco tienen claridad sobre el papel que desempeñan y los mecanismos de administración y control territorial del SGR: “La gente no sabe que existen temas para realizar el control a las regalías y es poca la gente se preocupa de eso, algunas personas que saben cómo se deben gestionar y les gusta estar metidas pidiendo información en la alcaldía”³⁴.

32 Entrevista funcionaria alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017.

33 Entrevista funcionaria alcaldía de Buenaventura. Julio de 2017.

34 Entrevista lideresa de Buenaventura. Julio de 2017

Gráfico 15. Índice de Gestión de Proyectos de Regalías (IGPR) Castilla Tausa y Buenaventura 2016



Fuente: Sistema de Monitoreo de Regalías. DNP. 2017

Adicionalmente, los actores sociales entrevistados no cuentan con las herramientas para participar en el manejo del SGR: “No sabemos cómo implementar una veeduría y cómo organizarnos para ver qué está pasando con este tema”³⁵. Tampoco se percibe el interés de las comunidades en este tipo de cuestiones; como se comentó anteriormente, se sigue viendo como un asunto técnico en el que no tiene nada que ver la comunidad: “eso es para los que manejan esos sistemas, nosotros qué vamos a hacer allá, no sabemos ni siquiera como se hace un proyecto”³⁶. Igualmente, se encuentran el problema de violencia y amenazas contra líderes y lideresas que realizan estos ejercicios de control social: “Si uno habla y está pendiente de lo que pasa lo matan y nadie hace nada, entonces es mejor quedarse callado”.³⁷

³⁵ Entrevista presidente de Junta de Acción Comunal de Tausa. Julio de 2017.

³⁶ Entrevista líder social municipio de Castilla La Nueva. Julio de 2017.

³⁷ Entrevista presidente Junta lideresa social Buenaventura. Julio de 2017

No sobra señalar el ambiente de desconfianza y de resistencia al diálogo que influye negativamente en la gobernanza de las regalías, lo que se relaciona además con la escasa valoración positiva de la institucionalidad pública en Buenaventura y Tausa como garante de derechos, la inclusión de las comunidades y la transparencia en la gestión pública. Esto es algo que se ha arraigado en el país y en el imaginario de la mayor parte de la población y su transformación depende de acciones en materia educativa, de fortalecimiento de espacios para la participación ciudadana organizada y de lucha contra la corrupción como una puesta de largo plazo en todos los niveles y escenarios de acción pública.

“No estamos de acuerdo en algunas cosas como se manejan las regalías en el Distrito y no hay con quién hablar porque no se prestan para eso, lo ponen a uno a desconfiar y eso es muy feo porque uno puede aportar para las cosas salgan bien y mejorar las regalías. Estamos

cansados de eso y no sabemos a quién quejarnos”³⁸.

Tres son las consecuencias de esta situación: en primer lugar, la fragmentación de los actores que hacen parte del SGR, ante la imposibilidad de coordinar acciones en diferentes ámbitos e instancias de gobierno, contribuye a la crisis que se vive en estos municipios. Existe la percepción de que el manejo de las regalías es un asunto de las autoridades y se deja en ellas toda la acción, sin tener en cuenta que no cuentan con las capacidades suficientes para liderar procesos y que “en un fenómeno tan complejo como la definición de hacia dónde va la inversión social y de desarrollo, es vital la participación de todos los actores para ir hacia el bien común”³⁹.

En segundo lugar, la ausencia de participación ciudadana contribuye a la expansión de la corrupción en el uso las regalías, y en general, en todos los asuntos de la gestión pública, pues encuentra espacio en el desconocimiento de las redes de información y los instrumentos para el control social a estos recursos. Además, se fortalecen los factores de división de las comunidades que negocian de manera individual con actores que cuentan con información, recursos y capacidad de influencia, incluso a través de la fuerza y la violencia.

En tercer lugar, se debilita la autonomía y la construcción social del territorio, cuando no existen actores sociales con capacidad de trabajo conjunto, movilización y representación de intereses colectivos. La

38 Entrevista presidente Junta de Acción Comunal de Buenaventura. Julio de 2017.

39 Entrevista a funcionario alcaldía de Castilla La Nueva. Julio de 2017

protección de los derechos, la defensa de las tradiciones y la sostenibilidad del territorio no dependen sólo de un grupo o una organización; se requiere redes, plataformas, sinergias, producto de la decisión de cada organización, comunidad o entidad cuando entienden las visiones de los demás actores construyen consensos y rutas de acción planificadas. Esto es fundamental para identificar alternativas de inversión en el SGR a través de la interacción y el fortalecimiento de los vínculos comunitarios.

Una reflexión final

Existen en la actualidad varias propuestas para reformar el sistema de regalías vigente, con algo más de cinco años de implementación. Las razones están ligadas al comportamiento de la distribución y la disminución de los recursos en las entidades territoriales productoras que no han sido compensadas por los fondos creados. Algunos sectores políticos están inconformes con las actuaciones de los OCAD y en la forma como el gobierno ha liderado el SGR. Por el lado de los gremios de departamentos y municipios se reclama mayor autonomía y participación en las decisiones y en la determinación de las áreas de inversión. Lo cierto es que, de prosperar estas iniciativas, el país se vería enfrentado a la acción simultánea de tres modelos de administración y distribución de los recursos, el anterior que todavía tiene saldos pendientes, el esquema vigente y un nuevo sistema, lo que en términos prácticos sería el peor escenario para las entidades del gobierno nacional y las regiones.

En el marco de este trabajo se considera que la mejor vía es corregir los fallos del SGR para

contribuir a los propósitos que el gobierno le asignó en materia de desarrollo y de cierre de brechas regionales, de eficiencia en los proyectos, de buen gobierno y beneficio equitativo de municipios y departamentos. Para ello, se requiere un cambio en la orientación y en el esquema de distribución de las regalías. La experiencia de los últimos años ha demostrado que las regalías no generaron los resultados esperados en equidad territorial y, por lo tanto, debe cambiar su estrategia de asignación.

También es urgente fortalecer el papel de las autoridades territoriales y de la sociedad en la formulación y gestión de proyectos, el avance y la extensión de los mecanismos e instancias de control y seguimiento a la operación del sistema y la incentivación de áreas prioritarias de desarrollo para el país, ligadas a la ciencia, la educación, las alternativas de producción y de generación de valor, la sostenibilidad del territorio. Estas áreas además de estar relacionadas con el Plan de Desarrollo Nacional 2014-2018 y constituyen instrumentos esenciales para generar las condiciones que requieren el postconflicto y la construcción de la paz estable y duradera en Colombia.

Finalmente, en cuanto a la ciencia, la tecnología y la innovación es importante entender que los proyectos de regalías tienen una orientación diferente –principalmente apoyar el desarrollo de los territorios mediante el uso y apropiación de la CyT y la creación de capacidades- mientras que los proyectos apoyados por Colciencias buscan la generación de conocimiento y el desarrollo de innovaciones con altos estándares de calidad y excelencia. Ambos requieren de

una política integral que defina niveles de articulación y fomento de la investigación y la producción de conocimiento en el nivel regional, la creación de unidades y centros unidades territoriales dedicadas al fomento de la ciencia y la apropiación tecnológica, la reglamentación y el funcionamiento del OCAD creado para la gestión de proyectos, la generación de condiciones para vincular a la academia en la discusión sobre el énfasis que se debe dar a las áreas de inversión y la vinculación del sector privado, entendiendo que también se debe establecer la relación con la producción económica, conservando el interés por la deuda social, territorial y ambiental que existe en el país. Aquí también se requiere mejorar los procesos de información, comunicación y transparencia para eliminar los costos de transacción y las demoras en las decisiones que es necesario tomar en este campo.

Bibliografía

DNP 2012. Sistema General del Regalías. Normativa. Acto legislativo 05 de 2011. Ley 1530 de 2012. <https://www.sgr.gov.co/Normativa.aspx>

DNP 2012. Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Prosperidad para Todos". <https://www.dnp.gov.co/pnd/pnd20102014.aspx>

Documento de Base del Plan y Articulado Proyecto de Ley. Consultado en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/ArticuladoVF.pdf>

DNP 2017. Regalías. Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación (MSCE). <https://www.sgr.gov.co/SMSCE/InformestrimestralesSMSCE.aspx>

DNP 2017. Informes Regalías. Suspensión de Giro Entidades Territoriales. Disponible en: <https://www.sgr.gov.co/Portals/0/Blog/Files/1/767/DNP%20suspende%20giros%20de%20regal%C3%ADas%20a%20127%20municipios.pdf>

DNP 2017. Sistema de Información y Consulta de Distribuciones SGR. <https://sicodis.dnp.gov.co/default.aspx>

El País. La plata de las regalías un desperdicio. Versión web. Agosto 11 de 2016. Disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/plata-regalias-desperdicio>

Foro Nacional por Colombia. (2016). "El Sector Extractivo en Colombia 2011-2012. 2013, 2014", Capítulo 3. Peso del Sector en la Economía. Con el apoyo de Natural Resource Governance Institute. http://media.wix.com/ugd/ef61f6_326eac1136914d8d92233b95a48b7c80.pdf

OCYT (2015). Informe Anual de Indicadores de Ciencia y Tecnología. ISSN: 2323-072X. Primera Edición. Bogotá. http://ocyt.org.co/Portals/0/LibrosPDF/OCyT_Indicadores_2014.pdf

El Espectador. 12 de mayo de 2017). Gobernadores en contra de la centralización de las regalías. recuperado en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/gobernadores-en-contra-de-centralizacion-de-regalias-articulo-693593>

El Nuevo Siglo. (26 de octubre de 20116) Tramitomanía y corrupción en regalías. Recuperado en: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2016-tramitomania-y-corrupcion-enredan-regalias>

Villa. S. (4 de junio de 2017). Traspasaron dinero de ciencia y tecnología para vías terciarias. El Mundo. Recuperado en: <http://www.elmundo.com/noticia/Traspasaron-dinero-de-ciencia-y-tecnologia-para-vias-terciarias/53418>

CAPÍTULO 4

**Refinería de
Cartagena: más
que un caso de
mala planeación y
estimación de costos**

Recientemente, el proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena (Reficar) ha ocupado las portadas de varios diarios y medios de comunicación del país, a causa de los altos sobrecostos de financiamiento que el proyecto experimentó durante su fase de construcción y montaje. La información registra gastos incomprensibles en actividades no relacionadas con las requeridas por el proyecto, y en actividades inherentes al mismo, pero con exacerbados e injustificados gastos. Tanto la Contraloría como la Fiscalía General de la Nación han adelantado procesos de investigación sobre este caso de estratosféricos sobrecostos y han aportado claridad y conclusiones importantes que, hasta el momento, han permitido identificar posibles responsables de este escándalo que se aleja cada vez más de una justificación basada en ejercicios de mala estimación y planeación financiera.

El caso de Reficar, además de ser un escandaloso suceso de sobrecostos por los diferentes motivos que se expondrán en este capítulo, también se puede perfilar como un proyecto que tendrá unas posibles repercusiones importantes a mediano y largo plazo, de acuerdo a dos factores del contexto actual, como son: a) las limitadas reservas estimadas de crudo que hay en el país; y b) la creciente movilización social y expresión ciudadana en contra de los proyectos extractivos a través de las consultas populares. Ambos factores juegan un papel trascendental en el momento de analizar las repercusiones que puede llegar a tener Reficar para el país. En concreto se puede esperar que estas giren en torno a: i) la sostenibilidad productiva y financiera de la refinería; ii) el abastecimiento interno de

combustibles y petroquímicos; iii) el margen de importación de barriles de petróleo; iv) las modificaciones normativas para la promoción de la exploración de yacimientos no convencionales y las actividades de perforación “costa afuera” (off shore); y v) el incremento de las movilizaciones sociales, los bloqueos a la infraestructura petrolera y de la implementación de consultas populares.

En el capítulo se analizarán en detalle los matices que pueden llegar a tener cada una de estas repercusiones para el sector petrolero, la economía del país, la Refinería misma y la movilización social y política en algunos territorios.

La Refinería de Cartagena

A pesar de que Reficar ha tenido bastante repercusión en los medios de comunicación en los últimos tres años por los escandalosos sobrecostos, la refinería existe hace 60 años, inaugurada exactamente en diciembre de 1957 por la Internacional Petroleum Company Ltda. (Intercol), siendo una inversión netamente privada. La planta fue ubicada en el sector industrial de Mamonal para aprovechar la existencia del terminal del Oleoducto de la Andian National Corporation, y tuvo un costo de construcción de 33 millones de dólares para refinar 33 mil barriles diarios de petróleo.

En el año 1974, Ecopetrol, como empresa industrial y comercial del Estado adscrita al Ministerio de Minas y Energía, adquirió la refinería por un valor de 35 millones de dólares, ampliándole la capacidad de refinación a 70 mil barriles diarios. Desde esta época, la refinería mantuvo esa capacidad mientras el gobierno

nacional realizó un diagnóstico con una serie de recomendaciones documentadas en el documento Conpes¹ 2878 de 1996 “Apoyo a la Petroquímica Básica en Colombia”, para potenciar la industria petroquímica en Colombia basándose en un estudio de mercado con una proyección a 20 años.

