

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ
Colegio De Postgrados

“Análisis jurídico del derecho minero en la legislación ecuatoriana”

Andrés Maximiliano Ycaza Palacios

Juan Pablo Aguilar Andrade, Dr.
Director De Trabajo de Titulación

Trabajo de Titulación de posgrado presentada como requisito para la obtención del
título de
Magíster en Derecho Administrativo

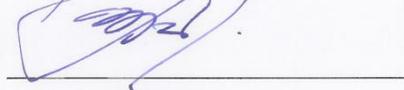
Quito, 7 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**Colegio de Postgrados****HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS****Análisis Jurídico del derecho minero en la legislación ecuatoriana****Andrés Ycaza Palacios**

Juan Pablo Aguilar, M.A.
Director de Tesis y Miembro del Comité de Tesis



Luis Parraguez, Ph.D.
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



Agustin Hurtado, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



Javier Robalino, M.A.
Director de la Maestría en Derecho Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 07 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TÍTULO: Análisis jurídico del título minero en la legislación ecuatoriana

ALUMNO: Andrés Maximiliano Ycaza Palacios

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La importancia que tiene la actividad minera en el Ecuador, la serie de controversias que han surgido alrededor de la misma y los diversos planteamientos que se han hecho sobre el particular, justifican la importancia del análisis que se realiza en el trabajo. Resulta importante determinar hasta qué punto la regulación jurídica en materia de explotación minera, que tiene como elemento fundamental el título minero, responde a al discurso oficial sobre el desarrollo del sector o, en realidad, pone trabas a las actividades en el mismo.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

Precisamente un problema fundamental en relación con la minería, desde el punto de vista jurídico, es la caracterización del título minero, pues es a partir de esa caracterización que puede establecerse la manera en que el ordenamiento jurídico facilita o pone trabas a la actividad minera. En esa medida, plantear si el derecho que surge del título minero es personal o real, es una hipótesis trascendente.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Se ha utilizado bibliografía y fuentes documentales suficientes para los fines planteados en el trabajo.

Es necesario tomar en cuenta que el asunto no ha sido analizado por la doctrina ecuatoriana ni se han generado conflictos que permitan producir criterios jurisprudenciales sobre el particular.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

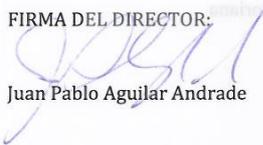
La argumentación es suficiente y se encuentra bien desarrollada, y permite justificar adecuadamente la hipótesis que se plantea.

Queda claro que el propósito expresado desde el sector oficial, de desarrollar adecuadamente la actividad minera, se ve entorpecido por una legislación que, al caracterizar el derecho que surge del título minero como personal, obstaculiza, más que facilita, el desarrollo de las diversas fases de la actividad.

A mi juicio, el trabajo cumple los requisitos necesarios para continuar con el trámite correspondiente.

FIRMA DEL DIRECTOR:

Juan Pablo Aguilar Andrade



Quito, 31 de octubre de 2015

La importancia que tiene la actividad minera en el Ecuador, la serie de controversias que han surgido alrededor de la misma y los diversos planteamientos que se han hecho sobre el particular, justifican la importancia del análisis que se realiza en el trabajo. Resulta importante determinar hasta qué punto la regulación jurídica en materia de explotación minera, que tiene como elemento fundamental el título minero, responde a la discusión oficial sobre el desarrollo del sector o en realidad, pone trabas a las actividades en el mismo.

Tratamiento de la hipótesis planteada por el investigador.

Prescindiendo un problema fundamental en relación con la minería, desde el punto de vista jurídico, es la caracterización del título minero, pues es a partir de esa caracterización que puede establecerse la manera en que el ordenamiento jurídico facilita o pone trabas a la actividad minera. En esa medida, plantear si el derecho que surge del título minero es personal o real, es una hipótesis trascendente.

Relevancia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Se ha utilizado bibliografía y fuentes documentales suficientes para los fines planteados en el trabajo.

Es necesario tomar en cuenta que el asunto no ha sido analizado por la doctrina ecuatoriana ni se han generado conflictos que permitan producir criterios jurisprudenciales sobre el particular.

Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La argumentación es suficiente y se encuentra bien desarrollada y permite justificar adecuadamente la hipótesis que se plantea.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____
Nombre: Andrés Maximiliano Ycaza Palacios
Código de estudiante: 00082374
C.C.: 171464609-6
Lugar, Fecha: Quito, diciembre de 2015

DEDICATORIA

A mi padre, sin lugar a dudas la mente más fuerte y brillante que he conocido; a mi esposa, inmejorable compañera en este transitar por la vida; a mis hijos, María Emilia y Fernando, razón de cada uno de mis actos.

AGRADECIMIENTO

Este trabajo culmina un maravilloso periodo académico y personal, la experiencia de ser alumno de la USFQ ha sido por demás enriquecedora, el primer agradecimiento es para esta institución que nos recibió de maneja inmejorable, y justamente salimos de allí mucho mejor de lo que ingresamos, tanto como alumnos, cuanto como personas.

Agradecimiento especial también a mi director de investigación, Dr. Juan Pablo Aguilar, admirado profesional en Derecho, apreciado amigo y lúcida guía en el desarrollo de este documento.

RESUMEN

El Ecuador es un país que ha sustentado su economía en los últimos 50 años en la industria extractiva, particularmente la petrolera. El futuro de la industria extractiva se encuentra en el sector minero, que ha sufrido constantes sobresaltos normativos en los últimos 8 años. El gobierno nacional, con el fin de prevenir la especulación en este sector, materializó en la norma una rígida postura, que ha vuelto prácticamente imposible manejar a la industria. La evidencia material del pensar oficial está en el Mandato Constituyente No. 6 y la Ley de Minería, elementos regulatorios de este sector. La Ley de Minería incluye conceptos absolutamente novedosos para la industria a nivel internacional, mismos que en muchos casos dificultan el quehacer diario de la industrial y el ejercicio de sus potestades; podemos decir que en mucho, la normativa ecuatoriana va en sentido contrario a la forma en cómo esta industria se ha organizado a nivel internacional. La dotación de características ajenas a la realidad, el exceso de permisología, y las autorizaciones estatales por cada paso que desee brindar el concesionario, desvirtúan la delegación que el Estado le brinda, y rompen con la naturaleza misma del mecanismo de delegación; a esto se suma la diversidad de conceptos sueltos en la Ley, que terminan de sembrar el desorden, trayendo como consecuencia lógica, una industria inválida debido a la carencia de herramientas normativas útiles. Esta investigación concluye sugiriendo algunos cambios jurídico - conceptuales que serían de profunda utilidad para el sector, y a criterio del autor, lograrían dinamizarlo.

Palabras clave: Título minero, concesión, derecho personal, derecho real, delegación estatal, cambio de fase, usufructo.

ABSTRACT

Ecuador is a country that has been sustaining its economy in the last 50 years onto the extractive industries, particularly oil one. The future is in the mining sector, which has suffered constant regulatory upheavals in the last 8 years. The government, in order to prevent speculation in this sector, stood on a rigid standard position, which has become almost impossible to manage with. The material evidence of official posture is Constitutional Mandate No. 6, and the Mining Law, regulatory elements of this sector. The Mining Law includes absolutely new concepts, to those internationally accepted in the industry, same concepts that often hinder the daily work of industrial and exercising its attitudes; we can say that Ecuadorian legislation runs counter way, compared to how this industry is organized internationally. The provision of outside reality features, excess permits, and state authorizations for each step you want to give, distort the delegation that the state provides, and break with the very nature of the mechanism of delegation; also, there is a diversity of concepts in the law, they add more disorder, bringing as a logical consequence, an invalid industry due to the lack of regulatory tools. This research concludes by suggesting some legal – conceptual changes that would be useful for the sector, and at the discretion of the author, would achieve dynamics.

Key words: mining title, concession, personal right, real right, state delegation, phase change, usufruct.

Tabla de contenido

RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	11
REVISIÓN DE LA LITERATURA	14
METODOLOGÍA Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	15
ANÁLISIS DE DATOS	16
CAPITULO PRIMERO	16
EL DERECHO MINERO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	16
1.1. CONCEPTO.....	16
CAPÍTULO SEGUNDO.....	34
EL EJERCICIO DEL DERECHO MINERO.....	34
2.1. FASES DEL TÍTULO MINERO.....	34
2.2. CAMBIO DE FASE MINERA	47
2.3. PERMISOS DE LA ACTIVIDAD MINERA.....	48
CAPÍTULO TERCERO.....	51
REVISIÓN DEL DERECHO MINERO EN LATINOAMÉRICA	51
3.1. CONCESIÓN MINERA	51
3.2. TÍTULO MINERO.....	54
3.4. DERECHO REAL.....	56
3.5. PROCEDIMIENTO PARA CESIÓN DE DERECHOS MINEROS	57
3.6. FASES DE LA ACTIVIDAD MINERA	58
CONCLUSIONES	62
RECOMENDACIONES	64
REFERENCIAS.....	65

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto analizar el marco normativo que existe en el sector minero, en los últimos 10 años esta industria ha sido objeto de múltiples cambios, golpes de timón, entre otros avatares que han impedido un correcto desarrollo. Al inicio del período presidencial del presidente Correa, se mantuvo un claro discurso con relación a impulsar el sector minero, inclusive como un mecanismo de sustento de la economía nacional en la época posterior al petróleo. Lamentablemente dicho discurso se diluyó con el pasar del tiempo ya que empezaron a primar ideas como la prohibición de otorgar concesiones mineras a quienes se catalogaba como especuladores.

En ese sentido el primer y más significativo golpe de efecto vino de parte de la Asamblea de Montecristi, la cual reformó la Constitución del Ecuador y además asumió plenos poderes decretando una vacancia legislativa. La Asamblea tuvo como método de expresión unos actos normativos *sui generis* para la realidad ecuatoriana, llamados mandatos constituyentes, mismos que no eran susceptibles de impugnación ni por la vía judicial, ni por la vía administrativa. En el mes de abril de 2008 la Asamblea Constituyente expidió su Mandato Constituyente No. 6, denominado “mandato minero”, en el cual se declaró la extinción, sin compensación económica a favor del Estado, de muchas de las concesiones mineras que en ese momento habían sido otorgadas en el Ecuador, debido a varios motivos taxativamente enunciados en dicha norma, tales como falta de cumplimiento de obligaciones económicas, permisos ambientales, entre otros. Esto generó caos en el sector puesto que además la referida norma decretó una suspensión de toda actividad de minería metálica, y ordenó que todo título minero (evidencia de la existencia de una concesión) debía ser reajustado a la nueva normativa que para el efecto se emitiría, o caso contrario renegociado con el Estado, de conformidad con lo prescrito en dicha norma; finalmente el mandato minero establecía un lapso de tiempo de 180 días para la expedición del nuevo marco normativo minero.

La expedición de la Ley de Minería tardó más de 180 días, ya que fue publicada en enero de 2009, y trajo varios elementos novedosos para el sector minero dentro de su articulado. Con el paso del tiempo pudimos constatar que muchos de estos elementos tenían su origen en el mundo petrolero, en el cual Ecuador tiene al menos 40 años de experiencia. Si bien es cierto que por normativa constitucional las minas y el petróleo pertenecen a los sectores estratégicos, también es cierto que la naturaleza de los

negocios son distintos, hecho que iremos evidenciando en el transcurso de la investigación; asimismo el pasar de los años nos ha enseñado que fue un serio error haber asimilado estas industrias, ya que muchos de los conceptos que fueron aplicados al petróleo han causado imposibilidad de ejecución en el sector minero; inclusive se ha dado el inconveniente de que algunos preceptos en los cuales del Ecuador ha tratado de ser innovador, y que no han podido ser implementados tanto del petróleo cuanto en minería.

Posteriormente vino la publicación del Reglamento de Aplicación de la Ley de Minería, mismo que trató de viabilizar algunos de los conceptos consagrados en dicho cuerpo normativo, sin embargo al existir problemas de fondo, no se pudieron lograr muchos avances; por el contrario, los primeros compases de la Ley de Minería y su Reglamento fueron bastante desordenados, producto de la creación de nuevas instituciones, renegociación o sustitución de los títulos de concesiones mineras, así como de nuevas figuras tanto a nivel regulatorio cuanto impositivo, cuyo efecto directo fue sembrar la incertidumbre en un sector que requiere que se le brinde abundante certeza.

En los años siguientes se han suscitado varias reformas a la Ley de Minería, que han ido allanando el camino, sin embargo aún existen ciertos preceptos legales que causan profundos inconvenientes a los operadores de sector, muchos de ellos claramente mencionan la necesidad de realizar una reforma integral a la normativa minera, ya que sería el único camino para materializar ese auspicio que el gobierno nacional durante varios años lleva predicando pero no practicando.

El propósito de esta investigación es realizar un sobrevuelo jurídico de lo que ha ocurrido con el sector minero en todo este tiempo, detectar cuáles son sus falencias más importantes, y sugerir modificaciones que puedan dar viabilidad a esta industria. Para conseguir tal objetivo se analizará la regulación minera desde la óptica del derecho público, considerando que la Constitución de 2008 claramente consagra a los sectores estratégicos como propiedad indiscutible del Estado; se tomará como referencia doctrina especializada en derecho público, regulación minera, y en materia de régimen de concesiones y mecanismos de delegación de la propiedad; también se considerará legislación comparada, sobre todo de América Latina, poniendo especial énfasis en aquellas naciones cuya experiencia en esta industria es más amplia que la ecuatoriana, y

consecuentemente han aprendido de su historia.

