

C. EL CARBON MINERAL Y SU REGIMEN JURIDICO

Para nadie es desconocida la importancia que a través de la historia han tenido los minerales; importancia que va desde lo meramente económico hasta lo sustancialmente estratégico; como instrumento de presión política en el caso de los Hidrocarburos o como elementos reservados para la guerra nuclear, como es el caso de los minerales radioactivos y nucleares.

Esta importancia ha conllevado que las Naciones del orbe se preocupen arduamente por mantener un poder de disposición sobre sus minerales y por tanto ha elevado a la categoría de canon constitucional su derecho de propiedad sobre ellos: Colombia, Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Sud-Africa, Polonia, España, México, para no citar sino estos, han consagrado en la carta que la propiedad sobre las minas corresponde a la Nación.

En desarrollo del mandato constitucional de propiedad sobre los yacimientos los diferentes estados han ideado mecanismos jurídicos idóneos que le permiten regular la actividad minera, desde la extracción hasta el consumo. Para darle vida a estos mecanismos, se ha acudido al instrumento legal. Es la norma jurídica la que hace realidad o ruina la riqueza mineral obviamente sin dejar a un lado las herramientas técnicas y humanas, pero la norma puede regular con dinamismo la actividad extractiva, puede hacer partícipe de ella a toda la comunidad, o bien puede mantener dicha actividad en el letargo, privando a esa comunidad de su beneficio y aprovechamiento, como ocurre con las normas que consagran reservas inperennes sobre los yacimientos y que ni el estado explota, ni permite su explotación.

Los instrumentos legales de que se han valido nuestros gobernantes para regular el aprovechamiento de los minerales, tienen su fuente en las legislaciones Española y Romana, pero nuestros legisladores, particularmente los legisladores del Estado Soberano de Antioquia de 1867, se alejaron un poco de la concepción del Derecho Romano, según la cual el dueño del suelo, lo era también del subsuelo para asumir el principio español de la dualidad de propiedad. De no ser así la riqueza mineral no cumpliría su función propia cual es, la de satisfacer intereses generales.

En ese afán de regular la industria minera en todas sus manifestaciones se han expedido a partir de la ley 38 de 1887, que adoptara para toda la república el código de minas del estado soberano de Antioquia, varios centenares de disposiciones que en mi sentir han creado graves consecuencias; mírese no más las disposiciones de reserva especial que prácticamente sacan de la industria "los yacimientos sometidos a ese régimen, pues el Estado parece incapaz de administrar el patrimonio minero", como bien lo dice Juan C. Molina en el preámbulo a su obra "Tratado teórico y Práctico de Derecho Minero".

Según las disposiciones del Código de Minas y las disposiciones que lo reformaron y adicionaron, hasta la entrada en vigencia de la ley 20 de 1969, el aprovechamiento de las minas se sometía a diversos medios jurídicos como la adjudicación, la contratación para las minas de reserva especial, y el permiso; instituto éste consagrado en el Decreto extraordinario número 2514 de 1951, expedido con el fin de estimular las inversiones dirigidas a buscar nuevas minas de metales no preciosos y sustancias minerales no metálicas.

Con la Ley 20 se quiso agrupar esta serie de regímenes y someter todas las minas, propiedad de la nación, a los sistemas de concesión, aporte y permiso, excluyendo las minas que constituyen Reserva Especial del Estado.

Muchos y encumbrados comentarios suscitó en 1969 la expedición de la ley 20 que dio un vuelco total a los regímenes de la explotación y aprovechamiento de la riqueza Minera Nacional, pues con ello quedaba de un tajo abolido el régimen de la adjudicación del cual tan solo dos años antes se había ocupado la ley 60 de 1967 y se echaba de menos, por así decirlo, toda una tradición minera cimentada en normas prácticas e instituciones de suma valía para el desarrollo de tal industria que pronto viesen de un plumazo legislativo borradas de la esfera jurídica Nacional.

La ley 20 se convierte en una cantera inagotable de disposiciones que poco a poco fueron introduciendo un desconcierto general en quienes se dedican a esta actividad. Con la Ley 20 y sus disposiciones reglamentarias, los derechos de los particulares sobre los yacimientos

mineros adquiridos a cualquier título se vieron menoscabados por la duda de su legitimidad; muchas personas que ejercían sobre sus yacimientos el título soberano de la propiedad se vieron despojados por la despótica norma que les exigía dar crédito suficiente de ella.