A partir de estas iniciativas se concibe el “Plan Maestro de la Refinería de Cartagena” – PMD-² en 1999, en el que Ecopetrol estimaba una inversión requerida de 880 millones de dólares, de acuerdo con los estudios de ingeniería realizados por Technip Italy Spa. El objetivo principal del PMD era garantizar el autoabastecimiento de combustibles para la nación triplicando su refinación, proveer excedentes para exportación, suministrar materias primas para la industria petroquímica y romper la dependencia nacional de la refinería de Barrancabermeja por medio de la ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena.

Teniendo presente los costos de inversión que implicaba la modernización y ampliación de la capacidad de la planta de 75 a 140 mil barriles diarios, la Junta Directiva de Ecopetrol en el año 2001 decidió buscar la forma de financiar el proyecto sin necesidad de aumentar la presión fiscal. Estas directrices fueron consignadas en el cuerpo del documento Conpes 3312 de 2004, en el que se planteó financiar e implementar el PMD con una participación privada mayoritaria. En ese mismo sentido, el Conpes 3336 de 2005 autorizó a Ecopetrol a figurar como socio

del proyecto, preferiblemente minoritario, sin necesariamente llegar a ser el operador de la refinería nueva y aclarando que el inversionista sería el encargado de asumir el riesgo con su capital.

De acuerdo con los informes de la Contraloría, el proceso de selección del socio estratégico que hizo Ecopetrol en el 2005 para conformar la sociedad inversora del proyecto se basó en aspectos de capacidad financiera, por encima de los criterios de experticia y conocimiento del negocio que se quería desarrollar. Como resultado de este proceso de selección, se adjudicó el contrato a la compañía suiza Glencore International A.G en agosto del 2006, por un valor de USD 630,7 millones, en vez de a la brasilera Petrobras, multinacional que al parecer no cumplió con las expectativas de Ecopetrol. En esas condiciones nació la sociedad anónima Refinería de Cartagena S.A (Reficar), cuyo objeto social era la construcción y operación de refinerías para el procesamiento de hidrocarburos; la producción, comercialización y distribución de los mismos; alcoholes carburantes y biocombustibles; su importación y exportación, y cualquier otra actividad complementaria y conexas.

Ampliación y modernización de la Refinería

La nueva sociedad conformada por Glencore y Ecopetrol debía regirse bajo los lineamientos que daban los Conpes 3312 de 2004 y el 3336 de 2005, en los que, de acuerdo a los colosales costos de inversión que requería el proyecto de Reficar y los riesgos en la operación, el sector privado debía asumir una mayor participación de recursos

¹ Documentos elaborados por el Consejo de Política Económica y Social (Conpes)

² Contraloría General de la República. Refinería de Cartagena: Lecciones aprendidas y no aprendidas de un proyecto.

bajo un esquema contractual de “llave en mano”, el cual eliminaba riesgos de posibles sobrecostos en la construcción de la refinería. En consecuencia, Glencore asumió un 51% de las acciones, mientras Ecopetrol lo hizo con el 49% restante. De manera particular, es importante mencionar que el valor de las acciones que adquiría Glencore se pagaría en dos cuotas: una tercera parte en el momento de aceptar la oferta, y las otras dos terceras partes durante el año siguiente.

A pesar de tener una supuesta claridad en los plazos de los pagos (que al final no se cumplieron)³, no se estableció ningún tipo de condición con respecto al riesgo cambiario, lo que llevó a Ecopetrol a asumirlo en las respectivas transacciones realizadas. En agosto de 2006 el valor total de la transacción para la adjudicación del 51% de Reficar era de USD 658,6 millones con una TRM de COP \$2.398, lo que equivalía a la suma de \$ 1,57 billones de pesos de cambio, el valor real del 51% de Reficar fue de 1,27 billones de pesos colombianos, implicando una pérdida de ingresos para Ecopetrol de COP \$300.000 millones.

Tabla 1. Valores Recibidos de Glencore

Fecha de Transacción	Valor USD	TRM (pesos por dólar)	Valor en Pesos
9 de noviembre de 2006	2.251.547,39	2.265,10	5.099.980.000,00
4 de abril de 2007	218.814.285,71	2.171,47	475.148.656.990,69
3 de abril de 2008	437.628.546,43	1.826,34	799.258.519.486,97
Totales	658.694.379,53		1.279.507.156.477,66

Fuente: Reficar, Respuesta de requerimiento AER-254, en Informe de la Contraloría (2016).

³ Como se muestra en la Tabla 1, dos años después de adjudicar el contrato se estaba pagando una tercera cuota.

Conformada la sociedad anónima, se constituyó Reficar como empresa, celebrando en el 2007 uno de los contratos más importantes y polémicos para el proyecto en los años siguientes, el cual permitió la entrada de la compañía Chicago Bridge & Iron (CB&I) como principal contratista para realizar trabajos de ingeniería detallada, suministro y construcción de la refinería. Bajo estos acuerdos, la terminación de la obra se proyectaba para diciembre del 2012.

Hacia mediados del 2008, en Ecopetrol empezaron a surgir dudas sobre la liquidez de Reficar por faltantes de caja y atrasos en el proyecto, hasta que en el 2009 Glencore argumentó dificultades imprevistas, imprevisibles, irresistibles e insuperables para continuar con el proyecto y sus obligaciones contractuales. Por estas razones, solicitó ejercer el derecho de retiro de la sociedad inversora. De acuerdo al informe de la Contraloría, la Junta Directiva de Ecopetrol autorizó la salida de Glencore del proyecto en septiembre del mismo año, sin llegar a probar adecuadamente las causales manifestadas por la compañía y dejando de ejecutar los mecanismos dispuestos en el Acuerdo Marco de Inversión –AMI– para sancionar los incumplimientos de Glencore. Debido a esto, Ecopetrol compró a la compañía suiza sus respectivas acciones por un valor de USD 549 millones.

Estas novedades desembocaron inevitablemente en retrasos en la ejecución de la obra, pero en especial implicó que la financiación de la obra se realizara con recursos del Estado, contrario a las disposiciones aprobadas por los documentos Conpes. En ese mismo año 2009 se realizó la

sesión ordinaria N° 48 del 24 de noviembre, donde se marca un hito importante, según las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, puesto que a partir de esta fecha y teniendo como evidencia el acta de esa reunión, se aprobó una nueva modalidad de negociación entre Ecopetrol y la contratista CB&I con sus filiales (Reino Unido, Américas y Colombia) que facilitaría las irregularidades y los millonarios sobrecostos del proyecto. Esta modalidad consistió en cambiar el esquema de “llave en mano” por uno de “gastos reembolsables”⁴, que al final permitió a CB&I pasar un sinnúmero de facturas sin control y auditoría, aun incumpliendo sus obligaciones en el proyecto⁵. Estas acciones nuevamente fueron incongruentes con lo que señalaban los Conpes anteriormente mencionados.

En ese sentido, a través de esta modalidad se empezaron a realizar nuevos contratos y adiciones presupuestales que terminaron por elevar los costos totales de la refinería de USD 3.777 millones a USD 8.016 millones, un poco más del doble de lo estimado inicialmente. Entre 2010 y 2015 fueron realizados cinco Controles de Cambio (modificaciones presupuestales) con CB&I para terminar las obras de Ingeniería, Procura y Construcción del Proyecto (EPC). En general, las causas argumentadas por CB&I fueron estimativos iniciales de costos inexactos, baja productividad laboral, cambios de estrategia en los trabajos, subestimación de precios durante las obras,

4 Modelo contractual en el que el contratista cobra por cada uno de los pasos de la obra y unos honorarios que le reembolsa posteriormente el contratante. En este caso, los riesgos fueron asumidos por el Estado a través de Ecopetrol.

5 El acta que abrió la puerta al desgüeño en Reficar según Fiscalía. (Periódico El Tiempo) : <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/acta-que-abrio-la-puerta-a-desfalco-de-reficar-83066>

un paro laboral de la Unión Sindical Obrera (USO) y retrasos de cronograma.

Tabla 2. Controles de Cambios

Fecha	Control de Cambios	Evidencia
24/05/11	Adición al valor del presupuesto aprobado para el proyecto en octubre de 2009. Aumento del capex de USD 3.892 millones a USD 4.300 millones.	Acta de junta directiva N°69 de Reficar
07/05/12	La Junta aprueba presupuesto por el valor de USD 4.854 millones.	Acta de junta directiva N°87 de Reficar
29/04/13	Ajustar en el portafolio el valor estimado del capex del proyecto a USD 6.901 millones.	Acta de junta directiva N°111 de Reficar
10/12/14	Se aprueba la modificación del capex del proyecto de USD 6.902 a USD 7.653 millones.	Acta de junta directiva N°151 de Reficar
08/09/15	Se aprueba la modificación del capex del proyecto de USD 7.653 millones a USD 8.016 millones.	Acta de junta directiva N°165 de Reficar

Fuente: Reficar, Respuesta de requerimiento AER-254, en Informe de la Contraloría (2016).

En este mismo marco, la Junta Directiva de Reficar contrató a la firma auditora Foster Wheeler para realizar funciones de gerenciamiento del proyecto, supervisión y control de la ingeniería detallada, supervisión y control de compras de materiales y equipos del proyecto, entre las más relevantes. En los informes de la Contraloría se menciona que la revisión de facturas y compras de materiales

fue la función más relevante, en cuanto que este era un procedimiento fundamental para que Reficar tuviera el aval de efectuar el pago correspondiente. De acuerdo con la Fiscalía y la Contraloría, Reficar no tuvo en cuenta las alertas de Foster Wheeler, que daban cuenta de las facturas rechazadas, obsoletas y duplicadas, de servicios no prestados, subcontrataciones no autorizadas y de gastos suntuosos.

La Fiscalía ha sostenido que en el 2014 se tomaron unas de las decisiones más lesivas en el proyecto y para las arcas del Estado, como fueron la firma de los acuerdos MOA (memorando de entendimiento) y el PIP (proyecto de facturación) con los que se aceptaron y se generaron cobros bastante desproporcionados, los mismos que Foster Wheeler había rechazado desde el 2011. Ambos acuerdos básicamente tuvieron como fundamento resolver el problema de liquidez de CB&I por las facturas rechazadas de 2011 a 2014, en razón a los incumplimientos en los que había incurrido durante ese periodo, relacionados con el proyecto EPC de construcción de la Refinería.

De esa manera, se autorizó a Reficar pagar dichas facturas a CB&I, a pesar del rechazo a esa transacción por parte de Foster Wheeler. Los anticipos entregados a CB&I estaban respaldados en una carta de crédito por USD 95 millones, pero en un momento del proyecto el saldo de anticipos superó la carta de crédito, la que fue aumentada a 120 millones de dólares. Ante el incumplimiento en la legalización de estos anticipos, Reficar ejerció el derecho de cobro de la carta de crédito por un valor de USD 70 millones, que a la fecha CB&I sigue exigiendo en un tribunal de arbitramento.

Entre los errores más importantes, contractualmente hablando, la Contraloría menciona que en estos contratos no hubo un modelo de control amplio, adecuado y robusto que permitiera ejercer una observación al contratista (CB&I); que la modalidad de “costos reembolsables” desincentivó al contratista a culminar la obra dentro de los tiempos establecidos (mayor costo, menor utilidad); y que no se contempló contratar una interventoría técnica de las obras, sino posterior al inicio de las mismas. Asimismo, identificó que, en cuanto a indemnidades, no fueron respetadas en ningún momento las cláusulas contractuales que “afirman que el contratista deberá corregir cualquier incumplimiento y que indemnizará a cualquier miembro del grupo propietario (Ecopetrol)”. Contrario a lo que se estipulaba, Reficar tuvo que subsanar con finanzas públicas los incumplimientos del contratista (CB&I)⁶.

Investigaciones y posibles responsables

La Contraloría fue la primera entidad en realizar investigaciones y ha estipulado que 38 directivos de Ecopetrol, Reficar y el Gobierno podrían estar implicados en un detrimento patrimonial de 17 billones de pesos, estimando el tiempo de operación que ya debería tener la refinería, de haber cumplido con los tiempos programados, cifra que para algunos resulta desmedida. Por su parte, la Fiscalía, luego de ocho meses de indagación, ha concluido recientemente que sí hubo un desfalco, tal como se menciona anteriormente, más allá de simples hechos de mala planeación y estimación de costos.

⁶ Informe de la Contraloría, 2016; pp. 26, 27 y 28.

La Fiscalía estima que son al menos cuatro los delitos del caso: peculado por apropiación, enriquecimiento ilícito, interés indebido en la celebración de contratos y falsedad en documentos. Los cargos establecidos en principio salpican a altos ex-funcionarios de Ecopetrol y Reficar, y a dos ex representantes legales extranjeros de CB&I, quienes debían asistir a una audiencia de imputación de cargos el 7 de junio de este año. La Fiscalía estima el desfaldo provisionalmente en COP 610.000 millones, equivalentes a 18 veces el monto del caso Odebrecht en Colombia; sin embargo, la cifra no deja de ser mínima frente a los cálculos de la Contraloría.

