



FACULTAD DE DERECHO

DEFICIENCIAS LEGALES DE LA ACTIVIDAD MINERA METALICA EN EL
ECUADOR DESDE LA EXPEDICIÓN DEL MANDATO CONSTITUYENTE
NUMERO SEIS

Trabajo de titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de abogado de los tribunales y juzgados de la República
del Ecuador.

Profesor Guía
Dr. César Aníbal Espinosa Garcés

Autor
Andrés Marcelo Terán Egüez

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

César Aníbal Espinosa Garcés

Doctor en Jurisprudencia

CI: 1706649546

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Andrés Marcelo Terán Egüez

171290840-7

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todos los que me ayudaron finalizar este Trabajo de Titulación, los que me guiaron y me dieron esperanzas que algún día terminaría.

En especial, agradezco al Dr. César Espinosa, quien con paciencia y dedicación supo guiarme y recomendarme sobre aspectos relevantes del presente Trabajo de Titulación.

RESUMEN

La legislación minera ecuatoriana es el pilar fundamental para el desarrollo del sector minero en general, por lo que ésta debería promover, facilitar y normar de manera eficiente el sector, generando políticas públicas con tal objetivo. El Estado ecuatoriano, sin embargo mantiene vigente una Ley de Minería publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 del 29 de enero del 2009, la cual únicamente ha permitido la suscripción de un solo Contrato de explotación minera.

El presente Trabajo de Titulación es un análisis propositivo de la evolución de la normativa minera en la República del Ecuador. El análisis está enfocado en detectar las deficiencias legales encontradas en la Ley de Minería vigente realizando una investigación de la realidad jurídica minera en el Ecuador, complementado con un análisis de legislación comparada utilizando, para este efecto, la legislación minera colombiana.

Los resultados del análisis del marco normativo minero demuestran una serie de deficiencias que dificultan el desarrollo del sector. Es por lo tanto, que la propuesta de reforma parcial a la Ley de Minería pretende clarificar los principales preceptos legales mineros los cuales permitirían el desarrollo de las actividades mineras extractivas, respetando el marco constitucional actual del Ecuador.

ABSTRACT

The Ecuadorian Mining Act is fundamental for the development of the mining sector in general. Therefore, it should promote, facilitate and regulate the sector efficiently, generating public policies which aims the aforementioned. The Ecuadorian State, however, maintains a Mining Act issued in the Official Gazette Supplement 517 from January 29, 2009, which has only allowed the execution of one single Mining Contract.

This Thesis Work is an analysis of the evolution of the mining Legislation in the Republic of Ecuador. This analysis is focused on identifying the legal deficiencies in the Mining Act conducting an investigation of the legal mining reality in Ecuador, complemented with an analysis of comparative law using Colombian mining Legislation.

The analysis results on showing a number of shortcomings in the mining regulatory framework that hinder the development of the sector. It is therefore that the proposed partial amendment to the Mining Act aims to clarify the main mining legal provisions which should allow the development of extractive mining activities, according to the constitutional precepts.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	1
1. Capítulo Primero: Historia de la legislación minera en el Ecuador.	3
1.1. Preceptos mineros precolombinos.....	3
1.1.1. Legislación minera en Roma.....	3
1.1.2. Legislación minera en la antigua España.....	3
1.2. Preceptos mineros en la Colonia.....	4
1.3. Comienzo de la extracción petrolera en Ecuador.	5
1.4. Comienzo de la extracción minera en Ecuador	5
1.4.1. Actividades mineras en Ecuador.....	6
1.4.2. Fases de la minería.....	7
1.5. Ley de Minería de 1985.....	7
1.5.1. Fase de prospección.....	8
1.5.2. Fase de exploración.....	8
1.5.3. Fase de explotación.	9
1.5.4. Fases adicionales de las actividades mineras.	9
1.5.5. Permisos y contratos.....	10
1.5.5.1. Contrato de Concesión.	11
1.5.5.2. Contrato de prestación de servicios	11
1.5.6. Beneficios para el Estado de la Ley de Minería de 1985.	11
1.5.7. Incentivos de las actividades mineras.....	12
1.6. Ley de Minería de 1991.....	12
1.6.1. Adquisición de concesiones mineras.	12
1.6.1.1. Derecho real de las concesiones mineras	13
1.6.2. La inversión en el sector minero.	14
1.6.3. Derechos inherentes a la concesión minera.	14
1.6.3.1. Instalación y operación de plantas.....	15
1.6.3.2. Licencia de comercialización.....	15
1.6.4. Preceptos ambientales.....	15
1.6.5. Concesionarios mineros y propietarios del suelo	18
1.6.6. Facultades del titular de una concesión minera.	18
1.6.7. Contratos relativos a una concesión minera.	19
1.7. Ley de minería de 2009.....	19
1.7.1. Antecedente del Mandato Minero.	19
1.7.2. Reacción del sector minero a la promulgación de la Ley de minería de 2009.	21
1.7.3. Poder legislativo y la promulgación de la Ley de minería de 2009	21
1.7.4. Ámbito de aplicación de la Ley de Minería de 2009.....	22
1.7.5. Regulación y control de las actividades mineras.....	22
1.7.6. Actos administrativos previos a la ejecución de actividades mineras.....	24
1.7.7. Autorización para las actividades mineras	25

1.7.8. Título minero.	26
2. Capítulo Segundo: Proceso para la explotación y comercialización de minerales.....	27
2.1. Legislación comparada.....	27
2.1.1. Legislación ecuatoriana.....	27
2.1.1.1. Introducción a los recursos naturales no renovables en Ecuador.	27
2.1.1.2. Plan Estratégico del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables.....	28
2.1.1.3. Obtención de una concesión minera.....	29
2.1.1.4. Minería artesanal y pequeña minería.....	31
2.1.1.4.1. Principio constitucional de igualdad ante la Ley.....	32
2.1.1.4.2. Derechos mineros.	33
2.1.1.4.3. Contratos a celebrarse en pequeña minería y minería artesanal.	35
2.1.1.4.4. Comercialización de minerales.....	35
2.1.1.4.5. Preceptos de la minería artesanal.....	36
2.1.1.4.6. Viabilidad de la minería artesanal y pequeña minería	39
2.1.1.4.6.1. Ingresos del Estado ecuatoriano.....	40
2.1.1.5. Fases de las actividades mineras	41
2.1.1.5.1. Prospección.....	42
2.1.1.5.2. Exploración.....	43
2.1.1.5.2.1. Informes a la autoridad.....	44
2.1.1.5.2.2. Compensación económica por la no presentación de los informes.....	44
2.1.1.5.2.3. Evaluación económica del yacimiento.	44
2.1.1.6. Título minero frente al contrato de explotación	45
2.1.1.6.1. Título minero.	45
2.1.1.6.2. Contrato de prestación de servicios.	46
2.1.1.6.3. Contrato de explotación.....	46
2.1.1.6.3.1. Negociación previa a la firma del contrato de explotación....	47
2.1.2. Legislación colombiana.....	51
2.1.2.1. Introducción a la minería en Colombia.....	52
2.1.2.2. Actividades mineras en la actualidad.....	52
2.1.2.3. Marco regulatorio de las actividades mineras en Colombia.	53
2.1.2.3.1. Código de minas de 2001.....	53
2.1.2.3.1.1. Proceso para firma del Contrato de Concesión.	54
2.1.2.3.1.2. Concesiones mineras especiales..	56

2.1.2.3.1.3.	Fases de la minería.....	57
2.1.2.3.1.3.1.	Prospección.....	58
2.1.2.3.1.3.2.	Exploración.....	58
2.1.2.3.1.3.3.	Construcción y montaje.....	59
2.1.2.3.1.3.4.	Explotación.....	60
2.1.2.3.1.4.	Minería sin título minero.	61
2.1.2.3.1.5.	Finalidad del otorgamiento de un título minero.....	61
2.2.	Análisis Comparativo de las legislaciones colombiana y ecuatoriana.	62
3.	Capítulo Tercero: Análisis de deficiencias en la normativa minera actual.	64
3.1.	Minería artesanal.	64
3.1.1.	Derechos mineros de la minería artesanal.....	65
3.2.	Procedimientos administrativos extensos.	66
3.3.	Cambio de la normativa y el incremento de la inseguridad jurídica.....	71
3.4.	Tributos Excesivos.....	73
3.4.1.	Regalías.	74
3.4.2.	Patente de conservación.....	75
3.4.3.	Ganancias extraordinarias	76
3.5.	Contrato de explotación.....	76
4.	Conclusiones	81
5.	Recomendaciones	83
6.	REFERENCIAS	88

Introducción.

La minería es una actividad que se ha desarrollado durante cientos de años alrededor del mundo. Como definición, la minería es la actividad que comprende la búsqueda y explotación de minerales a partir de la corteza terrestre. También llamamos minería a la actividad económica primaria relacionada con la extracción y aprovechamiento de elementos minerales de los cuales se puede obtener un beneficio económico. (Mendoza. S.f., p. 1).

El presente trabajo de titulación pretende hacer un análisis propositivo de la legislación actual minera en el Ecuador, resaltando sus deficiencias generales las cuales no han permitido el desarrollo de esta actividad económica en ninguna de sus fases, y proponiendo, dentro del marco constitucional actual y vigente, modificaciones a la Ley de Minería con el fin de que ésta pueda constituirse en el instrumento adecuado para el desarrollo y despegue de esta actividad.

Con este fin, el presente trabajo de titulación se encuentra desarrollado en base al estudio de la historia de la legislación minera en el Ecuador y su evolución con un punto de vista pro-extracción.

Las deficiencias en la Ley que serán analizadas y la evolución de la normativa aplicable, tienen una repercusión directa en el desarrollo de las actividades mineras. El análisis de estas deficiencias se centra principalmente en los procedimientos internos burocráticos, en la minería artesanal cuyos réditos para el Estado son casi nulos, porcentaje de participación estatal exorbitante y en la ineficiencia que conlleva la suscripción de un contrato de explotación.

Es necesario hacer énfasis que, dentro de la región, Colombia Perú y Chile, países andinos con reservas de minerales metálicos probadas posiblemente del mismo orden que las nuestras, son un destino mucho más atractivo para la inversión en actividades mineras, que el Ecuador. Por lo tanto, si el Estado está interesado en desarrollar el sector minero, es necesario que se establezcan parámetros legales positivos para las actividades mineras que proporcionen

claridad y seguridad a los inversores, tal y como las legislaciones de los países de la región, han logrado.

La presente investigación ha sido desarrollada en base a metodologías comparativa, deductiva, descriptiva y exegética, con técnicas de investigación relacionadas al análisis documental hermenéutico de la normativa jurídica y legislación comparada. El contenido de este Trabajo de Titulación comprende de cinco capítulos.

El primer capítulo abarca la reseña histórica de la legislación minera en Ecuador. Dentro de este capítulo, encontramos los primeros preceptos mineros en Roma y en la antigua España, los cuales serían una pauta para los preceptos mineros que se encontrarían en la Colonia, y posteriormente en la República del Ecuador. Este capítulo termina con un análisis de la Ley de Minería vigente a la actualidad que abre las puertas al segundo capítulo del Trabajo de Titulación.

El segundo capítulo establece los procesos de explotación y comercialización de los minerales, realizando un estudio de legislación comparada con la legislación colombiana. En este capítulo, se comienzan a identificar ciertas falencias que se encuentran en la ley de Minería.

El tercer capítulo abarca con el análisis de deficiencias encontradas. Estas deficiencias se centran en: Minería artesanal, procesos administrativos, inseguridad jurídica, tributos excesivos y el Contrato de Explotación.

Los capítulos cuarto y quinto, se refieren a las conclusiones y recomendaciones que se generan como consecuencia de la investigación realizada y de las deficiencias identificadas en el presente Trabajo de Titulación.

1. Capítulo Primero: Historia de la legislación minera en el Ecuador.

1.1. Preceptos mineros precolombinos.

En la región suramericana, durante la época precolombina, no se ha encontrado evidencia alguna de cualquier tipo de legislación perteneciente a yacimientos mineros, su uso e inclusive la propiedad de las minas. Es por ello, que para realizar un estudio de la legislación Minera en el Ecuador, como este Trabajo de Titulación pretende hacerlo, es importante y necesario hacer una breve introducción a la legislación pertinente a las minas, comenzando con Roma y siguiendo con España.

1.1.1. Legislación minera en Roma.

En Roma, según Aníbal Torres Rico en su Manual Práctico de Derecho Minero, “en el Derecho Romano, la base fue la ACCESION como sistema de atribución de las minas, según la ACCESION quien es propietario del suelo, lo es del subsuelo; el subsuelo es un accesorio del suelo. “El dueño del suelo es dueño de todo... de para arriba y para abajo, del cielo y del infierno” (Torres, 1995, p. 31). “las minas que están en la tierra del Rey son del Rey, las minas que están en la tierra del señor son del señor” (Torres, 1995, pp. 31-32). Por lo tanto, en Roma la persona era dueña de una mina por accesión, pues si es dueña del suelo, también lo es del subsuelo. La accesión es un modo de adquirir el dominio por el cual “el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta en ella” (Código Civil, 2005, Art. 659).

1.1.2. Legislación minera en España.

En España, la accesión fue en un principio la manera de adquirir la titularidad o pertenencia de una mina, pues si se encontraba oro o cualquier otro material en el subsuelo de una propiedad, por accesión este pertenecía a su dueño. Sin embargo, el regalismo surgió, y en el interés por colonizar territorios se involucró en guerras que resultaron en deudas que la corona española ya no podía asumir. Es por ello que se introdujo el regalismo bajo el fundamento de

que “las minas son de la corona, para que a su vez, los particulares, los vasallos¹, las exploten pagando una determinada contribución económica” (Torres, 1995, p. 32). Es entonces que los minerales se nacionalizaron para otorgar a la corona española un fundamento legal para usufructuar de algo que según el principio romano de la accesión, no le pertenecía. España creó además una especie de intervencionismo, quedándose la corona con el dominio eminente o radical, y el dueño del suelo, el dominio útil.

A medida que pasó el tiempo, España emitió normativa en manera de ordenanzas, relacionada con las minas, como la del año 1228: “todas las mineras de oro, *et plata, et plomo, et otra*, cualquiera quisa que minera sea en el señorío del Rey no sean labradas sin su permiso *et mandato*” (Torres, 1995, p. 33), así como la llamada de las siete partidas del año 1263, la cual planteó el pago de contribuciones económicas al Estado.

1.2. Preceptos mineros en la Colonia

En 1492 arribó Cristóbal Colón a América, donde la colonización española hizo su debut. Según historiadores y libros que tratan sobre la evolución minera ecuatoriana, específicamente en el Compendio de Energía y Minas de Ekos Negocios, entre 1522 y 1523, Francisco Pizarro, Diego de Almagro y Hernando de Luque, se reunieron en el territorio de lo que hoy en día es territorio de Panamá con el fin de organizar una expedición hacia el sur del continente. En 1524, realizaron su primer viaje sin éxito. En 1526, Francisco Pizarro llegó a tener indicios de pueblos con riquezas en esmeraldas, oro y platino, en territorio que hoy en día es el ecuatoriano. En 1532, Francisco Pizarro tomó prisionero a Atahualpa, por quien solicitó para su liberación, la entrega de oro hasta la altura que alcanzara su mano dentro de una habitación de 7 metros de largo por 3 metros de ancho. Este tesoro fue fundido para ser transportado en lingotes, produciendo aproximadamente lo que hoy en día equivaldría a aproximadamente 230 mil millones de dólares de los Estados Unidos de América.

¹*Vasallo: m. y f. Súbdito de un soberano o de cualquier otro gobierno supremo e independiente.*

1.3. Comienzo de la extracción petrolera en Ecuador.

Ecuador siempre ha sido un país rico en recursos naturales no renovables. Durante la década de los setenta, se evidenció el “boom” petrolero gracias al cual los gobiernos tuvieron una oportunidad de financiamiento. Desde el comienzo, la falta de control de las entidades competentes y la falta de regulaciones, permitieron que los intereses particulares se vean más beneficiados que los de la sociedad. Legalmente, las actividades de exploración y explotación de petróleo han sido cedidas a empresas privadas (últimamente se ha evidenciado la creación de empresas públicas), con modelos contractuales que han variado según la situación económica del país, y el precio del crudo. El Ecuador ha utilizado tanto contratos de participación, como de concesión, regresando a los de participación, pasando por los contratos de prestación de servicios y de operación. Mientras tanto, la sociedad ecuatoriana generó una dependencia económica en la extracción y comercialización de los recursos naturales no renovables, especialmente del crudo.

1.4. Comienzo de la inversión minera en Ecuador.

En la era republicana, en 1625, se generó la primera “fiebre del oro” en el Cantón Zaruma de la Provincia de El Oro, donde se pudo ver pocos años después, un decaimiento en la producción, relacionada con la falta de mano de obra y poca disponibilidad de mercurio. Posteriormente, en 1896, Ecuador presencié la primera inversión extranjera en minería, generada por la compañía South American Development Company (SADCO). Con esta inversión, el número de vetas incrementó por los descubrimientos de los yacimientos: Vizcaya, Sexmo, Portovelo, Abundancia, Cantabria, Derrumbe, El Doblado y El Tablón. Galo Plaza Lasso, en el año 1949, concedió reducciones tributarias a SADCO para evitar que se fuera del país. SADCO, durante 53 años, “obtuvo 3,5 millones de onzas de oro y 12 millones de onzas de plata. Para 2012, esa producción representaría 5,8 billones” (dólares americanos) (Ekos negocios, 2012, p. 87). En 1952, se constituyó la sociedad CIMA, “en la que el Municipio de Zaruma tenía el 35% de las acciones; otro 35% correspondió a la “Junta de

Promotores”, y el restante 30% a ex trabajadores de SADCO” (Ekos negocios, 2012, p. 87). La producción total de Zaruma- Portovelo a partir de las actividades de la SADCO, CIMA y posterior actividad minera, rebasa, según estudios realizados, los 4,5 millones de onzas de oro, según la revista Ekos negocios del 2012.

Desde entonces y hasta el día de hoy, la explotación de recursos naturales no renovables ha sido un pilar fundamental tanto en la región como en el resto del Ecuador, cambiando los escenarios políticos y sociales de nuestro país.

1.4.1. Actividades mineras en el Ecuador.

La extracción de minerales metálicos en general, ha sido una actividad que siempre ha existido en nuestro territorio, incluso antes de la colonización española. Como lo menciona el diario El Telégrafo, en su publicación del 12 de junio de 2013: “Según la Cámara del sector, la sumatoria del recurso mineral en el país da cuenta de \$ 217.600 millones. En cobre Ecuador posee una reserva de \$ 167.200 millones, en oro \$ 22.500 millones y mientras que en plata llega a los \$ 1.700 millones.” (El Telégrafo, 2013, s.n.). Las cifras indicadas anteriormente, en dólares de los Estados Unidos de América, son los valores de los yacimientos que se conocen, considerando el precio promedio de cada mineral. No obstante, estas cifras corresponden a recursos mineros más no a reservas, debido a la falta de mayores estudios geológicos y metalúrgicos en los principales proyectos mineros.