La investigación se plantea preguntas con relación a las características del derecho minero en la legislación ecuatoriana, qué potestades delega el Estado al concesionario, qué derechos tiene el concesionario, cuál es el mecanismo para ejercerlo, y los efectos jurídicos que ello trae. Finalmente, en el último capítulo se hace una reseña comparativa entre estos tópicos y sus pares en la legislación comparada, lo cual nos permite concluir un diagnóstico claro de las ineficiencias y eventuales soluciones a la problemática minera ecuatoriana, siempre desde el punto de vista jurídico.

Quiero además dejar constancia de gratitud a mi tutor Juan Pablo Aguilar, un verdadero maestro en la ciencia jurídica y mejor ser humano, así como un agradecimiento especial a mi familia, mi esposa, mis hijos, mi madre y mi hermana, motivo diario de esa incesante búsqueda de superación, y finalmente una declaración de respeto y lealtad para con la Universidad San Francisco de Quito, los años de instrucción de esta Maestría en Derecho Administrativo fueron de pleno gozo, no solamente por la calidad educativa que me permitió dar un salto de calidad importante a nivel profesional, sino también por la calidad humana de todos quienes me rodearon durante ese proceso, alumnos, funcionarios, profesores, entre otros; todos cobijados por un claro principio de respeto y libertad que la universidad predica con ejemplo.

REVISIÓN DE LA LITERATURA

Se procedió a la revisión de la literatura sustentada en dos criterios, el primero por temas y segundo de lo general a lo particular; esto es, se revisó inicialmente literatura jurídica especializada en materia de Derecho Administrativo. Dentro de esto, el régimen de concesiones y de recursos naturales. Posteriormente se aterrizó hacia literatura que versa sobre la regulación de la minería, donde se puntualizó la revisión de los títulos mineros, objeto principal de esta investigación. Vale destacar que la bibliografía utilizada es doctrina internacional en virtud de que no existe literatura jurídica ecuatoriana que se haya encontrado sobre el tema.

En cuanto a referencias ecuatorianas, lo utilizado corresponde a la normativa vigente, así como a la normativa histórica; en este punto el criterio de selección fue el orden cronológico así como el escalafón jurídico consagrado en la pirámide jurídica de Kelsen y en la Constitución del Ecuador.

METODOLOGÍA Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Tomando en consideración que la pregunta de investigación se centra en identificar si el título minero, bajo la legislación ecuatoriana, realmente constituye un derecho personal, se procedió a aplicar el método deductivo, principalmente a través del análisis documental. En efecto, la investigación inicia con la recolección de información sobre doctrina y legislación latinoamericana, en virtud de que Ecuador carece de literatura sobre la materia investigada.

En el contexto regional se discriminó en primera instancia aquellos países con una larga trayectoria y reconocida experiencia en materia minera, como Chile, Perú y México; para luego dar paso a otros países mineros como Colombia, Brasil y Argentina.

Sobre la base de la legislación comparada se identifican el tipo de derecho (real o personal) en las concesiones mineras y las características propias de cada derecho. La investigación determina que en todos los países latinoamericanos arriba mencionados hay un criterio aceptado sobre el derecho real en las concesiones mineras; esto es el usufructo que el dueño entrega a un tercero (concesionario) así como el goce de uso de la cosa (recursos naturales – minerales). No obstante, en el caso ecuatoriano, la legislación establece expresamente que las concesiones mineras son un derecho personal. Le genera al dueño una potestad crediticia frente a terceros.

Seguido, se analiza con mayor profundidad el caso ecuatoriano y se encuentra que pese a ser catalogado como derecho personal, las concesiones mineras en el Ecuador asimilan las características de derecho real.

Como producto de esta investigación se deduce que la legislación ecuatoriana, al presentar un tipo de derecho (personal) con características de otro (derecho real), se generan varios inconvenientes: i) incertidumbre por cuanto la relación crediticia no se configura; se desconoce quién es el tercero, el estado o terceros; ii) la incertidumbre produce además un incremento en el riesgo país lo que materializa en menor inversión minera; iii) demoras administrativas y logísticas, pues a pesar que con el derecho personal se otorga el derecho a realizar actividades mineras, en cada cambio de fase se debe solicitar una nueva autorización al estado.

ANÁLISIS DE DATOS

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO MINERO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1.1. CONCEPTO

Como paso previo a revisar los conceptos que la Ley establece sobre el derecho minero, haremos un somero análisis de lo que establece la Constitución de la República a fin de entender la justificación de la máxima norma del Estado con respecto a este sector productivo.

1.1.1. EL MANDATO CONSTITUYENTE NO. 6 Y LA CONSTITUCIÓN DE 2008

El Ecuador actualmente está regentado por la Constitución publicada en Registro Oficial del 23 de octubre de 2008, misma que fue la conclusión de un proceso político de aproximadamente dos años que inició con las elecciones presidenciales de 2007. Cuando el candidato Rafael Correa ganó las elecciones presidenciales, su principal oferta de campaña fue reformar la Constitución de la República del Ecuador a fin de volver a fundar la nación, para ese efecto se realizó un plebiscito en el cual se consultó al pueblo ecuatoriano sobre la instauración de una Asamblea Constituyente que tenga plenos poderes para la reforma del marco constitucional ecuatoriano; en ese sentido el pueblo ecuatoriano se pronunció aceptando la propuesta presidencial, tras lo cual posteriormente se convocaron elecciones de asambleístas, lo cual se hizo por votación popular, y finalmente la Asamblea Constituyente se instaló en la provincia de Manabí.

Además de dedicarse a su actividad elemental, que era la redacción de la Carta Política, la Asamblea Constituyente decretó una vacancia legislativa y asumió los poderes del entonces existente Congreso Nacional¹. Adicionalmente estableció un mecanismo de expresión legislativa denominado los mandatos constituyentes, que

¹ Esto a pesar de que a la época, el Tribunal Constitucional – organismo de control constitucional ecuatoriano- emitió una resolución indicando que los plenos poderes de la Asamblea Constituyente de Montecristi se limitaban exclusivamente a la elaboración del nuevo texto de Constitución, mismo que debería ser aprobado por el pueblo mediante consulta popular.

parapetados en la voluntad popular y en los supuestos plenos poderes de la mencionada Asamblea Constituyente, estaban dotados de todo blindaje jurídico frente a cualquier mecanismo de impugnación, sea de índole judicial o administrativa. De antemano podemos decir que los mandatos constituyentes son actos legislativos completamente ajenos a la pirámide jurídica, y por tanto, fuente constante de caos normativo, tanto es así que hasta el día de hoy discute profundamente sobre su vigencia y aplicabilidad².

Los mandatos constituyentes incluyen siempre en su primer considerando, una cita proveniente del Mandato No. 1, por el cual la Asamblea Nacional Constituyente se parapetó en la teoría del poder constituyente originario, y por tanto, asumió plenos poderes, a pesar de existir un fallo anterior del Tribunal Constitucional que indicó que “... los plenos poderes de la Asamblea Constituyente son exclusivamente para reformar el marco institucional del Estado...”, de tal manera que, un mandato para legislar y/o regular algo extra- constitucional, en estricto sentido es ilegal. Sin embargo, la praxis nos lleva a concluir que los mandatos constituyentes son supralegales e infraconstitucionales.

El 18 de abril de 2008, la Asamblea Constituyente expidió el Mandato Constituyente No. 6, denominado Mandato Minero, por el cual se suspendieron todas las actividades en las concesiones mineras, y se declaró la extinción, sin compensación económica alguna, a las concesiones mineras que habían sido otorgadas en el Ecuador, con la salvedad de la minería de subsistencia y artesanal entre otras.

El Mandato Constituyente No. 6 reformó la Ley de Minería entonces vigente (Ley de Minería de 1991), y además dicta una cantidad de actos administrativos que fueron ejecutados por el entonces ente rector del sector, Ministerio de Minas y Petróleos. Básicamente el contenido del mandato va de la mano de la caducidad y la declaración de extinción sin compensación económica, de toda concesión minera que en fase de exploración no haya realizado inversión alguna en el desarrollo del proyecto a fin del año anterior; a las concesiones que no hayan cancelado sus patentes de conservación; a las concesiones mineras que se encuentren dentro de zonas protegidas, a las concesiones mineras mayores a un número de tres al mismo concesionario (familiar

² El Mandato Constituyente No. 23, que determinó el cese de las actividades de la Asamblea Constituyente indicó que los Mandatos sólo pueden ser reformados mediante Ley Orgánica, motivo por el cual, teóricamente para su derogación, y siguiendo el precepto de que en Derecho las cosas se deshacen como hacen, debería existir un pronunciamiento de una nueva Asamblea Constituyente.

o vinculado); a las concesiones otorgadas a favor de funcionarios o ex funcionarios de los Ministerios del ramo (incluye familiares), y finalmente, se declara la moratoria al otorgamiento de nuevas concesiones mineras.

Asimismo, el Art. 8 del mandato establece que quedan suspendidas todas las actividades en las concesiones de minería metálica establecidas en el párrafo anterior, con lo cual se cierra cualquier posibilidad de actividad económica en torno a la minería.

Finalmente, se establece un plazo de ciento ochenta días para la emisión de un nuevo marco normativo, caso contrario se renegociarán las concesiones al tenor del texto constitucional.

Del análisis del mandato se deduce que el Estado revocó en su favor la mayoría de las concesiones mineras, y mediante acto suspensivo, eliminó toda todo tipo de actividad sectorial; dichas revocatorias ya han sido fuente de reclamaciones ante instancias arbitrales internacionales, ya que el hecho de que el mandato no hable de “expropiación” o “confiscación”, previstos en los Tratados de Protección y Garantía de Inversiones (BITs) no maquilla el espíritu de la norma, que al hablar de “extinción sin compensación económica” se materializa la expropiación sin indemnización de concesiones del que fueron objeto de inversión extranjera. Fácilmente se concluye que el razonamiento de los constituyentes, de no incluir los términos aquí mencionados, es una endeble arma de defensa a la hora del litigio internacional.

La suspensión de las actividades mineras puso además a las compañías en la (García, Los bienes de Derecho Público, 2013) situación forzada de despedir a sus trabajadores sin indemnizarlos, en virtud de que la relación laboral no termina por voluntad del empleador, sino por causa o evento de fuerza mayor (acto de autoridad que suspende la actividad y revierte a su favor el área minera concesionada), por tanto hubo en la época cientos de personas en el desempleo, en zonas rurales de alta pobreza, sin tener derecho a una indemnización.

Finalmente, el dialogo entre el Estado y el sector minero fue catalogado por todos los actores privados como árido, parcializado, sin ninguna objetividad, alejado de la costumbre y experiencia internacionales, en el que se manejaron conceptos abstractos, siendo hasta el momento el nuevo proyecto de Ley de Minería una verdadera

incógnita, sin un horizonte claro para una naciente industria que prometía mucho para el futuro de la economía nacional.

1.1.2. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

En la Constitución del Ecuador (2008) no solamente que se consagra, sino que se refuerza el principio de la propiedad indiscutible de los recursos naturales. En efecto, el primer artículo señala que *...los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.*

Dicho artículo es reforzado con lo consagrado en el artículo 261 de la Constitución (2008) que establece que es potestad exclusiva del Estado, la formulación de políticas y regulación de la operación de los recursos naturales, particularidad queda prescrita en el artículo 313 del mencionado cuerpo normativo que se reproduce a continuación:

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Concordante con lo antes dicho, el artículo 317 de la Constitución del Ecuador es el más claro de todos en cuanto a la consagración de la propiedad de los recursos naturales de parte del Estado. En ese sentido el mencionado artículo claramente

establece la imprescriptibilidad, intangibilidad e inembargabilidad como características fundamentales de la gestión de los recursos naturales no renovables en el Ecuador.

Finalmente el artículo que cierra todo el tema de los recursos naturales no renovables y que además establece el régimen económico que los regulará es el 408 de la Constitución (2008), mismo que brinda a los recursos naturales no renovables de las características previamente mencionadas y además establece el régimen económico particularizado, conforme se reconoce continuación:

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

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.

Tenemos entonces como conclusión que la Constitución del 2008 refuerza el principio de la propiedad del Estado, lo vuelve bastante más sólido al establecer el precepto de que además será el Estado quien opere los recursos naturales, y sólo se delegará a la iniciativa privada en caso de excepción. Adicionalmente se establece un régimen económico bastante claro según el cual el Estado percibirá al menos el 50% de los beneficios que perciba el operador privado, en cuyo caso no es más que la conversión a norma constitucional del antiguo modelo de contrato de participación que existía en la Ley de Hidrocarburos. Ya se ha mencionado antes en esta investigación que uno de los problemas que ha afectado el sector minero en los últimos años es

justamente traer a colación elementos de la industria petrolera que son absolutamente ajenos a su realidad.

La Constitución consagra los principios elementales que la doctrina establece para los bienes de dominio público por un lado, se establece claramente un principio de reserva de ley a favor del Estado central, con lo cual el Estado se garantiza el absoluto monopolio respecto de la toma de decisiones de este tipo de bienes; por otro lado se genera un mecanismo constitucional de protección de dichos bienes a través de las características de inalienable, imprescriptible e inembargable; lo cual prohíbe al gobernante de turno cualquier tipo de negociación que enajene los bienes públicos; finalmente se establece un régimen tributario específico que garantice un volumen mínimo de ingresos para el Estado.

