

Bogotá 14 noviembre de 2024

Honorable Representante
JUAN CARLOS LOSADA VARGAS

Comentarios al Proyecto de Ley Estatutaria No. 017 de 2024 Cámara: "Por medio de la cual se regula el derecho a la participación de la ciudadanía afectada y potencialmente afectada por el desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, se crean mecanismos de participación para deliberar y decidir sobre la ejecución y desarrollo de esos proyectos y se dictan otras disposiciones".

Apreciado Representante,

Reciba un saludo respetuoso de la Asociación Colombiana del Petróleo y Gas-ACP, y de las empresas afiliadas. Nos permitimos con la presente, manifestar las razones por las cuáles consideramos que la presente iniciativa legislativa es inconstitucional, inconveniente y contraria a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1. OBJETIVO DEL PROYECTO.

Este proyecto de ley pretende "promover, proteger, garantizar y regular el derecho a la participación de la ciudadanía en los proyectos de exploración, explotación o producción de recursos naturales no renovables. Para ello crea y desarrolla mecanismos de participación al servicio de quienes habiten en municipios o distritos en cuyo territorio se pretenda desarrollar, o se estén llevando a cabo, proyectos de exploración, explotación o producción de recursos naturales no renovables"

También crea el cabildo abierto socioambiental como un mecanismo de participación ciudadana de carácter deliberativo y decisorio mediante el cual la ciudadanía de uno o varios municipios y departamentos potencialmente afectados por la ejecución de un proyecto, decidirá sobre su conveniencia o inconveniencia, en el marco de sesiones

ordinarias de las asambleas departamentales o de los concejos municipales o distritales, aclarando que la decisión que se adopte es vinculante.

Por otro lado, en la exposición de motivos se afirma que la conflictividad del sector minero energético es generada por comportamientos irregulares (o incluso ilegales) y por afectaciones causadas por el desarrollo de las operaciones, usando una definición de “daño” totalmente confusa y subjetiva, desconociendo la reglamentación existente en la materia.

Adicionalmente, la iniciativa contradice varios artículos de la Constitución Política en relación con los mecanismos de participación ciudadana, la Sentencia de Unificación 095 de 2018 de la Corte Constitucional, desconoce y afecta la seguridad jurídica, efectúa una interpretación equivocada del principio de precaución, así como la institucionalidad de las entidades, tal y como se explicará a continuación.

VULNERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

a. Prohibición de veto para las comunidades.

En esta importante Sentencia, la Corte concluyó que las comunidades no tienen poder de veto para oponerse al desarrollo de los proyectos de la industria en los territorios, argumento que se desconoce en la presente iniciativa legislativa, toda vez que, la decisión que adopte el cabildo abierto socio ambiental tendrá el carácter de vinculante y obligatorio.

b. La consulta popular no puede prohibir el desarrollo de la industria extractiva en los territorios.

Este proyecto de ley vulnera lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 095 de 2018, en la cual se concluyó entre otros, que la consulta popular, como mecanismo de participación ciudadana, no es el instrumento para prohibir el desarrollo de la industria extractiva en los territorios.

En efecto, la citada sentencia impartió varias instrucciones a diferentes autoridades, ordenando al Congreso de la República, definir uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio, con el fin de terminar con la tensión que se presenta entre estos frente al desarrollo de proyectos extractivos, teniendo en cuenta varios criterios desarrollados en la Sentencia.

Si bien esta iniciativa pretende cumplir con esa orden judicial, lo cierto es que, vulnera lo establecido por la misma Corte, toda vez que, en esta sentencia se concluyó que la consulta popular no es el mecanismo para prohibir actividades extractivas en un municipio, teniendo en cuenta competencias constitucionales nacionales sobre el uso del subsuelo e imposibilidad de derecho a veto por parte de la ciudadanía, conclusiones que se desconocen abiertamente en esta iniciativa.