El desarrollo de la minería en el Ecuador es incipiente debido a la falta de incentivos para la inversión de riesgo en el país. Esta actividad se divide esencialmente en metálica y no metálica y, dentro de la actividad no metálica se encuentran los materiales de construcción. Sin embargo, las etapas que comprende la actividad minera, son las mismas: prospección y exploración de yacimientos, desarrollo y preparación de minas, explotación de minas, tratamiento de los minerales obtenidos con el fin de comercializarlos. Estas etapas, en mayor o menor magnitud se pueden observar en todas las formas de minería existentes.

1.4.2. Fases de la minería.

Según la legislación ecuatoriana, existen cuatro tipos de minería: minería artesanal, pequeña minería, mediana minería, y minería a gran escala. La minería artesanal y pequeña minería tienen una limitante encontrada en el artículo 29 de la Ley de Minería, el cual establece que las personas naturales y jurídicas que se encuentren en la categoría de pequeña minería o mineros artesanales en ningún caso podrán tener como socios o accionistas a empresas extranjeras. Este impedimento expreso de la Ley limita el desarrollo de este tipo de minería.

En orden cronológico, las legislaciones específicas que el Ecuador ha tenido en cuanto al control de la minería, son: el Decreto Ley 06, que puso en vigencia la Ley de Minería de 1985; la Ley 126 de Minería, de 1991; y la Ley de Minería del 2009. Todas estas han sufrido enmiendas mediante leyes reformativas.

Se analizará a continuación las normas más importantes que han ido regulando la actividad minera en el Ecuador.

1.5. Ley de minería de 1985.

En el año 1985, bajo el mandato del Ing. León Febres Cordero, Presidente Constitucional de la República, dentro del Registro Oficial 255 del 22 de agosto de 1985, se expidió la Ley de Minería contenida en el Decreto Ley 06 emitido por el poder ejecutivo. Este cuerpo normativo tenía como principal objetivo regular íntegramente esta actividad con el fin de propiciar las actividades mineras en el Ecuador con procesos contractuales ágiles, que a la vez salvaguardarían los intereses tanto nacionales como proporcionarían seguridad y confianza a la iniciativa privada para el desarrollo de actividades mineras.

Este cuerpo normativo, además de separar las actividades mineras metálicas y no metálicas, prevé los principios básicos de la exclusividad del Estado sobre las fases de las actividades mineras:

“Art. 2. – Las fases de la actividad minera a las que se remite esta Ley, constituyen un área de explotación económica reservada al Estado, el

mismo que la ejercerá en forma directa o bien celebrando contratos y otorgando permisos a personas naturales o jurídicas sean nacionales o extranjeras”. (Ley de Minería, 1985, Art. 2)

Esta Ley, determina que las potestades del Estado sobre las actividades mineras las administrará el Poder Ejecutivo, a través de su Ministerio. Así mismo, crea el Instituto Ecuatoriano de Minería INEMIN como organismo técnico-administrativo encargado de estas actividades esenciales para el desarrollo económico del Estado. Este organismo técnico-administrativo, tenía la facultad de otorgar concesiones mineras y autorizar la cesión de los derechos mineros.

Dentro del Capítulo IV de este cuerpo normativo, se determinan las fases de la actividad minera las cuales son: la prospección, la exploración, la explotación, el beneficio o concentración, la fundición, la refinación y la comercialización.

1.5.1. Fase de prospección.

La prospección es una actividad libre que no requiere de ninguna autorización, sin embargo, se puede solicitar un permiso de prospección “que le será otorgado por el correspondiente acto administrativo, o pedir que se celebre un contrato de prospección” (Ley de Minería, 1985, Art. 17). No obstante, el permiso de prospección otorgaba a su titular el derecho a pasar a la siguiente fase de las actividades mineras.

1.5.2. Fase de exploración.

La Ley de Minería de 1985 se refiere a la exploración minera como “conjunto de trabajos geológico-mineros para determinar reservas y valores de los minerales” (Ley de Minería, 1985, Art. 18). La exploración minera es una fase que debe ser autorizada por el INEMIN mediante un acto administrativo concerniente a un permiso o mediante la suscripción de un contrato, ambos con una duración de hasta tres años prorrogables por tres años más. Es importante notar que la suscripción del Contrato de Exploración o el Permiso de Exploración, garantiza a “su titular el derecho a suscribir un contrato de

explotación, si así conviniere a sus intereses”. (Ley de Minería, 1985 Art. 18). Todos los Contratos o Permisos otorgados por el INEMIN, según la normativa, debían inscribirse en el registro de minería del INEMIN.

1.5.3. Fase de explotación.

La explotación es una actividad definida dentro de este cuerpo normativo, como “el conjunto de trabajos destinados a la preparación y desarrollo de las minas y a la extracción y transporte de los minerales hasta la cancha mina o planta de beneficio” (Ley de Minería, 1985, Art. 19). Es una facultad de la INEMIN otorgar Contratos de Explotación sin pasar por la etapa de Exploración cuando así se justifique. El Reglamento a Ley establecía los requisitos y procedimientos para esta facultad.

1.5.4. Fases adicionales de las actividades mineras

La fase de beneficio “comprende las operaciones destinadas a elevar la Ley o el contenido útil de las substancias minerales a través de los procesos físicos o químicos” (Ley de Minería, 1985, Art. 20). Esta fase de la actividad minera puede ser ejercida por los titulares de un Contrato de Explotación, en caso que su producción justifique la construcción de la mencionada planta, o por personas naturales o jurídicas que suscriban un Contrato de Planta de Beneficio con el INEMIN.

“La fundición comprende los procesos técnicos destinados a separar los metales de sus correspondientes minerales, a fin de que alcancen un grado avanzado de pureza” (Ley de Minería, 1985, Art.21). De acuerdo a este cuerpo normativo, las plantas de fundición son un derecho de las empresas titulares de un Contrato de explotación minera.

La refinación, por otro lado, es un proceso que en el cual se le otorga pureza al mineral con el fin de ser comercializado. Esta fase de las actividades mineras, según este cuerpo normativo, corresponde igualmente a los titulares de Contratos de Explotación.

La comercialización de los minerales, sin embargo, es una actividad correspondiente al INEMIN y ejecutada por: “a) El INEMIN de los productos minerales o metales que produzca; b) Las personas naturales o jurídicas titulares de los contratos de explotación; y, c) Las personas naturales o jurídicas comercializadoras de minerales, debidamente aprobadas.” (Ley de Minería, 1985, Art. 23).

1.5.5. Permisos y Contratos.

El cuerpo normativo revisado hace mención a las formas de contractuales y a los permisos que deben ser emitidos para cada una de las fases de la actividad minera. Como se ha mencionado, incluso para la prospección, una actividad que según este cuerpo normativo es libre, se establece la posibilidad de obtener un permiso o suscribir un contrato. De esta misma manera se evidencia el artículo 30 de la Ley de Minería de 1985, donde se establece que la suscripción de un contrato de prospección o el contrato de exploración, otorga a su titular el derecho exclusivo de pasar a la fase de explotación, siempre que haya cumplido a satisfacción los requerimientos del INEMIN. La Ley prevé esta posibilidad porque, otorgando la suscripción de un contrato, la relación jurídica se formaliza por lo que da mayor seguridad jurídica y garantiza la ejecución de las fases posteriores.

Dentro de las disposiciones generales, se determina y se restringe la tenencia de contratos simultáneos de una persona natural o jurídica, estableciendo que “una persona natural o jurídica podrá mantener al mismo tiempo hasta tres permisos y dos contratos para las fases subsiguientes” (Ley de Minería, 1985, Art. 67).

En definitiva, este cuerpo normativo prevé cuatro tipos de contratos: contrato de prospección y exploración, contrato de concesión minera, contrato de prestación de servicios y contrato de obra o servicios específicos.

1.5.5.1. Contrato de Concesión.

La Ley de Minería de 1985 señala que el contrato de concesión se suscribe solamente para las fases de explotación, beneficio de minerales, fundición y refinación.

1.5.5.2. Contrato de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios, en cambio, es un convención por la cual “las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, se comprometen a efectuar por cuenta o encargo de INEMIN, obras o servicios de cualquiera de las fases de la actividad minera” (Ley de Minería, 1985, Art. 32) direccionado a la explotación minera y a las demás fases de aprovechamiento económico de los minerales. La prestación de servicios específicos, también contemplado en este cuerpo normativo, se diferencia con la prestación de servicios ya que éste se refiere a “trabajos o servicios específicos a cambio de una remuneración de dinero, cuya cuantía y forma de pago serán convenidos entre las partes conforme a la Ley” (Ley de Minería, 1985 Art. 34).

1.5.6. Beneficios para el Estado de la Ley de Minería de 1985.

Esta normativa minera del Ecuador prevé una serie de beneficios para el Estado, por concepto de las actividades mineras. Es así que establece: Derechos superficiarios, regalías, impuesto a la renta con cálculo especial para las actividades mineras. Los derechos superficiarios corresponden a un 2% de un salario mínimo vital por hectárea minera para los contratos o permisos de prospección y el 4% para los contratos o permisos de explotación. El artículo 45 menciona que las regalías serán calculadas en un porcentaje sobre el precio de venta de los productos comercializados, únicamente dentro del periodo de explotación, correspondiente al 1% durante los primeros cuatro años de explotación y al 3% a partir del quinto año de explotación. En cuanto al cálculo especial del impuesto a la renta, el artículo 47 de la Ley 06 de Minería menciona que “la actividad minera pagará el impuesto a la renta sobre el 50% de la base imponible por el plazo de 5 años desde la fecha de inicio de

producción. A partir del sexto año, la actividad minera tributará de conformidad con las normas legales vigentes” (Ley 06 de Minería, Art. 47).

1.5.7. Incentivos de las actividades mineras.

La Ley de Minería de 1985 contiene ciertos incentivos para la actividad minera, el más importante es la exoneración de impuesto a la importación de los equipos, maquinarias, repuestos, insumos y otros materiales necesarios para la actividad minera, durante el tiempo de vigencia de los permisos y contratos mineros, así como su importación, bajo el régimen de internación temporal, al Ecuador.

Es interesante mencionar que la primera disposición transitoria, dispone que:

“Las personas naturales o jurídicas que hubieren obtenido contratos o derechos de acuerdo con la antigua Ley de Fomento Minero, podrán acogerse a las disposiciones de la presente Ley, si así lo manifiestan dentro del plazo que se exprese en el reglamento. De no hacerlo, subsistirán los derechos y obligaciones que adquirieron bajo las normas anteriores.” (Ley 06 de Minería, Transitoria Primera)

1.6. Ley de Minería de 1991.

La Ley de Minería de 1991 fue una Ley sustancial para el desarrollo del sector minero del Ecuador. Si bien los minerales son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, la exploración, prospección, explotación, fundición, refinación y comercialización de los minerales podía realizarse mediante solicitud de concesión. Adicionalmente, los montos de los pagos por conceptos de patentes de conservación y de producción eran relativamente bajos, lo que generó una inversión importante que resultó en descubrimientos de yacimientos mineros que buscan desarrollarse en fase de explotación.

1.6.1. Adquisición de concesiones mineras.

Dentro de la Ley de Minería de 1991 se evidencian algunos pagos necesarios, sea para adquirir la concesión minera, como por concepto de mantenimiento de

las mismas. Según el artículo innumerado de la Ley de Minería de 1991, podemos observar:

Tabla 1. Vigencia del Monto anual por concesión hectárea Minera.

VIGENCIA DEL MONTO ANUAL POR CONCESIÓN HECTAREA MINERA	
DESDE-HASTA (AÑOS)	MONTO (US\$)
0-3	1,00
4-6	2,00
7-9	4,00
10-12	8,00
13- Adelante	16,00

Tomado de la Ley de Minería, 1991, artículo innumerado.

Estos valores mencionados se debían por concepto de patentes de conservación, pagaderos dentro de “quince días contados a partir de la fecha de suscripción del documento en el cual se deje constancia de la aptitud del área para ser concesionada” (Ley de Minería, 1991 Art. s.n.).

Al momento de promulgación de la Ley de Minería de 1991, esta contemplaba únicamente el pago de regalías al Estado. Sin embargo, en las reformas a la Ley de Minería publicadas en la Ley para la promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana publicada en el Registro Oficial Suplemento 144 del 18 de agosto de 2000, se sustituyó el pago de regalías por la Patente de Producción. Esta patente tenía como objetivo que el concesionario pague un valor de US \$ 16,00, por cada hectárea minera manifestada en producción, manifestación que será revisada más adelante.

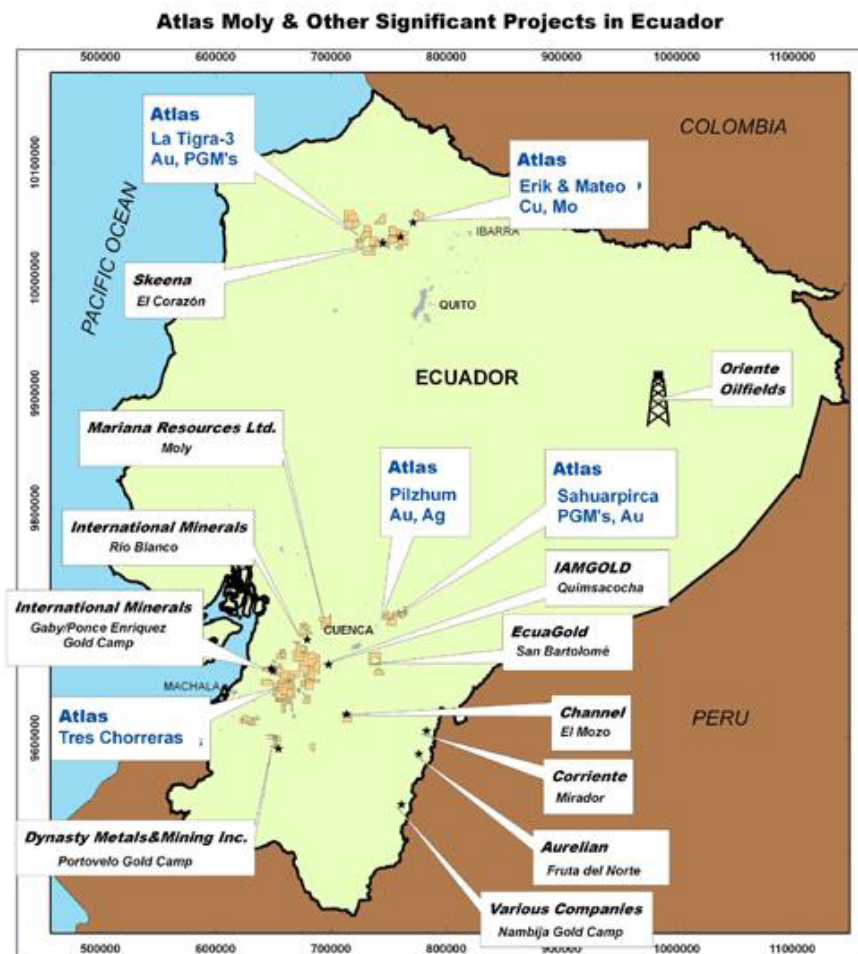
1.6.1.1. Derecho real de las concesiones mineras.

Según la Ley de Minería de 1991, las concesiones mineras otorgaban a su titular un derecho real. El derecho real es “la que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (código civil, Art. 595). Por lo tanto, con esta premisa, la concesión minera se la consideraba como un derecho de propiedad de bien inmueble la cual era susceptible a gravámenes siempre y cuando garanticen préstamos destinados a la actividad minera.

1.6.2. La inversión en el sector minero.

La posibilidad de libre transmisibilidad y transferibilidad de la concesión minera abrió las puertas a la inversión extranjera en el ámbito de prospección y exploración de yacimientos de minerales, generando de esta manera importantes proyectos mineros, como se muestra en el cuadro a continuación:

Figura 1. Proyectos mineros significativos en Ecuador.



Tomado de Mendoza, W. *Diagnóstico Legal de la Minería en el Ecuador*.

1.6.3. Derechos inherentes a la concesión minera.

Con la Ley de Minería Publicada en el Registro Oficial Suplemento 695 de 31 de Mayo de 1991, la concesión minera otorgaba el derecho al concesionario de explorar, prospectar, explotar, fundir, refinar y comercializar los minerales que

se encuentren dentro de la concesión. No obstante, anterior al inicio de producción, el concesionario debía informar a la dirección Regional de Minería competente con una declaración juramentada, la fecha de su inicio de producción comercial. Ésta producción estaría supeditado a la aprobación del estudio de evaluación de impacto ambiental. Adicionalmente, el inciso segundo del innumerado de la Ley de Minería de 1991, manifiesta que “el titular de una concesión minera no puede realizar labores de explotación comercial sin haber anunciado previamente su inicio, conforme se establece en el inciso anterior; sin embargo, hará suyos los minerales que eventualmente obtenga como resultado de los trabajos de exploración.” (Ley de Minería, 1991, Art. s.n.).

1.6.3.1. Instalación y operación de plantas.

En cuanto a la instalación y operación de plantas, la Ley de Minería de 1991, en su artículo 45 establecía que “el Estado autoriza la instalación y operación de plantas de beneficio, fundición o refinación a cualquier persona natural o jurídica nacional o extranjera que lo solicite (...)” (Ley de Minería, 1991, Art. 45). No obstante, al momento de ser titular de una concesión minera, el concesionario tenía el derecho para procesar exclusivamente los minerales de su concesión, tal y como lo demuestra expresamente el artículo 46 de la Ley de Minería de 1991.

1.6.3.2. Licencia de comercialización.

La Dirección Regional de Minería competente, tenía la facultad de otorgar licencias de Comercialización de Sustancias Minerales, vigentes por tres años consecutivos y renovables indefinidamente, a personas naturales o jurídicas que no necesariamente hayan sido titulares de concesiones mineras, pues los titulares de concesiones mineras no requerían de una licencia para la comercialización.

