

# AUSENCIA DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL EN CONTRATOS DE CONCESIÓN MINERA

***Autores: Botello Gómez Luis Jesús, González Areniz Mariandrea, Romero Montoya Jesús***

**RESUMEN:** De acuerdo con el artículo 45 del Código de Minas, el contrato de concesión es el que se 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 puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en el Código de Minas. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público, definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, numerales 1 y 4.

**PALABRAS CLAVES:** Contrato estatal, concesión minera.

**ABSTRACT:** According to Article 45 of the Mining Code, the concession contract is held between the State and an individual to perform, at the risk of this, studies, work and mineral exploration works state-owned can be found within a given area and to exploit them in the terms and conditions set forth in the Mining Code. This contract is different from public works and public service concession, as defined in Article 32 of Law 80 of 1993, sections 1 and 4.

**KEYWORDS:** State contract, mining concession.

En el Derecho Romano de la primera época, las minas se encontraban sometidas al mismo régimen jurídico que la propiedad superficial, de suerte que el dueño de ésta tenía el dominio *usque ad inferas* de todo lo que se hallaba comprendido en el perímetro de su heredad. Tanto podían tener ese dominio los particulares como el Estado, pero en este caso debía tratarse de tierras de dominio privado.

Posteriormente, cuando se ensancha el ámbito territorial del Imperio, después de las grandes conquistas y cuando las necesidades de la guerra demandaron la intensificación de las explotaciones mineras, se agudizó el interés por las riquezas del subsuelo, lo que, a su

vez, determinó cierta repercusión en la legislación, la cual trasunta el propósito de estimar la riqueza minera como fuente de recursos y de prosperidad colectiva. En los códigos de Justiniano y de Teodosio, se consagraron normas que tendían a lograr esa finalidad.

En general, todas las normas que se dictaron fueron para regular el dominio y la explotación de las minas de mármol, que era la substancia mineral de mayor aplicación y por la cual los romanos sentían verdadera predilección. Tal legislación fue abarcando posteriormente las demás substancias minerales, sin que se dictaran normas especiales relativas a estas.

El Estado no ejerció derechos de propietario, sino sobre las minas situadas en tierras de su dominio privado o del dominio público. Las disposiciones permisivas, restrictivas y prohibitivas de los diversos códigos romanos en materia de propiedad, exploración y explotación de minas, se refieren principalmente, o a la especie de las canteras de mármol o a determinadas provincias o a regiones y con fines transitorios y limitados.

Lira Ovalle (1994), con la llegada de los romanos a la Península Ibérica, las labores mineras se intensificaron y se extendieron por su territorio. El sistema jurídico imperante en la república, que llevaba el principio de la propiedad hasta sus últimas consecuencias y consideraba al dueño del suelo dueño de todos los yacimientos y sustancias que se encontrasen en el subsuelo, pasó a España, estimándose las minas como cosas accesorias del suelo superficial y dentro del dominio de su propietario.

La legislación romana no tuvo un carácter general para esta industria, ya que no comprendió las minas de toda clase de sustancias, no atribuyó su dominio al soberano ni autorizó a éste en forma explícita para conceder su explotación en terrenos de propiedad privada, pero en su proceso evolutivo llegó a dejar establecidas la separación del suelo y del subsuelo mineral y la participación del Estado en los productos mineros bajo la forma de canon o regalía. (Lira Ovalle 1994)

El tema minero en Colombia está directamente relacionado con la historia misma de nuestra nacionalidad. Como lo relata Arjona (2010), para la época de la República y durante los gobiernos nacionales que le siguieron, la actividad minera nunca se organizó ni se formalizó oficialmente. Puede afirmarse, inclusive, que la falta de regulación por parte del Estado así como la ineficiencia de los mecanismos y organismos de control hicieron lo

posible para que la industria minera en Colombia tuviese un desarrollo desordenado e irregular, casi hasta la primera mitad del siglo XX<sup>1</sup>.

