

Privilegiado y confidencial - Memorando

Consultoría para la formulación de una ley de coordinación, concurrencia y participación de acuerdo a lo ordenado por la Sentencia SU-095/18.

Para: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA - ACM

**De: DENTONS CÁRDENAS Y CÁRDENAS
GÓMEZ-PINZÓN ABOGADOS
PORTEX**

Fecha: 16 DE JULIO DE 2019

Análisis procedencia consulta previa para trámite de ley estatutaria de concurrencia y participación

I. Análisis jurisprudencial – Consulta Previa

1. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT sobre pueblos indígenas y tribales indica que los Estados deberán tener en cuenta las características particulares de los pueblos indígenas y tribales en la toma de sus decisiones, específicamente en lo que respecta a la participación de estos en la toma de decisiones administrativas, legislativas y judiciales.

2. Señala el artículo 6 del Acuerdo 169 de la OIT que, como regla general:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”

3. Por su parte, dispone el artículo 7 del mismo acuerdo que la consulta previa procede cuando se afecte la forma de vida, creencias o instituciones de las comunidades, haciéndose también un llamado a que dichas comunidades participen de la formulación de planes y programas que las afecten directamente

“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo

económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

4. Finalmente, respecto a tierras y la explotación de recursos naturales (minerales u otros recursos del subsuelo), indica el artículo 15 del citado convenio que:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

5. Así mismo, encontramos que el tema de la consulta previa frente a proyectos de ley no ha sido ajeno a los análisis de la Corte Constitucional. En sentencia C-030 de 2008 se determinó que no todas las decisiones que de alguna manera afecten a las comunidades indígenas deben ser consultadas con las mismas.

Las decisiones que deben ser consultadas son aquellas que impliquen una afectación directa⁽¹⁾ a este tipo de comunidades. Indica la Corte Constitucional en el fallo señalado que:

“De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica”

6. En este orden de ideas, consideró la Corte Constitucional que el alcance de la consulta previa no puede interpretarse como una obligación que debe cumplir toda la actividad legislativa del Estado, sino como un mecanismo que se debe garantizar para aquellas medidas -de cualquier naturaleza- que afecten directamente las comunidades. En otras palabras, para el máximo tribunal constitucional es evidente que toda la producción legislativa del Estado va a afectar estas comunidades en tanto ciudadanos colombianos; por tal razón, no es posible pensar que todos los instrumentos legislativos deben pasar por la consulta previa. Sólo se requerirá este mecanismo para aquellas decisiones que afecten directamente a las comunidades.
7. En sentencia C-366 de 11, mediante la cual se declaró la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010, indicó la

Corte Constitucional que:

“la Ley 1382 de 2010 contiene decisiones legislativas que inciden directamente en la exploración y explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas, su expedición debió estar precedida de espacios de participación para dichos pueblos, en los términos del artículo 330 de la Constitución y los artículos 6º y 15 del Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, por tratarse de medidas legislativas que afectan directamente a dichas comunidades, debieron someterse al trámite de consulta previa, de acuerdo a los requisitos y etapas que se han precisado por la jurisprudencia.”

8. De entre los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en el referido fallo C-366 de 2011, se resalta la afirmación según la cual “el ordenamiento jurídico no ofrece un régimen de actividades mineras separado y autónomo para dichas comunidades, lo que necesariamente implica que le son aplicables las reglas generales, entre ellas las que fueron objeto de reforma por parte de la Ley 1382/10, conclusión que permanece inalterada frente a lo previsto en la norma analizada.”
9. Los apartes citados son relevantes en la medida en que de ellos queda claro que una de las circunstancias que se tienen en cuenta para determinar la procedencia o no de la consulta previa frente a la expedición de normas, es si existe un régimen particular que aplique a las comunidades étnicas en relación con la materia que se regula; así, encuentra la Corte Constitucional que en la medida en que las comunidades étnicas no cuentan con regímenes mineros autónomos, se encuentran sometidas al marco normativo general. Al respecto, es pertinente señalar que en materia de participación sí existe un instrumento especial para las comunidades étnicas (el de consulta previa), lo que permitiría a concluir que, para el caso que nos ocupa, no sería necesario adelantar consulta previa legislativa puesto que el ámbito de aplicación de la norma no se extiende a dichas comunidades por contar con mecanismos especiales.
10. Es importante tener en mente la sentencia C-489 de 2012, mediante la cual la Corte Constitucional se inhibió de pronunciarse frente a una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011), el Alto Tribunal consideró que no existía vulneración al De-

(1) De acuerdo con la Corte, “Hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. Sentencia C 030 de 2008.

recho Fundamental a la Consulta Previa en la medida en que no se estaba regulando una materia que afectara directamente a las comunidades étnicas, como sí habría sucedido en caso de abordarse la regulación de las entidades territoriales indígenas:

“Ya que en la Ley 1454 de 2011 se omitió de manera absoluta la regulación sobre las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas, la Corte no es competente para realizar el juicio de constitucionalidad solicitado y por ende se declara inhi-bida para fallar con relación a este cargo. No obstante y debido que existe un deber constitucional incumplido por parte del legislador, se exhortará a Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que regule lo concerniente a la regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, exhortó que se establezca, en la parte resolutive de esta Sentencia.”

Este pronunciamiento cobra mayor relevancia frente a la modificación de normas relativas a ordenamiento territorial que deba efectuarse en cumplimiento de la SU-095 de 2018.

II. Finalmente, a través de sentencia SU - 123 de 2018, indicó la Corte Constitucional que hay afectación a las minorías étnicas cuando:

- I. Se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales;
- II. Existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica;
- III. Se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento;
- IV. Se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio

Estos criterios están relacionados directamente con la ejecución de proyecto u obras y tendrán que ser verificados en el marco del licenciamiento ambiental asociado a los mismos. Se destaca que el proyecto de coordinación, concurrencia y mecanismos de participación no afecta estos aspectos particulares.

12. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede en los siguientes supuestos de

hecho:

- V. Cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales;
 - VI. Cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT;
 - VII. Asimismo, si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica;
 - VIII. o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.
13. De los puntos anteriores, se encuentra que el (v) podría presentar una posibilidad de riesgo en cuanto a la exigencia de consulta previa para el trámite del proyecto de ley. En este sentido, indica la Corte Constitucional que la consulta previa procede si la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos.
14. Ahora bien, en la sentencia C-075 de 2009 la Corte Constitucional destacó que en principio “las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”, por lo cual en general no procede la consulta previa frente a ellas. Ésta sólo sería necesaria “cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”. Esto significa que “no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”

II. Conclusión

De acuerdo con lo indicado, consideramos que si bien podría argumentarse que el Proyecto de Ley de Coor-

dinación, Concurrencia y Mecanismo de Participación tiene elementos que afectan a las comunidades indígenas, en nuestra opinión no requeriría consulta previa bajo el entendido que las disposiciones incluidas en el mismo desarrollan el régimen general de participación de todos los colombianos y no medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades.

Adicionalmente, dentro del texto del proyecto de ley propuesto, se aclara expresamente que lo regulado se hace sin perjuicio del Derecho Fundamental a la Consulta Previa. Esto último a efectos de evitar debates respecto a la prelación de uno y otro mecanismo.



Proyecto de ley de coordinación y concurrencia

El presente memorando fue preparado con el fin de presentar sustento jurídico para el proyecto en desarrollo de la ACM, orientado a la redacción de un proyecto de ley que desarrolle el mandato proferido por la Corte Constitucional en sentencia SU-095 de 2018, mediante el cual se exhorta al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio, según se expone a continuación.

I. Introducción - Problema Jurídico y Objetivo

La Constitución Política de Colombia del año 1991 (la “Constitución”) es la norma rectora y de superior jerarquía dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En ella se establecen los valores, principios y derechos fundamentales, de la misma manera en que se determina la estructura básica del Estado, se instituyen los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, y se atribuyen competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas⁽¹⁾.

En relación con el asunto que nos ocupa en el presente Memorando, es importante tener en mente que la Constitución política prevé por un lado en su artículo 332 que el “el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”. En ese sentido, la regulación sobre la explotación de recursos no renovables del subsuelo le corresponde al Congreso mientras que la administra-

ción de los mismos, se radica en cabeza de las autoridades nacionales del Gobierno Central.

Por el otro lado en sus artículos 1, 287, y 311, la Constitución consagra la autonomía de las entidades territoriales y desarrolla uno de sus instrumentos esenciales: la potestad de ordenamiento territorial y definición de los usos del suelo.

De cara al aprovechamiento de los Recursos Naturales no Renovables del Subsuelo (“RNNR”) se presenta una confluencia de estas potestades constitucionales, en la medida en que aun cuando es perfectamente posible desde el punto de vista constitucional que una entidad del orden nacional regule y ejerza la explotación de recursos del subsuelo, en la práctica no es factible extraer recursos mineros sin afectar la superficie. por lo anterior, es imposible definir la vocación minera de un área sin afectar el ejercicio de competencias sobre el uso del suelo que le corresponden a las autoridades del orden territorial⁽²⁾.

Lo anterior da lugar a una tensión de competencias entre las autoridades del nivel nacional y territorial, que en principio fue zanjada con la expedición de la Ley 685 de 2001 (el “Código Minero”), toda vez que su Artículo 37 rezaba que “ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”. En virtud de este presupuesto, las únicas áreas excluidas serían aquellas previstas por otros cuerpos legislativos como el ambiental, o aquellas determinadas en

(1) C-415/12

(2) C-035/16; C-273/16

los artículos 35 y 34 del Código Minero. No obstante, y como se explica más adelante, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Esto último llevó a que la tensión de competencias señalada más arriba se quedara sin una norma que la armonizara, generando así toda una serie de consecuencias prácticas que a su vez tuvieron como resultado la proliferación de consultas populares para prohibir las actividades extractivas en los distintos municipios y la emisión de diversos pronunciamientos judiciales –en algunos casos contradictorios–, que se sintetizan en la sección 2 de este Memorando, y que culminaron con la expedición de la sentencia SU-095/18, en donde la Corte unifica jurisprudencia y establece unos lineamientos definitivos para que se implementen los mecanismos jurídicos que permitan resolver la tensión de la que se ha venido hablando.

En ese sentido, el problema jurídico que subyace al presente Memorando es el de la instrumentación de estos mecanismos, frente a lo cual se propone en la sección 4 una figura que consideramos ajustada a los planteamientos y directrices esbozados por la Corte en SU-095/18, según se explican más adelante.

2. Antecedentes

2.1. Antecedentes Jurisprudenciales

2.1.1. Sentencia C-123/14

En el año 2013, el Artículo 37 fue demandado ante la Corte por vía de la acción pública de inconstitucionalidad bajo el cargo de “vulnerar los artículos 1, 2, 79, 80, 82, 288 y 313 numerales 2, 7 y 9 de la Constitución, por cuanto desconoce las competencias asignadas a los concejos municipales y, en consecuencia, vulnera el principio de autonomía; además, la disposición acusada impide que se cumpla con el deber de protección del ambiente por parte de los concejos municipales”.

En esta oportunidad la Corte concluyó que el texto del artículo 37 del Código Minero puede sustentarse en el principio constitucional de organización unitaria del Estado – artículo 1 de la Constitución– y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la Constitución, que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales.

No obstante, la alta corporación puntualizó que deben

tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valor dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses –artículo 287 de la Constitución–, y de coordinación y concurrencia –artículo 288 ibídem –, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos.

Con base en estas premisas, la Corte emitió un fallo modulado declarando exequible el Artículo 37, en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución.

2.1.2. C-273/16

Posteriormente, en el año 2016 el Artículo 37 volvió a ser objeto de acción de inconstitucionalidad, esta vez por violación de los artículos 151 y 288 de la Constitución, pues según los demandantes la regulación contenida en la norma corresponde a una materia sujeta a reserva de ley orgánica, al encontrarse relacionada con la asignación de competencias a las entidades territoriales y a su distribución entre ellas y la Nación; dando lugar así a un vicio material en su formación.

