



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

La Naturaleza Jurídica de la Concesión Minera y su Relación con el Acceso a los Mercados Financieros y Bursátiles Internacionales

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de:
Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Profesor Guía:
Dr. César Aníbal Espinosa Garcés

AUTORA:
DANIELA ESTEFANÍA ANDRADE MENA

Año
2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado 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

C.I.: 170664954-6

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”.

Daniela Estefanía Andrade Mena

C.I.: 171524797-7

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, quiero agradecer a Dios por la fortaleza que me ha dado y la inspiración para seguir adelante y luchar para cumplir mis metas, por estar junto a mí y guiar cada paso que doy. Agradezco a mi esposo que ha sido un soporte muy grande e importante para poder culminar mi carrera su apoyo incondicional y su amor han sido herramientas fundamentales para el curso de mi carrera. A mis padres por haber confiado en mí y saber que soy una persona capaz, que puedo cumplir con los objetivos que me plantee en la vida, todo esto gracias a la educación que han sabido inculcarme, los valores que me han enseñado para ser una buena persona y una buena profesional. Agradezco al Dr. Cesar Aníbal Espinosa Garcés por su apoyo y la guía que me ha brindado para realizar esta tesis quien ha sido un gran profesor, director y ejemplo.

DEDICATORIA

Este proyecto de tesis dedico a mi esposo a quien amo mucho y ha estado junto a mí en el transcurso de toda mi carrera. A mi padre quien siempre fue mi inspiración y el ejemplo a seguir. A mi madre, una gran mujer, cuyos consejos han sido el empuje para cumplir mis propósitos. Mis hermanos quienes han crecido conmigo y han vivido junto a mi esta lucha de gigantes. Finalmente dedico este trabajo a mi abuelo Aníbal quien fue una persona muy especial en mi vida, alguien que confió en mí, me apoyo mientras estuvo conmigo y estoy segura que ahora el está muy orgulloso de mi.

RESUMEN

En los años noventa, el Ecuador experimentó un crecimiento importante de inversiones extranjeras debido a la alza que se dio en los precios de los minerales y metales, es esa época se atravesaba procesos de liberación económica y eliminación de barreras a la inversión. Los sistemas concesionales mineros se fueron actualizando y de esta manera otorgando mayor seguridad a las concesiones y, consecuentemente, a los inversionistas.

La Ley de Minería 06 expedida en el Gobierno del Ing. León Febres Cordero, concebía al derecho minero como un derecho real que facultaba al contratista minero a ejecutar las actividades mineras establecidas por la Ley.

Por su parte, la Ley de Minería, promulgada en mayo de 1991, calificaba a las concesiones mineras como un derecho real, inmueble y exclusivo, que facultaba al concesionario minero para ejecutar las actividades de exploración y explotación así como a la realización de las demás fases de la industria minera. El derecho real es aquel que se tiene sobre la cosa, es decir, que el derecho real engendra una relación entre una persona y un bien material o inmaterial.

En la vigente Ley de Minería, expedida por la Asamblea Nacional en enero de 2009, en su artículo treinta (30), establece que la concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual, el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros.

El cambio de concepción sobre el derecho que emana de las concesiones mineras resulta fundamental en esta nueva ley minera y de profundas implicancias respecto del desarrollo minero del país. A diferencia de los derechos reales, los derechos personales son innatos al ser humano, nacen y mueren con la persona. Este cambio que se ha dado en la legislación minera ecuatoriana vigente, afectaría las inversiones extranjeras en el sector minero

ecuatoriano, tanto por la falta de seguridad jurídica, como por la imposibilidad de registrar a la concesión minera como un activo tangible del concesionario, al catalogar al derecho que emana de las concesiones mineras como un derecho personal. Al definir a las concesiones mineras primero como un simple acto administrativo y, luego, como un derecho personal, se lesiona la relación jurídica directa entre el titular del derecho y la mina, estableciendo un vínculo jurídico inexistente entre dos personas, “acreedor y deudor”, “concesionario minero y Estado”, generando, en consecuencia, una relación indirecta con la cosa, es decir, con la concesión minera.

Este cambio en la legislación, hasta el momento, sólo ha ahuyentado la inversión nacional y extranjera para el desarrollo minero del Ecuador, causando, en consecuencia, graves problemas económicos para el país.

ABSTRACT

In the nineties, Ecuador experienced a significant foreign investment growth due to the rise of prices of minerals and metals. During this time, economic liberalization processes and removal of investment barriers took place. Mining concession systems were updated, thus increasing certainty to the mining rights and, consequently, to investors.

The Mining Law 06 issued in the Government of Mr. Leon Febres Cordero, conceived the mining right as a real right, which empowered the mining contractor to carry out mining activities established by Law.

The Mining Law, enacted in May 1991, described the mining concessions as a real and exclusive right, which empowered the mining concessionaire to run the exploration and exploitation activities as well as the implementation of other phases of the mining industry. The real right is the one that you have over a “thing”, namely, the real right engenders a relationship between a person and a tangible or intangible good.

In the current Mining Law issued by the National Assembly in January 2009, article thirty (30) establishes that the mining concession is an administrative act that provides a mining title, on which the holder has a personal right, which is transferable upon the qualification required from the suitability of the mining rights assignee.

The change of concept of the right, that mining concessions emanate is essential in this new mining law and has profound implications regarding the country's mining development. Unlike real rights, personal rights are innate to human beings, inalienable; they exist when the person is born and end when the person dies.

This change that has taken place in the current Ecuadorian mining law would affect foreign investment in the Mining Industry of Ecuador, both for the lack of legal security, and for the impossibility to register a mining concession as a tangible active of the concessionaire, by means of categorizing the right that emanates from the mining concessions as a personal right. By defining the first mining concessions as a simple administrative act and then as a personal right, the direct legal relationship between the holder of the personal right and the mine is injured. This establishes in turn, a legal relationship that is inexistent between two people, the "creditor and debtor", and the "mining concessionaire and the State", generating consequently an indirect relationship with the mining concession.

So far, this change in legislation has only driven away foreign and domestic investment for mine development in Ecuador, causing serious economic problems for the country.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
1 CONCEPTOS Y DEFINICIONES DEL ÁMBITO MINERO	3
1.1 CONCEPTO Y ALCANCE DEL DERECHO MINERO	3
1.2 CONCEPTO DE CONCESIÓN MINERA	11
1.2.1 La Alianza Estratégica	12
1.2.2 El Contrato BOT (Build Operate and Transfer)	13
1.2.3 La Concesión	14
1.3 CONCEPTO DE DERECHO REAL	32
1.4 CONCEPTO DE DERECHO PERSONAL	33
CAPITULO II	35
2 HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MINERO	35
2.1 HISTORIA DEL DERECHO MINERO	35
2.2 EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA DEL DERECHO MINERO	36
2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO MINERO	39
2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONCESIONES MINERAS EN EL ECUADOR	41
CAPITULO III	47
3 ANÁLISIS DE LA CONCESIÓN MINERA Y SU COMPARACIÓN CON LEGISLACIONES EXTRANJERAS	47
3.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN MINERA EN EL DERECHO ECUATORIANO	47
3.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN MINERA EN EL DERECHO LATINOAMERICANO REAL E INMUEBLE	48
3.3 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN MINERA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN (QUI DOMINUS EST SOLI, DOMINUS EST USQUE AD COELUM ET USQUE AD ÍNFEROS)	50

CAPITULO IV	54
4 ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE FINANCIAMIENTO PARA LA EXPLORACIÓN EN EL SECTOR MINERO	54
4.1 LA FASE DE EXPLORACIÓN Y EL RIESGO ECONÓMICO	54
4.2 LOS FONDOS A PÉRDIDA DESTINADOS POR LAS GRANDES COMPAÑÍAS MINERAS EN PRODUCCIÓN, PARA EL INCREMENTO DE SUS RESERVAS MINERALES	54
4.3 EL FINANCIAMIENTO A TRAVÉS DE LA CAPITALIZACIÓN PÚBLICA EN LAS BOLSAS DE VALORES INTERNACIONALES.....	55
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	64
Bibliografía.....	70

INTRODUCCIÓN

El presente estudio abarcará inicialmente, en su primer capítulo, la historia de la minería en el Ecuador, para comprender la evolución y la importancia que esta tuvo en el tiempo de la colonia ya que la minería desde esos tiempos se desempeñó como un factor importante en el desarrollo regional y local.

Posteriormente se estudiará la naturaleza jurídica del derecho minero y la concesión minera en general y se estudiara la naturaleza jurídica de la concesión minera y su evolución conceptual en el Ecuador.

En el segundo capítulo se analizara el concepto y los alcances jurídicos y socioeconómicos de lo establecido en la ley vigente de minería en el artículo 30, considerando el derecho personal frente al derecho real.

Se establecerá las consecuencias de orden jurídico y económico que ocasionan las diferentes concepciones de la naturaleza jurídica de la concesión minera. Al realizar este análisis es imprescindible consignar conceptos claros respecto de que se entiende por derecho minero, concesión minera, derecho real, derecho personal. Los conceptos que se revisen en esta sección permitirán dilucidar la disyuntiva que genera en la actualidad la ley vigente del Derecho Minero.

En el tercer capítulo del estudio que será realizado, se desarrollará un concepto claro de lo que es una concesión minera y en qué consiste dicha actividad y será comparada con legislaciones de otros países en los cuales se desenvuelva la actividad minera.

Finalmente, del estudio a realizar, se establecerá las conclusiones y recomendaciones pertinentes, con el objetivo de aportar con algo positivo a la sociedad y que este análisis llegue a ser objeto de estudio, para que se

considere un cambio en la ley y obtener resultados necesarios para el mejoramiento y desarrollo económico del país.

CAPITULO I

1 CONCEPTOS Y DEFINICIONES DEL ÁMBITO MINERO

1.1 CONCEPTO Y ALCANCE DEL DERECHO MINERO

Los seres humanos, en sus inicios, para su desarrollo, han necesitado, utilizado y obtenido provecho permanentemente de los recursos naturales renovables como el agua, aire, terrenos agrícolas entre otros, así como de los recursos naturales no renovables o agotables como son los recursos mineros.

Los minerales son sustancias inorgánicas, que carecen de vida y de aptitud, estos pertenecen al reino mineral. Estas sustancias minerales se encuentran en la superficie y en las diferentes cortezas del suelo, estos espacios físicos superficiales o subterráneos en donde se encuentran depositados los minerales se las denominan minas.

Una mina es un depósito natural de sustancias minerales económicamente explotables que forman parte de la riqueza inalienable e imprescriptible del país.

“Los recursos mineros poseen una naturaleza física, química, geológica y mineralógica determinadas, los recursos minerales tiene características únicas y esto justifica la necesidad de su obtención, dominio, posesión y control”.¹

Muchas de estas sustancias minerales son escasas y muy valiosas a diferencia de otras, motivo por el cual los hombres han elaborado y estructurado un sistema legal a través de los tiempos, para acceder a estas sustancias, controlarlas y aprovecharlas en calidad de propietarios, poseedores u otras formas de dominio.

¹ Vildosola Fuenzalida Julio. El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe. Introducción.

El sector minero se encuentra normado por un conjunto de leyes, reglamentos, decretos y principios que regulan la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, transporte y comercialización de las sustancias minerales, la forma en la que se constituyen estos derechos, su naturaleza, el ejercicio y la extinción de los mismos, así como los contratos, derechos, obligaciones y el sistema de solución de controversias que puedan suscitar de éstos.

Una vez que las sustancias minerales son prospectadas, reconocidas, exploradas y descubiertas, se transforman en recursos que deben ser sometidos a una evaluación económica y técnica, se debe realizar un estudio de factibilidad y si estos dan resultados positivos, éstos recursos se transforman en reservas y se justifica proseguir con la siguiente fase llamada explotación, para luego beneficiar el mineral, fundirlo, refinarlo, transportarlo y, finalmente, llegar a la etapa de la comercialización de los productos mineros.

A las fases o etapas de la actividad mineras antes anotadas, se ha agregado una fundamental, la del cierre de mina, que se halla integrada o incorporada a todas y cada una de las otras fases de la actividad. Esta última fase establece la obligación ineludible del concesionario minero a rehabilitar las tierras que fueron explotadas, reforestarlas y devolverlas aptas para la realización de otras actividades productivas incluyendo a la agricultura, a la ganadería, al turismo y, por qué no, a propósitos de conservación y protección.

El derecho minero es el conjunto de principios y preceptos especiales que rigen las concesiones exclusivas para explorar o para explotar las sustancias minerales que son susceptibles de aprovechamiento por cualquier persona, regulando tanto su constitución, naturaleza, ejercicio y extinción, como algunos de los actos, contratos y litigios que se refieren a ellas.²

En otra visión de las fases o etapas de la actividad minera, el tratadista Juan Luis Ossa Bulnes establece que la actividad minera es el conjunto de

² Ossa, J. (1992): Derecho de Minería. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Edición. Santiago de Chile.

operaciones cuyo objeto es buscar, extraer y procesar las sustancias con la finalidad de lucro.³

Las etapas principales son:

- a. La exploración: cuyo objetivo es de investigar la existencia de nuevos yacimientos y profundizar el conocimiento de los ya descubiertos.
- b. La explotación: es la extracción de las sustancias minerales del depósito o mina que forman parte.
- c. El beneficio: el propósito es procesar las sustancias extraídas, aumentando su concentración y limpiarla de impurezas y poniéndoles en aptitud de ser elaboradas.