Según la Fiscalía y la Contraloría, se identifican entre las irregularidades pagos por bebidas alcohólicas y servicios de Spa para los contratistas por 22.000 dólares; sueldos a 237 trabajadores que nunca ingresaron a Reficar; el alquiler de más de 50 grúas que no se utilizaron en su totalidad; andamios que de USD 23 millones pasaron a USD 161 millones; un incremento de USD 364 millones por horas laborales en Egipto y Holanda; y sobrecostos en el alquiler de baterías sanitarias por más de COP \$9 mil millones, entre otras. Estas irregularidades y adiciones que inflaron el costo del proyecto se lograron fraguar bajo el beneplácito del esquema contractual de “costos reembolsables”, el cual nunca fue autorizado vía decreto o norma de la nación, y bajo la ausencia de un control estricto a la facturación que hacía el contratista, más aún si se trataba de recursos públicos.

Entre otros cálculos realizados por la Contraloría, el presunto daño fiscal de Reficar de \$8,5 billones de pesos sería equivalente a 6 veces el daño fiscal de Saludcoop, el cual

fue de \$1,4 billones; al recaudo que se espera tener con la reforma tributaria en el 2017; 600.000 viviendas gratis; becar durante dos siglos a los 22 mil beneficiarios del programa Ser Pilo Paga; o a la ampliación del Canal de Panamá. Aún las cifras de los sobrecostos y el posible detrimento patrimonial no terminan por ser del todo exactas, pero los montos estimados dan un panorama de la magnitud de los recursos invertidos en la refinería.

El estado actual de la Refinería y el panorama nacional

Desde noviembre de 2015 Reficar empezó a iniciar labores de manera secuencial, teniendo en cuenta que son 34 unidades industriales en una sola refinería. A medida que se terminaba la construcción de una de las unidades, se iba colocando en operación. De acuerdo con Amaury De La Espriella, actual presidente de Reficar, se espera que la refinería logre la estabilización suficiente durante el 2017 alcanzando su capacidad máxima de refinación entre 150 a 160 mil barriles diarios; hasta el 2016 alcanzó un promedio de 114 mil barriles diarios. Varios expertos coinciden en que Reficar ya finalizada es una refinería de talla mundial y, por sí sola, contribuyó con el aumento en medio punto del PIB del país en el 2016.

Sin embargo, es necesario reflexionar sobre la realidad y el contexto que experimenta actualmente el país. Como se ha mencionado en las páginas anteriores, Reficar ha sido un proyecto de alta inversión y una apuesta absoluta por fortalecer la industria petroquímica del país y la capacidad de refinación y abastecimiento nacional de combustibles. No obstante, se

considera que este mega-proyecto puede tener una serie de repercusiones que harían preguntarse por los efectos positivos reales de la construcción y puesta en marcha de la refinería, de acuerdo a dos factores del contexto: a) las limitadas reservas estimadas de crudo que hay en el país; y b) la creciente movilización social y expresión ciudadana en contra de los proyectos extractivos a través de las consultas populares.

Las tres primeras repercusiones y los interrogantes que surgen de lo descrito hasta ahora son: i) la sostenibilidad productiva y financiera de la refinería; ii) el abastecimiento interno de combustibles y petroquímicos; iii) el margen de importación de barriles de petróleo.

Una de las dudas generadas sobre la inversión hecha en Reficar se refiere a las posibilidades que tiene la refinería para sostenerse productiva y financieramente en el tiempo, puesto que desde ópticas optimistas, como la del ex-gerente de la refinería Reyes Reynoso Yáñez, cuando la planta opere en su capacidad máxima, las utilidades serán suficientes para pagar las deudas que tiene con la Banca Internacional y con Ecopetrol, siendo en 13 años una empresa rentable. Esto contrasta con las percepciones de la Contraloría General de la República, la cual estima que la deuda de la refinería se pagará hasta el año 2046, debido a que con las adiciones presupuestales en la fase de construcción se modificó una tasa esperada de rentabilidad del proyecto de 16,10%, a una de 4,35%, la cual está por debajo de la deuda del proyecto (5,5%)⁷. Esto generaría

⁷ Hasta el 2046 los colombianos pagaremos la gigantesca deuda que dejó Reficar: Contraloría. (El Espectador): <http://www.elespectador.com/noticias/economia/el-escandalo-de->

retrasos en el tiempo para la rentabilidad de Reficar y el pago de sus deudas.

En ese sentido, no es una cuestión menor pensar que la inmensa inversión y los exacerbados sobrecostos del proyecto pueden, además de configurar uno de los mayores escándalos de posible corrupción en el país, ser una futura infraestructura sin capacidad productiva y financiera por atender el abastecimiento interno de combustibles tanto en el *upstream* como en el *downstream*. En este aspecto cabe recordar que el proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena le apuesta a procesar 160 mil barriles diarios en su capacidad máxima, de los 900 mil que en promedio se extraen actualmente de los suelos del país.

En términos concretos, las preocupaciones tienen que ver con que las estimaciones iniciales de reservas de crudo para la elaboración del proyecto de Reficar en el Conpes 2878 de 1996 contemplaban un stock superior a 3.000 millones de barriles, con una posible duración de doce años aproximadamente, sin contar con nuevos descubrimientos y trabajos de exploración y sísmica que se realizarían en los años siguientes. Ahora, las reservas para el 2015 estaban estimadas en 2000 millones de barriles, los que, a un promedio de extracción anual de 500 millones de barriles, no durarán más de 5 años, si no se encuentran más reservas y yacimientos. De acuerdo con Francisco Lloreda, presidente de la Asociación Colombiana de Petróleos (ACP), “el país necesita adicionar 2000 millones de barriles nuevos en sus reservas probadas,

para mantener una producción diaria de 900 mil barriles⁸ (Ver tabla 3).

En ese sentido, el sector petrolero en Colombia posee un panorama poco alentador en términos de reservas y de producción, que podría afectar colateralmente la inversión y el optimismo frente a Reficar, en cuanto que se puede ver amenazado el objetivo y la misión del proyecto por un posible desabastecimiento de la planta con crudo nacional. Esto llevaría adicionalmente a que la demanda de combustibles y petroquímicos fuera difícilmente atendida, especialmente en la región caribe del país, donde dicha demanda tiende a aumentar.

Una situación así llevaría a la tercera de las repercusiones contempladas, a saber, el aumento de las importaciones de crudo o de combustibles ya procesados, que le representaría a la nación un gasto importante, en aras de hacer valer la inversión realizada en la refinería de Cartagena. Según De La Espriella, la refinería ha tenido que importar 70 mil barriles de petróleo estadounidense y angoleño en este año para aprovechar su infraestructura y abastecer la demanda de combustibles y sus derivados en el país. Según los estudios de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), el balance de oferta y demanda de gasolina muestra que para el año 2019 se empezaría a tener un escenario deficitario que obligaría a su importación, mientras que en el caso del Diesel, el balance empieza a ser deficitario desde el 2016. Esta balanza varía de acuerdo a la carga de crudo y el grado de reconversión que tengan las refinerías. Con la operación

⁸ Reficar se quedará pequeña en 2040: Petroleras.

Tabla 3. Reservas de Crudo

Año	Reservas Remanentes Crudo (Mbbl)	Relación Reservas / Producción Crudo (Años)
1996	2.798	12,2
2013	2.445	6,6
2014	2.308	6,4
2015	2.296	5,5

Fuente: Ecopetrol, ANH

de Reficar, estas cifras se pueden mejorar, pero no se puede olvidar el estado de las reservas estimadas de crudo para el país y el contexto político y social de la actualidad.

De acuerdo con estos puntos, las dos restantes repercusiones del problema de la Refinería, a saber: iv) las modificaciones normativas para la promoción de la exploración de yacimientos no convencionales y las actividades de perforación “costa afuera” –off shore- y v) el incremento de las movilizaciones sociales, los bloqueos a la infraestructura petrolera y el desarrollo de consultas populares, podrían ser entendidas como las respuestas de los actores ante las primeras tres repercusiones y los factores del contexto.

En primera instancia, las posibles situaciones de déficit en las que se podría ver inmerso el país están siendo respondidas por parte de los gremios y las asociaciones a través de llamados y peticiones al gobierno nacional para que, ante la baja de precios del petróleo y el desincentivo a la inversión en el sector por parte de los privados, se definan

Tabla 4. Oferta y demanda interna de combustibles.

Año	Gasolina			Diesel		
	Oferta	Demanda	Balance	Oferta	Demanda	Balance
2016	98.700	87.332	11.378	131.000	142.991	-11.991
2017	98.700	89.740	8.960	131.000	148.053	-17.053
2018	98.700	93.655	5.045	131.000	152.744	-21.744
2019	98.700	97.869	831	131.000	157.173	-26.173
2020	98.700	101.451	-2.751	131.000	161.195	-30.195
2021	98.700	104.854	-6.154	131.000	166.316	-35.316
2022	98.700	107.455	-8.755	131.000	169.964	-38.964
2023	98.700	112.332	-13.632	131.000	174.176	-43.176
2024	98.700	115.934	-17.234	131.000	181.204	-50.204
2025	98.700	120.527	-21.827	131.000	188.190	-57.190

Fuente: UPME - Elaboró: CGR

reducciones tributarias para impulsar la exploración y producción de hidrocarburos. En ese sentido, desde la ACP se espera que se haga una actualización de las reglas de juego para promover las perforaciones y actividades de exploración de yacimientos no convencionales y en pozos *off shore* o costa afuera, donde el gremio guarda expectativas para dar un nuevo impulso al sector petrolero y aumentar las reservas estimadas de crudo.

La existencia de la Refinería y sus colosales costos se perfilan como un argumento adicional en aras de que se promuevan y se impulsen este tipo de actividades, en las que supuestamente ya se han descubierto yacimientos en la costa caribe como el Kronos-1, en el que se encuentra el nombrado pozo Purple Angel-1. No obstante,

una cuestión de detenida revisión será el lobby que puedan hacer las empresas y agremiaciones para la promoción de reglas que permitan la exploración y explotación de yacimientos no convencionales por medio de la polémica técnica del *fracking*. Esta puede ser una repercusión bastante álgida, teniendo en cuenta los casos de resistencia y oposición ciudadana hacia este tipo de proyectos y técnicas que pueden comprometer el estado e integridad de los cuerpos hídricos en los territorios.

En este orden de ideas, la última repercusión se conecta con las estrategias para revitalizar el sector y garantizar la funcionalidad de la Refinería, puesto que la promoción de este tipo de actividades, especialmente las que impliquen el uso de técnicas como el *fracking*, tendrán una conocida respuesta



de rechazo por parte de las organizaciones y movimientos sociales, quienes seguramente harán lo necesario para desarrollar acciones en el campo del activismo jurídico, la incidencia política y la generación de opinión pública, con un ingrediente adicional que goza de legalidad y legitimidad social y política, y que cada vez más está siendo utilizado por los ciudadanos: la consulta popular.

Este mecanismo de participación ciudadana, con pleno respaldo constitucional y legal, de carácter vinculante, se ha convertido en la mejor y más efectiva forma que diferentes agrupaciones han adoptado en los municipios y regiones para rechazar las actividades minero-energéticas. En el 2017 se ha visto el rápido incremento del uso de este mecanismo, con resultados positivos para sus promotores en municipios como Cajamarca, en el Departamento del Tolima, Arbeláez, en el de Cundinamarca, Pijao, en Quindío, y Cumaral, en el Meta. No cabe duda de que, ante proyectos tan polémicos como aquellos que piensan usar procedimientos como el *fracking*, las consultas populares serán

uno de los principales medios de defensa de las comunidades. En esa perspectiva, el panorama es bastante adverso y complejo para el sector de hidrocarburos, especialmente en el marco de las variables y los factores que, como se ha analizado en este capítulo, inciden a futuro en la sostenibilidad y validez de un proyecto como Reficar. Las investigaciones de los órganos de control tendrán que continuar para esclarecer la situación y sus responsables y solicitar el castigo para quienes hayan cometido delitos.

Pero, en lo que respecta al contexto social y político en el que hoy se está moviendo el escándalo de la Refinería, la salida parece estar en parte en una planeación de largo plazo de las actividades de explotación de los recursos naturales, y en parte -en buena parte- en la capacidad de diálogo del gobierno con los territorios, a fin de encontrar soluciones compartidas -no impuestas- que garanticen, a la vez, la integridad de los ecosistemas estratégicos y el avance del sector.



CAPÍTULO 5

**Analisis de los
contratos mineros en
Colombia**

Luis Alvaro Pardo B.*

* Director de Colombia Punto Medio.

** Este trabajo fue elaborado en su versión inicial por solicitud del Natural Resource Governance Institute (NRGI).

Introducción

Una mirada de largo plazo a los sistemas jurídicos del sector minero colombiano permite verificar varias cosas: en primer lugar, Colombia, así como otras naciones en el continente, heredó una legislación que tenía como base y origen la legislación española, que, si bien contenía elementos del derecho romano (principio de accesión), giró gradualmente hacia un esquema regalístico en la medida que aumentaban las necesidades económicas del imperio español en bancarrota.