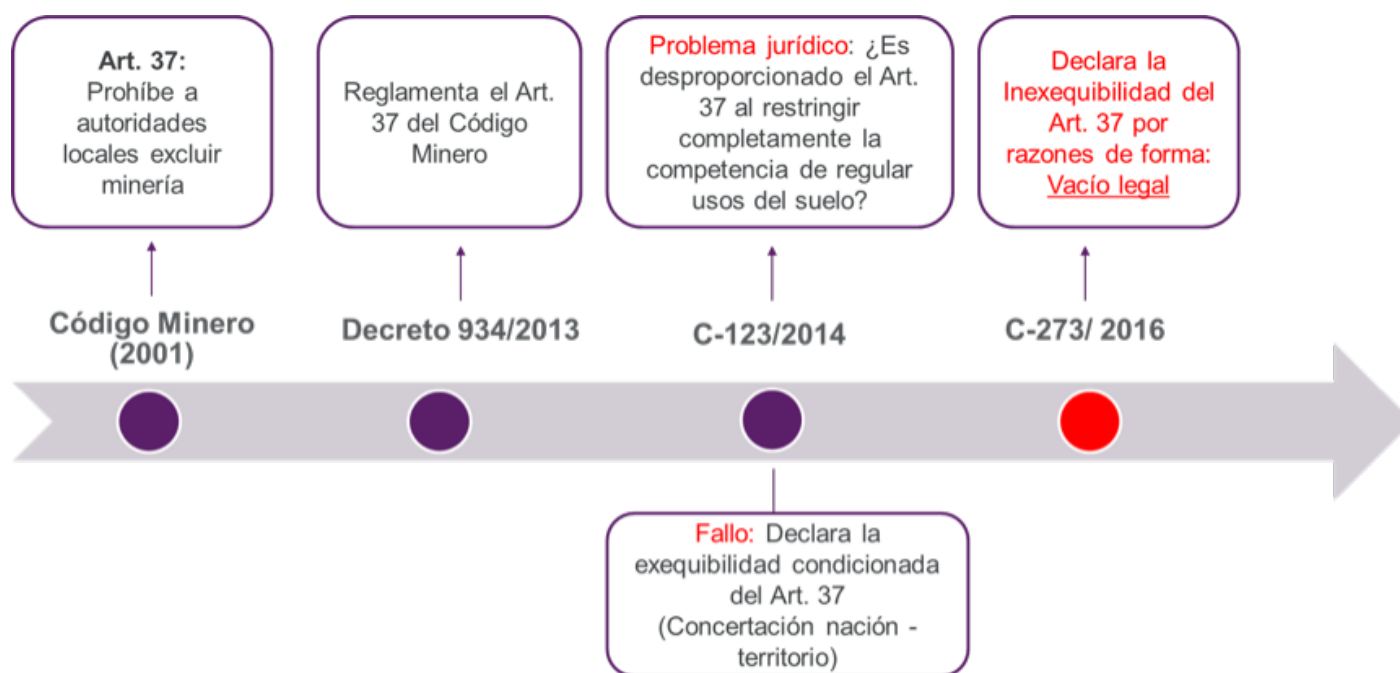
Sobre el cargo elevado, la Corte determinó que en efecto la prohibición establecida en el Artículo 37 del Código Minero desconoció la reserva de ley orgánica por referirse a la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (Artículo 288 de la Constitución.), en este caso, en lo que respecta a la reglamentación del uso del suelo, ya que se les prohíbe a las autoridades locales establecer zonas excluidas de la explotación minera, competencia que se radica en las autoridades nacionales. Así mismo, la Corte expreso que la norma restringe la facultad de las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales para fijar su plan de ordenamiento territorial.

Según la corporación, en desarrollo del artículo 151 de la Constitución, el artículo 29 de la Ley Orgánica

1454 de 2011 (“LOOT”) asigna a los municipios la competencia para: a) formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio; b) reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes y 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, las cuales les atribuye directamente la Constitución en los artículos 311 y 313, numerales 7 y 9.

En ese sentido la limitación de una competencia de las entidades territoriales que se traslada a las autoridades nacionales es de obligatoria sujeción a la reserva de ley orgánica, por lo cual se determina que el Artículo 37, contenido en una ley ordinaria, debe ser retirado del ordenamiento jurídico por desconocer dicha reserva de ley consagrada en los artículos 151 y 288 de la Carta Política.

Figura No. 1 - Fuente: Dentons Cárdenas & Cárdenas (2019)



2.1.3. C-389/16

Más adelante, varios artículos de naturaleza procedimental del Código Minero fueron demandados bajo el argumento de “desconocer un amplio conjunto de principios constitucionales, relacionados con el derecho a un ambiente sano, los principios de la función pública, la intervención del Estado en el manejo de los recursos naturales, el principio de participación ciudadana en materia ambiental, los derechos de las generaciones futuras y los atributos de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras de resguardo”.

En la providencia que resuelve esta demanda, la Corte expresa que la minería debe asegurar los más altos estándares de respeto a las normas ambientales, proveer empleos que respeten las condiciones mínimas del

derecho al trabajo, permitir el aprovechamiento de los recursos naturales sin sacrificar esta posibilidad para las generaciones futuras, y ser respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas.

Igualmente pone de presente que el método de concesión de títulos previsto en el Código Minero genera un déficit de protección a esos principios, pues parte del momento de llegada del interesado (derecho de preferencia, previsto en el artículo 16 del Código Minero), exige el cumplimiento de requisitos de naturaleza estrictamente formal (como los que se encuentran en los artículos 271 a 279 del mismo código) y excluye la aplicación de las reglas de contratación administrativa (artículo 53, Código Minero).

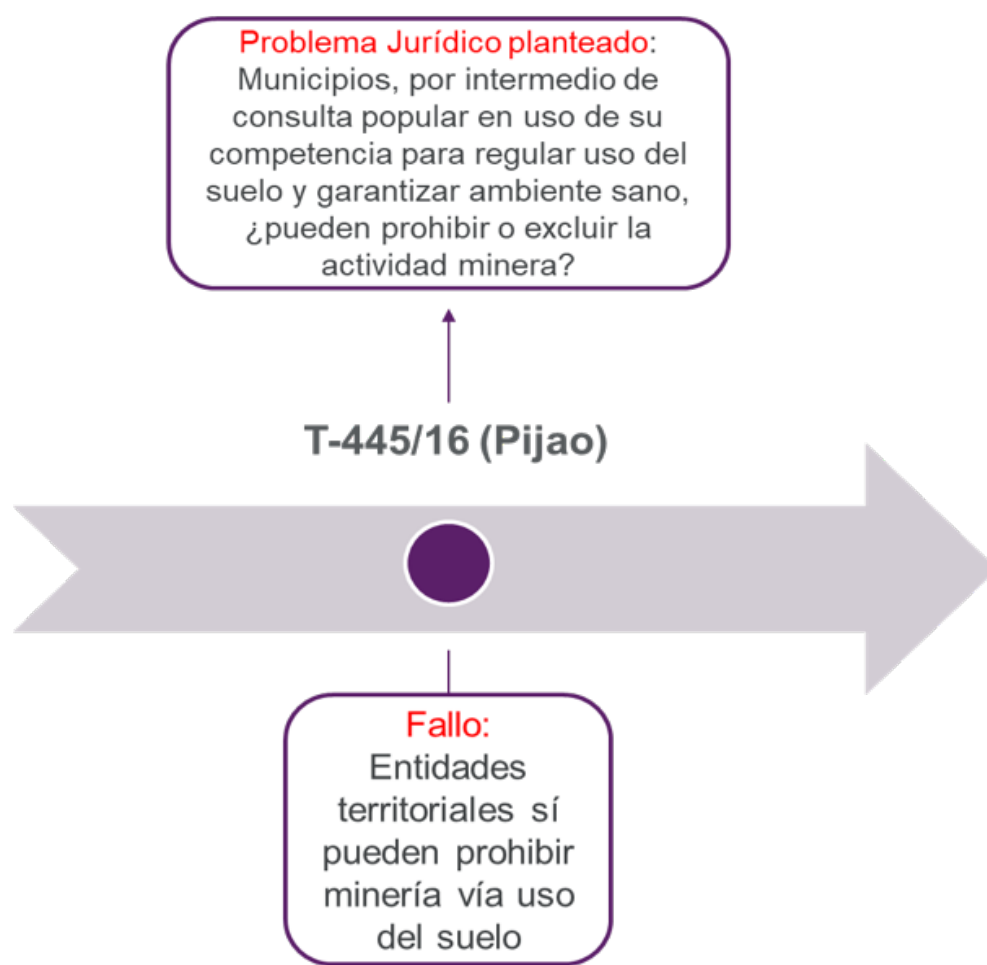
En ese contexto, concluyó que (i) el mecanismo esta-

blecido para la concesión de títulos mineros tiene fallas de naturaleza estructural que, por su complejidad, deben ser resueltas de manera integral por el Congreso de la República, bajo los parámetros de la jurisprudencia constitucional; y (ii) mientras se dicta esta regulación, que ya ha sido requerida al órgano de representación democrática, la administración deberá establecer un protocolo que garantice la idoneidad de los interesados, en materia de respeto por los derechos laborales y cumplimiento de los estándares ambientales, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana.

2.1.4. Sentencia T-445/16

Este mismo año, en sede de tutela, la Corte profirió la sentencia T-445/2016 (“Fallo Pijao”), introduciendo una tesis diametralmente opuesta al sentido inicial del Artículo 37, al expresar en su parte resolutive que “los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera.”

Figura No. 2 - Fuente: Dentons Cárdenas & Cárdenas (2019)



2.3. Consultas Populares

Bajo los lineamientos establecidos por las decisiones sintetizadas anteriormente, y ante el vacío legal remanente luego de la caída del Artículo 37, la administración del nivel territorial y el público en general empezaron a interpretar que las autoridades locales –particularmente

la municipal- quedaban facultadas para restringir actividades extractivas, incluso frente a proyectos debidamente adjudicados, licenciados, y concesionados.

Así las cosas, se empezó a utilizar la Consulta Popular como un mecanismo para que, en virtud del derecho a la participación ciudadana, los municipios decretaran

prohibiciones a la actividad extractiva.

Esto llevó a que en el año 2017 se celebrara una Consulta Popular en el municipio de Cajamarca, cuya decisión fue la de prohibir las actividades mineras en el municipio, afectando principalmente al proyecto “La Colosa” que venía siendo desarrollado en títulos mineros debidamente otorgados a Anglo Gold Ashanti. Debido a la magnitud de este proyecto, la Consulta Popular de Cajamarca tuvo un impacto mediático muy significativo, convirtiéndose en el detonante para que se iniciaran alrededor de 130 consultas populares orientadas a decidir sobre el desarrollo de operaciones mineras y extractivas a lo largo de todo el país; generándose así un escenario de alta incertidumbre legal que afectó principalmente a las industrias extractivas.

3. Análisis y Justificación - Sentencia SU 095/18

3.1. Planteamientos Fundamentales – Coordinación y Concurrencia

En el trámite de esta acción de tutela, la sala plena de la Corte en sede de revisión, se pronunció de fondo estableciendo una interpretación unificada en relación con: (i) los conceptos de Estado unitario y autonomía territorial en el marco de las actividades extractivas, (ii) la propiedad del subsuelo y la explotación de recursos naturales no renovables, (iii) los mecanismos de participación ciudadana y los procesos de participación del sector minero energético.

Partiendo del mencionado planteamiento expuesto en sentencia C-035 de 2016, en cuanto a la necesidad de atravesar el suelo para alcanzar el subsuelo, esta providencia provee el marco teórico sobre el cual deben crearse los instrumentos legales que resuelvan el problema jurídico planteado en la sección I de este Memorando, y que se estructura en una línea argumentativa muy clara, según se describe a lo largo de esta sección:

A. Competencias en los usos del suelo – Principio de Autonomía Territorial y Estado Unitario

La autonomía de las entidades territoriales implica un grado de independencia, ejercida por medio del autogobierno y de la administración de los asuntos que más conciernen a dichas entidades. Una de las formas en las que se materializa la autonomía territorial en los municipios es la facultad que estos tienen, a través de los

Concejos Municipales, de reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la Ley, dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

Así, el artículo 313 de la Constitución dispone que corresponde a los Concejos Municipales reglamentar los usos del suelo y por su parte el artículo 29 de la Ley 1454 de 2011 le asigna a los municipios las competencias en materia de ordenamiento territorial.

La ordenación del suelo implica una importante función de los municipios y los distritos, como entidades más próximas a las comunidades y a la población, que permite que el ordenamiento territorial sea definido por las autoridades públicas locales, en razón del conocimiento y manejo que tienen respecto a las necesidades sociales, económicas ambientales, culturales, entre otras, y con participación de las comunidades. De esta manera, la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, el cual debe realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos.

No obstante, para la Corte es claro que la autonomía territorial no puede entenderse de forma aislada o descontextualizada, y que la interpretación de las posibilidades o ámbitos en que se desarrolla no puede desconocer que las instituciones, procedimientos, y competencias que la concretan existen y se desarrollan en un Estado que, de acuerdo con el artículo 1º superior, ha adoptado una forma de organización territorial unitaria.