1.6.4. Preceptos ambientales.

El presente Trabajo de Titulación no tiene por objeto ver los preceptos ambientales relativos a las actividades mineras. Sin embargo, los permisos

ambientales son indispensables para la ejecución de actividades mineras, por lo que es importante mencionar que “los titulares de concesiones mineras y de plantas de beneficio, fundición y refinación, debían afectar estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades, estudios que deberán ser aprobados por la subsecretaría de Medio Ambiente del Ministerio de Energía y Minas” (Ley de Minería, 1991, Art. 79). El cuerpo normativo de la Ley de Minería de 1991 es riguroso en cuanto a la preservación del medio ambiente, pues éste, además de prever presentación de garantías incondicionales y de cobro inmediato en caso que no se cumplan los preceptos legales ambientales, prevé una descripción detallada del Plan de Manejo Ambiental que los titulares de las concesiones mineras deben respetar:

“Plan de manejo ambiental. Todo Plan de manejo ambiental deberá contener:

1. Descripción del proyecto y las medidas ambientales a aplicarse, las cuales deben estar orientadas a:

a) Protección: acciones para protección de flora y fauna silvestres, paisaje natural, suelo y comunidades indígenas;

b) Prevención y control de la contaminación, deforestación, erosión y sedimentación;

c) Seguimiento y monitoreo para control de la contaminación, deforestación, erosión y sedimentación;

d) Rehabilitación: reforestación, control de erosión y restauración de las áreas afectadas;

e) Mantenimiento: programas de mantenimiento de plataformas, piscinas, equipos, ductos, tanques de almacenamiento, caminos y otras obras civiles en general;

f) Emergencia y contingencia: planes de contingencia para derrames de productos contaminantes en los cursos de agua, en el mar y en la tierra firme, para afrontar imprevistos y accidentes;

g) Mitigación: Limpieza de derrames de productos contaminantes, recolección, procedimiento y disposición final de residuos, basuras y chatarras; y, obras civiles complementarias; y,

h) Compensación: reposición de bienes afectados por los proyectos a comunidades, pobladores, etc.;

2. Cronograma de Actividades;

3. Mapa del área de ejecución del proyecto, delimitando el sitio o los sitios donde se los ejecutará y su posible área de influencia;

4. Tratamiento a dar a los desechos sólidos, efluentes líquidos y gaseosos, antes de que estos sean descargados al medio ambiente, de acuerdo a los límites permisibles;

5. Evaluación del cumplimiento de las medidas ambientales programadas;

6. Declaración de efecto ambiental, para la etapa de exploración;

7. Estudio de impacto ambiental, con su respectivo plan de manejo ambiental, para las etapas de explotación, diseño, construcción, operación y desmantelamiento del proyecto; y,

8. Programas de capacitación y concientización ambiental permanente de los empleados, para incentivar acciones que minimicen el deterioro ambiental.

Estas condiciones serán incorporadas a los requisitos para obtener concesiones.” (Ley 126 de Minería, Art. 80)

La normativa en referencia igualmente hace énfasis en la conservación de la flora y fauna, manejo de desechos, y en general, protección al ecosistema.

1.6.5. Concesionarios mineros y propietarios del suelo.

En cuanto a la relación de los titulares de derechos mineros con los propietarios del suelo, la Ley preveía una libertad de negociación entre el titular de derechos mineros con el dueño del suelo, acordando una libre retribución. Igualmente, se preveía en caso de no alcanzar acuerdos con los propietarios del suelo, constitución de servidumbres para los cuales la ley declaraba a la actividad minera como de utilidad pública. En caso de requerir servidumbres, éstas eran de carácter transitorio, respetando los derechos de los dueños de los terrenos colindantes a los de la concesión minera. No obstante, el artículo 97 de la Ley 126 de Minería, establece las clases de servidumbres a las cuales los titulares de las concesiones mineras estarán sujetos:

- “a) La de ser ocupados en toda la extensión requerida por las instalaciones y construcciones propias de la actividad minera;
 - b) Las de tránsito, acueducto, líneas férreas, aeródromos, andariveles, rampas, cintas transportadoras y todo otro sistema de transporte y comunicación;
 - c) Las establecidas en la Ley Básica de Electrificación para el caso de instalaciones de servicio eléctrico; y,
 - d) Las demás necesarias para el desarrollo de las actividades mineras”.
- (Ley 126 de Minería, Art. 97)

La Ley preveía una libre negociación entre el titular de derechos mineros y el dueño del predio sobre el cual se debía constituir la servidumbre, considerando la determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se causare al dueño del inmueble.

1.6.6. Facultades del titular de una concesión minera.

La Ley de Minería de 1991, preveía que los derechos mineros pudieran reducirse, renunciarse, caducarse o declararse nulos. La reducción o renuncia de los derechos mineros era una facultad del titular de la concesión. Puesto

que, el titular de la concesión minera, ponía a disposición del concesionario la reducción o renuncia de la totalidad o parte de la concesión minera otorgada a su favor. En cuanto a la caducidad, ésta tenía como efecto jurídico la extinción de derechos mineros, sobre la concesión minera, volviéndola libre y franca. La nulidad de los derechos mineros podía ser declarada cuando una concesión era otorgada en contravención al artículo 14, referente a las personas inhabilitadas a ser titulares de concesiones Mineras. No obstante que la nulidad de la concesión minera sea declarada, la Ley preveía que ésta no interfería sobre el derecho del titular sobre edificaciones, maquinarias, instalaciones y demás elementos de trabajo, los que pueden ser retirados aun cuando la extinción o nulidad hayan sido declaradas.

1.6.7. Contratos relativos a una concesión minera.

De los temas más relevantes que toca la Ley en referencia es el Título VIII, el cual regula los Contratos Mineros. Esta Ley preveía algunos tipos de Contratos mineros, como son: Contrato de Cesión o Transferencia de Derechos Mineros, de Promesa Irrevocable y de Arrendamiento; Adicionalmente, se encontraban el Contrato de Habilitación Minera, Hipoteca, y, Contrato de Operación.

1.7. Ley de minería de 2009

1.7.1. Antecedente del Mandato Minero.

No se puede revisar la Ley de Minería promulgada en el Registro Oficial Suplemento 517 del 29 de enero de 2009, sin hacer un antecedente en el Mandato Legislativo 6, publicado en el Registro Oficial suplemento 321 del 22 de abril de 2008, también denominado Mandato Minero. Durante el 2008, con el fin de establecer un marco regulatorio apropiado para la actividad minera de acuerdo al nuevo marco constitucional que habría de promulgarse. La Asamblea Nacional Constituyente considerando que la minería es una fuente de ingreso para el Ecuador, pero a sabiendas que es necesario que la exploración y explotación minera esté desarrollada en base al respeto de las nacionalidades existentes dentro del territorio ecuatoriano, como son los pueblos indígenas, afro ecuatorianos y otras comunidades, que se ven día a

día inmersas en este proceso de exploración y extractivo, resolvió el 15 de Abril de 2008, dentro de otros aspectos:

“Declarar la extinción sin compensación económica de todas las concesiones mineras que en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de Diciembre de 2007 o que no hayan presentado su respectivo estudio de impacto ambiental o que no hayan realizado los procesos de consulta Previa, inclusive las que estén pendientes de Resolución Administrativa” (Mandato Minero, 2008, Art. 1).

El Mandato Minero, adicionalmente, prevé la necesidad de desarrollar y promover mecanismos de planificación, reordenamiento territorial y definición del uso del suelo a corto y largo plazo, tanto de los recursos renovables y no renovables, y declara:

“Se declara la caducidad de las concesiones mineras que no hayan cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley Minería, es decir hasta el 31 de Marzo de cada año y por adelantado a partir del año 2004” (Mandato Minero, 2008, Art. 2).

La promulgación del mandato al que se hace referencia trajo consigo una dura discusión en la Asamblea Constituyente donde habían criterios diversos, con teorías que la promulgación del mismo traería desempleo, inseguridad jurídica, alejaría las inversiones o que el Ecuador podría estar sujeto a demandas internacionales por declarar las caducidades a las concesiones mineras. El Mandato Minero, al caducar de oficio todos los derechos conferidos en las concesiones mineras, sin resarcimiento económico, violentó el derecho constitucional a la propiedad privada a través de un órgano colegiado constituido para reformar el marco institucional del Estado y elaborar una nueva Constitución, como lo señala el Referéndum que en su literalidad constaba de una sola pregunta: "¿Aprueba usted, que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el estatuto electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado y elabore

una nueva Constitución?" (El Universo, 2013); Sin tener la legitimidad necesaria para violentar en contra de la propiedad privada.

En resumen, el mandato minero era necesario para restablecer la situación minera a favor del control del Estado, sobre todo lo referente a la minería a mediana o gran escala, tal y como lo establece el mismo Mandato; más no a la minería artesanal o no metálica.

1.7.2. Reacción del sector minero a la promulgación de la Ley de minería de 2009.

La Ley de Minería de 2009, fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 del 29 de enero del 2009. El sector empresarial cuestionó a la Ley en la medida en que ésta establece costos poco competitivos para mantener la concesión, además de las regalías elevadas en la etapa de explotación, pues comparativamente con otros países establece tarifas y valores más altos, lo que vuelve la oferta ecuatoriana poco atractiva a la inversión extranjera. Voceros de este sector indican que el clima de inversión en el país no ayuda, que la seguridad sobre la concesión es débil por las condiciones que pone la Ley para conservarlas y que la Ley no extingue la vigencia del Mandato Minero. No obstante, para el Gobierno, la Ley Minera es un avance real frente a la Ley anterior para despegar el sector minero. Aun así, el sector minero en el Ecuador, cinco años después de la expedición de la Ley, aún no despega.

1.7.3. Poder legislativo y la promulgación de la Ley de minería del 2009.

Para el poder Legislativo, Según Mendoza, la Ley de Minería en referencia fue motivo de imposición, pues la Ley tenía que ser promulgada, a pesar de las protestas de las organizaciones Indígenas y ambientalistas. Para el sector ambientalista y sectores indígenas como la CONAIE, la Ley minera tiene como único objetivo poner el marco legal para dar vía libre a la minería a cielo abierto sin suficientes controles ambientales. No obstante, eso no es lo que se establece en el marco normativo.

1.7.4. Ámbito de aplicación de la Ley de minería de 2009.

La expedición de la Ley de Minería del 2009 transformó de manera radical el ámbito de aplicación de la Ley, así como la naturaleza de las concesiones mineras y las etapas de las mismas. El artículo primero de la Ley de Minería, comienza estableciendo el ámbito de aplicación de la Ley, el cual es normar el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Se puede evidenciar la evolución del ámbito de aplicación, al notar que norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, más no la ejecución de actividades mineras por parte de la iniciativa privada nacional o extranjera. Por lo que la Ley está redactada para que la delegación de la atribución privativa del Estado, de gestionar los sectores estratégicos, pueda ser regulada y controlada.

1.7.5. Regulación y control de las actividades mineras.

Dentro de la normativa minera actual, se puede encontrar una modificación en cuanto a la entidad reguladora y controladora, con competencia a nivel nacional, la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM. Ésta, es la encargada de analizar las actuaciones de las compañías que se dedican a las actividades mineras, y otras atribuciones según lo dispuesto en la normativa:

- “a) Velar por la correcta aplicación de la presente Ley, sus reglamentos y demás normativa aplicable en materia minera;
- b) Dictar las regulaciones y planes técnicos para el correcto funcionamiento y desarrollo del sector, de conformidad con la presente ley;
- c) Emitir informes de los procesos de otorgamiento, conservación y extinción de concesiones mineras, de autorización para la instalación y operación de plantas de beneficio, tratamiento fundición y refinación; y

de la suscripción de contratos de explotación, por parte del Ministerio Sectorial;

d) Llevar un registro y catastro de las concesiones mineras y publicarlo mediante medios informáticos y electrónicos;

e) Conocer y resolver sobre las apelaciones y otros recursos que se interpongan respecto de las resoluciones de las unidades desconcentradas que llegaren a su conocimiento;

f) Conocer, tramitar y resolver, en los procesos de amparo administrativo;

g) Inspeccionar las actividades mineras que ejecuten los titulares de los derechos y títulos mineros;

h) Vigilar que en las actividades mineras que ejecutan los titulares de los derechos mineros, no se encuentren trabajando, o prestando servicios a cualquier título, niños, niñas y adolescentes y velar por el cumplimiento del artículo 43 de la Constitución de la República;

i) Sancionar con lo establecido en la presente ley y su reglamento a los titulares de la actividad minera, si de la observación a que se refiere el literal h) que antecede, se estableciere que existen niños, niñas y adolescentes trabajando e informar a las autoridades competentes en materia de niñez y adolescencia, y laboral, sobre la inobservancia a la normatividad vigente;

j) Designar un interventor en los casos que la ley lo determine;

k) Fijar los derechos de concesión en el sector minero de conformidad con lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos, así como recaudar los montos correspondientes por multas y sanciones;

l) Ejercer el control técnico y aplicar las sanciones del caso para asegurar la correcta aplicación de las políticas y regulaciones del sector;

- m) Abrir, sustanciar y decidir los procedimientos destinados a la imposición de las sanciones establecidas en esta ley;
- n) Vigilar, evaluar y divulgar el comportamiento del mercado y las estadísticas del sector minero;
- o) Otorgar las licencias de comercialización de sustancias minerales determinadas en la presente ley; y,
- p) Las demás que le correspondan conforme a esta ley y los reglamentos aplicables.” (Ley de Minería, 2009, Art.9)

Adicionalmente al ARCOM, la Ley prevé la creación de la Empresa Nacional Minera ENAMI. La ENAMI es la empresa pública con las atribuciones necesarias para realizar las actividades de prospección, exploración y explotación, beneficio, fundición y refinación de los minerales. Como se menciona y establece en el artículo primero de la Ley, las actividades mineras es un derecho soberano del Estado ecuatoriano. Para el cumplimiento de su fin, la Empresa Nacional Minera podrá asociarse, constituir compañías de economía mixta, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas y en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales con la finalidad de cumplir con su objeto social y alcanzar los objetivos nacionales (Ley de Minería, 2009, Art. 1).

1.7.6. Actos administrativos previos a la ejecución de actividades mineras.

La Ley prevé de manera taxativa una serie de requisitos, establecidos en el artículo 26 de la Ley de Minería, artículo que fue reformado por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento 37 del 16 de julio del 2009:

“Para ejecutar las actividades mineras se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente por las siguientes instituciones dentro del ámbito de sus respectivas competencias:

a) Del Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y,

b) De la Autoridad Única del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea y del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua.

Adicionalmente, el concesionario minero presentará al Ministerio Sectorial una declaración juramentada realizada ante notario en la que exprese conocer que las actividades mineras no afectan: caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural. La falsedad comprobada en la declaración de la referencia anterior será sancionada de conformidad con las penas aplicables al delito de perjurio.

Si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advirtiere que las actividades del solicitante pudieren afectar a los referidos bienes o patrimonio, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la que deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras, y el funcionario responsable será destituido. Respecto de la emisión de los informes de tales actos administrativos se estará a la aplicación de las normas del procedimiento jurídico administrativo de la Función Ejecutiva.” (Ley de Minería, 2009, Art. 26)

1.7.7. Autorización para las actividades mineras.

La Ley de Minería de 1991 especifica las fases de la minería y las actividades mineras que se pueden realizar con la debida autorización por parte del Ministerio Sectorial, el cual hoy en día está denominado como Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, bajo el control y regulación del ARCOM,

fases que se resumen en: prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de minas. Estas etapas son las mismas que las establecidas en la Ley de Minería de 1991, aumentando la última que es la de cierre de minas, la cual consiste en el término de las actividades mineras y el consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de las fases referidas previamente, “incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente” (Ley de Minería, 2009, Art. 27).

Dentro de las fases de la actividad minera que serán explicadas más adelante, se encontrarán indiscutiblemente las figuras de la concesión minera, título minero, contrato minero, con sus derechos, responsabilidades y obligaciones que conlleva cada una de estas figuras, esenciales en el desarrollo de las actividades mineras.

1.7.8. Título minero.

Según la Ley en referencia, el Título minero confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión. La Prospección, sin embargo, es una actividad libremente realizable por toda persona que no se encuentre expresamente prohibida por la Ley, siempre y cuando se lo realice fuera de áreas protegidas y las que se encuentre “dentro o en el límite de concesiones mineras, zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en Áreas Mineras Especiales” (Ley de Minería, 1991, Art. 28). La misma Ley, en su artículo 31, aumenta el alcance y los efectos del título minero, dándole el carácter de título valor, de acuerdo a las regulaciones que al efecto dicte la superintendencia de compañías y la superintendencia de Bancos.

2. Capítulo Segundo: Proceso para la explotación y comercialización de minerales.

La Ley prevé un tiempo máximo para cada una de las fases de las actividades mineras, con el fin de llegar a una explotación de los recursos, o en su defecto dar por caducada la concesión. Así lo establece el artículo 36 de la Ley de Minería, la concesión minera se divide en una etapa de exploración y una etapa de explotación. A su vez, en la etapa de exploración se distingue el período de exploración inicial, el período de exploración avanzada y el período de evaluación económica del yacimiento.

Para llegar a una explotación de minerales metálicos y posterior comercialización de los mismos, es necesario seguir con ciertas fases previas, legislado en la normativa pertinente, al cual los potenciales extractores deben apegarse. Ésta comienza con la prospección o exploración, siguiendo por las etapas de evaluación económica y explotación, siendo la comercialización de los minerales el último fin.

Este procedimiento para llegar al fin último de la explotación y comercialización de minerales, será comparado al procedimiento colombiano, legislación a la que se hará referencia, país que tiene una explotación minera responsable, sustentable y desarrollada.

2.1. Legislación comparada.

2.1.1. Legislación ecuatoriana.

2.1.1.1. Introducción a los recursos naturales no renovables en Ecuador.

Según la reseña histórica encontrada en la revista Ekos Negocios del 2012, el mundo conoció un cambio radical al momento que se dio un uso a los hidrocarburos, debido a la dependencia social por la variedad de productos que comenzaron a desarrollar, lo cual otorgó a este recurso un valor económico importante. Los primeros estudios de petróleo en Ecuador corresponden al siglo XIX, con las investigaciones de Manuel Villavicencio, quien describió que

encontró asfalto y alquitrán en el río Hollín y en los manantiales salitrosos de la cordillera del Cutucú. No obstante, los registros de las actividades iniciales petroleras en Ecuador, señalan que los primeros serios intentos tendientes a la explotación comercial de yacimientos de crudo se realizaron a partir del año 1911. No es a partir de 1985, que el Ecuador comenzó a licitar campos petroleros con las rondas petroleras, que al día de hoy cuentan ocho, la novena en el 2004 se la declaró desierta.

Con esta experiencia, y ganancias económicas de las cuales el Ecuador se vió beneficiado, se analizó seriamente las posibilidades de normalizar extracción de recursos naturales no renovables que no sean hidrocarburos: La Minería. La minería es una actividad que se ha desarrollado en territorio ecuatoriano desde tiempos precolombinos, y hasta el día de hoy de manera legal e ilegal. El Ecuador, desde la primera mitad del siglo XVI vio el nacimiento de lo que denominaría las ciudades mineras. Según la revista Ekos Negocios, los Cañarís fueron los primeros en indicar los depósitos aluviales del río Amarillo. Luego, la conquista española, descubrió la veta Vizcaya de Zaruma. Luego, llegaron al Río Santa Bárbara en la provincia del Azuay. Se dice que de este río “se sacó más de 800 mil pesos de oro, lo que significaría a precios de 2012, USD 181,5 millones” (Ekos negocios, 2012, p. 86) de dólares americanos. Existiendo estos indicadores históricos, se fueron generando leyes y se ha ido separando las actividades mineras en fases, por lo que hoy en día éstas son: la exploración, explotación, fundición, refinación, beneficio, comercialización y cierre de minas.