Así mismo, el artículo veinte y siete de la Ley de Minería define y clasifica a las fases de la actividad minera de la siguiente forma:

- a. Prospección**, consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas.
- b. Exploración**, consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimientos así como del contenido y calidad del mineral en el existente. Existen dos tipos de exploración la inicial y la avanzada e incluyen la evaluación económica del yacimiento, su factibilidad técnica y del 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.

³ Ibídem.

- 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 objetivo de elevar el contenido útil o ley de los mismos.
- e. Fundición**, es el proceso de fusión de los minerales, concentrados o precipitados de estos, con el objeto de separar el producto metálico que se desea obtener, de otros minerales que lo acompañan.
- f. Refinación**, consiste en el proceso destinado a convertir 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**, consiste en el término de las actividades mineras consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de las fases referidas previamente, sino fueren de interés público, incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente.

En otro orden de cosas el artículo cuatrocientos ocho (408) de la Constitución de la República, se refiere a la propiedad de estos recursos, estipula que los recursos naturales no renovables son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado y en general de los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo...

Por su parte, el artículo trescientos trece (313), la Carta Magna establece que los sectores estratégicos, son de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tiene decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos e interés social.

De igual manera, en el artículo trescientos diez y seis (316) de la Constitución de la República, se establece que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley de cada sector estratégico.

“El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.⁴

Así también conforme lo establece el artículo trescientos diez y siete (317) de la Constitución de la República “Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico”.

De igual forma, es importante establecer cuáles son los sujetos del derecho minero. Son principalmente:

- a. El Estado, en calidad de propietario del recurso, como lo enuncia el artículo cuatrocientos ocho (408) de la Constitución de la República, anteriormente mencionado. “El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad...”⁵

Al analizar detenidamente estos artículos, queda claro que los recursos naturales no renovables existentes en el territorio nacional, son propiedad del Estado y que éste posee todos los derechos sobre éstos, teniendo la

⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 316.

⁵ *Ibidem*.

potestad de delegar a un tercero, por excepción, el derecho a su aprovechamiento, pero manteniendo beneficio mayoritario a favor del Estado. Así conforme lo establece el segundo inciso del artículo cuatrocientos ocho (408) de la Constitución de la República.

A efecto de poder enmarcarnos adecuadamente en el ámbito minero que establece la Ley de Minería vigente, es preciso establecer algunas definiciones fundamentales:

- b. Concesionarios mineros: son los titulares de concesiones con permisos para ejecutar todas las fases de la actividad mineras antes detalladas.
- c. Contratistas del Concesionario Minero: son las personas naturales y jurídicas que intervienen en actos, contratos o conflictos que tengan relación con la actividad minera en sí.
- d. Participación ciudadana y consulta previa: La participación ciudadana es la presencia de la ciudadanía en los temas de interés público, los mismos que si no se llega a dar un control, las personas pueden verse afectados y de esta manera creando democracia. Para la aplicación y el correcto ejercicio de los derechos que tiene la ciudadanía se ha creado el Consejo de Participación ciudadana el mismo que promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público... según lo establece el artículo doscientos siete de la Constitución de la República. En este mismo artículo establece el funcionamiento del Consejo de participación ciudadana, el cual está conformado por siete consejeras o consejeros principales y siete suplentes.

En el artículo siete (7) literal i de la Ley de Minería establece que al Ministerio Sectorial le corresponde crear los Consejos Consultivos que permitan la participación ciudadana para la toma de decisiones en las políticas mineras.

Además el artículo ochenta y nueve (89) de la Ley de Minería estipula lo siguiente: “La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de las actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la Ley.

El artículo siguiente doscientos ocho (208) estipula los deberes y atribuciones del Consejo de Participación ciudadana y Control Social:

1. Promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública y propiciar la formación en ciudadanía, valores, transparencia y lucha contra la corrupción.
2. Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social.
3. Instar a las demás entidades de la Función para que actúen de forma obligatoria sobre los asuntos que ameriten intervención a criterio del Consejo.
4. Investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana o generen corrupción.
5. Emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan.
6. Actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones. Cuando en sentencia se determine que en la comisión del delito existió apropiación indebida de recursos, la

autoridad competente procederá al decomiso de los bienes del patrimonio personal del sentenciado.

7. Coadyuvar a la protección de las personas que denuncien actos de corrupción.
8. Solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos. Las personas e instituciones colaborarán con el Consejo y quienes se nieguen a hacerlo serán sancionados de acuerdo con la ley.
9. Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales.
10. Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente.
11. Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.
12. Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.⁶

En el artículo cuatro (4) del Reglamento General de la Ley de Minería establece que el Ministerio Sectorial es el responsable de la creación de consejos consultivos que permitan la participación ciudadana para la toma de decisiones en las políticas mineras a fin de promover la actividad.

⁶ *Ibidem*.

- La participación ciudadana en la definición de las políticas mineras, tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las opiniones de la población del área de influencia directa de los proyectos mineros, bajo observancia de los principios de legitimidad y representatividad.⁷
- Consulta Previa: La Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza a las pueblos indígenas originarios como derecho colectivo, en el artículo cincuenta y siete (57) se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de conformidad con La Constitución y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: numeral siete (7), que serán consultados previamente e informados, sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Las comunidades participarán en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que los causen.

El efecto que tiene esta consulta es la aportación de ideas y criterios en el ámbito social y ambiental de una comunidad sobre un proyecto minero, vale recalcar que el efecto de esta consulta no existe poder de veto.

1.2 CONCEPTO DE CONCESIÓN MINERA

El derecho exclusivo del Estado al aprovechamiento de los recursos minerales, conforme lo establece el artículo trescientos diez y seis (316) de la constitución que ya hemos analizado anteriormente, podrá ser delegado, por excepción a la iniciativa privada de acuerdo con la ley.

⁷ Reglamento General de la Ley de Minería. República del Ecuador. Artículo 4.

Bajo este principio constitucional es importante determinar cuales son los mecanismos por los cuales tal delegación puede materializarse. De los principales mecanismos haremos mención especial a los siguientes:

- La Alianza Estratégica
 - Contrato de BOT
 - La Concesión
-
- a) Contrato de Explotación Minera
 - b) El Contrato de Prestación de Servicios

Empezaremos entonces analizando la naturaleza jurídica y los alcances de los mecanismos enunciados.

1.2.1 La Alianza Estratégica

En el ámbito económico actual, en el cual hay tecnología de punta, mercados abiertos y mucha competencia, las empresas se han visto obligadas a buscar maneras de mantener e incrementar la competitividad en el mundo, y uno de estos métodos de crecimiento es la realización de alianzas estratégicas. La alianza estratégica consiste en la unión de múltiples componentes, como por ejemplo, sus proveedores, su producción, clientes, trabajadores con el objetivo de hacer funcionar esta alternativa de crecimiento.

Las alianzas estratégicas: Son coaliciones formales entre dos o más organizaciones a fin de llevar a cabo empresas en el corto plazo, originadas en relaciones oportunistas o permanentes que se desarrollan como una forma de sociedad entre los participantes.⁸

La Ley Orgánica de Empresas Públicas según el artículo treinta y cinco (35) establece la capacidad asociativa que poseen las empresas públicas: “Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus

⁸ López, C. Alianzas Estratégicas. URL: www.gestiopolis.com

fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República.

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.

No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República”.

Además el gerente, persona responsable de la administración de la empresa pública tiene el deber de suscribir las alianzas estratégicas aprobadas por el directorio, conforme lo establece el artículo once (11) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

1.2.2 El Contrato BOT (Build Operate and Transfer)

El contrato denominado Build Operate and Transfer “BOT”, es un instrumento en el cual una empresa privada se encarga de construir y operar un proyecto y después de un tiempo determinado transferirlo a la administración pública. En el Ecuador un ejemplo bastante claro, es el aeropuerto de Quito el cual se maneja a través de este tipo de contrato.

Este tipo de contratos son formas de financiar proyectos, en el que una entidad privada recibe una concesión del sector privado o público para financiar, diseñar, construir y operar una planta establecido en el contrato de concesión.

Estos contratos de financiamiento consisten en que la administración pública o privada otorga a un tercero, la facultad para realizar y financiar el proyecto, diseña y construye la infraestructura, opera las mismas y las mantiene durante un periodo determinado. Durante este periodo la entidad privada tiene responsabilidades sobre el proyecto, puede aumentar la financiación para el mismo y además tiene el derecho de retener todos los ingresos generados por el proyecto, pero vale recalcar que no es propietario del proyecto. Las instalaciones se transfieren al Estado al final de la concesión, tiempo determinado en el contrato sin ninguna remuneración por parte de la empresa privada.

1.2.3 La Concesión

La participación del sector privado es, en la actualidad, de gran importancia en el desarrollo de un país, ya que su intervención ha generado históricamente una gran cantidad de empleo y de perspectivas para los habitantes; por ejemplo, una buena carretera promueve la producción, por la facilidad que existe para sacar los bienes al mercado, a precios más competitivos.

Una de las desventajas vendría a darse para aquellas personas que circulan a diario por los sectores de cobro del peaje, ya que tendrían un egreso económico muy alto.

Si los contratos de concesión son suscritos bajo parámetros claros y transparentes, bajo el control y supervisión de entidades profesionales y rectas, no vemos razón para que existan desventajas en este tipo de contratos.

Amplios análisis y publicaciones han demostrado las ventajas de la participación de la empresa privada frente a su contraparte pública. Estos

coinciden en demostrar que una concesión bien ejecutada da lugar a una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos, esto es, un mismo nivel y calidad a menor costo o alternativamente, mejores niveles con mayor cobertura al mismo costo.

Es recomendable y necesario mantener un respeto a las leyes y normas que gobiernan el contrato de concesión, de tal forma que se convierta en un proyecto eficiente y que genere satisfacción del usuario.

El diccionario, Word Reference, define a la concesión como el permiso que se otorga a una empresa o a un particular para que explote una actividad o propiedad del gobierno.

En mi criterio la concesión es un contrato por el cual el propietario del bien o derecho delega su aprovechamiento un derecho de explotación de bienes y servicios, por un tiempo determinado, a otra persona natural o jurídica, bajo ciertas condiciones, a cambio de un beneficio.

La concesión, en el derecho público, se circunscribe al desarrollo de las relaciones del Estado y los particulares. Estos procesos concesionales han desencadenado en una serie de negocios y contratos que van adquiriendo características propias que ha determinado la necesidad de que el Derecho Público se haya visto de regularlos especial y señaladamente.

Una de las ventajas de la concesión es la mayor agilidad, eficiencia y eficacia que por lo general brindan las empresas privadas, las cuales son dotadas de una gran cantidad de recursos materiales y jurídicos, motivos por los cuales el Estado determina la adopción de este tipo de soluciones.

Es la acción y efecto de conceder permiso, a una entidad, para que esta realice un determinado trabajo.

La concesión que se otorga a una persona jurídica tiene como objeto que esta administre bienes públicos obteniendo un beneficio económico del mismo, pero a la vez beneficiando al Estado y a sus miembros.

El contrato de concesión de obra pública según Nicolás Granja Galindo⁹, es la autorización que concede el Estado a un particular para que realice una obra de utilidad pública, por su cuenta y riesgo, a cambio de que el beneficiario explote el servicio a que esa obra está destinada, durante el plazo que hayan señalado en el contrato. Un ejemplo claro a este tipo de contrato es, la concesión que el Estado Ecuatoriano otorgó a la Compañía Panavial, para la construcción, mantenimiento y usufructo de carreteras quienes construyen a cuenta y riesgo propio y financian el proyecto a través del pago de una cantidad de dinero que se denomina peaje, pagado por los usuarios de la carretera.

La Concesión Minera: Aun cuando ya hemos definido y analizado anteriormente a la concesión minera y a los derechos que emanan de ella, creo necesario traerlo nuevamente a colación con el fin de aclarar que, para que el concesionario minero pueda acceder a la fase de explotación minera a mediana o gran escala, no es suficiente ser el titular de una concesión sino que requerirá de la suscripción de un contrato de explotación minera o uno de prestación de servicios, según lo disponen los artículos cuarenta (40) y cuarenta y uno (41) de la Ley de Minería.

La concesión minera es un acto administrativo mediante el cual se otorga un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros. Se podrá establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en la ley.¹⁰

Se le confiere al titular minero el derecho exclusivo de prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las

⁹ Granja, N. (1999): Fundamentos del Derecho Administrativo. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja.

¹⁰ Ley de Minería del Ecuador 2009.

sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión.¹¹

a) Contrato de Explotación Minera: El contrato de explotación minera es un contrato administrativo regulado por la Legislación Aplicable y es accesorio a la Concesión Minera otorgada mediante título minero otorgado previamente al Concesionario Minero por el Estado ecuatoriano.

El Contrato de Explotación Minera no se sujeta a las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus normas regulatorias.

Este contrato tiene por objeto delegar de forma excepcional por parte del Estado al concesionario minero el derecho exclusivo para la realización de las actividades de preparación y desarrollo del yacimiento o yacimientos localizados en el área determinada dentro del contrato, así como también la extracción, transporte, beneficio y comercialización de todos los minerales comercialmente explotables que allí se encuentran o se llegaran a encontrar.

Evidencia de lo anteriormente dicho, esta innovación jurídica o quizá, antijurídica, que contempla la Ley de Minería, establece que el titular de la concesión minera no podrá realizar labores de explotación sin haberse suscrito previamente un contrato, aún cuando el Estado ya e había otorgado, de forma previa, una concesión minera para la ejecución de la fase de explotación. Este desatino legislativo provoca inseguridad jurídica y, consecuentemente, ahuyenta la inversión.