Hirschman (1977), recuerda que a diferencia de la industria del café, la industria minera no fue fundamental para la creación de patrones de asentamiento, redes de transporte y enlaces de consumo. Urrutia (2008), por su parte, señala que en el caso de la minería de oro, el alto valor del producto por kilo no contribuyó a incentivar el desarrollo de una industria de transporte. Por otro lado, como la explotación de oro se llevó a cabo con técnicas poco sofisticadas y mano de obra no calificada, tampoco se promovió un modelo exigente y de calidad en materia de educación. Además, las minas colombianas han estado ubicadas lejos de los centros urbanos, por lo que tampoco han promovido o motivado un desarrollo agrícola local. Es apenas hasta entrado el siglo XX cuando las unidades mineras dejaron de ser típicos enclaves, lo que significa que hasta finales del siglo XIX, la minería no tenía una relación importante con el resto de la economía del país.

En los primeros albores del siglo XX se observa un esfuerzo por hacer innovaciones técnicas así como el establecimiento de empresas organizadas, lo que produce una demanda de mano de obra más calificada y fomento a una educación de mejor nivel. Estos esfuerzos representaron un desarrollo inesperado de manufacturas y de capital comercial en centros urbanos importantes como fue el caso de la ciudad Medellín con el oro. Se trata, sin embargo, de esfuerzos independientes y no el resultado de una política estatal coherente y organizada. (Urrutia 2008).

La pequeña minería se convirtió en uno de los sectores de mayor crecimiento de la industria minera tanto en Colombia como en otros países de la región durante la primera mitad del siglo XX. Este crecimiento se dio, según Chaparro (2007), a raíz de una disminución sustantiva de la inversión extranjera por parte de los países que entraron en guerra durante la primera mitad del siglo, pero se mantuvo gracias al desarrollo de legislaciones que le dieron prioridad al fomento de la minería de pequeña escala o tradicional como medida de protección a una fuente generadora de empleo relativamente estable. En Colombia aún hoy el paradigma de la minería tradicional como fuente de ingresos y de empleo sigue vigente en la legislación minero ambiental, de manera que la pequeña minería ha venido creciendo en el país sin control alguno. A pesar de ser una práctica que lleva consolidándose por lo menos dos siglos, se trata de un modelo agotado en el que la condición de la pequeña minería de los países sigue más o menos igual.

---

<sup>1</sup> En este aspecto, téngase en cuenta el documento elaborado por Andrea Arjona, para el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, del 15 de diciembre de 2010, titulado “*El Boom Minero en Colombia: ¿Boom de la Minería Ilegal y la Minería Antitécnica?*”, en prensa.

## **METODO.**

La investigación es de tipo documental porque se consulta en diferentes textos leyes y decretos, sobre la contratación estatal y el contrato de concesión minera en la legislación colombiana, para lo cual se basó en la revisión, análisis de los mismos para la elaboración del paper.

## **RESULTADOS**

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales. Teniendo en cuenta el objetivo del presente paper se analiza la falta o ausencia de planeación contractual en los procesos contractuales de adjudicación de concesión minera en Colombia.

Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 numerales 3 y 8; 25 numerales 6, 7, 12; 26 numeral 3; artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4<sup>2</sup>, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuirlas a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina.

---

<sup>2</sup> Ley 1150 de 2007. Artículo 4.- De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

*“El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad”*<sup>3</sup>. (Sarmiento García 1986)

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto<sup>4</sup>.

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

*“Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se*

---

<sup>3</sup> “Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad...”

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. “...La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió...”.

*visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público” (Tomas 1996)*

La Ley Minera asigna al Estado la obligación de procurar que quienes operan el negocio minero lo hagan con criterios de desarrollo sostenible, de tal manera que generando riqueza para los empresarios mineros puedan contribuir también al bienestar de las comunidades involucradas y al progreso de la economía nacional. De esta obligación específica se derivan unas funciones de fiscalización y vigilancia sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales en materia técnica, ambiental y de retribuciones económicas, por parte de los concesionarios mineros.