Al respecto dijo la Corte:

“La consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente; así, el ordenamiento jurídico ha previsto y otorgado competencias en materia del subsuelo a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población”.

(...)

“Ni la nación (nivel nacional o central) ni las entidades territoriales tienen competencias absolutas en materia de explotación del subsuelo y de los RNNR; así, las entidades territoriales no cuentan con competencia absoluta sobre los recursos del subsuelo, ni tampoco poder de veto respecto a la realización de

actividades para la explotación del subsuelo y de RNNR, de acuerdo con una lectura e interpretación sistemática de la Constitución”.

c. Se reviven las consultas populares

Adicionalmente, se establece prelación para la realización de un cabildo socio ambiental, del cual se hablará más adelante, para los municipios que hayan adelantado consultas populares o hayan expedido Acuerdos municipales, contrariando la prohibición establecida por la Corte Constitucional.

ARGUMENTOS JURÍDICOS

a. Daños Potenciales:

Para el país es importante seguir contando con la seguridad jurídica como uno de sus más importantes activos, es por esto que otorgar derecho de participación para la población que se considere “**potencialmente**” afectada, genera una gran incertidumbre jurídica, toda vez que cualquier persona, sin referirse a ningún interés específico, puede intervenir en los procesos y en el desarrollo de los proyectos, con base en posturas ideológicas y/o políticas. El derecho y los mecanismos de participación ciudadana deben estar dirigidos a quienes se vean afectados de forma directa, específica y determinada, así como los que representen de forma efectiva a la comunidad.

b. Vulneración Derecho Fundamental a la Igualdad

Esta iniciativa vulnera el principio de igualdad, toda vez que las medidas que se pretenden implementar, generan cargas desproporcionadas, así como un trato discriminatorio e injustificado en contra de los operadores de proyectos de hidrocarburos y minería, que no persigue ningún fin legítimo, frente a las demás empresas de los demás sectores productivos.

En este caso, no se cumple con el principio de generalidad o universalidad que debe caracterizar a las leyes, por el contrario, se trata de una iniciativa que está dirigida a un

sector económico específico. Al respecto resaltamos la siguiente sentencia de la H. Corte Constitucional¹:

“la exigencia de la universalidad o generalidad de las leyes es una de las manifestaciones del principio de igualdad en la producción normativa, pues corresponde a la exigencia de que el Legislador debe tratar de manera igual a un conjunto de sujetos destinatarios de una regulación específica y esta finalidad se cumple mediante la expedición de disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, características que, ordinariamente, se asocian con el concepto de ley en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. [...]”

Desde esta perspectiva las leyes de contenido singular o leyes de caso único siempre han suscitado recelos sobre su constitucionalidad, precisamente por apartarse de la exigencia de generalidad de la ley y por ser sospechosas de vulnerar el principio de igualdad. [...]”

c. Desconocimiento derechos adquiridos.

La implementación efectiva de esta iniciativa desconocería los derechos adquiridos de los operadores en virtud de los contratos previa y legalmente suscritos entre la Nación y las respectivas empresas, los cuales en la actualidad se encuentran vigentes. Adicionalmente se vulnera el principio de irretroactividad de la Ley, pues la ley se aplicaría a contratos vigentes en etapa de exploración y producción.

Debe aclararse que podría entenderse que se está creando en la práctica un mecanismo de **expropiación indirecta**, que traería como consecuencia múltiples reclamaciones nacionales e internacionales de parte de los inversionistas titulares de proyectos en contra del Estado.

En el evento en el que se desconozcan de manera efectiva los derechos que se originan en los contratos, los inversionistas tienen la posibilidad de demandar al Estado Colombiano mediante un arbitraje internacional de inversión en virtud de los tratados

¹Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

internacionales vigentes, con las graves consecuencias que pueden generarse en materia económica, seguridad jurídica e inversión extranjera.

d. Vulneración Derecho a la Información.