El problema radica en el hecho de que, si, por cualquier razón no se llegare a un acuerdo con el Ministerio Sectorial, en los términos contractuales, y no se suscribiere el contrato de explotación minera, si

¹¹ Ley de Minería del Ecuador 2009. Artículo 31.

bien la Ley de Minería no establece absolutamente nada para este caso, la consecuencia práctica sería la imposibilidad legal del concesionario de explotar los minerales que fueron encontrados como producto de la exploración, provocando que la inversión realizada por las empresas en las fases anteriores no pueda ser recuperada ahuyentando finalmente la inversión nacional y extranjera y perjudicando económicamente al país.

El contrato de explotación minera tiene por objeto delegar, en forma excepcional, por parte del Estado al concesionario minero, el derecho exclusivo para la realización de las actividades de preparación y desarrollo del yacimiento o yacimientos, localizados en el área del contrato, así como también la extracción, transporte, beneficio y comercialización de todos los minerales comercialmente explotables que ahí se encuentren.

En base al marco constitucional y legal, (artículo trescientos diez y seis de la Constitución y artículo uno de la ley de minería), este contrato tiene por objeto determinar el plazo, términos y demás condiciones para las etapas de construcción, montaje, extracción, beneficio, fundición, refinación, transporte y comercialización de los minerales obtenidos, así como determinar las obligaciones del concesionario minero en cuanto a la gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías, cierre de operaciones, determinación del precio base, y establecer los derechos del concesionario minero y los acuerdos para la solución de controversias.

- b) El contrato de Prestación de Servicios: Es aquel, mediante el cual una persona profesional en algún ámbito, se obliga con respecto a otra a realizar una serie de servicios a cambio de una remuneración. Es un contrato oneroso en donde la persona contratada se obliga al cumplimiento de una actividad y para el respectivo pago debe haber cumplido las metas establecidas.

Este Contrato tiene por objeto la prestación de servicios a la parte contratante por parte de la Contratista, con sus propios recursos y a su solo riesgo, para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables.

En el contrato de prestación de servicios el contratista se obliga a realizar las actividades de exploración, confirmación de reservas, desarrollo, explotación y producción aportando la tecnología, los capitales y los equipos, bienes y maquinarias necesarios para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Una vez que hemos podido analizar estos sistemas de delegación de estos derechos exclusivos del estado, estudiaremos a continuación su aplicación, en el sector minero.

- c) La Alianza estratégica: Es un mecanismo que si aplicable en la minería ya que se busca la unión de componentes con el objetivo de tener una actividad en potencial, aquí en el Ecuador tenemos como ejemplo la Empresa Grannacional Minera Mariscal Sucre la misma que se creó el 26 de marzo de 2011 con la presencia del Presidente de la República del Ecuador Eco. Rafael Correa y el Presidente Hugo Chávez de Venezuela.

La Empresa Grannacional Minera tiene como objetivo establecer los términos al desarrollo conjunto de proyectos mineros en el Ecuador. El documento fue suscrito por el Sr. José Cisneros, gerente de la Empresa Nacional Minera (ENAMI EP) y Luis Herrera, presidente de la Empresa CVG Minerven.

- d) El Contrato BOT, Build, Operate and Transfer: Este tipo de contrato no funciona en la minería ya que en el caso que se delegue a los contratistas una mina para que la construyan, operen y transfieran al Estado después de un tiempo determinado, es muy probable que ya se hayan explotado la

mayoría de sustancias mineras, entregando al Estado una mina de la cual ya no podrá sacar provecho y mucho menos beneficiarse económicamente de la misma.

La concesión minera y su importancia en el Derecho Minero:

La palabra concesión se refiere a dos actos importantes en el ámbito minero, significa explorar, es decir investigar al interior de las tierras y explotar, es decir, extraer los minerales y apropiarse de los mismos.

El Estado otorga derechos a los concesionarios de explorar y explotar las sustancias minerales, aquellas que son susceptibles de apropiarse y además se establece los derechos y obligaciones que estas mismas darán a la persona natural o jurídica titular de la concesión.

El Dr. Ossa Bulnes, explica que la concesión minera de exploración es un derecho real, es decir la entrega del inmueble que se le otorga al titular, por un tiempo limitado, dentro del espacio geográfico en el que se determina la extensión de la concesión.

La concesión minera de explotación es un derecho real, inmueble y de duración definida. Una vez superada la fase de exploración, el concesionario minero procederá a explotar las sustancias mineras que ha descubierto durante la exploración, para procesarlas y comercializarlas.

Por lo general estas actividades son consideradas como derechos reales, porque son derechos que las personas tenemos sobre una cosa, pero en el Ecuador son consideradas como derechos personales, definición establecida en la nueva Ley de Minería, lo cual puede causar graves desequilibrios en el ámbito legal minero.

A continuación se señalan las siguientes características generales de las concesiones mineras en el ámbito latinoamericano:

- a. Son derechos reales, derechos que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona.
- b. Son derechos inmuebles.
- c. Son condicionales.
- d. Son divisibles, tanto física como intelectualmente.
- e. Son inembargables. Conforme lo estipulado en el artículo cuatrocientos ocho (408) de la Constitución de la República.
- f. Las concesiones mineras pueden ser adquiridas por cualquier persona natural o jurídica, excepto aquellas que señale la ley.
- g. Las concesiones mineras pueden extinguirse por cualquiera de las causales establecidas en la legislación aplicable.

Sistema Concesional Ecuatoriano:

Minerales no metálicos: El artículo veinte y seis (26) del Reglamento General de la Ley de Minería se establece que los minerales no metálicos son las rocas y minerales que por sus características físico-químico-mineralógicas carecen de propiedades para transmitir calor o electricidad y constituyen materia prima natural para las industrias y otras actividades económicas...

La Ley de Minería dice que el procedimiento de exploración y explotación de minerales no metálicos, deben cumplir con las mismas reglas generales que estipulan esta ley y sus reglamentos, aplicable a las concesiones mineras,

incluyendo el pago de regalías. La forma de participación del Estado en los beneficios será como lo establece el artículo cuatrocientos ocho (408) de la Constitución.

Materiales de Construcción: “El Estado, a través del Ministerio Sectorial, podrá otorgar concesiones para el aprovechamiento de arcillas superficiales, arenas, rocas y demás materiales de empleo directo en la industria de la construcción, con excepción de los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras que se regirán a las limitaciones establecidas en el reglamento general de esta ley...”.¹²

El artículo cuarenta y cinco (45) del Reglamento General de Minería define como materiales de construcción “a las rocas y derivados de las rocas, sean estas de naturaleza ígnea, sedimentaria o metamórfica tales como: andesitas, basaltos, dacitas, riolitas, granitos, cenizas volcánicas, pómez, materiales calcáreos, arcillas superficiales; arenas de origen fluvial o marino, gravas; depósitos tipo aluviales, coluviales, flujos laharíticos y en general todos los materiales cuyo procesamiento no implique un proceso industrial diferente a la trituración y/o clasificación granulométrica o en algunos casos tratamientos de corte y pulido, entre su explotación y su uso final y los demás que establezca técnicamente el Ministerio Sectorial”.¹³

La Constitución de la República en el artículo doscientos sesenta y cuatro (264) numeral doce (12), nos dice que los Gobiernos Municipales tiene como competencia exclusiva regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras.

Frente a esto el artículo doscientos sesenta y uno (261), numeral once (11) de la Carta Magna otorga esta misma competencia al “Estado Central”.

¹² Artículo 142 de la Ley de Minería.

¹³ Reglamento General a la Ley de Minería.

El concesionario minero está facultado a explorar estos materiales sin la necesidad de suscribir un contrato, pero para la fase de explotación de la misma se realizará posteriormente a la suscripción de un contrato. El propietario del terreno superficial tendrá derecho preferente a solicitar una concesión en el caso de que la mina se encuentre en su propiedad.

Minerales metálicos:

a. Pequeña Minería: La naturaleza jurídica de la pequeña minería es promover procesos de desarrollo sustentable, constituyendo alternativas para generar oportunidades laborales en áreas deprimidas por la pobreza. El artículo cuatro (4) del Reglamento del Régimen Especial de la Pequeña Minería y Minería Artesanal establece que se considera 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.

- Hasta 300 has: Los pequeños mineros que soliciten concesiones máximo de hasta trescientas (300) hectáreas mineras están exceptuados del procedimiento de oferta minera, pero están obligados a formular y presentar sus peticiones para obtener concesiones. (artículo nueve (9) del Reglamento del Régimen Especial de la Pequeña Minería y Minería Artesanal). Deben realizar una solicitud de forma directa a la autoridad competente para el otorgamiento del derecho minero.
- Más de 300 has: Cuando se solicita concesiones mineras que superan las trescientas (300) hectáreas el procedimiento establece un proceso de subasta y remate para pequeña minería.

El Ministerio sectorial es el ente que convocará a subasta pública para otorgar las respectivas concesiones mineras. En la subasta pública para las concesiones de la pequeña minería, solamente podrán participar las personas naturales o jurídicas que se encuentren calificadas dentro de esta categoría, de acuerdo a los requisitos que establece la Ley de Minería y su Reglamento General. Las personas naturales o jurídicas que realicen pequeña minería no podrán asociarse con empresas extranjeras. Absurdo estratégico, vista la necesidad de manejar el nivel tecnológico de la explotación para una más eficiente recuperación del mineral y una mayor o mejor protección del ambiente.

Las solicitudes para el otorgamiento de concesiones mineras de pequeña minería se seguirá el Régimen Especial que estipula el artículo treinta y nueve del Reglamento General de la Ley de Minería: La solicitud será presentada por los sujetos de derechos detallados en el artículo diez y ocho de la Ley de Minería, debidamente registrados, adjuntando los siguientes documentos:

- 1) Nombre o denominación del área materia de la solicitud,
- 2) Ubicación del área, lugar, parroquia, cantón provincia o circunscripción territorial,
- 3) Número de hectáreas mineras solicitadas,
- 4) Coordenadas catastrales,
- 5) Declaración expresa de obtener la respectiva licencia ambiental y dar cumplimiento a las obligaciones generadas de esta,
- 6) Declaración expresa de cumplir las obligaciones económicas, técnicas y sociales contempladas en la Ley de Minería y en el Reglamento.

- 7) Copia de título profesional del asesor técnico, geólogo, ingeniero geólogo o ingeniero de minas así como del abogado patrocinador,
- 8) A las solicitudes bajo la modalidad de condominio, cooperativas y asociaciones se acompañará la escritura pública que acredite la designación de procurador común,
- 9) En el caso de personas naturales, nombres y apellidos completos, número de cedula de ciudadanía y domicilio del solicitante, se acompañará copia de documento de identificación,
- 10) Copia actualizada del RUC,
- 11) Para el caso de personas jurídicas, nombre de la empresa, razón social o denominación, copia actualizada del RUC, nombramiento del representante legal o apoderado debidamente registrado y vigente, acompañando copia certificada de la escritura pública de constitución debidamente inscrita o del acto por el cual se haya reconocido su personalidad jurídica y sus reformas,
- 12) Declaración juramentada de no encontrarse inmerso dentro de las prohibiciones de contratar con el Estado ni dentro de aquellas para obtener derechos mineros,
- 13) Comprobante de pago por derecho de trámite administrativo,
- 14) Designación del lugar en donde habrá de notificarse al solicitante,
- 15) Firma del peticionario o su representante o apoderado, según corresponda, su asesor técnico y del abogado patrocinador.

En el caso de que la solicitud cumpla con todos los requisitos o se hayan subsanado ciertas observaciones, la autoridad competente dentro del término de treinta días, convocará al peticionario, para que concurra a la suscripción del documento de aptitud del área para ser concesionada.

Si a pesar de haber sido legalmente notificado, el peticionario no concurriere a la suscripción del documento de aptitud dentro del término señalado, la autoridad competente dictara la resolución declarando el abandono del trámite.

Dentro del término de quince días a partir del ingreso del requerimiento del informe formulado por el Ministerio Sectorial, la Agencia de Regulación y Control Minera, elaborará el informe del cual se desprenda la procedencia o improcedencia del otorgamiento del título minero. La Agencia de Regulación y Control Minera es el organismo técnico-administrativo, encargado del ejercicio de la potestad estatal de vigilancia, auditoría, intervención y control de las fases de la actividad minera que realicen la Empresa Nacional Minera, las empresas mixtas mineras, la iniciativa privada, la pequeña minería y minería artesanal y de sustento, de conformidad con las regulaciones de esta ley y sus reglamentos. La Agencia de Regulación y Control Minero como institución de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, está adscrita al Ministerio Sectorial y tiene competencia para supervisar y adoptar acciones administrativas que coadyuven al aprovechamiento racional y técnico del recurso minero, a la justa percepción de los beneficios que corresponden al Estado, como resultado de su explotación, así como también, al cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad social y ambiental que asuman los titulares de derechos mineros, conforme lo establece el artículo ocho (8) de la Ley de Minería.

El artículo cuarenta y tres (43) del Reglamento General de la Ley de Minería establece que en el caso de que el informe sea favorable, en el

término de quince días, el Ministerio Sectorial otorgará el título minero que deberá contener:

- Ubicación geográfica.
- Coordenadas de los vértices de la concesión,
- Plazo,
- Nombres y apellidos completos del concesionario en el caso de ser persona natural, o la denominación de la persona jurídica de ser el caso.

El título será protocolizado ante un notario público y deberá inscribirse en el Registro Minero, a cargo de la ARCOM, dentro del término de treinta días.