En la actualidad, la fase de explotación minera, está sujeta a la obtención por parte del interesado, de licencia ambiental. Dependiendo de la magnitud de la explotación, le corresponde al Ministerio de Ahorro, Vivienda y Desarrollo Territorial(MAVDT) su otorgamiento hasta cierta escala de explotación o a las autoridades ambientales regionales (Corporaciones Autónomas Regionales, CAR a partir de otro rango de tamaño de la explotación).

En el desarrollo de un proyecto minero se identifican claramente las siguientes etapas; en la etapa de Exploración, se requiere de un título minero, de la obtención de permisos para el aprovechamiento de recursos naturales renovables en caso de ser necesarios, el trámite de la solicitud de sustracción de reserva forestal en caso de encontrarse dentro de ella y la cual tiene una duración de tres años prorrogables o reducibles. De igual forma, la legislación minera prevé la posibilidad de que el concesionario minero inicie la explotación temprana o anticipada sin la conclusión de las obras de construcción y montaje. En todo caso el concesionario deberá contar con un Programa de Trabajo y Obras (PTO) aprobado y la correspondiente licencia ambiental, la cual podrá ser objeto de modificación al concluirse los trabajos definitivos.

La etapa de Explotación (la cual consta de las sub-etapas de Construcción y montaje – Explotación – Cierre) normalmente va hasta 30 años (Incluidos los tres de la exploración) y requiere de título minero, licencia ambiental, que puede ser global (incluye los permisos para el aprovechamiento de recursos naturales renovables) u ordinaria. Esta etapa es objeto de seguimiento ambiental y la autoridad ambiental competente está definida por el Decreto 1220 de 2005 en función de los volúmenes de explotación. .(Sánchez Novoa, 2011)

El plan de cierre debe ser parte del Plan de Manejo Ambiental e inicialmente se propone de manera conceptual y debe ser ajustado paulatinamente en la medida que se aproxime el límite de explotación. El Ministerio ha hecho énfasis en que el Programa de Trabajos y Obras PTO (que aprueba la autoridad minera) y el Plan de Manejo Ambiental PMA queden adecuadamente armonizados y que los sistemas y métodos de explotación respondan a consideraciones ambientales, en virtud del artículo 200 de la Ley 685 del 2001.

Como referente técnico, de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión de los proyectos, los Ministerios de Medio Ambiente y Minas y Energía adoptan las Guías Minero Ambientales (Guía minero ambiental de exploración, Guía minero ambiental de explotación y Guía minero ambiental de beneficio y transformación) de que tratan los artículos 199 y 278 de la Ley 685 de 2001 (Código de minas); estas Guías Minero Ambientales GMA deberán ser seguidas en la elaboración del EIA, como soporte técnico a lo definido en los términos de referencia.

Igualmente serán documentos de consulta y referencia el Glosario técnico minero (Decreto No. 2191 de agosto 4 de 2003, Ministerio de Minas y Energía), las normas técnicas (Decreto No. 3290 de 2003, Ministerio de Minas y Energía.) y los términos de referencia para los Trabajos de Exploración y Programa de Trabajos y Obras en Proyectos Mineros (Resolución No. 180859 de 2002, Ministerio de Minas y Energía).

Si bien el desarrollo de la etapa de exploración no requiere de la aprobación previa de una Licencia Ambiental LA, en el caso en que el proyecto intervenga áreas de reserva forestal, el usuario deberá solicitar a la Dirección de Ecosistemas del MAVDT o a las autoridades regionales competentes, los términos de referencia para la elaboración del estudio que justifique la sustracción de la reserva forestal, trámite que deberá adelantarse simultáneamente con el de Licencia Ambiental. Dicho estudio, el EIA y el PTO deberán demostrar la compatibilidad de las actividades mineras con los objetivos iniciales del área de exclusión, tal como lo establece el artículo 34 de la ley 685 de 2001.