El esquema regalístico establece que las minas son del Rey, pero que éste puede entregar derechos de explotación a particulares a cambio de una contraprestación (quintos o covos). La puja entre los sistemas de accesión (el subsuelo es accesorio del suelo y por tanto el dueño del suelo lo es también del subsuelo y sus recursos), y el regalístico lo encontramos a lo largo de la historia del país.

No acababa el Nuevo Reino de Granada de lograr su independencia de España cuando el vicepresidente Francisco de Paula Santander

dictaba un decreto¹ que autorizaba la accesión y el presidente Simón Bolívar otro² reiterando que los minerales eran propiedad de la República y que los particulares que los solicitaran podían explotarlos a cambio de una contraprestación económica a favor del fisco nacional. A la muerte de Bolívar, diversas modalidades de contratación surgieron, pero con un marcado sesgo federalista que propugnaba la accesión como un medio para desarrollo y crecimiento de la economía.

“El espíritu de la Constitución Federal es que los intereses públicos se servirán mejor si se trasladaba al dominio privado todo el patrimonio nacional, incluso las minas” (Torres, 1995). Este espíritu fue ratificado por la Constitución de Rionegro (1863) hasta la creación de una República unitaria con la Constitución de 1886, que reclamó para la Nación la propiedad de los minerales.

1 " Las leyes que deben observar todos los tribunales: Leyes de la recopilación de Indias. Las leyes de la recopilación de Castilla". Ley de Minas del 13 de mayo de 1825 sancionada por Francisco de Paula Santander (Arias, 1943).

2 Decreto del 24 de octubre de 1829. El libertador Simón Bolívar determina que "las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo gobierno la concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan". Rivadeneira, 1943).

En segundo lugar, se observa cómo los dos esquemas (accesión y regalístico), echaron raíces en un territorio donde el Estado ausente seguía siendo ineficiente en su tarea de llevar su gestión y políticas a todos los rincones de la Nación. Sin capacidad de ejercer la gobernanza, la historia de la minería en el siglo XX se concentró en el esfuerzo por erigir una institucionalidad minera centralizada, consolidar una normativa minera independiente de los hidrocarburos, reservar áreas de gran potencial minero y entregarlos en aporte a las empresas del Estado, y generar diversos instrumentos para permitir que particulares explotaran los recursos que hasta la Constitución de 1991 pertenecían a la Nación.

En tercer lugar, a la creciente informalidad del sector minero se agregaron múltiples instrumentos oficiales que autorizaban la explotación de los recursos naturales no renovables, entre ellos los permisos, arrendamiento, las licencias de exploración y explotación, los contratos de aporte minero, los contratos de concesión, y los Reconocimientos de Propiedad Privada (RPP)³.

Aunque algunos de estos instrumentos desaparecieron o apenas subsisten, es claro que los contratos de aporte tienen aún una gran importancia en la medida en que a través de ellos se produce y exporta actualmente entre el 85% y 90% del carbón y el 100% del níquel; una parte importante del oro producido legalmente proviene de los RPP. También es importante señalar que tras la aprobación del Código de Minas -ley

³ Los Reconocimientos de Propiedad Privada son zonas del país donde, por virtud de títulos reales de la corona española o como desarrollo de la política minera de los estados federados soberanos, particulares son dueños del suelo y el subsuelo, con todos sus minerales.



685 de 2001- el contrato de concesión se convirtió en el único instrumento para hacer minería en Colombia⁴.

El trabajo que a continuación se desarrolla presenta los antecedentes y características de los contratos de aporte minero, haciendo especial énfasis en el contrato El Descanso de la compañía Drummond; luego veremos la transición contractual entre los Códigos de Minas de 1988⁵ y la ley 685 de 2001, para finalizar en un análisis de los contratos de concesión vigentes.

Contratos de Aporte

Antecedentes

Con el objeto de explorar y explotar los recursos naturales no renovables del país, el Gobierno Nacional reservó a partir de la expedición de la ley 60 de 1967 áreas en las que tenía indicios de importantes reservas

⁴ Artículo 45 de la ley 685 de 2001. Código de Minas.

⁵ Decreto 2655 de 1988.



minerales, con el objeto de aprovecharlas comercialmente y colocarlas al servicio de la industria nacional. Para ello, extensas zonas del territorio nacional fueron gradualmente aportadas a las empresas industriales y comerciales del Estado. Los artículos más importantes que ilustran esa política contenida en la ley 60 de 1967, son:

Artículo 1. En los actos administrativos de adjudicación, aporte, arrendamiento, concesión o permiso relacionados con la exploración y explotación de los recursos minerales, se establecerán las obligaciones para atender preferentemente las necesidades nacionales y de transformar en el país, total o parcialmente, las materias primas que se extraigan, con especificación del grado de concentración, de reducción o de refinación a que deben someterse para la exportación.

Artículo 2. Las normas mineras vigentes solo establecen las condiciones

económicas y fiscales mínimas para los diferentes actos de adjudicación, aporte, arriendo, concesión o permisos. En los actos administrativos a partir de la expedición de esta ley se podrán estipular a favor de la Nación, regalías, participaciones o beneficios no consagrados en las disposiciones vigentes y aumentar los provistos en ellas.

El gobierno fijará las regalías y participaciones adicionales en los decretos reglamentarios de esta ley, tomando en consideración diferentes variables económicas que inciden en la economía de la operación minera.

Artículo 4. El gobierno podrá declarar de reserva nacional cualquiera zona del territorio colombiano para efectos de excluir los yacimientos que en ellas se encuentren del sistema de adjudicación, para destinarlas a investigaciones especiales

Se destaca en esta ley los diversos instrumentos para la explotación de minerales, su orientación hacia la satisfacción de la demanda nacional, la exportación de bienes con valor agregado y el establecimiento de unas contraprestaciones económicas mínimas, a partir de las cuales podían, especialmente en los contratos de aporte, ser renegociadas al alza.

Ley 20 de 1969

En línea con la política establecida en la ley 60 de 1967, el Gobierno Nacional expidió la ley 20 de 1969 en la que ratificó la propiedad de las minas por parte de la Nación, dejó

a salvo los Reconocimientos del Propiedad Privada (RPP) y abrió las puertas a la conformación de sociedades mixtas, en la que el Estado tuviese al menos del 51% de los intereses accionarios, para la exploración y explotación de las áreas de aporte.

Artículo 1. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros⁶. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente Ley, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos.

Artículo 7. Declara de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento.

Artículo 8. Todas las minas que pertenecen a la Nación - piedras y metales preciosos, cobre y uranio y demás sustancias radioactivas- quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a la clasificación que adopte el gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades mixtas que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

Artículo 9. En las concesiones, aportes y permisos mineros que se otorguen,

⁶ Se refiere a los Reconocimientos de Propiedad Privada (RPP).

a favor de inversionistas extranjeros, lo mismo que en los traspasos o en cualquier otro negocio que implique cesión de derechos en beneficio de aquellos, el gobierno, si lo estima conveniente, podrá acordar con los interesados una participación equitativa del capital colombiano, público o privado, en la empresa respectiva y la forma de conservar o aumentar dicha participación.

Artículo 12. El gobierno podrá declarar de reserva nacional cualquier área petrolífera del país y aportarla, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero.⁷

La Empresa, en cualquier tiempo, podrá devolver la totalidad o parte del área recibida, la cual quedará a disposición del Gobierno para contratarla de conformidad con las leyes vigentes. Lo dispuesto en el inciso primero de este artículo no afecta las expectativas de derecho creadas por propuestas formuladas con anterioridad a la providencia que declare la reserva de la zona respectiva.

Artículo 13. Las normas contenidas en el artículo 1 de esta Ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos.

⁷ Este artículo es importante porque el Cerrejón (Guajira) fue inicialmente un aporte de Ecopetrol que luego traspasó a Carbocol.

Artículo 14. Los avisos y denuncios que estén en tramitación al entrar en vigor la presente Ley quedarán sujetos al régimen de la concesión, del aporte o del permiso, a opción del interesado, y en tal carácter se adelantarán con arreglo a los procedimientos que señale el Gobierno.

Varios aspectos para destacar: 1) Cuando se declara al sector minero como de utilidad pública e interés social se hace en un contexto de política en el que los minerales juegan un papel fundamental en el desarrollo de la economía, como proveedor de insumos para la industria y la agregación de valor para la exportación de bienes intermedios o finales. 2) Obsérvese que todavía en estas normas se reglamentan indistintamente aspectos de la industria minera y petrolera; y 3) el Estado abre las puertas a la vinculación del capital extranjero a los aportes, pero define que mantendrá mínimo el 51% en los aportes y que buscará también tener participación en los contratos de concesión.

Los lineamientos sobre los contratos en área de aporte fueron evolucionando durante todos esos años; luego se permitiría a las empresas estatales suscribir contratos, además de los de asociación, otros de operación, servicios y administración. Lo interesante es que todos estos contratos se orientaban a la satisfacción de las necesidades del mercado local, por ejemplo, el artículo 169 del Decreto 2477 de 1986 señala que "En los contratos de concesión, en los aportes y en los permisos, se estipulará que los concesionarios o beneficiarios quedan obligados a atender preferencialmente las necesidades del consumo nacional y la demanda de las

plantas de beneficio y metalúrgicas e industrias fabriles establecidas o que se establezcan en el país".

Los contratos de aporte de la primera generación eran presentados por los ministros de Minas ante el Consejo de Ministros, cuya aprobación era requisito para la sanción presidencial. Esta norma señala que también los grandes proyectos mineros debían ser objeto de estudio y pronunciamiento por parte del Consejo de Estado⁸. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, los concesionarios prestarán una caución prendaria a favor de la Nación por el valor correspondiente a diez veces el salario mínimo vigente.

Bajo estas reglas de juego se suscribieron los contratos de gran minería de Cerromatoso y Cerrejón Zona Norte. "En los dos casos se han utilizado esquemas de contratación diferentes; en el primero se constituyó una sociedad anónima con participación del Estado y del capital privado, mientras que el segundo opera bajo la modalidad de contrato de asociación entre CARBOCOL, empresa estatal, e INTERCOR, subsidiaria de EXXON⁹.

El DNP señala que, en los dos casos, la participación del Estado se hizo sobre la base del endeudamiento externo, llevando a las compañías estatales a graves problemas financieros, y recomendó revisar esos esquemas a la luz de la disponibilidad de los recursos del Estado y la destinación preferencial a otras prioridades.

⁸ El desarrollo normativo puede encontrarse en el Decreto 1163 de 1967, la ley 20 de 1969, Decreto 1275 de 1970, ley 61 de 1979, y en los Decretos 2477 de 1986 y 1179 de 1987, entre otros.

⁹ Documento CONPES 2355 de enero de 1988.

Surge entonces una segunda generación de contratos de aporte o de gran minería a través de los lineamientos contenidos en el documento CONPES 2355 de 1988 “Políticas Generales de Contratación en la Gran Minería”.

“Teniendo en cuenta el gran esfuerzo financiero que el Estado Colombiano ha tenido que hacer a raíz de su participación en los dos proyectos de gran minería que hoy funcionan en el país (Cerromatoso y Cerrejón Zona Norte), el desarrollo de nuevos proyectos de este tipo se hará bajo el esquema de un contrato mediante el cual el sector privado nacional o extranjero, explore y explote, bajo su propio riesgo, yacimientos minerales sin contar con la participación directa del Estado. Este tipo de contrato caracteriza el llamado contrato de exploración y explotación...”¹⁰.

El DNP propuso entonces nuevas contraprestaciones económicas mínimas para estos contratos, pues de ahí en adelante se debían tener en cuenta aspectos específicos de los yacimientos, como el tipo de mineral o metal explotado. Se establecieron pautas también sobre la participación de la industria nacional y personal nacional, control ambiental¹¹, transferencia de tecnología, delimitación y devolución de áreas, definición de periodos, utilización de infraestructura por parte de terceros, registro de capital vs deuda, y reversión.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ “Control ambiental. El inversionista hará la evaluación y el seguimiento del impacto ambiental incluyendo los correctivos necesarios a satisfacción de las entidades estatales competentes. Si no existen normas sobre un tema en particular, los organismos encargados establecerán los procedimientos a seguir”.

Bajo esta nueva modalidad, el Gobierno Nacional suscribió los contratos de aporte en la modalidad de exploración – explotación de El Descanso y Paz del Río. El contrato de La Loma con Drummond quedó en medio de la transición normativa, de la cual hablaremos más adelante, que fue durante varios años objeto de polémica.

Contratos de aporte minero

Contrato Cerromatoso

El contrato 866 de 1963 para la explotación de níquel en el departamento de Córdoba fue firmado por el Ministerio de Minas y Petróleos y el apoderado de Richmond Petroleum Company en un globo de terreno de 500 hectáreas. Se determinó entonces que el marco legal aplicable era del Decreto 805 de 1947. Este contrato fue adicionado en julio de 1970 entre el Ministerio de Minas, la Compañía de Níquel Colombiano y el Instituto de Fomento Industrial (IFI), y quedó regido por las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, y los Decretos 805 de 1947 y 292 de 1968.