La falta de inscripción en el Registro Minero dentro del término establecido en la ley y reglamento, causará invalidez de pleno derecho, sin necesidad de trámite, ni requisito adicional de ninguna naturaleza.

b. Mediana y Gran minería:

SUBASTA y REMATE: Procedimiento de subasta y remate que establece el artículo veinte y siete (27) del Reglamento General de la Ley de Minería:

- El Ministerio Sectorial convocará a los interesados en la obtención de derechos mineros y calificados como idóneos a la presentación de posturas de oferta para el otorgamiento de títulos de concesiones que facultan la búsqueda de indicios de mineralización, la determinación del tamaño y forma del yacimiento, la evaluación económica del mismo, su factibilidad técnica, el diseño de su explotación y la ulterior realización de las fases de explotación, beneficio, fundición, comercialización y cierre de minas. Vale

recalcar que las áreas geográficas que pueden ser concedidas son aquellas áreas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo Minero.

- La convocatoria que realice el Ministerio Sectorial se dará a través de tres publicaciones en dos diarios de circulación nacional y local, mediando entre una y otra publicación dos días plazos así como la publicación en la página web del Ministerio Sectorial. Esta convocatoria se efectuará sesenta días hábiles antes del día fijado para el remate o subasta y la presentación de posturas, contados desde la última publicación.
- La convocatoria debe determinar lugar, día y hora que se llevara a cabo la subasta o remate público. Debe contener la información particularizada sobre el área a subastarse o rematarse, coordenadas catastrales, términos de referencia técnicos, económicos y ambientales que debe cumplir el oferente, valor base de la inversión en las etapas de exploración y explotación para el área a subastarse o rematarse que se establecerá en las especificaciones técnicas para cada proceso, condiciones de presentación de la oferta y la modalidad del contrato a suscribirse, en el caso de llegar a la fase de explotación.
- El Ministerio Sectorial deberá recibir la información respectiva de los oferentes y deberá analizarla y calificar la idoneidad. Los requisitos para la calificación y habilitación del oferente están establecidos en el artículo treinta (30) del Reglamento General de la Ley de Minería.
 - 1) Ser sujeto de derecho minero conforme lo estipula el artículo diez y ocho de la Ley de Minería.
 - 2) En caso de personas naturales o jurídicas extranjeras deberán estar domiciliadas en el territorio nacional. (artículo diez y nueve de la Ley de Minería).
 - 3) No estar incurso en las causales de inhabilidad detalladas en el artículo veinte de la Ley de Minería.
 - 4) No encontrarse en mora ante las

obligaciones tributarias. 5) Demostrar capacidad económica para cumplir con los montos mínimos de inversión. 6) No estar incurso en las prohibiciones para contratar con el Estado.

- Las posturas deberán presentarse en lugar, día y hora señalados, en un nombre cerrado que contenga los datos establecidos en el artículo treinta y uno (31) del Reglamento General de la Ley de Minería.
- Al sexto día hábil de recibida las ofertas, se convocará a los oferentes habilitados e idóneos al proceso de puja el mismo que obligatoriamente involucrará la evaluación de: la oferta económica, la oferta técnica y la oferta ambiental.
- El Ministerio Sectorial adjudicará el área minera materia de la subasta o remate públicos, a la mejor oferta técnica, ambiental y económica. En un plazo no mayor de quince días el Ministerio Sectorial elaborará y suscribirá el acta de adjudicación.
- El Ministerio Sectorial en la misma acta de adjudicación emitirá el título minero respectivo en un término no mayor al de cinco días, su protocolización en una notaría pública y su inscripción en el Registro Minero dentro del término de treinta días contados a partir de la emisión. Al igual que en el procedimiento de la pequeña minería, en el caso de no inscribir el título minero dentro del tiempo que establece la ley causará invalidez de pleno derecho.

c. Concesiones a favor de la Empresa Nacional Minera ENAMI EP:

Empresa Nacional Minera (ENAMI): Esta empresa creada mediante Decreto Ejecutivo No. 203, Registro Oficial No. 108 del 14 de Enero de 2010, tiene como objetivo gestionar los sectores estratégicos de los

recursos naturales no renovables en la actividad minera, para el correcto aprovechamiento de los minerales, respetando el sector ambiental y social, conforme a la legislación vigente.

El artículo doce (12) de la Ley de Minería establece que la Empresa Nacional Minera es una sociedad de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica y administrativa, con la finalidad de gestionar la actividad minera. La Empresa Nacional Minera es una entidad regulada por la ley de Empresas Públicas, la misma que deberá actuar con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

El objetivo de esta entidad es la de supervisar y apoyar que en el país se realice una minería responsable, sin poner en riesgo de la salud de las personas, sin que se contamine el medio ambiente y que las empresas compensen los impactos generados a la población vecina a las minas donde se han realizado las actividades. Además de tener el compromiso y la preocupación de estos temas antes mencionados la Empresa Nacional Minera debe controlar que se implemente el control de riesgos de accidentes, en los trabajadores que realicen actividades mineras.

La Empresa Nacional Minera, con la finalidad de cumplir su objetivo, podrá asociarse, constituir compañías mixtas o realizar en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales. El Estado ejecuta actividades mineras a través de la Empresa Nacional Minera y a través de las empresas constituidas por la misma entidad.

La Empresa Nacional Minera tiene un importante compromiso de gestión y desarrollo con las comunidades vecinas a las concesiones mineras, motivo por el cual esta entidad se encuentra en la obligación de promover y realizar proyectos de sostenibilidad e integración.

La Empresa Nacional Minera deberá tratar de que las comunidades asuman un rol activo, mediante modelos integrales de empoderamiento y aportes, con una nueva forma de participación de la empresa, la sociedad civil, el gobierno local y la comunidad, en beneficio del desarrollo sostenible humano.¹⁴

Es importante diferenciar el derecho de prioridad y el derecho preferente que tiene la Empresa Nacional Minera. El derecho preferente tiene para solicitar las concesiones de cualquier área minera libre o aquellas áreas mineras especiales, puede realizar el trámite directamente.

El derecho de prioridad o de primera opción es aquel que tiene sobre las concesiones de áreas cuyos derechos se hubieren extinguido por caducidad, extinción, nulidad o hayan sido restituidas al Estado.

El artículo veinte (20) del Reglamento General de la Ley de minería, establece que la Empresa Nacional Minera, tiene derecho preferente para solicitar al Ministerio Sectorial las concesiones que serán enunciadas a continuación:

- Cualquier área minera libre conforme a la certificación que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM),
- Tendrá derecho de primera opción para solicitar la concesión de áreas cuyos derechos se hubieren extinguido por caducidad, extinción, nulidad o hayan sido restituidas al Estado,
- Respecto de las áreas mineras especiales, durante los cuatro años siguientes desde el término de la vigencia de un área minera especial, tendrá un derecho preferente para solicitar concesiones mineras en dichas áreas.

¹⁴ Empresa Nacional Minera.

La Agencia de Regulación y Control Minero deberán enviar a la Empresa Nacional Minera toda la información geográfica, geodésica, geológica, técnica y la demás que estime pertinente de las áreas que sean susceptibles de remate o subasta pública, para que la ENAMI ejerza su derecho preferente. En el plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la notificación realizada por la ARCOM, la Empresa Nacional Minera deberá determinar el interés que tengas sobre la concesión; este plazo puede prorrogarse en el caso de fuerza mayor o caso fortuito debidamente justificado y admitido por el Ministerio Sectorial. De no hacerlo dentro del plazo determinado, el Ministerio Sectorial iniciará el proceso de subasta o remate según el caso.

1.3 CONCEPTO DE DERECHO REAL

El diccionario de Derecho Civil de Juan Larrea Holguín define el derecho real, como "... aquel que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona".¹⁵ Nos cita como ejemplo de derechos reales, el derecho de dominio, la herencia, los derechos de usufructo, uso y habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos, antes mencionados, nacen las acciones reales.

Torre Abelardo nos define el derecho real, como la facultad que tiene una persona de obtener una cosa, todas o un porcentaje de las cosas que son susceptibles de producir. Por ejemplo el derecho a la propiedad. "Los derechos reales, son los que se ejercen directamente sobre las cosas, vale decir, que importan una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de él."¹⁶

¹⁵ Larrea, J. (2006): Diccionario del Derecho Civil. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Pág. 105.

¹⁶ Torre, A. (1957): Introducción Al Derecho. Editorial Perrot. Buenos Aires.

Al analizar el derecho real, lo asimilamos al derecho objetivo, este derecho es la norma jurídica, el derecho es esencialmente, una norma coercible de convivencia.

Según el Código Civil Ecuatoriano el derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Los derechos reales se ejercitan de manera directa sin una intermediación subjetiva sobre la cosa sobre la cual se ejerce el derecho.

En el Manual de Derecho Civil Ecuatoriano del Dr. Luis Parraguez establece que el derecho real reconoce únicamente dos elementos:

1. Un elemento subjetivo: es la persona que detenta la potestad, el titular.
2. Un elemento objetivo: la cosa sobre cual el titular ejerce el derecho.

Una vez definido los derechos reales tenemos como ejemplo de los mismos el derecho real de dominio, el de la herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.

1.4 CONCEPTO DE DERECHO PERSONAL

El derecho personal son “los que pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado o el hijo contra el padre por alimentos”.¹⁷

La definición establecida en el libro de Introducción al Derecho de Abelardo Torre nos ilustra que los derechos personales son aquellos en los cuales, el acreedor no puede obtener por sí mismo el objeto de su derecho, debiendo para ello recurrir al sujeto pasivo. En los derechos personales se presenta una relación jurídica en la cual hay tres términos, el sujeto activo o acreedor, el

¹⁷ Larrea, J. (2006): Diccionario del Derecho Civil. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Pág. 105.

sujeto pasivo o deudor y el objeto del derecho creditorio, que consiste en una obligación de dar, hacer o no hacer.

El Código Civil Ecuatoriano define el derecho personal, como los que pueden reclamarse de ciertas personas.

El derecho personal se halla configurado por tres elementos constitutivos:

1. Un sujeto activo: el titular del derecho, el que tiene la facultad o potestad.
2. Un sujeto pasivo: es el deudor, es la persona obligada a cumplir la obligación a favor del deudor.
3. Un elemento objetivo: es el objeto de la prestación, dar, hacer o no hacer algo.

Entre el derecho real y derecho personal podemos encontrar diferencias sustanciales:

- El derecho real es absoluto, el derecho personal es relativo.
- El derecho real no hace surgir una obligación gravosa para los obligados, el derecho personal en cambio sí hace surgir esta obligación.

De lo expuesto, se puede colegir de forma inequívoca que el derecho minero, al ser representativo de la facultad otorgada por el Estado a una persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera para aprovechar recursos naturales no renovables de su propiedad inalienable e imprescriptible, versa sobre los minerales que, por definición, son una cosa o bien tangible y, en consecuencia, es un derecho real y no personal como equivocadamente se establece en la Ley de Minería vigente.

CAPITULO II

2 HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MINERO

2.1 HISTORIA DEL DERECHO MINERO

El descubrimiento de los metales para la elaboración de herramientas de trabajo marcó el nacimiento de la minería en el mundo, alrededor de 4.000 años A.C.

Inmediatamente de la Revolución Neolítica, revolución en la cual se da una transformación radical en la vida del ser humano, la utilización de los metales marca la historia y se da el ingreso, a la industria minera.

En el Ecuador la minería es considerada algo muy antiguo pero a la vez es algo muy nuevo, de lo cual se debe aprender más, para el buen desempeño de la minería.

La minería si bien tiene sus inicios en los pueblos originarios de la zona que hoy constituye el territorio nacional, la industria minera, comprendida como una forma de aprovechamiento económico de los recursos naturales no renovables, se inicia, en nuestro país, durante la conquista de los españoles. Los mismos que, con el apoyo de la monarquía española, organizaron un viaje de exploración que los condujo a la costa americana en 1492. Cristóbal Colón creía que había llegado al continente asiático, denominado por los europeos Indias y murió sin saber que había llegado a un continente desconocido por los europeos.

Al darse cuenta que las tierras del continente de América poseían abundante riqueza, en sus siguientes viajes uno de sus objetivos era aprovecharse del oro, la plata entre otras cosas que poseía América.

Descubierto el continente americano, rico en los metales preciosos que las potencias europeas necesitaban, las autoridades españolas se preocuparon de reglamentar la actividad extractiva en sus colonias, mediante diversas reales cédulas.¹⁸

Los conquistadores españoles tenían como sueño encontrar el famoso Dorado, esta expedición fue iniciada por Gonzalo Pizarro y la continuó Francisco de Orellana, quienes finalmente, no llegaron jamás a descubrir el Dorado.

En el transcurso de la búsqueda del Dorado, se descubrieron muchas minas de oro y plata, minas que probablemente ya fueron encontradas y explotadas con anterioridad por los Incas y grupos autóctonos anteriores. Estas minas, tanto ecuatorianas como de los otros países de Latinoamérica por muchos años llenaron las arcas de la Corona Española.

Alrededor de 1865 se prohibió la esclavitud, la explotación de las minas de oro y plata fue en decadencia y perdió la importancia que tenía. Debido a esto la revolución industrial no llegó a nuestras minas.

2.2 EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA DEL DERECHO MINERO

La evolución del derecho minero se enmarca en tres grandes periodos:

- a. **La Colonia:** En la época de la conquista española hasta el nacimiento de la Gran Colombia, las legislaciones existentes en ese entonces se encontraban comprendidas en las Reales Ordenanzas para la Nueva España, incluyendo la legislación minera; este era el ordenamiento jurídico que regía en las colonias españolas, teniendo como finalidad mantener la superioridad y garantizar la distribución de los recursos coloniales hacia España.