Su adelanto debe tener cuatro consideraciones fundamentales:

1. Para el desarrollo de la etapa de exploración deben seguirse los lineamientos técnicos ambientales definidos en la Guía minero ambiental de exploración, según lo establece el artículo 272 de la Ley 685 de 2001: *“En la propuesta el interesado deberá hacer la manifestación expresa de su compromiso de realizar los trabajos de exploración técnica con estricta sujeción a las guías ambientales, que para esa actividad expida la autoridad competente, en un todo aplicadas a las condiciones y características específicas del área solicitada descrita en la propuesta”*.

2. En caso de que la actividad de exploración requiera usar o aprovechar recursos naturales renovables, deberá obtener el permiso, la concesión o la autorización ambiental de la autoridad competente.

3. Durante la etapa de exploración se levantará la información correspondiente al Estudio de Impacto Ambiental EIA; uno de los resultados de dicha etapa debe ser el EIA de la explotación minera que será presentado a la Autoridad ambiental en la solicitud de Licencia Ambiental.

4. La elaboración del EIA deberá desarrollarse de manera paralela al Programa de Trabajos y Obras – PTO (Artículo 200, Ley 685 de 2001), y la información de ambos debe ser comparable, estandarizada, y complementaria. El Estudio de Impacto Ambiental deberá demostrar la viabilidad ambiental del Plan de Trabajos y Obras PTO (Artículo 85, Ley 685 de 2001).

## **DISCUSIÓN**

En el derecho colombiano, el principio de previsibilidad se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Y el artículo 1616 *ibídem*, que admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes. (Lerma, Sabagh, Tovar. 2012) Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con las Leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001 artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual. (Sánchez Novoa, 2011)

De los componentes normativos del principio de la planeación se deduce que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, se observa en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales<sup>5</sup>.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, (Lerma, Sabagh, Tovar. 2012) con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales<sup>6</sup>.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el

---

<sup>5</sup>CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. “[...] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

<sup>6</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101-8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de *planeación*, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; *planeación* asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 [...]”

legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Por otra parte, la Ley 685 de 2001 Código de Minas fue la respuesta del Estado a los desafíos de una actividad cada vez más globalizada y a las necesidades de desarrollo de la sociedad colombiana. Esta ley, trae un importante cambio en los roles que tanto el Estado como los particulares han de realizar en la actividad minera, al tiempo que establece reglas claras y estables para que el sector privado invierta en el desarrollo de la minería, precisa el papel del Estado dentro del sector circunscribiendo sus funciones a la planeación, regulación, promoción, administración y fiscalización del recurso y la industria minera. (Lerma, Sabagh, Tovar. 2012)

La Ley 685 de 2001 “Código de Minas” establece en su artículo 317 que el Ministerio de Minas y Energía es la Autoridad Minera. De igual manera en su artículo 319 se establece que el Ministerio de Minas y Energía puede realizar delegación interna para cumplir todas las funciones de tramitación y otorgamiento de los contratos de concesión a través de sus dependencias centrales, regionales o locales de que disponga. También en su artículo 320 establece que la Autoridad Minera, previa reglamentación, podrá delegar en forma permanente, temporal u ocasional, sus funciones de tramitación y celebración de los contratos de concesión, así como la vigilancia y control de su ejecución, en los gobernadores de departamento y en los alcaldes de ciudades capitales de departamento.

Además, la Ley 489 de 1998 les da la posibilidad a las autoridades administrativas de transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias. (Guerra, 2012)

Con base en lo anterior el Ministerio de Minas y Energía delegó la administración del recurso minero a Ingeominas y a algunas Gobernaciones, las cuales son hoy Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander.

Cuando se habla de Administración del Recurso Minero, se entiende como la función de Gobierno relacionada con la Titulación y Contratación Minera y la Fiscalización de la Actividad Minera amparada por un título minero.

La Administración del Recurso Minero se realiza con base en la Ley 685 de 2001 “Código de Minas” y en algunos casos en el Decreto 2655 de 1988 que corresponde al anterior Código de Minas, debido a que títulos mineros anteriores a la expedición de la Ley 685 de 2001 se rigen por esta normatividad.