La actividad minera en Ecuador, se ve siempre determinada en base a los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia, con el fin de gestionar el sector minero con la mayor responsabilidad del caso.

2.1.1.2. Plan Estratégico del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables.

El Plan Estratégico del Ministerio de Recursos Naturales no renovables del 2014 al 2017, establece las políticas a seguir para el desarrollo de las

actividades concernientes a la explotación de recursos naturales no renovables, mencionando así las siguientes políticas:

“Política 1: Fomentar la productividad del sector minero;

Política 2: Impulsar la inclusión de actores mineros en territorio ecuatoriano;

Política 3: Reducir el impacto social y ambiental en las actividades mineras;

Política 4: Elevar el nivel de modernización, investigación y desarrollo tecnológico en el sector minero.” (Plan Estratégico del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, 2014, p. 9)

Considerando las anteriores políticas, está claro que la extracción de recursos naturales no renovables es un objetivo del Estado ecuatoriano, especialmente de la minería, actividad que en un futuro deberá reemplazar a las actividades hidrocarburíferas actuales, yacimientos que se encuentran en proceso de desaparición.

2.1.1.3. Obtención de una concesión minera.

La concesión minera confiere los derechos mineros incluyendo el derecho a todas las fases de la actividad minera en general. La obtención de una concesión minera puede darse por remate o subasta pública, o mediante adjudicación por parte del viceministerio de Minas, cuando el Estado delegue sus funciones a empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria, para lo cual el Estado deberá observar el principio de transparencia en la adjudicación, aplicando las normas constitucionales y criterios previamente establecidos en la Ley, sus reglamentos y los acuerdos precedentes a su otorgamiento. La concesión como tal, es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual, según la ley, constituye un derecho personal, transferible previa autorización. El título minero

debe ser registrado en el ARCOM, al igual que cualquier tipo de modificación a la concesión, o cesión de la misma.

La concesión minera corresponde a un área determinada de forma piramidal, dentro del territorio nacional que otorga a su titular los derechos de prospección, exploración, explotación, refinación, fundición y comercialización de los minerales que se encuentran dentro de la concesión, de lo que existe desde la superficie, hasta el centro de la tierra, formando así una pirámide. Las concesiones mineras se miden en hectáreas mineras. Según el artículo 32 de la Ley de Minería vigente, “esta unidad de medida constituye un volumen de forma piramidal, cuyo vértice es el centro de la tierra; su límite exterior es la superficie del suelo y corresponde planimétricamente a un cuadrado de cien metros por lado, medido y orientado de acuerdo con el sistema de coordenadas UTM de la Proyección Transversa Mercator, en uso para la Carta Topográfica Nacional” (Ley de Minería, 2009, Art. 32). La concesión minera tiene un plazo de duración de hasta veinte y cinco años que podrá ser renovada por períodos iguales, siempre y cuando se hubiere presentado petición escrita del concesionario al Ministerio Sectorial para tal fin.

La legislación minera ecuatoriana prevé que la concesión minera se la otorga mediante acto administrativo. El derecho a que mencionado título de concesión minera sea otorgado, se lo obtiene mediante procesos de remate o subasta pública. Excepcionalmente, la ley faculta para que el Viceministerio de Minas otorgue áreas mineras, mediante delegación a empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o a consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria, según se establece en el artículo 31 de la Ley de Minería.

La Ley establece que no se podrán otorgar concesiones mineras a personas que tengan o hayan tenido conflictos de interés o puedan hacer uso de información privilegiada, las personas naturales o jurídicas vinculadas a los organismos de decisión de la actividad minera, sea a través de su participación directa o de sus accionistas y sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o ex funcionarios del ministerio de

recursos naturales, ministerio de energía y minas, ministerio de minas y petróleo o de sus parientes inmediatos hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y las personas naturales o jurídicas vinculadas a las instituciones de decisión del sector minero, como lo establece el artículo 20 de la Ley de Minería.

Según el artículo 29 de la Ley, “en la planificación anual y plurianual del Viceministerio de Minas, deberá obligatoriamente contener diferenciadamente las áreas susceptibles de concesionamiento minero metálico para pequeña minería, minería artesanal y por otra parte la minería a gran escala.” (Ley de Minería, Art. 29) Se puede observar la exclusión de la denominada mediana minería.

En la subasta pública para concesiones de pequeña minería solo y exclusivamente podrán participar las personas naturales o jurídicas que se encuentren en esta categoría de acuerdo a los procedimientos y requisitos establecidos en la normativa.

2.1.1.4. Minería artesanal y pequeña minería.

La legislación prevé que la actividad minera en general puede ser artesanal, pequeña minería, mediana minería y minería a gran escala. Adicionalmente, los derechos mineros pueden emanar de contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización. Estas categorías establecidas en la Ley, están determinadas por la cantidad de toneladas que se produzcan, así como por ciertas limitantes que serán analizadas más adelante:

La categoría de pequeña minería y minería artesanal está regulada dentro del Reglamento de Régimen Especial de Pequeña Minería y Minería Artesanal, puesto en vigencia tras su publicación en el Registro Oficial Suplemento 67, con fecha 16 de noviembre de 2009. El Viceministerio de Minas, considerando lo dispuesto en el informe técnico y económico de la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), adopta las acciones administrativas que fueren

necesarias respecto a la calificación del régimen de pequeña minería, siempre que no sobrepase las bases mínimas de mediana minería, que se establece en el artículo innumerado después del Artículo 133 de la Ley de Minería: “a) Para minerales metálicos: De 301 hasta 1000 toneladas por día en minería subterránea; de 1001 hasta 2000 toneladas por día en minería a cielo abierto; y, desde 1501 hasta 3000 metros cúbicos por día en minería aluvial.” (Ley de Minería, 2009, Art. s.n.)

Según el artículo 4 del Reglamento de Pequeña Minería y de Minería Artesanal, se define a la Pequeña Minería aquella que, en razón del área, características del yacimiento, monto de inversiones y capacidad instalada de explotación y beneficio o procesamiento, sea calificada como tal y diferenciada de la minería artesanal o de subsistencia y de otras categorías de la actividad minera, de acuerdo con la normativa aplicable al régimen especial de pequeña minería y minería artesanal. Los dos regímenes tan similares, pero a la vez específicos, fueron creados y se encuentran desarrollados dentro de los cuerpos legales derivados de la Ley de Minería del 2009.

2.1.1.4.1. Principio constitucional de igualdad ante la Ley.

La interpretación del principio de igualdad ante la Ley puede ser abordada de diferentes maneras, especialmente de dos.

La primera y más tradicional manera, es la igualdad “formal” o interpretación “estrecha”. Según Ronconi y Vita, ésta es la versión más limitada del principio de igualdad pues se basa únicamente en que todos los que pertenecen a una misma categoría, deben ser tratados de la misma forma. Sin embargo, ésta manera de interpretación del principio de igualdad no establece nada con respecto a la legitimidad de la categorización.

La segunda, es la igualdad como “no discriminación arbitraria” o “principio jurídico material”. Según Ronconi y Vita, la distinción mencionada anteriormente para tratar igual a quienes están en igualdad de circunstancias, no es suficiente. Es por lo tanto, que se requiere de una clasificación de la

circunstancia relevante, para hacer una distinción cuando el Estado desea llevar a cabo la regulación del ejercicio de un derecho.

Bajo esta anterior premisa, el presente trabajo de titulación considera que el fin último del Estado es la inversión en el Sector minero con un desarrollo sustentable del mismo, por lo que la discriminación observada podría considerarse que no cumple con un criterio de categorización adecuado. Adicionalmente, la Ley determina que la Pequeña Minería y Minería Artesanal es el desarrollo de la minería únicamente con inversión y actores nacionales, se podría considerar que se está rompiendo por el principio de igualdad, pues no se está dando ni la más mínima oportunidad a actores extranjeros.

2.1.1.4.2. Derechos mineros.

Los derechos mineros dentro de los regímenes de pequeña minería y minería artesanal difieren de los derechos mineros en mediana minería y minería a gran escala. Son titulares de derechos mineros dentro del régimen especial de Pequeña Minería solamente las personas naturales o jurídicas nacionales, tales como las cooperativas, condominio y asociaciones legalmente constituidos, cuyo objeto social sea el desarrollo de actividades mineras en el sector de Pequeña Minería, además de toda persona natural o jurídica no incursas en las prohibiciones a las que se refiere el artículo 153 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo que en su literalidad, expresa lo siguiente:

“Quienes hayan ejercido la titularidad de los ministerios de Estado y las servidoras y servidores públicos de nivel jerárquico superior definidos por la ley, una vez hayan cesado en su cargo y durante los siguientes dos años, no podrán formar parte del directorio o del equipo de dirección, o ser representantes legales o ejercer la procuración de personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que celebren contrato con el Estado, bien sea para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual, ni ser funcionarias o funcionarios de instituciones financieras

internacionales acreedoras del país.” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 153)

Los derechos mineros conferidos en las concesiones para pequeña minería otorgan a su titular los mismos beneficios que las concesiones para mediana minería y minería a gran escala. En pequeña minería, los titulares que soliciten más de 300 hectáreas mineras, deben adquirir las concesiones mineras a través de un procedimiento de oferta minera.

En pequeña minería, las etapas de exploración y explotación pueden realizarse paralelamente dentro de la misma concesión minera; la evaluación económica del yacimiento no es necesaria. Adicionalmente, los titulares de concesiones mineras para pequeña minería, son beneficiados del denominado ciclo minero. El ciclo minero, según el reglamento de pequeña minería y minería artesanal se entiende como:

“conjunto de operaciones que se realizan ordenadamente bajo el régimen especial de pequeña minería y minería artesanal, en yacimientos o depósitos, y que se inician con la gestación del proyecto, la exploración explotación, el desarrollo, la producción, procesamiento o beneficio, comercialización y el cierre de las operaciones del mismo, observando en todo caso los principios de solidaridad, sustentabilidad y del buen vivir” (Reglamento pequeña minería, 2009, art. 5).

Se puede observar que estos derechos mineros son muy parecidos o inclusive idénticos a los derechos mineros encontrados en la mediana minería y en la minería a gran escala. No obstante, con la diferencia de la posibilidad de realizar la exploración y explotación de manera simultánea y sin necesidad de la evaluación económica del yacimiento, además de la exención del contrato de explotación encontrado en la mediana minería y minería a gran escala, presentando en su lugar, manifiestos anuales con el carácter de declaración juramentada donde se detallarán los volúmenes explotados de los minerales extraídos.

2.1.1.4.3. Contratos a celebrarse en pequeña minería y minería artesanal.

El Reglamento de pequeña minería y minería artesanal establece que dentro del régimen especial de pequeña minería se podrán celebrar toda clase de contratos mineros, tales como contratos de cesión y transferencia de derechos mineros, contratos de participación, de promesa irrevocable de cesión y transferencia de derechos mineros, de cesión en garantía, de asociación, de prenda, contratos de crédito minero, contratos de operación, de garantía, contratos preparatorios, procuraciones de condóminos, contratos de transacción; contratos de negociaciones de títulos valor a los que se refiere el inciso tercero del artículo 131 de la Ley de Minería, y, demás formas contractuales aplicables de manera directa.

2.1.1.4.4. Comercialización de minerales provenientes de pequeña minería.

En cuanto a la la comercialización de minerales provenientes de pequeña minería, según el artículo 17 del reglamento de pequeña minería y minería artesanal:

“se entiende implícita la facultad de los operadores para comercializar independientemente del titular de la concesión la parte que les corresponda de su producción individual dentro o fuera del país. La comercialización de minerales podrá realizarse mediante contratos de mandato con empresas cuyo objeto social contemple dicha actividad, o personas naturales, legalmente facultadas para este propósito, registradas en la Agencia de Regulación y Control Minero, las mismas que están obligadas a obtener las correspondientes licencias de comercialización.” (Reglamento Pequeña Minería, 2009, Art. 17)

Es por lo tanto que la actividad de comercialización, puede ser llevada a cabo por la misma compañía que sea titular de la concesión minera, siempre y cuando así se permita dentro del objeto social.

2.1.1.4.5. Preceptos de la minería artesanal.

En cuanto a la minería artesanal, el artículo 18 del Reglamento menciona que la denominación de "minería artesanal" comprende y se aplica a las unidades económicas populares, los emprendimientos unipersonales, familiares y domésticos que realicen labores en áreas libres". (Ley de Minería, Art. 134)

Las actividades en minería artesanal se caracterizan por la utilización de maquinarias y equipos con capacidades limitadas de carga y producción de conformidad con el instructivo aprobado por el directorio de la Agencia de Regulación y Control Minero destinados a la obtención de minerales, cuya comercialización en general permita cubrir las necesidades de la comunidad, de las personas o grupo familiar que las realiza, únicamente, dentro de la circunscripción territorial respecto de la cual se hubiere otorgado el correspondiente permiso.

Por su naturaleza, las actividades de minería artesanal, no están sujetas al pago de regalías ni de patentes, pero si sujetas al régimen tributario, para garantizar los ingresos que corresponden al Estado.

El Ministerio Sectorial podrá otorgar permisos para realizar labores de minería artesanal, las que no podrán afectar ni interferir con los derechos que emanan de la titularidad minera. "No obstante lo anterior, los concesionarios mineros podrán autorizar la realización de trabajos de minería artesanal en el área de su concesión, mediante la celebración de contratos de operación regulados por el Ministerio Sectorial" (Ley de Minería, 2009, Art. 134), en los cuales se estipulará la obligación de los mineros artesanales de sujetarse a las instrucciones de los concesionarios en cuanto se refiere a normas de seguridad y salud minera, a la estricta observancia de la normativa ambiental minera y al aprovechamiento del recurso minero en forma técnica y racional.

La legislación prevé una serie de beneficios de aquellas personas que califican como mineros artesanales, aquellos que utilizan la minería para cubrir las necesidades de las personas que están explotando, o su grupo familiar. Para esto, el Estado otorga un régimen especial de exención de pago de regalías y

de patentes, además de autorizar a explotar dentro de áreas ya concesionadas, siempre y cuando respeten las normas de seguridad y salud, y siempre que no interfieran con las actividades normales del concesionario. No obstante de lo anterior, los permisos de operación de las actividades de los mineros artesanales se regula según el instructivo para el otorgamiento de permisos para la minería artesanal, el cual, en su artículo 2, menciona lo siguiente:

“El área para ejecutar actividades de minería artesanal y de sustento para la minería no metálica, materiales de construcción y minería metálica en subterránea, se determina un máximo de hasta cuatro hectáreas; por otra parte, para la minería en aluvial (metálica y materiales de construcción) y minería en el lecho de río, se determina un máximo de hasta seis hectáreas, de acuerdo al formulario expedido para el efecto.” (Instructivo permisos minería artesanal, 2011, Art. 2).

Es importante recalcar que la unidad de medida de las hectáreas a las cuales hace referencia el instructivo, no es la hectárea minera, sino hectárea normal. La Ley de Minería establece en su artículo 32: “Esta unidad de medida, constituye un volumen de forma piramidal, cuyo vértice es el centro de la tierra; su límite exterior es la superficie del suelo y corresponde planimétricamente a un cuadrado de cien metros por lado.” (Ley de Minería, 2009, Art. 32)

Debido a la maquinaria limitada permitida dentro de la actividad minera artesanal, no es necesario que se le otorgue al minero artesanal, un área de forma piramidal, como lo es la hectárea minera, sino únicamente la superficie. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que el instructivo antes mencionado permite al minero artesanal de extracción metálica un máximo de cuatro hectáreas, dentro de un área libre, o de un área concesionada. Considerando lo anterior, el régimen de pequeña minería, como visto anteriormente, permite a su titular desarrollar las actividades mineras que se le otorgan de manera simultánea. Por lo tanto, si se le concede al régimen de minería artesanal, operar en la misma concesión que donde se encuentra desarrollando sus actividades mineras un minero de régimen de pequeña

minería, se estaría obstruyendo al desarrollo de la actividad del pequeño minero, de manera tácita, por lo tanto violentando contra sus derechos mineros.

Según el artículo 20 del Reglamento de Minería Artesanal y Pequeña Minería, Las actividades en minería artesanal se caracterizan por la utilización de aparatos manuales o máquinas destinadas a la obtención de minerales, como medio de sustento, cuya comercialización en general permite cubrir las necesidades básicas de la persona o grupo familiar que las realiza, únicamente, dentro de la circunscripción territorial respecto de la cual se hubiere otorgado el correspondiente permiso, sobre la base del censo al que se refiere la Disposición Transitoria Octava de la Ley de Minería.

Mencionado lo anterior, se entienden por derechos mineros para minería artesanal, aquellos que emanan de los permisos otorgados por el Ministerio Sectorial a los que se refiere la Ley de Minería y el reglamento, los que tienen el carácter de intransferibles. Las obligaciones que consten de manera expresa en los respectivos permisos y sean asumidas por sus titulares deben ser cumplidas por estos, como condición para el goce de los beneficios establecidos en la normativa legal aplicable al régimen especial de pequeña minería y minería artesanal. “En consecuencia, su inobservancia o incumplimiento, constituirán causales de extinción de derechos y fundamento para la revocatoria de tales permisos, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles, penales o ambientales a las que hubiere lugar.” (Reglamento a la Pequeña Minería y Minería Artesanal, 2009, Art. 21).

La minería artesanal y la pequeña minería, aún cuando no deben pagar regalías al Estado, deben dar la participación estatal, la cual, según el artículo 29 del reglamento, al Estado le corresponde una participación igual al de la ganancia del que explota. Si el estado requiere del 50% de las ganancias, con un volumen bajo de producción, es evidente que este sistema de explotación, minería artesanal y pequeña minería, no puede desarrollarse.

Como limitante a la explotación de minerales bajo el régimen de minería artesanal, se establece que únicamente son sujetos de derechos mineros en

minería artesanal personas naturales no incursas en las prohibiciones a las se refiere el artículo 153 de la constitución, quienes para hacer un breve recuerdo, son: personas que hayan ocupado el puesto de ministros de estado o servidores públicos de nivel superior.

2.1.1.4.6. Viabilidad de la minería artesanal y pequeña minería.

La Ley y el Reglamento, fomentan la innovación tecnológica en el desarrollo de la pequeña minería y minería artesanal, siempre que se encuentren en condiciones de regularidad legal y ambientalmente responsables. No obstante, las actividades de pequeña minería y de minería artesanal podrían impedir en sí, por su naturaleza, el desarrollo económico del sector, por las limitaciones en cuanto a la cantidad de extracción, a la calificación de las personas o compañías que pueden acceder a estos regímenes, y a los montos monetarios correspondientes al Estado.

