Proceso EITI

Aportes de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nacional

Febrero
2015

USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dejusticia
derecho · justicia · sociedad

M&M ABOGADOS
Carlos Malagón

Mesa de la Sociedad Civil
para la Transparencia en las
Industrias Extractivas

Agradecimientos

La información de esta publicación fue posible gracias al apoyo financiero del pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia para el Desarrollo Internacional USAID. Su diagramación fue posible gracias al apoyo financiero del Fondo Canadiense para Iniciativas Locales de la Embajada de Canadá. El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de sus autores y en ningún modo debe considerarse que refleja la posición de las entidades que proporcionaron apoyo financiero para su realización

Tabla de contenido

Introducción-Planteamiento del Problema Jurídico 4

1. Sujetos obligados de la Ley de Transparencia y Acceso a la información Pública 5

1.1 Análisis de las entidades públicas como sujetos obligados 5
1.2 Análisis de los explotadores de recursos naturales mineros o de hidrocarburos como sujetos obligados 6
1.2.1 Interpretación histórica: La intención del legislador 6
1.2.2 Interpretación gramatical y sistemática: El concepto de administración 7
1.2.3 Interpretación sistemática: La naturaleza pública del subsuelo contratado 9
1.3 Conclusiones del capítulo 10

2. Transparencia contractual: Clausulas de confidencialidad y secretos comerciales e industriales 11

2.1 Régimen aplicable a los contratos mineros y de petróleos 11
2.1.1 Régimen aplicable a los contratos mineros 12
2.1.2 Régimen aplicable a los contratos de petróleos 14
2.2 La confidencialidad impuesta en cláusula contractual 19
2.3 El secreto industrial y comercial 20
2.4 Test de prevalencia de interés público ante cláusulas de confidencialidad y secretos industriales y comerciales 22
2.5 Conclusiones del capítulo 28

3. Transparencia tributaria: Declaración de renta 29

3.1 Normativa aplicable al secreto fiscal 29
3.2 Respuesta a una solicitud de acceso: Test de prevalencia de interés público 30

4. Transparencia Ambiental: Pagos e Inversiones 36

4.1 Normativa sobre autorizaciones 36
4.2 Diversidad de competencias 37
4.3 Acceso a la información ambiental 39

5. Conclusiones y Recomendaciones 40

6. Anexo: Lista de personas entrevistadas 42

Introducción
Planteamiento del Problema Jurídico

El presente escrito pretende analizar de manera preliminar, de conformidad con la Ley acceso a la información pública (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública o Ley 1712 de 2014 o Ley TAIP), el derecho de acceso de la ciudadanía a la siguiente información:

- Textos de los contratos de exploración y explotación minera y petrolera.
- Declaraciones de renta de las empresas de la industria extractiva.
- Pagos e inversiones ambientales.

Como la información a la que se pretende acceder resulta de una relación contractual entre una entidad pública y una persona jurídica privada y ambas tienen dicha información en su poder o bajo su control, lo primero que debe estudiarse es entonces si alguna de estas partes es sujeto obligado de la Ley TAIP. Como segundo paso, se analizará si existe fundamento para considerar que los anteriores conceptos son información pública sin restricción alguna o con aptitud para ser reservada o clasificada, en aplicación de los artículos 18 o 19 de la Ley TAIP. Si la información no es reservada ni clasificada, entonces puede accederse fácilmente con una solicitud sencilla o formar parte de la información mínima obligatoria[1] y en este caso debería divulgarse sin necesidad de que ningún ciudadano la solicite. Si la información es reservada o clasificada deberá incluirse en los índices de información pública reservada y clasificada. Por último, se precisará si, a pesar de que la información, en principio, pueda encontrarse en las categorías que conforman los índices que protegen la información, es legal transparentarla en respuesta a una solicitud ciudadana, para privilegiar el interés público de acceder a dicha información, en cumplimiento de las condiciones de la inversión de la carga de la prueba que se encuentra en el artículo 28 de la ley en mención.

1. El literal f del artículo 9° de la Ley TAIP dice: Información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan: ….e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011….".

{1}

Sujetos obligados de la Ley de Transparencia y Acceso a la información Pública

1.1 Análisis de las entidades públicas como sujetos obligados

Los sujetos obligados de la Ley TAIP pueden ser personas naturales o jurídicas y además pueden ser de naturaleza pública o privada. Lo importante es que la persona pertenezca al ámbito de aplicación normativo que se encuentra descrito en el artículo 5° de la ley. En punto de la información sobre industria extractiva que se analizará, existe una relación entre la empresa minera o petrolera y el Estado representado por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), la Agencia Nacional de Minería (ANM), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Agencia Nacional Ambiental (ANLA) y las corporaciones ambientales regionales (CARS). Las anteriores entidades que representan al Estado están todas obligadas a cumplir con la Ley TAIP.

La ANH es una agencia estatal del sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía (artículo 1° del Decreto 4137 de 2011), con personería jurídica y patrimonio propios que se somete al régimen de los establecimientos públicos (Ley 489 de 1998). La ANM es igualmente una agencia estatal de naturaleza especial del sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica y patrimonio propios, adscrita al Ministerio de Minas y Energía (artículo 1° del Decreto 4134 de 2011). La DIAN es igualmente una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial y adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Decreto 1071 de 1999). También la ANLA es una autoridad administrativa especial con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica propia, que forma parte del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible (Decreto 3573 de 2011).