El aporte del IFI fue transferido a Econíquel en 1971. Por Resolución 001906 de 1979 se autorizó la exploración y explotación conjunta de los contratos 866 y 1727 de 1971. Este contrato ha sido modificado en varias oportunidades a través de Otrosí al contrato original y venció el primero de octubre de 2012.

En 1996, Cerromatoso suscribió un contrato directo de gran minería (051/96), con Mineralco, empresa titular del aporte minero 20853 (Resolución 701076 de 1996), para la explotación de níquel en el municipio de Montelíbano, Córdoba. En un hecho que

no tiene aún explicación clara, las empresas Cerromatoso y la Nación, apoyándose en el artículo 51 del Código de Minas de 1988, decidieron integrar los contratos 866/63 y 1727/70 al contrato de aporte 051 de 1996. No obstante, el contrato 866 de 1963 finalizó en septiembre de 2012 y fue renovado junto al 1727 hasta el 2044 por la Agencia Nacional de Minería (ANM).

El contrato 051 de 1996 vencía en 2029, sin embargo, inexplicablemente, fue renovado por la ANH hasta el 2044. La prórroga incluyó un incremento del 12 a 14% de las regalías y una compensación fija de \$35 mil millones de pesos a la firma de la prórroga del contrato 051¹², y la actualización del contrato a las normas ambientales vigentes¹³.

Cerrejón Zona Norte

Empezó como un contrato de aporte de Ecopetrol (Resolución 002118 del 9 de octubre de 1975), que luego pasó a Carbocol. En 1976 se suscribió el Contrato 001 de Asociación para la explotación minera entre la empresa Carbones de Colombia (CARBOCOL) e International Colombia Resources Corporation (INTERCOR), constituida en el estado de Delaware, EE.UU. filial de Exxon, con una duración de 33 años, los cuales llegarían a su fin en febrero de 2009. Cuando el gobierno colombiano enajenó sus intereses del contrato de El Cerrejón¹⁴, amplió los términos por 30 años más (se rige por los

¹² Cerro Matoso informó en un comunicado que los \$35.000 millones de pesos, por ser un costo para la empresa, los deducirá gradualmente de su impuesto de renta.

¹³ https://www.anm.gov.co/sites/default/files/Abece_cerromatoso_enero.pdf

¹⁴ Documento CONPES 2895 de 1996. Lineamientos para incrementar la participación del sector privado en el complejo carbonífero "El Cerrejón Zona Norte". Y Decreto 955 de 2000.

artículos 81 y 82 del Decreto 2655 de 1988 y el artículo 76 de la ley 80 de 1993).

Contrato Paz del Río

Contrato de operación 005-85M suscrito entre la Empresa Colombiana de Minas – ECOMINAS- y la Sociedad Anónima Acerías Paz del Río por un término de 30 años contados a partir del primero de enero de 1981. El contrato otorga el derecho de explorar y explotar mineral de hierro y caliza siderúrgica dentro del área de aporte 923 en las zonas A y B (Resolución 000795 del 16 de mayo de 1980 del MME). El contrato fue inscrito en el Registro Minero Nacional en mayo de 1990 y tiene un área de 73.951 hectáreas. La empresa brasileña Votorantim Siderúrgica adquirió en subasta pública el 52% de las acciones de Acerías Paz del Río en el 2007. Actualmente, la brasileña posee el 82,4% de los intereses de la empresa, el departamento de Boyacá el 13% y lo demás está en manos de accionistas particulares.

El contrato fue prorrogado el 28 de diciembre de 2012 hasta el 2039 condicionado a un aumento de la producción de carbón metalúrgico a 2,5 millones de toneladas al año en los próximos 7 años. Fijó una compensación económica adicional del 5% calculada como porcentaje de las regalías pasando de 10 a 15% para producciones menores a 2,5 millones de toneladas al año y del 15 a 19% para producciones superiores¹⁵.

¹⁵ https://www.anm.gov.co/sites/default/files/Abece_pazdelrio_enero.pdf

Contrato La Loma (Drummond)

Contrato de Aporte 871 entregado a Carbocol mediante Resolución 002857 del 10 de octubre de 1977 en el departamento de Cesar. Sobre este aporte, se suscribió el contrato 078 de exploración y explotación con Drummond Ltd., el 23 de agosto de 1988 por 30 años, y finaliza el 22 de octubre de 2019, cuando los activos reviertan al Estado de acuerdo con la cláusula trigésimo-primera del contrato.

Se trata de un contrato de aporte, con amplia autonomía de las partes para negociar los términos y condiciones que de manera general estaban establecidas en la Ley 20 de 1969 y el Decreto 2477 de 1966; no obstante, el mismo fue perfeccionado en febrero de 1989, cuando ya estaba vigente el Código de Minas de 1988.

Contrato Calenturitas (PRODECO)

Aporte minero 871 a nombre de Carbones de Colombia S.A. Carbocol. Carbocol y la empresa Minera Prodeco S.A. suscribieron un contrato de concesión 044 del 21 de febrero de 1989 con Carbocol para adelantar actividades de gran minería en la mina Calenturitas, en el departamento de Cesar. En 1995, la multinacional Glencore adquirió a Prodeco y gradualmente fue adquiriendo otros títulos mineros en la zona: Consorcio Minero Unido (contrato 109/90), Carbones de la Jagua (285/95), Carbones de los Andes (El Tesoro 132/97), Emcarbon (147/97) y Norcarbón (031/92). El contrato original ha sido varias veces modificados a través de otrosíes.

Contrato El Descanso (Drummond)

Será examinado en detalle más adelante.



Nueva generación de contratos de aporte

Con la expedición del documento CONPES 2355 de 1988 y del Código de Minas 2655 de 1988 se suscribieron varios contratos de aporte minero, entre ellos, el contrato de la mina El Descanso, de Drummond, y Calenturitas, de Prodeco.

El Código de Minas del Decreto 2655 marcó un importante quiebre en la normativa minera del país pues por primera vez reúne en mismo cuerpo todos los aspectos relacionados con el sector. En su capítulo segundo el Decreto señala que los títulos mineros constituyen un acto administrativo que otorga a particulares el derecho a explorar y explotar el suelo y subsuelo propiedad de la Nación, y dice igualmente que lo son las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes perfeccionados de acuerdo con las disposiciones anteriores. El Código de Minas ratificó los anteriores sistemas de contratación minera, entre ellos los aportes, y dejó a salvo los Reconocimientos de Propiedad Privada.



El Código regla las fases del ciclo minero con sus respectivos periodos, reitera que se trata de un sector de utilidad pública e interés social, define las reservas mineras especiales, zonas restringidas para minería, las escalas por volumen, las contraprestaciones económicas; crea las zonas mineras indígenas, define el barequeo, promueve la legalización minera y establece que quienes se dediquen a esta actividad deberán atender de forma prioritaria la demanda interna, especialmente con insumos para la industria nacional y la generación de energía; y en su artículo 22 señala que la cesión de derechos mineros requieren permiso previo del Ministerio de Minas.

Los artículos más importantes en materia de aporte minero son:

Artículo 48. Aporte Minero. El aporte minero es el acto por el cual el Ministerio otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus

finas la actividad minera la facultad temporal y exclusiva de explorar los depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada.

Artículo 49. Solicitud de aporte. El aporte se entrega a solicitud de la entidad interesada. Las áreas renunciadas podrán explorarse y explotarse por terceros bajo el régimen común, a menos que se refieran a piedras preciosas y semipreciosas, carbón, sal gema o minerales radioactivos, que solo podrán explorarse y explotarse por el sistema de aporte.

Artículo 52. Contratos con terceros. La entidad titular del aporte podrá explorar y explotar el área o parte de ella, directamente o mediante contratos con terceros. Igualmente, podrá aportar el derecho temporal a realizar dichas actividades como pago de acciones, cuotas o partes de interés que suscriba o tome en sociedades.

En el Capítulo IX sobre contratos de las entidades descentralizadas:

Artículo 78. Los contratos mineros de los establecimientos públicos. Los contratos que celebren los establecimientos públicos adscritos al ministerio de Minas y Energía, para explorar y explotar áreas que les hayan sido aportadas, son administrativos. Sus términos y condiciones serán los que en cada caso acuerden con los interesados. Si versan sobre proyectos de gran minería, se ceñirán a los

marcos generales de contratación consagrados en los artículos 82 a 87 de este Código, y a los lineamientos que periódicamente establezca el CONPES.

Artículo 79. Los contratos mineros de las empresas vinculadas. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al ministerio de Minas y Energía, cuyo objeto sea explorar y explotar áreas recibidas en aporte, son administrativos y sus cláusulas serán las que se acuerden en cada caso. Si versan sobre proyectos de gran minería, se ceñirán a las pautas y criterios generales que se establezcan en los artículos 82 a 87 de este Código y a los lineamientos que periódicamente establezca el CONPES. A estos contratos no les serán aplicables las normas de la contratación administrativa ordinaria; la entidad contratante deberá incluir en ellos la cláusula de caducidad, y deberá establecer, cuando fuere pertinente, la renuncia a reclamación diplomática.

Artículo 80. Requisitos de perfeccionamiento. Los contratos mineros de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado que, por sus características, metas propuestas y la extensión del área, puedan calificarse como de gran minería, requerirán para su perfeccionamiento y ejecución, únicamente, la aprobación del Ministerio, previa a su inscripción en el Registro Minero Nacional¹⁶.

¹⁶ Los contratos de gran minería en virtud de aporte suscritos antes del Decreto 2655 de 1988 requerían aprobación del Consejo de Ministros y la firma del presidente de la República.

Artículo 81. Procedimientos precontractuales de los organismos descentralizados. Para la celebración de contratos de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, la Junta o Consejo Directivo, por vía general o en cada caso, definirá si la contratación debe realizarse mediante concurso o contratación directa, así como también podrá escoger los participantes en el concurso o el contratista. En programa de gran minería, la definición del sistema de contratación se hará por el gobierno nacional. La adjudicación del contrato o concurso contará con el voto favorable del MME en la sesión de la respectiva Junta o Consejo.

Artículo 82. Criterios generales para la contratación de la gran minería. Las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas al MME, sin perjuicio de su autonomía administrativa, técnica, industrial y comercial, deberán aplicar los criterios y reglas generales de contratación que se señalan en los artículos siguientes para los proyectos de gran minería, así como los procedimientos precontractuales de que trata el artículo 81 de este Código.

Art 83. Factores que se deberán tener en cuenta para la contratación. Las entidades descentralizadas. Dentro de su criterio comercial, deberá tener en cuenta el tipo y clase de mineral a explotarse, su calidad, el posible volumen de reservas que hagan factible su explotación, la ubicación geográfica de los depósitos y yacimientos, las

facilidades de transporte a los mercados y las proyecciones de la demanda y del precio interno y externo de los minerales.

Artículo 84. Contraprestaciones económicas. En los contratos de gran minería las contraprestaciones económicas en favor de las entidades descentralizadas y a cargo del contratista deberán acodarse en condiciones que reflejen en todo tiempo una retribución equitativa al disfrute al derecho a aprovechar el recurso natural no renovable de propiedad nacional y con procedimientos y sistemas de comprobación y liquidación que aseguren su control efectivo. Dichas contraprestaciones podrán revestir las siguientes modalidades:

- a. Participación porcentual progresiva, en especie o dinero, sobre el producto extraído, que guarde relación con los diferentes niveles de producción y cuyo valor por unidad de medida se establezca y liquide con referencia o sobre la base de precios internacionales, teniendo en cuenta, además, otros factores adicionales de fijación, si lo aconsejan las circunstancias del caso.
- b. Ingresos por participación en las utilidades extraordinarias del contratista, cuando sobrepase determinados niveles por alzas en el precio de los minerales o por la ocurrencia de otros eventos señalados para el efecto.
- c. Opción de participar, efectuando

o no inversión directa, como accionista o como partícipe en la sociedad o en la empresa asociativa que haya de adelantar los trabajos y obras de minería.

- d. Pago de derechos de entrada o prima de contratación como prestación autónoma o como compensación de los estudios técnicos realizados por la entidad contratante en el área contratada.
- e. Pago de cánones superficiales sobre la extensión del área contratada, durante determinados periodos del contrato.

La enumeración de estas modalidades es enunciativa y en cada caso podrán acordarse en forma concurrente o alternativas o sustituirse por otras, equivalentes o similares.

Artículo 85. Participaciones. Las participaciones serán convenidas en cada caso por la entidad contratante, teniendo en cuenta, la clase de mineral de que se trate, las modalidades propias de la respectiva explotación y el sistema de contratación que se haya escogido. Las participaciones se refieren a porcentajes o cuotas o cantidades determinadas sobre la base de las utilidades, o sobre exceso de las mismas, o sobre la venta de minerales.