En cuanto al carbón que es lo que nos ocupa, la ley le dio un tratamiento igual al de los demás minerales, tratamiento que solo vino a separarse diez (10) años después, con la expedición del estatuto del carbón contenido en la ley 61 de 1979 y su decreto reglamentario 1155 de 1980, expedido por el Gobierno Nacional forzado tal vez por la situación energética mundial y los altos precios de los combustibles líquidos entre otros factores.

La regulación jurídica de la explotación carbonífera para entenderla hoy, nos exige remontarnos a los albores de nuestra vida Republicana, con el fin de que a través de un análisis secuencial lleguemos al conocimiento integral de lo que sobre explotación carbonífera ha dispuesto nuestro legislador colombiano.

La Constitución de Cúcuta de 1821 consagró la posibilidad de aplicación de la legislación Española en la Gran Colombia, entre ella la minera, por lo que prácticamente hasta 1858, se aplicó la legislación española a la actividad minera así como algunos decretos del Libertador, entre ellos los más famosos de 1823 y 1829.

En 1860 se expide para la confederación el Decreto número 10, estableciendo la reserva del dominio de las tierras baldías en que se encontraran minas de carbón para que la Nación pudiera “hacer de ellas el uso que le conviniera”.

El Estado Soberano de Antioquia expide en 1864 la “ley de Minas”, en la que claramente dispuso que las minas existentes en su territorio pertenecían:

- a) A la Nación, las de esmeraldas y sal gema.
- b) Al Estado Soberano, las de oro, plata, platino y cobre.
- c) Al dueño del terreno, las demás, o sea que para el caso del carbón el dueño del terreno era dueño de las minas de este mineral. Esta misma disposición se consagró en la ley 127 de 1867 expedida para el mismo estado y que regulaba todo lo atinente a la materia.

En 1887 se expide la C.N. y en su Art. 202 recobró para la Nación la propiedad de las minas que pertenecían a los Estados, salvo derechos adquiridos. En desarrollo de la nueva C.N. se expidió la ley 38 de 1887 que adoptó para toda la República el C. de M. del extinguido Estado Soberano de Antioquia, conservándose así el principio de que el dueño del suelo también lo es del subsuelo excepción hecha de las

minas de oro, plata, platino, cobre, pues estas pertenecían al Estado, y de las de sal gema y esmeraldas que ya se habían reservado la Nación. Se dispuso en esta ley que en donde quiera que la propiedad de las minas hubiera sido del propietario del suelo hasta el 7 de septiembre de 1886, cada propietario tenía un año desde la fecha de la ley para catear y denunciar las minas habidas en la heredad. Pasado el año esas minas podían denunciarse incluso por personas diferentes al propietario del suelo.

En 1905 por ley 15 se permitió a los particulares descubrir y denunciar minas de carbón en terrenos de propiedad Nacional, para explotar el combustible que necesitare el Gobierno. Por ley 110 de 1912 (C.F.) se estableció que las minas propiedad del Estado se explotarían mediante contratos celebrados por el Gobierno.

En 1940 se expide el Decreto 1157 que creó el IFI, el cual estableció en el Art. 15 que el Estado podía aportar a Empresas organizadas o que en el futuro se organicen, minas de su propiedad. Algunos radican aquí el origen del aporte o "asignación" como se llama en México.

En 1947 en el Decreto 805 se reitera que sólo mediante contratos se podrán explotar los metales preciosos, sustancias minerales no metálicas y los metales no preciosos.

En 1951 se permitió que mediante el régimen del permiso se explotaran las minas de metales no preciosos, y sustancias minerales no metálicas, con el fin de estimular las inversiones en este sector.