Por último, las Corporaciones Autónomas Regionales o CARS y las de Desarrollo Sostenible son entes corporativos de carácter público, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica y no se adscriben a ningún ministerio sino que se integran por entidades territoriales que geográficamente constituyen un mismo ecosistema o

conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica (artículo 1° del Decreto 1768 de 1994). Tanto la ANH como la ANM, la DIAN, la ANLA y las CARS se enmarcan entonces dentro del literal a) del artículo quinto de la Ley TAIP, en el que se describe que la ley será aplicable a las siguientes personas públicas como sujetos obligados: "a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital".

En consecuencia, toda la información que generen, obtengan, adquieran o controlen será considerada información pública y deberá revelarse, salvo que se pueda exceptuar del acceso por protección a los intereses públicos o privados designados en los artículos 18 o 19 de la Ley TAIP. Esta transparencia resultaría de la obligación de divulgación proactiva si se trata de la información mínima obligatoria. También podría accederse a ella, como resultado de una solicitud concreta que deberá responder el sujeto obligado, bajo las condiciones del artículo 28 de la mencionada ley.

1.2 Análisis de los explotadores de recursos naturales mineros o de hidrocarburos como sujetos obligados

Según el literal f) del artículo 5° de la Ley TAIP, el ámbito de aplicación de la ley se extiende a "las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público". ¿Incluye este literal a las empresas que extraen recursos naturales mineros o petroleros? Para responder a esta pregunta se acudirá a tres modalidades de interpretación de la respectiva norma: interpretación histórica, gramatical y sistemática.

1.2.1 Interpretación histórica: La intención del legislador

Como punto de partida, se recurre a los antecedentes de la Ley 1712 para analizar si hubo alguna discusión sobre la calidad de sujeto obligado de la industria extractiva. En el artículo quinto del texto aprobado en el segundo debate del Senado, había un literal que incorporaba explícitamente a las empresas que explotan recursos naturales. Sin embargo, después del tercer debate, dicho literal fue eliminado en el texto aprobado en la Cámara de Representantes. De los anteriores datos no es factible sacar conclusiones sobre la intención del legislador, pues la eliminación del literal pudo obedecer a dos razones, excluyentes entre sí: se eliminó porque se entendió comprendida esta categoría en otro literal del mismo artículo (como podría ser el literal f) del artículo 5°, o bien se eliminó porque se entendió que las empresas de la industria extractiva no debían estar sometidas a la Ley de Transparencia.

Como no hay evidencia escrita de estas discusiones, no es posible basarse en la interpretación histórica o del espíritu del legislador, pero se incluye pues es importante tenerla en cuenta.

Se Intentará seguidamente una interpretación gramatical de la norma en referencia para conjugarla con la interpretación sistemática y así decidir si permitiría considerar a las empresas de la industria extractiva como sujetos obligados.

1.2.2 Interpretación gramatical y sistemática: El concepto de administración

La relación de las empresas de la industria extractiva con el Estado (representado en la ANH o en las entidades públicas mencionadas) puede considerarse, independientemente del título o la modalidad contractual que se adopte, bajo una especie de distribución de aportes entre el Estado y la contratista en una empresa común: el Estado pone los recursos naturales que son de su propiedad y la empresa realiza las actividades necesarias para extraerlos del subsuelo y enajenarlos.

En dicha empresa común de la industria extractiva y una vez firmado el contrato respectivo, la administración de los recursos parece corresponderle al contratista. En efecto, si el vocablo "administrar", que según una de las acepciones del diccionario de la Real Academia de la Lengua es: "ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes", durante la ejecución del contrato quien se encarga de ordenar, disponer y organizar según lo acordado es el contratista, no la ANH. Si bien la actividad del contratista se conoce como de "explotación", que según el mismo diccionario quiere decir "extraer de las minas la riqueza que contienen; sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio", para poder hacerlo la empresa debe ordenar, disponer y organizar lo que suceda en esa área contratada. Lo anterior, pues el contratista no está bajo un contrato de prestación de servicios donde produce bajo la dirección del Estado, sino que por el contrario, recibe un área de forma exclusiva para desarrollarla de forma autónoma bajo supervisión del Estado con cargo a pagar una contraprestación: las regalías.

Así se desprende también del entendido que se da al vocablo "explotación" de la minuta de exploración y producción de hidrocarburos[2] , pues indica "tanto el Desarrollo como la Producción". A su vez, los conceptos de Desarrollo y Producción le dan al contratista el poder para llevar a cabo los procesos de extracción, recolección, tratamiento, prueba, almacenamiento y las demás actividades de conformidad con unos compromisos adquiridos previamente con la ANH.

2. Ver definiciones en el modelo de contrato E&P Ronda 2014 de la ANH en su página web. http://www.rondacolombia2014.com/images/archivos/FormatosyAnexos/Minuta%20EP%20adenda%202.pdf

En el contrato de concesión minera, en la cláusula primera se describe el objeto como la realización de un proyecto económico y sostenible de un yacimiento e incluso se tiene derecho a explotar nuevos minerales que no hayan sido contemplados en el programa acordado. En beneficio de esta hipótesis es importante considerar que la relación de la empresa con el área asignada para desarrollo, es similar a la del usufructuario y el nudo propietario, relación que puede servir de analogía[3] .