El artículo 27 del Reglamento para la minería artesanal y pequeña minería, menciona el desarrollo de un programa integral de Asistencia Técnica e Innovación Tecnológica para lograr un nivel de eficiencia y competitividad de la minería artesanal y pequeña minería. Considerando las limitantes de extracción en la pequeña minería, es difícil entender la intención del Estado en el fomento de la actividad de la pequeña minería y minería artesanal, puesto que con la mediana minería y minería a gran escala, las concesiones mineras se ven más aprovechadas en volumen de extracción, además de los sustanciales cobros por concepto de regalías, ganancias extraordinarias y patentes que se cobran por las concesiones destinadas en la minería a mediana y gran escala.

El programa integral de Asistencia Técnica e Innovación Tecnológica está orientado, entre otras acciones:

“prioritariamente a la gestión integral asociada al desarrollo minero sustentable; procesamiento de minerales; diseño, construcción, operación y manteniendo de sistemas de almacenamiento de relaves, manejo adecuado de reactivos y desechos peligrosos, cierre de actividades mineras y, desarrollo y aplicación de tecnologías limpias

aplicables a la escala de la minería nacional, artesanal y pequeña minería, e incluirá tanto el fortalecimiento institucional, organizacional y tecnológico de las autoridades de gestión y control del sector minero como de los operadores mineros en sus respectivas asociaciones y organizaciones gremiales legalmente reconocidas.” (Reglamento pequeña minería y minería artesanal, 2009, Art. 27)

El programa desarrolla un ámbito minero que no tiene mayor relevancia debido a sus limitantes. Mientras más sustentable se vuelve las actividades mineras, mayor es el monto de inversión.

2.1.1.4.6.1. Ingresos del Estado ecuatoriano.

La tenencia de concesiones mineras a través de títulos mineros conlleva el pago de una patente de conservación, obligación pecuniaria del titular, pago que es recaudado por el Servicio de Rentas Internas SRI. Según el artículo 34 de la Ley de Minería, todos los titulares de concesiones mineras, hasta el mes de marzo de cada año improrrogable, deberán pagar una patente anual de conservación por cada hectárea minera, lo equivalente al 2,5% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada. Esta misma patente tendrá un valor equivalente al 5% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada para el periodo de exploración avanzada y el período de evaluación económica del yacimiento. Durante la etapa de explotación de la concesión minera, el concesionario deberá pagar una patente de conservación equivalente al 10% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada. Esta patente de conservación no es aplicable a la minería artesanal, debido a su régimen especial, pero sí aplicable a la pequeña minería. El artículo 34, en su último párrafo establece que la patente anual de conservación para las actividades simultáneas de exploración-explotación realizadas bajo el régimen de pequeña minería es equivalente al 2% de la remuneración mensual unificada, por hectárea minera.

2.1.1.5. Fases de las actividades mineras.

De acuerdo a la Ley de Minería vigente en el Ecuador, existen ocho fases de la actividad minera y las cuales serán analizadas más adelante. Estas son:

“a) Prospección: consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas;

b) Exploración: consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. La exploración podrá ser inicial o avanzada e incluye también la evaluación económica del yacimiento, su factibilidad técnica y el diseño de su explotación;

c) Explotación: comprende el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento y a la extracción y transporte de los minerales;

d) Beneficio: consiste en un conjunto de procesos físicos, químicos y/o metalúrgicos a los que se someten los minerales producto de la explotación con el objeto de elevar el contenido útil o ley de los mismos;

e) Fundición: consiste en el proceso de fusión de minerales, concentrados o precipitados de éstos, con el objeto de separar el producto metálico que se desea obtener, de otros minerales que los acompañan;

f) Refinación: consiste en el proceso destinado a convertir los productos metálicos en metales de alta pureza;

g) Comercialización: consiste en la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera; y,

h) Cierre de Minas: que consiste en el término de las actividades mineras y el consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de las fases referidas previamente, si no fueren

de interés público, incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente.”
(Ley de Minería, 2009, Art. 27)

Estas fases tienen como fin último la comercialización de los minerales con el fin de pagar al Estado su beneficio económico.

2.1.1.5.1. Prospección.

La prospección, además de lo mencionado en la Ley, es la actividad minera que tiene como objeto la investigación de áreas con el fin de determinarlas áreas de mineralización. Para esto, los ingenieros utilizan indicadores químicos y físicos.

La legislación ecuatoriana ha determinado que la prospección es un derecho de toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, etc. Salvo las que se encuentran inhabilitadas en la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley. La prospección puede ser realizada libremente en todo el territorio nacional salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales.

Esta libertad de prospección es muy beneficiosa para el Estado, puesto que con esta libertad, cualquier persona puede invertir prospección, esperando un beneficio futuro. La inversión en la fase de prospección no garantiza el otorgamiento de la concesión el área siendo prospectada.

En definitiva, la prospección es una actividad que hoy en día es difícil llevarla a cabo sin previa autorización de algún tipo. Adicional a lo anterior, ni la Ley de Minería ni su reglamento, establece un mecanismo de autorización por parte del Viceministerio de Minas o del ARCOM, para obtener un permiso especial de prospección dentro de áreas protegidas, o declaradas de utilidad pública. Siendo la minería una actividad legal y de mucho beneficio económico para el Estado, la prospección debería ser autorizada por el Viceministerio de Minas,

con el fin último de prever dónde se encuentran yacimientos de minerales, más no necesariamente como fin último de la explotación.

Visto lo anterior, la prospección debe ser una actividad llevada a cabo por la entidad pública competente, con el fin de encontrar los yacimientos de diferentes tipos de minerales, y prospectar una posible y futura continuación de las actividades mineras.

2.1.1.5.2. Exploración.

La fase de exploración, fase esencial para la etapa de explotación del yacimiento, según la legislación pertinente vigente, está dividida en tres periodos, cada uno con un tiempo máximo de ejecución: exploración inicial, exploración avanzada y evaluación económica del yacimiento.

El periodo de exploración inicial se desarrolla por el plazo máximo de cuatro años. Este plazo podrá ser extendido en caso de ser solicitado, creando de esta manera la fase de exploración avanzada, por el plazo de 4 años adicionales a los de exploración inicial. Como adición a la autorización de la fase de exploración avanzada, el titular de la concesión está obligado a renunciar a una parte de la concesión. La normativa menciona que al momento de renuncia de una parte de la concesión, no puede afectar derechos de terceros.

Visto lo anterior, la Ley obliga al titular de los derechos mineros a renunciar a una parte de una concesión de la cual es titular, y sobre la cual se han pagado las patentes de conservación por el monto correspondiente al área original. La etapa de exploración avanzada, de acuerdo a la legislación, no es una autorización extraordinaria, sino un derecho otorgado por Ley, al titular de la concesión. El procedimiento indicado en la Ley para la renuncia, comprende un procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuando en verdad es de jurisdicción legal, por ser mandado por Ley. La jurisdicción voluntaria, según el artículo tres del Código de Procedimiento Civil, es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción. La jurisdicción legal, según el mismo cuerpo legal anterior, es la

que nace únicamente de la ley. En seguimiento a esta reflexión, se puede determinar que la renuncia obligatoria a una parte de la concesión, recae dentro de una jurisdicción legal, pues este nace únicamente de la ley.

2.1.1.5.2.1. Informes a la autoridad.

La etapa de exploración, además de los montos mínimos de inversión, los cuales serán analizados más adelante, conlleva la presentación de informes. El artículo 38 de la Ley, determina que los informes de exploración deberán ser presentados hasta el 31 de marzo de cada año, durante la vigencia de la etapa de exploración. Este informe deberá ser presentado al viceministerio de Minas, en la cual consten las actividades e inversiones en exploración realizadas en el área de la concesión minera durante el año que corresponda, y la presentación de un plan de inversión para el año en curso. Estos informes deberán presentarse debidamente auditado por un profesional certificado por la Agencia de Control y Regulación en los términos del Reglamento de Calificación de Recursos y Reservas Mineras.

2.1.1.5.2.2. Compensación económica por la no presentación de los informes.

En el caso que el concesionario no cumpla con el plan de inversiones antes señalado, podrá evitar la caducidad de su concesión minera mediante al pago de una compensación económica equivalente al monto de las inversiones no realizadas, siempre y cuando haya realizado inversiones equivalentes al ochenta por ciento de dichas inversiones mínimas. El pago de esta multa deberá acreditarse en el informe anual de las actividades e inversiones en exploración a que se refiere este artículo. Estos valores se verán reflejados en el balance general y en las declaraciones al Servicio de Rentas Internas.

2.1.1.5.2.3. Evaluación económica del yacimiento.

El periodo de evaluación económica del yacimiento, es una etapa anterior a la explotación, la cual debe ser llevada a cabo inmediatamente después de la exploración inicial o exploración avanzada, según el caso específico, evaluación que debe incorporar los minerales principales, secundarios y otros

que tengan valor económico, encontrados dentro de la concesión. El inicio de la evaluación económica del yacimiento pone un fin a la etapa de exploración, pues el concesionario minero debe notificar al Subsecretario Regional de Minas la conclusión del período de exploración inicial, o exploración avanzada, y notificará el inicio del período de evaluación económica del yacimiento, por un plazo de hasta dos años, periodo que podrá ser extendido por un plazo de dos años más si una prórroga es solicitada.

La solicitud de inicio de evaluación económica del yacimiento, debe estar acompañado por un informe sobre el cumplimiento de las actividades e inversiones mínimas realizadas en el área de la concesión minera del período que corresponda, la presentación de las actividades a ser desarrolladas y la aprobación de la Agencia de Regulación y Control Minero.

La evaluación económica del yacimiento es el instrumento mediante el cual el concesionario minero negociará con el Estado el contrato de explotación minera, excluyendo a la pequeña minería y minería artesanal quienes están exentos de la firma de este documento.

2.1.1.6. Título minero frente al Contrato de Explotación.

La legislación ecuatoriana prevé que para la explotación de minerales dentro de los regímenes de mediana minería y de minería a gran escala, se firme un contrato de explotación, sin considerar que el título minero otorga a su titular todos los derechos mineros, como fue ya mencionado anteriormente, incluyendo el derecho minero de explotación.

2.1.1.6.1. Título minero.

Es necesario revisar la figura de concesión de las áreas mineras, las cuales, al día de hoy, se otorgan mediante el título minero. Este título minero confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de su correspondiente concesión. Sin embargo, no le otorga a su titular, dentro de los regímenes de mediana minería,

y minería a gran escala, a explotar directamente, sino que le confiere el derecho a su titular, de una vez cumplidos con los montos mínimos de inversión y una vez aprobada la evaluación económica del yacimiento, negociar el contrato de explotación con el Estado.

2.1.1.6.2. Contrato de prestación de servicios.

Antes de pasar al Contrato de Explotación, es pertinente establecer que la Ley determina dos contratos a ser suscritos con el Estado ecuatoriano, los cuales son el Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato de Explotación Minera.

El Contrato de Prestación de Servicios es un acuerdo mediante el cual una entidad se compromete a realizar una actividad determinada, según las condiciones y los términos establecidos por el Viceministerio de Minas, y de acuerdo a las ofrecidas por el prestatario al momento de la adjudicación (la contratación se la puede realizar de manera directa si es que el prestatario es una entidad extranjera cuyo capital accionario es mayoritariamente estatal). El Contrato de Prestación de Servicios debe contener tanto la remuneración del prestatario minero, como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina. El modelo de este contrato debe ser aprobado por el Viceministerio de Minas.

Este contrato tiene la peculiaridad que el prestatario no está obligado al pago de las regalías establecidas en la Ley, ni los impuestos que deriven de las ganancias extraordinarias. En lo adicional, el prestatario tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos en el caso de contratos de explotación minera, mencionados a continuación.

2.1.1.6.3. Contrato de explotación.

El Contrato de Explotación Minera debe ser suscrito en un plazo no mayor a seis meses desde la resolución que declara el inicio de la etapa de explotación. Este Contrato, contiene los términos y condiciones para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los

minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera. Adicionalmente, el artículo 41 de la Ley de Minería, establece que los contratos de Explotación Minera, deben contener las obligaciones del concesionario minero, en cuanto a la gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías y actividades de cierre parcial o total de la mina, incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales.

2.1.1.6.3.1. Negociación previa a la firma del contrato de explotación.

No obstante de lo mencionado anteriormente, el Contrato de Explotación debe seguir un proceso de negociación previa, regulado y detallado dentro del Instructivo de Exploración y Explotación Minera. Según el instructivo mencionado, después de las etapas de exploración inicial, avanzada, y una vez dentro de la evaluación económica del yacimiento, se prevé una etapa de negociación del contrato, para lo cual se deben presentar una serie de documentos:

“a) Informe sobre el cumplimiento del período de evaluación económica del yacimiento presentado sobre la base de la Guía Técnica No. 5 aprobada por la Agencia de Regulación y Control Minero; y,

b) Oficio en el cual se indique la conformación del equipo negociador.”
(Instructivo exploración y explotación minera, 2011, Art. 10)

Habiendo presentado estos documentos, la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, emitirá un oficio en el plazo de 10 días, para iniciar con la negociación.

Ambas partes, dentro de este proceso, deberán designar su respectivo equipo de negociación, para lo cual el instructivo recomienda que especialistas en diferentes ámbitos, se consideren dentro del equipo de la entidad solicitante, expertos en materia minera, jurídica, técnica y operativa, así como también por personas que tengan conocimiento en temas ambientales, tributaria-financiera, entre otros.

El equipo negociador del Viceministerio de Minas, estará integrado con funcionarios o servidores de esta Secretaría de Estado, sus dependencias y demás entidades adscritas a la misma.

Las dos partes deberán designar a un jefe de equipo, quienes serán responsables de la comunicación, suscribir las actas de sesión, entre otros aspectos que podrían surgir dentro de la negociación. Además de lo anteriormente señalado, el instructivo de exploración y explotación minera, prevé funciones y atribuciones del Equipo Negociador del Viceministerio de Minas, los cuales son los siguientes:

- a) Convocar a través de la Secretaría, a las sesiones de negociación o acordarlas al final de cada sesión;
- b) Coordinar las sesiones de negociación;
- c) Requerir la información a entidades vinculadas sobre cualquier aspecto del proceso de negociación;
- d) Coordinar todas las acciones propias de los equipos negociadores;
- e) Convocar a través de la Secretaría, a reuniones de información una vez cada dos semanas, a los miembros del grupo de supervisión de la negociación;
- f) Remitir la información que requiera el Comité Especial de Minería y/o el Ministro Sectorial;
- g) Contestar al equipo negociador del concesionario minero cuando este formule preguntas y solicite aclaraciones sobre el contenido de las estipulaciones contractuales, durante la negociación, hasta cinco días plazo contados a partir de la petición, las respuestas deben ser previamente conocidas y resueltas por el equipo negociador del Ministerio Sectorial;
- h) Verificar con los miembros de su equipo negociador la capacidad técnica y administrativa disponible, antecedentes y experiencia en la

realización de trabajos anteriores, antecedentes y experiencia del personal que será asignado a la ejecución del contrato, plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares de la explotación de la concesión minera, disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para el desarrollo de dicha fase, adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos, los aspectos técnicos para la preparación y desarrollo del yacimiento, extracción, transporte, beneficio y comercialización de sus minerales, según corresponda; entre otros aspectos conforme al modelo de contrato aprobado por el Ministro Sectorial;

i) Acordar con los miembros de los equipos negociadores, los derechos y obligaciones del concesionario minero en materia técnica, económica, de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías, actividades de cierre parcial o total de la mina, pasivos ambientales y demás actividades previstas en la ley y su reglamento;

j) Analizar en forma conjunta con los equipos negociadores, el precio base para la aplicación de la normativa determinada en la legislación tributaria vigente, entre otros aspectos necesarios contenidos en las estipulaciones contractuales;

k) Informar sobre el avance y cumplimiento de las negociaciones y/o acuerdos alcanzados al Comité Especial de Minería y al Ministro Sectorial cuando estos lo requieran; y,

l) Emitir las comunicaciones e informes y/o suscribir las actas de las sesiones en forma conjunta con el Jefe del Equipo Negociador del Concesionario Minero, el Secretario y demás miembros del equipo negociador de las partes. (Instructivo exploración y explotación, 2011, Art. 12)

La negociación deberá iniciar en un plazo no mayor a 45 días desde el momento de expedición de la resolución por parte del Subsecretario Regional de Minas, donde se establezca su inicio. Una vez establecido el plan de trabajo e inversiones, el porcentaje de regalía anticipada, forma de pago y demás condiciones, derechos y obligaciones acordados entre las partes, mediante acta suscrita por las partes, los jefes del equipo negociador de cada una de las partes remitirá un informe final al Comité Especial de Minería sobre los acuerdos alcanzados.

Una vez determinados los términos y condiciones, derechos y obligaciones sobre los cuales se desarrollará la explotación de los recursos naturales, el concesionario minero debe presentar una solicitud al Subsecretario Regional de Minas, requiriendo la declaración de inicio de la etapa de explotación, para lo cual debe adjuntar:

- a) Informe técnico de la Agencia de Regulación y Control Minero;
- b) Pago de patente anual correspondiente;
- c) Términos de Referencia (TDRs) para licenciamiento ambiental de la fase de explotación y/o beneficio y/o fundición y/o refinación y/o transporte-comercialización, según corresponda;
- d) Detalle de la concesión minera sobre la que se solicita el paso a la etapa de explotación. En concordancia con el artículo 39 de la Ley de Minería, ningún concesionario minero podrá tener uno o más títulos que en su conjunto sumen un área superior a cinco mil hectáreas mineras a partir de la etapa de explotación;
- e) En caso de que el área a explotar sea superior a las cinco mil hectáreas mineras, el concesionario deberá presentar la renuncia correspondiente conforme el procedimiento establecido en los artículos 152 y siguientes de la Ley de Minería y artículo 64 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Minería. El Subsecretario Regional de Minas deberá emitir la resolución de inicio de la etapa de explotación, sin

que para ello deba haberse aprobado previamente o a la par la renuncia parcial indicada;

f) Un informe elaborado, en los términos establecidos en el artículo 39 inciso tercero de la Ley de Minería, según las guías técnicas aprobadas por la Agencia de Regulación y Control Minero para este efecto; y,

g) Certificación de afectación en todo cuerpo de agua, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos y las políticas que deben regir la gestión del agua impartidas por la Secretaría Nacional del Agua - Demarcación Hidrográfica competente.” (Instructivo exploración y explotación, Art. 17)

De la Resolución de Declaración de Inicio de la Etapa de Explotación, el Subsecretario Regional de Minas, solicitará a la ARCOM, la emisión del informe respectivo. Una vez con enviado el informe favorable, el Subsecretario Regional de Minas, debe emitir la resolución administrativa declarando el inicio de la etapa de explotación. Esta resolución determinará el inicio del plazo de seis meses que tiene el concesionario minero para la celebración del contrato de explotación.