En 1969 se expide la ley 20 ya citada, y en 1970 su reglamento contenido en el Decreto 1275 de 1970 y en un centenar de disposiciones expedidas y que se siguen expidiendo en uso de facultades de esa ley. Establecieron ley y reglamento que los derechos de los particulares sobre minas adquiridas a cualquier título, se extinguirían a favor de la Nación si al 22 de diciembre de 1972, no se había iniciado la explotación económicamente de la mina o si iniciada ésta se suspendía más de un (1) año sin causa legal. Esta explotación se tenía que probar antes del 22 de junio de 1973 so pena de que el derecho se extinguiera a favor de la Nación y ésta pudiera entregar la zona para la explotación. Probada la explotación, el Ministerio estaba en la obligación de expedir un acto administrativo de reconocimiento de esa propiedad, para lo cual contaba con cuatro (4) meses. Pasado este lapso, sin que el Ministerio decidiera, se entendía que la explotación si se había efectuado.

En 1979 se expide la ley 61 que entraría a regir el 25 de enero de 1980 y posteriormente se expide su reglamento contenido en el Decreto número 1155 de mayo 14 de 1980. Ley y Reglamento sustraen la explotación y/o explotación del carbón de los regímenes de la licencia, conceción y permiso, para someterlo únicamente al aporte.

Y qué implicaciones traerían las nuevas disposiciones? En primer lugar que a los particulares se limita el acceso directo a la explotación carbonífera ya que el aporte implica que de por medio está una entidad industrial y comercial del Estado con la cual se tiene que contratar la explotación del yacimiento. En segundo lugar el aporte implica que todos los yacimientos carboníferos, salvo derechos adquiridos de los particulares, pasan a reserva especial del Estado con el fin de que éste pueda aportarlos a las entidades industriales y comerciales del orden Nacional.

Como era de esperarse, las nuevas disposiciones crearon desconcierto total entre quienes se dedican a la labor carbonífera. Cómo entonces explotar legalmente sus minas?

Era de suponerse que ya existía la infraestructura necesaria para la aplicación de la nueva legislación. Lo primero era tener bajo reserva especial todos los yacimientos carboníferos y lo segundo tenerlos aportados para que los interesados pudieran acudir ante la entidad titular y presentarle una propuesta de contratación. Ni lo uno ni lo otro existía aún, lo cual generó a más de una gave inseguridad jurídica, sensibles bajas en la producción del mineral.

La ley 61 además creó el Fondo Nacional del Carbón, como un manejo especial de cuentas cuyo objeto es el de financiar proyectos y programas de explotación, exploración, beneficio, transporte, embarque y comercialización del carbón. En su Art. 4, estableció para los explotadores de carbón la obligación de pagar un impuesto igual al 5% del valor en boca de mina, del mineral extraído, impuesto que lo recauda el Fondo Nacional del Carbón y que durante la vigencia del Art. 6º, ibidem, se distribuía así: un 60% ingresaba a dicho fondo y el 40% restante correspondía por mitades a los Departamentos y Municipios en cuyo territorio se adelantaran explotaciones carboníferas.

En octubre 8 de 1985, se expidió la ley 76, "Por la cual se crea la región de planificación de la Costa Atlántica, se dictan otras disposiciones sobre planificación regional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República". Esta ley, en su Art. 10º, modificó el 6º de la ley 61, en lo referente a la distribución del producto del impuesto. En efecto se dispuso que los municipios continuarán percibiendo el 20%, los Departamentos otro 20%, porcentaje que se disminuirá al 18% en caso de que allí existiere una corporación autónoma regional. Un 6% será para las corporaciones regionales existentes en territorios de explotación; el Fondo Nacional mantiene el 60% del impuesto derivado de explotaciones que se realicen en Departamentos en donde no existen corporaciones autónomas regionales, pues si existieren corporaciones el porcentaje será del 56%.

Para la región de planificación de la Costa Atlántica se previó que el Fondo Nacional del Carbón le ceda un porcentaje de los recursos que le corresponden derivados del impuesto por explotación de carbón en el interior de la región, de acuerdo con la siguiente escala:

- El 10% para los años 1986-1988
- El 15% para los años 1989-1991
- El 20% para los años 1992-1994
- El 25% para los años 1995-1997
- El 30% de 1998 en lo adelante.