En este caso, el subsuelo a explorar y explotar, y por supuesto también el suelo que se encuentra encima, se deben mantener y cuidar, como lo haría cualquier administrador, pues se deben devolver en buen estado a la Administración Pública (ANH). El Estado no ha dejado nunca de ser el propietario del subsuelo que se explota, pero al desprenderse del derecho a percibir al menos parte de los frutos (hidrocarburos y minerales extraídos), entrega la administración y aspira a que haya buen cuidado del subsuelo durante ese periodo.

Y si bien la esencia de la analogía con el usufructo, en ambos casos, surge de la eventualidad de un derecho exclusivo al goce de un bien con la facultad de hacerse con los frutos, también resulta de esta analogía que el bien debe devolverse en el mismo estado, como resultado de una buena administración. Así se desprende tanto de las normas que regulan la figura del usufructo[4] , como de la minuta de concesión minera, donde se obliga el concesionario a devolver el área del contrato y la mina, y de la minuta del contrato de exploración y perforación, en cuya cláusula 69, de reversión de activos, se exige que se dejen los pozos, construcciones e inmuebles en buen estado.

3. Para explicar la propiedad del petróleo extraído, el Profesor de derecho civil y petróleos de la Universidad Externado de Colombia, Tomás Restrepo Rodríguez, utilizó la figura del derecho real del usufructo. Nos comentó que a pesar de que en el contrato es de exploración y producción de hidrocarburos, no existe ninguna cláusula que establezca cuándo se transfiere el dominio de lo extraído, es posible establecer una analogía con el derecho de usufructo regulado en el Código Civil, al menos en lo relativo a la transferencia de la propiedad sobre lo producido, lo explotado, lo extraído: los frutos. En efecto, hay gran semejanza, pues en el usufructo se le otorga al usufructuario sobre el inmueble "el derecho a percibir los frutos naturales, incluso los pendientes al tiempo de deferirse" (artículo 840 del Código Civil). Así pues, haciendo la analogía, se podría afirmar que el contratista adquiere el dominio de los hidrocarburos una vez éstos se han separado de la tierra, es decir, desde el momento en que tocan la superficie. Según el Código Civil, la tradición -y por ende la transferencia del dominio- en el caso de los frutos se presenta "al momento de la separación de estos objetos" (artículo 755 del Código Civil)". Esta analogía es igualmente predicable del contrato de concesión minera.

4 Según el código civil el usufructuario debe prestar caución y hacer inventario para poder recibir la administración que conlleva el usufructo, y si no lo hace el propietario tendrá la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario. El art. 834 del Código Civil expresa: "El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución y sin previo inventario solemne a su costa…". Y según el art. 835 del mismo ordenamiento "Mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado y se termine el inventario, tendrá el propietario la administración….".

En consecuencia, al considerarse que las condiciones que rodean la explotación de un recurso natural en la industria extractiva conllevan su administración, se puede entender que el verbo rector que está considerado en el literal f) del artículo 5° de la Ley de Transparencia incluye a quienes explotan recursos naturales. Es decir, en materia de recursos naturales, la explotación es una actividad incluida en la administración. Ahora, ¿Qué podría decirse de los recursos –la mina, el yacimiento, el pozo, el subsuelo- que administra la empresa de la industria extractiva?

1.2.3 Interpretación sistemática: La naturaleza pública del subsuelo contratado

El yacimiento donde se produce la extracción, en el caso de la concesión minera, o el pozo donde se va a realizar la exploración y explotación, en el caso de los hidrocarburos, forma parte del subsuelo. El Estado es el propietario de subsuelo y de los recursos naturales no renovables que en él se encuentran, pues así lo establece el artículo 332 de la Constitución Política y el artículo 102 del mismo ordenamiento le otorga la titularidad jurídica del territorio, que se extiende hasta el subsuelo, a la Nación[5]. La propiedad estatal o de la Nación equivale a propiedad pública. Luego no existe discusión sobre la naturaleza pública del subsuelo que se explora y produce hidrocarburos o minerales.

Existen situaciones preexistentes o derechos previos[6] que limitan este principio de la propiedad pública del subsuelo, así como la inalienabilidad e imprescriptibilidad que se predica del mismo, al menos del caso minero[7]. Sin embargo, en términos generales y salvo los casos de leyes y propiedad previa, el yacimiento o pozo o mina no deja de pertenecer al Estado por el tiempo que dure la concesión, exploración o producción.