Así, cabe concluir que la autonomía territorial debe leerse a la luz del principio de Estado unitario, que implica “unidad en la legislación, existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad.”⁽³⁾

(3) C-149/10

B. Propiedad de los RNNR del subsuelo

Con la expedición de la Constitución de 1991 se estableció que la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está en cabeza del Estado, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 80, 332, 334, 360 y 361. En desarrollo de estas normas superiores, el Código de Minas- también estableció en su artículo 5, que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, y que ésta es inalienable e imprescriptible.⁽⁴⁾

Partiendo de esa base, para la Corte es esencial determinar el alcance del concepto de Estado. Frente a lo cual se señala que:

“Desde la Asamblea Nacional Constituyente se pretendió con el concepto de Estado involucrar diversos niveles como el nacional y los territoriales, por lo que en la sentencia C-983 de 2010⁽⁵⁾ - postura reiterada en la sentencia C-389 de 2016⁽⁶⁾ - se afirmó que la denominación de Estado “comprende el conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales, y que con esta expresión el constituyente quiso evitar la centralización nacional de los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales, los cuales deben beneficiar a todos los colombianos” ⁽⁷⁾.

Así las cosas, los artículos constitucionales que definen competencias en materia de recursos naturales no renovables al referirse al concepto de Estado, hacen alusión a su concepción en sentido amplio. En consecuencia, la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está en cabeza de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales y también de la población colombiana como componentes y elementos estructurales del Estado.

(4) Ley 685 de 2001 – Código de Minas-. Artículo 6

(5) C-983/10

(6) Ver sentencias C-580 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-128 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz, C-402 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz, C-447 de 1998, MP. Carlos Gaviria Díaz, C-299 de 1999, MP. Fabio Morón Díaz, y C-251 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

(7) C- 221/97.

Por ese motivo y como se refiere además en la parte considerativa de la providencia, se han creado diferentes instituciones como organismos del sector central de la administración pública, que pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a las que les han sido asignadas competencias y funciones relacionadas con formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y biocombustibles, como es el caso del Ministerio de Minas y Energía, y de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)⁽⁸⁾, el Servicio Geológico Colombiano (SGC)⁽⁹⁾, la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y la Agencia Nacional de Minería (ANM), que cuentan con competencias especializadas técnicamente.

Las funciones de cada una de estas instituciones, permiten identificar la manera en que al Gobierno nacional central de la Rama Ejecutiva del Poder Público perteneciente al Estado, le han sido reconocidas facultades para regular la explotación del subsuelo y de los RNNR, como por ejemplo en el Código de Minas (Ley 685 de 2001) y el Decreto Ley 4137 de 2011 (que otorga facultades para que la ANH administre de forma integral las reservas y recursos hidrocarburíferos), que van desde la definición y determinación de las áreas donde yacen RNNR, la selección de contratistas que puedan explorarlas y explotarlas, la suscripción y seguimiento de los contratos de concesión respectivos, entre otros aspectos.

De esa manera, es procedente concluir, en línea con los planteamientos de la Corte que bajo el concepto de Estado, y con la finalidad de propender por el interés general del país y de los colombianos, en la jurisprudencia Constitucional se ha sostenido que el subsuelo y los recursos que de él provienen deben beneficiar a la población en general y en consecuencia contribuyen a un interés general.

C. Problema Jurídico de la sentencia SU-095/18

Habiendo efectuado estas precisiones sobre: (i) la autonomía territorial en el marco del Estado Unitario; y (ii) la propiedad de los RNNR del subsuelo de cara a

(8) Decreto 1258 de 2013.

(9) Decreto 4131 de 2011.



las competencias constitucionalmente asignadas para su aprovechamiento; para la Corte es claro que se presenta una tensión relevante en el ejercicio de dichas facultades, particularmente en lo relativo a las actividades extractivas, y señala que “La discusión sobre la explotación de RNNR no se limita a determinar únicamente el uso del suelo, y debe tener en cuenta la normativa constitucional sobre el uso del subsuelo y las competencias radicadas en cabeza del gobierno nacional central en la materia.” Esto último constituye una parte del problema jurídico que la Corte resuelve en sentencia SU-095/18, y que puede sintetizarse los siguientes planteamientos:

- “El carácter unitario del Estado colombiano no constituye un fundamento suficiente para desconocer la capacidad de autogestión que la Constitución les otorga a las entidades territoriales. A su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias constitucionales de las autoridades nacionales”⁽¹⁰⁾.
- Debe hacerse una lectura integral y sistemática de la Constitución Política de Colombia, en el sentido en que dichas disposiciones [las relativas a autonomía territorial] no pueden ser analizadas de forma aislada frente a “las disposiciones constitucionales en materia de explotación del subsuelo y de RNNR (Art. 322.), que confieren competencias al Estado en sentido amplio, y que han sido desarrolladas en el ordenamiento jurídico mediante leyes y diversos actos administrativos, que definen una normativa a nivel nacional para el sector minero energético, regulan las regalías y el Sistema General de Regalías y crean una institucionalidad y estructura que definen competencias generales para el gobierno nacional central.”
- A la hora de materializar el principio de la autonomía territorial, surgen diversos retos, más aún cuando su ejercicio interfiere con la realización de ciertas competencias en cabeza de entidades del nivel central, generando una tensión entre ésta y aquella, sobre todo cuando se trata de temas catalogados como de interés general, como lo concerniente al orden público o a actividades de trascendencia

económica, en donde el ejercicio de estas funciones desde en nivel central desplaza a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad.

- El ordenamiento territorial como pilar de la autonomía de las entidades territoriales, se reducirá en los casos en los que llegue a haber un interés nacional general involucrado, siempre garantizando la participación de dichas entidades en la regulación de la materia de que se trate el caso.⁽¹¹⁾
- En suma, es contradictorio afirmar que, pese a la existencia de competencias del gobierno nacional central respecto a los recursos del subsuelo, las autoridades territoriales puedan vetar la exploración y explotación de los RNNR, y a su vez con ello no desconocer las facultades de otras entidades creadas para tales fines.

Bajo el amparo de estos planteamientos, y en contrastes con la jurisprudencia reseñada más arriba, debe ponerse de presente que:

- “La Sala Plena de esta Corporación debe aclarar que se apartará de las consideraciones y de la decisión adoptada por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional que profirió la sentencia T-445 de 2016, y que en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia precisó “que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera”. Lo anterior, teniendo en cuenta que en dicha providencia la Sala Sexta hizo una interpretación limitada y aislada de postulados y principios definidos en la Constitución Política, que la llevaron a autorizar a las autoridades locales para prohibir la minería⁽¹²⁾.

(10) C-145/15

(11) C-534/96, C-535/96 y C-366/00

(12) Respecto de la sentencia T- 445 de 2016 se presentó solicitud de nulidad y pese a ser rechazada se presentaron salvamentos de voto: (i) Gloria Stella Vargas; (ii) Antonio José Lizarazo Ocampo; (iii) Luis Guillermo Guerrero Pérez.

D. ¿Cómo resolver la tensión demostrada y armonizar los principios en pugna?

Habiendo establecido el problema jurídico, la Corte pasó a determinar el marco constitucional sobre el cual debe darse la solución al mismo, en ese sentido precisa que aunque podría interpretarse que dichos principios son opuestos, la jurisprudencia ha indicado que la Constitución Política define una coexistencia de los mismos (unitario y de autonomía), sin que alguno de ellos deba aplicarse de manera absoluta sobre el otro.

Partiendo de lo anterior, con el fin de superar la tensión, y de generar armonía entre los principios de Estado unitario y de autonomía territorial, la Constitución determina en el artículo 288 que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

Así, los principios de coordinación y concurrencia conllevan el principio de colaboración armónica entre las entidades del orden nacional y las del orden territorial, que como lo dispuso esta Corte en la Sentencia C-035 de 2016, debe entenderse: “como pilar fundamental para que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines del Estado. Ello presupone que la acción de estas autoridades debe estar encaminada a lograr una serie de objetivos comunes, complementarios, o que al menos no resulten incompatibles.”

Los principios de coordinación y concurrencia encuentran raigambre en el artículo 288 de la Constitución, que dispone:

“La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.”

- Coordinación

En reiteradas providencias, la Corte ha manifestado que el principio de coordinación opera en aquellos casos en donde existen competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, “lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos re-

sulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas”⁽¹³⁾.

Igualmente la corte ha planteado que en la aplicación de este principio es esencial que la acción de los diferentes órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines del Estado lo que implica que ésta debe estar enfocada a alcanzar objetivos comunes, complementarios, o que por lo menos no resulten incompatibles⁽¹⁴⁾. Lo anterior con el fin de que el ejercicio de las facultades legales otorgadas a ciertas autoridades no termine por impedir el ejercicio de las facultades y competencias constitucionales de la otra.

- Concurrencia

Por otro lado, en cuanto al principio de concurrencia, la Corte señaló en SU-095/18 que el mismo parte de la consideración de que existen una serie de fines del Estado cuya realización requiere de la participación tanto de las autoridades del Estado a nivel nacional, como de las entidades del nivel territorial⁽¹⁵⁾.

Sobre el particular, esta misma corporación ha entendido que el principio de concurrencia implica un proceso de participación entre la Nación y las entidades territoriales, de modo que ellas intervengan en el diseño y desarrollo de programas y proyectos dirigidos a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, pues sólo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios también de rango constitucional, como por ejemplo el de descentralización y autonomía territorial.⁽¹⁶⁾ Lo anterior partiendo del supuesto que la Nación no puede dejar de estar pendiente de la suerte de las Entidades Territoriales y de apoyar a aquellas que lo necesitan más. El principio de concurrencia, conectado estrechamente con el princi-

(13) C-149/10; T-445/16; SU-095/18

(14) C-035/16

(15) C-035/19; SU-095/18

(16) C-1051/01; C-983/05

pio de subsidiariedad no solo invoca la atención de la Nación sino que apela también a la solidaridad entre los distintos niveles territoriales⁽¹⁷⁾.

3.2. Planteamientos Fundamentales - Participación Ciudadana

Ahora bien, la Corte señaló también como otro problema jurídico de la SU-095/18 que la participación es uno de los elementos estructurales del orden constitucional de 1991, que define el Estado como una democracia participativa, establece el derecho fundamental a la participación ciudadana y dispone un amplio conjunto de mecanismos explícitos para que esta se desenvuelva y se concrete un modelo de decisión política y un concepto de sociedad, en el que las personas sean la fuente de las decisiones que a todos les conciernen y atañen.

A partir de allí, el Constituyente consagró diversas normas destinadas a desarrollar estos postulados, orientados por un lado a estipular la participación ciudadana para el ejercicio del poder político como un derecho fundamental y como un deber ciudadano, y por otro, a consagrar los diversos mecanismos a través de los cuales es posible hacerlo efectivo, en particular:

“La Carta Superior estipuló: (i) que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40), (ii) que en materia ambiental la ley debe garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que le afecten (artículo 79), (iii) una lista enunciativa de los mecanismos de participación ciudadana (artículo 130), así como, (vi) la posibilidad de los alcaldes y gobernadores de realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio (artículo 105)⁽¹⁸⁾. Con una óptica distinta la Carta Superior también hizo referencia a la (v) participación como un deber ciudadano con el objeto de aportar a la construcción de sociedad y de país (artículo 95).”

(17) C-1187/00; C-983/05

(18) Constitución Política. Artículo 105. Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que éste determine, los Gobernadores y Alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio.

En ese sentido, y considerando que de acuerdo con los planteamientos anteriores las actividades extractivas afectan al Estado entendido en un sentido amplio, es claro que el elemento participativo no puede dejarse de lado en lo que respecta a las decisiones del orden nacional frente al aprovechamiento de los RNNR, y tampoco en lo relativo a la formulación y definición del ordenamiento territorial. Especialmente considerando que la participación ciudadana constituye un derecho fundamental.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta el amplio desarrollo jurisprudencial existente en materia de participación ciudadana relacionada con asuntos ambientales. Lo anterior partiendo no sólo de la legislación doméstica sino también de la internacional. Así por ejemplo este derecho también se instituyó entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la que se estableció que la mejor manera de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados.

Sobre el particular es entonces pertinente recordar que la Corte ha reconocido también que los proyectos de explotación de hidrocarburos y minería afectan el ambiente, y generan diversos impactos socio-económicos, activando también por esa vía el derecho a la efectiva participación ciudadana.

3.3. Déficit de protección constitucional

Del análisis expuesto, y en razón de la inexistencia de una regulación definida por el Legislador respecto a la regulación de mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la nación y las entidades territoriales específicos para la explotación del subsuelo y de RNNR, la Sala encuentra que existe en la materia un déficit de protección constitucionalmente inadmisible.

La inexistencia de los mecanismos e instrumentos específicos referidos se presenta pues es incuestionable que las actividades y la operación de los proyectos tendientes a la explotación del subsuelo y de RNNR generan impactos y efectos en los territorios y en el suelo, por la relación inescindible que existe entre el suelo y el subsuelo como elementos esenciales del territorio.

Lo anterior hace indispensable que las actividades del sector minero energético se realicen bajo el principio

de desarrollo sostenible y que las autoridades locales y comunidades asentadas en las zonas de operación de los proyectos de hidrocarburos o de minería cuenten con instrumentos que permitan la identificación de necesidades de los territorios, en términos no solamente ambientales, sino también en términos económicos y sociales, que conduzcan a conocer de primera mano los riesgos que se puedan generar y así, se implementen estrategias para su administración y manejo, con el fin de evitar, prevenir, mitigar o compensar su realización; lo anterior en el marco de escenarios participativos.