Con relación al principio de reserva de ley, la doctrina señala que esto es consecuencia de la separación de este tipo de bienes de aquellos que son comerciables, con esto el Estado logra dos temas, por una parte alejarlos de las actividades comerciales, y consecuentemente lograr su libre disposición de ellos. Julio González García en su artículo notas sobre el régimen general del dominio público señala: *ahora bien, teniendo en cuenta las consecuencias de la demanialización y los objetivos que debe perseguir, esta ley ha de proceder no sólo a su separación del régimen general de Comercio si no queda de proporcionar a la categoría de bienes un régimen jurídico adaptado a esas necesidades que se proponen conseguir. Régimen que debes suponer la adaptación de los principios inspiradores a esta categoría de bienes. Sobre ello también se ha reconocido la competencia del Estado para proceder a su regulación, Como un mecanismo de restricción a su acceso y de cumplimiento de sus fines.* (García, Los bienes de Derecho Público, 2013)

En lo que se refiere a la imposibilidad de que los bienes públicos no pueden ser enajenados, el autor mencionado previamente señala que esto es la consecuencia lógica de haber sacado los bienes el comercio indicando que *constituyen el rasgo más característico del dominio público y la nota que proyecta más consecuencias para el tráfico de estos bienes. La más inmediata es que los bienes de dominio público, mientras tengan el carácter de bien público, no se puede ni realizar por parte de los entes públicos ningún acto traslativo de dominio tenga la forma jurídica que tenga compraventa, donación o cualquiera otra ya sea este puro, condicional o a plazo. Es*

una consecuencia directa de que esté fuera del comercio. (García, Los bienes de Derecho Público, 2013)

A consecuencia de lo anteriormente dicho viene el principio de la imprescriptibilidad, candado respecto de la salida del comercio de los bienes públicos, en este caso los recursos naturales no renovables, bienes de dominio público que no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva de dominio por parte de particulares. En general el paso del tiempo no debe hacer que se pierdan la característica de bien público.

Finalmente la regla de la inembargabilidad de este tipo de bienes lo que hace es cerrar el blindaje de los mismos, ya que una eventual ejecución forzosa de los bienes nacionales implicaría atentar contra el interés común, recordando que estos bienes tienen como uno de sus fines primordiales, la manutención del Estado por intermedio de la generación de ingresos.

Como ya se ha dicho anteriormente, algunas de las constituciones latinoamericanas manejan el mismo principio, sin embargo, vale aclarar que mantienen conceptos un poco más claros, que permiten dilucidar de mejor manera los conceptos respecto de los recursos naturales y del mecanismo de delegación a la iniciativa privada, quizás en este sentido el texto más claro nivel latinoamericano se encuentra en el Artículo 6 de la Constitución de la República del Perú (1993), que se reproduce a continuación:

El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos.

En ese mismo sentido, la Constitución peruana (1993) consagra en el Art. 23 una definición de concesión que valen la pena citar y que nos brinda algunos elementos de juicio:

La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

El elemento más importante a analizar es la delegación del Estado, particularmente en aquello que la carta política peruana denomina el aprovechamiento sostenible del recurso natural. El verbo que brinda la característica jurídica fundamental es el aprovechamiento; la normativa peruana inferior, esto es la normativa especializada minera, reglamentos, así como la doctrina han coincidido en que el aprovechamiento se constituye en el derecho real de usufructo; es decir aprovechamiento se entiende por uso y goce; características que se perfeccionan al trasladar la propiedad de los frutos del subsuelo al operador privado y el Estado simplemente aprovechar de su dominio por intermedio del cobro de las regalías.

Vale recalcar que con esta concepción el Estado, y conforme lo hemos visto en la normativa peruana no pierde su derecho real de dominio, en otras palabras su propiedad irrenunciable e innegociable, sin embargo por intermedio de la delegación que en este caso será por intermedio de una concesión, confiere el derecho de usufructo, esto es uso y goce al privado, y percibe sus ingresos por intermedio de las regalías, que en la mayoría de legislaciones latinoamericanas se considera un ingreso no tributario para el erario fiscal.

1.1.3. LEY DE MINERÍA

El derecho minero en Ecuador está regido por la Ley de Minería, misma que está vigente desde enero de 2009, si bien es cierto ha sufrido varias reformas en los últimos tiempos, el texto original es aún imperante, y es parte de la problemática que merece esta investigación.

Así, la Ley de Minería (2009) en su Art. 17 establece lo siguiente:

Art. 17.- Derechos mineros.- Por derechos mineros se entienden aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización.

Para lograr avanzar en la definición, se debe citar el Art. 30 de la Ley de Minería (2009) que señala:

El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones. 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 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.

La inscripción de la transferencia del título minero será autorizada por la Agencia de Regulación y Control Minero una vez que reciba la comunicación de parte del concesionario informando la cesión de sus derechos mineros, de acuerdo al procedimiento y los requisitos establecidos en el reglamento general de esta ley. Dicho acto se perfeccionará con la inscripción en el Registro Minero.

El Estado, con los informes legales correspondientes autorizará la transferencia del título minero por lo menos luego de transcurridos dos años de su otorgamiento.

Se consideran accesorios a la concesión las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados permanentemente a la investigación y extracción de minerales, así como también a su beneficio.

El domicilio tributario y societario de los titulares de derechos mineros será la región donde se encuentre la concesión minera, la mayor superficie de la suma

de ellas en el caso de concesionarios con títulos mineros en distintas provincias o el principal proyecto de explotación o industrialización. Esta obligación deberá acreditarse al momento de solicitar el otorgamiento de una concesión minera y no podrá modificarse sin una autorización expresa de la Agencia de Regulación y Control Minero.

Consecuentemente podemos decir que el Estado, propietario indiscutible de los recursos naturales no renovables, mismos que son encajados dentro de los sectores estratégicos³, puede delegar al privado, solamente por excepción su operación. Esta delegación estatal se materializa en el derecho minero, mismo que tiene el carácter de personal, y se pragmatiza en un título, el cual le brinda el derecho a ejercer la(s) fase(s) que para el efecto sea autorizado.

El derecho minero encarna la delegación que el Estado hace al privado de la operación de los recursos naturales, en este caso de las minas. Tiene que ser un acto expreso proveniente del Estado, que se materializa en una concesión minera; misma que tiene ciertas características que son el objeto principal de esta investigación, y que al final de esta investigación se valorará su eficacia el momento de aplicación.

La característica más importante de análisis del derecho minero es aquella que dice que este derecho es personal estamos llegar a la más elemental definición de la potestad crediticia. Tenemos entonces que el derecho minero es aquel que el Estado expresamente delega al particular, mediante el cual le brinda un derecho personal a conducir actividades mineras por intermedio de un título minero, que debe seguir ciertas solemnidades, tales como su inscripción en el registro minero. Así mismo, este título tiene restricciones en cuanto se refiere a la libertad de transferencia, puesto que es el Estado quien debe autorizar expresamente dicho acto.

En la mayoría de legislaciones la delegación que el Estado realiza a favor de un privado para el aprovechamiento de los recursos minerales, se da por intermedio de una autorización administrativa, misma que se expresa de parte del Estado y que por regla general será sobre un perímetro que individualiza en la misma y sobre la cual el derecho

³ Lo cual implica que son de atención prioritaria por tratarse de aquellos que son el motor de la economía.

de aprovechamiento se materializa en una autorización de exploración, explotación de los recursos y su ulterior beneficio. Esta autorización además establece su parte regulatoria, régimen económico tributario, así como los motivos por los cuales pudiera caducar.

En algunas legislaciones, como la española, la autorización tiene una escala de conformidad con la complejidad de las actividades que se van a realizar, así por ejemplo para conducir actividades de investigación y prospección se requiere una delegación administrativa simple para conducir actividades de exploración ya se requiere de una autorización administrativa más compleja y que tiene una serie de requisitos, Y finalmente para la ejecución de actividades de explotación se requiere de una concesión otorgada por el estado.

Por otro lado la doctrina centroamericana señala que *cuando el Estado asume directamente la investigación buen aprovechamiento de las minas, no se plantea problema, dado que tanto el dominio, en el sentido de la titularidad jurídico real de las cosas, como el dominio útil, en cuanto aprovechamiento u obtención de utilidades beneficios, recaen sobre el mismo sujeto. El problema surge cuando el estado, por diversas razones, mediante cualquiera de las modalidades previstos en la ley, sede del aprovechamiento terceros, en cuyo caso se produce una disociación entre la titularidad del dominio, que pertenece en todo caso al estado, Y la titularidad de los derechos de aprovechamiento, exploración investigación, que pueden cederse terceros, aunque no se trata de titularidad de derechos de aprovechamiento. Cualquiera que sea la modalidad del otorgamiento, esta no supone para el sujeto que la recibe, otra cosa, que el derecho al aprovechamiento, es decir la adquisición del derecho la explotación, al exploración buena investigación, pero en ningún caso un derecho a la propiedad de la conciencia coma Si no a la propiedad de su utilidad o beneficio económico, esto es el mineral. Éste derecho de aprovechamiento minero da pie al nacimiento de una propiedad especial, la minera; recordando en este punto que la doctrina francesa derivada de la ley de 1810, mantiene que a partir de la concesión, surge una nueva*

propiedad típica de un derecho real distinto de la propiedad de la superficie. (Jaimez M; 2000: 173).

1.1.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MINERO BAJO LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Como se ha dicho, el Derecho minero tiene ciertas características importantes y particulares que le brinda la legislación, particularmente la contenida en la Ley de Minería, cuyo análisis hemos iniciado. A continuación se reproduce las principales características del derecho minero:

- a) **Es propiedad indiscutible del Estado.-** Tal cual se analizó previamente, la Constitución ecuatoriana está cobijada por la teoría de la propiedad indiscutible de los recursos naturales. Esta tesis viene desde el tiempo del derecho romano, que en nuestra última carta política se ha reforzado profundamente. Dentro de esta característica, la imposibilidad de enajenar los bienes hace que no exista camino alguno para entregarlos a terceros; hecho que se termina de blindar con la imprescriptibilidad de los mismos.

- b) **Es transferible.-** Esta es una característica que tiene ciertas restricciones. Si bien es cierto que la normativa claramente señala que el derecho minero es susceptible de transferencia, el Estado es quien debe autorizar la transferencia, y para tal acto, utiliza todas sus prerrogativas. Del análisis de la normativa minera se desprende que para transferir un derecho minero deben cumplirse las siguientes condiciones: i) idoneidad del cesionario o adquirente del título minero; ii) responsabilidad de los pasivos ambientales; iii) autorización *per se* del traspaso. La falta de estos requisitos invalida la transmisión del derecho minero. Vale además recalcar que el procedimiento para recibir la autorización para transferir el derecho minero se realiza antes de otorgar el instrumento de cesión. Adicionalmente, y como parte del ejercicio de su discrecionalidad, el

Estado establece la necesidad de que el cesionario sea calificado como Sujeto de Derechos Mineros⁴.

La necesidad de que el estado autorice transferencia de derechos mineros, no es exclusivamente dada en la legislación ecuatoriana. A nivel internacional esto es aceptado, sin embargo la normativa internacional tiene divergencia de criterio con la nacional. Tenemos así que la legislación española establece que se requiere de una autorización del Estado, solamente cuando se van a transmitir derechos mineros que tienen restricciones específicas de parte del Estado.

Como ya se ha dicho previamente, la legislación de minería establece que la cesión o transferencia de derechos mineros debe ser aprobada previamente por la entidad administradora de los derechos mineros (Ministerio de Minería). Para tal efecto, es necesario además el pronunciamiento previo de la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM). La transacción de la cesión o transferencia solo se perfecciona si se cumplen los requisitos y el procedimiento establecidos en la normativa específica del sector, en los que, entre otros, se exige la calificación del cesionario como “Sujeto de Derechos Mineros”, que constituye la calificación de su idoneidad. Este tema incluso se da cuando la cesión o transferencia opera por intermedio de actos societarios. No hay que olvidar que una vez autorizada la cesión o transferencia de derechos mineros, el cesionario, debe pagar el derecho de registro correspondiente al 1% del monto de la transacción, que de conformidad con la normativa minera es una tasa por concepto de registro de la transferencia de los títulos mineros. Cumplidos, entre otros, los requisitos y formalidades antes señaladas, se debe inscribir en el Registro Minero el contrato de cesión de derechos, dentro del término de 30 días a partir de su fecha de otorgamiento. La falta de inscripción en el Registro Minero determinará la invalidez del contrato de cesión, caducará el título y la concesión revertirá al Estado y el área quedará libre.

⁴ De conformidad con la Ley de Minería y su Reglamento de Aplicación son Sujetos de Derecho Minero aquellos que tienen domicilio o sucursal en Ecuador, tienen como giro social las actividades mineras, no han caído en las inhabilidades establecidas en la Ley, Reglamento y Mandato Constituyente No. 6, y han sido declarados como tales por la autoridad rectora.

Lo interesante de la discusión es saber que se está transmitiendo, llámese lo que la doctrina indica como todos los derechos de aprovechamiento, con la salvedad establecida en el apartado anterior admiten, la posibilidad de ser transmitidos y arrendados, lo que evidentemente supone una transferencia de la posesión y por tanto del derecho de aprovechamiento y de disfrute que condena. Pero también pueden ser gravados es decir son susceptibles de exposición por los particulares a través de cualquiera de los medios admitidos en derecho. Esta posibilidad de disponer sobre los derechos mineros, que permite su transmisión, puede recaer sobre su totalidad, o sólo sobre parte de ellos Y admite la transmisión, arrendamiento y gravamen en todo o en parte de los mismos (Carmen, 2000). Vale destacar que la legislación ecuatoriana no prevé la figura del arrendamiento de los derechos mineros.

c) **Es susceptible de dación en garantía.-** El artículo 128 y 130 de la Ley de Minería establecen para este efecto que es potestad del concesionario minero el dar en garantía su título minero Como para el efecto éste debe solicitar una autorización al Estado, a fin de que éste emita una resolución expresa. La cesión en garantía es un gravamen sobre la concesión, sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento lo catalogan como un gravamen del derecho real. Esto a pesar de tener características de gravamen real, tales como: i) celebración por instrumento público; ii) inscripción en el registro especializado; iii) anotación como gravamen especializado en el Registro Minero. En este punto se vuelve a la discusión respecto de la discrecionalidad que tendrá el Estado al momento de aprobar la cesión en garantía. Adicionalmente, el Art 128 de la Ley de Minería también versa en el sentido de que solamente son susceptibles de cesión en garantía las construcciones que contienen las concesiones mineras; y que, el cesionario en garantía (acreedor) debe reunir los mismos requisitos que un titular de concesiones mineras; esto es, estar domiciliado en el Ecuador y ser Sujeto de Derechos Mineros. Esto nos lleva a dos conclusiones: i) al derecho minero, la Ley le brinda características de derecho real; ii) la discrecionalidad del Estado causa una ruptura con los atributos y potestades que tiene el concesionario.

d) Es Renovable.- La Ley de Minería vigente establece que el título minero tiene una duración de 25 años⁵; tal como versa el Art. 36 de la Ley de Minería (2009), que se reproduce a continuación:

La concesión minera tendrá un plazo de duración de hasta veinte y cinco años que podrá ser renovada por períodos iguales, siempre y cuando se hubiere presentado petición escrita del concesionario al Ministerio Sectorial para tal fin, antes de su vencimiento y se haya obtenido previamente el informe favorable de la Agencia de Regulación y Control Minero y del Ministerio del Ambiente.

En caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente dentro del plazo de 90 días desde la presentación de la petición indicada anteriormente, se producirá el silencio administrativo positivo, en cuyo caso el título minero se renovará por diez años considerando la renegociación objetiva del contrato que amerite. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente.

Es decir, que el plazo de la concesión de 25 años, le da además al titular de la concesión minera el derecho a extenderla, para lo cual se deben cumplir las condiciones que a continuación se detallan:

- Que se solicite la extensión por un plazo igual al original, esto es, 25 años.
- Que, como paso previo a la aprobación, medien informes favorables de la Agencia de Regulación y Control Minero, respecto al cumplimiento de las obligaciones formales y económicas del concesionario minero, así como de cualquier gravamen o afectación material a la concesión; y, del

⁵ Actualmente no existe en el Ecuador título minero alguno que tenga dicha duración, puesto que, cuando se expidió la Ley de Minería (Reg. Oficial de 23 de enero de 2009) se aplicó la disposición transitoria primera, que ordenó la sustitución de los títulos mineros después del Mandato Constituyente No. 6; consecuentemente, el plazo de vigencia de los títulos mineros es de 25 años, restado el tiempo que transcurrió desde antes de la expedición del referido Mandato No. 6.

Ministerio del Ambiente, en relación al cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental y eventual remediación pendiente de pasivos en el área minera.

Adicionalmente, la norma establece que, en caso de no haber respuesta positiva de parte de la autoridad administradora de los derechos mineros, una vez que han transcurrido 90 días después de la petición, se deberá considerar la petición bajo el efecto del silencio administrativo positivo, pero se emitirá un nuevo título minero solamente por el periodo de 10 años.

Es importante mencionar que aunque la norma no lo cite expresamente, se entiende que hay unidad en cuanto al plazo del título minero, es decir, que el plazo de 25 años es corrido, sin interrupciones, y que consecuentemente, cualquier ruptura de plazos o quiebres entre las fases mineras, podría causar una extinción del derecho minero. Esto sin embargo, no se ha dado en la práctica, pues los precedentes hasta el momento conocidos han roto con este “principio de unidad” en el plazo del título minero, dejando vacíos que aún no tienen explicación⁶.

- e) **Es un derecho personal.**- Es quizás esta la característica más polémica y más importante del derecho minero en la legislación ecuatoriana. Si bien es cierto ya hemos detectado ciertas falencias en las demás características, esta es absolutamente novedosa en la normativa analizada; no se ha hallado ley minera o de recursos naturales alguna que dote de esta característica al título minero, o en general, a la concesión o delegación de parte del Estado.

Entendemos al derecho personal en su más simple definición, esto es, un derecho propio de la persona, de carácter crediticio, que le brinda a esta persona la calidad de acreedor, y consecuentemente lo vincula en una relación jurídica con un deudor (o en general alguien a quien exigir el cumplimiento de su

⁶ En el precedente conocido, el Viceministro de Minas, mediante oficio No. MRNRR-VM-2012-0768 confirió la extensión de la fase de exploración (periodo de evaluación económica del yacimiento) del proyecto minero Río Blanco, 3 meses después que se le solicitó, y 49 días después que caducó el periodo original; la resolución no emite pronunciamiento sobre la vida jurídica del título durante tal lapso.

prerrogativa), a fin de hacer valer su derecho. La doctrina lo define como: *Como contrapuesto a Derecho real, el vínculo jurídico entre dos personas, que pueden ser acreedores o deudores de manera unilateral o recíproca, si existe bilateralidad entre los nexos o las prestaciones. Con amplitud, en los derechos personales entra todo el Derecho de Familia y el de las Obligaciones (a los efectos de ofrecer un panorama completo sobre Derecho personal puede resultar útil leer la entrada sobre el término precedente a esta nota en la presente referencia jurídica).* (Ossorio, 1970).

Hemos tratado de obtener alguna explicación adicional sobre este tema, pero lamentablemente las actas legislativas tampoco proveen información sobre la justificación de este tema; en todo caso, entendemos que el espíritu del legislador se materializa en dos puntos: (i) que al ser el Estado el dueño irrenunciable e indiscutible de los recursos minerales, no puede existir otro que ostente derecho real alguno; (ii) a consecuencia de lo anteriormente dicho, se le brinda al concesionario minero, el derecho personal – potestativo – a ejercer las actividades mineras que la Ley de Minería le faculta, y que se materializan en las fases mineras (prospección, exploración, explotación, procesamiento, beneficio y comercio), de las cuales se tratará más adelante en esta investigación.

La inquietud que se plantea es quién es el deudor en dicha relación jurídica de derecho personal; entendemos que si el Estado delega a la iniciativa privada la operación de recursos mineros lo está haciendo en ejercicio de su capacidad de imperio, y mediante un acto administrativo, que conforme lo indican legislación vigente y doctrina gozan de los principios de legitimidad y ejecutoriedad, consecuentemente, ¿a quién debe el concesionario minero exigir que se cumpla su potestad? Al parecer, en un intento por reforzar la teoría de que el Estado es el dueño de los recursos naturales, y que esto no admite objeción en contrario, se agregó el concepto del derecho personal, sin medir las consecuencias de dicho acto legislativo.

Por otro lado, un efecto muy claro es privar al concesionario minero de cualquier derecho real, con lo cual, se puede abrir la discusión sobre la verdadera potestad que tiene el concesionario para aprovecharse de los frutos del subsuelo, y posteriormente comercializarlos, se podría incluso construir una teoría de venta de cosa ajena, si nos amparamos exclusivamente en la definición de derecho personal. Este es quizás el punto más delicado de la normativa en los actuales momentos, tratándose de una característica que, podría quedarse simplemente en una discusión eminentemente doctrinaria, pero en su defecto, causa claras consecuencias sobre los títulos mineros.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL EJERCICIO DEL DERECHO MINERO

2.1. FASES DEL TÍTULO MINERO

Como ya se dijo en la introducción de esta investigación, el negocio minero tiene períodos, y no todo proyecto minero cumple la totalidad del ciclo. Vale destacar que es un negocio de largo aliento, tenemos así por ejemplo las minas de Zaruma, las cuales también son referidas en esta investigación, mismas que tienen más de cien años de historia y continúan produciendo metales. De la misma manera, si es que se analiza la historia de los proyectos que actualmente ha sido catalogados como estratégicos por el gobierno ecuatoriano, caeremos en cuenta que muchos de ellos tienen una historia de exploración de al menos 20 años, tal es el caso el proyecto Mirador, ubicado en la provincia de Zamora Chinchipe, mismo que tiene trabajos exploratorios desde 1996, y finalmente en el año 2012, sus actuales concesionarios lograron suscribir el contrato de explotación minera.

Muchos factores pueden llevar al éxito o fracaso de un proyecto minero, finanzas, asuntos ambientales, relaciones con la comunidad, regulatorios o simplemente mala suerte. La estadística provista por la Cámara de Minería del Ecuador⁷ indican que solamente el 3% de las concesiones mineras en el Ecuador han sido debidamente exploradas y se considera al resto del territorio nacional como inexplorado, en ese sentido no se puede hablar de una gran actividad minera en el Ecuador, sino por el contrario en pequeñas y aisladas actividades de una industria naciente en nuestro país.

El título minero brinda al concesionario el derecho a ejercer todas las actividades de la vida útil de una concesión minera. Por regla general, en el negocio minero se inicia, una vez que se ha obtenido un título minero, investigando la existencia de indicios de minerales; muchas veces esta investigación es exclusivamente manual, mediante el recorrido físico de las concesiones mineras, a fin de detectar la existencia, o no, de minerales. En caso de que esta primera aproximación refleje resultados positivos

⁷ Recuperado de la página web: www.cme.org.ec

sobre la existencia de minerales, el concesionario minero buscar ampliar el espectro de su investigación, con el objetivo de empezar a recabar evidencias más concretas sobre la existencia de anomalías minerales en el territorio; la investigación se vuelve más formal, se utiliza maquinaria y trabajadores comunitarios de la zona de la concesión para realizar actividades de perforación, construcción de pequeñas trincheras, construcción de pozos el levantamiento de muestras, con el objetivo de determinar la existencia de un depósito de minerales, y posteriormente poder cuantificarlo

Una vez que el depósito de mineral ha sido individualizado y cuantificado, el concesionario minero opta por realizar un estudio de factibilidad, con el fin de constatar la posibilidad técnica, financiera, ambiental, logística, entre otros de iniciar actividades de explotación en la construcción. Lamentablemente el Ecuador, hasta esta fecha no cuenta con una norma que establece el mecanismo para la elaboración de un estudio de factibilidad, motivo por el cual las empresas locales, los auditores mineros, y en general todos los concesionarios se ven en la penosa obligación de recurrir a la normativa internacional para elaborar este tipo de estudios. Así por ejemplo Canadá tienen la normativa NI43 – 101 que permite conocer los pasos a seguir, procedimientos y demás formalidades pendientes a obtener este tipo de informe, sin embargo, la normativa tampoco es clara al momento de hablar de la admisibilidad de los estudios internacionales. Entendemos que la Agencia de Regulación y Control Minero está trabajando en la expedición de un reglamento que permita tener una versión nacional de este tipo de reportes.

El estudio de factibilidad es aquel que permite determinar dos conclusiones principales, por una parte la verificación científica y metodológica de la existencia de un yacimiento minero, incluyendo su dimensión y cuantificación, y por otra parte realizar los modelos económicos pertinentes para determinar si el proyecto minero es o no rentable. Bajo esta arista podemos apreciar que el Ecuador es una jurisdicción que no tiene mucha experiencia ya que existen pocos proyectos mineros en la fase de explotación, lo que se conoce es que a nivel tributario el Ecuador es una de las jurisdicciones más caras del mundo, y consecuentemente proyectos mineros que en otros países serían rentables dejan de serlo en nuestro país. Entonces el estudio de factibilidad es el que determina si un proyecto minero pasa o no a explotación. La doctrina especializada en Geología minera indica que es el momento culminante de la

exploración, ya que es convertir los hallazgos en números y compaginarlos con la realidad económica de la jurisdicción, tras lo cual viene la decisión sobre la conveniencia de pasar a explotación. Es además el momento en que más claramente se evidencia la naturaleza del riesgo de esta industria, según estadísticas internacionales, para lograr una buena exploración de un yacimiento se requiere una inversión no inferior a US\$ 50 millones, y un estudio de factibilidad bien realizado no debe tener un costo inferior a medio millón de dólares; y recién en este punto, se puede tomar la decisión de continuar adelante con el proyecto.

En caso de que el proyecto minero pase a explotación, esta fase tiene que ver con las actividades de aprovechamiento que tiene el concesionario minero de los recursos mineros subterráneos o de superficie. La explotación puede ser a cielo abierto, subterránea y aluvial. Una vez que se han extraído los materiales de mina, se conducen una serie de procesos físicos y químicos para transformarlos en minerales objeto de comercio; bajo norma ecuatoriana, esto último es una actividad independiente, pero en otras legislaciones, esto es parte del periodo de explotación.

Finalmente, el comercio de minerales es el ejercicio de una fase derivada de las anteriores, y que bajo normativa ecuatoriana es una fase minera propia del título.

2.1.1. PERIODO DE PROSPECCIÓN

El Art. 27 de la Ley de Minería (2009) define a esta fase minera como *Prospección, que consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas*; En ese mismo sentido, la normativa minera indica que se consagra una libertad de prospección en el territorio ecuatoriano, con excepción de las áreas protegidas. La naturaleza de la declaratoria de libertad de prospección se da como un impulso a la industria minera, ya que la libertad de prospección impulsaría la búsqueda manual de hallazgos minerales, y esto, a pesar de ser una fase minera, no requeriría de un título minero, motivo por el cual, debería ser una actividad libre en Ecuador; sin embargo, esto se desvirtúa en función del proceso de subasta para el otorgamiento de concesiones mineras⁸.

⁸ La normativa minera establece que el único mecanismo para el otorgamiento de concesiones mineras para la iniciativa privada es el procedimiento de subasta y remate de áreas mineras, en la cual la

La doctrina especializada define a la prospección de la siguiente manera: *searching for new deposits; also, preliminary exploration to test the value of lodes or places already known to exist; the basic meaning of the term is search and the objective is discovery of coal or mineral only proves its superficial existence and further work is necessary to establish its quality and extent.*⁹ (The staff of the bureau of mines, 1990).