Se puede observar que la negociación del contrato minero es una parte integral dentro del proceso para la explotación de los minerales, siendo este relevante para la entidad inversora pues se negociarían todos los parámetros económicos. Este es un paso que debería realizarse antes de la etapa de exploración, con el fin de dar seguridad y perspectiva al inversor.

2.1.2. Legislación colombiana.

Es importante realizar un estudio de legislación comparada con el fin de determinar la falta de eficacia de la legislación ecuatoriana, por lo que se ha elegido a la República de Colombia por ser un país hermano y fronterizo al Ecuador, y por tener una gran similitud en cuanto a su legislación general.

2.1.2.1. Introducción a la minería en Colombia.

Colombia, tiene una larga trayectoria minera. Su inicio se remonta a las piezas de orfebrería de sus ancestros, desde épocas de El Dorado hasta tiempos de la conquista, encontramos diferentes cuerpos legales que han sido pilares fundamentales para la extracción de recursos naturales no renovables. Es así que podemos observar las Ordenanzas de la Nueva España, la recopilación de Leyes de Indias, “estas ordenanzas fueron especialmente para América y sobre todo para México, Perú y Chile, territorios que se conocen como Nueva España; posteriormente se aplican a la Gran Colombia y la Nueva Granada a juzgar por la serie de leyes y decretos de esta época que así lo contemplan” (Torres, 1995, pp. 37-38). Posterior a la mencionada ordenanza, una evolución de la normativa entró en vigencia en 1804, normativa que puso énfasis en las ganancias estatales sobre a extracción de los recursos naturales, normativa denominada la Novísima Recopilación de 1804 donde “se recoge un nuevo estatuto sobre las minas que revoca todo lo anterior, establece un nuevo régimen de adjudicaciones, fija regalía de la Corona en relación con los diversos metales” (Torres, 1995, pp. 38-39). Con las regalías establecidas, las siguientes normativas aplicables se enfocarían en aumentar estas regalías, ya no a la Corona, sino al estado independiente que se dio luego de la desaparición de la Gran Colombia, en 1830.

2.1.2.2. Actividades mineras en la actualidad.

Las actividades mineras en Colombia son una pieza fundamental en su economía, posicionando este sector en el 20% de toda la inversión extranjera directa recibida por Colombia, según la información proporcionada hasta el 31 de diciembre de 2012 por el Banco de la República. La inversión en actividades mineras se da, entre muchas variables, gracias a una legislación atractiva al inversionista. Es importante mencionar que Colombia está posicionado en el tercer lugar dentro de los países en Sudamérica con el ambiente más amigable para hacer negocios, según el Reporte *Doing Business* del Banco Mundial 2013.

2.1.2.3. Marco regulatorio de las actividades mineras en Colombia.

Las actividades mineras colombianas están regidas por la Ley 685 del 2001, también denominada Código de Minas, y por su reforma en la Ley 1382, del 9 de febrero de 2010, denominada también como Ley Reformatoria al Código de Minas.

La Ley reformatoria al Código de Minas determina los parámetros para la exploración y explotación minera, con o sin título minero, en áreas designadas para el efecto, según la calidad del solicitante de la concesión.

2.1.2.3.1. Código de minas de 2001.

El Código de Minas de 2001, es una normativa integral en lo que respecta las actividades mineras dentro del ámbito Colombiano. En su artículo primero, se puede observar los objetivos del código:

“El presente Código tiene como objetivos de interés público, fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de exploración racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país” (Código de minas, Art. 1).

Se puede observar a primera vista que el artículo menciona “la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada”. Es interesante recalcar que este Código habla de recursos mineros de propiedad privada, puesto que en la constitución de Colombia en su artículo 332, se determina que “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”. Este principio se encuentra reiterado en el artículo 5 del Código de minas, el cual dice en su

texto “Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos” (Código de Minas, Art. 5).

Adicionalmente, la Constitución de Colombia en su artículo 360, menciona que la Ley será quien determine las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Además, menciona que toda explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, “una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte”.

En definitiva, los intereses del Estado colombiano no difieren de los intereses del estado ecuatoriano, pues ambos buscan un aprovechamiento económico de la extracción de los recursos naturales no renovables, considerando y respetando el entorno social de las comunidades, y el respeto al medioambiente.

2.1.2.3.1.1. Proceso para firma del Contrato de Concesión.

Según la legislación colombiana, la única manera de que un particular obtenga derechos mineros para explorar y explotar, es a través de la obtención de un título minero otorgado después de la firma de un contrato de concesión (sin perjuicio de lo determinado para minorías étnicas):

“A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.” (Código de Minas, Art. 14)

Existe un procedimiento legal para la obtención de una concesión minera. El artículo 16 del Código de Minas, menciona que el promitente concesionario

debe realizar una solicitud de concesión, o también denominado una propuesta de concesión para lo cual debe reunir los siguientes requisitos:

- “Nombre, identificación y domicilio del solicitante;
- Señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;
- Descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;
- Indicación del mineral o minerales objeto del contrato;
- Mención de los grupos étnicos en el área o trayecto solicitados y, si fuere el caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;
- Autorizaciones o conceptos de otras autoridades, en el caso de que el área abarque, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para la exploración y explotación minera;
- Señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;
- Plano de localización del área solicitada con las coordenadas planas de los vértices o los rumbos y distancias de los lados del polígono a partir de un punto arcifinio.
- Manifestación expresa de su compromiso de realizar los trabajos de exploración técnica con estricta sujeción a las guías ambientales, de acuerdo con la Resolución 18 0859 del 20 agosto de 2002, o la que le modifique, proferida por el Ministerio de Minas y Energía;” (Ministerio de Minas y Energía, s.f., pag. 23 – 28)

La Ley trata por igual, en cuanto a los derechos y obligaciones adquiridas, a las entidades extranjeras o nacionales. Además, determina quiénes son las personas jurídicas que pueden ser titulares de un título minero. Según un estudio realizado por el Ministerio de Minas y Energía, estos son:

- “Personas naturales con capacidad legal

- Personas jurídicas que dentro de su objeto social esté el de la exploración y explotación minera
- Los consorcios
- Las uniones temporales
- Organizaciones de economía solidaria que se constituyan con el objeto de desarrollar actividades de minería.
- Proyectos mineros comunitarios de que trata el artículo 248 del Código de Minas.
- Mineros asociados o cooperados o en forma individual, a los mineros vinculados a los planes comunitarios (Art. 249, literal c, del Código de Minas)
- Asociaciones comunitarias de mineros (Art. 250 del Código de Minas)".

(Mejía, L. et. al. 2014)

El proceso planteado en la normativa, tiene mucho sentido, pues este ya determina los términos y condiciones sobre los cuales las fases de exploración, construcción y montaje, y explotación, serán desarrolladas dentro de la concesión minera por la cual están solicitando el título.

2.1.2.3.1.2. Concesiones mineras especiales.

Las concesiones mineras dentro de áreas denominadas reservas especiales, se otorgan a las mismas comunidades que hayan ejercido las explotaciones mineras tradicionales dentro de esa área. "se entiende por minería tradicional aquellas que realizan personas o grupos de personas o comunidades que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional y que acrediten que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua durante cinco (5) años, a través de documentación comercial y técnica, y una existencia mínima de diez (10) años anteriores a la vigencia de esta ley." (Ley 1382 de 09 de febrero de 2010, Art. 1)

Los derechos mineros emanados del título minero son los derechos comprendidos dentro de la concesión y establecidos en el artículo 58 del Código de Minas, donde se menciona que el "contrato de concesión otorga al

concesionario, en forma excluyente, la facultad dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato, y para explotarlos (...).”

Se puede determinar por lo tanto que el contrato de concesión es el único instrumento necesario para las actividades de exploración y explotación dentro del área concedida. Adicionalmente, se encuentra terminantemente prohibido por Ley, que autoridad alguna imponga más obligaciones que las determinadas en el Código de Minas, ni señalar requisitos adicionales que demore, condicione o agrave el cabal cumplimiento del contrato de concesión. El contrato de concesión tendrá una duración de treinta años.

2.1.2.3.1.3. Fases de la Minería

La legislación colombiana difiere de la ecuatoriana en algunos aspectos, sin embargo el fin es el mismo. La colombiana, prevé, en primer lugar, minería con título y sin título minero. Adicionalmente, ésta prevé ciertas fases de la minería, sin embargo, no tan explícitas como las determina la legislación ecuatoriana. Se puede constatar que la legislación colombiana, habla únicamente de las fases de exploración y explotación, no obstante también se observan las fases de construcción y montaje, y la de prospección.

Dicho lo anterior, la legislación colombiana determina las siguientes fases de la minería: prospección, exploración, construcción y montaje y explotación. Con sus derechos emanados de diferentes maneras, pero principalmente emanados por el título minero.

Los derechos mineros para la exploración y explotación, a partir de la vigencia del Código de Minas colombiano, se emanan a través del título minero, por lo que menciona que “únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.” (Código de Minas, Art. 14). Sin embargo, el derecho para prospectar es considerado un derecho libre de permiso, con excepción a la prospección

realizada dentro de territorios definidos como zonas mineras para minorías étnicas.

2.1.2.3.1.3.1. Prospección.

“la prospección es un proceso para investigar la existencia de minerales delimitando zonas prometedoras y sus métodos consisten, entre otros, en la identificación de afloramientos, la cartografía geológica, los estudios geofísicos y geoquímicos y la investigación superficial, en áreas no sujetas a derecho exclusivos. De la prospección se excluyen los métodos del subsuelo” (Código de Minas, Art. 40)

Es interesante señalar que la prospección colombiana, se excluyen los métodos del subsuelo. Se entiende que dentro de la prospección, el subsuelo no debe ser prospectado, pues los sistemas y métodos utilizados, son únicamente para la superficie terrestre.

La legislación ecuatoriana no pone límite de prospección en la superficie. Únicamente lo define como:

“Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley.” (Ley de Minería, 2009, Art. 28).

2.1.2.3.1.3.2. Exploración.

La fase de exploración, no debe durar más de 3 años desde la fecha de inscripción del contrato de concesión. El solicitante, puede solicitar la reducción del periodo de exploración, siempre y cuando “no implique exonerarlo de las

obligaciones mínimas exigidas para esta etapa del contrato” (Código de Minas, Art. 71).

Adicionalmente, el Código de Minas también menciona los trabajos que deben ser realizados dentro de la fase de exploración. Por cuanto todos los esfuerzos de esta fase “son los necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras. (Código de Minas, Art. 78). Se observa que la exploración en Colombia debe determinar muchos parámetros que en la legislación ecuatoriana no prevemos. Dentro de la exploración, se deberá calcular igualmente las “características de los depósitos o yacimientos, [y realizar] la elaboración detallada del plan minero por ejecutarse (...)” (Código de Minas, Art. 80). El objeto principal de los trabajos de exploración es calcular el beneficio económico y determinar la escala y duración de la producción esperada.

Dentro de la etapa de exploración, se podrá solicitar prórroga la cual no podrá durar más de dos años adicionales a los tres años que dura la etapa de exploración.

2.1.2.3.1.3.3. Construcción y Montaje

El periodo de construcción y montaje se inicia directamente después de transcurrido el periodo de exploración. Este periodo tiene una duración de 3 años.

“Las construcciones, instalaciones y montajes mineros deberán tener las características, dimensiones y calidades señaladas en el Programa de Trabajos y Obras aprobado. Sin embargo, el concesionario podrá, durante su ejecución, hacer los cambios y adiciones que sean necesarios. Las autoridades minera ambiental deberán ser informadas previamente de tales cambios adicionales”. (Código de Minas, 2001, Art. 89)

La legislación colombiana diferencia las diferentes obras en obras de montaje las que consisten en la “preparación de los frentes mineros y en la instalación de las obras, servicios, equipos y maquinaria fija” (Código de Minas, Art. 90); y, en las obras de construcción, las cuales consisten en “las obras civiles de infraestructura indispensables para el funcionamiento normal de las labores de apoyo y administración de la empresa minera” (Código de Minas, 2001, Art. 91).

Dentro de esta fase, el solicitante puede solicitar un permiso de explotación con obras, instalaciones y equipos provisionales. Para esto, el solicitante debe presentar un Programa de Trabajos y Obras anticipado, “sin perjuicio de tener oportunamente las obras e instalaciones definitivas” (Código de Minas, 2001, Art. 94). Esta facilidad para el concesionario es sumamente importante ya que puede comenzar a recuperar la inversión, mientras construye sus facilidades definitivas.

Durante el periodo de exploración y de construcción y montaje, el solicitante podrá solicitar prórrogas. Para la etapa de construcción y montaje, la prórroga no podrá ser de más de un año adicional. Dicha prórroga deberá ser presentada con tres meses de anticipación a su vencimiento. Si dicha solicitud no es contestada antes del vencimiento del periodo, se entenderá otorgada por silencio administrativo positivo.

2.1.2.3.1.3.4. Explotación.

El periodo de explotación tendrá la duración del contrato de concesión, descontando el tiempo transcurrido en las etapas de exploración y de construcción y montaje, y sus respectivas prórrogas. Según el Código de Minas, la fase de explotación es “el conjunto de operaciones que tienen por objeto la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de las concesión, su acopio, su beneficio y el cierre y abandono de los montajes” (Código de Minas, Art. 95).

Es importante resaltar que el derecho de fundición y de comercialización se establece dentro del derecho de extracción, es decir, de explotación.

Adicionalmente, la ley determina que el acopio y fundición, pueden realizarse dentro o fuera del área concesionada.

Para iniciar con la fase de explotación comercial, como lo menciona el Código de Minas, se debe notificar a “la autoridad concedente y a la autoridad ambiental. La fecha de iniciación formal se tendrá en cuenta para todos los efectos del contrato, aunque el concesionario hubiere realizado labores de explotación anticipada.” (Código de Minas, 2001, Art. 96)

Durante la explotación, se llevarán registros de los minerales brutos extraídos, los entregados a las plantas de fundición o transformación. Estos registros serán entregados periódicamente al Sistema Nacional de Información Minera.

2.1.2.3.1.4. Minería sin título minero.

La legislación colombiana determina que la minería ocasional es una minería que se puede realizar sin título minero. No obstante, la minería ocasional sólo puede ser de minerales con destino industrial, poca profundidad, y sin lucro. Es decir, “esta explotación ocasional solamente podrá tener como destino el consumo de los mismos propietarios, en obras y reparaciones de sus viviendas e instalaciones (...)” (Código de Minas, Art. 152). Por lo tanto, toda explotación de minerales metálicos requiere de un título minero debidamente otorgado por la autoridad pertinente.

2.1.2.3.1.5. Finalidad del otorgamiento de un título minero.

El Código Minero, en su Título Séptimo, determina los procedimientos a seguir para la solicitud de un contrato de concesión, así como todos los procedimientos administrativos, en las actividades mineras, teniendo como finalidad:

“Todos los trámites, diligencias y resoluciones que integran el procedimiento gubernativo en asuntos mineros, tienen como finalidad esencial garantizar, en forma pronta y eficaz, el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y el de facilitarle su efectiva ejecución. Este principio deberá informar tanto la conducta

de los funcionarios y la oportunidad y contenido de sus decisiones, como la actuación de los solicitantes y terceros intervinientes.” (Código de Minas, 2001, Art. 258).

Es importante señalar que la legislación colombiana determina dentro de su ley las bases de las decisiones administrativas, las cuales no deben entorpecer el proceso de contrato de concesión, ni solicitar más requerimientos que las determinadas expresamente en la Ley. En cuanto a las notificaciones por parte de las autoridades, la Ley lo señala de la siguiente manera:

“La notificación de las providencias se hará por estado que se fijará en un (1) día en las dependencias de la autoridad minera. Habrá notificación personal de las que rechacen la propuesta o resuelvan oposiciones y de las que dispongan la comparecencia o intervención de terceros. Si no fuere posible la notificación personal, se enviará un mensaje a la residencia o negocio del compareciente si fueren conocidos y si pasados tres (3) días después de su entrega, no concurriere a notificarse, se hará su emplazamiento por edicto que se fijará en lugar público por cinco (5) días. En la notificación personal o por edicto, se informará al notificado de los recursos a que tiene derecho por la vía gubernativa y del término para interponerlos”. (Código de Minas, 2001, Art. 269).

2.2. Análisis Comparativo de las legislaciones colombiana y ecuatoriana.

Tanto la normativa ecuatoriana como la colombiana, tienen sus similitudes en cuanto al régimen minero. Sin embargo, después del análisis realizado, se puede observar que la legislación colombiana es mucho más madura.

La legislación colombiana prevé que la fase de negociación debe ser propuesta al concesionario minero al principio de la relación jurídica. Es por ello que el contrato que garantiza las tres fases principales de la minería (exploración, construcción y montaje, y explotación) es el contrato de concesión el cual es

suscrito antes de iniciar la exploración de la concesión minera, y no antes de la fase de explotación, según lo prevé la normativa ecuatoriana.

Siguiendo con lo anteriormente mencionado, la suscripción del contrato de concesión anterior al inicio de las actividades mineras iniciales, puede proporcionar al inversor una seguridad sobre los términos y condiciones con los que se regirán entre las partes.

Es necesario, adicionalmente hacer énfasis, que las concesiones mineras en Colombia se otorgan por el plazo de 30 años a partir de la firma del contrato de concesión, prorrogables por 30 años adicionales. En Ecuador se otorgan por 25 años prorrogables por 25 años adicionales, a partir del otorgamiento del título minero. Según la legislación ecuatoriana, el tiempo de negociación del contrato de explotación se contabiliza dentro de los 25 años que dura la concesión minera, por lo que no solamente el Ecuador otorga la concesión minera con 5 años menos a lo que otorga Colombia, sino que se utiliza un tiempo significativo del mismo, sobre el cual el concesionario sigue pagando los montos por patentes de conservación, para la negociación del contrato de explotación, sin seguridad alguna que el contrato sea realmente suscrito, ni bajo qué términos y condiciones.

3. Capítulo Tercero: Análisis de deficiencias en la normativa actual.

De acuerdo a lo anteriormente señalado en el presente Trabajo de Titulación, Aun cuando la legislación minera ecuatoriana está redactada intentando llegar a una explotación minera responsable social y ambientalmente, y de beneficio económico para el Estado, es necesario resaltar sus deficiencias legales que, en ciertos aspectos, generan un detrimento al momento de proceder a ejecutar actividades mineras. Estas deficiencias deberán ser corregidas para lograr un verdadero desarrollo minero en el Ecuador.

Si el Ecuador mantiene como políticas en recursos naturales no renovables fomentar la industria extractiva, ajustes a la Ley son necesarios, con el fin de generar un marco regulatorio adecuado para atraer la inversión y proporcionar seguridad jurídica.

A continuación se analizarán las principales deficiencias encontradas dentro de la normativa minera ecuatoriana que no permiten el desarrollo del sector minero en el país.