En ese sentido, para la Sala es evidente que se desconoce una realidad que desde un enfoque constitucional, requiere un imperativo de atención toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano no garantiza legalmente de forma específica la participación de las comunidades que se encuentran ubicadas en lugares donde se desarrollan actividades u operaciones para explorar o explotar RNNR y del subsuelo, y que puedan verse impactadas o afectadas por las mismas, ni un instrumento para que las entidades territoriales, a través de sus autoridades competentes, concurren en la definición, ejecución y seguimiento de las actividades de hidrocarburos y de minería.

3.4. Análisis de Mecanismos Existentes

Como se señaló anteriormente en la sección de antecedentes, la Sentencia C-389/2016 que declaró exequibles de manera condicionada varios artículos del Código de Minas relacionados con las Solicitudes de Contratos de Concesión Minera, ordenó a la autoridad minera establecer un procedimiento para el otorgamiento de estos contratos, que asegure la participación ciudadana. En cumplimiento de dicha providencia, la ANM expidió un protocolo que contempla un procedimiento previo al otorgamiento de Títulos Mineros, y que funciona de la siguiente manera:

- Una vez las solicitudes de contrato de concesión han cumplido con todos los requisitos técnicos y jurídicos y están listos para contratar, la Autoridad Minera cita al Alcalde del Municipio respectivo (donde esté el área de dichas solicitudes) para informarle que existen ciertas solicitudes de contratos de concesión en su Municipio las cuáles serán otorgadas como contratos de concesión.
- La intención es que el Alcalde firme un Acta de

Concertación en señal de consentimiento para el otorgamiento de dichos títulos, y una vez firmada el Acta, la Autoridad Minera procederá a convocar una audiencia pública de participación de terceros.

- El objetivo de esta audiencia es dar a conocer a las entidades públicas y privadas, organizaciones sociales y comunidad en general; las propuestas de contrato de concesión para adelantar actividades de exploración y explotación de recursos mineros que a la fecha cumplen con los requisitos previos al otorgamiento del contrato de concesión por parte de la Autoridad Minera; así como recibir opiniones, informaciones y documentos aportados por la comunidad y demás entidades públicas o privadas.

Ahora bien, no debe pasarse por alto que como se venía anticipando, en sentencia SU-095/18 la Corte reconoce y admite que actualmente existe este protocolo como un procedimiento orientado a propiciar tanto la coordinación y concurrencia, como la participación ciudadana.

No obstante, como fruto de un análisis comprensivo de este protocolo y de la misma SU-095/18, cabe concluir que el mismo como mecanismo de participación presenta ciertas dificultades y falencias según se expone a continuación:

De lo expuesto, se concluye que: i) en virtud de las reglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias C-123 de 2014 y C-389 de 2016, las autoridades estatales competentes en otorgar un título minero o conceder un contrato de concesión, han fortalecido los espacios de participación y socialización en la etapa precontractual y contractual. Igualmente se han garantizado escenarios de concertación con las entidades territoriales, con el fin de que se conozcan los proyectos que se ejecutaran en determinados territorios y se tenga en cuenta los intereses de las autoridades locales. No obstante, estos instrumentos no están regulados adecuadamente mediante leyes estatutarias, ni son lo suficientemente vigorosos y robustos para garantizar la participación efectiva de la comunidad.

- No es una Ley Estatutaria. No obstante, la ANM ha soportado su protocolo en el artículo 259 del Código de Minas que regula una Audiencia y participación de terceros, el mecanismo que la Corte espera garantice legalmente la participación de las comunidades en las decisiones que deba tomar la Nación

con ocasión de las actividades extractivas en el territorio debe ser un mecanismo de participación ciudadana aprobado mediante Ley Estatutaria⁽¹⁹⁾.

- La concertación con el Alcalde tiene como objetivo armonizar las políticas de ordenación del suelo con el desarrollo de proyectos mineros, poniendo en conocimiento de los alcaldes municipales como primera autoridad local, la información geológica, ambiental y minera del municipio, con la finalidad de incorporar el componente minero en los instrumentos de ordenamiento territorial de los entes territoriales de manera concertada, y en cumplimiento de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, lo que garantiza una minería bien hecha, acorde con los usos del suelo territorial y de las necesidades de las comunidades.
- Este objetivo más que al instrumento de coordinación y concurrencia a nivel nacional obedece al proceso de ordenamiento territorial regulado en la Ley de Ordenamiento Territorial y en la Ley 388 de 1997, la cual estableció en su artículo 1° que sus objetivos serían entre otros: establecer mecanismos que permitan al municipio en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial; así como promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, norma que también estamos proponiendo modificar en este ejercicio.
- Lo que se busca en el protocolo en la fase de concertación con el Alcalde es obtener el consentimiento del mismo para seguir adelante con el proceso y poder otorgar como Contrato Concesión las solicitudes que están en el área de su Municipio. Este consentimiento se debe manifestar en la suscripción por parte del Alcalde respectivo del Acta de Concertación. Lo que sucede en la práctica es que, si el Alcalde no suscribe el Acta la Autoridad

no continua con el proceso, configurándose claramente un veto para dichos proyectos específicos. La Corte ha sido totalmente clara al prohibir expresamente el poder de veto a las actividades extractivas en cabeza de los municipios.

- El protocolo está diseñado para agotarse municipio por municipio, y por lo mismo las solicitudes de contrato de concesión que abarcan más de un Municipio no serán viables hasta tanto se haya agotado el procedimiento en cada uno de los Municipios implicados. Esto teniendo en cuenta que tal y como está diseñado hoy el mecanismo se requiere el consentimiento, ha hecho inviables varios proyectos en el territorio sin la información técnica, económica y ambiental que sustenten esta inviabilidad
- El protocolo actual está atado a las solicitudes de contrato de concesión que han sido evaluadas y cumplen todos los requisitos para convertirse en contratos de concesión. Esto implica que en cada Municipio habría que agotar el trámite cada vez que haya una solicitud evaluada y lista para contratar, lo que es ineficiente y viola el principio de economía procesal.
- En cuanto a la Audiencia de participación de terceros que está prevista actualmente en el protocolo de la ANM, la Corte manifestó que este mecanismo se limita a reuniones informativas con la ciudadanía donde se recogen las inquietudes de la ciudadanía para usarlos como insumos para la Autoridad Ambiental sin imponer compromisos a la misma.
- Adicionalmente este mecanismo se agota en la etapa precontractual, dejando de lado el principio de gradualidad según el cual el mecanismo de audiencia debe ser diferencial en relación con: (i) La existencia de etapas o fases para la exploración y explotación del subsuelo o de RNNR; (ii) la afectación generada a las comunidades; (iii) la dimensión de los proyectos; (iv) la magnitud de los impactos; (v) complejidad y carácter técnico de las decisiones.

3.5. Conclusiones Generales SU-095/18

- En la actividad extractiva en general resultan aplicables los principios constitucionales relativos a i) el ordenamiento territorial; ii) los recursos naturales renovables; iii) la protección del medio ambiente y, iv) los procedimientos de consulta y coordinación;

(19) Ver: Artículo 152 Lit. d., de la Constitución sobre reserva de Ley Estatutaria

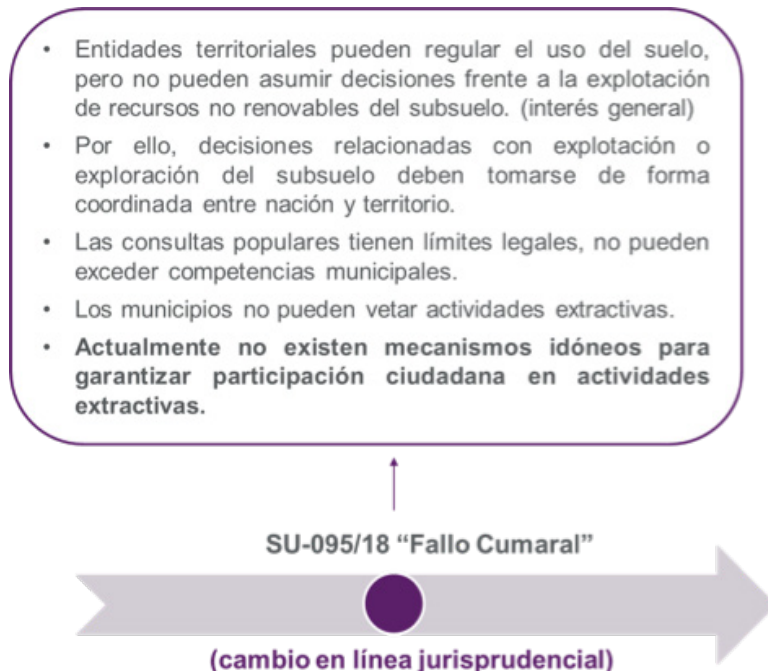
(v) la participación ciudadana.

- De acuerdo con la normativa constitucional y la jurisprudencia todas aquellas actividades que se desarrollen con el fin de explorar y explotar el subsuelo y los RNNR, deben respetar, garantizar y proteger los postulados constitucionales de participación ciudadana y de coordinación y concurrencia nación territorio, en el marco del Estado unitario y la autonomía territorial.
- La nación y las entidades territoriales deben actuar coordinada y complementariamente por el desarrollo integral y armónico de las regiones y del país, dando cuenta de los postulados de Estado unitario, autonomía territorial y descentralización que rigen el ordenamiento jurídico.
- No se evidencia una regulación específica y clara que dé cuenta de la implementación vigorosa de los principios de democracia participativa (artículos 1, 40, 79, 130, 105 y 95 constitucionales) y coordinación y concurrencia nación- territorio (artículo 288 constitucional), pues no existe una norma que

materialice de manera armónica los principios de Estado unitario y de autonomía territorial.

- Identificado el déficit de protección constitucional, y de acuerdo con los postulados de Democracia Participativa y Estado Social de Derecho, corresponde al Legislador corregir el déficit de protección advertido y determinar los mecanismos e instrumentos para la participación y la concurrencia nación territorio. Lo anterior en el marco de sus competencias de determinar las condiciones para la explotación de los RNNR (artículo 151 constitucional), regular los derechos fundamentales y los mecanismos de participación ciudadana (artículo 152 constitucional) y determinar las competencias de entidades territoriales (artículo 151 constitucional), tiene la obligación de definir, en el rango legal adecuado, lo relativo a la creación de un mecanismo o de mecanismos para la participación ciudadana y la coordinación y concurrencia nación territorio en los sectores de hidrocarburos y de minería.

Figura No. 3 - Fuente: Dentons Cárdenas & Cárdenas (2019)



3.6. Criterios para la definición de los instrumentos:

En consideración a los diferentes puntos analizados en las secciones precedentes, y con el fin de sintetizar los lineamientos fundamentales sobre los cuales el Congreso de la República es exhortado, la Corte prevé que los instrumentos y mecanismos que vayan a implementarse en cumplimiento de la SU-095/18 deben ajustarse a los siguientes criterios:

- **Participación ciudadana y pluralidad. Implica el reconocimiento de la democracia participativa, con base en la necesidad y pertinencia** de intervención del pueblo, con sujeción al grado de complejidad de la materia que se decide y los procedimientos y canales institucionales que prevé la Constitución, con la finalidad de promover el interés general, y respetar las competencias de los órganos de representación del pueblo que han sido elegidos mediante voto popular.

Debe prever características de: gradualidad, disponibilidad, acceso, calidad, permanencia, diálogo y comunicación – sin limitarse solamente a espacios de socialización e información-, diálogo consiente y responsable, publicidad, efectividad y eficacia, teniendo en cuenta el principio constitucional de pluralismo que implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales.

- **Coordinación y concurrencia nación territorio.** Garantizar un grado de participación razonable y efectivo de los municipios y distritos en el proceso de decisión respecto a las actividades de exploración o de explotación del subsuelo y los RNNR. Las posiciones y opiniones de las entidades territoriales deben ser expresadas a través de los órganos legítimos de representación, tener una influencia apreciable en la toma de decisiones, sobre todo en aspectos centrales a la vida del municipio en materia ambiental y social, sin perjuicio de las competencias del nivel nacional.
- **Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables.** De acuerdo con los postulados constitucionales que prevén la explotación del subsuelo y los RNNR, su propiedad en cabeza del Estado y las competencias de las entidades territoriales y de la nación

–gobierno nacional central– sobre el suelo, el ordenamiento territorial, el subsuelo y los RNNR, las entidades territoriales no pueden prohibir el desarrollo de actividades y operaciones para tales fines en su jurisdicción.