Artículo 86. Condiciones operativas. Delimitación del área contratada, plazos para la realización de las labores

de exploración, desarrollo, montaje y explotación, y las obligaciones del contratista en cada plazo; deja abierta la posibilidad de que terceros hagan uso de la infraestructura construida; cláusulas sobre reversión de bienes en favor de la entidad contratante a la terminación del contrato; sistemas de control y vigilancia, proceso y pago de las contraprestaciones económicas y el cumplimiento de las disposiciones contractuales.

Artículo 87. Condiciones sociales y laborales. En los contratos de gran minería serán de obligatoria inclusión cláusulas sobre: Vinculación de un alto porcentaje de personal colombiano en todas las fases del proyecto; utilización preferencial de bienes producidos por la industria nacional y servicios de todo orden; compromiso de capacitar y entrenar personal colombiano y hacer provisiones para el pago de las prestaciones sociales, pasivos laborales y reclamaciones de trabajadores.

Artículo 88. Consideraciones ambientales. En los contratos de gran minería de las entidades descentralizadas se acordará la obligación de evaluar el impacto ambiental de las obras y trabajos y la adoptar los correctivos necesarios para subsanarlo o mitigarlo, de acuerdo con el capítulo XXVI de este Código y de las normas e instrucciones que impartan las autoridades correspondientes.

En el capítulo XXVI sobre conservación del medio ambiente:

Artículo 246. Licencia ambiental. El título minero lleva implícito la correspondiente licencia ambiental, o sea, la autorización para utilizar en los trabajos y obras de la minería, los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en la medida en que sean imprescindibles para dicha industria, con la obligación correlativa de conservarlos o restaurarlos si ello es factible, técnica y económicamente.

Varios temas que son relevantes para el objeto del presente trabajo son: 1) la diversidad de obligaciones económicas que contrae la empresa que obtiene un contrato en virtud de aporte, bien sea como contraprestación económica o participación del Estado, que siempre son diferentes de contrato a contrato pues, como bien dice la norma, su aprobación depende de aspectos específicos que deben ser evaluados al momento de definirlo. 2) Los contratos definen claramente las obligaciones en cuanto a las fases del ciclo económico, la reversión de los bienes, los sistemas de control y vigilancia, y el porcentaje de mano de obra local. 3) Todos estos contratos incluyeron una cláusula de obligaciones sociales y laborales; y, finalmente, 4) llama la atención que el título minero lleva implícita la licencia ambiental y que es el contratista de gran minería quien debe evaluar el impacto ambiental y adoptar los correctivos necesarios para subsanar o mitigar.

Licitación pública de proyectos de gran minería del carbón

Mediante Decreto 2056 de 1996, el Gobierno Nacional definió el sistema de contratación de cinco áreas carboníferas de gran minería:

Correjón Zona Sur, Cesarito, Guaimaral, El Descanso y El Hatillo. Siguiendo los artículos 81 y 82 del Decreto 2655 de 1988, que fijaron los criterios para la gran minería, la Empresa Colombiana de Carbón Ltda. (Ecocarbón) fue la encargada del proceso dado que era el titular de los aportes 389B, 871 y 875 en los departamentos de Cesar y Guajira.

El Gobierno Nacional autorizó a Ecocarbón Ltda para que mediante un concurso público internacional seleccionara los contratistas para la ejecución de estos proyectos. Ecocarbón extendió una invitación a empresas nacionales e internacionales, y evaluó la capacidad técnica, económica y empresarial de las que respondieron al llamado. El decreto agregaba que en el caso de que no haya oferentes, la estatal podría iniciar trámites de contratación directa. Los contratos de gran minería debían tener el voto favorable del ministro de Minas.

Ecocarbón abrió concurso público a través de la Resolución 007 del 5 de febrero de 1997 para seleccionar a los contratistas de las áreas denominadas Correjón Sur, Cesarito, Guaimaral y El Descanso (excluyó El Hatillo). En sesión del 25 de agosto de 1997, Ecocarbón, con el visto bueno del ministro de Minas, adjudicó a Drummond la exploración y explotación de la mina de El Descanso. (Resolución 030 del 27 de agosto de 1997).

Contrato en virtud de aporte 144 de 1997 – El Descanso

Se trata de un contrato en virtud de Aporte para la exploración y explotación minera, reglado por el Código de Minas 2655 de 1988 y la ley de regalías 141 de 1994. El contrato fue suscrito el 10 de diciembre de 1997 y

comprendía un área de 247.248 hectáreas en los municipios de Agustín Codazzi, La Jagua de Ibirico, Chiriguana y el Paso, todos ellos en el departamento de Cesar. Las cláusulas del contrato son:

1. Objeto del contrato
2. Título minero
3. Valor del contrato. Indeterminado
4. Duración del contrato y etapas:
5. Autorizaciones ambientales y registro minero
6. Labores de exploración
7. Informes de exploración
8. Programas de trabajos e inversiones (PTI).
9. Reducción de áreas
10. Construcción y Montaje
11. informes de construcción y montaje
12. Minería anticipada
13. Etapa de explotación
14. Informes de la etapa de explotación
15. Disponibilidad de carbón
16. Regalías e impuestos de ley. "El contratista declara que conoce las obligaciones sobre el pago de regalías de que trata el artículo 16 de la ley 141 de 1994"
17. Contraprestaciones económicas
 - ✓ Compensaciones por ingresos brutos
 - ✓ Derechos de entrada.
 - ✓ Canon superficiario
 - ✓ Derechos de uso de información
 - ✓ Derecho a favor de terceros – Desarrollo regional
 - ✓ Intereses moratorios
18. Conservación y mantenimiento
19. Costos, gastos e inversiones
20. Propiedad de los equipos mineros
21. Dirección técnica de las operaciones

22. Representantes técnicos
23. Interventor
24. Uso de infraestructura por terceros
25. personal
26. Capacitación y transferencia de tecnología
27. Utilización de los recursos nacionales y locales
28. Servidumbres y reclamos ante autoridades
29. Propiedad de la información
30. Responsabilidades
31. Contratista independiente
32. Desacuerdos de carácter técnico
33. Cesión y gravámenes
34. Subcontratación y arriendo de equipos
35. Garantías
36. Suspensión de labores
37. Multas
38. Caducidad
39. Reversión y obligaciones en caso de terminación
40. terminación y liquidación
41. Normas de aplicación
42. Suscripción y perfeccionamiento
43. Colaboración de Ecocarbón
44. Anexos.

Se observa que el contrato desarrolla las normas legales vigentes (decreto 2655 de 1988) en el momento de la firma del contrato, pero mantiene las prerrogativas emanadas de normas anteriores (CONPES 2355 de 1988) que dieron lugar a que algunas de las cláusulas fueran negociadas por las partes en el desarrollo de la operación.

Se destaca la inclusión de normas que ya no estaban en el Decreto 2655 de 1988, como la licencia ambiental enmarcada en la ley



99 de 1993 y requisito para avanzar en la explotación; el pago de regalías en línea con la ley 141 de 1994; varias contraprestaciones económicas, entre ellas, una que mejora la renta extractiva del Estado, compensación por ingresos brutos, y recursos para el desarrollo regional; la obligación de emplear mano de obra local, apoyar su capacitación y transferir tecnología; suministro de información (luego amparada en reserva por un otrosí), el término del contrato a 30 años y la reversión gratuita a favor del Estado.

Después, en el camino, surgieron nuevos temas no cobijados por el contrato original, como la compra de carbón a terceros, la mezcla de carbón proveniente de diferentes títulos, el transporte y embarque de carbón de diferentes calidades y procedencias, los problemas para calcular el precio FOB para el cálculo de las regalías y contraprestaciones, etc., que dieron lugar a sendas negociaciones con la autoridad concedente.



El contrato original¹⁷ ha venido siendo entonces modificado a través de varios otrosíes a lo largo de todos estos años. Drummond propuso desde el 2007 la integración de operaciones de los contratos de La Loma, El Descanso Zona Sur, Rincón Hondo y Similoa, para llevar estos contratos hasta el 2059, lo que implicaría una prórroga automática de La Loma, y el desconocimiento de los términos de ciclo minero establecidos para cada contrato.

Otrosí 1. Reducción del área del contrato
 Otrosí 2. Designa a Drummond como operador del contrato
 Otrosí 4. Mezclas de carbón
 Otrosí 5. Reducción del área del Descanso
 Otrosí 7. Compra de carbón a terceros.
 Otrosí 10. Mezclas del carbón de los contratos mineros 078/88, 183/95 y 284/95
 Otrosí 11. Ingeominas autoriza traslado de equipos entre los contratos 078, 283, 284 y 144 conforme a los planes mineros de largo plazo.
 Otrosí 12. Mezclas de carbón de diferentes minas.

¹⁷ <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Archivos2013/Drummond/DRUMMOND%20EL%20DESCANSO%20144-97.pdf>

Obligaciones ambientales de los contratos mineros

Varios de los contratos de aporte minero fueron suscritos y perfeccionados antes de la expedición de la ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y el Sistema Nacional Ambiental (SINA), entre otros. En los contratos de aporte suscritos con anterioridad a la ley ambiental, la declaración de los impactos era obligación de las empresas, pero las acciones correspondientes no eran obligatorias. La Declaración de Efectos Ambientales (DEA) presentada a las autoridades ambientales de la época no obligaban y menos fiscalizaban, hasta la expedición del Decreto 2655 de 1988.

“Artículo 88. En los contratos de gran minería de las entidades descentralizadas se acordará la obligación de evaluar el impacto ambiental de las obras y trabajos y la de adoptar los correctivos necesarios para subsanarlo o mitigarlo ...”.

Artículo 246. Licencia Ambiental. Con la excepción contemplada en el artículo 168 de este Código,¹⁸ el título minero lleva implícito la correspondiente licencia ambiental, o sea, la autorización para utilizar en los trabajos y obras de la minería los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en la medida que sean imprescindibles para dicha industria, con la obligación correlativa de conservarlos o restaurarlos si ello es factible, técnica y económicamente.

¹⁸ Permisos y concesiones de otras autoridades.

Artículo 248. Vigilancia y control. El Ministerio de Minas y Energía es el organismo competente para ejercer la vigilancia y control de la forma como se realicen la utilización, conservación y restauración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente en las actividades mineras.

Artículo 250. Declaración y estudios ambientales. Con base en el Informe Final de Exploración y el Programa de Trabajos e Inversiones, el Ministerio determinará si es necesaria la presentación de un estudio de impacto ambiental y un plan de manejo de los recursos naturales no renovables y del medio ambiente, además de la declaración de impacto ambiental para los proyectos de gran minería será necesario presentar, además de la declaración de impacto ambiental, un plan de manejo periódicamente actualizado y fundamentado en un estudio ambiental.

Tres temas claves de este articulado: 1) el Ministerio de Minas y Energía fungía como autoridad ambiental, 2) el título minero incluía la licencia ambiental y 3) los proyectos que iniciaron bajo el amparo de este decreto debían presentar el estudio de impacto ambiental y un plan de manejo ambiental (PMA), el cual era vigilado por la autoridad minera.

Estos artículos fueron posteriormente derogados por la ley 99 de 1993 que estableció los requisitos para la obtención de la licencia ambiental bajo la autoridad del ministerio del Medio Ambiente. Sin embargo, la Ley

Ambiental creó un mecanismo de transición para el manejo y control de las actividades que habían comenzado antes de su vigencia y les ordenó presentar ante este Ministerio los Planes de Manejo Ambiental (PMA).

Artículo 1. *Plan de Manejo Ambiental*: Es el plan (que), de manera detallada, establece las relaciones que se requieren para corregir, mitigar, controlar, compensar, y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados en desarrollo de un proyecto, obra o actividad; incluye también los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo y los de contingencia¹⁹.

El PMA se presentaba ante la autoridad ambiental y ésta podía aprobarla y ajustarla. Una vez definido el PMA se establecía mediante resolución y pasaba a ser una obligación para las compañías con contratos de aporte minero y demás títulos mineros del Código de 1988, y un instrumento de control y vigilancia de la autoridad ambiental. En los informes de las visitas de fiscalización se evaluaba el cumplimiento del PMA y lo establecido en la resolución; la autoridad podía, si así lo consideraba, ajustar nuevamente las exigencias y elevarla a norma de obligatorio cumplimiento.

A partir de la expedición de la ley 99 de 1993, todos los titulares mineros están obligados a obtener la licencia ambiental para adelantar esa actividad. Para obtener la licencia ambiental, los concesionarios deben presentar el Estudio de Impacto

¹⁹ Artículo 1 de la ley 99 de 1993.

Ambiental (EIA), documento que se adelanta de manera simultánea con el Programa de Trabajos y obras (PTO), requisito para iniciar la fase de explotación minera.

La ley 99 de 1993 y el Decreto 1320 de 1998 establecieron la consulta previa con indígenas y afrodescendientes, requisito para obtener la licencia ambiental para proyectos de explotación de recursos naturales²⁰ cuando en el área del título haya presencia de comunidades étnicas. También es necesario presentar un programa de arqueología preventiva:

“En los proyectos de construcción de redes de transporte de hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos y obras que requieran licencia ambiental, registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, como requisito previo a su otorgamiento deberá elaborarse un programa de arqueología preventiva y deberá presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia un Plan de Manejo Arqueológico sin cuya aprobación no podrá adelantarse la obra”²¹.