La explotación de materiales preciosos como el oro y la plata fueron uno de los principales motivos de consolidación del Imperio español, motivo

¹⁸ Ossa, J. (1992): Op. Cit. Pág. 21

por el cual se vio la necesidad de crear normas que garanticen y organicen el ordenamiento económico y social.

En esta época nace una figura denominada “la encomienda” que surgió como un sistema de compensación, mediante el cual el encomendero tenía derecho a recibir un tributo por el pueblo que se le haya sido asignado, a cambio de enseñarles lo establecido en los ordenamientos legales y religiosos y defender a las personas y a sus bienes.

En otras palabras, constituyeron una tributación a cambio de los beneficios de doctrina, justicia y defensa que el encomendero debía proporcionar. Este sistema dio origen a que se den abusos por parte de los encomenderos quienes explotaban a los indios y al negarse a realizar tareas que no les correspondía recibían fuertes testigos.

Debido a estos desequilibrios sociales que se estaban dando en ese momento era evidente que la producción no estaba siendo aprovechada en su totalidad.

Posteriormente a todos estos problemas las sociedades coloniales se fundamentaron en base de una economía minera destinada a fortalecer el capitalismo de la metrópoli. La juridicidad cumplía un papel fundamental en el desarrollo y vitalidad de las Colonias.

b. La Independencia: En la época de la Independencia en el Ecuador, aquellas personas que realizaban labores relacionados con la minería eran excusadas del servicio militar.

En esta época la minería adquirió tal importancia que dicen que el mismo libertador Simón Bolívar creó el “Reglamento sobre Minas.”

c. La República: En el año 1830 se crea la Ley de Fomento Minero, una ley enfocada a promover la actividad minera, incentivando a su vez la

actividad empresarial. Posteriormente la Ley de Fomento Minero de 1974, el Presidente era quien establecía las políticas en el ámbito minero.

La ley de Minería 06 fue promulgada en el año 1985 la cual estuvo vigente hasta el año 1991, vio la necesidad de sistematizar la actividad minera y el aprovechamiento de los recursos naturales especialmente los no renovables.

En 1991 se promulgo la ley de minería 126, al analizar todos los problemas de la ley de minería 06, y al ver el éxito de la minería en Chile se vio la necesidad de adoptar un sistema similar llamado concesión minera.

La ley de Minería vigente en la actualidad se concede los derechos mineros a través de las concesiones mineras las mismas que son consideradas bienes inmuebles pero a diferencia de las anteriores legislaciones son consideradas como un derecho personal.

La obra *El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y Caribe* explica que durante la República del Imperio los romanos tenían una concepción sobre los derechos mineros, los recursos minerales según su naturaleza y características, fueron concebidos y calificados como productos naturales, como frutos provenientes de la tierra, que podían ser extraídos, explotados y aprovechados para distintos fines. Los romanos establecieron desde un principio que la propiedad o el dominio sobre estos bienes, sea en donde estuvieren ubicados, su posición física en cuanto al valor cualitativo y la calificación de sus titulares, esto es, particulares, municipalidades o la Nación romana, por lo tanto se estipulaba que ningún particular podía apropiarse del suelo o subsuelo, era de propiedad del pueblo romano.¹⁹

¹⁹ Vildosola, F. *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Introducción XXVI, XXVII.

En América Latina se establece como sistema general, que el dominio de los recursos minerales, pertenecen al Estado, estos recursos son categorizados como atributos soberanos del Estado, a título inalienable, imprescriptible, y son administrados por la autoridad pública competente.

La autoridad competente en administrar estos recursos es la autorizada a otorgar y conceder derechos a los particulares para el desarrollo y beneficio de la actividad minera, a través del sistema de concesión.

“Es el Estado, por intermedio de sus organismos representantes de la Autoridad Minera, el que otorga y concede derechos mineros definidos y reglados en las respectivas leyes y reglamentos mineros, derechos que son denominados genéricamente concesiones, usualmente de exploración y explotación, representadas por títulos mineros, con modalidades adecuadas y funcionales a los objetivos y respectivas realidades mineras de cada país.”²⁰

2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO MINERO

El derecho minero se ejerce a través de un acto administrativo denominado “Concesión Minera”. Las concesiones mineras son otorgadas por el Estado a través del Ministerio Sectorial, luego de un proceso administrativo más o menos complicado, dependiendo de cada país. Merece una mención especial el caso chileno en el que los derechos mineros son otorgados, por disposición constitucional, mediante sentencia judicial.

Por lo general y, en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, el derecho que emana de las concesiones mineras es considerado un derecho real, inmueble y de duración limitada, que confiere al titular el derecho irrevocable a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar todos los minerales que obtengan dentro del área de concesión.

²⁰ Vildosola, F. Op. Cit. Pág. 189.

Los derechos emanados de las concesiones mineras, son derechos oponibles a terceros, esto significa que prevalecen estos derechos mineros ante cualquier persona natural, jurídica o autoridad, cuando eres titular del derecho minero en sí. De esto nace el amparo administrativo ya que el Estado tiene el deber de defenderme cuando impiden la realización de las actividades mineras.

La obra del Doctor Juan Luis Ossa Bulnes²¹, tratadista chileno de derecho minero, establece que las concesiones mineras que emanan los derechos mineros tienen como características:

- a. Son derechos reales, tanto por su naturaleza, es el derecho que se ejerce sobre una cosa por una respectiva persona, como por expresa disposición de la ley;
- b. Son derechos inmuebles, antes de la extracción de las sustancias minerales son inmuebles por naturaleza, sin perjuicio de que al extraerse pasan a ser muebles por naturaleza; y,
- c. Son transferibles por acto entre vivos, transmisibles por causa de muerte y susceptibles de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato.

El derecho minero es aquel que emana de la concesión minera y los demás actos administrativos contemplados en la Ley.

Según Julio Vildósola,²² tratadista chileno, el Estado en su calidad de administrador de las actividades mineras a través de las entidades competentes, entrega ciertas y determinadas facultades y atribuciones a terceras personas para ejecutar las actividades mineras mediante el conjunto de actos, basados en ciertos requisitos de fondo y de forma.

²¹ Ossa, J. (1992): Op. Cit. Pág. 54 y 55.

²² Vildosola, F. Op. Cit. Pág. 259.

A través de las concesiones mineras el Estado otorga a los particulares, por excepción, ciertos derechos y facultades para prospectar, explorar y explotar las sustancias minerales.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONCESIONES MINERAS EN EL ECUADOR

La Ley de Fomento Minero de 1974 promocionaba la actividad minera, a través del desarrollo científico, mecánico y con el objetivo de proteger la actividad empresarial. Además el Gobierno era el ente regulador de las actividades mineras.

La Ley de Fomento Minero, establecía que la política minera era determinada por el Presidente, el Estado ecuatoriano podía realizar actividades mineras directamente o a través de contratos, el Ministro de Recursos Naturales y Energéticos tenía la calidad de juez para dirimir las controversias suscitadas en torno al tema minero, lo que lo convertía en juez y parte. Además el mismo Ministro estaba encargado de ejecutar la política minera expedida por el Presidente de la República, lo que complicaba aún más su posición. Esta situación acarrea consigo una enorme inseguridad jurídica lo que determinó la ausencia casi total de inversiones en el sector minero del país.

Esto impulsó al Gobierno a promover una reforma total a la Ley de Fomento Minero, expidiéndose el 22 de agosto de 1985, el Decreto Ley 06 que puso en vigencia la Ley de Minería.

La Ley de Minería 06 estableció que el Estado era el responsable de promover la actividad minera facilitando y clarificando los procedimientos de otorgamiento de derechos mineros y garantizando una proporcionada producción ajustándose a la nueva tecnología y a la realidad nacional de ese entonces.

Se fortaleció la posición constitucional de que los yacimientos mineros son de dominio inalienable e imprescriptible del Estado, a pesar de ser áreas mineras pertenecientes al Estado, se podía ejercer el derecho sobre las minas de manera directa, a través de la suscripción de contratos el otorgamiento de permisos para la realización de las actividades mineras a personas naturales o jurídicas privadas, nacionales o extranjeras.

Esta Ley estableció la posibilidad de transferir los derechos mineros siempre y cuando el Directorio del Instituto Ecuatoriano de Minería INEMIM así lo autorizara, en tal virtud, no existía libertad de transferencia de estos derechos, mismos que no podían ser objeto de gravamen para garantizar créditos ni aun cuando estuvieren destinados a financiar las actividades mineras. Tampoco eran transmisibles por causa de muerte ni objeto de dación en pago, así como tampoco donación.

La Ley de Minería 126 publicada el 31 de mayo de 1991, esta ley se otorga concesiones mineras a través de las cuales el concesionario minero tiene el derecho de explorar y explotar los minerales, la concesión minera es considerada como un derecho real e inmueble para que la misma sea considerada como garantía del dominio del titular.

Actual Ley de Minería. Las concesiones mineras en el Ecuador se otorgan a través de trámite administrativo, es de naturaleza administrativa, está regulada por la Ley de Minería y sus demás reglamentos.

En el artículo trescientos diez y seis (316) de la Constitución de la República se estipula que el Estado podrá de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

En la ley de minería, en el artículo treinta y uno (31), que se refiere al otorgamiento de concesiones mineras, dice que el Estado otorgará

excepcionalmente concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, publicas, mixtas...

De otro lado, el Registro Minero es el sistema de información y de inscripción de títulos, autorizaciones, contratos mineros o cualquier decisión tomada en el ámbito minero, es una base de datos pública para obtener información en general de las concesiones o datos relacionados a la minería.

En la base de datos que nos brinda el catastro minero acerca de las concesiones otorgadas, nos da un número de mil cuatrocientos setenta y seis concesiones mineras vigentes en el Ecuador, cuyos títulos mineros al amparo de lo establecido en la transitoria primera de la Ley de Minería establece que: Los titulares de concesiones mineras que mantuvieron sus concesiones mineras en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 6, mantendrán sus derechos mineros y podrán reiniciar sus actividades. En el plazo de 120 días, a partir de la vigencia de los reglamentos respectivos deberán haber regularizado y armonizado sus procedimientos a la presente normativa. En el caso de los propietarios de plantas de beneficios actualmente en operación, tendrán que adecuarse a la presente normativa en el plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley.

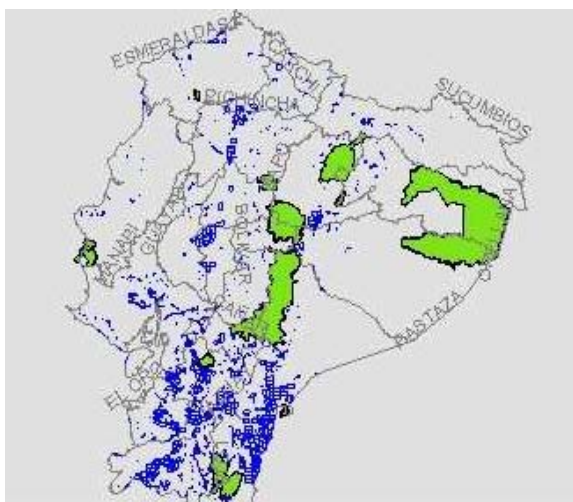
El incumplimiento de esta disposición determinará la extinción del título minero y por lo tanto la caducidad de la concesión minera o del permiso de operación de una planta de beneficio otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente ley. Las mismas que sus títulos fueron sustituidos.

Al tener este número bastante alto de concesiones en todo el país, de qué tipo de exclusividad o excepcionalidad se refiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Minería. Vemos que no existe excepcionalidad específica ya que cualquier persona siguiendo el procedimiento establecido en la legislación vigente, puede ser titular de una concesión minera. Parecería

entonces que la excepcionalidad es general y se encontraría dispuesta en la Ley de Minería vigente, particularmente en lo establecido en el artículo 6 y en el literal j) del artículo 7 del cuerpo legal antes citado.

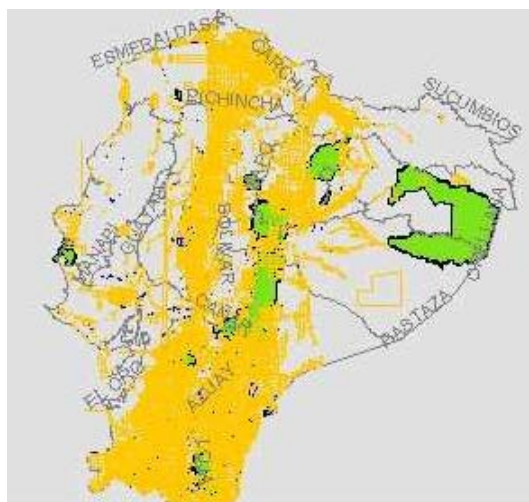
En la gráfica que se encuentra a continuación, podemos mirar cómo ha evolucionado el catastro minero nacional entre diciembre del 2008, previa la aplicación del Mandato Constituyente 06 expedido en febrero del 2008 (concesiones mineras graficadas en color amarillo), y la situación del catastro minero nacional a agosto del 2011 (concesiones mineras graficadas en color azul).

Gráfico 2.1 Concesiones de Agosto 2011



Fuente: ARCOM – SADMIN

Gráfico 2.2 Concesiones de Diciembre 2008



Fuente: ARCOM - SADMIN

Podemos apreciar con absoluta claridad, la disminución del número de concesiones mineras (fueron revertidas al Estado más de 4.000 concesiones mineras), aún cuando permanecen vigentes alrededor de un mil trescientas (1300) concesiones mineras a nivel nacional.

Un suceso importante que tuvo influencia en el tema antes mencionado fue el Mandato Minero No. 6, el mismo que entro en vigencia el diez y ocho (18) de abril del dos mil ocho (2008).