3.1. Minería artesanal

La Minería artesanal, como fue mencionado anteriormente, se encuentra regulada en la Ley de Minería, el Reglamento General a la Ley de Minería y en el Reglamento del Régimen Especial de Pequeña Minería y Minería Artesanal. Todas estas normas establecen limitantes para desarrollar actividades mineras dentro del régimen de minería artesanal, pues esta se encuentra concebida para sustento de un núcleo familiar, y no como una industria.

En primer lugar, es necesario notar que la minería artesanal busca yacimientos en el subsuelo, pues los que se hallan en la superficie son limitados. Sin embargo, la calidad de maquinaria utilizada genera un impacto ambiental excesivo para una actividad que genera beneficio para el Estado.

Es necesario tomar en cuenta que el Instructivo para el otorgamiento de permisos para realizar labores de Minería Artesanal promulgado mediante Acuerdo Ministerial y publicado en el Registro Oficial Suplemento 531 del 09 de septiembre de 2011, permite al minero artesanal ejercer su actividad en minería subterránea en un máximo de cuatro hectáreas, y para la minería aluvial, sea esta metálica y materiales de construcción, y minería en el lecho del río hasta un máximo de seis hectáreas, dentro de un área libre como de un área concesionada.

La autorización de minería artesanal dentro de áreas concesionadas es una violación al derecho que el titular minero tiene sobre su concesión. En primer lugar, el titular de la concesión paga una patente minera por el área concesionada a su favor para poder conservarla y realizar trabajos mineros en ella que se verían perjudicados con la presencia de mineros artesanales. En segundo lugar, es probable que las actividades mineras artesanales, tengan un impacto mayor por tonelada extraída, que una minera a mediana o gran escala debido a la falta de tecnología en los procesos tanto extractivos como de beneficio. Por lo tanto, si se le faculta a la minería artesanal operar en la misma concesión que donde se encuentra desarrollando sus actividades mineras un titular minero, se estaría obstruyendo al desarrollo de la actividad y, por lo tanto, violentando sus derechos mineros.

En vista de lo anterior, la minería artesanal siendo una minería de sustento, no tiene un marco regulatorio positivo para su desarrollo y beneficio de la sociedad.

3.1.1. Derechos mineros de la minería artesanal.

Los derechos mineros emanados de la minería artesanal, según su reglamento:

“Se entienden por derechos mineros para minería artesanal, aquellos que emanan de los permisos otorgados por el Ministerio Sectorial a los que se refiere la Ley de Minería y su reglamento, los que tienen el carácter de intransferibles. Las obligaciones que consten de manera expresa en los respectivos permisos y sean asumidas por sus titulares

deben ser cumplidas por estos, como condición para el goce de los beneficios establecidos en la normativa legal aplicable al régimen especial de pequeña minería y minería artesanal. En consecuencia, su inobservancia o incumplimiento, constituirán causales de extinción de derechos y fundamento para la revocatoria de tales permisos, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles, penales o ambientales a las que hubiere lugar.” (Reglamento Del Régimen Especial de Pequeña Minería y Minería Artesanal, 2011, Art. 21)

Por lo antes mencionado, es necesario que la normativa minera prevea una modificación a la figura de minería artesanal, pues ésta no permite un manejo adecuado del sector, atenta contra la seguridad jurídica de los concesionarios mineros y no aporta beneficios económicos al Estado.

3.2. Procedimientos administrativos extensos.

Existen diversas deficiencias en cuanto a los procesos administrativos que los potenciales titulares de derechos mineros deben cumplir para llegar, al fin, a la explotación y comercialización de los minerales extraídos. El principal, radica en los derechos emanados del título minero, pues aun cuando el título minero otorga a su titular los derechos exclusivos para prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de su correspondiente concesión, en la práctica no le otorga al titular, dentro de la minería a gran escala, la posibilidad de explotar directamente, sino que, una vez cumplidos con los montos mínimos de inversión, y una vez aprobada la evaluación económica del yacimiento, le otorga solamente la posibilidad de negociar un contrato de explotación minera con el Estado sin ninguna garantía de que se llegue a suscribir dicho contrato.

Cuando observamos el procedimiento para la obtención de una concesión minera, se puede evidenciar que la norma general es mediante subasta o remate público. Y, en ciertos casos, como lo establece el Reglamento General a la Ley de Minería, se podrán concesionar directamente áreas mineras a las

personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que fueren adjudicatarias de los procesos de subasta y remate por parte del Ministerio Sectorial. Una vez obtenida la concesión, a través del título minero, y una vez transcurridos los plazos de exploración inicial y avanzada, de ser el caso, además de la evaluación económica del yacimiento, para llegar a etapa de explotación, el titular de la concesión minera de minería a gran escala debe enviar una solicitud para el paso a la fase de explotación dirigida al Ministerio Sectorial, donde se ordena el inicio de la etapa de negociación del Contrato de Explotación Minera. Una vez acordados los términos y condiciones, derechos y obligaciones contractuales, el peticionario debe remitir la siguiente documentación para obtener la declaración del inicio de la etapa de explotación:

- “a) Informe técnico de la Agencia de Regulación y Control Minero;
- b) Pago de patente anual correspondiente;
- c) Términos de Referencia (TDRs) para licenciamiento ambiental de la fase de explotación y/o beneficio y/o fundición y/o refinación y/o transporte-comercialización, según corresponda;
- d) Detalle de la concesión minera sobre la que se solicita el paso a la etapa de explotación. En concordancia con el artículo 39 de la Ley de Minería, ningún concesionario minero podrá tener uno o más títulos que en su conjunto sumen un área superior a cinco mil hectáreas mineras a partir de la etapa de explotación;
- e) En caso de que el área a explotar sea superior a las cinco mil hectáreas mineras, el concesionario deberá presentar la renuncia correspondiente conforme el procedimiento establecido en los artículos 152 y siguientes de la Ley de Minería y artículo 64 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Minería. El Subsecretario Regional de Minas deberá emitir la resolución de inicio de la etapa de explotación, sin que para ello deba haberse aprobado previamente o a la par la renuncia parcial indicada;

f) Un informe elaborado, en los términos establecidos en el artículo 39 inciso tercero de la Ley de Minería, según las guías técnicas aprobadas por la Agencia de Regulación y Control Minero para este efecto; y,

g) Certificación de afectación en todo cuerpo de agua, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos y las políticas que deben regir la gestión del agua impartidas por la Secretaría Nacional del Agua - Demarcación Hidrográfica competente.” (Instructivo para etapa de exploración y explotación minera, 2011, Art. 17)

Después de revisar la documentación proporcionada por el peticionario, el Subsecretario Regional de Minas emitirá la resolución de inicio de etapa de explotación, A partir de esta resolución, el concesionario y el Estado tienen 45 días para la suscripción del Contrato de Explotación Minera.

El objetivo final de obtener un título minero que otorga una concesión minera, es poder explotarla y comercializar los minerales para poder recuperar las inversiones realizadas en la fase de exploración y obtener una utilidad razonable. Sin embargo, para esta finalidad, es necesario que el concesionario minero determine los montos de inversión dirigidos a determinar muchos aspectos como son: ubicación de los minerales, tipo de mineral, posición de los puntos de extracción, establecimiento de medios de comunicación, etc.

El contrato de Explotación Minera, regulado en la Ley de Minería, en el Instructivo para la Exploración y Explotación de Minerales, y acuerdos ministeriales, depende de un procedimiento complejo y extenso que determina los términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera.

Estos procedimientos no siempre son eficaces legalmente. La eficacia del orden jurídico, como lo define, Guillermo Cabanellas, “consiste en el logro de la conducta prescrita” (Cabanellas, (2006), p. 139). Esto quiere decir, en términos aplicables al presente trabajo de titulación, que los procedimientos a seguir

para lograr la explotación minera deben ser los adecuados y los pertinentes para el logro de tal actividad.

Cabe señalar que este proceso de inicio de la fase de explotación, es un trámite administrativo poco práctico y lento, considerando que todos los documentos necesarios para la determinación del inicio de la fase de explotación ya han sido presentados a medida que el concesionario fue avanzando desde la prospección hasta la evaluación económica del yacimiento. Siguiendo los lineamientos de la Ley de Modernización del Estado cuyo objeto último es la racionalización y eficiencia administrativa, este procedimiento debería constar de una sola autorización emitida por el Subsecretario Regional de Minas.

El principal problema en esta fase de explotación, radica en la inseguridad contractual del inversor al momento de la obtención de un título minero, no hay ninguna seguridad que pueda llegar a explotar la concesión minera que ha explorado. Las primeras fases de la actividad minera, la prospección y la exploración inicial y avanzada, así como la evaluación económica del yacimiento, requieren de inversiones importantes, las cuales pretenden ser recuperadas al momento de la extracción (explotación) y comercialización de los minerales. No obstante, la necesidad de suscribir previamente un Contrato de Explotación Minera, es una traba para iniciar la fase de explotación. Las negociaciones de los términos y condiciones contractuales, deberían realizarse durante la fase de prospección y exploración, por cuanto los términos y condiciones, sobre todo los que atañen a la parte económica, puede terminen no siendo de beneficio para el inversor, en relación a la cantidad de recursos necesarios para localizar los yacimientos de minerales dentro de las concesiones mineras.

Mientras tanto, por ejemplo, Colombia mantiene un procedimiento mucho más simple y eficiente. El Contrato de Concesión, otorga a su titular el derecho para explorar y explotar, sin más negociación adicional con el Estado. El mismo código de minas, en su artículo 258, pone como finalidad a las normas de procedimiento, que:

“Todos los trámites, diligencias y resoluciones que integran el procedimiento gubernativo en asuntos mineros, tienen como finalidad esencial garantizar, en forma pronta y eficaz, el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y el de facilitarle su efectiva ejecución. Este principio deberá informar tanto la conducta de los funcionarios y la oportunidad y contenido de sus decisiones, como la actuación de los solicitantes y terceros intervinientes.” (Código de Minas, Art. 258)

De esta manera, se puede observar que el mismo Código, prohíbe a sus funcionarios trabar de cualquier manera el procedimiento para llegar a la suscripción de un contrato de concesión.

La Ley señala que la propuesta para el contrato de concesión la debe realizar el interesado directo, u otra persona autorizada por poder especial. Esta propuesta, debe contar, además del nombre, con lo siguiente:

- “1. El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;
2. La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;
3. La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;
4. La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere el caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;
5. Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;

6. El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;

7. A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código;" (Código de Minas, Art. 271)

Al ser otorgada la concesión minera, su titular no tiene más obligaciones que las de cumplir con los términos de referencia y guías mineras. Este proceso es más simplificado que el ecuatoriano y, por tanto, más eficiente.

Para la explotación, el concesionario debe enviar una notificación de comienzo de explotación a la institución pertinente, con lo cual tiene la vía libre para seguir con sus actividades.

3.3. Cambio de la normativa y el incremento de la inseguridad jurídica.

Durante la vigencia de la constitución de 1998 y de la Ley de Minería de 1991, las concesiones mineras otorgadas a sus titulares, otorgaban un derecho real sobre la misma. Como punto principal, las concesiones mineras se otorgaban en las Direcciones Regionales de Minería, dependiendo de la ubicación geográfica del área minera, además de inscribir la tenencia y propiedad del área minera en el Registro de la Propiedad del cantón donde ésta se encontraba. La cesión de derechos mineros, no estaba sujeta a ningún tipo de autorización por parte del Estado, sin embargo era necesaria su notificación, y posterior registro en el Registro de la Propiedad.

De esta manera, y gracias a la apertura de la ley, los titulares de las concesiones mineras podían asegurar derechos sobre las concesiones mineras a ser cedidas al momento de cesión de derechos mineros. Estos acuerdos no eran privados, puesto que todo lo concerniente a concesiones mineras, los actos y contratos debía elevarse a escritura pública que se inscribían en registros públicos.

Dentro de las escrituras públicas, se podían asegurar derechos que forman parte del giro del negocio minero, puesto que en muchas ocasiones, el titular de la concesión no era el que descubrió los yacimientos de minerales. En vista de lo anterior, las compañías mineras en el Ecuador al amparo de la Ley de Minería de 1991, aseguraban sus derechos y sus inversiones al momento de cesión, estableciendo cláusulas especiales las cuales estaban consideradas como limitaciones a la propiedad, registradas en los registros de la propiedad del cantón donde se encontraba la concesión.

Según la Ley de Minería actual y vigente, la regalía es un concepto que sólo se refiere a un derecho del Estado y una obligación de hacer para el concesionario. Sin embargo, el concepto de regalía dentro del negocio minero, es un concepto que establece un derecho y una obligación entre las partes sean estas entidades públicas o privadas.

Al amparo de la Ley de Minería de 1991, los descubridores de yacimientos mineros en muchas ocasiones cedieron sus concesiones mineras reservándose el derecho a un porcentaje sobre el Net Smelter Return "NSR". Al momento de la expedición de la Ley de Minería en Enero del año 2009, la naturaleza del título minero y por lo tanto de la concesión minera cambió. Esta pasó fundamentalmente de ser un derecho real a ser un derecho personal.

Casanova-Regis, menciona la definición de Juan Pablo de Orellana, y Pedro Deutsch, ambos autores del libro tributación de la minería en Chile, los cuales definen al NSR, de la siguiente manera: "NSR, "Net Smelter Return" Se trata de un flujo futuro, generalmente pagadero al descubridor o vendedor de una pertenencia minera. Normalmente es un porcentaje de las ventas de productos minerales, menos el costo de refinación de los citados minerales. (...)" (Casanova-Regis, 2013).

Como fue visto en el Capítulo Primero, la Ley Minera de 1991, otorgaba al titular de una concesión minera un derecho real sobre la misma. El derecho real "es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona." (Código Civil, Art. 595). Con este cambio de naturaleza, todos los titulares de

concesiones mineras cuyos derechos mineros no les fueron extinguidos sin compensación económica en aplicación de lo dispuesto en el Mandato número seis de la Asamblea Constituyente, denominado también Mandato Minero, tuvieron que sustituir sus títulos de concesión por los nuevos títulos mineros. Al momento del remplazo, los derechos mineros dejaron de ser oponible a terceros pues eran ahora solamente derechos personales transferibles previa autorización del ministerio Sectorial.

En vista de lo anterior, es importante señalar que el Mandato Minero se lo promulgó manera retroactiva, lo que viola el principio de irretroactividad de la Ley, violentando los derechos de los particulares. Esto generó en el ámbito minero mucha incertidumbre e inseguridad jurídica.

Colombia, sin embargo, al momento de emitir el nuevo Código de Minas, sí previó los derechos adquiridos de terceros, y respetó el principio de no irretroactividad de la Ley como se evidencia en su artículo 14, donde dice:

“lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir éste código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.” (Código de Minas, 2001, Art. 14)

La disposición antes citada demuestra seguridad jurídica al respetar derechos adquiridos previamente, lo cual es un claro ejemplo de un marco jurídico acorde a los principios jurídicos sobre los cuales se levanta un Estado soberano.

3.4. Tributos excesivos

La Constitución y legislación minera ecuatoriana, determina los porcentajes de participación que corresponden al Estado, basado en solamente cinco tributos

a los que el titular minero en fase de explotación se encuentra obligado a pagar.

3.4.1. Regalías.

“Regalías a la explotación de minerales.- Los beneficios económicos para el Estado estarán sujetos a lo establecido en el artículo 408 de la Constitución de la República; es decir, que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto no menor a los del concesionario que los explota.

Para este efecto el concesionario minero deberá pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, no menor al 5% sobre las ventas y, para el caso del oro, cobre y plata, no mayor al 8%, adicional al pago correspondiente del impuesto a la renta; el porcentaje de utilidades atribuidas al Estado conforme esta ley; el impuesto sobre los ingresos extraordinarios y el impuesto al valor agregado IVA determinado en la normativa tributaria vigente.

Los titulares de derechos mineros de pequeña minería, pagarán por concepto de regalías, el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios, tomando como referencia los estándares del mercado internacional.” (Ley de Minería, 2009, Art. 93)

Según el Reglamento General a la Ley de minería, el Servicio de Rentas Internas del Ecuador es el responsable de recaudar los pagos correspondientes a patentes de conservación, regalías, IVA e impuesto a la renta. En el caso de regalías, la minería a gran escala deberá pagar por concepto de regalías, lo que estipule el Contrato de Explotación Minera. Sin embargo, la regalía no podrá ser inferior al 5%, “el cual será calculado sobre el ingreso neto efectivamente percibido por los concesionarios mineros por la venta del mineral principal y de los minerales secundarios.” (Reglamento a la Ley de Minería, Art. 82). En pequeña minería, en cambio, el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios, tomando como referencia los

estándares del mercado internacional a la fecha de la venta y para el caso de exportaciones a la fecha del embarque.” (Reglamento a la Ley de Minería, 2009, Art. 82).

El porcentaje por concepto de regalía en el Ecuador, es alto comparando con los de la región. Los países vecinos al Ecuador, intentan incentivar de diferentes maneras la inversión en sus Estados. Al analizar la carga tributaria y el manejo tributario de las compañías mineras en la República de Colombia, según lo menciona el diario el Espectador en su publicación del 06 de diciembre de 2012, desde 2007, Colombia eliminó el impuesto por remesa de utilidades al exterior, y el “Gobierno permitió la deducción del IVA a las importaciones y de las donaciones a sus propias fundaciones, en las que las empresas adelantan sus programas de responsabilidad social empresarial, entre otras” (Londoño, 2012, s.n.). Adicionalmente, el mismo artículo señala que Colombia goza de estabilidad jurídica y de privilegios que no tienen en otros países “Desde 2005 y hasta 2011 se recaudaron regalías por \$40,5 billones en el país, de los cuales el 33%, es decir, \$13,3 billones, fueron deducidos por las compañías petroleras y mineras de sus impuestos de renta”.

La legislación peruana, en cambio, prevé una regalía diferencial de acuerdo a la producción declarada por las compañías consideradas sujetos pasivos de la regalía. Según datos del Instituto peruano de economía, establece que “por la producción minera de hasta US\$ 60 millones anuales se paga 1% del valor de la producción, por el exceso entre US\$ 60 millones y US\$ 120 millones se paga 2% y el resto por encima de US\$ 120 millones paga 3%” (Instituto Peruano de Economía, s.f., s.n.).

Visto lo anterior, es evidente que las regalías propuestas en la normativa ecuatoriana, son más altas a las regalías y beneficios propuestos por las legislaciones de Colombia y Perú.

3.4.2. Patente de Conservación.

Durante la etapa de exploración inicial, la patente de conservación pagadera anualmente hasta el 31 de marzo, corresponde al 2.5% de una remuneración

básica unificada, por cada hectárea minera. Durante las etapas de exploración avanzada y de evaluación económica del yacimiento, la patente de conservación aumenta al 5% de una remuneración básica unificada. Durante la etapa de explotación el concesionario pagará el 10% de una remuneración básica unificada.