Concordante con lo dicho por la doctrina, el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (2015) en su At. 32 define a la prospección de la siguiente manera:

Aquellas actividades de prospección que se realicen exclusivamente a través de observaciones visuales, que incluyan actividades de geofísica remota y recolección manual de muestras superficiales y suelos en cantidades no comerciales destinadas a análisis de laboratorio, se podrán realizar libremente. El prospector, no obstante enviará previo al inicio de sus actividades una comunicación al Ministerio del Ambiente o sus regionales para efectos de un registro general de esta actividad.

De esta forma concluimos que la prospección es la conducción de actividades manuales para buscar la existencia de minerales en una determinada zona, y que la normativa vigente lo limita a observaciones visuales, actividades de geofísica remota, y recolección manual de muestras, este periodo al ser libre, no tiene limitantes de tiempo, espacio (salvo los ambientales).

2.1.2. EXPLORACIÓN

Previo a revisar lo que significa la exploración en nuestro país, debemos aclarar que en el Ecuador, la fase de exploración se divide en 3 grandes periodos: i) exploración inicial; ii) exploración avanzada; iii) evaluación económica del yacimiento. De conformidad con la normativa vigente, esto debe ser cubierto en un periodo total no mayor a 10 años, y existe una categorización en relación al tipo de permiso ambiental que debe cumplirse en cada caso.

autoridad rectora, no sólo evalúa las ofertas económicas, sino también el criterio ambiental, técnico y social, así como la idoneidad del oferente.

⁹ Traducción no oficial del autor de la cita: *la búsqueda de nuevos yacimientos; también, exploración preliminar para probar el valor de vetas o plazas que ya se sabe que existen; el significado básico de la palabra es la búsqueda y el objetivo es el descubrimiento del carbón o mineral, sólo demuestra su existencia superficial y es necesario seguir trabajando para establecer su calidad y extensión*

2.1.2.1. PERIODO DE EXPLORACIÓN INICIAL

La doctrina, de forma general define a la exploración de la siguiente manera: *surface or underground headings, drifts or tunnels. Exploration aims at locating the presence of economic deposits and establishing their nature, shape and grade*¹⁰. (The bureau of mining staff, 1990)

Como ya se ha dicho en la normativa ecuatoriana, la fase de exploración es una mezcla entre lo que se denomina periodo de exploración inicial, exploración avanzada y evaluación económica del yacimiento, conforme reza el Art. 37 de la Ley de Minería:

Etapas de exploración de la concesión minera.- Una vez otorgada la concesión minera, su titular deberá realizar labores de exploración en el área de la concesión por un plazo de hasta cuatro años, lo que constituirá el período de exploración inicial.

No obstante, antes del vencimiento de dicho período de exploración inicial, el concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial que se le conceda otro período de hasta cuatro años para llevar adelante el período de exploración avanzada, en cuyo caso su solicitud deberá contener la renuncia expresa a una parte de la superficie de la extensión total de la concesión otorgada originalmente.

El Ministerio Sectorial dará curso a esta solicitud siempre y cuando el concesionario minero hubiere cumplido con las actividades e inversiones mínimas en el área de la concesión minera durante el período de exploración inicial. Una vez recibida la solicitud indicada en los términos referidos anteriormente, el Ministerio Sectorial dictará una resolución administrativa declarando el inicio del período de exploración avanzada. Sin embargo, en caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente en el plazo

¹⁰Traducción no oficial del autor de la cita: *direccionado en superficie o bajo tierra, zanjas o túneles. La exploración apunta a la localización de la presencia de depósitos económicos y establecer su naturaleza, forma y grado.*

de 60 días desde la presentación de la solicitud, se producirá el silencio administrativo positivo. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente.

Una vez cumplido el período de exploración inicial o el período de exploración avanzada, según sea el caso, el concesionario minero tendrá un período de hasta dos años para realizar la evaluación económica del yacimiento y solicitar, antes de su vencimiento, el inicio a la etapa de explotación y la correspondiente suscripción del Contrato de Explotación Minera, en los términos indicados en esta ley. El concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial la extensión del período de evaluación económica del yacimiento por un plazo de hasta dos años contados desde la fecha del acto administrativo que acoge dicha solicitud, debiendo el concesionario pagar la patente anual de conservación para el período de evaluación económica del yacimiento, aumentada en un 50 por ciento.

En caso que el concesionario minero no solicite dar inicio a la etapa de explotación en los términos antes indicados, la concesión minera se declarará extinguida por parte del Ministerio Sectorial.

La distinción que hace la normativa minera es relativa las actividades que se pueden conducir durante el periodo de exploración; tenemos así que en exploración inicial se pueden conducir actividades que no sean de amplio impacto para el ambiente, y que sean tendientes a identificar la existencia de minerales. Como ya se ha dicho, no existen muchas jurisdicciones en el mundo que acepten este tipo de concepto, sin embargo, la doctrina especializada lo reseña de la siguiente manera: *an investigation carried out along certain broad features of a coal or mineral area, with the object of deciding whether the proposition is such as to warrant a detailed or final exploration which is often costly*¹¹. (The staff of the bureau of mines, 1990)

¹¹ Traducción no oficial de la cita de parte del autor: *una investigación llevada a cabo a lo largo de ciertas características generales de un área de carbón o mineral, con el objeto de decidir si la proposición es tal como para justificar una exploración detallada o final que a menudo es costosa*

Según lo descrito en la legislación ecuatoriana, el propósito de la explotación inicial es solamente determinar la existencia de indicios de minerales dentro de una concesión minera, y poder delimitar el campo de exploración dentro de la misma; esto nos lleva a concluir que para desarrollar actividades de exploración inicial se requiere de un título de concesión minera.

El Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (2014) señala en su glosario de términos, como actividades propias del periodo de exploración avanzada a las siguientes: *Recolección manual de muestras de rocas, suelos y sedimentos fluviales, toma de datos por métodos geofísicos, apertura de trochas, trincheras, pozos exploratorios, campamentos volantes y otra infraestructura necesaria.*

Asimismo, la normativa minera vigente indica que existe un periodo de exploración inicial no superior a 4 años, tras lo cual obligatoriamente el concesionario minero debe tomar una decisión sobre el área, que sería, continuar explorando –mediante el cambio de fase a exploración avanzada- o en su defecto, devolver la concesión al Estado ecuatoriano. Tratando de interpretar un poco el espíritu del legislador, la intención de la norma, al concluir el periodo de exploración inicial es que el concesionario minero tenga un poco más de certidumbre sobre la existencia de minerales en la concesión, y para el cambio de periodo a exploración avanzada, haya cumplido dos requisitos: i) una renuncia parcial al área, en virtud de tener más reducido el área de su interés; ii) haber cumplido a cabalidad con los informes anuales de exploración y los presupuestos ofrecidos al Estado.

Por otro lado, también es importante considerar las obligaciones del concesionario minero respecto del ejercicio de sus derechos en este periodo, particularmente, la anual de reportar sus actividades exploratorias, y de presentar un plan mínimo de inversiones que justifique las actividades que se conducirán en el siguiente ejercicio fiscal; vale además aclarar que la no presentación de estos informes, o el incumplimiento del plan de inversión son causal para declarar la caducidad de las áreas mineras.

2.1.2.2. EXPLORACIÓN AVANZADA

La exploración avanzada es lo que en otras jurisdicciones se conoce como exploración propiamente dicha y que consiste en todas las actividades físicas, químicas, logísticas, construcciones y demás, tendientes a determinar la forma, tamaño y calidad de un yacimiento minero. El ya citado Art. 27 de la Ley de Minería indica respecto de esta fase que: *Exploración, que consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. La exploración podrá ser inicial o avanzada e incluye también la evaluación económica del yacimiento, su factibilidad técnica y el diseño de su explotación;*

De conformidad con lo expuesto en la normativa vigente, este periodo no es superior a 4 años, y al mismo se puede llegar exclusivamente desde la exploración inicial; más adelante se hablará además de los permisos ambientales que requiere la ejecución de cada una de las actividades ambientales.

Como se ha expuesto, la distinción entre los periodos de exploración inicial y avanzada se da por las actividades autorizadas, en ese sentido, el Reglamento Ambiental de Actividades mineras (2014) indica lo siguiente: *trabajos de perforación; construcción de galerías exploratorias; apertura de vías de acceso; apertura de trincheras, construcción de campamentos, y otra infraestructura necesaria.*

Finalmente, una crítica que se realiza, desde el punto de vista técnico a esta división de periodos entre exploración inicial y avanzada, cuya única real diferencia son las actividades autorizadas a conducir, es que el real periodo de exploración (exploración avanzada) es solamente de 4 años, con lo cual las posibilidades reales de descubrimiento de yacimientos mineros se reduce drásticamente, como ya se dijo en la parte inicial de este capítulo, muchos de los proyectos mineros no terminan en explotación, siendo uno de los principales motivos la falta de actividades exploratorias, hecho que se verifica con la revisión histórica de algunos de los proyectos mineros catalogados como estratégicos por el sector público, y que tienen a su haber al menos 15 años de exploración.

2.1.2.3. EVALUACIÓN ECONÓMICA DEL YACIMIENTO

Se constituye por un periodo de hasta 2 años, dentro de la fase de exploración, en la cual se toman todos los resultados de la exploración, y se analiza la factibilidad del proyecto minero, para lo cual se elabora un estudio; de conformidad con la normativa vigente, el concesionario minero tiene derecho a continuar realizando actividades de exploración mientras se dan estas actividades. Este es el único periodo dentro de la fase de exploración que no requiere de un permiso ambiental específico, ya que está amparado por el permiso ambiental de la exploración avanzada, de hecho, mientras se conducen los estudios, el concesionario tiene derecho a continuar actividades de exploración avanzada.

Como ya se indicado en esta investigación, a pesar de que la Ley de Minería consagra este periodo, uno de los problemas prácticos que existe es la falta de una norma local que permita establecer los parámetros que tiene este estudio, es por eso que los concesionarios se han visto obligados a realizarlo en base a normativa internacional.

2.1.3. EXPLOTACIÓN

La explotación es la fase culminante de la actividad minera, y no es más que el mecanismo de extracción de los minerales de la concesión. La explotación puede ser a cielo abierto, subterránea, o aluvial, según la característica del yacimiento. En ese sentido, la Ley de Minería (2009) en su Art. 27 define a la explotación como *Explotación, que 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.*

Por otro lado, la doctrina en material de minería señala que es *the process of producing from the earth, oil, gas, minerals, or rocks which have been found as the result of exploration*¹² (The bureau of mining staff, 1990).

En el mismo sentido, el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (2014) indica que la explotación tiene la siguiente definición: *Conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento, y a la extracción y transporte de los minerales.*

Normativa ecuatoriana tiene sus particularidades con relación a la fase de explotación tiene algunas peculiaridades, conforme se detalla a continuación:

Tipos de extracción del mineral

- Subterránea.- Mecanismo de explotación bajo tierra, mediante la creación de túneles subterráneos, y que se utiliza para depósitos minerales de alta densidad.
- Cielo abierto.- Es un mecanismo de explotación de los minerales cerca de la superficie. Inicialmente se hace una limpieza de la zona, en la cual se remueve la superficie y su capa vegetal, y luego el mineral es extraído por intermedio de voladuras que generan unas terrazas en la superficie, se utiliza para proyectos de baja concentración de mineral.
- Aluvial.- Mecanismo de explotación mediante el lavado de los arrastres del río para la extracción de mineral.

Asimismo, la normativa señala que de conformidad con el volumen de producción, se puede catalogar a la fase de explotación de la siguiente manera:

- Minería artesanal: Producción de subsistencia, no más de 10 tons/día.
- Pequeña minería: Inversión exclusivamente nacional, no más de 300 tons/día.
- Mediana minería: Producción inferior a 1,000 tons/día.
- Minería a gran escala: Superior a 1,000 tons/día.

¹² Traducción no oficial de la cita del autor: el proceso de producción de la tierra, petróleo, gas, minerales o rocas que se han encontrado como resultado de la exploración

Para fines de esta investigación, se profundizará solamente en la explotación a gran escala.

2.1.3.1. NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA

Al momento en que el concesionario se encuentre en la fase de exploración, y dentro de ésta en el periodo de evaluación económica, tiene derecho a pedir al Ministerio de Minería, en su calidad de rector de los derechos mineros el inicio de un periodo para la negociación del Contrato de Explotación Minera, para lo cual está en la obligación de cumplir con varios requisitos previstos en la legislación. Cuando la autoridad admite a trámite la solicitud de inicio de la negociación del contrato de explotación minera, la primera obligación del concesionario es notificar los nombres de los integrantes de su equipo negociador, mismo que debe estar compuesto por 4 personas con conocimientos en materia minera, jurídica, técnica, operativa, ambiental, tributaria-financiera, entre otras disciplinas; mientras que del lado del Estado, existe un grupo de supervisión de la negociación de los contratos de explotación, conformado por delegados de la Presidencia de la República; Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos; Ministerio de Minería; Ministerio de Ambiente; y Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión. La negociación debe sustentarse en el modelo de contrato de explotación minera aprobado mediante acuerdo ministerial.

El contrato de explotación minera debe contener las obligaciones de ambas partes, haciendo énfasis en los asuntos ambientales, sociales, presentación de garantías, pago de regalías, impuestos patentes, cierre de la mina, entre otras. Los puntos más álgidos de negociaciones pasadas fueron: (i) pago de regalías anticipadas (que no se encuentran reguladas en la normativa); (ii) la definición del precio base para la aplicación del impuesto a los ingresos extraordinarios (windfall tax); (iii) la cláusula de resolución de controversias; y (iv) en general, el esquema tributario aplicable.

Finalmente, es importante aclarar que, a diferencia de la fase de exploración, la explotación no tiene una duración determinada en el tiempo, siendo los dos criterios que marcan la misma, por una parte la vigencia del título minero, y por otro, la planificación de explotación de la mina, en cuanto a tiempo se refiere.