- **Diferencialidad / Gradualidad.** Los Mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio deben ser diferenciales, con relación a: (i) La existencia de etapas o fases para la exploración y explotación del subsuelo o de RNNR. La participación ciudadana y la coordinación y concurrencia nación territorio deberán respetarse, protegerse y garantizarse durante todas las fases de realización de acciones o actividades de hidrocarburos o de minería. Así, teniendo en cuenta la etapa o la fase para la determinación o definición de áreas donde se encuentren yacimientos de RNNR o de concesión de estos, deberán diseñarse mecanismos o instrumentos que correspondan a los efectos de cada fase en forma proporcional a la dimensión de los impactos. Así, los mecanismos de participación ciudadana y los instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio deben ser permanentes en las fases de planeación, ejecución y seguimiento, en donde pueden establecerse mecanismos informativos (por ejemplo, en la definición de las áreas a concesionar) y otros de participación de las comunidades (por ejemplo, para la evaluación específica de impactos por la operación de los proyectos), para así mantener seguimiento ex ante y ex post de los proyectos; (ii) la afectación generada a las comunidades asentadas en los municipios de desarrollo de actividades y su ubicación, diferenciando aquellas comunidades ubicadas en áreas de afectación directa de los proyectos y a las ubicadas en áreas de afectación indirecta a los mismos; (iii) la dimensión de los proyectos de hidrocarburos o de minería, y en éste último caso si se trata de pequeña, mediana o de minería a gran escala; y la especificidad de los proyectos, la tecnicidad y complejidad de los mismos, como por ejemplo la etapa o fase de exploración o explotación que se adelante la cadena del sector hidrocarburos tratándose así de exploración sísmica, exploración perforatoria, producción; o en el caso de proyectos mineros de exploración, construcción y montaje o explotación. (iv) la magnitud del impacto de los proyectos de hidrocarburos o de minería, en

este último caso igualmente por ejemplo la diferenciación en el desarrollo de un proyecto de minería a cielo abierto o subterránea o de socavón; (v) la complejidad y el carácter técnico de las decisiones a tomar, que implica que en algunos casos la participación ciudadana se lleve a cabo a través de los representantes legítimos de la población como son las autoridades locales elegidas mediante el voto como mecanismo de participación ciudadana.

- **Enfoque Territorial.** Deben considerarse las situaciones, características, necesidades, y especificidades ambientales, regionales, económicas, culturales y sociales de los territorios y las comunidades, propendiendo por su sostenibilidad ambiental, económica y social y el fortalecimiento de los entes territoriales.
- **Legitimidad y Representatividad.** Debe tenerse en cuenta que las autoridades de las entidades territoriales, en el marco de la democracia participativa, representan a la ciudadanía y por tal razón en algunos casos la participación ciudadana puede realizarse a través de los representantes, en razón de la complejidad de las decisiones a tomar y de los procedimientos que se establezcan para ello.
- **Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente.** Entrega permanente de información a autoridades locales y comunidades que se suministre desde la determinación de áreas donde se encuentren yacimientos, el procedimiento para la asignación de contratos de concesión, la ejecución de las actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo o RNNR, y la terminación de los contratos, así como el cierre de los proyectos.

Implica la necesidad de que el Estado cuente con sistemas de información públicos que contengan en forma organizada y completa la información de los proyectos de exploración y explotación de recursos del subsuelo – como mínimo referente a los procesos de selección de contratistas o de propuestas de contratos de concesión, los contratos de concesión suscritos, el estado de los trámites y gestiones ambientales y sociales, las inversiones sociales, las regalías generadas, entre otros aspectos-, como instrumento de divulgación y publicidad de las operaciones del sector, con el fin de contribuir a la gobernanza y el fortalecimiento institucional, que redunde en transparencia e información para

las comunidades y la población en general del país.

- **Desarrollo sostenible.** Equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el supuesto de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir⁽²⁰⁾, como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado, en el sentido de que éste debe propugnar por “un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente”⁽²¹⁾.
- **Diálogo, comunicación y confianza.** Relacionamiento con transparencia y apertura a la pluralidad como principio del Estado Social de Derecho, en el que se genere intercambio abierto y permanente de información y de libertad de expresión con el fin de propender a la construcción de espacios de participación que fomenten el diálogo y la democracia participativa como principio universal y expansivo.
- **Respeto, protección y garantía de los derechos humanos.** La exploración y explotación del subsuelo y de los RNNR debe fundarse en el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, desde las competencias del Estado, y sus entidades e instituciones, así como de los contratistas de concesiones de hidrocarburos y minería, quienes deben en el marco de los postulados constitucionales cumplir con sus obligaciones en materia de empresas y derechos humanos en general.
- **Buena Fe.** Debe regir la participación, coordinación y concurrencia nación territorio, el diálogo y el relacionamiento de todas las partes, tanto de las entidades y autoridades públicas, las empresas contratistas de concesiones y las comunidades, ya sea directamente o a través de organizaciones sociales.

Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial. Fortalecimiento, coordinación, articulación institucional nación territorio, y entre las instituciones y entidades de los mismos niveles de los sectores minero energético, ambiental y de interior, y aquellos otros

(20) C-389/16; T-519/94, C-035/16

(21) C-671/01

que se requieran, con la finalidad de proteger los derechos humanos, orientarse hacia el desarrollo sostenible, el cuidado de los recursos naturales, la protección del ambiente y de las comunidades y población colombiana, mediante el estricto seguimiento coordinado y conjunto del cumplimiento de las obligaciones técnicas, ambientales, sociales, económicas, entre otras, de las actividades y operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de los RNNR.

- **Sostenibilidad fiscal.** Herramienta para la consecución progresiva del Estado Social y Democrático de Derecho teniendo en cuenta los ingresos generados por las actividades y operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de los RNNR, que a través del Sistema General de Regalías promueve la equidad regional, la equidad social y la equidad para la defensa de la competitividad nacional.

4. Propuesta

Como se ha venido esbozando a lo largo de este documento, lo primero que debe mencionarse frente a los instrumentos y mecanismos que deben implementarse en cumplimiento de la SU-095/18, es que los mismos deberán abordar las respectivas competencias de las Administración Pública y por lo mismos estarán orientados a operar en dos vías, es decir que deberán contemplarse: (i) tanto para el ámbito nacional (en cuanto a la actividad extractiva), como (ii) en el ámbito de las entidades territoriales (en lo que respecta al ordenamiento territorial).

En ese sentido, y en atención tanto a los considerandos de la Corte plasmados más arriba, como a las diferentes categorías legislativas previstas en la Constitución, es procedente sostener que será necesario la implementación de: (i) una Ley de naturaleza estatutaria que regule participación y Coordinación- concurrencia Nación – Territorio, para las actividades extractivas de los recursos naturales no renovables del Estado; y (ii) una ley orgánica que modifique la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (“LOOT”), y en lo pertinente la Ley 388 de 1997 mediante la cual se regula la formulación de los planes de ordenamiento territorial (POT, PBOT, o EOT, según corresponda).

Frente a lo anterior vale aclarar que la propuesta desarrollada en el presente Memorando se ocupa exclusi-

vamente del instrumento “(i)” a ser implementado en el terreno nacional. En consideración a lo antedicho, se presenta en esta sección la “Audiencia Regional de Participación” como mecanismo de participación ciudadana e instrumento de coordinación y concurrencia nación-territorio, ajustado a los lineamientos y exigencias esgrimidos por la Corte, de conformidad con el artículo resolutorio No. 4 de la sentencia SU-095/18.

4.1. Audiencia regional de participación

Se propone la formulación de un proyecto de “Ley Estatutaria de Participación y Concurrencia Nación – Territorio”, que será un instrumento jurídico extensivo a las actividades extractivas de forma genérica, al entenderlas como una única actividad económica.

Esta Norma preverá como elemento fundamental una Audiencia Nacional/Regional de Participación, que no hará referencia a empresas o concesionarios específicos; y que constituirá el mecanismo de participación, y coordinación-concurrencia ordenado por la corte, en el terreno de las facultades de la Nación frente a la explotación de los recursos naturales no renovables del Estado (la “Audiencia”).

En todo caso, y en consideración a la complejidad temática de este asunto, el objeto de la norma será establecer principios, lineamientos y límites generales muy claros, que permitan un posterior desarrollo por parte del Gobierno Nacional, de acuerdo con sus facultades y dentro del marco jurídico fijado por esta norma. Así las cosas, el texto normativo deberá asegurar que esta Audiencia cumpla al menos con las siguientes características:

- Los participantes de la audiencia serán las autoridades públicas del nivel nacional (actuando de forma articulada como se explica más adelante), las autoridades territoriales involucradas, y la comunidad en general.
- El ámbito de aplicación espacial de esta Audiencia y las determinaciones que en ella se tomen estará dado por elementos objetivos como p.ej. extensión de yacimientos, contigüidad de títulos, potencial geológico, afectación ambiental y social, etc. En ese sentido será posible agrupar municipios para la celebración de la misma.
- En atención al principio de gradualidad, la Audien-

cia deberá cubrir las diferentes etapas de los procesos extractivos, sin perjuicio de que puedan instrumentarse audiencias separadas, según la clase de actividad (léase hidrocarburos v. minería).

- Así las cosas, cada vez que la audiencia se lleve a cabo para un o unos municipios determinados, deberá contemplarse un espacio diferenciado para atender las distintas fases de la respectiva actividad extractiva (puntualmente: precontractual y contractual, así como exploración y explotación).
- En ese entendido, la Audiencia contemplará en primera medida un espacio informativo que corresponda a la etapa precontractual de la actividad extractiva, en donde se le suministrará a la comunidad y a las autoridades locales toda la información necesaria para poder participar y plantear sus inquietudes de una manera informada frente a la posibilidad de desarrollar estas actividades en el espacio respectivo.

El carácter “informativo” de este primer espacio encuentra igualmente fundamento en el principio de gradualidad, en el entendido en que para esta fase aún no es posible determinar y cuantificar los impactos derivados de las actividades extractivas a ser desarrolladas, haciendo imposible definir cargas correlativas para las empresas.

La información que se suministrará y que debe haber sido previamente articulada entre todas las entidades relevantes de la Nación (Comisión interinstitucional según se desarrolla más adelante), abarcará de forma genérica, todos los proyectos que se pretendan desarrollar en un área específica y que se encuentren en la misma etapa. La información deberá incluir por lo menos lo siguiente:

- a. Estadísticas y/o proyecciones de aportes del sector minero energético (hidrocarburos, minería y energía) a las finanzas públicas, detallando del total de ingresos de la nación el porcentaje que corresponde al sector minero energético (hidrocarburos, minería y energía).
- b. Análisis del plan de Ordenamiento Territorial-POT- vigente del respectivo Municipio.
- c. Análisis del Plan de Desarrollo municipal vigente del Municipio respectivo.
- d. Análisis del censo poblacional y electoral vigente del Municipio respectivo.
- e. Documentos soporte de informes o investigaciones en el Municipio sobre efectos de la operación del sector minero energético (hidrocarburos, minería y energía) en el territorio, si existen.
- f. Descripción detallada de los ingresos económicos percibidos por el Municipio, en los últimos años.
- g. Descripción detallada y con soportes de las actividades económicas que se desarrollan en el Municipio.
- h. Descripción de la situación y estadísticas de empleo en el Municipio, con sectores y actividades económicas generadoras del mismo.
- i. La política pública del sector de hidrocarburos y la explicación detallada de los mecanismos e instrumentos diseñados e implementados, si existen, de relacionamiento con autoridades locales y/o comunidades y de participación ciudadana.
- j. La política pública del sector minero y explicación detallada de los mecanismos e instrumentos diseñados e implementados, si existen, de relacionamiento con autoridades locales y/o comunidades y de participación ciudadana.
- k. Las estrategias, planes, programas y/o proyectos de participación y de relacionamiento del sector minero energético (hidrocarburos y minería) con comunidades en el Municipio respectivo.
- l. Las estrategias, planes, programas y/o proyectos de participación y de relacionamiento del sector minero energético (hidrocarburos y minería) con autoridades locales en el Municipio respectivo.
- m. El número de contratos de hidrocarburos, así como de títulos mineros existentes en el país y en los municipios respectivos, señalando cuántos tienen actividades autorizadas o están en ejecución a la fecha.
- n. Los instrumentos, estrategias, planes, programas o proyectos para la participación ciudadana en

materia ambiental.

o. Áreas restringidas y excluidas para actividades extractivas.

- En segunda medida, y en relación con la fase contractual de la respectiva actividad extractiva, la Audiencia deberá contemplar un segundo espacio en donde se tendrán en cuenta las observaciones de la ciudadanía y de las autoridades territoriales frente a las actividades propias del contrato a desarrollar en el respectivo municipio o municipios.