Así las cosas, en el caso del subsuelo contratado no hay duda sobre su carácter público. Para corroborar esta hipótesis preliminar de que la explotación de un pozo, yacimiento o mina que se encuentra en el subsuelo es administración

5. Art. 332 Constitución Política: "El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos natural es no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes". El artículo 102 de la Constitución Política establece que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.
6. En materia de hidrocarburos hay derechos adquiridos de conformidad con el artículo 1° de la Ley 97 de 1993 que contienen un reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos, para lo cual considera que: "Para efectos de la excepción prevista en los artículos 1° y 13 de la Ley 20 de 1969, se entiende por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969." En materia minera, el artículo 9° del código minero considera la posibilidad de propiedad privada de las canteras. Los propietarios de predios que de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2655 de 1988, hubieren inscrito en el Registro Minero Nacional las canteras ubicadas en dichos predios, como descubiertas y explotadas antes de la vigencia de tal decreto, conservarán su derecho, en las condiciones y términos señalados en el presente Código.
7. Artículo 6° del Código Minero. Inalienabilidad e imprescriptibilidad. La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de este Código. Ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de dichos recursos, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título minero o para oponerse a propuestas de terceros.

de un recurso público es importante profundizar en jurisprudencia y doctrina. Pero por ahora, se propone tener en cuenta los siguientes elementos a favor: 1) la diferencia entre la propiedad del subsuelo del que se extraen los bienes y los bienes en si mismos y 2) el principio de inalienabilidad e imprescriptibilidad de la propiedad del subsuelo, que se mantiene a lo largo de la ejecución del contrato, no obstante la extracción de los minerales o hidrocarburos.

Por ahora, se considera entonces que hay una hipótesis preliminar válida en lo que respecta la administración de ese pedazo de subsuelo por parte de la empresa de la industria extractiva, lo que podría convertirla en sujeto obligado, al menos respecto de esta tarea de administración. Adicionalmente, podría hacerse un estudio posterior de la naturaleza pública o privada de los minerales o hidrocarburos extraídos o de las regalías que se pagan como contraprestación, para definir si respecto de ellos también se cumple la condición de administración de recursos de naturaleza pública.

1.3 Conclusiones del capítulo

El acceso a la información pública que se estudia en este concepto se garantiza por la vía del sujeto obligado, pues la información que se pretende se encuentra bajo control, custodia o posesión de al menos una persona jurídica pública que se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley TAIP. Adicionalmente, existen argumentos sólidos, que deberán ser desarrollados y contrastados con un más amplio número de fuentes, para considerar que las personas privadas, que también tienen control, custodia o posesión de dicha información pública, pueden ser consideradas como sujetos obligados, al menos en lo relativo a los bienes de naturaleza pública que administran.

Y esta vía se podría y debería explorar más pues, además de que el ejercicio de la industria extractiva conlleva serias tensiones con el medio ambiente, la agricultura, el reparto costo/beneficio y los derechos económicos, sociales y culturales de las localidades y sus dinámicas territoriales, el reconocimiento de la libertad de empresa y la iniciativa privada no obsta para considerar que las empresas de la industria extractiva deban estar armonizadas y en ocasiones supeditadas al bien común, en el marco de su función social y ecológica que les es propia. Esta función también se cumple mediante la consideración de la transparencia que aporta el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos obligados de la Ley TAIP. Existen pues razones sólidas para defender la tesis de que, en principio, dichas empresas administran un bien de naturaleza pública, éste es el subsuelo que se les entrega para explorar, explotar o extraer los recursos, por lo cual las empresas de la industria extractiva podrían ser consideradas sujetos obligados de conformidad con el literal f) del artículo 5° de la Ley TAIP, en la medida en que administren bienes públicos y no se afecte su libertad de competencia.

{2}

Transparencia contractual: Clausulas de confidencialidad y secretos comerciales e industriales

La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público.

La Ley 1712 de 2014 –Por medio de la cual se crea (sic) la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones- en el literal a) de su artículo 6° define el concepto información pública como "toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal". A esta información podrá acceder cualquier persona en virtud del principio de máxima publicidad, salvo en los casos en que proceda aplicar alguna de las excepciones consagradas en la ley.

Hecha esta acotación preliminar, en este aparte del concepto se revisará, en primer término, el marco legal que rige la actividad de extracción de minerales e hidrocarburos, llegando incluso a referir normas de menor jerarquía porque, aun con esa condición, aportan al ejercicio de delimitar la información pública cuya circulación o divulgación está restringida; enseguida, se analizará el clausulado relevante de las modalidades de contratos mineros y petroleros, y, finalmente, se estudiará el concepto y la regulación del secreto empresarial como determinante del alcance de las cláusulas o acuerdos de confidencialidad.

2.1 Régimen aplicable a los contratos mineros y de petróleos

Lo primero que debe advertirse es que la contratación estrictamente relacionada con la actividad minera y petrolera, es decir, la referida a la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, no se rige por la Ley 80 de 1993 y las leyes que la han modificado; en el sector, el estatuto

contractual sólo aplica a la adquisición de bienes y servicios necesarios para la marcha y funcionamiento de la institucionalidad que lo regula y supervisa. Así lo prevé con toda claridad el artículo 76 –De los Contratos de Exploración y Explotación de los Recursos Naturales- del Estatuto Contractual[8] .

Procede también señalar que si bien la exploración y explotación de minerales e hidrocarburos tienen en común diversos factores, por razones y tradiciones relacionadas con el origen y la historia con que se han desarrollado, cada una de estas actividades[9] tiene su propio régimen legal y, por consiguiente, la legislación aplicable será analizada por separado.