Otro punto importante es que se pretende otorgar a la ciudadanía acceso ilimitado a la información presentada por las operadoras, como sustento a la solicitud de contratos de concesión para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, lo cual además de vulnerar la confidencialidad, genera consecuencias en materia de seguridad tanto para las empresas como para el Estado.

e. Competencia del Gobierno Nacional para definir la política de hidrocarburos y Desconocimiento de la institucionalidad ambiental.

Tal y como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia de unificación concluyó que la propiedad del subsuelo es del Estado y la competencia para definir la política en materia minero-energética y de los recursos naturales no renovables le corresponde al Gobierno Nacional. Razón por la cual, es el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Minas y Energía y demás entidades competentes, el que tiene la competencia para formular, adoptar, dirigir e implementar la política minero energética, la cual debe garantizar la administración óptima y sostenible de los recursos naturales no renovables del país con sujeción a la legislación ambiental vigente, y que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entidad del orden nacional, es la responsable de la administración de dicho recurso.

La exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos de la Nación ha estado regulada a lo largo de los años por normas tanto técnicas como ambientales, que por su alto nivel de complejidad han sido competencia de estas autoridades, resaltando que son los criterios técnicos y científicos de las autoridades los que deben determinar las decisiones.

Así mismo, en materia ambiental, la Corte ha manifestado en reiterada jurisprudencia *“la protección del medio ambiente como un **asunto de interés nacional**. En esa medida, la*

*responsabilidad por su protección está en cabeza de las autoridades nacionales*², por cuanto, *"Una de las manifestaciones concretas de la protección del medio ambiente se refleja en la existencia de organismos con niveles de especialización funcional y técnica, encargados de asegurar una adecuada planeación ambiental tomando como eje la protección de ecosistemas regionales- Corporaciones Autónomas Regionales"*. Esto además del ente rector del Sistema Nacional Ambiental, que es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad de Licencias Ambientales-ANLA, la cual es la encargada de otorgar las licencias globales para el desarrollo de los proyectos del sector de hidrocarburos.

Este Proyecto de Ley además de no tener en cuenta la normatividad especial expedida para tal fin, desconoce la institucionalidad ambiental y las competencias asignadas en la Ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en los cuales se establecen ampliamente la forma como se definen, evalúan, previenen, mitigan, corrigen y compensan los impactos que generan las actividades productivas en los ecosistemas, entre ellas las de hidrocarburos, y que la competencia para evaluar tales impactos fue asignada a las autoridades ambientales.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se considera que si bien el derecho a la participación ciudadana es un derecho fundamental e inherente al desarrollo de los proyectos de hidrocarburos, lo cierto es que, de una parte, en la actualidad, los procesos de licenciamiento ambiental ya contienen una serie amplia de mecanismos de participación y de otra parte, este derecho no puede estar por encima de la institucionalidad y mucho menos remplazar las competencias atribuidas por la Constitución y la Ley a cada una de las autoridades.

Respetuosamente, manifestamos que la ciudadanía no puede tener las competencias que se le pretenden otorgar en este proyecto de ley, relacionadas con el poder de veto frente al desarrollo de los proyectos, determinación de impactos sociales y ambientales, así como la participación en las decisiones administrativas que tengan que tomarse a lo largo de su ejecución, pues son se trata de competencias exclusivas de las autoridades.

² Corte Constitucional, sentencias C-894 de 2003.

Otorgarle este tipo de prerrogativas a la ciudadanía, se configura como un peligroso precedente que puede ser el origen de futuras prohibiciones para el desarrollo de proyectos de las demás industrias y sectores productivos en el país, con las consecuencias sociales y económicas que esto genera.

f. Necesidad de Consulta Previa.

Según lo establecido por la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, la aprobación de este proyecto de ley estatutaria debe ser sometido a consulta previa por implicar afectación directa a las comunidades, étnicas las cuales se verían reflejadas en las zonas de operación donde se estén ejecutando los proyectos.

CREACIÓN DE CABILDO SOCIOAMBIENTAL.