Antes del Mandato Constituyente número 06 conocido como “Mandato Minero” existían cuatro mil trescientos cuarenta y un (4341) concesiones mineras, después del mandato constituyente fueron archivadas por otras causales, seiscientos setenta y seis (676) de oficio, doscientos cuarenta y cuatro (244) por incumplimiento, seis (6) por invalidez del título, cuatro (4) nulidad del título, veinte y dos (22) por renuncia, cuatro (4) por cumplimiento del plazo otorgado, dando un total de novecientos cincuenta y seis (956) concesiones, dando un total después de estos sucesos de dos mil cincuenta y uno (2051) concesiones vigentes.

Aquel mandato en sus artículos declara la extinción sin compensación económica alguna, de las concesiones mineras que incurran en cualquiera de las “Nuevas Causales de Extinción de Derechos” que estableció dicho mandato:

1. No hayan realizado ningún tipo de inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de diciembre de 2007;
2. No hayan cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley de Minería;
3. Las concesiones que hayan sido otorgadas en áreas protegidas,
4. Las concesiones mineras que hayan sido otorgadas a favor de funcionarios o ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables o a sus parientes,

Entre otras disposiciones establecidas en este mandato, causando una disminución notable de concesiones mineras en el Ecuador.

En el Mandato Minero se dispuso que, lo que norma cada artículo del mismo, no son susceptibles de quejas, impugnaciones, acción de amparo, demanda, reclamo, recurso o cualquier acción administrativa o judicial.

Este mandato ha causado una gran inseguridad jurídica a los concesionarios mineros y a los futuros inversionistas, ya que no te brinda ningún tipo de seguridad. No es concebible, que a través de un mandato, se suspenda o se niegue el derecho que se le ha sido legalmente otorgado, al haber cumplido los requisitos establecidos en la ley, sin reconozcan ninguna tipo de indemnización económica por la inversión realizada por los concesionarios mineros.

Después de este suceso importante la actividad minera en el país se redujo, ahuyentando la inversión y permitiendo caer los proyectos futuros de minería que se encontraban en camino, ya que el Ecuador como país no prometía algo positivo.

CAPITULO III

3 ANÁLISIS DE LA CONCESIÓN MINERA Y SU COMPARACIÓN CON LEGISLACIONES EXTRANJERAS

3.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN MINERA EN EL DERECHO ECUATORIANO

En la Ley de Minería 126 de 1991, en el artículo siete (7) se estipulaba lo siguiente: “Concesiones mineras. La concesión minera es un **derecho real e inmueble**, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra en que se encuentra aunque ambas pertenezcan a una misma persona. El derecho real que emana de la concesión minera es oponible a terceros, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato, excepto el de constitución de patrimonio familiar.

Se consideran inmuebles accesorios a la concesión las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados permanentemente a su operación.

La concesión minera es susceptible de división material o acumulación, dentro del límite de una hectárea minera mínima y 5.000 hectáreas mineras máximas, por concesión”.

En contraposición a lo que contemplaba la anterior ley, la Ley de Minería vigente, en su artículo treinta (30) considera las concesiones mineras como un derecho personal, “Art. 30: Concesiones mineras. El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones.

La concesión minera, conforme a la Ley de Minería promulgada en el 2009, es un **acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular**

tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general”.²³

Vale recordar, en este punto, que los derechos reales son aquellos que recaen sobre una cosa a diferencia de los derechos personales, que es el vínculo jurídico que existe entre personas. Si, en el derecho minero las reservas minerales pueden constituirse en garantía para avalizar créditos destinados al desarrollo minero conforme lo establece la propia Ley de Minería, solamente sería jurídicamente posible si nos encontrásemos frente a derechos reales; los derechos personales no pueden legalmente constituirse en garantía de obligaciones. Entonces, como constituyo garantía sobre una concesión si la Ley, en una evidente contradicción, determina que la concesión minera es un derecho personal. Igual contradicción se verifica cuando la Ley de Minería prevé la posibilidad de ceder y transferir una concesión minera, es decir un derecho personal, intrínseco a cada persona, a un tercero.

3.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN MINERA EN EL DERECHO LATINOAMERICANO REAL E INMUEBLE

Las concesiones mineras en la gran mayoría de los países latinoamericanos son considerados un derecho real e inmueble a diferencia del Ecuador, legislación en la cual habla que las concesiones mineras es un derecho personal. A continuación analizaremos algunas legislaciones vigentes de países pertenecientes a América Latina en donde existe minería.

En la Legislación Chilena, estipula que: “La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona;

²³ Ley de Minería Ecuador 2009.

transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código. La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia. Cada vez que este Código se refiere a la o las concesiones, se entiende que comprende ambas especies de concesiones mineras”.²⁴

Por su parte, la legislación peruana en el artículo 17 de su Código de Minería, establece igualmente que las concesiones mineras son derechos reales; “la concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley exige para mantener su vigencia”.

A diferencia de estas legislaciones latinoamericanas y de otras como las de Argentina, Colombia, Uruguay y Paraguay, el Ecuador en el artículo treinta (30) de la Ley de Minería establece que la concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero sobre el cual el titular tiene un derecho personal....

El hecho de que las concesiones mineras sean consideradas como un derecho real, conlleva la autorización que el Estado confiere al concesionario minero para explorar y explotar las sustancias minerales que pertenecen a su dominio inalienable e imprescriptible. Sobre esta base el concesionario minero adquiere el derecho exclusivo de explorar y explotar la mina, es decir, que este derecho es indistinto y ajeno a la persona que los ostenta. Y es inmueble, por darle la solemnidad jurídica propia de los actos y contratos relacionados con los bienes inmuebles.

²⁴ Artículo 2, Código Minero Chileno.

Vale recalcar que la mina, el yacimiento en sí, es un bien inmueble, distinto e independiente del derecho que pueda tener el propietario de la superficie, aunque ambos pertenezcan a la misma persona.

El Estado otorga la concesión para realizar actividades mineras, permitiendo, a su vez, el aprovechamiento de los minerales extraídos, pero supeditado al cumplimiento de las disposiciones del artículo cuatrocientos ocho (408) de la Constitución de la República que ya ha sido mencionado anteriormente.

La legislación ecuatoriana causa confusión ya que al establecer que la naturaleza jurídica de la concesión minera es de un derecho personal, de carácter subjetivo, como puede determinar que estos derechos emanados de la concesión minera son susceptibles de ser transferidos, si los derechos personales son innatos a la persona, son intransferibles, son imprescriptibles.

3.3 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN MINERA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN (QUI DOMINUS EST SOLI, DOMINUS EST USQUE AD COELUM ET USQUE AD ÍNFEROS)

En cuanto se refiere al derecho de otorgamiento de las concesiones mineras, del “common law”, este derecho aplica en el concepto de: “el que llega primero, tiene derecho preferente sobre los que llegan después”, (*first come, first served*).²⁵

La Ley de Minería 126, se basaba en el principio *first come, first served*, la persona que descubría el yacimiento tenía derecho preferente sobre el mismo.

En la actual legislación minera esto cambia, ya que el derecho preferente lo tiene la Empresa Nacional Minera, es a esta entidad a la que consultan primero si no tiene interés sobre el yacimiento. Y en lo que respecta al trámite de subasta y remate no otorgan prioridad a la persona propietaria de la superficie

²⁵ Observatorio petrolero. El derecho minero en los Estados Unidos. URL: www.observatoriopetrolero.blogspot.com. Publicado el 5 de febrero de 2010.

o quien descubrió el yacimiento sino se sigue un proceso dándole la primera opción a la ENAMI.

Por otro lado a lo que se refiere a la propiedad de los recursos a diferencia de nuestro país en que los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado, el derecho anglosajón en el cual se concibe el principio de accesión, el cual significa que el dueño de la propiedad del suelo, es propietario también del subsuelo y todo lo que se encuentre en él.

“En el derecho común estadounidense se usa la expresión” el dueño del suelo lo es también del cielo y del infierno”, jurídicamente garantizando al propietario del suelo los derechos exclusivos de todo cuanto se encuentre en el subsuelo”.²⁶ Dueño de los minerales y recursos naturales en general que se encuentran bajo el suelo de su propiedad.

Este es el principio general en el derecho anglosajón el cual establecía que el propietario de la tierra, se poseía y se apropiaba de todo lo que manaba o se encontraba en el suelo y en el subsuelo.

Las legislaciones estadounidenses establecieron que cualquier ciudadano estadounidense sea persona natural o jurídica estaban en la libertad de ocupar, explorar y explotar las sustancias mineras encontradas en sus propiedades ya que estos eran los dueños exclusivos de la tierra y de todo lo que encontraban en ella.

A pesar de la cantidad de Estados y de sus diferencias, todos aplicaban el *common law*. Los derechos que los particulares podían adquirir o ejercer sobre las minas dependían exclusivamente del derecho privado o civil, del *common law*, no de un derecho público especial, porque la mina no era sino una dependencia o accesoria de la tierra, que comprende no solo la superficie sino cualquier cosa adherida a ella.²⁷

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Cuando los Estados Unidos era propietario del terreno, “*land*”, es el dueño de los minerales ubicados en aquellos, este principio se aplica también a los particulares, los dueños del suelo (*private land*), pasan a ser dueños de las sustancias minerales encontradas en sus territorios, pero se les establece limitaciones a lo que respecta la ejecución de las actividades mineras con el propósito de proteger el medio ambiente.

En Inglaterra tienen como principio básico el minero fundiario, consiste en atribuir el dominio de los recursos minerales, situados en la superficie y en el subsuelo al propietario del terreno donde se encuentra la mina.

La obra de Julio Vildósola Fuenzalida, El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe, establece que el sistema general global en Inglaterra, consiste en que el dominio de las sustancia metálica y no metálica, que no se encontraran en propiedades de Inglaterra Gales, y, a excepción del oro y la plata, ya que estas sustancias minerales pertenecían a la Corona inglesa, se atribuía al titular, al propietario de los terrenos superficiales, según las formalidades y condiciones establecidas en el marco jurídico-legal de *tenure* y *estates*.

“Los citados “*Tenure*” y “*Estates*”, fueron la piedra angular y el marco jurídico económico legal, dentro del cual se instrumentaba y desarrollaba la actividad minera privada, originando diversos títulos y estructurando la densa red piramidal de los derechos mineros de los particulares ingleses para desarrollar la actividad en cuestión, sea explorando o explotando directamente de las minas en si referidas calidades de *tenant*, *landlords*, *landowners*, o bien como *owner mining*”.²⁸

Los principales Tenures-Estates utilizados en la minería de Inglaterra fueron:

²⁸ Vildosola, F. El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe. Página 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24.

- a) Freehold lands: Son tierras de propiedad privada, de libre disposición del dueño para todos los efectos mineros.

- b) Copyhold Lands: Son tierras obtenidas a título condicional, derivadas de un convenio, de la voluntad del propietario de la tierra o por una obligación establecida por la ley.

CAPITULO IV

4 ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE FINANCIAMIENTO PARA LA EXPLORACIÓN EN EL SECTOR MINERO

4.1 LA FASE DE EXPLORACIÓN Y EL RIESGO ECONÓMICO

La minería es un negocio de altísimo riesgo, de acuerdo a estadísticas internacionales, cada mil proyectos que se investigan uno, llega a ser una mina, motivo por el cual, para las empresas que se dedican a la exploración minera, la posibilidad de conseguir dinero a través de créditos de entidades financieras es muy limitada, entonces, para financiar los proyectos de inversión para la búsqueda de yacimientos minerales tienen como única alternativa de abrir sus capitales es a través de la oferta pública de sus acciones, en las bolsas de valores internacionales, en especial en la Bolsa de Valores de Toronto, Canadá, especializada en asuntos mineros.

4.2 LOS FONDOS A PÉRDIDA DESTINADOS POR LAS GRANDES COMPAÑÍAS MINERAS EN PRODUCCIÓN, PARA EL INCREMENTO DE SUS RESERVAS MINERALES

Las compañías mineras internacionales que se encuentran en la fase de explotación y, consecuentemente, reciben ingresos producto de la venta del mineral que extraen, destinan importantes cantidades (entre el 5% y el 10%) de sus utilidades líquidas para la exploración de nuevas propiedades mineras alrededor del mundo. Estos recursos son considerados, de antemano, como fondos a pérdida, debido a la poca probabilidad de encontrar nuevas reservas explotables.

Empresas mineras de gran envergadura, conocidas en el mundo minero como “*Majors*”, destinan ingentes recursos con el propósito de incrementar sus

reservas minerales. Empresas como KINROSS, NEWMONT, BARRICK, GOLDFIELDS, RÍO TINTO, ANGLO AMERICAN, sólo por poner algunos ejemplos, destinan anualmente varios billones de dólares en la búsqueda de nuevos yacimientos explotables, sin perjuicio de captar también importantes recursos a través de la oferta pública de sus acciones.

La empresa Kinross en lo que respecta al año 2011, ha tenido un gasto con de exploración y capitalización, de alrededor de USD 175 millones.²⁹

Esta empresa tiene una concesión minera en el Ecuador llamada la Zarza, la cual se encuentra ubicada en el sureste del país. La fase de exploración de esta zona se dio en el 2001 y en el 2006 se descubre el proyecto Fruta del Norte, la cual en la actualidad se encuentra en exploración avanzada y Kinross, hasta el año 2010, ha realizado una inversión de USD100 millones. Kinross estima una inversión de USD1.100 millones de dólares para el desarrollo del proyecto Fruta del Norte, proyectada para un período de cinco años a partir de 2011, un proyecto que será de gran importancia para la economía del Ecuador.