2.1.1 Régimen aplicable a los contratos mineros

A manera de introducción de este acápite y como sustento del anterior aserto, cabe remitir al fallo del Consejo de Estado[10] en el que esta corporación revisa la legislación minera y la del propio Estatuto Contractual del Estado para dar cuenta de la normatividad aplicable a los contratos de concesión minera, que no es otra que el vigente Código de Minas o Ley 685 de 2001 y la regulación que se ha expedido en su desarrollo.

8. "Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse". Cerrar comillas.
"Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley." Cerrar comillas.
"En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos".
9. Que se hacen patentes en el derecho de prelación que se le otorga frente a otras a la primera solicitud o propuesta de contrato de concesión, previsto en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 o Código Minero.
10. Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 3 de febrero de 2010, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero en el expediente 33187, que expresa: "…el legislador prescribe además, que las disposiciones generales sobre contratos estatales, y las relativas a procedimientos precontractuales, NO serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera; ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo, las referentes a la capacidad legal, a que se refiere el artículo 17 del Código de Minas.
"La Sala comparte parcialmente el razonamiento hecho, toda vez que el legislador optó en el artículo 53 de la Ley 685 de 2001, tratándose de concesión minera, por excluir de manera expresa la aplicación de las normas del Estatuto de contratación estatal, no sólo en cuanto a disposiciones específicas relacionadas con la formulación y trámite de las propuestas en la fase precontractual, la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación del contrato, sino también en lo relacionado con los preceptos generales que precisamente contienen los principios que deben regir la selección de los contratistas. A esto se suma, que la posibilidad de aplicación supletoria se restringe a dos eventos concretos: la capacidad legal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
"Artículo 53. Leyes de contratación estatal. Las disposiciones generales sobre contratos y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo lo referente a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa". (Subraya la Sala).
"Vistas así las cosas, todo pareciera indicar que los principios de transparencia y selección objetiva no son predicables del procedimiento previo de escogencia del concesionario minero; no obstante, si bien es cierto que la ley 80 de 1993 no es aplicable, también es verdad que los principios enunciados son verdaderos cánones de comportamiento dirigidos a las autoridades públicas, y dada esta cualidad deben ser tenidos en cuenta en el momento de aplicar, interpretar y crear el derecho (por ejemplo cuando se ejerce la potestad reglamentaria), pues su materialización en el ordenamiento jurídico colombiano no ha quedado circunscrita al legislador, se desprende directamente del texto constitucional, específicamente de las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso y los principios que orientan el ejercicio de toda actuación administrativa".

Siendo claro entonces que tanto la Ley 80 de 1993 –Estatuto Contractual del Estado- como la Ley 685 de 2001 –o Código de Minas- exceptúan del régimen de contratación estatal a la exploración y explotación de los recursos mineros, corresponde entonces examinar el llamado Código de Minas con el fin de identificar las normas relevantes para los propósitos de este concepto.

El Código, además de reiterar que los recursos mineros son de exclusiva propiedad del Estado, que dicha propiedad es inalienable e imprescriptible y se presume, y que es de utilidad pública (artículos 5°, 6°, 7° y 13), establece que el derecho a explorar y explotar una mina se constituye, declara y prueba mediante contrato de concesión (artículo 14) –que equivale a lo que se conoce como título minero[11] , así como que por la naturaleza de tal derecho el beneficiario se apropia del recurso mediante su extracción o captación.

Ahora bien, hay que decir que, aunque la Ley 80 de 1993 no aplica a la actividad, excepto en lo que se refiere a la capacidad legal y a las causales de inhabilidad e incompatibilidad (por remisión expresa de los artículos 17 y 21 de la Ley 685 de 2001), y a pesar de que en el régimen de contratación de la exploración y explotación minera no se recogen los principios en los que se asienta la contratación estatal, a diferencia de lo que sucede con la de los hidrocarburos, sí se encuentran algunas disposiciones claves para garantizar el derecho de acceder a la información pública de la actividad: así por ejemplo, el Código establece que "el procedimiento gubernativo previo a la celebración del contrato es público" (artículo 260) y que los actos que se adopten en la tramitación y celebración de los contratos de concesión tienen la naturaleza de actos administrativos de carácter nacional (artículo 323); también, al crear el Sistema Nacional de Información Minera – SIMCO prevé que es "responsabilidad de la autoridad correspondiente el manejo y la amplia difusión" de la información que repose en dicho sistema –aunque se cuida de advertir que tal difusión debe promocionar la industria (artículo 338), y dispone que la autoridad minera será responsable de "Estructurar e implementar mecanismos eficientes para la divulgación oportuna de la información" que repose en el Sistema (artículo 342, numeral 5°).

A los llamados "Aspectos ambientales", el Código dedica uno de sus capítulos, en el que, principalmente, establece el deber de hacer compatible el fomento y desarrollo del aprovechamiento de los recursos mineros con la integridad

11. Cabe aclarar que el artículo "deja a salvo" las licencias y permisos de exploración y explotación vigentes al momento de expedición de la ley, así cvomo "las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas" de propiedad privada de minas, por lo que el régimen al que se encuentran sometidas deberá ser examinado a la luz de lo que dispongan los títulos mineros mismos y la legislación que regía cuando fueron otorgados.

y disfrute del ambiente (artículo 194), la gestión ambiental de las obras y trabajos de minería (artículo 195), los medios e instrumentos ambientales (artículo 198)[12] y sus definiciones y las condiciones en que son otorgados y deben ser cumplidos (artículos 204 a 213).