En virtud del principio de gradualidad y en atención a los diferentes impactos (y la magnitud de los mismos) que se identifiquen para las distintas etapas contractuales, estas observaciones constituirán el insumo para que con base en ellas, la autoridad nacional pueda tomar decisiones diferenciales. A su vez, estas decisiones deberán materializarse en obligaciones para las partes al incorporarse en un instrumento legal vinculante como es el contrato mismo de concesión. De esta manera se verá entonces surtido el requisito de la Corte en cuanto a la influencia apreciable que deberá evidenciarse por parte de las entidades territoriales y de la comunidad en la toma de decisiones para el aprovechamiento de RNNR, sin que ello implique un poder de veto a favor de las entidades territoriales.

Ahora bien, es fundamental dejar claro que las decisiones y actos administrativos adoptados por la autoridad como resultado de la Audiencia, no podrán alterarse con base en información o resultados alcanzados en Audiencias posteriores.

- De manera posterior a la celebración de la respectiva Audiencia, la autoridad nacional tendrá el deber de informar y socializar las decisiones diferenciales a las que haya llegado, igualmente tendrá deberes de actualización frente a la manera en que las mismas vayan avanzando y desarrollándose.
- Dándole aplicación a todo lo anterior se garantizará que la decisión de p.ej. otorgar títulos mineros, adjudicar áreas/bloques petroleros, suscribir los contratos respectivos, y adelantar las actividades de exploración y explotación, se tome de forma concurrente, coordinada y permitiendo la efectiva participación ciudadana.

Por último, y con el fin de generar seguridad y estabilidad jurídica para el instrumento legal mencionado anteriormente, este deberá ceñirse de la manera más estricta posible a los principios generales desarrollados por la Corte en el fallo SU-095/2018, y en ese sentido se deberá observar:

- Implementar estos mecanismos y reformas sin pasar por alto que la Corte prohibió expresamente el poder de veto a la minería en cabeza de los municipios.
- Dar carácter objetivo a la discusión y los criterios para el desarrollo de los instrumentos, p.ej. partiendo de un análisis económico del Derecho. La audiencia sugerida deberá desarrollarse con base en estudios e investigaciones fundados en criterios técnicos-objetivos, que podrán ser aportados por las partes involucradas y deberán abarcar al menos los siguientes elementos:
 - Económico: dentro del cual se tendrá en cuenta –como mínimo- la información respectiva a regalías y otros ingresos económicos generados a favor de los municipios, departamentos y la nación por cuenta de las actividades extractivas; incluyendo estadísticas históricas y/o proyecciones de aportes hacia el futuro por parte de este sector.
 - Ambiental y social: dentro del cual se tendrán en cuenta –como mínimo- las afectaciones a los recursos naturales y áreas protegidas, así como los aportes de las actividades extractivas al bienestar general de la comunidad y otros componentes relacionados como p.ej. la tradición minera de un municipio.
 - Geológico: dentro del cual se considerará –como mínimo- el potencial geológico y prospectividad de un territorio en particular; y la disponibilidad de los respectivos recursos naturales no renovables; así como el riesgo geológico asociado a su extracción.
- Articulación nacional: Todas las entidades de la nación deben estar alineadas para este propósito, para lo cual se sugiere crear una comisión interinstitucional. Para este efecto, se propone crear la Comisión Intersectorial Minero-Energética (CIME) como instancia de coordinación necesaria para intervenciones en el territorio.

La CIME debe ser liderada por el Ministerio de Minas y Energía y estaría integrada por los ministros de Minas y Energía, de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Vivienda, Ciudad y Territorio, del Interior, de Hacienda, el Director del DNP, el Defensor del Pueblo y el Consejero Presidencial para la Competitividad y Proyectos Estratégicos, entre otros. Cuando el tema lo amerite, la Comisión podrá invitar a miembros de otras carteras y del Consejo Nacional Ambiental. Sus decisiones operativas serán ejecutadas por los respectivos ministerios que conforman la Comisión.

Siguiendo la experiencia práctica de la Comisión Intersectorial de Infraestructura de 2012, es importante que sus funciones sean pocas, y concentradas en la coordinación y orientación superior de las funciones de las entidades públicas que participen en la aprobación y ejecución de proyectos minero-energéticos.

Para efectos de la Audiencia, el Ministerio de Minas o quien este delegue para que lidere la audiencia debe estar representando legítimamente a la CIME y haber cotejado con sus miembros la información compartida en dicha audiencia.

- Para efectos de las Autoridades locales, se debe acudir a los órganos legítimos de representación.
- Decisiones finales de cada audiencia: Garantizar cumplimiento para efectos de seguridad jurídica, así como su permanencia en el tiempo (garantizar estabilidad e inalterabilidad).
- Se debe contemplar un periodo o mecanismo de transición para proyectos existentes.
- Todo lo anterior debe estar orientado hacia y basado en el principio constitucional del desarrollo sostenible.



Propuesta de modificaciones en materia de ordenamiento territorial para el cumplimiento de la Sentencia SU - 095 de 2018

Memorando explicativo

Considerando que la Sentencia SU-095-2018, señala que la distribución de competencias entre el nivel central y el territorial debe establecerse por ley orgánica, indicando: “ la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) será la encargada de definir las competencias de la Nación y las entidades territoriales y determina que las competencias que se le atribuyan a los distintos niveles territoriales deberán regirse por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad)” (pag 50,51) y que así mismo esta sentencia de unificación indica que el principio de concurrencia parte de la consideración de que existen una serie de fines del Estado cuya realización requiere de la participación tanto de las autoridades del Estado a nivel nacional, como de las entidades del nivel territorial. Para garantizar el principio de colaboración, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, que el Legislador debe distribuir las competencias de las entidades nacionales y territoriales garantizando a cada orden el ámbito de su autonomía constitucional. Para preservar la eficacia del principio de coordinación es necesario que la ley garantice que el ejercicio de las facultades legales otorgadas a unas autoridades no termine por impedir el ejercicio de las facultades y competencias constitucionales de la otra. La sentencia C-123 de 2014 sobre el particular, precisó: “De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad”. (pág. 50)

Siendo Las Leyes 388 de 1997 y 1454 el marco normativo que indica los principios rectores que deben ser tenidos en cuenta por el Legislador para acciones que involucren a los departamentos, distritos, municipios y entidades territoriales indígenas o para la expedición de normas que afecten, modifiquen o reformen los temas de ordenamiento territorial y que es la La LOOT la ley que define las competencias de los municipios de reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes y optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos resulta necesario modificar estas leyes para armonizarlas con las ordenes constitucionales que buscan que las competencias nacionales para administrar el uso de los recursos naturales no renovables sean tenidos en cuenta bajo los principios de coordinación y concurrencia durante los procesos de ordenamiento territorial al incorporar en los municipios durante sus procesos de Ordenamiento Territorial la información sobre potencial minero y energético de acuerdo a los lineamientos dados por la Nación y que los resultados de los procesos de coordinación y concurrencia que se surtan en el orden Nacional con la participación de los entes territoriales se vean reflejados de manera clara en los correspondientes ordenamientos territoriales.

Igualmente es de suma relevancia comprender que las actividades extractivas son de interés nacional y que su desarrollo legal y armónico con los principios de desarrollo sostenible interesa a todos los habitantes de la Nación, por lo cual se ha establecido que no debe imperar el principio de concurrencia y que en estos casos

“de trascendencia económica, el nivel central desplaza a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad” (pág. 48). Por esta razón debe establecerse con claridad absoluta que las actividades extractivas, igual que las demás actividades económicas, deben desarrollarse libremente en el territorio nacional en aquellas zonas donde no resulten prohibidas o restringidas y que la información que debe incorporarse entonces en esta materia en los instrumentos de planeación municipal es la correspondiente al potencial existente de acuerdo a la información disponible en cada caso, la cual podrá ser actualizada periódicamente cuando se surtan los correspondientes ejercicios de actualización de dichos instrumentos.

Esta modificación legislativa logra de manera clara que la Nación participe activamente en la inclusión del componente minero-energético a nivel territorial reconociendo los planes de ordenamiento como el instrumento por excelencia para lograr la coordinación y concurrencia a nivel territorial y que se incluya la información geológica minera y de los recursos naturales no renovable que se encuentre disponible en los planes de ordenamiento territorial para que se promueva el desarrollo sostenible en la región y la armonización de toda la información a nivel Nacional promoviendo la eliminación de las tensiones existentes que tanto daño le hacen al desarrollo armónico del país.

Es por esta razón que se propone la participación directa del Ministerio de Minas y Energía como representante del sector en la Comisión de Ordenamiento Territorial y a la vez de sus delegados en las comisiones regionales de ordenamiento territorial, para que des esta manera se logren implementar en la práctica los principios de coordinación y concurrencia y llevar a nivel territorial de manera efectiva la incorporación del potencial minero energético en los instrumentos de planeación que se propone en la misma reforma, cumpliendo todos los preceptos participativos dados por la Corte Constitucional.

Igualmente, resulta necesario aclarar que la potestad reglamentaria debe ejercerse atendiendo a los postulados técnicos y de eficiencia que se requieran para que en el ejercicio territorial dicha incorporación pueda realizarse adecuadamente desde la etapa de diagnóstico y formulación.

Por último, resulta fundamental introducir dos modificaciones a la ley 388 de 1997, la primera para hacer explícita la necesidad de incorporar en los componentes generales del plan de ordenamiento las políticas de aprovechamiento y uso tanto de los recursos renovables como de los no renovables y la información geológica y de los recursos naturales no renovables disponible, de acuerdo con los lineamientos dados por la autoridad Nacional.

Modificaciones Sugeridas a las Normas de Ordenamiento Territorial

Con base en todo anteriormente, al revisar la **ley 1454 de 2011 y 388 de 1997**, apuntando a los objetivos señalado anteriormente, consideramos necesario establecer las siguientes modificaciones en dichas leyes, de acuerdo con lo discutido en las oficinas de la ACM esto podría montarse en un solo proyecto de ley que sería estructurado por Gómez Pinzón.

Ley 1454 de 2011

ARTÍCULO 5o. CONFORMACIÓN DE LA COT. La Comisión de Ordenamiento Territorial, COT, estará conformada por:

1. El Ministro del Interior o su delegado, quien la presidirá.
2. El Ministro del Medio Ambiente o su delegado.
- 3. El Ministro de Minas y Energía.**
4. El Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), o su delegado.
5. Un delegado de las CAR.
6. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Nacional.
7. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por cada una de las Cámaras Legislativas, previa postulación que hagan las respectivas Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial.
8. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico.

ARTÍCULO 8o. COMISIONES REGIONALES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. Se faculta a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, para que mediante ordenanzas y acuerdos creen la Comisión

Regional de Ordenamiento Territorial que dentro de su jurisdicción se establezcan, las que orientarán las acciones en esta materia y participarán en la elaboración del proyecto estratégico regional de ordenamiento territorial, acorde con los lineamientos generales establecidos por la COT.

La Comisión de Ordenamiento Territorial establecerá la integración y funciones generales de las Comisiones Regionales y su forma de articulación con los distintos niveles y entidades de gobierno.

En la conformación de las Comisiones Regionales, se observará la composición de la COT, con el fin de garantizar la representación de los sectores que integran dicho ente, de la siguiente manera:

Comisiones Departamentales:

1. El Gobernador, o su delegado, quien la presidirá.
2. El Secretario de Ambiente y Desarrollo Rural, o la instancia similar, o su delegado.
3. El Director Departamental del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), o su delegado.
4. El Director de la CAR respectiva, o su delegado.
- 5. El Ministro de Minas y Energía o su delegado.**
6. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Departamental.
7. Dos expertos de reconocida experiencia en la materia designados por la Asamblea Departamental respectiva.
8. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico del Departamento.

Comisiones Municipales:

1. El Alcalde Municipal, o su delegado, quien la presidirá.
2. El Secretario de Ambiente y Desarrollo Rural, o la instancia similar, o su delegado.
3. Un delegado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC).
4. Un delegado del Director de la CAR respectiva.
- 5. El Ministro de Minas y Energía o su delegado.**
6. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Municipal.
7. Dos expertos de reconocida experiencia en la materia designados por el Concejo Municipal respectivo.
8. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico del Municipio.

“ARTÍCULO 29. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO.

Son competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de ordenamiento del territorio, las siguientes:

1. De la Nación:

- a. Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas.
- b. Localización de grandes proyectos de infraestructura.
- c. Determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa.
- d. Los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades.
- e. Los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones.
- f. La conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural.
- g. Los lineamientos para la introducción del potencial minero-energético en el ordenamiento territorial.**
- h. Definir los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los Distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley.

PARÁGRAFO 1. Las competencias asignadas a la Nación en los literales anteriores se adelantarán en coordinación y concurrencia con los entes territoriales.

Todos los elementos que se requieran para incluir de manera eficiente y técnicamente compatible, la información señalada en el literal g de este artículo serán reglamentados por el Ministerio del Ramo dentro de los 6 meses siguientes a la expedición de esta ley. Dichos lineamientos deberán ser adoptados por los municipios durante la etapa preliminar de diagnóstico y formulación de los planes de ordenamiento territorial y serán de obligatorio cumplimiento.