4.3 EL FINANCIAMIENTO A TRAVÉS DE LA CAPITALIZACIÓN PÚBLICA EN LAS BOLSAS DE VALORES INTERNACIONALES

Como lo hemos manifestado anteriormente, la única alternativa para que las empresas puedan obtener recursos para sus programas exploratorios es a través de la apertura y colocación de sus acciones a través de la oferta pública, en las bolsas de valores internacionales, sin embargo, la emisión de acciones para oferta pública, está regulada por la legislación del mercado de valores del país de domicilio de la bolsa de valores en la que se coloquen las acciones a oferta pública y autorizada por el organismo competente del país en que se encuentre el domicilio de la empresa emisora.

La Ley de Mercado de Valores del Ecuador y su reglamento establecen, sobre esta temática, lo siguiente:

²⁹ Kinross Gold Corporation. (2011): URL: www.kinross.com.

La oferta pública es la propuesta dirigida al público o a sectores específicos, según las normas y reglas dictadas por el Consejo Nacional de Valores, con el fin de negociar los valores en el mercado.

En la oferta pública se emite obligaciones, las cuales son valores, se asemejan a pagares, y tienen como características: la renta fija, el inversor sabe cuánto va a ganar, y la renta variable, (acciones) en la cual no se sabe cuánto se va a ganar.

Proceso de emisión de obligaciones:

- a. Necesidad de capital de la empresa.
- b. La emisión de obligaciones se garantiza con los activos de la empresa.
- c. Estructuración financiera.
- d. Acta de Junta General, mediante la cual se aprueba la emisión de obligaciones.
- e. El prospecto, calificación de riesgos, contrato de emisión de obligaciones, representante de los obligacionistas.
- f. La Superintendencia de Compañías debe revisar el prospecto, calificación de riesgo, el contrato de obligaciones y el representante de las obligaciones, y si está conforme con la información presentada, aprueba en su resolución. Posteriormente se ordena la inscripción de estos valores en el Registro de Mercado de Valores y en el Registro de la Bolsa de Valores.
- g. Como último paso se negocian estas obligaciones en las bolsas de valores.

El artículo doce (12) de la Ley de Mercado de Valores establece los siguientes requisitos para poder efectuar una oferta pública en el mercado:

1. Tener la calificación de riesgos, proceso mediante el cual se analiza la situación económica de la persona natural o jurídica y sus respectivos antecedentes en el sistema financiero. Opinión técnica sobre la solvencia del emisor.
2. Inscribirse en el Registro del Mercado de valores.
3. Circular el prospecto o la oferta pública, la cual debe aprobar la superintendencia de compañías. El prospecto es la carta de presentación del emisor y de los valores o acciones a vender.³⁰

En concepto, la Oferta Pública de Acciones (OPA) es una operación que se realiza en el mercado de valores a través de la que una se pone a disposición del público los títulos de acciones emitidos de una compañía que cotiza en bolsa. Con el dinero recaudado de la venta de estas acciones, las empresas mineras de exploración ejecutan sus actividades de búsqueda del yacimientos minerales y, en caso de obtener resultados favorables, son puestos en conocimiento del público en general y, especialmente de los tenedores de sus acciones, a fin de que mejores los precios de los mencionados títulos valor, para beneficio de los inversionistas.

Si bien es cierto que en cada país, en cada bolsa de valores, difieren las normas y regulaciones que rigen la emisión de acciones y la oferta pública, todas, sin excepción, coinciden en la necesidad de que la emisión responda a la existencia de activos que la soporten.

Es fácil establecer que el único activo que posee una empresa minera de exploración es la concesión minera y su recurso que sirven de respaldo para la

³⁰ Ley de Mercado de Valores.

emisión de acciones para la oferta pública, en prácticamente todos los países del mundo, Sin embargo, en el Ecuador, al haber establecido la naturaleza jurídica del derecho minero como un derecho personal, no permite registrar a la concesión minera como activo de la empresa y, consecuentemente, los órganos de supervisión y control competentes no autorizan la emisión de las acciones, eliminando, de esta forma, la única posibilidad que tienen estas empresas de financiar sus actividades exploratorias.

En estas condiciones y, con esta malhadada calificación que la Ley de minería hace del derecho minero al otorgarle la característica de derecho “subjetivo” lo que ha logrado es impedir que las empresas de exploración destinen sus recursos al Ecuador, lo cual se evidencia al comparar los montos de inversión para el sector minero recibidos por nuestro país frente aquellos que han recibido países vecinos como Perú y Colombia.

Según la revista LATINOMINERIA, especializada en el sector minero latinoamericana, en su edición de marzo del 2011, establecía: “Latinoamérica se consolidó en 2010 como la principal región en atraer recursos de exploración, acaparando el 27% del presupuesto internacional. Así lo destaca el último Informe Tendencias de Exploración Mundial del Metals Economics Group (MEG), presentado en el marco de la convención internacional PDAC.

América Latina se ha mantenido encabezando el ranking por regiones desde 1994, dando cuenta con ello del atractivo de esta zona para la industria minera internacional.

Además, México, Perú, Chile, Brasil y Argentina se ubicaron dentro de los diez principales destinos, cuadro de honor que nuevamente fue encabezado por Canadá.

Otro dato a destacar del informe es el fuerte repunte que experimentó la inversión exploratoria el pasado año. El documento señala que “como

respuesta al aumento de los precios de metales y a una mayor estabilidad en los mercados, la mayoría de las empresas mineras aumentaron sus presupuestos de exploración en 2010”.

Es así como la cifra registrada para inversión minera de metales no ferrosos ascendió a USD11.200 millones, la cual se eleva a más de USD12.100 millones si se considera también las asignaciones para la búsqueda de uranio. De esta forma, “la industria recuperó casi dos tercios de los USD5.500 millones en exploración que fueron eliminados en 2009, como respuesta a la crisis financiera mundial”, se afirma en el informe. Asimismo, se hace hincapié en la velocidad y la fuerza de la recuperación: “fueron una sorpresa bienvenida por muchos, dada la gravedad de la situación (en 2009) y los pronósticos generalizados de una recesión profunda y prolongada”.³¹

A nivel mundial, en tanto, los fundamentos económicos globales mantuvieron el foco sobre el oro. El gasto planificado en el metal amarillo aumentó a US\$5.400 millones en 2010; “la primera vez desde 1999 –se subraya en el informe- que el oro representa más de la mitad (51%) del total de la inversión en exploración, y el total de dólares más alto en lo que se tiene registro”.

Diez países representaron dos tercios del total de los presupuestos de exploración por oro: Canadá, Australia, Estados Unidos, México, Rusia, China, Perú, Colombia, Brasil y Chile.

En el caso de los metales base, la inversión también evidenció un importante repunte, pero sin exceder el máximo de más de US\$5.000 millones logrado en 2008.

³¹ Revista LATINOMINERIA.

América Latina

Es así como en 2010 el gasto en exploración planificada aumentó en todas las regiones del mundo, e incluso en el caso de Asia Pacífico/Sudeste, superó el récord anterior de 2008.

Si bien América Latina recibió la mayor parte del gasto mundial, los recursos se concentraron en los países antes mencionados: México, Perú, Chile, Brasil y Argentina. “Sólo el 17% de exploración planificada de 2010 en América Latina ocurrió fuera de las fronteras de estos cinco países”, advierte el análisis del MEG.

Perú, que en la anterior entrega detentaba el tercer puesto mundial, retrocedió a la quinta posición, siendo superado por México, que se situó en el cuarto lugar. Chile avanzó del séptimo al sexto puesto; Brasil quedó noveno, mientras que Argentina volvió a ubicarse dentro de los top ten, reemplazando en esa ubicación a Sudáfrica.

En la región la exploración por metales base (cobre, níquel y zinc) superó al oro en Perú, Chile y Brasil, mientras que los recursos destinados al metal dorado encabezaron la actividad en México y Argentina.

Como porcentaje de la actividad de exploración global, los metales base representaron el 33%. “América Latina consistentemente representa la mayor parte de los presupuestos de exploración por metales base de todo el mundo, llegando a un 33% en 2010, la participación regional más grande desde 2003”, detalla el documento.

En otro plano, el gasto previsto para todas las etapas de exploración aumentó en 2010. Sin embargo, continúa la tendencia reciente de un mayor énfasis en la exploración avanzada, representando alrededor del 42% del total mundial en el pasado ejercicio.

Los presupuestos básicos mantuvieron su participación en el total general, con poco menos de 33%.

Los presupuestos de exploración en zonas cercanas a los yacimientos, si bien aumentaron modestamente en monto, disminuyeron su participación en el total mundial a 25%.

La Empresa Nacional Minera tiene previsto invertir 30 millones de dólares en estudios exploratorios de proyectos mineros.

Al Estado le interesan cinco proyectos no metálicos, entre ellos de cemento, arenas silíceas y productos fosfáticos y dos metálicos (cobre y arenas ferrosas).³²

El Ecuador registró inversiones extranjeras directas por montos menores al uno por ciento (1%) del total de la inversión en exploración minera destinada a América Latina.

Proyecciones

De cara al futuro, el informe del MEG sostiene que las economías emergentes y en desarrollo, “hambrientas por recursos y que son el motor central del gasto en exploración”, previsiblemente continuarán liderando el crecimiento del PIB global y la demanda de metales en los próximos años.

En lo que respecta a la oferta, el análisis considera que muchas de las limitaciones que enfrentó la industria antes del declive de 2008 siguen en vigor: falta de exploración y desarrollo de minas en el decenio de 1990 y principios de 2000, así como la disminución de leyes de cabeza, escasez de energía, algunas acciones de la industria, interrupciones generadas por gobiernos y ONG que han restringido aumentos significativos de producción en la mayoría de los metales.

³² Banco Central del Ecuador. (2011): Minería Estatal. URL: www.bce.fin.ec.

Basándose en lo anterior, la mayoría de los analistas coinciden en que los precios de los metales –motor de los gastos en exploración– seguirán siendo fuertes o continuarán aumentando en 2011. Por ello, “esperamos que el costo de exploración siga al alza en 2011, en la medida que el aumento de la actividad conduce a una mayor competencia por servicios y al aumento de los costos de otros insumos. Como resultado anticipamos un aumento saludable en el gasto total de exploración relativo a 2010, llegando a establecer un nuevo hito para los gastos de exploración por no-ferrosos en todo el mundo”, concluye el estudio.

Los cálculos del MEG para exploración en 2010 se basan en información recogida en más de 3.200 empresas mineras y de exploración en todo el mundo”.³³

Podemos apreciar como el interés de invertir en la exploración minera de alto riesgo existe y se focaliza hacia nuestra región, sin embargo, debido a la serie de incongruencias en la política minera del país reflejadas en la nueva Ley de Minería, nos impiden acceder a estos recursos.

Las empresas anuncian importantes inversiones en países como Perú y Chile, como lo podemos validar con notas de prensa como las que copia a continuación:

La minera con sede en Toronto Barrick Gold (Nyse: ABX) tiene un presupuesto para exploración de US\$12,5mn para Sudamérica este año, dijo a BNAmericas su vicepresidente de exploración, Alex Davidson.

El presupuesto para Sudamérica se desembolsará en Perú, Chile y Argentina, tres de los seis objetivos de exploración de Barrick en el mundo, indicó Davidson. Además, Barrick está concentrando sus esfuerzos exploratorios en EE.UU., Tanzania y Australia.

³³ Revista LATINOMINERIA, No. 70, Abril, 2011

A escala regional, Perú recibirá US\$8mn; Chile, unos US\$2,5mn; y Argentina, US\$2mn, informó.³⁴

“Xstrata incrementará en 2011 el gasto en nuevas minas en cerca de un 50%, a 6.800 millones de dólares, siguiendo enfocado en el crecimiento orgánico más que en las adquisiciones.

El gasto total en nuevas operaciones de minería debería de alcanzar los 23.000 millones de dólares en los próximos 6 años.

Liam Fitzpatrick, analista de Credit Suisse, dijo: “La gran cifra de gasto de capital podría preocupar a algunos inversores. No obstante, la vemos como fácilmente financiada por el grupo. Consideramos que este enfoque de Xstrata, más ágil y agresivo para el crecimiento, le dará mayores volúmenes que los de sus pares en los próximos 5 años.”

Xstrata había reducido la deuda neta a 8.400 millones de dólares a finales de junio 2010 desde los 13.100 millones de dólares de finales del año 2009.