Finalmente, en lo que atañe a la regulación contenida en el Código de Minas, corresponde registrar que el contrato de concesión minera es definido como el celebrado "entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de éste, 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…" (artículo 45); la ley también precisa que la normatividad del contrato será la minera vigente al momento de su celebración (artículo 46), que se trata de un contrato de adhesión en la medida en que no se puede "prenegociar sus términos, condiciones y modalidades" (artículo 49) y que es solemne por cuanto debe inscribirse en el Registro Minero Nacional (artículo 50).

Para complementar el estudio del régimen legal, se revisó la minuta de contrato de concesión adoptada por la autoridad minera[13], con el fin de examinar de qué manera se veían plasmadas en el clausulado las disposiciones del Código relevantes para los propósitos de este concepto, revisión de la que sólo resulta interesante destacar que:

a. En la cláusula quinta –Autorizaciones ambientales- se prevé básicamente que, para la etapa de exploración, se debe disponer de la licencia ambiental debidamente ejecutoriada; y,
b. En el numeral 12 de la cláusula sexta –Obligaciones del concesionario- se advierte que deberá llevar "registros e inventarios actualizados de la producción en boca o borde de mina y en sitios de acopio, para establecer en todo tiempo los volúmenes de los minerales…".

2.1.2 Régimen aplicable a los contratos de petróleos

Como ya se señaló, en la contratación de la exploración y explotación de hidrocarburos tampoco aplica el Estatuto Contractual del Estado; no obstante, muy en contra de lo que sucede con la regulación para la actividad minera, en el régimen aplicable a estos contratos sí hay una remisión textual a los principios consagrados en el estatuto contractual del Estado.

12. Planes de manejo ambiental, estudio de impacto ambiental, licencia ambiental y permisos para uso de recursos naturales renovables, entre otros..
13. La minuta revisada fue la adoptada mediante Resolución N° 18 0743, expedida el 4 de mayo de 2010 por el Ministro de Minas y Energía, puesto que fue la más reciente de las que se logró encontrar en Internet.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, con fundamento en lo previsto en el ya citado artículo 76 de la Ley 80 de 1993, expide el Acuerdo N° 04 de 2012 en el que, entre otras disposiciones, adopta el Reglamento de Contratación que rige la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación, y es así como, en el marco de sus objetivos, "que comprende la administración de las reservas y recursos hidrocarburíferos propiedad de la Nación", ajusta el Acuerdo N° 8 de 2004 y sus modificatorios "a fin de estructurar un Reglamento integral para la selección de Contratistas y la adjudicación, celebración y ejecución, terminación, control y vigilancia de los referidos Contratos, que consulte el interés nacional; los principios de la función administrativa y la contratación estatal".[14]

En su artículo 3 –Principios rectores, el acuerdo recoge, entre otros y en lo que interesa a este concepto, el principio de publicidad (artículo 3°, numeral 10°), que define así: "Además de respetar las reglas del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo[15] aplicables a las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que dispone el ordenamiento superior y otras normas de jerarquía legal que desarrollen este principio, las actuaciones contractuales de la ANH serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, salvo aquellos aspectos o materias amparados legalmente por reserva o contractualmente por confidencialidad…", advirtiendo luego que la Agencia incorporará "sus actuaciones contractuales al Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP".

En el artículo 4 –Definiciones, entre muchas otras propias de la materia que regula, el acuerdo define la categoría de beneficiario real, en síntesis, como aquella persona o grupo de personas naturales o jurídicas con capacidad decisoria en una sociedad tanto para elegir directivas o representantes, como para enajenar o gravar las acciones o cuotas de interés, situación que comprende relaciones de parentesco o las existentes entre matrices y subordinadas, así como los derechos derivados de la adquisición de bonos, pactos de retroventa o negocios fiduciarios. La definición de beneficiario real cobra su relevancia al momento de la habilitación de los proponentes, en la medida en que las propuestas de las sucursales sólo serán aceptadas en los casos en que las matrices o los controlantes asuman la "responsabilidad solidaria por el cumplimiento oportuno, eficaz y eficiente de las obligaciones y compromisos a cargo del Proponente y Contratista, y otorgue garantía que

14. Considerandos del Acuerdo N° 04 de 2012.
15. Principios orientadores de las actuaciones administrativas, entre los cuales el de publicidad es definido en el sentido de que "las autoridades darán a conocer sus decisiones mediantes las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley".

afiance dicha solidaridad" (artículo 12 –Proponentes). El contratista, dispone el reglamento, deberá dar noticia del cambio de beneficiario real o controlante del proponente individual o del contratista, cambio que en todo caso estará sujeto a la autorización "previa, expresa y escrita" de la ANH, todo en el propósito de garantizar que se mantengan "los fundamentos que dieron lugar a la habilitación" (artículo 14, numeral 14).