2.1.4. ETAPA DE PROCESAMIENTO DE MINERALES

A diferencia de lo analizado anteriormente, ésta si constituye una fase minera propiamente dicha, y se materializa en la construcción de plantas de procesamiento y beneficio de minerales, mismas que siguen el régimen general establecido para la industria minera, es decir que para poder ejercer esta fase de la actividad minera se requiere de un derecho minero, mismo que es consagrado en el título minero, en ese sentido, la normativa actualmente establece lo siguiente:

Derechos del concesionario minero para la instalación de plantas.- Los titulares de concesiones mineras pueden instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, al amparo de sus concesiones, sin necesidad de solicitar la autorización prevista en el artículo anterior, siempre que dichas plantas se destinen a tratar los minerales de las mismas. El tratamiento de minerales ajenos a la concesión requerirá la autorización respectiva. (Ley de Minería, 2009)

A pesar de lo expuesto anteriormente, y marcando una clara diferencia de las concesiones mineras, las Plantas de Beneficio, Fundición y Refinación mantienen un régimen de autorización para instalación y operación. En este sentido el Artículo 45 de la Ley de Minería establece:

Autorización para instalación y operación de plantas.- El Ministerio Sectorial podrá autorizar la instalación y operación de plantas de beneficio, fundición o refinación a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias y de auto gestión, que lo solicite de conformidad con lo establecido en la presente ley y su reglamento general. No

será requisito ser titular de una concesión minera para presentar dicha solicitud. Para la pequeña minería, el Estado autorizará el funcionamiento de plantas de beneficio de minerales, constituidas exclusivamente por trituración y molienda, con una capacidad instalada de 10 toneladas diarias y plantas de beneficio; que incluyan trituración, molienda, flotación y/o cianuración con una capacidad mínima de 50 toneladas diarias. Las personas naturales o jurídicas que soliciten autorización de instalación y operación de plantas de beneficio, fundición o refinación, deberán contar con la respectiva Licencia Ambiental, incluso si fuesen concesionarios. Para obtener la autorización, en la normativa ambiental vigente y en el reglamento general a esta ley se establecerán los requisitos.

Tenemos entonces que el mandato de la Ley de Minería abre un espectro con relación a las plantas, brindando dos posibilidades regulatorias: i) los concesionarios que construyen una planta para procesar su propio material (proveniente de sus concesiones) no requieren título minero; ii) aquellos que deseen procesar el material de otras concesiones si requieren título minero.

Adicionalmente, cabe una reflexión sobre un aspecto algo confuso. El derecho minero, como ya se ha indicado en esta investigación, se materializa en el título minero, el cual está dado por una concesión minera; esto se desvirtúa en la fase minera de procesamiento y refinación, puesto que el Estado brinda un título minero que es una autorización para operar una planta de procesamiento de minerales, y que lo haga con el material de terceros, esto hace que, comparativamente con otras legislaciones, el Ecuador sea uno de los pocos que permita la emanación de derechos mineros desde más de un documento.

Existe la particularidad de que el título minero para una planta tiene un plazo, que no es como el de una concesión minera, sino que está atado a la capacidad de la planta. Asimismo, se sigue la misma suerte con las solemnidades para la inscripción del título, esto es, se deberá inscribir la autorización en el Registro Minero de la jurisdicción en un término de 30 días. Adicionalmente, hasta 15 días hábiles después de la Inscripción se deberán remitir dos ejemplares de la misma a la Subsecretaría de Minas correspondiente a la jurisdicción.

2.2. CAMBIO DE FASE MINERA

Podemos decir, de forma general, que cada cambio de fase minera requiere de un acto administrativo expreso del ente rector – Ministerio de Minería- y de los permisos propios del ejercicio de cada actividad. El cambio de fase más claro es el previsto para los tipos de exploración. De acuerdo al Art. 37 de la Ley de Minería, el paso de la fase de exploración inicial a la fase de exploración avanzada se realiza mediante una petición a la autoridad solicitando un plazo adicional de exploración (de máximo de 4 años), a fin de pasar de exploración inicial a exploración avanzada. En esta petición se debe renunciar expresamente a una parte de la superficie total de la concesión.

El Acuerdo 231 del 10 de diciembre de 2010 regula el cambio de fase, estableciendo que para pasar de la etapa de exploración inicial a exploración avanzada se debe presentar una solicitud a la Subsecretaría Regional de Minas cumpliendo los siguientes requisitos:

- a) Solicitar que se otorguen 4 años más para realizar labores de exploración avanzada y se autorice el inicio de dicha fase;
- b) Renunciar expresamente a una parte de las concesiones, siguiendo el procedimiento establecido en el Título XII de la Ley de Minería y en el Título VI del Reglamento General a la Ley. Si esta renuncia afecta a terceros, se debe obtener el consentimiento de ellos o iniciar un proceso de socialización y oposición; el proceso de renuncia implica, a su vez, la presentación de documentos adicionales como la aprobación de la auditoría ambiental respecto del área que se renuncia. Vale recalcar que desde junio de 2014, este trámite de renuncia se lo maneja en cuerda separada, haciendo que, se aprueben dos resoluciones administrativas, una de cambio de fase, y otra de renuncia parcial al área minera.
Cabe mencionar que estas normas no establecen el porcentaje del área de la concesión que se renunciaría;
- c) Declarar expresamente haber cumplido con las actividades e inversiones mínimas de la explotación inicial;

- d) Declarar expresamente que se presentan tres actos administrativos previos y favorables:
- i. Aprobación del Estudio de Impacto Ambiental o Licencia Ambiental;
 - ii. Autorización para uso y aprovechamiento de agua;

Punto importante además a considerar es que el único cambio de fase que no requiere de autorización expresa del Estado es el pase del periodo de exploración avanzada a evaluación económica del yacimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Minería, así como en la normativa de inferior jerarquía, esto es declarativo de parte del concesionario, y como ya hemos expuesto, no requiere permiso ambiental alguno.

Aquí podemos además concluir que existe una nueva ruptura sobre el título minero; como ya vimos, el Estado brinda la característica de derecho personal al mismo, esto es, la potestad de exigir a otro algo, en este caso, la potestad de ejercer las fases mineras. A pesar de ello, en todos los cambios de fase minera – salvo el paso a evaluación del yacimiento – se requieren dos elementos sustanciales: i) los actos previos del Art. 26 de la Ley de Minería, y, ii) una autorización expresa de la autoridad rectora. Esto conlleva un claro rompimiento de ese derecho personal, si el concesionario no cumple los requisitos del Art. 26 de la Ley de Minería, no podrá ejercer sus fases mineras, y además de contar con dichos actos previos, requiere pronunciamiento favorable de la autoridad, lo cual le lleva a ponerse en manos de la discrecionalidad del funcionario público. Consecuentemente, el derecho personal, una vez más, se demuestra como una consagración ineficaz en la Ley de Minería.

2.3. PERMISOS DE LA ACTIVIDAD MINERA

De conformidad con la Ley de Minería¹³ vigente, existen tres grandes permisos para la actividad minera, que son los que se detallan a continuación:

¹³ El Art. 26 de la Ley de Minería versa:

Art. 26.- Actos administrativos previos.- Para ejecutar las actividades mineras se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente por las siguientes instituciones dentro del ámbito de sus respectivas competencias:

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

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

- Permiso de la autoridad ambiental
- Permiso de la autoridad del agua
- Declaración jurada de no afectar bienes nacionales, patrimonio cultural, instalaciones militares y otros con la actividad minera.

El objetivo de cada uno de los permisos es garantizar el buen manejo ambiental y de aguas que se brinde en el proyecto minero. Para el caso del permiso de uso de aguas, este tiene que ver con la autorización para uso y aprovechamiento de aguas que se puede dar en el ejercicio de las fases mineras, y debe cumplirse el precepto consagrado en la Ley de Recursos Hídricos, esto es, que el agua utilizada sea tomada, usada, tratada y devuelta, en igual o mejores condiciones de la recibida.

Por otro lado, tratándose de los permisos ambientales, los mismos están categorizados, de acuerdo al grado de impacto ambiental que se va a tener en el ejercicio de cada una de las fases mineras¹⁴, de conformidad con el siguiente detalle:

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

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

¹⁴ El Art. 78 de la Ley de Minería establece lo siguiente:

Art. 78.- Los titulares de derechos mineros, previamente a la iniciación de las actividades, deberán elaborar y presentar estudios o documentos ambientales, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades; estudios o documentos que deberán ser aprobados por la Autoridad Ambiental competente, con el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental. El Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, que dictará el ministerio del ramo, establecerá los requisitos y procedimientos para la aplicación de este artículo.

Para el procedimiento de presentación y calificación de los estudios ambientales, planes de manejo ambiental y otorgamiento de licencias ambientales, los límites permisibles y parámetros técnicos exigibles serán aquellos establecidos en la normativa ambiental minera aplicable.

Las actividades mineras previo a la obtención de la respectiva autorización administrativa ambiental, requieren de la presentación de garantías económicas determinadas en la normativa minero ambiental aplicable.

Los titulares de derechos mineros están obligados a presentar, al año de haberse emitido la Licencia Ambiental, una auditoría ambiental de cumplimiento que permita a la entidad de control monitorear, vigilar y verificar el cumplimiento de los planes de manejo ambiental y normativa ambiental aplicable.

Fase	Permiso Ambiental
Prospección	Notificación al MAE de las actividades a conducir
Exploración inicial	Ficha ambiental
Exploración avanzada	Declaración de Impacto ambiental
Explotación	Estudio de Impacto Ambiental
Procesamiento y beneficio	Estudio de Impacto Ambiental

Fuente: Ley de Minería (2009)

Autor: Andrés Ycaza

Vale recalcar que de conformidad con el citado Artículo 26 de la Ley de Minería, todos los permisos deben ser obtenidos antes de la fase minera, y son documentos habilitantes de la solicitud administrativa de cambio de fase, lo cual nos lleva a concluir dos temas importantes:

- a) La unidad, en materia de tiempo, del título minero podría romperse por la falta de obtención de dichos permisos, en cuyo caso, inicialmente la concesión incurriría en causa de extinción.
- b) Los permisos rompen el derecho crediticio personal “a ejercer las actividades de”, puesto que sin los permisos específicos de cada fase, no se puede ejercer las mismas, consecuentemente, el derecho personal se vuelve de ineficaz aplicación.

Posterior a esto, las Auditorías Ambientales de Cumplimiento serán presentadas cada dos años, sin perjuicio de ello, las garantías ambientales deberán mantenerse vigentes cada año.

...

En los regímenes de mediana y gran minería, para el período de exploración inicial, se requerirá la aprobación de fichas ambientales, para la exploración avanzada una declaratoria ambiental, en tanto que, para la etapa de explotación y las fases subsecuentes requerirán de estudios ambientales, mismos que deberán ser modificados o actualizados en dependencia de los resultados. Sobre la base de estos instrumentos, se otorgarán las correspondientes licencias ambientales.

Una vez que los titulares de derechos mineros, cumplan de manera satisfactoria con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, la aprobación de los documentos, estudios o licencias ambientales, deberán otorgarse en el plazo máximo de seis meses contados a partir de su presentación. De no hacerlo en ese plazo, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras. El funcionario cuya omisión permitió el silencio administrativo positivo será destituido.

CAPÍTULO TERCERO

REVISIÓN DEL DERECHO MINERO EN LATINOAMÉRICA

La experiencia ecuatoriana en minería ha sido principalmente a nivel artesanal y de pequeña minería. Como ya se dijo en esta investigación, la minería industrializada en Ecuador data de mediados del siglo anterior, y posteriormente la industria entró en una suerte de congelamiento. Esto debido a la falta de incentivos para que grandes empresas inviertan en este sector y a la inestabilidad normativa, sobre todo en los últimos tiempos, amén del ya mencionado error de “petrolerizar” al sector minero. Adicionalmente, la innecesaria tramitología, ha conllevado a que muchos potenciales proyectos mineros grandes, sean suspendidos en la fase de exploración por falta de beneficios de orden fiscal y económico que motiven la inversión.

La creación del Ministerio de Minería (Decreto Ejecutivo 578, Registro Oficial 448 del 28 de febrero de 2015) fue un gran paso hacia la institucionalidad que requiere el sector, sin embargo, la normativa local, ambigua, como se la ha visto, y aún sin la suficiente reglamentación, han hecho que el sector acuse falta de movilidad.

Este capítulo versa sobre la revisión de algunos de los conceptos analizados en los capítulos anteriores bajo la perspectiva de la legislación comparada. Para el efecto se toma en consideración normativa latinoamericana, incluyendo a Perú, Chile y Colombia como principales referentes, sobre todo por su historia y familiaridad con la industria; estos elementos nos servirán para obtener conclusiones sobre la eficacia jurídica de la normativa nacional.

3.1. CONCESIÓN MINERA

La Ley de Minería del Ecuador cae en una contradicción, ya que por una parte establece, conforme se ha dicho en esta investigación, que el título minero es la evidencia del derecho minero, pero bajo la denominación genérica de derechos mineros, hace una enunciación de algunos documentos, tales como títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, contratos de operación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de

beneficio, fundición y refinación, de las licencias de comercialización e incluso las autorizaciones excepcionales de minería artesanal. En el caso colombiano, esta disyuntiva fue superada al establecer que el único documento habilitante para ejercer la actividad minera es la concesión minera, que constituye un título minero¹⁵. Mismo precepto se dio con el principio constitucional peruano, que con claridad decretó que el único mecanismo para que el Estado delegue la operación de recursos minerales es la concesión, conforme se mencionó en el capítulo primero de esta investigación.