La Ley 685 establece en su Capítulo II, Artículo 14, que cualquier persona natural o jurídica para poder adelantar una explotación de minas de propiedad estatal, deberá tener un contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional o en su defecto un título otorgado bajo el Decreto 2655 de 1988 debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional. (Lerma, Sabagh, Tovar. 2012)

## **CONCLUSIONES**

La industria minera es una actividad productiva intensiva en capital, y es evidente que Colombia tiene unas condiciones muy favorables desde el punto de vista natural, y que además ha adecuado su normatividad y estructura institucional para estar acorde con las condiciones de los demás países latinoamericanos. (Guerra, 2012)

No obstante lo anterior, debe existir claridad y normas precisas, para que cualquier particular, que desee obtener una concesión minera, se encuentre en igualdad de oportunidades, para acceder al mismo, ya que no solo basta con acceder a los respectivos títulos mineros y/o licencias, para su posterior explotación, pues esto hace que se aleje del principio de transparencia, derivado del principio de planeación contractual, pues todo proceso contractual debe cumplir con lo estipulado por la ley 80 de 1.993. Ya que se requiere que esta clase de contratos, estén sometidos a las modalidades de selección de contratistas, con el cumplimiento de sus requisitos; adecuando este proceso contractual a cada una de las fases de la etapa precontractual, sobre todo en lo concerniente a la asignación de riesgos.

Por lo anterior tan importante como el desarrollo y crecimiento de la actividad minera, es la verificación por parte del Gobierno que los proyectos mineros se realicen de una manera técnica, económica, social y ambientalmente sostenible, de tal forma que se garantice que los mismos cumplan con las obligaciones contraídas en los contratos.

Adicionalmente, el proceso de fiscalización es la fuente de información primaria con que cuenta el Estado para la fijación de sus políticas hacia el sector.

Es importante considerar la fiscalización de una manera integral, la cual debe incorporar todas las variables que intervienen en la actividad: minera, ambiental, laboral y económica. Por esta razón, el verificar todos los componentes en la ejecución de un proyecto, conlleva a que la actividad minera del país se enmarque en los conceptos de desarrollo sostenible.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARJONA Andrea. (2010) “El Boom Minero en Colombia: ¿Boom de la Minería Ilegal y la Minería Antitécnica?, En El Tiempo., 15 de diciembre de 2010.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287

CHAPARRO, Eduardo. La llamada pequeña minería: un enfoque empresarial, CEPAL, 2007.

GUERRA MORENO, D. (2012). ¿En Colombia el principio de precaución representa un avance o un retroceso en el marco de la responsabilidad civil? A partir de una apreciación individual y del análisis de la sentencia T-360/10. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 15-23.

HIRSCHMAN, Albert O. Enfoque generalizado del desarrollo por medio de enlaces, con referencia especial a los productos básico. *El Trimestre Económico*. 1977.

LERMA DÍAZ, P. A., SABAGH SALCEDO, M. A., & TOVAR VARGAS, R. I. (2012). Responsabilidad del Estado en la expedición de licencias mineras en áreas protegidas. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 77-96.

LIRA OVALLE, Samuel. “Curso de Derecho de Minería”. p. 25-26. Editorial Lírca de Chile, Segunda Edición, actualizada. 1994

REPUBLICA DE COLOMBIA Código Civil

REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 de 1993

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 1150 de 2007

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 448 de 1998

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 489 de 1998

REPUBLICA DE COLOMBIA. Decreto Reglamentario 423 de 2001

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 1220 de 2005

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 01 de 1984

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 2655 de 1988

REPUBLICA DE COLOMBIA Ministerio de Minas y Energía Decreto No. 2191 de agosto 4 de 2003.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Ministerio de Minas y Energía. Decreto No. 3290 de 2003.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Ministerio de Minas y Energía Resolución No. 180859 de 2002.

SARMIENTO GARCÍA Manuel Guillermo. *La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil*, en Estudios de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, Pág. 201.

SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2011). El contrato de concesión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 101-107.

TOMAS. Roger *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996, Pg 43.

URRUTIA, Miguel. Los Eslabonamientos y la Historia Económica de Colombia. *Desarrollo y sociedad*, p. 62, 2008.