2. Del Municipio:

- a. Formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio.
- b. Reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes.

- a. Optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

PARÁGRAFO 1o. La distribución de competencias que se establece en este artículo se adelantará bajo los principios de descentralización, coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Las acciones se ejercerán en coordinación con lo dispuesto por sus autoridades respectivas en los instrumentos locales y regionales de planificación.

PARÁGRAFO 2o. Al nivel metropolitano le corresponde la elaboración de planes integrales de desarrollo metropolitano con perspectiva de largo plazo, incluyendo el componente de ordenamiento físico territorial y el señalamiento de las normas obligatoriamente generales que definan los objetivos y criterios a los que deben acogerse los municipios al adoptar los planes de ordenamiento territorial en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Áreas Metropolitanas."

Ley 388 de 1997

ARTÍCULO 12. CONTENIDO DEL COMPONENTE GENERAL DEL PLAN DE ORDENAMIENTO. El componente general del plan de ordenamiento deberá contener:

- I. Los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo que complementarán, desde el punto de vista del manejo territorial, el desarrollo municipal y distrital, principalmente en los siguientes aspectos:
 - I.1. Identificación y localización de las acciones sobre el territorio que posibiliten organizarlo y adecuarlo para el aprovechamiento de sus ventajas comparativas y su mayor competitividad.
 - I.2. Definición de las acciones territoriales estratégicas necesarias para garantizar la consecución de los objetivos de desarrollo económico y social del municipio o distrito.
 - I.3. Adopción de las políticas de largo plazo para la ocupación, aprovechamiento y manejo del suelo y del conjunto de los recursos naturales renovables y no renovables.
2. Contenido Estructural, el cual deberá establecer, en

desarrollo y concreción de los aspectos señalados en el numeral 1º de este artículo, la estructura urbano-rural e intraurbana que se busca alcanzar a largo plazo, con la correspondiente identificación de la naturaleza de las infraestructuras, redes de comunicación y servicios, así como otros elementos o equipamientos estructurantes de gran escala. En particular se deberán especificar:

- 2.1. Los sistemas de comunicación entre el área urbana y el área rural y su articulación con los respectivos sistemas regionales.
- 2.2. El señalamiento de las áreas de reserva y medidas para la protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y defensa del paisaje, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, así como de las áreas de conservación y protección del patrimonio histórico, cultural y arquitectónico.
- 2.3. La determinación y ubicación en planos de las zonas que presenten alto riesgo para la localización de asentamientos humanos, por amenazas o riesgos naturales o por condiciones de insalubridad.
- 2.4. La localización de actividades, infraestructuras y equipamientos básicos para garantizar adecuadas relaciones funcionales entre asentamientos y zonas urbanas y rurales.
- 2.5. La información geológica y de los recursos naturales no renovables disponible**
- 2.6. La clasificación del territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana, con la correspondiente fijación del perímetro del suelo urbano, en los términos en que estas categorías quedan definidas en el Capítulo IV de la presente ley, y siguiendo los lineamientos de las regulaciones del Ministerio del Medio Ambiente en cuanto a usos del suelo, exclusivamente en los aspectos ambientales y de conformidad con los objetivos y criterios definidos por las Áreas Metropolitanas en las normas obligatoriamente generales, para el caso de los municipios que las integran.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de la aplicación de las normas que aquí se establecen, se entenderá por estructura urbano-rural e intraurbana el modelo de ocupación del territorio que fija de manera general la estrategia de localización y distribución espacial de las actividades, determina las grandes infraestructuras requeridas para soportar estas actividades y establece las características de los sistemas

de comunicación vial que garantizarán la fluida interacción entre aquellas actividades espacialmente separadas.

PARÁGRAFO 2o. En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 367 de la Constitución Política, y a fin de evitar que pueda haber zonas urbanas sin posibilidad de cobertura de servicios públicos domiciliarios, en adelante el perímetro urbano no podrá ser mayor que el denominado perímetro de servicios.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 190 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando existan inconsistencias entre lo señalado en el acuerdo que adopta el plan de ordenamiento territorial y su cartografía oficial, prevalecerá lo establecido en el texto del acuerdo y corresponderá al alcalde municipal o distrital, o la entidad delegada para el efecto, corregir las inconsistencias cartográficas, siempre que no impliquen modificación al articulado del Plan de Ordenamiento Territorial.

En el acto administrativo que realice la precisión cartográfica se definirán, con fundamento en las disposiciones del Plan de Ordenamiento Territorial y sus reglamentaciones, las normas urbanísticas aplicables al área objeto de la precisión. Una vez expedido el acto administrativo, el mismo deberá ser registrado en todos los planos de la cartografía oficial del correspondiente plan y sus instrumentos reglamentarios y complementarios. Esta disposición también será aplicable para precisar la cartografía oficial cuando los estudios de detalle permitan determinar con mayor exactitud las condiciones jurídicas, físicas, geológicas y morfológicas de los terrenos.

Otros elementos a considerar

Mecanismo para que la comunidad y el nivel territorial concurren en el nivel nacional

Ahora bien, consideramos que en cuanto a la segunda parte de las ordenes constitucionales, en nuestra opinión se debería hablar de una ley estatutaria de participación y concurrencia que se piense en una serie de audiencias regionales que permitan la participación activa de las autoridades representativas y las comunidades y en las que se discuta la actividad en cada una de sus fases y se puedan poner en discusión las distintas visiones e inquietudes con un grado de injerencia razo-

nable que pueda incidir en la toma de decisiones y generar decisiones diferenciales sobre el desarrollo futuro de la actividad con base en estudios técnicos, sociales y económicos que atienda, como la corte lo señala, a las situaciones, características, necesidades, y especificidades ambientales, regionales, económicas, culturales y sociales de los territorios y las comunidades, propendiendo por su sostenibilidad ambiental, económica y social y el fortalecimiento de los entes territoriales.

Así las cosas, esta audiencia debería reconocer de acuerdo con los lineamientos que da la corte que para la fase exploratoria el proceso que se surte sea puramente informativo y los mecanismos vayan fortaleciéndose para las fases posteriores de construcción y montaje y explotación, igualmente debe tenerse en cuenta que la Corte indica que se deben incluir las actividades de cierre y abandono. Por lo cual la audiencia deberá realizarse con cierta periodicidad y tener el objetivo de mantener una comunicación permanente con las comunidades. Igual es importante reconocer que la corte trae conceptos como el tipo de minería y conceptos complejos que hasta ahora sólo se habían usado para comunidades étnicas como afectación directa que tendría que analizarse como incorporarlos a la legislación que se profiera.

En opinión de Portex esta audiencia debe ser presidida por una Comisión Intersectorial Minero Energética, que supere la falta de alineamiento de alto nivel entre el sector minero energético hoy claramente evidenciada, y permita alcanzar los objetivos de ordenamiento institucional, ambiental y territorial dentro del Estado. En este sentido, se debería crear una Comisión Intersectorial Minero Energética (CIME) como instancia necesaria para tener una única agenda pública sobre las actividades minero energéticas, tanto a nivel de políticas como en intervenciones en territorio.

Dicha instancia contará con funciones decisorias para operadores y entidades públicas involucradas (se crearía como desarrollo reglamentario del artículo 45 de la Ley 489 de 1998) y estaría integrada por:

- Ministerio de Minas y Energía, quien ejercerá como secretaria técnica de la misma.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.
- Ministerio del Interior.
- Departamento Nacional de Planeación.

- Defensoría del Pueblo.
- Consejería Presidencial para la Competitividad.
- En aquellos proyectos que lo ameriten, la Comisión podrá invitar a miembros de otras carteras al Consejo Nacional Ambiental.

Igualmente, debe concluirse que en ningún momento se señala que la audiencia deba realizarse como un procedimiento individual para cada título minero pues ya existen los requisitos de idoneidad ambiental, laboral y capacidad legal y económica señalados en la ley. Por lo cual surtido el proceso de concertación a nivel territorial esta audiencia debería diseñarse como un instrumento de participación en el que se discutan grandes temas de visión del sector y de los territorios sobre las actividades extractivas y no sobre un concesionario individual, pues este procedimiento no aporta al proceso participativo y si es muy costoso e ineficiente para los intereses de la Nación. Sería importante construir los indicadores de costos y eficiencias si se considera pertinente, así las cosas, se deberán llevar los temas de geología, contratación, recursos naturales, posible generación de recursos económicos, etc. de manera global para la región de que se trate.

Por otra parte, consideramos que es procedente analizar si los titulares mineros a partir de la etapa de construcción y montaje, y atendiendo a las ordenes constitucionales podrían concurrir a estas audiencias en un estilo de rendición de cuentas que permita de esta forma dar cumplimiento a los requerimientos de información a la comunidad y las autoridades. Siendo muy importante señalar que para toda la etapa precontractual y la exploración los titulares mineros no deben tener ninguna participación individual en estas audiencias.

Igualmente, nos parece fundamental señalar que la coordinación a nivel Nación-Territorio, requiere de una institucionalidad minera capaz de responder eficientemente a este reto. En este sentido, la llegada a territorio por parte del Ministerio de Minas y Energía debe fortalecerse a través de una dirección específica que la oriente.

En este sentido, se debería crear la Oficina de Asuntos Territoriales – OAT del Ministerio de Minas. Esta se crearía como instancia indispensable de orientación y coordinación sectorial para la inclusión de la actividad Minero Energética a nivel territorial. Esta contará con las

siguientes funciones:

- a. Orientar y planificar la llegada de la llegada ordenada y eficaz del MME al territorio, incluyendo la realización de ejercicios de prospectiva de la actividad minero energética.
- b. Acordar, programar y monitorear la intervención sectorial en los municipios, departamentos y cuencas con Actividad Minero Energética
- c. Orientar al Sistema de Información Cartográfica para que los sistemas de información subsectoriales sean interoperables y para que la información sectorial tenga las características de actualización, formato, escala y flujos bidireccionales adecuados para el ordenamiento territorial y de cuencas.
- d. Apoyar a los equipos operativos de la ANH, ANM y UPME que efectuarán la llegada al territorio con información, modelos de relacionamiento, mapeo de actores, modelos de intervención según la fase de los procesos de ordenamiento territorial y de cuencas.
- e. Apoyar el fortalecimiento de capacidades locales de ordenamiento territorial y de cuencas para que se puedan desarrollar las actividades mineras en el territorio y se puedan conocer sus beneficios.
- f. Desarrollar indicadores para la evaluación de participación del sector minero energético en los procesos de ordenamiento territorial y de cuencas.

Ahora bien, las reglamentaciones que de estas leyes se deban derivar deberán hacer mucho énfasis en los elementos estructurales que se detallaron en el documento “Diseño e implementación de estrategias de gobernanza, desarrollo integral y participativo para el sector minero energético y para la implementación de los planes de acción de la política minera” (Portex, 2017) para las fases de diagnóstico, formulación, aprobación, e implementación de los instrumentos de planeación pues evidentemente el ejercicio de implementación requiere todo un protocolo de campo que busque superar los obstáculos existentes y genere un ambiente de legitimidad al sector como bien lo señala la Corte Constitucional y haga un énfasis muy importante en el cumplimiento de las Ordenes Constitucionales de fortalecer la participación en las etapas de formulación de los Planes de Ordenamiento Territorial, pues de lo contrario se estaría abriendo un espacio muy importante para que los detractores del tema consideren que no se está dando cumplimiento al fallo y busquen la forma de promover nuevos fallos de inconstitucionalidad.

ANEXO

Aspectos esenciales de la Sentencia SU 095-2018

Para efectos de tener siempre como marco referencial las manifestaciones expresas de la Corte Constitucional sobre la materia objeto de estudio en la Sentencia SU-2018 se ha construido este anexo de referencias que resume las principales citas textuales sobre todos los asuntos objeto de estudio.

De manera general se puede señalar que de la revisión de la Sentencia SU-095 de 2018 se pueden concluir que si bien la competencia para reglamentar los usos del suelo esta asignada competencialmente a los municipios, ésta competencia se puede ver desplazada en asuntos de interés nacional donde será entonces necesario que entren a operar ampliamente los principios de Coordinación y Concurrencia en leyes orgánicas y se fortalezca la participación ciudadana a través de nuevos mecanismos en leyes estatutarias, normativas que deben regular la forma como las autoridades nacionales y territoriales concurrirán para procurar el desarrollo sostenible de las actividades extractivas y establecer cómo se garantizará la participación efectiva de las comunidades asentadas en los territorios donde se desarrollan los proyectos.