3.4.3. Ganancias extraordinarias.

El impuesto a las ganancias extraordinarias es un tributo que fue reformado en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica De Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento 37, del 16 de julio de 2013, en la cual se especifica que “el impuesto a los ingresos extraordinarios obtenidos por las empresas que han suscrito contratos con el Estado para la exploración y explotación de recursos no renovables.” (Ley reformativa para la equidad tributaria del Ecuador, Art. 164). Este impuesto se lo calcula sobre el precio base que se debe establecer en el Contrato de Explotación. Sin embargo, se debe considerar que este impuesto a las ganancias extraordinarias es nuevo y todavía no ha sido aplicado, pues el Estado ha logrado suscribir un solo Contrato de Explotación minera en el cual aún no se ha fijado el precio base. “Para efectos de este impuesto, se consideran ingresos extraordinarios a aquellos percibidos por las empresas contratantes y generados en ventas a precios superiores al precio base pactado o al previsto en los respectivos contratos” (Ley reformativa para la equidad tributaria del Ecuador, Art. 164).

3.5. Contrato de Explotación Minera.

El Contrato de Explotación Minera es la convención mediante la cual el Estado y el concesionario establecen los términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte y comercialización de minerales. Este Contrato es, en su esencia, la autorización para la extracción de los minerales.

El único Contrato de Explotación Minera suscrito por el Estado ecuatoriano es el celebrado con la compañía Ecuacorriente S.A. para el desarrollo del proyecto Mirador.

Según la experiencia adquirida por la negociación y suscripción del contrato con Ecuacorriente S.A., esta puede tomar más de un año, tiempo que además es imputable en su totalidad al plazo de la concesión, la cual tiene un periodo de duración de hasta 25 años, según lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Minería.

La falta de practicidad de este instrumento público puede evidenciarse en el Contrato de Explotación suscrito con Ecuacorriente S.A. a la que, para efectos del siguiente análisis, se denominará únicamente ECSA.

El Contrato de Explotación Minera suscrito con ECSA, menciona en su punto “UNO PUNTO DOCE. Con oficio número OF-cien-VM-dos mil once de fecha quince de febrero del dos mil once, el Viceministro de Minas, dispuso y notificó a ECUACORRIENTE S.A. el inicio de la negociación del Contrato de Explotación Minera”. (Contrato de Explotación Minera Ecuacorriente S.A., 2012). Esto evidencia que la negociación del Contrato duró prácticamente un año. Ese año de incertidumbres en las que el concesionario negoció los términos contractuales y las cifras correspondientes al pago de regalías y ganancias extraordinarias al Estado, demuestra la falta de practicidad de tener un contrato a ser negociado después de que el concesionario ha adquirido, mediante el título minero, el derecho a todas las fases de la actividad minera, sobre la base de lo que ha invertido en las fases de exploración inicial, exploración avanzada y evaluación económica del yacimiento, sin tener evidentemente la certeza de llegar a etapa de explotación y posterior comercialización.

Adicionalmente, el Contrato de Explotación Minera no es solamente poco práctico, sino que se opone al derecho de explotación, contemplado en el título minero. así, el artículo 31 de la Ley de Minería, establece que:

“El título minero sin perder su carácter personal confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en la presente normativa y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este títulos una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.” (Ley de Minería, 2009, Art. 31)

Haciendo la referencia a los que el artículo 31 determina, se puede observar que en el artículo 26 del mismo cuerpo legal se establecen los actos administrativos previos:

“Para ejecutar las actividades mineras se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente por las siguientes instituciones dentro del ámbito de sus respectivas competencias:

- a) Del Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y,
- b) De la Autoridad Unica del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea y del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua.

Adicionalmente, el concesionario minero presentará al Ministerio Sectorial una declaración juramentada realizada ante notario en la que exprese conocer que las actividades mineras no afectan: caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural.

La falsedad comprobada en la declaración de la referencia anterior será sancionada de conformidad con las penas aplicables al delito de perjurio.

Si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advirtiere que las actividades del solicitante pudieren afectar a los referidos bienes o patrimonio, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la que deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras, y el funcionario responsable será destituido. Respecto de la emisión de los informes de tales actos administrativos se estará a la aplicación de las normas del procedimiento jurídico administrativo de la Función Ejecutiva.

Los Gobiernos Municipales y Metropolitanos, en el ejercicio de sus competencias, mediante ordenanza, deberán regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos.” (Ley de Minería, Art. 26)

Según la Ley de Minería (máxima norma correspondiente a las actividades mineras), éstos son los únicos actos administrativos previos a la ejecución de los derechos mineros que el título minero confiere a su titular.

Realizando un análisis comparado con la legislación colombiana, se puede ver que lo que prevé la legislación colombiana es la suscripción de un contrato de concesión, según lo establecido en el artículo 49 del Código de minas: “la concesión minera es un contrato de adhesión en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a pre-negociar sus términos, condiciones y modalidades (...)” (Código de Minas, Art. 49). Adicionalmente a lo anterior, la legislación colombiana y su Contrato de Concesión, así prevea una negociación de los términos y condiciones de las acreencias del Estado, ésta negociación se la pacta al momento de la firma del Contrato de Concesión, y queda fijada desde ese momento. Inclusive, el artículo 228 del Código de Minas, determina que

“las modificaciones que sobre estas materias adopte la Ley, sólo se aplicarán a los contratos que se celebren y perfeccionen con posterioridad a su promulgación” (Código de Minas, Art. 228). Esta disposición es una protección que, por Ley, se está haciendo al concesionario minero. Protección que no vemos en ninguna parte dentro de la legislación ecuatoriana, en materia minera.

4. Conclusiones.

La regulación y control que el Estado debe tener sobre las actividades mineras de extracción son necesarios y se ven expresadas en la normativa vigente en el Ecuador. No obstante, es necesario que el legislador entienda que esta misma normativa debe permitir el desarrollo del sector minero en todas sus fases, proporcionando seguridad jurídica y normas claras que permitan la planificación de inversiones. La Ley de Minería vigente muestra deficiencias que se ven reflejadas directamente en el escaso desarrollo del sector minero en el Ecuador. Estas deficiencias pueden ser subsanadas con una reforma a la Ley de Minería la cual llevaría necesariamente a una reforma a los reglamentos existentes en materia minera.

Es necesario entender la lógica de una inversión para poder prever cuáles son los factores importantes que buscan los inversionistas. Cabe señalar que las inversiones en el sector minero busca mejorar constantemente los métodos y técnicas utilizados con el fin de mitigar y controlar los impactos negativos tanto ambientales como sociales que puedan producir las actividades mineras.

Las carencias legales encontradas, al parecer, son resultado de una falta de comprensión del negocio minero y de una falta de estudio de eficiencia económica de la Ley de Minería por parte de los legisladores.

Se pueden observar procesos administrativos repetidos y largos, como en la obtención de una concesión minera, así como deficiencias en la normativa al momento de negociar y suscribir el Contrato de Explotación Minera. Las negociaciones correspondientes al mencionado contrato buscan establecer, entre otros aspectos, conceptos y valores correspondientes a tributos que deben pagarse a favor del Estado. Sin embargo, es necesario hacer énfasis en el momento oportuno de tal negociación y suscripción, siendo el contenido de este contrato de mucha importancia, pues ciertos factores determinan la rentabilidad del negocio, por lo que la negociación del Contrato de Explotación Minera debería realizarse al momento de adjudicación del título minero con el

fin de permitir al concesionario minero analizar los riesgos de la inversión y tener una visión clara del retorno que su inversión generará.

Los tributos que la legislación grava a las actividades mineras son excesivos, según se analizó en el capítulo tercero. Los incentivos tributarios que los Estados establecen a las actividades productivas es una demostración su interés en la inversión, como lo ha demostrado el Código de la Producción, Comercio e Inversiones, con la sustitución de importaciones. Es necesario tomar en cuenta que los países vecinos al Ecuador han generado inversión gracias a normativa que es atractiva para la inversión, sin dejar a un lado los intereses colectivos del Estado.

Por lo tanto, si el Ecuador está interesado en desarrollar el sector minero, es necesario que establezca parámetros legales positivos que proporcionen claridad y seguridad a los inversores, tal y como los han hecho las legislaciones de otros países de la región.

5. Recomendaciones.

De acuerdo a lo analizado y concluido en el trabajo de titulación, a continuación se establecen recomendaciones de modificación a la Ley de Minería que se consideran pertinentes para un desarrollo del sector minero que beneficie económicamente tanto al Estado como al inversionista. Es necesario reiterar que la Ley debe generar confianza al inversionista, así como respetar los preceptos constitucionales vigentes.

La siguiente propuesta va a señalar el artículo de la Ley de Minería que se considera debe reformarse con su contenido, y a continuación inmediatamente la reforma propuesta:

Como punto inicial a este capítulo de recomendaciones de enmienda a la Ley de minería, es necesario señalar que existe un principio de irretroactividad de la norma. Esto quiere decir que la norma modificada no debe perjudicar derechos individuales preestablecidos con el fin de no perjudicar la seguridad jurídica del Estado. Como regla general, los actos ejecutados en base a un sistema normativo, se deben a este mismo régimen y no a uno nuevo.

La no retroactividad de la Ley no es una regla general a ser acatada por el legislador pues la norma constitucional únicamente estipula la irretroactividad de la Ley en el ámbito tributario:

“El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 300)

Sin embargo, como mencionado anteriormente, la seguridad jurídica se ve perjudicada al momento en que se afectan las relaciones jurídicas existentes y

válidas aplicando normas que no existían al momento de generarse las relaciones jurídicas.

En el caso de la Ley de Minería y de los preceptos mineros sobre los cuales se generaron relaciones jurídicas en vigencia de la Ley de Minería de 1991, aun cuando la naturaleza de las concesiones mineras haya pasado de ser de un derecho real a un derecho personal, las condiciones sobre las cuales estas relaciones jurídicas se generaron con el Estado o sobre las cuales se establecieron derechos y obligaciones de las partes, debieron haberse respetado.

Lo anterior incluye pero no limita a derechos de terceros sobre las concesiones mineras cuando éstas constituían un derecho real.

En vista de lo anterior, es necesario que un artículo de no retroactividad de la Ley sea incluido dentro de la Ley de Minería del 2009, preferentemente como primer punto de las disposiciones generales, que conste como se establece a continuación:

PRIMERA.- Las concesiones mineras que no hubieren sido caducadas por el Mandato Legislativo número seis emitido por la asamblea Constituyente, publicado en el Registro Oficial Suplemento 321 del 22 de abril del 2008, seguirán respetando lo dispuesto en los cuerpos normativos vigentes al momento de su otorgamiento, por lo que las obligaciones contractuales en todas sus formas, contraídas al amparo de la Ley de Minería publicada en el Registro Oficial Suplemento 695 del 31 de mayo de 1991 seguirán vigentes y responderán a este último cuerpo normativo, respetando de esta manera el principio de no retroactividad de la norma.

Con relación al otorgamiento de las concesiones mineras, el artículo 31 de la Ley de Minería vigente menciona que el título minero otorga a su titular el derecho exclusivo de “prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar” (Ley de Minería, 2009, Art. 31) de todos los minerales que se encuentren dentro del área concesionada, establecida en el título minero. Al revisar esta disposición en su literalidad, se entiende que al

momento de ser adjudicado con un título minero el titular tiene el derecho a todas las fases de las actividades mineras, incluyendo la explotación. Sin embargo, la Ley prevé que para la fase de explotación en minería a gran escala, una vez aprobada la evaluación económica del yacimiento, se debe negociar y suscribir un contrato de explotación cuyas cláusulas deben ser negociadas entre el Estado y el concesionario.

En primer lugar, el momento en el que se negocia el Contrato de Explotación Minera no es el indicado, pues desde el momento de adjudicación de la concesión hasta el momento de negociación del contrato de explotación, el titular ya ha realizado inversiones sin tener certeza de las condiciones contractuales para la etapa de explotación y posterior comercialización de los minerales.

En segundo lugar, no existe seguridad alguna que el mencionado Contrato de Explotación Minera llegue efectivamente a suscribirse, lo que implicaría la imposibilidad del concesionario de recuperar las inversiones realizadas durante las etapas previas a la explotación.

En vista de lo anterior, el presente trabajo de titulación propone eliminar la suscripción del contrato de explotación minera. Por lo que otorgamiento de la concesión minera daría derecho a su titular a todas las fases de las actividades mineras, incluyendo la fase de explotación y comercialización de minerales. Por lo que lo único que se debería determinar al momento de evaluación económica del yacimiento, sería el precio base para el cálculo del impuesto a las ganancias extraordinarias y el porcentaje de las regalías a pagarse.

En seguimiento a la propuesta anterior, al momento de eliminar la suscripción del Contrato de explotación minera, se deben eliminar los requisitos, por lo que la normativa debe prever que al momento de otorgamiento de la concesión el concesionario no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las ya presentadas al momento de calificación y otorgamiento de la concesión minera mediante la adjudicación del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Adicionalmente, la Ley de Minería vigente establece que la cesión de acciones de las compañías titulares de derechos mineros que represente más de 10% del capital social de estas, debe ser notificada a la Agencia de Regulación y Control Minero. En este contexto, el cuerpo normativo al que se hace referencia en el artículo innumerado posterior al 127 establece que:

“la transferencia directa o indirecta de las acciones o participaciones o cualquier otro derecho de naturaleza análoga en el capital social de los concesionarios mineros, y que en conjunto representen más del 10% de las mismas con derecho a voto, deberá inscribirse en el Registro Minero.” (Ley de Minería, 2009, Art. s.n.).

La normativa no especifica una limitante al momento de transferencia indirecta de acciones o participaciones en el capital social de compañías que son socias o accionistas de compañías que a su vez son socias o accionistas de compañías titulares de derechos mineros en Ecuador.

En vista de lo anterior, se propone modificar el artículo innumerado después del artículo 127 de la Ley de Minería vigente, artículo incluido mediante la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial suplemento 37 del 16 de julio de 2013, limitando el registro de transferencia de acciones o participaciones, o cualquier otro derecho de naturaleza análoga del capital social de los socios o accionistas directos de las personas jurídicas titulares de derechos mineros.

La legislación ecuatoriana contempla que las compraventas de oro se encuentran gravadas con tarifa 12% de IVA, con excepción del “oro adquirido por el Banco Central del Ecuador en forma directa o por intermedio de agentes económicos públicos y privados, debidamente autorizados por el propio Banco.” (Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 2004, art. 55).

En vista de lo anterior, al momento de gravar el 12% de IVA al oro y demás minerales cuyos precios se fijan en el mercado internacional, se pasa este porcentaje al comprador y el mineral ecuatoriano, al ser un 12% más caro que

el de otros países, se torna no competitivo y, en consecuencia, sale del mercado. Por lo tanto, con el fin de proporcionar una realidad al comercio de oro, es necesario que las transacciones de minerales estén incluidas entre aquellas gravadas con tarifa cero, en el artículo 55 de la Ley Orgánica de régimen Tributario Interno, con el siguiente texto propuesto, modificando el numeral 16 del mencionado artículo:

16. La venta de minerales metálicos entre agentes económicos públicos o privados, mediante personas naturales y jurídicas.

Las propuestas realizadas en este trabajo de titulación están direccionadas al incremento de las inversiones en el sector minero ecuatoriano, con el fin de que el sector minero ecuatoriano se desarrolle, y que los beneficios que este genere sea de beneficio para el Estado ecuatoriano.

6. REFERENCIAS

Belaunde, M. (2012). *Derecho Minero y Concesión*. Perú: San Marcos.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Casanova-Regis, R. (2013). *Regalía por retorno neto de función RNF*. Recuperado el 18 de julio de 2014 de <http://www.kpmg.com/PE/es/IssuesAndInsights/sala-de-prensa/articulos-opinion/Documents/01-04-2013-Net-Smelter-Return-RCasanova.pdf>.

Código Civil, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 46, del 24 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 449 del 20 de Octubre de 2009.

Código de Minas de Colombia, Ley 685 de 2001.

EKOS NEGOCIOS. (2012). *Energía y Minas*.

El Universo (2007). *TSE convocó a Consulta popular para el 15 de abril*. Guayaquil.

El Telégrafo (2013). *La reserva minera en el Ecuador llega a \$ 217.000 millones*. Recuperado el 07 de octubre de 2013 de <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/la-reserva-minera-de-ecuador-llega-a-217-000-millones.html>

Granja, N. (1997). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Cuenca: UTPL.

Instituto Peruano de Economía. *Regalías mineras, petroleras y gasíferas*. Recuperado el 25 de noviembre de 2014 de <http://ipe.org.pe/content/regalias-mineras-petroleras-y-gasiferas>

Instructivo para Etapas de exploración y explotación minera, publicada en el Registro Oficial 438 del 02 de mayo del 2011.

Instructivo otorgamiento para labores permisos minería artesanal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 531 del 09 de septiembre de 2011.

Kluger. V. (compiladora) (2006). *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta.

Ley de Minería, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 517 del 29 de enero de 2009.

Ley orgánica de Régimen Tributario Interno LORTI, publicada en el Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento 37 del 16 de julio del 2009.

Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento 242 del 29 de diciembre de 2007.

Londoño, V. (2012). *Colombia paraíso fiscal para la minería*. El Espectador. Bogotá. Recuperado el 25 de noviembre de 2014 de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/colombia-paraiso-fiscal-mineria-articulo-391134>

Mejía, L., Díaz, M., Giraldo, A., Ramos, C., Duque, B., Flórez, C., Villaruel, J.. *Del Proceso Minero Colombiano*. Recuperado el 09 de julio de 2014 de http://www.upme.gov.co/Docs/Proceso_Minero_Col.pdf

Mandato Constituyente 6 Concesiones Mineras, publicado en el Registro Oficial Suplemento 321 del 22 de abril de 2008.

Mendoza, W. *Diagnóstico Legal de la Minería en el Ecuador*. Recuperado 10 de diciembre de 2013.

http://inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=242:diagnostico-legal-de-la-mineria-en-el-ecuador&catid=61:boletines&Itemid=126

Micheli.T. (2009). *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford University Press.

Ministerio de Recursos Naturales no Renovables. (2014). *Plan Estratégico 2014-2017*. Recuperado el 08 de julio de 2014 de <http://www.recursosnaturales.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/06/K-Plan-Estrategico-MRNRR-2014-2017.pdf>

Monroy, M. (2003). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis.

Torres, A. (1995). *Manual Práctico de Derecho de Minas*. Bogotá: Librería del Profesional.

Reglamento a la Ley de Minería, publicada en el Registro Oficial suplemento 67 del 16 noviembre de 2009.

Reglamento especial de pequeña minería, publicada en el Registro Oficial suplemento 67 del 16 de noviembre de 2009

Ronconi, L., Vita, L. (2012). *El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Revista sobre enseñanza del Derecho. Número 19, 2012.

Villagra, S. (1983). *Principios de Derecho Administrativo*. Asunción: El Foro.

Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Perú: 2011.