Se crea el cabildo socio ambiental previo a la asignación de áreas por parte de la ANH, incluso para los que se encuentren en etapa de desarrollo, en el cual no pueden participar en todo el proceso las Empresas operadoras, pues según el parágrafo 2° del artículo 17, solo pueden participar en la sesión de apertura, razón por la cual se desdibuja su carácter de mecanismo de participación ciudadana, pues no intervienen todas las partes interesadas, así como tampoco se cumple con los principios de coordinación y concurrencia a los que se refiere la Corte.

Adicionalmente, si la posición mayoritaria del cabildo es la inconveniencia del proyecto, esta es obligatoria y vinculante, es decir se le da poder veto a la comunidad y no podrá presentarse una nueva solicitud en cinco años. Esta circunstancia que es contraria a la Constitución teniendo en cuenta que tal y como se ha reiterado a lo largo de este documento, la competencia para definir la política minero energética es del Gobierno Nacional, mediante cada una de las instituciones que intervienen en el proceso tal y como ocurre con el Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, entre otras.

De otra parte, los resultados de las discusiones de la ciudadanía son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del orden local, departamental y nacional,

anulando así sus respectivas competencias. Al darle carácter vinculante a los acuerdos participativos como resultado del ejercicio del cabildo abierto, además de vulnerarse el principio de interés general, se deja de lado el carácter técnico de las decisiones a través del cual se evalúan aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental que implican elementos científicos y que igualmente evalúan intereses de las poblaciones afectadas.

Las decisiones sobre la viabilidad de los proyectos no deben depender de la voluntad de una comunidad, sino de diferentes aspectos como los técnicos, geológicos, ambientales, económicos, entre otros. Si bien la opinión de las comunidades resulta ser de la mayor importancia, para el desarrollo de los proyectos, en la actualidad, estas cuentan con espacios de socialización y participación como la elaboración de los estudios y el trámite de los instrumentos ambientales bajo los cuales la autoridad ambiental autoriza o no el proyecto y los términos para desarrollarlo, analizando la información aportada tanto la comunidad, como por la empresa solicitante del instrumento ambiental.

El cabildo abierto establecido en la Constitución Política se encuentra dirigido a los gobiernos locales y tal y como está establecido en este proyecto, desnaturaliza su función, toda vez que el objetivo es ejercer control sobre decisiones y aspectos de carácter nacionales.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

Como primera medida, es importante aclarar que los principios de precaución y prevención ambiental solo pueden ser aplicados por las autoridades administrativas y judiciales y no por parte de la comunidad como se pretende en esta iniciativa.

Vale la pena mencionar uno de los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado³, en el cual, al declarar la legalidad del reglamento técnico de los Yacimientos No Convencionales, concluyó frente a la aplicación del principio de precaución lo siguiente:

³ Consejo de Estado. Expediente No. 110010326000201600140-00 (57819). Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Sentencia de 7 de julio de 2022.

- No tiene, por regla general, un carácter prohibitivo y paralizante. Es un llamado a la acción regulatoria, de manera que no se concreta en una proscripción a las autoridades para establecer los requisitos técnicos que deben cumplir quienes adelanten determinadas actividades comerciales y que tienen una incidencia ambiental jurídicamente relevante.
- Se sustenta en la oportuna y adecuada gestión de los riesgos ambientales mediante la eficaz reglamentación de las actividades que generan dichos riesgos, más no en la ineludible prohibición, como tampoco en la inactividad estatal frente a su intervención respecto de las mismas, toda vez que la sostenibilidad del desarrollo no es sinónimo de prohibición de nuevas tecnologías, ni es el principio de precaución una limitante a la necesaria y legítima intervención del Estado en aquellas actividades consideradas riesgosas para el medio ambiente o la salud.
- Las autoridades tienen la facultad y el deber de escoger cuales son los medios apropiados para alcanzar la finalidad legalmente perseguida con el principio de precaución, en tanto estos sean razonables y tengan fundamento coherente en las conclusiones científicas sobre los factores desencadenantes de tales riesgos, los bienes que pueden verse afectados y la forma de mitigarlos.