Por otra parte, en lo que atañe a la "capacidad medioambiental", designada así en el acuerdo, se exige al proponente que demuestre "haber implantado y puesto en ejecución sistemas de gestión ambiental para el seguimiento y la medición de las operaciones, y para el desarrollo de las actividades que puedan tener impacto en los recursos naturales y el ambiente" (artículo 18).

Por último, de los contratos contemplados en el reglamento de la ANH, como de los de concesión minera, puede predicarse que son de adhesión en tanto se celebran con el clausulado de la minuta que se encuentre vigente, si bien se deja abierta la facultad de ajustarla a "las negociaciones que se hubieren llevado a cabo en los aspectos que así lo permitan" e, incluso, a las "modalidades, condiciones y, en general, estipulaciones que el Consejo Directivo estime necesarias y convenientes" (artículo 25).

Pasando ahora al estudio de la minuta de contrato de exploración y explotación adoptada por la ANH[16] , debe destacarse especialmente su Capítulo VII –Información y confidencialidad, que reúne el clausulado directamente relacionado con el ámbito de este concepto [17].

El referido capítulo comienza con la imposición de la obligación al contratista de mantener "oportuna y permanentemente informada a la ANH sobre el progreso y resultados de las operaciones" (cláusula 44). Esa información toda "de carácter científico, técnico y ambiental, obtenida en cumplimiento de este contrato". Enseguida, demarca el alcance de la cláusula de confidencialidad, que ampara "todos los datos e información producidos, obtenidos o desarrollados como resultado de las operaciones de este contrato… durante los cinco (5) años calendario siguientes contados a partir de la finalización del Año Calendario en el cual se hubieren producido, obtenido o desarrollado; o hasta la terminación del contrato; o al momento de la devolución parcial de área en cuanto a la información adquirida en las áreas devueltas, lo primero que ocurra" (cláusula 45); y en la misma cláusula amplía el término a "veinte (20) años calendario" para "las interpretaciones basadas en los datos obtenidos como resultado de las operaciones de este contrato".

16. En cuyo Objeto se expresa que en su virtud se otorga "el derecho a explorar el Área Contratada, y a producir los Hidrocarburos de propiedad del Estado que se descubran dentro de dicha área" (cláusula 1) y en su Alcance que "adelantará las actividades y operaciones materia de este contrato a su exclusivo costo y riesgo" (cláusula 2).
17. La minuta revisada corresponde a la de la Ronda Colombia 2014.

Enseguida, demarca el alcance de la cláusula de confidencialidad, que ampara "todos los datos e información producidos, obtenidos o desarrollados como resultado de las operaciones de este contrato… durante los cinco (5) años calendario siguientes contados a partir de la finalización del Año Calendario en el cual se hubieren producido, obtenido o desarrollado; o hasta la terminación del contrato; o al momento de la devolución parcial de área en cuanto a la información adquirida en las áreas devueltas, lo primero que ocurra" (cláusula 45); y en la misma cláusula amplía el término a "veinte (20) años calendario" para "las interpretaciones basadas en los datos obtenidos como resultado de las operaciones de este contrato".

Enseguida, la cláusula precisa que tal "estipulación no se aplicará a los datos o información que las Partes deban proporcionar de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes", restricción que en principio y a la luz de lo dispuesto por la Ley 1712 de 2014 podría abrir la oportunidad a que prosperen las solicitudes de información que se les formule a la partes del contrato .[18]

Luego el contrato se ocupa en regular los efectos que surte sobre la información el vencimiento del término de confidencialidad, señalando que se transfieren a la ANH "todos los derechos sobre todos los datos y sus interpretaciones" y que "desde este momento la ANH podrá disponer de esa información libremente" (cláusula 46).

Con respecto a la llamada información ambiental y social, el contratista tiene la obligación de mantener "informada a la ANH sobre el avance de los trámites ambientales,..; la obtención de las respectivas licencias, permisos y demás pronunciamientos de fondo; el inicio de trámites administrativos sancionatorios; y la imposición de medidas preventivas y sanciones. Así mismo, EL CONTRATISTA informará oportunamente sobre cualquier dificultad que se presente en el curso de estos trámites y que pueda tener incidencia en el cumplimiento de los plazos previstos" (cláusula 47).

18. Por la importancia de la cláusula para los propósitos de este concepto, se transcribe en su integralidad: "45. CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN: Las Partes acuerdan que todos los datos e información producidos, obtenidos o desarrollados como resultado de las operaciones de este contrato se consideran estrictamente confidenciales durante los cinco (5) años calendario siguientes contados a partir de la finalización del Año Calendario en el cual se hubieren producido, obtenido o desarrollado; o hasta la terminación del contrato; o al momento de la devolución parcial de área en cuanto a la información adquirida en las áreas devueltas, lo primero que ocurra.
"Para las interpretaciones basadas en los datos obtenidos como resultado de las operaciones de este contrato, este plazo será de veinte (20) años calendario contados a partir de la fecha de la obligación de entrega a LA ANH; o hasta la terminación del contrato, o al momento de la devolución parcial de áreas en cuanto a la información adquirida en las áreas devueltas, lo primero que ocurra". Cerrar comillas.
"Esta estipulación no se aplicará a los datos o información que las Partes deban proporcionar de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, ni a los que requieran sus filiales, consultores, contratistas, auditores, asesores legales, entidades financieras y autoridades competentes con jurisdicción sobre las Partes o sus filiales, o por normas de cualquier bolsa de valores en la cual las acciones de EL CONTRATISTA o sociedades vinculadas se encuentren registradas; sin embargo, deberá comunicar la entrega de la información a la otra Parte". Cerrar comillas
"Las restricciones a la divulgación de información no impedirán que EL CONTRATISTA suministre datos o información a compañías interesadas en una eventual cesión de derechos con relación al Área Contratada, y siempre que dichas compañías suscriban el correspondiente acuerdo de confidencialidad que dé cumplimiento a lo estipulado en esta cláusula.
"LA ANH se compromete a no entregar a terceros información o dato alguno obtenido como resultado de las operaciones adelantadas por EL CONTRATISTA, dentro del período de confidencialidad establecido, excepto cuando sea necesario para cumplir alguna disposición legal aplicable a LA ANH, o en el desarrollo de sus funciones. En los demás casos, dentro del período de confidencialidad LA ANH requerirá la autorización previa de EL CONTRATISTA".