Otro tema importante es la limitación en la extensión de las concesiones mineras. La normativa ecuatoriana establece el limitante de 5,000 hectáreas por cada concesión, limitante constante en la Ley de Minería¹⁶, a consecuencia del Mandato Constituyente No. 6; este escenario es similar a la legislación chilena, que establece un límite de cinco mil hectáreas por concesión, pero sin limitar el número de concesiones que pueda tener una misma persona (Art. 28, Código de Minería, Chile), a diferencia de la normativa ecuatoriana (Mandato Constituyente No. 6) que establece el limitante de 3 concesiones mineras por cada concesionario¹⁷. De igual forma, Colombia limita a un máximo de cinco mil hectáreas el área para explorar y explotar minerales en el cauce y las riberas de una corriente de agua. Sin embargo, tiene la particularidad de que se debe justificar, mediante estudios técnicos la necesidad de retener la totalidad del área solicitada en concesión, conforme versa el Art. 64 del Código de Minas de Colombia.

Un punto en el que concuerdan la mayoría de legislaciones regionales, en las que se incluye a Chile, Colombia y Argentina, es el declarar a la actividad minera como de

¹⁵ Código de Minas de Colombia, Diario Oficial No. 44.545; Art. 14.- *A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.*

¹⁶ Ley de Minería, Art. 32: *Unidad de medida.- Para fines de aplicación de la presente Ley, la unidad de medida para el otorgamiento de un título minero se denominará "hectárea minera". Esta unidad de medida, constituye un volumen de forma piramidal, cuyo vértice es el centro de la tierra; su límite exterior es la superficie del suelo y corresponde planimétricamente a un cuadrado de cien metros por lado, medido y orientado de acuerdo con el sistema de coordenadas UTM de la Proyección Transversa Mercator, en uso para la Carta Topográfica Nacional.*

...

El título minero es susceptible de división material o acumulación, dentro del límite de una hectárea minera mínima y cinco mil hectáreas mineras máximas, por concesión.

¹⁷ Mandato Constituyente No. 6, Suplemento del Registro Oficial No. 321 de 22 de abril de 2008, Art. 4.- *Se declara la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras que en número mayor de tres (3) hayan sido otorgadas a una sola persona natural o a su cónyuge; o a personas jurídicas y sus empresas vinculadas, sea a través de la participación directa de la persona jurídica, o de sus accionistas y sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

utilidad pública, así como señalar que el Estado tiene el dominio de los minerales que existen en el suelo y subsuelo, independientemente de la propiedad de los terrenos que se encuentren en la superficie. En el caso del Ecuador, se concuerda con el principio de separar la propiedad de los derechos superficiales de la subterránea, y la minería, además de ser de utilidad pública, es consagrada constitucionalmente como un sector estratégico, y consecuentemente, un sector de atención prioritario del Estado, por ser motor de la economía, convirtiendo a la minería, en una versión moderna de los bienes de la corona.

Todas las legislaciones son análogas en cuanto a separar la propiedad de los derechos superficiales en relación a la concesión minera, sin embargo, la legislación peruana es la más evolucionada en ello, puesto que el concesionario minero tiene derecho a solicitar que se le brinde acceso o propiedad de la tierra, de forma prioritaria, siempre que evidencie que el desarrollo del proyecto minero será más fructífero que otras actividades económicas.

Es preciso notar además, que en Chile por ejemplo, la concesión minera otorga derechos sobre todas las sustancias que denomina concesibles (excepto: los hidrocarburos, el litio, los yacimientos de cualquier especie ubicados en aguas marítimas, zonas de seguridad nacional), que existan dentro de los límites de la concesión¹⁸. Asimismo, en Colombia, la concesión otorga el derecho a explotar además de los minerales expresamente comprendidos en el contrato, los que se hallen asociados con estos, o se obtengan como subproductos de la explotación¹⁹. La situación descrita en Colombia disiente de lo consagrado en la norma del Ecuador, ya que existen varios tipos de concesiones, de acuerdo a los tipos de materiales minerales que existen en el suelo y subsuelo (metálico, no metálico), inclusive con las últimas reformas al Reglamento General a la Ley de Minería, se dividen competencias de acuerdo a los materiales, siendo los minerales metálicos competencia privativa del Estado central, y

¹⁸ Código de Minería de Chile, Decreto No. 33 de 13 de enero de 1993, Art. 26.- *La concesión minera tiene por objeto todas las sustancias concesibles que son dentro de sus límites.*

¹⁹ Código de Minas de Colombia, Art. 61.- *El concesionario tiene derecho a explotar además de los minerales expresamente comprendidos en el contrato, los que se hallen en liga íntima o asociados con estos o se obtengan como subproductos de la explotación. Para los efectos del presente artículo, se considera que se hallan en liga íntima los minerales que hacen parte del material extraído y que su separación sólo se obtiene mediante posteriores procesos físicos o químicos de beneficio. Se considera que un mineral es un subproducto de la explotación del concesionario, cuando es necesariamente extraído con el que es objeto del contrato y que por su calidad o cantidad no sería económicamente explotable en forma separada.*

los no metálicos y materiales de construcción, de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

En cuanto se refiere a asuntos ambientales que afectan al otorgamiento o vigencia de derechos mineros, Colombia excluyó a las zonas que comprenden parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales, como zonas en las que no pueden ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación. Sin embargo, abre la puerta para que mediante una adecuada motivación, que sea sustentada en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras, estas puedan ser desarrolladas (Art. 34, Código de Minas, Colombia). Por el contrario, en Ecuador, se consagra la imposibilidad de concesionar y/o realizar actividades extractivas en las zonas de reserva biológica, reservas forestales, parques nacionales, entre otros. Esto se verifica al momento de la expedición del certificado de intersección ambiental, que es el requisito inicial para cualquier trámite ambiental, y en cuyo caso, automáticamente la autoridad ambiental excluye cualquier área de afectación de la zona objeto de licenciamiento ambiental.

Es necesario mencionar además, que el cambio de Ley efectuado en el año 2009, y que ya se ha mencionado en el capítulo primero de esta investigación, se modificó el panorama minero en el Ecuador. Bajo los preceptos legales y constitucionales, la actividad minera privada es tan solo una delegación de la atribución privativa del Estado de gestionar los sectores estratégicos, lo cual ha significado que el actor privado sea relegado a un segundo plano en cuanto a incentivos para su participación.

Basado en este nuevo concepto, el Estado creó la Empresa Nacional Minera, la cual por su misma naturaleza pública, tiene una ventaja esencial para la adquisición de derechos mineros, que es omitir el proceso de subasta, y hacerlo directamente a través del ejercicio de su derecho de preferencia.

3.2. TÍTULO MINERO

Se entiende por título minero, al título valor que contiene los derechos y obligaciones del sujeto de derecho minero, otorgados el Ministerio Sectorial a través del acto administrativo de la concesión. Si bien el Título Minero en el Ecuador, confiere al

sujeto 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, es necesario para poder ejecutar estas actividades, contar con los actos administrativos previos y favorables constantes en el Artículo 26 de la Ley de Minería.

En países de la región como Colombia, el título minero además comprende los siguientes elementos: Fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de minerales, y el cierre de los trabajos o abandono de las obras²⁰. En Perú, el título minero le brinda al concesionario el derecho a ejercer todas sus fases mineras, siendo discrecional del concesionario el paso de fases, con el único limitante de ejercer actividades de explotación máximo diez años después de la adquisición del título minero.

En el Ecuador, la entidad encargada de otorgar los títulos mineros es el Ministerio de Minas al igual que en Colombia, sin embargo en países como Chile, las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial (juez civil que tenga jurisdicción en el área de la concesión) dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria de alguna otra autoridad o persona. En ese sentido, la sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella²¹.

Además, según la legislación local, el título minero otorga los siguientes derechos:

- **Continuidad de los trabajos**, que permite al concesionario minero que se viere impedido de ejecutar normalmente sus labores mineras, por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, podrá solicitar ante el Ministerio Sectorial, la suspensión del plazo de la concesión por el período de tiempo que dure el impedimento (Art. 58, Ley Minería, Ecuador).

²⁰ Código de Minas de Colombia, Art. 45.- *El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público. El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.*

²¹ Código de Minería de Chile, Art. 34.- *Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona.*

- **Construcciones e instalaciones complementarias**, el cual faculta al titular a construir edificios, campamentos, estanques, depósitos y demás infraestructura necesaria para realizar actividades relacionadas con sus operaciones (Art. 59, Ley Minería, Ecuador). En la experiencia chilena, se puede además construir y adecuar las demás obras complementarias que sean necesarias, sin que se deba requerir permiso o autorización previa de ninguna otra entidad (Art. 120, Código de Minería, Chile).

- **Aprovechamiento del agua y constitución de servidumbres**, que permitan la ejecución de actividades mineras en general, así como el aprovechamiento económico del agua y la constitución de servidumbres para la obtención del agua. Sin embargo, esta autorización será otorgada por la Autoridad Única del Agua. En el caso de Chile, este tipo de autorización está contenido en la misma concesión, y por el solo ministerio de la Ley, tiene derecho al aprovechamiento de las aguas halladas, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos mineros, siendo además estos derechos, inseparables de la concesión minera, por lo que se extinguen con ésta (Art. 110, Código de Minería, Chile).

3.4. DERECHO REAL

La Ley ecuatoriana vigente otorga la calidad de derecho personal al título minero, lo cual contradice la naturaleza de la concesión minera. Los derechos reales recaen sobre bienes, los cuales otorgan a su vez derechos de dominio (uso, goce y libre disposición), mientras que los derechos personales se generan entre dos personas, creando obligaciones recíprocas, que permiten el cumplimiento de una prestación.

Se debe señalar que esta calidad de derecho personal es nueva en la legislación ecuatoriana así como a nivel internacional, puesto que la Ley de Minería de 1991 señalaba que la concesión minera otorgaba a su titular un derecho real. Este cambio dogmático ha tenido varios efectos desde su introducción en el año 2009, debido principalmente al hecho que restringe la posibilidad de considerar a la concesión minera como un derecho de propiedad sobre un bien inmueble, sobre el cual se pueden establecer gravámenes.

Esto produce que en el día a día, los títulos mineros en el Ecuador no sean susceptibles de ser canalizados a través de una institución bancaria, y por lo tanto, no existan las fuentes de financiamiento, adicionales a los recursos propios de la empresa, que sean suficientes para llevar a cabo el proyecto minero. En el caso de Chile, la concesión minera constituye un derecho real e inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, el cual es oponible al Estado y a cualquier persona, teniendo la calidad de ser transferible y transmisible²².

Por su parte, la legislación argentina señala que las minas forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran, además de otorgar al beneficiario la facultad de buscar minas, de aprovecharlas y disponer de ellas como dueños (Art. 7 y 11, Código de Minería, Argentina). Asimismo dispone que las minas sean consideradas como inmuebles, así como las cosas destinadas a la actividad explotación (Art. 12, Código de Minería, Argentina). Consideración similar se otorga en Perú al darle la calidad de derecho real a la concesión minera (Art. 10, Ley General de Minería, Perú), esta calidad de derecho real que tiene el título minero en otras legislaciones, permite plantear diversos tipos de acciones para su protección y cumplimiento, y sobre todo, es susceptible de gravámenes reales, lo cual lo vuelve relativamente sencillo para realizar operaciones de financiamiento.

3.5. PROCEDIMIENTO PARA CESIÓN DE DERECHOS MINEROS

Todos los derechos mineros son susceptibles de cesión y transferencia. Lo paradójico es que para poder ser cedidos o transferidos, se requiere la autorización previa de la Agencia de Regulación y Control Minero, la cual no otorga ni emite dichos derechos mineros y además el Estado, como ya se dijo, enerva su potestad de imperio al calificar la transferencia y la idoneidad del cesionario.

La falta de claridad en cuanto a competencias de los entes de control, ubica al Ecuador en desventaja en relación a países como Chile y Colombia, quienes han

²² Código de Minería de Chile, Art. 2.- *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; 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.*

reforzado la institucionalidad de dichas entidades, evitando la duplicidad de competencias y asegurando profesionalismo en las actividades que desempeñan. Por ejemplo en el caso chileno, son los mismos jueces civiles los competentes para conocer todo asunto, contencioso o no, atinente a concesiones administrativas o judiciales. Además, no se requiere de calificación, ni autorización previa por parte del juez de lo civil, para transferir la concesión minera a un tercero, siendo aplicables las mismas normas de los bienes raíces basadas en el Derecho Civil²³.

A su vez, en Colombia solo es necesaria la notificación previa y por escrito a la entidad concedente, la cual tiene 45 días para pronunciar algún tipo de reparo, el cual una vez subsanado, permite la cesión a un tercero que no debe ser calificado²⁴.

3.6. FASES DE LA ACTIVIDAD MINERA

Ecuador se encuentra en desventaja en relación a los países de la región, por cuanto requiere de varios documentos para el ejercicio de las distintas fases de la actividad minera. Esto se traduce en limitante clara al ejercicio del derecho que el Estado le confiere, ya que no puede aprobarse el inicio de una nueva fase minera sin dichos actos administrativos previos y favorables.