Resulta igualmente importante señalar que la Corte manifestó que este proceso se debe surtir en todas las fases de los proyectos de forma diferencial y gradual, que los POT son los mecanismos de ordenamiento territorial por excelencia, que se deben fortalecer los mecanismos de participación ciudadana existentes y hacerlos vinculantes con base en análisis técnicos y especializados, que el seguimiento debe ser permanente e identifica una serie de principios rectores que no se

pueden olvidar en la estructuración de ningún instrumento legislativo o administrativo que se pretenda construir en cumplimiento de las ordenes impartidas.

Sobre todo, lo anteriormente expresado señaló expresamente la Corte Constitucional.

1. La competencia para reglamentar los usos del suelo es de los municipios, pero se puede ver desplazada en asuntos de interés nacional. Las Autoridades Territoriales a través de los Concejos Municipales **reglamentan los usos del suelo** y dictan las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (pag 48). Sin embargo, para ciertas actividades de trascendencia económica, el nivel central **desplaza a las entidades territoriales** en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad. (pág. 48)
2. La distribución de competencias entre el nivel central y el territorial debe establecerse por ley orgánica... Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) será la encargada de definir las competencias de la Nación y las entidades territoriales y determina que las competencias que se le atribuyan a los distintos niveles territoriales deberán regirse por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (pág. 50,51)
3. La coordinación se evidencia en la fase de ejecución. Respecto del principio de coordinación, la Corte Constitucional ha señalado que éste parte de: “la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades

- del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos **resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal**. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias **y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas**". (pág. 50)
4. La concurrencia exige una distribución de competencias por ley. El principio de concurrencia parte de la consideración de que existen una serie de fines del Estado cuya realización **requiere** de la participación tanto de las autoridades del Estado a nivel nacional, como de las entidades del nivel territorial. Para garantizar el principio de colaboración, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, que **el Legislador debe distribuir las competencias** de las entidades nacionales y territoriales garantizando a cada orden el ámbito de su autonomía constitucional. Para preservar la eficacia del principio de coordinación es necesario que la ley garantice que el ejercicio de las facultades legales otorgadas a unas autoridades no termine por impedir el ejercicio de las facultades y competencias constitucionales de la otra. La sentencia C-123 de 2014 sobre el particular, precisó: "De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, **sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad**". (pág. 50)
 5. Las Leyes 388 de 1997 y 1454 de 2011 regulan todo lo relacionado con el ordenamiento territorial, siendo éste el marco normativo que indica los principios rectores que deben ser tenidos en cuenta por el Legislador, para acciones que involucren a los departamentos, distritos, municipios y entidades territoriales indígenas o para la expedición de normas que afecten, modifiquen o reformen la organización político administrativa del Estado. (pág. 51)
 6. La Nación establece la política general de ordenamiento del territorio en asuntos de interés nacional, artículo 29 de la Ley 1454 de 2011. Define los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, en coordinación con los demás entes territoriales (pág. 52)
 7. La LOOT define las competencias de los municipios, reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes y optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, **en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos**. (pág. 53)
 8. COT y Contrato Plan son mecanismos de ejecución. La Ley 1454 de 2011 estipula nuevos esquemas asociativos entre entidades territoriales y el fomento del traslado de competencias y del poder decisivo de los órganos centrales a los territoriales. Para el cumplimiento de tal objetivo crea: (i) la Comisión de Ordenamiento Territorial – COT – y (ii) el Contrato Plan, como el vehículo para para desarrollar proyectos entre la Nación y las entidades territoriales. (pág. 53)
 9. En los POT se define el componente rural y la conveniente utilización del suelo. Respecto de la estructura del POT, puede sintetizarse de la siguiente manera. Está conformado por tres componentes: (i) el componente general, constituido por los objetivos, estrategias y contenidos estructurales de largo plazo; (ii) el componente urbano, constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano y; (iii) **el componente rural, constituido por las políticas, acciones, programas y normas para orientar y garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, así como la conveniente utilización del suelo**⁽¹⁾. (pág. 54)
 10. La Construcción del POT debe ser participativa y financiada. A su vez, el POT deberá contener los temas de la gestión y financiación, los programas de ejecución y cartografía. La formulación del POT tiene tres etapas, las cuales son: diagnóstico, síntesis y formulación. Estas tres etapas deberán garantizar siempre la **participación, la socialización y la concertación**. (pág. 55)
 11. Los objetivos de los POT sirven a las actividades extractivas. Dentro de los objetivos que se buscan lograr con los POT se encuentran los siguientes: i) proteger y conservar los recursos naturales y el ambiente para mejorar la productividad, competitividad y sostenibilidad; ii) mejorar la calidad de vida a través del señalamiento de proyectos de vivienda, espacios públicos y servicios públicos; iii) **lograr una visión integral en la planificación territorial que sea concertada a mediano y largo plazo del terri-**

(1) Artículo 11. Ley 388 de 1997.

torio; iv) promover la adecuada localización de actividades, tendiente a disminuir los conflictos del uso del suelo (clasificación de actividades) y; v) orientar los recursos públicos y direccionar la inversión privada, buscando mejorar la administración pública en el desarrollo territorial. (pág. 55)

12. La participación ciudadana en los POT se regula por el artículo 24 de la ley 388 de 1997. (pág. 55)

13. Sobre los procedimientos surtidos por la ANM. A manera de síntesis puede afirmarse que en esta etapa precontractual se realizan las siguientes gestiones: i) se revisa la idoneidad ambiental, social y económica del solicitante; ii) **un ejercicio de concurrencia con las entidades territoriales**, en el que se informa de los títulos mineros a otorgar en su jurisdicción, se contrasta con el plan de ordenamiento territorial y se revisa el catastro y registro minero y, iii) se realizan las audiencias públicas con la ciudadanía con el fin de informar los títulos mineros a otorgar con sus características y se garantiza la participación; iv) **se recogen insumos para la formulación del Plan de Gestión Social** que debe realizar el concesionario. (pág. 82)

14. Los mecanismos existentes no son vinculantes. No obstante (i) estos mecanismos **se limitan a reuniones informativas con las comunidades**, (ii) los resultados de dichas reuniones son simplemente **insumos para la autoridad ambiental**, quien no se encuentra obligada a tenerlos en consideración al momento de otorgar las autorizaciones ambientales y por tanto, ello implica que (iii) **ninguno es efectivo para llegar a acuerdos vinculantes y compromisos con las comunidades asentadas en las zonas de operación y que puedan ser afectadas por la misma.** (pág. 90)

15. La discusión sobre la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales en un territorio requiere discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales en el marco del desarrollo sostenible. Así mismo, la consulta popular es un instrumento focalizado y limitado que no permite discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales de una materia compleja como es la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, pues tal mecanismo de participación ciudadana implica la realización de una pregunta cuya respuesta solo admite escoger entre “sí o no”, lo que impide **un análisis técnico y especializado** respecto a las actividades del sector minero energético; en tal sentido, la decisión de explorar o explotar RNNR o del subsuelo, como actividades permitidas constitucionalmente, no es binaria (sí o no) y debe contrariamente responder a **análisis técnicos integrales y al concepto de desa-**

rollo sostenible. Por el contrario, de obtenerse un “no”, ello implicaría un poder de veto de las entidades territoriales que anula las competencias nacionales en materia del subsuelo, desconociendo todo el marco constitucional que las dispone. (pág. 142)

16. La actividad debe respetar los postulados constitucionales. Todas aquellas actividades que se desarrollen con el fin de **explorar y explotar el subsuelo** y los RNNR, deben respetar, garantizar y proteger los postulados constitucionales de participación ciudadana y de coordinación y concurrencia nación territorio, en el marco del Estado unitario y la autonomía territorial. (pág. 143)

17. Se debe crear una ley estatutaria de participación que garantice la participación efectiva de la comunidad. De lo expuesto, se concluye como se indicó en las consideraciones anteriores de esta providencia que: i) en virtud de las reglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias C-123 de 2014 y C-389 de 2016, las autoridades estatales competentes en otorgar un título minero o conceder un contrato de concesión, han fortalecido los espacios de participación y socialización en la etapa precontractual y contractual. Igualmente se han garantizado escenarios de concertación con las entidades territoriales, con el fin de que se conozcan los proyectos que se ejecutaran en determinados territorios y se tenga en cuenta los intereses de las autoridades locales. **No obstante, estos instrumentos no están regulados adecuadamente mediante leyes estatutarias, ni son lo suficientemente vigorosos y robustos para garantizar la participación efectiva de la comunidad.** (pág. 146)

18. La corte ordena que las autoridades concurren en la definición, ejecución y seguimiento de las Actividades de hidrocarburos y minería. existe un déficit de protección, porque se desconoce una realidad que desde un enfoque constitucional, requiere un imperativo de atención toda vez que el ordenamiento jurídico colombiano no garantiza legalmente de forma específica la participación de las comunidades que se encuentran ubicadas en lugares donde se desarrollan actividades u operaciones para explorar o explotar RNNR y del subsuelo, y que puedan verse impactadas o afectadas por las mismas, ni un instrumento para que **las entidades territoriales, a través de sus autoridades competentes, concurren en la definición, ejecución y seguimiento de las actividades de hidrocarburos y de minería.** (pág. 151)

19. Diferencialidad/Gradualidad. deben tener en cuenta la especificidad de los proyectos, la tecnicidad y complejidad de los mismos, como por ejemplo **la etapa o fase de exploración o explotación que se adelante** la cadena del sector hidrocarburos tratándose así de exploración sísmi

ca, exploración perforatoria, producción; o en el caso de proyectos mineros de exploración, construcción y montaje o explotación, y en estos casos si se trata de una mina a cielo abierto o subterránea. Lo anterior, por cuanto **la protección constitucional que se establezca por el Legislador debe ser de un mayor grado de protección con relación al mayor grado de afectación** que pueda generar la operación del proyecto del sector minero energético. (pág. 152) Los Mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio deben ser diferenciales, con relación a: (i) La existencia de etapas o fases para la exploración y explotación del subsuelo o de RNNR. La participación ciudadana y la coordinación y concurrencia nación territorio deberán respetarse, protegerse y garantizarse durante todas las fases de realización de acciones o actividades de hidrocarburos o de minería. Así, teniendo en cuenta la etapa o la fase para la determinación o definición de áreas donde se encuentren yacimientos de RNNR o de concesión de estos, **deberán diseñarse mecanismos o instrumentos que correspondan a los efectos de cada fase en forma proporcional a la dimensión de los impactos**. Así, los mecanismos de participación ciudadana y los instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio deben ser **permanentes en las fases de planeación, ejecución y seguimiento**, en donde pueden establecerse **mecanismos informativos (por ejemplo, en la definición de las áreas a concesionar) y otros de participación de las comunidades (por ejemplo, para la evaluación específica de impactos por la operación de los proyectos), para así mantener seguimiento ex ante y ex post de los proyectos;** (ii) la afectación generada a las comunidades asentadas en los municipios de desarrollo de actividades y su ubicación, diferenciando aquellas comunidades ubicadas en áreas de **afectación directa de los proyectos** y a las ubicadas en áreas de afectación indirecta a los mismos; (iii) la dimensión de los proyectos de hidrocarburos o de minería, y en éste último caso si se trata de pequeña, mediana o de minería a gran escala; y la especificidad de los proyectos, la tecnicidad y complejidad de los mismos, como por

ejemplo la etapa o fase de exploración o explotación que se adelante la cadena del sector hidrocarburos tratándose así de exploración sísmica, exploración perforatoria, producción; o en el caso de proyectos mineros de exploración, construcción y montaje o explotación. (iv) la magnitud del impacto de los proyectos de hidrocarburos o de minería, en este último caso igualmente por ejemplo la diferenciación en el desarrollo de un proyecto de minería a cielo abierto o subterránea o de socavón; (v) la complejidad y el carácter técnico de las decisiones a tomar, que implica que en algunos casos la participación ciudadana se lleve a cabo a través de los representantes legítimos de la población como son las autoridades locales elegidas mediante el voto como mecanismo de participación ciudadana. (pág. 156)

20. Enfoque Territorial. Deben considerarse las situaciones, características, necesidades, y especificidades ambientales, regionales, económicas, culturales y sociales de los territorios y las comunidades, propendiendo por su sostenibilidad ambiental, económica y social y el fortalecimiento de los entes territoriales. (pág. 156)
21. Legitimidad y Representatividad. Debe tenerse en cuenta que las autoridades de las entidades territoriales, en el marco de la democracia participativa, representan a la ciudadanía y por tal razón en algunos casos la participación ciudadana puede realizarse a través de los representantes, debido a la complejidad de las decisiones a tomar y de los procedimientos que se establezcan para ello. (pág. 156)
22. Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente. Entrega permanente de información a autoridades locales y comunidades que se suministre desde la determinación de áreas donde se encuentren yacimientos, el procedimiento para la asignación de contratos de concesión, la ejecución de las actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo o RNNR, y la terminación de los contratos, **así como el cierre de los proyectos**.
23. Seguimiento conjunto y coordinado entre las instituciones. (pág. 158)