Todos estos requisitos constituyen obligaciones de los títulos mineros aprobados en el marco del Decreto 2655 de 1988 y de la ley 685 de 2001.

20 Sobre el tema de consultas previas también es importante tener en cuenta del Decreto 2613 de 2013 “Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas”, y las Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013.

21 Ley 397 de 1997, modificada por la ley 1185 de 2008.

Es necesario destacar que la licencia ambiental para proyectos mineros abarcaba todas las fases de la actividad²², es decir, la exploración, el montaje y construcción explotación, beneficio, almacenamiento, acopio, etc., pero el decreto 1728 de 2002 eliminó este requisito para la fase de exploración y en su lugar se exige a las compañías del sector observar las guías minero-ambientales, aprobadas en ese mismo año.

Principio del fin del Decreto 2655 de 1988. El Código de Minas

Fueron numerosas y poderosas las nuevas circunstancias y presiones nacionales e internacionales que se registraron entre 1988 y 2001 para introducir modificaciones radicales al Decreto 2655 de 1988. Al proceso de globalización de las economías y a las recomendaciones de los organismos multilaterales para que los países en desarrollo abrieran las puertas a la inversión extranjera y blindaran la inversión en minería e hidrocarburos, se sumaron la aprobación de una nueva Constitución Política en 1991 y las presiones criollas para eliminar las reservas especiales y los aportes mineros (Pardo, 2013).

Uno de los documentos determinantes en la tarea de reformar el Decreto 2655 fue el CONPES 2898 de 1997, que a manera de diagnóstico señala:

“Entre los títulos mineros, la figura del Aporte no responde a criterios de eficiencia, y la discrecionalidad en su otorgamiento genera mayores costos

22 Decreto 1753 de 1994.

sí se compara con una estructura de adjudicación más competitiva. Las principales causas de incertidumbre inherentes a los Títulos Mineros se refieren a las reglamentaciones sobre el uso del suelo y reservas especiales, la duración del Título Minero, la necesidad de obtener títulos independientes para las actividades de exploración y explotación, la clasificación y tratamiento diferencial para explotaciones de pequeña, mediana y gran minería", y la reversión".

El CONPES propone contratos que integren la exploración y explotación minera, establecer claramente los deberes y derechos de los inversionistas, eliminar los contratos de aporte minero y entregar todas las áreas para que sea el Ministerio de Minas quien contrate directamente, ampliar los términos de los contratos a 50 años prorrogables, eliminar la clasificación minera por volumen o tamaño, eliminar la reversión y las reservas especiales liberándolas para la inversión privada.

Transición de los contratos de aporte en la ley 685 de 2001

El Código de Minas a través de su artículo 351 dejó a salvo los contratos de aporte y estableció un procedimiento para que, en caso de prórroga, pudieran hacer uso de algunos beneficios y prerrogativas.

Artículo 351 – Contratos sobre área de aporte. Los contratos mineros de cualquier clase o denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aporte continuarán vigentes, incluyendo las



prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubiesen resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de aportes serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión".

Quedaba claro que la decisión oficial fue la de: 1) no modificar los contratos de aporte y mantener su vigencia en los términos contractualmente acordados; y 2) liberar las áreas de aporte no contratadas para que fueran concesionadas por la vía ordinaria establecida en el nuevo Código de Minas.

Los contratos de aporte incluyeron siempre una cláusula de duración del contrato y reversión. Por ejemplo, el contrato 144/91 El Descanso, incluyó en la cláusula 4. Duración del

contrato y etapas que “el presente contrato tendrá una duración total de treinta años a partir de la fecha de perfeccionamiento”, y la *cláusula 39. Reversión y obligaciones en caso de terminación*: “Terminado el presente contrato, por cualquier causal, salvo fuerza mayor o el acaecimiento de la condición resolutoria establecida en la cláusula segunda, EL CONTRATISTA transferirá a título de reversión a ECOCARBON los bienes muebles e inmuebles de propiedad del CONTRATISTA en Colombia”.

No obstante, la autoridad minera ha prorrogado varios contratos de aporte. Por ejemplo, prorrogó el contrato de Cerrejón Zona Norte cuando enajenó los intereses de Carbocol, y los contratos de Cerro Matoso y Paz del Río al vencimiento de términos, sin la aplicación de las cláusulas que ordenaban la terminación y reversión. La autoridad minera justificó la prórroga del contrato de Cerro Matoso utilizando el contenido del artículo 79 del Decreto 2655 de 1988 que reza de la siguiente manera:

Artículo 79. Los contratos mineros de los establecimientos públicos. “Los contratos que celebren los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Minas, para explorar y explotar áreas que les haya sido aportadas, son administrativos. Sus términos y condiciones serán los que en cada caso acuerden con los interesados ...”.

Según el concepto de la Agencia Nacional de Minería²³, “es claro que la Ley faculta a

²³ Concepto 20131200113143 del 02 de septiembre de 2013 de la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Minería.

la Autoridad Minera y al concedente de un contrato de concesión sobre un área de aporte a negociar el clausulado del mismo”. Este concepto fue avalado por la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, órgano que, citando el artículo 38 de la ley 153 de 1887, concluyó que el contrato es renegociable en todos sus aspectos²⁴.

De otra parte, en la negociación para la prórroga de los contratos de aporte mencionados las partes incluyeron los beneficios y prerrogativas establecidos en el artículo 352 del Código de Minas:

Artículo 352. Beneficios y prerrogativas. Los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados serán cumplidos conforme a dichas leyes y a sus cláusulas contractuales correspondientes, sin perjuicio de serles aplicables los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en este Código, con excepción de las referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas.

Por esta vía, las compañías han dejado de presentar informes, especialmente de carácter técnico y operativo, con la periodicidad requerida en los contratos originales.

²⁴ Los contratos de aporte suscritos entonces expresaban la política minera de la época y el mandato era suscribir contratos por un término de 30 años. Desvirtuar el contexto jurídico de estos contratos conlleva a la aprobación de acuerdos arbitrarios que, como en el caso de Cerro Matoso, les darían un carácter de perpetuidad. En esa línea, ¿podrían entonces las partes renegociar las contraprestaciones económicas, aún en contra de los intereses de la Nación?

En suma, persisten algunos contratos de gran minería otorgados en virtud de aporte que han sufrido modificaciones a través de los otrosíes y que han incorporado beneficios y prerrogativas del artículo 352; otros contratos han sido renovados actualizando sus obligaciones ambientales, pero en el fondo todos tienen como base normas vigentes de los contratos originales.

Contratos de concesión de la ley 685 de 2001

El Decreto 2655 de 1988, conocido como el primer Código de Minas del país, recogió en un solo documento la visión de entonces sobre el papel de la minería para el desarrollo del país. Sin embargo, con el paso de los días, emergieron presiones del orden nacional e internacional que pronto llevaron a una reforma sustancial de su normativa.

1. El Código de Minas de 1988 empezó a ser visto como un obstáculo al desarrollo de la minería en el país por dos razones: a) porque el Estado había declarado zonas de reserva especial importantes áreas con gran potencial minero y de esa forma las sustraía del alcance de las compañías mineras nacionales y extranjeras; y b) las licencias de exploración no garantizaban seguridad plena a las compañías mineras de obtener licencias para explotación, es decir, que quienes lograban descubrir reservas no tenían la certeza de avanzar en su explotación.
2. Estos elementos, sumados a las recomendaciones de organismos multilaterales para abrir el sector a la inversión extranjera, garantizando

seguridad jurídica, una renovada institucionalidad, así como beneficios tributarios y cambiarios; y a las presiones internas para que la política minera incorporara el alcance de la Constitución Política aprobada en 1991, llevaron que el Código de Minas de 1988 fuera reformado en el Gobierno de Andrés Pastrana (1998 – 2002), luego del fracasado intento de Ernesto Samper (1994-1998).

Código de Minas (Ley 685 de 2001)

El Código de Minas de 2001 estableció la propiedad estatal de los recursos minerales, delimitó las competencias del sector público y privado, estableció las reglas de juego para el sector minero nacional y extranjero, las fases del ciclo minero y sus tiempos, determinó la naturaleza jurídica de los contratos de concesión, único medio para contratar con el Estado la explotación de los recursos naturales no renovables; aprobó un régimen especial (materiales para las vías públicas, grupos étnicos y minería marina); casos de minería sin título minero (minería ocasional, exploración y explotación ilícita de minerales); y, entre los aspectos externos a la minería, aprobó el régimen de las servidumbres, la expropiación, y las obligaciones ambientales.

El Código abordó también los aspectos económicos y sociales de la minería; los procedimientos, garantías mineras, las oposiciones y los amparos administrativos, el registro nacional minero; creó el Consejo Asesor de Política Minera y fijó varias disposiciones especiales y de transición, entre ellas, aplicables a los contratos sobre áreas de aporte minero, como fue señalado antes.



Se trata de una ley ordinaria que incluye todos los aspectos relativos al sector y remite a las autoridades competentes cuando se trata de temas ambientales (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), comunidades étnicas (Ministerio del Interior), aspectos cambiarios y tributarios (Ministerio de Hacienda y Crédito Público / DIAN) y de comercio exterior (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo). Como personas jurídicas, las compañías del sector de minas tienen la obligación de reportar el balance del ejercicio de su actividad a las superintendencias de Industria y Comercio, y Financiera en caso de cotizar acciones en Bolsas de Valores (Mineros S.A).

Sin embargo, reglamenta también aspectos que desvirtúan la unidad de materia de una ley ordinaria, entre ellos, aspectos tributarios (artículo 236), étnicos (artículo 124), ambientales (artículo 34), y del ordenamiento territorial (artículo 37²⁵ y 38), los cuales

²⁵ El artículo 37 del Código de Minas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-273 de 2016.

modifican normas de superior jerarquía, o limitan y crean condiciones adicionales a las establecidas en las leyes o decretos que reglamentan sectores conexos con la actividad minera.

En suma, el Código de Minas del 2001 expresa una visión diferente a la visión contenida en la política minera del Decreto 2655 de 1988. Por ejemplo, al declarar que la única forma de contratar la explotación de los minerales es a través de las concesiones, eliminó otras formas contractuales como los aportes mineros y liberó sus áreas, sustrajo a las compañías estatales de la actividad y erigió al sector privado como agente exclusivo de la exploración y explotación de los minerales del suelo y subsuelo.

Se reduce al Estado al papel de administrador del recurso y queda encargado de las funciones de regulación, concesión, control y fiscalización, y recaudo de las contraprestaciones económicas del sector.

Marco jurídico de los contratos de Concesión Minera

El Código de Minas determinó las obligaciones legales de los titulares de los contratos de concesión. Vale señalar que estos contratos son administrativos, de adhesión y que se regulan por las disposiciones generales sobre contratación estatal (artículo 17)²⁶. El marco general de las obligaciones legales de los concesionarios mineros es:

²⁶ La contratación minera había desatado años atrás una polémica en el sentido de que la independizaba de las normas de contratación de la Ley 80 de 1993. Esto habría significado que todos los contratos mineros debían ser adjudicados por la vía de la licitación pública o procesos de selección objetiva.

Artículo 2 – Ámbito Material del Código. [El Código de Minas] “regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de sus trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentran en el suelo o subsuelo, sean de propiedad nacional o de propiedad privada”.

Artículo 3 –Regulación completa. El Código de Minas refleja las reglas y principios de la Constitución Nacional en relación con los recursos nacionales, en forma completa, sistemática, y armónica, y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente²⁷.

Artículo 6 – Inalienabilidad e Imprescriptibilidad. Este artículo reitera la propiedad estatal de los recursos mineros de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o subsuelo, y que esa propiedad es inalienable e imprescriptible; no obstante, se adquiere el derecho a explorarlos y explotarlos mediante el otorgamiento de un título minero.

Artículo 14 – Título Minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas

de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Artículo 45 – Contrato de Concesión. Es el que celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que pueden encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión del servicio público.

El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

Obligaciones de los titulares mineros

La Agencia Nacional de Minería, mediante Resolución 420 del 21 de julio de 2013, adoptó la minuta del contrato de concesión. Sirven de soporte del acto administrativo los artículos 267 del Código de Minas (la autoridad minera adoptará y suministrará un modelo de contrato de concesión minera) y 317 (autoridad minera que tiene a su cargo la administración de los recursos mineros, entre otras), así como el Decreto 4134 de 2011 por medio del cual se crea la ANM.

El artículo 49 define el contrato de concesión minera como un contrato de adhesión “en

²⁷ No obstante, la Corte Constitucional ha venido declarando la inexecutable de algunos artículos de la Ley 685 de 2001 que no expresan debidamente lo consagrado en las reglas y principios de la Carta Política.

cuanto que, para celebrarse, no da lugar a pre negociar sus términos, condiciones y modalidades, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 31 (Reservas Especiales), 248 (Proyectos Mineros Especiales), y 355 (contratos sobre áreas con inversión Estatal), del presente Código”.