En nuestro sentir éste que era un impuesto nacional se regionalizó. Es de perogullo decir que el alto porcentaje del impuesto a la producción del carbón lo suministra la región de la Costa Atlántica, en la cual se desarrolla el proyecto carbonífero más importante de América. Tal como lo disponía la ley 61 de 1979, el 40% del impuesto recaudado se destinaba a la inversión local, pues el 60% restante se destinaba al financiamiento de proyectos y programas de prospección, explotación, explotación, beneficio, transporte, embarque y comercialización de carbón, entre otros. Con la ley 76 del 85, a más regionalizar un impuesto Nacional, se posibilita que el producto del impuesto se distraiga en actividades no propiamente de beneficio para los carboneros. Olvidó el legislador que en el cuestionado proyecto de "El Cerrejón" se embarcó a todo el país colombiano, que ese proyecto será pagado por todos y cada uno de los colombianos y que por ende todos los beneficios que el arrojé debe ser para todo el país y no para una fracción de él.

Pero, hay más, será del Fondo Nacional del Carbón? Este organismo cada día pierde más peso específico y sino se justificaba antes su existencia, ahora menos para recaudar unas ínfimas sumas, producto del impuesto que otrora se denominara "Nacional".

A partir de la ley 61 de 1979 y su reglamento contenido en el Decreto 1155 de 1980, comenzó a carcomerse al carbón el virus reglamentario e improvisador situación fiel reflejo de lo acontecido con los demás recursos no renovables, excepción hecha de los hidrocarburos. El 21 de noviembre de 1984 se expidió el Decreto 2832, modificatorio del régimen de oposiciones consagrado en el 1155. El 6 de febrero de 1985 se expidió el Decreto 385 que precisó el concepto de "mina", e hizo una clasificación en cuatro niveles de la actividad minera: Gran minería, mediana minería pequeña minería y microminería del carbón, y estableció una especie de amnistía para los explotadores de hecho. El período 1985, 1986, fue prolijo en la expedición de Decretos y Resoluciones aclaratorias de estos, pues el sector minero se acostaba con una reglamentación legal sobre algún aspecto de la minería y amanecía en otras disposiciones. El Decreto 385, se aclara en una resolución de dudosa legalidad, señalada bajo el número 286 del 26 de febrero de ese mismo año.

El 10 de septiembre del mismo año 85, se expidió el Decreto 2603 con el cual se corrijen algunos yerros cometidos en el Decreto 385 y su Resolución aclaratoria. Luego del caos legislativo introducido con un gran número de disposiciones el Gobierno Nacional expidió el decreto reglamentario número 2477 de 1986, el cual prácticamente recopiló todas las disposiciones relativas a la exploración y explotación carbonífera antes señalada. Este Decreto desarrolla la ley 20 de 1969.

Hoy la exploración y explotación carbonífera del país está sometida al régimen jurídico del aporte, definido por la ley 61 de 1979 y su decreto reglamentario 2477 de 1986 como aquél acto mediante el cual el "Ministerio de Minas y Energía inviste a una Empresa comercial e industrial del Estado del orden nacional de la facultad de explorar y explotar las reservas carboníferas que puedan existir en el suelo y subsuelo de una zona determinada".

De lo anterior se deduce que en el aprovechamiento del recurso carbonífero, existen dos modalidades para la exploración y/o explotación, según que sea una empresa industrial y comercial estatal de orden nacional, bien que esa actividad se desarrolle por un particular. En el primer caso nos encontramos frente a la modalidad de exploración y/o explotación directa y en el segundo caso frente a la modalidad indirecta.

Cuáles son las Empresas industriales y comerciales que adelantan exploraciones y/o explotaciones del carbón? El Art. 242 del Decreto 2477 establece que el aporte se otorga a las Empresas industriales y comerciales del Estado del Orden Nacional, pero el Art. siguiente enuncia que el aporte para explorar y explotar carbón se podrá hacer a la Empresa "Carbones de Colombia S.A. Carbocol". Por su parte el Art. 247 *ibidem*, consagra que en caso de hacerse un aporte a una Empresa diferente de Carbocol se le debe solicitar concepto previo para establecer si el área de interés está dentro de los planes y programas de Carbocol, en cuyo caso positivo, ambas empresas concertarán la forma y condiciones en que se deba emprender la actividad carbonífera.