OBLIGACIONES Y ACTIVIDADES DESPLEGADAS POR EL SECTOR DE HIDROCARBUROS.

La industria del petróleo y gas está comprometida con la lucha contra el cambio climático, a través de una gestión social y ambiental responsable, generando recursos para el desarrollo de las regiones, siendo parte de la solución y no de la problemática.

Primero, porque como sector licenciado, requiere de aprobaciones de manejos ambientales, que incluyen prevención mitigación, restauración, y en su defecto, compensación de cualquier impacto negativo. Estos planes de manejo implican un estricto seguimiento por las autoridades ambientales del nivel nacional y regional. Cabe anotar que el proceso de licenciamiento requiere de una serie de elementos de

participación ciudadana para que las comunidades soliciten la información de la gestión ambiental, y las empresas del sector respondan a esas inquietudes.

Es importante señalar que los instrumentos ambientales (entre otros el Manual de Compensación) establecen los requerimientos para efectivamente “compensar” los impactos, si fuera necesario, y los requisitos responden al valor ecosistémico de la zona donde ocurren las operaciones. Importante tener en cuenta los beneficios ambientales causados por obligaciones del 1% de la inversión de los proyectos y en compensaciones por áreas afectadas.

Adicionalmente, la Agencia Nacional de Hidrocarburos-ANH, creó un procedimiento para la coordinación y concurrencia con las Entidades Territoriales en la definición y determinación de áreas de interés de hidrocarburos, dentro del cual se encuentran, las llamadas Fichas Socio Ambientales. Estas se presentan, desde el principio del proceso de planeación para asignación de áreas y contienen información socio ambiental relevante para diagnosticar las condiciones del territorio objeto de interés de hidrocarburos, e identifican las restricciones al desarrollo de posibles actividades de exploración y producción en áreas protegidas.

Se reitera que las actividades del sector están reguladas, por los conceptos emitidos por la respectiva Autoridad Ambiental Regional con respecto a las determinantes ambientales establecidas para el territorio en concreto, así como por sus instrumentos de ordenamiento como los POMCAS, bajo el estricto y amplio ordenamiento jurídico ambiental vigente.

CONCLUSIONES

1. Se vulnera la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional relacionada con los mecanismos de participación ciudadana, consultas populares, prohibición de veto por parte de las comunidades y, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.
2. Se vulneran derechos fundamentales como la igualdad, al dar un tratamiento discriminatorio e injustificado a un sector de la economía.
3. Se da una interpretación y aplicación equivocada del principio de precaución.

4. No es jurídicamente viable sujetar el cierre de proyectos a las decisiones de instancias de participación, el cierre debe responder al cumplimiento o incumplimiento objetivo demostrado ante la autoridad, y no al sentir participativo. En ese sentido no habría ningún tipo de seguridad jurídica en los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables.
5. Deja en manos de las comunidades decisiones de contenido técnico y económico, sin control de legalidad.
6. Crea instancias que harán sumamente engorroso ejecutar los proyectos, y en algunos casos inviable, al involucrar a las comunidades en todas las etapas, sin limitación. Creando además condiciones de inseguridad para el inversionista.
7. Desconoce la institucionalidad y las competencias de todas las entidades, quedando todas estas sujetas a las decisiones de la comunidad.
8. Desconoce el régimen sancionatorio ambiental establecido en la ley.
9. No articula adecuadamente las instancias de consulta previa y audiencia pública ambiental con la etapa de cabildo abierto.

Esperamos que los comentarios aquí expuestos, puedan ser un insumo importante en la respectiva discusión democrática y reiteramos nuestra voluntad en participar en cualquier escenario que se considere pertinente, o en brindar cualquier información que sea requerida.

Cordial Saludo,



Frank Pearl

Presidente Ejecutivo

Asociación Colombiana del Petróleo y Gas