Esta minuta excluye las modificaciones hechas tras la aprobación de la ley 1382 de 2010, declarada inexecutable por la Corte Constitucional), y la ajusta a la ley 685 de 2001.

Contrato de Concesión – articulado estándar

1. Objeto del contrato. Exploración técnica y explotación económica y sostenible de un yacimiento de determinado mineral o minerales asociados o en liga íntima.
2. Área del Contrato. Alínderación o polígono de la zona de interés.
3. Valor del contrato. Indeterminado.
4. Duración del contrato y etapas. De acuerdo con el artículo 70 del Código de Minas, la duración del contrato es de 30 años a partir de su inscripción en el Registro Minero Nacional. Las etapas –exploración, Construcción y Montaje, y Explotación- y prórogas son las mismas establecidas en los artículos 71 a 77 del Código de Minas. La actividad debe ceñirse al Programa de Trabajo y Obras (PTO) y a las Guías Minero-Ambientales.
5. Autorizaciones Ambientales. La gestión ambiental es una obligación contenida en el contrato de concesión y debe contar con la Licencia Ambiental a partir de la fase de Construcción y montaje.
6. Autorización de Autoridad Competente. En caso de encontrarse en área otorgada en zona de minería restringida o excluible, deberá contarse con la respectiva autorización de la autoridad competente.
7. Obligaciones a cargo del concesionario.
 - a. Planear, diseñar, operar y dar cierre a sus operaciones de tal manera que promueva el desarrollo económico y social, en cumplimiento de los términos de referencia de los PTO y las Guías Minero-Ambientales para ejecutar las labores de exploración.
 - b. Pagar el canon superficiario en la fase de exploración. Artículo 230 del CM.
 - c. Obtener la licencia ambiental para la Construcción y montaje.
 - d. Presentar, 30 días antes de la finalización de la fase de exploración, el PTO.
 - e. Dar cumplimiento a lo establecido en el PTO. Anexo 3 del Contrato de Concesión.
 - f. Explotación anticipada.
 - g. Iniciar la fase de explotación, una vez finalice la construcción y montaje, de acuerdo con el PTO aprobado por la autoridad.
 - h. Devolver las zonas retenidas en caso de que opte por la no explotación.
 - i. Llevar los registros e inventarios actualizados en la fase de explotación de la producción boca de mina y en sitios de

acopio. Estos registros deberán ser suministrados a la autoridad minera en forma trimestral.

- j. Evitar el daño en el material extraído o en las reservas in situ.
- k. Pagar las regalías establecidas en la ley al momento de perfeccionamiento del contrato. El monto de las regalías y el sistema de liquidación son las vigentes en el momento de perfeccionamiento del contrato.
- l. Pagar los impuestos o gravámenes del orden nacional, aplicables durante toda la vigencia.
- m. Presentar toda la información requerida por la autoridad minera (concedente), en los formatos que la misma haya dispuesto para el efecto.
- n. Disponer del personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas al concesionario y de terceros de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad e higiene y salud ocupacional.
- o. Presentar a la autoridad minera un plan de gestión social con la comunidad del área de influencia, el cual incluya programas en beneficio de las comunidades de acuerdo con los términos de referencia del PTO y las Guías Minero-Ambientales aplicables de acuerdo a la etapa en que se encuentre el proyecto minero.



- 8. Autonomía Empresarial.
- 9. Trabajadores del concesionario.
- 10. Responsabilidad del concesionario. Será responsable de todos los daños que desarrolle en el área contratada, así como con los dependientes y subcontratistas. Artículo 87.
- 11. Diferencias. Cuando son de carácter técnico, se dirimirán en forma amigable mediante un procedimiento arbitral. Artículo 294.
- 12. Cesión de derechos. Requerirá aviso previo y escrito a la concedente. Cesión de áreas y gravámenes sobre el derecho a explorar y explotar.
- 13. Póliza Minero-Ambiental. Dentro de los diez días siguientes a la fecha del perfeccionamiento del contrato de concesión. El concesionario deberá constituir una póliza de garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales,

- el pago de multas y la caducidad. Pólizas para cada una de las fases del ciclo minero (5% de la inversión prevista en exploración y Construcción y montaje), y del 10% en explotación sobre el producto del volumen previsto de producción y el precio base boca de minas.
14. Inspección.
 15. Seguimiento y control. Seguimiento, directo o a través de auditores, de los aspectos técnicos, económicos, jurídicos, así como de seguridad e higiene minera, como de los planes sociales y ambientales, sin perjuicio de las tareas propias de la autoridad minera.
 16. Multas. Multas sucesivas de hasta 1.000 salarios mínimos legales vigentes por cada vez o cada caso de infracción de las obligaciones emanadas del contrato, siempre que no fueran causal de caducidad del contrato.
 17. Terminación. El contrato debidamente perfeccionado podrá darse por terminado por:
 - a. Renuncia del concesionario
 - b. Por acuerdo mutuo
 - c. Por vencimiento del término de duración
 - d. Por muerte del concesionario
 - e. Por caducidad.
 18. Caducidad. El concedente podrá mediante acto administrativo debidamente motivado declarar la caducidad administrativa de los contratos de concesión por las causales señaladas en el artículo 112 del Código de Minas (Caducidad), y lo dispuesto en el artículo 110 de la ley 1450 de 2011²⁸.
 19. Procedimiento para la caducidad.
 20. Reversión y obligaciones en caso de terminación. En todos los casos, la reversión será gratuita y en favor del Estado. El concesionario, en todos los casos, queda obligado a cumplir o a garantizar las obligaciones de orden ambiental exigibles al tiempo de hacerse efectiva dicha terminación.
 21. Liquidación.
 22. Intereses moratorios.
 23. Ley aplicable. Para todos los efectos, el contrato de concesión, una vez suscrito e inscrito en el Registro Minero Nacional, se sujetará exclusivamente a las leyes y jueces de la República de Colombia.
 24. Domicilio contractual.
 25. Perfeccionamiento. Se considera perfeccionado una vez se inscriba en el Registro Minero Nacional.
- Además de las normas de procedimiento, el contrato contiene las obligaciones y responsabilidades de los concesionarios mineros, entre ellos, presentar el Plan de Trabajo y Obras (PTO) y obtener la licencia ambiental para proceder con la fase de construcción y montaje y la explotación; devolución de áreas, pago del canon superficial en la fase de exploración y

²⁸ Artículo 110. Suspensión y caducidad por razones de seguridad minera. Se constituye en causal de suspensión y posterior caducidad del título minero, el incumplimiento grave de cualquiera de las obligaciones técnicas de seguridad establecidas en el reglamento técnico de seguridad e higiene minera. La suspensión podrá ser por un término máximo de seis (6) meses, después del cual, si se mantiene el incumplimiento grave, se procederá con la caducidad del título minero. *Parágrafo.* La revocación de las autorizaciones ambientales por parte de la Autoridad Ambiental competente, se constituye en una causal de caducidad del contrato minero.

las contraprestaciones económicas en explotación; llevar registros de producción e inventarios y facilitar la información requerida a la autoridad concedente; mantener vigente una póliza minero-ambiental, observar las normas laborales vigentes y las normas de seguridad industrial e higiene, y presentar a la autoridad minera un plan de gestión social con la comunidad del área de influencia.

La presentación de un Plan de Gestión Social (PGS) es una obligación relativamente nueva y fue aprobada mediante la Resolución 708 del 29 de agosto de 2016, en desarrollo el artículo 22 de la ley 1753 de 2015 (Ley del Plan)²⁹. El objetivo de estos planes es prevenir, mitigar y atender los eventuales riesgos sociales generador por el proyecto minero. Debe ser presentado a más tardar en un mes antes de la finalización de la etapa de exploración y debe responder a los términos de referencia del Plan de Manejo Ambiental (PMA), y la Caja de Herramientas – Anexo Guía 1 de la Agencia Nacional de Minería. Los PGS deben ser aprobados por la autoridad minera.

Fiscalización y vigilancia

En virtud del artículo 318 del Código de Minas, la autoridad minera ejerce directamente o a través de auditores las tareas de fiscalización y vigilancia. Desarrolla dichas funciones mediante visitas de fiscalización directamente a las minas; el seguimiento lo ejerce a través de la información que las compañías suministran en el Formato Básico Minero.

Sobre las visitas de fiscalización habría que señalar que durante varios años en la

década pasada no se realizaron y las minas avanzaron sin mayor control, excepto las explotaciones de gran minería, con una o dos visitas por año. A comienzo de esta década, fueron contratadas firmas para llevar a cabo esta actividad y la autoridad tuvo una mejor perspectiva de la minería que se llevaba a cabo en el país.

Una vez concluyeron los contratos con las firmas auditoras, la Agencia Nacional de Minería inició sus propias visitas; sin embargo, no cuenta con el tiempo y rigor necesario para fiscalizar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones que emanan de los contratos mineros. Muchos años se ha insistido en que, igual que ocurre en la industria petrolera privada, donde en cada campo de extracción de crudo hay una oficina de Ecopetrol con funcionarios que fiscalizan diariamente la operación, debería haber una oficina de la Agencia Nacional de Minería en al menos las grandes explotaciones de carbón, oro y níquel del país para las mismas tareas.

Formato Básico Minero

El Formato Básico Minero (FBM) fue establecido mediante Resolución 181515 de diciembre de 2002 como un instrumento para capturar información primaria que permitiera a la autoridad minera hacer un seguimiento a las operaciones de los titulares mineros y para que de manera consolidada se pudiesen publicar estadísticas en el Sistema de Información Minera colombiana (SIMCO).

El FBM ha venido siendo actualizado con alguna regularidad y la última vez fue mediante Resolución 40042 del 20 de enero de 2017. La Resolución impone fechas para

²⁹ https://www.anm.gov.co/sites/default/files/Documentos/lineamientos_gestionsocial.pdf



la presentación del FBM semestre y anual y establece que solo puede presentarse de manera digital a través del SI.MINERO. Los ítems más importantes del FBM son:

1. Número del título minero. Titular minero. Operador Minero
2. Ubicación geográfica de la mina
3. Organización jurídica del titular
4. Aspectos técnicos. (inversiones en exploración, avance de las actividades de exploración, actividades de construcción y montaje)
5. Reservas. Mineral (unidades. Reservas probadas, probables, recursos medidos, indicados, inferidos, unidad de calidad y cantidad).
6. Capacidad instalada y recuperación en mina y planta
7. Volumen de estéril removido
8. Producción y Ventas: Nombre del mineral, producto, cantidad, tipo de venta, cantidad, precio y sector
9. Programación del trabajo. (turnos, días, horas-hombre)
10. Empleo y seguridad social
11. Seguridad industrial
12. Estructura de costos de la operación minera. (costos directos, indirectos, gastos operacionales y de administración)
13. Inversión (propiedades, planta y equipo)
14. Medio ambiente. (Contingencias ambientales, consumo de agua y vertimientos, consumo de madera, consumo energético e inversión ambiental)
15. Impactos de decisiones judiciales sobre la operación. (ambiental)
16. Impactos de cambios normativos sobre la operación (ambiental, laboral, social o tributario).
17. Conflictividad social (campañas de oposición de ONG, paros armados, bloqueos)
18. Relacionamiento con la comunidad
19. Inversión social.

El Formato Básico Minero aporta importante información para el seguimiento de las actividades mineras en el país y se debe reportar vía electrónica a través del SI.MINERO de manera semestral y anual. Lamentablemente, se trata de un sistema de fiscalización y seguimiento a distancia que genera dudas y termina aceptando lo que de buena fe reportan los concesionarios. Esto es dramático en el caso de los proyectos de gran minería, por los volúmenes producidos y exportados.

Dado que se trata de bienes públicos, la autoridad minera y ambiental debería

considerar la opción de mantener funcionarios que puedan verificar de manera directa, no solo el cumplimiento de las obligaciones mineras (PTO) y ambientales, sino los volúmenes de material extraído, transportado y exportado.

Igualmente, en aras de preservar los intereses de la Nación en el sector minero, sería deseable que las entidades públicas que regulan y fiscalizan aspectos diferentes de

una misma operación minera (tributaria, comercio exterior, minero, ambiental y laboral) pudiesen verificar la información entregada por las compañías a los diferentes organismos encargados de fiscalizar la actividad. En aspectos sociales, por ejemplo, sería deseable abrir espacios para que sean los mismos ciudadanos del área de influencia quienes verifiquen en cumplimiento de los programas sociales contractuales.

Bibliografía

Arias Mejía, Gerardo (1943). *Lecciones sobre Derecho Minero Colombiano*. Bogotá. Librería Siglo XX.

Pardo, Luis Álvaro (2013). "Propuesta para recuperar la gobernanza del sector minero colombiano". En: Garay, Luis Jorge. *Minería en Colombia*. Bogotá. Contraloría General de la República. Tomo 1 Capítulo 5.

Rivadeneira, Luis Mario (1943). *Derecho de Minas Colombiano*. Medellín.

Torres Rico, Aníbal (1995). *Manual práctico de derecho de minas*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