Como se puede ver la ley 61 de 1979 y su Decreto reglamentario, por más que se diga que no, se hicieron para Carbocol. En la mente del ejecutivo siempre estuvo la idea de radicar en esa entidad todo el manejo de lo que tenga que ver con el Carbón en el país. Basta observar que en diciembre 31 de 1978, cuando apenas transcurrían dos años de la vida jurídica de Carbocol, ya esta entidad tenía 4'600.000 Hectáreas de subsuelo carbonífero, bien fueran aportados o en trámite de otorgamiento. Mírese igualmente como la misma ley le crea a la misma sociedad un fondo especial para captar e "invertir" el producto de lo recaudado por el impuesto nacional del carbón. Este fondo o "sistema especial de cuentas" se puso a la entera disposición de Carbocol.

Hoy se dice entonces que el manejo del carbón está concentrado en la entidad ya mencionada, quien explota directamente el carbón o lo hace a través de particulares. La primera forma o sea la directa se adelanta en la zona de El Cerrejón de la Guajira. Que se conozca en 10 años de vida de tal organismo es la única y primera explotación directa que adelanta. De cerca de 8 millones quinientas mil hectáreas que posee un aporte actualmente, sólo las 38.000 que hacen parte del proyecto, se explotan bajo la forma de asociación con una compañía multinacional. El resto del subsuelo carbonífero espera pacientemente que algún día Carbocol celebre con los particulares los contratos para su aprovechamiento.

El país minero siempre se ha preguntado el porqué la concentración de la propiedad carbonífera en menos de una sola entidad. Creemos que fueron entre otros factores la situación energética mundial de la década del 70, el alza desmesurada de los precios del petróleo, la escasez de combustibles líquidos y nuestra situación privilegiada respecto del carbón, lo que conllevó a tal situación. En aquella época se pensaba que para finales de la década del 80 nuestro carbón se vendería a US 70 tonelada y la verdad es que en el año de 1987, apenas se pudo vender a \$ US 28. De mantenerse esta situación Carbocol dejará de percibir en los próximos 8 años 2.250 millones de dólares, como consecuencia de la sobreoferta mundial (cerca de 16 millones de toneladas para 1987) y los bajos precios internacionales.

La situación coyuntural que condujo a darle ese tratamiento jurídico a la actividad carbonífera, ha variado ostensiblemente desde entonces, por lo que la norma se ha quedado rezagada ante la realidad de las necesidades actuales y futuras de Colombia y el exterior y ante los difíciles mercados del carbón y de los combustibles líquidos.

Hemos dicho que el aporte como figura jurídica del Derecho Minero Nacional debe en lo que respecta al carbón dejarse para las macro-explotaciones, puesto que desde ningún punto de vista se justifica mantener sometidos a los micro, pequeños y medianos carboneros a tal régimen, pues bastaría una simple autorización administrativa (permiso como lo denomina la ley minera) para que se adelanten las exploraciones y/o explotaciones.

Si se quiere explotar carbón habrá que acudir ante Carbocol para que celebre el respectivo "contrato" de adhesión por supuesto. Pero si este organismo no tiene aportada la zona hay que esperar que el Ministerio se lo aporte y así poder celebrar el contrato. Porqué no permitir que se acuda directamente ante el Ministerio de Minas y Energía o ante un funcionario regional delegado por dicho Ministerio?. Sencillamente porque el aporte no nos lo permite.

El país, luego de "El Cerrejón", se apresta a iniciar la explotación de los carbones de la Loma, en el Departamento del César, explotación que adelantará la Drummond, una conocida multinacional norteamer-

ricana, que incursionará en nuestro país en el sector carbonífero, emulando a sus sociedades hermanas que con tanto "esmero" explotan los hidrocarburos patrios.

En concreto no se ha diseñado proyecto semejante al del Cerrejón. Creo que pasarán muchas décadas para que se piense otra vez en grande en el Carbón. Entonces qué hacer?. Necesariamente tendrán que existir unas políticas de apertura para los explotadores a menor escala si se quiere incrementar la producción, y desarrollar tantos y variados proyectos que se han elaborado sobre los diferentes usos del carbón.

Hoy las perspectivas del mineral hacia el exterior pueden ir mejorando, pero para los carbones del interior se mantiene el statu quo y por eso requiere no sólo un cambio de actitud de las esferas gubernamentales, frente a él, un cambio, no solo desde el punto de vista de su tratamiento económico, sino también desde el punto de vista jurídico, de tal forma que se ubique el carbón colombiano en el sitio donde debe estar, tanto económico como jurídico.

FRANCISCO ZAPATA OSPINA
Profesor Universitario