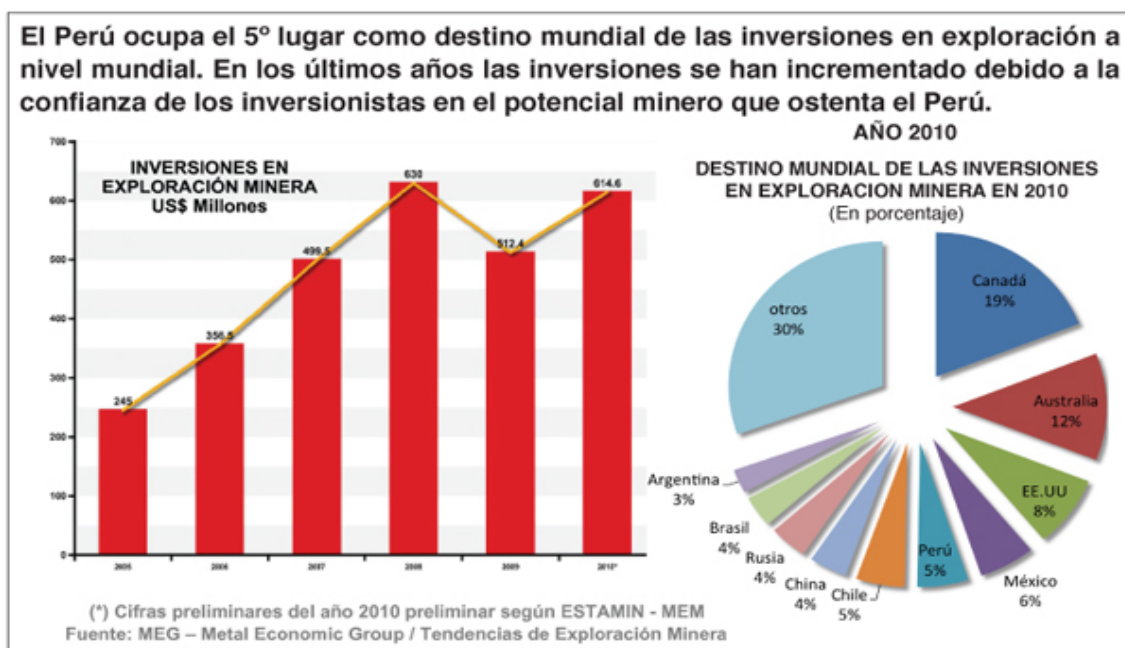
En sus primeros años, Xstrata se desarrolló rápidamente mediante una serie de compras, pero el año 2009 modificó su enfoque para ampliar las operaciones existentes y construir nuevos proyectos.”³⁵

En la siguiente gráfica podemos verificar los montos de inversión para la exploración minera que recibió nuestro vecino del sur, mientras el Ecuador, en el mismo año 2010, no alcanzó ni a los 100 millones de dólares de los Estados Unidos de América de inversión total para el sector minero.

³⁴ Business News Americas. Publicada: Lunes 01, Marzo 2004 19:18 (GMT -0400)

³⁵ Revista Digital “Minería y Minas de Oro. Publicación de 9 de agosto del 2011.

Gráfico 4.1 Cuadro de Inversiones



Fuente: MEG-Metal Economic Group-Tendencias de Exploración Minera

De igual forma, podemos ver en la gráfica siguiente los destinos de las inversiones de exploración entre los años 2009 y 2010, donde el Ecuador ni siquiera consta dentro de los países calificados como “blanco de inversión” en minería.

RANKING INVERSIÓN 2009-2010 (En millones de US\$)

Nº	PAÍS	2009	2010
1.	Canadá	1.172	2.299
2.	Australia	951	1.452
3.	EE.UU.	439	968
4.	México	366	726
5.	PERÚ	512	614
6.	Chile	366	600
7.	China	292	490
8.	Rusia	366	484
9.	Brasil	219	363
10.	Argentina	s.d.	360
11.	Otros países	2635	4.477

Fuente: MEG-Metal Economic Group-Tendencias de Exploración Minera

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con el análisis realizado, se ha llegado a la siguiente a concluir que en la Ley de Minería, se ha cometido un gravísimo error de concepto, que conlleva a dejar sin piso la contratación minera en nuestro país. Este error consiste de que en la legislación vigente de minería, en el artículo treinta (30), se ha establecido que el derecho de los concesionarios mineros, es un derecho personal y no real.

Esta concepción nulita cualquier contrato minero, en el cual, se establezca que el concesionario minero pueda preñar, hipotecar, transferir a terceros, el derecho legalmente concedido por el Estado en razón de que los derechos personales no son susceptibles de convertirse en garantía como los tienen los derechos reales.

Este gravísimo error convierte en ilegítima cualquier garantía que el concesionario minero quiere constituir, teniendo como objeto la misma mina descubierta.

Al no tener una base legal y jurídica clara, las garantías que quieran constituir los concesionarios mineros en las bolsas de valores internacionales, serían rechazadas al existir este grave error de concepto, dejando sin base jurídica dichas garantías.

Por lo general, el financiamiento minero se lo realiza a través de las bolsas internacionales, las mismas que exigen, como aval del financiamiento, la información geológica y mineras obtenida en el proceso de exploración, debida y técnicamente avalada por los peritos y auditores de las entidades bursátiles. Es decir, que se requiere que las reservas constituyan un bien patrimonial de la empresa.

Al no poder jurídicamente constituir una garantía real sobre esta mina, por el error cometido en la redacción de la Ley de Minería por parte de la Asamblea Nacional sería imposible constituir esta garantía real y por lo tanto el financiamiento por parte de las bolsas de valores internacionales sería imposibles de realizarse. Al no hacer contar las reservas como parte de los activos de la empresa no existiría ningún respaldo del inversionista para recuperar su inversión, provocando una disminución notable de la actividad ya que las personas naturales o jurídicas no.

Por tal razón la inversión extranjera debidamente asesorada, no tendrá interés de invertir en el Ecuador, hasta que se cambie y se rectifique este monumental error conceptual cometido por los “carpinteros legales de nuestro país”.

Es recomendable que la Asamblea Nacional expida una reforma a la ley de minería y norme nuevamente, como la legislación anterior, a la concesión minera como un derecho real e inmueble, para que sea susceptible de garantía. De esta manera las empresas dedicadas a ejercer la actividad minera, tendrán mayor seguridad jurídica para invertir en el país, y de esta manera la minería se vaya desarrollando y obtener beneficios económicos de la misma, ya que la minería se considera que será el principal recurso económico del Ecuador.

Es importante recalcar que la minería es considerada una actividad de gran potencia, es una actividad económica que capta gran inversión por parte de la mayoría de los países, así que a mas de tener una Ley de minería que brinde al inversionista seguridad jurídica debe implementa tecnología que favorezca el desarrollo de nuestro potencial minero, con una adecuada protección al medio ambiente, realizando una actividad minera responsable.

En el artículo treinta y uno (31) de la ley de Minería, el cual se refiere al otorgamiento de las concesiones mineras, establece que el titular minero tiene 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.

Sin embargo del derecho a explotar y hasta comercializar los minerales de la concesión de forma contradictoria y desconociendo el derecho ya otorgado mediante la concesión, en el artículo cuarenta y uno (41) de la Ley de Minería, estipula que el titular minero no podrá realizar labores de explotación sin haberse suscrito previamente el contrato de explotación minera.

Si uno de los artículos antes mencionados otorga al concesionario minero el derecho a explotar, el otro artículo establece que si no se suscribe previamente un contrato de explotación minera no podrá realizarse labores de explotación, no solo se crea confusión sino inseguridad.

Es recomendable que se otorgue concesiones mineras o se firmen contratos, regulando en uno solo todo con respecto a las fases mineras, derechos y obligaciones de las partes, beneficios económicos, entre otros factores importantes del desarrollo de la actividad.

Para darle mayor viabilidad al desarrollo del sector minero ecuatoriano creo necesario se empleen reformas urgentes a la Ley de Minería en busca de mayor seguridad jurídica y mayor estabilidad legal para atraer la inversión al sector.

Las reformas que recomendaría:

- 1) El artículo 31 establece actualmente que las concesiones mineras son otorgadas por acto administrativo, otorgando un derecho personal, derecho sobre el cual se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en la ley.

Sugiero reformar este artículo en el siguiente sentido: La concesión minera, se otorgan por acto administrativo. El derecho que emana de la concesión minera es un derecho real e inmueble, independiente del de la superficie, así ambos pertenecieren a un mismo dueño, es oponible al Estado y a terceros, susceptible de transferencia, transmisible por causa de muerte, y podrá ser sujeto de hipoteca y otros derechos reales de acuerdo con la ley.

2) El artículo cuarenta y uno (41) el cual establece que deberá el concesionario minero suscribir un contrato con el Estado previamente al inicio de la fase de explotación debería eliminarse, porque el derecho a explotar el mineral ya es otorgado por el artículo treinta y uno (31) de esta misma ley, por lo tanto ya no es necesario que se firme un contrato para la explotación.

3) Con lo que respecta el capítulo IV del pago de regalías, en mi criterio debería establecerse una regalía fija basándose en las ventas brutas del mineral:

- Metal Precioso: 5%.
- Metal Base: 3%.
- No Metálicos: 2%.
- Materiales de Construcción: 2%.

Finalmente es necesario reformar algunas causales de caducidad como las que enunciaré a continuación:

4) La caducidad por explotación no autorizada y por presentación de información falsa, artículo ciento trece (113) de la Ley de Minería, en el caso de que la información sea falsa debe sentarse razón de la misma a través de una declaración judicial para que la caducidad tenga valor.

- 5) En el artículo ciento catorce (114) al igual que el anterior debe designarse una autoridad competente que declare la malicia de los hitos demarcatorios comprobados.

- 6) Y por último los artículos ciento diez y seis (116) que dice que se puede dar la caducidad de la concesión minera por daño al Patrimonio Cultural del Estado y el artículo ciento diez y siete (117) en el cual estipula que se da la caducidad por violación de los derechos humanos. Estos dos artículos son de discrecionalidad ya que se daría desde el punto de vista que tenga la persona que se encuentre controlando los procesos que se encontraren en curso.

BIBLIOGRAFÍA

Libro:

- Abeliuk Manasevich, René. (2002). Las Obligaciones. Ediar Editores Ltda. Santiago de Chile.
- Afrodescendientes en la Minería Iberoamericana. Apoyo Grafico. La Paz.
- Aranibar, Ana María. Inclusión de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Afrodescendientes en la Minería Iberoamericana. Apoyo Grafico. La Paz.
- Bebbington, Anthony. (2007). Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. “Una ecología política de transformaciones territoriales”. Instituto de Estudios Peruanos (IEP). Lima.
- Borregaard, Nicola y Gana, Claudia. (2001). Hacia la Integración de Aspectos Ambientales, Económicos y Comerciales en el Sector Minero. IDRC-CIPMA. Santiago.
- Chacón Zhapan, Juan. (2001). Historia de la Minería en el Austro del Ecuador. Ministerio de Energía y Minas, República del Ecuador. Cuenca.
- Granja Galindo, Nicolás. Fundamentos del Derecho Administrativo. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja 1999.
- Larrea Holguín Juan. Diccionario del Derecho Civil. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Guayaquil. 2006.
- Liria, Samuel. (2007). El origen de las minas. Chile
- López Carlos. Alianzas Estratégicas. www.gestiopolis.com. 8 de agosto de 2011.
- Mallap Rivera, Johnny. (1997). Energía y Minas, Compendio Legislativo, Volumen I. Normas Editora Legales S.A. Perú.
- Mallap Rivera, Johnny. (1997). Energía y Minas, Compendio Legislativo, Volumen II. Normas Editora Legales S.A. Perú.
- Martins, Luis y Carrión, Paul. (2003). Integración de la Minería en la Ordenación del Territorio. Centro de Investigación científica y tecnológica. Guayaquil.

- Ministerio de Energía y Minas del Perú. (1997). II Conferencia Anual de Ministerio de Minería de las Américas. Arequipa.
- Ossa Bulnes Juan Luis. Derecho de Minería. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. Santiago de Chile, 1992.
- Parráquez Ruiz, Luis. (1999).Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia, Volumen I. Ediciones UTPL. Loja.
- Serie Ecuador Minero No. 3. Explotación de Minerales y Metálicos a cielo abierto y subterránea. Ministerio de Minas y Petróleos.
- Serie Ecuador Minero No. 1. Foro 2007 Experiencias Internacionales, Canadá, Chile, Perú. Ministerio de Minas y Petróleos.
- Serie Ecuador Minero No. 2. Sistematización de Experiencias Mineras. Ministerio de Minas y Petróleos.
- Torre Abelardo. Introducción Al Derecho. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1957.
- Triana Sandoval, Alonso. (1996).Código de Minas. Editorial Leyer. Bogotá.
- Vildosola Fuenzalida, Julio. (1999).El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe. Editorial Latina C.A. Primera Edición. Santiago de Chile.

Leyes y Reglamentos:

- Código de Minería de Chile
- Ley de Mercado de Valores.
- Ley de Minería Ecuador.
- Ley de Minería. (2000). Ministerio de Energía y Minas.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas.
- Reglamento Ambiental para actividades mineras en la República del Ecuador.
- Reglamento del Régimen Especial de la Pequeña Minería y Minería Artesanal.
- Reglamento General de Ley de Minería.

Revistas:

- América del Sur. IIED, WBCSD.
- América Latina y el Caribe. Editorial Latina C.A. Caracas.
- Business News Americas, Publicada: Lunes 01, Marzo 2004 19:18 (GMT - 0400).Revista Digital "Minería y Minas de Oro, publicación de 9 de agosto del 2011.Minería del Perú, Edición de 7 de julio del 2011
- Equipo MMSD, América del Sur. (2002). Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en América del Sur. IIED, WBCSD.
- Revista LATINOMINERIA, No. 70, Abril, 2011

Documento de internet:

- Agencia de Regulación y Control Minero. Base de datos. www.arcom.gob.ec. 29 de agosto de 2011.
- Banco Central del Ecuador. Noticia de prensa. Minería Estatal. www.bce.fin.ec. 2011.
- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. www.participacionycontrolsocial.gov.ec. 5 de septiembre de 2011.
- Empresa Nacional Minera. www.enami.gob.ec. 8 de agosto de 2011.
- Ministerio de Recursos Naturales no renovables. "Nace la Empresa Grannacional Minera Mariscal Sucre". www.mrnrr.gob.ec. 26 de Agosto de 2011.
- Observatorio petrolero. El derecho minero en los Estados Unidos. www.observatoriopetrolero.blogspot.com. Publicado el 5 de febrero de 2010.
- Pigretti, Eduardo Antonio. (2005). Manual de Derecho Minero. Editorial La Ley. www.castellanolibros.com.