Según la Ley ecuatoriana, la concesión minera se divide en dos grandes etapas, la de exploración y de explotación. Sin embargo, la estructuración de las fases de la actividad minera que se detallan a continuación, guardan similitudes con la legislación colombiana (Art. 2, Código de Minas, Colombia):

- **PROSPECCIÓN.**- La Ley otorga la facultad para que cualquier persona, pueda realizar la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas, salvo en áreas protegidas

²³ Código de Minería de Chile, Art. 54.- *El pedimento y la manifestación, inscritos, constituyen derechos reales inmuebles, transferibles y transmisibles de acuerdo con las mismas normas aplicables al derecho de los bienes raíces.*

²⁴ Código de Minas de Colombia.- Art. 22.- *Cesión de derechos. La cesión de derechos emanados de una concesión, requerirá aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si recibido este aviso dicha entidad no se pronuncia mediante resolución motivada en el término de cuarenta y cinco (45) días, se entenderá que no tiene reparo a la cesión y se inscribirá el documento de negociación en el Registro Minero Nacional.*

y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras y las demás que prohíbe la ley

En Chile por ejemplo, esta fase se denomina “catar y cavar”, y al igual que en la legislación ecuatoriana, se faculta para que cualquier persona pueda catar y cavar en terrenos abiertos e incultos, sin importar quien sea su dueño, pero siempre con el permiso escrito de él²⁵. Sin embargo, una particularidad de la legislación chilena, es la capacidad que tiene la persona de no sólo examinar e investigar la tierra, sino también la de imponer de forma temporal (hasta por seis meses) sobre los predios, las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales. El dueño del predio tiene el derecho de percibir la indemnización correspondiente.

En el caso colombiano, la prospección puede realizarse en cualquier zona que no sean aquellas definidas como “zonas mineras para minorías étnicas”, inclusive en terrenos particulares. Sin embargo, el propietario puede solicitar a través del alcalde de la jurisdicción que corresponda, que se rinda caución suficiente para asegurar los daños y perjuicios que se puedan ocasionar por esta actividad (Art. 39 y 41, Código de Minas, Colombia).

- **EXPLORACIÓN.**- El titular de la concesión minera, debe realizar labores de exploración en el área de concesión, por un plazo de hasta cuatro años, lo que se denomina exploración inicial. Adicionalmente, previa comprobación de haber realizado las inversiones mínimas, el titular puede solicitar otro período de hasta cuatro años para realizar la exploración avanzada. Sin embargo, para este último caso, el titular deberá renunciar expresamente a una parte de la superficie de la extensión total de la concesión otorgada originalmente. Se considera también un período de dos años de evaluación económico integral del yacimiento, en el cual se incorporan los minerales principales, secundarios y otros que tengan valor económico. Este plazo puede ser renovado previo el pago de la patente anual de conservación, aumentada en un cincuenta por ciento. En el caso colombiano, la

²⁵ Código de Minería de Chile, Art. 15.- *Se podrá catar y cavar libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera que sea su dueño. En los demás terrenos, será necesario el permiso escrito del dueño del suelo o de su poseedor o de su tenedor.*

legislación establece que el concesionario tiene el plazo de tres años para realizar la exploración técnica del área contratada²⁶.

Mientras tanto, la ley argentina otorga exclusividad a la persona para que explore una determinada área (se establecen unidades de medida de los permisos por quinientas hectáreas, fijando un límite de veinte permisos por persona), debiendo obtener de forma previa, el consentimiento del propietario del suelo de conformidad con el Art. 26 del Código de Minería de Argentina.

- **EXPLOTACIÓN.**- Considerando siempre como antecedente la modalidad de explotación minera a gran escala, podemos indicar que existen dos modalidades contractuales para la etapa de explotación, que facultan al titular a ejercer los derechos inherentes a la preparación y desarrollo del yacimiento, así como también a la extracción, transporte, beneficio y comercialización de sus minerales:
 - Contrato de Explotación Minera, el cual contiene los términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera (Art. 41, Ley Minería, Ecuador).
 - Contrato de Prestación de Servicios, que contiene la remuneración del prestatario minero como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina. La particularidad de esta modalidad es que el prestatario no está obligado a pagar las regalías legales, ni los impuestos por ganancias extraordinarias (Art. 40, Ley Minería, Ecuador).

²⁶ Código de Minas de Colombia, Art. 71.- *Dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de inscripción del contrato, el concesionario deberá hacer la exploración técnica del área contratada. A solicitud del proponente podrá señalarse en el contrato un período de exploración menor siempre que no implique exonerarlo de las obligaciones mínimas exigidas para esta etapa del contrato.*

En ambos casos, el modelo de contrato deberá ser aprobado por el Ministerio Sectorial. Asimismo, el titular no podrá realizar labores de explotación sin haber suscrito el respectivo contrato. Tampoco podrá desarrollar actividades sin la correspondiente Licencia Ambiental. Esto ocasiona que se deban gestionar de forma separada la concesión minera y la licencia ambiental para poder llevar a cabo el proyecto.

En Colombia por ejemplo, el período máximo de explotación es el tiempo de la concesión (que puede ser hasta por treinta años), descontando los períodos de exploración (tres años), construcción y montaje (tres años)²⁷.

Es importante realzar el hecho, que según la ley argentina, las minas se conceden a los particulares por tiempo ilimitado (Art. 18, Código de Minería, Argentina).

²⁷ Código de Minas de Colombia, Art. 73.- *Período de explotación. El período máximo de explotación será el tiempo de la concesión descontando los períodos de exploración, construcción y montaje, con sus prórrogas. Si el concesionario resolviera dar comienzo a la explotación formal y definitiva de los minerales aunque no estuvieren completas las obras y equipos de infraestructura y montaje, bien sea usando estas instalaciones y obras provisionales, así podrá proceder dando aviso a la autoridad concedente y sin perjuicio de su obligación de tener completas y en uso normal las obras e instalaciones definitivas dentro del plazo correspondiente.*

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación se ha analizado al derecho minero, su mecanismo de delegación, su forma de ejercicio, y sus principales características, y en el último capítulo se lo ha comparado con la normativa comparada a nivel latinoamericano.

Se puede concluir que algunos de los conceptos insertos en la Ley de Minería son plenamente ineficaces, y no causan otra cosa que no sea torpeza en el día a día de la industria, además de ser absolutamente ajenos a la realidad internacional del sector.

Tenemos así que la dotación de la característica de derecho real del derecho minera es simplemente desapegada a la realidad. El Estado es el dueño de los minerales, eso está claramente establecido en la Constitución, lo cual le brinda el derecho real de dominio, pero si no es el Estado quien usa y se aprovecha de dichos recursos, significa que quien opera las concesiones mineras tiene un derecho de aprovechamiento o usufructo. Esta tesis se refuerza con la premisa constitucional de que el Estado participa de los ingresos del operador a través de la regalía, que por mandato de la misma carta política, no se considera un ingreso tributario. Todas las legislaciones latinoamericanas han concordado en el derecho real, incluso en el sistema sajón antes se hablaba de la unidad de propiedad entre suelo y subsuelo, por lo que remar contracorriente es tratar de tapar el sol con un dedo, y causar un inconveniente a todos los envueltos en el sector, tanto públicos cuanto privados.

En el mismo sentido, el título minero le brinda al concesionario el derecho a ejercer las actividades propias de las fases mineras, esto es prospección exploración, explotación, procesamiento y beneficio, comercio, y cierre de minas. A pesar de que este precepto es claro y contundente en la normativa minera, en la práctica si diluye por dos grandes motivos:

- a) Todo cambio de fase en Ecuador debe ser autorizado por el ente rector de los derechos mineros, que es el Ministerio de Minería;
- b) Los actos administrativos, que deben ser previos y favorables, enunciados en el Artículo 26 de la Ley de Minería son documentos habilitantes para el cambio de fase o periodo.

Consecuentemente, el derecho a ejercer todas las fases mineras es una mera consagración legal, que, al igual que la categorización de derecho personal, es desapegada a la verdad. Es quizás éste el punto que más afecta al día a día del concesionario minero, puesto que debe operar –casi siempre- en dos frentes, por una parte la operación propia del negocio, y por otra la burocrática, tratando de obtener los permisos que requerirá para la siguiente fase minera.

El ejemplo más contundente de la falta de capacidad que tiene el concesionario minero para ejercer las fases mineras se da en el contrato de explotación minera, en donde además de los actos administrativos del Artículo 26, se requiere negociar un contrato con el Estado, caso contrario no se iniciará la fase de explotación, y la falta de acuerdo es causa para la pérdida de los derechos mineros.

El título minero en el Ecuador tiene una vida útil de 25 años, renovable en periodos similares, y el ejercicio de las fases mineras es continuo, sin embargo, la necesidad de cambiar de periodo o fase mediante expresa autorización estatal ha causado que se rompa esa continuidad entre fases o periodos, generando una situación de limbo para el concesionario, y como consecuencia práctica para el concesionario minero de pérdida de tiempo en la vida útil de su título minero.

El contrato de cesión en garantía y la transferencia de derechos mineros son dos ejemplos de la radical postura estatal, una versión potenciada de su capacidad de imperio, en la cual el Estado desea aprobar y controlar todo acto sobre los derechos mineros. Es claro el precepto de que si el Estado es dueño de los derechos mineros, tiene derecho a conocer “quién es su socio”, al momento de delegar a la iniciativa privada este tipo de recursos, pero lo que no es dable, es llegar a un ejercicio de discrecionalidad tan amplio como calificar la idoneidad del cesionario. Esto, para una institución dedicada al financiamiento de proyectos simplemente es ajeno a su realidad y lo que hará es causar que se aparte de financiar proyectos en el Ecuador.

Consecuentemente, el modelo ecuatoriano en minería es uno dotado de conceptos desapegados de la realidad, y la mejor forma de explicar la penuria del sector minero es retornando a las clases iniciales de Introducción al Derecho, cuando todos aprendimos que entre los requisitos para la plena validez de una norma está la eficacia, es decir, su capacidad de aplicación diaria. Los conceptos descritos en la Ley de Minería son ajenos a la realidad, y consecuentemente, duros de aplicar. En la práctica, más de una vez la misma autoridad se ha visto obligada a hacerse de la vista gorda de las normas, puesto que la estricta aplicación de todas, acabaría con una industria que de por sí, ya es insípida en la economía nacional.

RECOMENDACIONES

Se considera que debería operar una reforma a la Ley de Minería, que tope tres grandes conceptos, mismos que podrían otorgar mejor manejo jurídico y práctico del sector minero, conforme se detalla en las siguientes líneas:

- a) Debe suprimirse la categorización del derecho minero como derecho personal, y en su lugar, debe establecerse que se trata un derecho real. El autor considera que lo más sano es hacerlo siguiendo los preceptos de la normativa peruana, esto es, catalogándolo como un derecho de aprovechamiento que es susceptible de los gravámenes propios de los inmuebles.
- b) Debe materializarse la potestad del concesionario minero de ejercer cada una de las fases, para ese efecto, se podría hacer que todos los cambios de fase se hagan por intermedio de declaraciones del concesionario, incluyendo los actos administrativos previos del Art. 26 de la Ley de Minería.
- c) El Estado debe conocer sobre las transferencias y garantías sobre los derechos mineros, sin embargo, no debe aprobar las mismas, esto limita las libertades elementales de trabajo y asociación.

REFERENCIAS

Doctrina

- García, J (2013). *Los Bienes de Derecho Público*. Madrid. Foreword.
- Jáimez, M. (2000). *Titularidades privadas sobre minas y minerales*. Valencia. Tirant Monografías Editores.
- Ñopo, H. (1993). *El Nuevo Derecho Minero en el Perú*. Lima. Editora Fecat, Segunda Edición.
- Ossa, J. (2007). “Tratado de Derecho de Minería”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Pigretti, E (1997). *Código de Minería y Legislación de Hidrocarburos comentado*. Buenos Aires. Editorial Abeledo – Perrot.
- Rivadeneira, L. (1997). *Derecho de Minas Colombiano, Evolución y Crítica*. Bogotá. Editorial Pirámide. Segunda Edición.
- Thrush P. et al (1990). *Dictionary of Mining Terms*. Chicago. Foreword Editions.
- Triana, A. (1995). *Código de Minas, Compilado y Concordado*. Bogotá. Editorial Leyer, Segunda Edición.
- Vergara, A. (2010). *Instituciones de Derecho Minero*. Santiago. Thomson Reuters – Legal Publishing.
- Zumárraga, C. (2015) *Tendencias de la Minería Ecuatoriana*. En: *Minería Minería y Energía*. Edición No. 2. Quito.

Legislación nacional

- Constitución de la República (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Ecuador
- Instructivo de autorizaciones de transferencia y cesión en garantía de derechos mineros (2011). Registro Oficial No. 373 de 28 de enero de 2011. Ecuador
- Instructivo para el otorgamiento de permisos para minería artesanal (2011). Suplemento de Registro Oficial No. 531 de 9 de septiembre de 2011. Ecuador
- Instructivo para etapas de exploración y explotación minera (2011). Registro Oficial No. 438 de 2 de mayo de 2011. Ecuador
- Instructivo para la aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley de Minería (2009). Registro Oficial No. 609 de 10 de junio de 2009. Ecuador

Instructivo para las autorizaciones de plantas de procesamiento, beneficio, fundición y relaveras (2015). Registro Oficial No. 554 de 29 de julio de 2015. Ecuador

Ley de Minería (2009). Registro Oficial Suplemento de Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009. Ecuador

Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (2015). Suplemento de Registro Oficial No. 520 de 11 de junio de 2015. Ecuador

Reglamento del Régimen Especial de Pequeña Minería (2009). Suplemento de Registro Oficial No. 67 de 16 de noviembre de 2009. Ecuador

Reglamento General a la Ley de Minería (2009). Suplemento de Registro Oficial No. 67 de 16 de noviembre de 2009. Ecuador

Legislación internacional

Código de Minas (2001). Diario Oficial No. 44.545. Colombia

Código de Minería (1993). Decreto No. 33 de 13 de enero de 1993. Ministerio de Justicia. Chile

Código de Minería (1980). Ley No. 1919 y Ley 22.259 de 30 de julio de 1980. Argentina

Compilación de legislación minera latinoamericana de: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México (1980). Organización Latinoamericana de Energía – Olade. Quito.

Constitución Política de la República del Perú (1993)