El capítulo en mención se cierra con dos disposiciones (cláusulas 48 y 49), que se registran en este documento en tanto dan una idea de la información que se genera en el marco del contrato y, en esa medida, sirven de orientación para establecer qué se puede solicitar, disposiciones que están referidas a las obligaciones del contratista de presentar un informe ejecutivo semestral en el que, "además de la información a que se refieren otras cláusulas de este contrato, el Manual de Suministro de Información, y de la exigida por la legislación colombiana" se advierte que debe entregar "la información básica y resumida de todos los asuntos de interés, tales como, pero no limitadas a: prospectividad; Operaciones de Exploración, Evaluación o Producción; reservas y producción actual y sus pronósticos; ejecución y proyecciones para el Año Calendario siguiente; personal y seguridad industrial; ambiente y comunidades; y contenido nacional en la contratación, entre otros"; y, la que confiere a la ANH la facultad de citar a reuniones informativas "en cualquier momento durante la vigencia de este contrato" (cláusulas 48 y 49).

En materia ambiental, el contrato dispone que el contratista debe dar "especial atención a la protección del medio ambiente y al cumplimiento de la normatividad aplicable", y adoptar y ejecutar "planes de contingencia específicos para atender las emergencias y reparar los daños, de la manera más eficiente y oportuna"; así mismo, responsabiliza al contratista de iniciar los trámites para la obtención de la licencia ambiental "dentro de los noventa (90) días calendario, siguientes al comienzo de la respectiva fase" y precisa que "sin la aprobación de los estudios de impacto ambiental y la expedición de las licencias ambientales correspondientes u otros requisitos (cláusula 51, numeral 3)[19] , no se podrán iniciar las actividades propias de la explotación.

Por último y así se aparte del alcance de este concepto, se llama la atención en que, a diferencia del contrato de concesión minera, el de exploración y explotación de hidrocarburos sí se cuida de advertir que la reversión de activos (cláusula 69), que es una figura jurídica propia de ese tipo de contratos en que se concede a un particular el aprovechamiento de un bien o recurso de propiedad de la Nación, incluye dejar "en buen estado los pozos que en tal época sean productivos", junto con las construcciones y "los bienes adquiridos para beneficio de la producción".

19. Parece importante registrar el aparte pertinente de la minuta de contrato de exploración y producción de la ANH, utilizada para la Ronda Colombia 2014: "34.1 Deber de Información: El Contratista (Individual o Plural) asume la obligación de mantener integral, oportuna y permanentemente informada a la ANH acerca del avance de los trámites ambientales y sociales, inclusive respecto de todo cuanto se relacione con: (i) su iniciación; (ii) la obtención de las respectivas licencias, permisos y demás pronunciamientos de fondo de las autoridades competentes; (iii) eventuales actuaciones administrativas sancionatorias; (iv) imposición de medidas preventivas y/o sanciones, y, en general, (v) cualquier otra información relevante para efectos de la cumplida y oportuna ejecución contractual. / "Queda entendido que ninguno de los datos ni de la información a que se refiere la presente Cláusula tiene naturaleza reservada ni carácter confidencial".

2.2 La confidencialidad impuesta en cláusula contractual

Si bien es cierto que en la minuta de contrato de concesión minera no se encuentra una cláusula de confidencialidad como la que obra en la de exploración y producción de hidrocarburos, en el Decreto 1993 de 2002, por el cual se establece el Sistema Nacional de Información Minera – SIMCO, además de advertirse que ese sistema "se alimentará de la información proveniente de todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que posean o procesen información confiable relativa a la riqueza minera o a la industria extractiva…", define los FBM como "el Formato Básico para Captura de Información Minera que reúne en un documento único los requerimientos de información técnica, económica, y estadística exigibles a los beneficiarios de títulos mineros" (artículo 1°).

Pues bien, al enunciar las funciones del administrador del SIMCO –"el Ministerio de Minas y Energía o la entidad en quien se deleguen las funciones…"- incluye la de "determinar la información técnica, estadística y económica exigible legal y contractualmente que deba requerirse a los beneficiarios de títulos mineros a través del FBM" (artículo 5°), para concluir con que "el administrador del Sistema será responsable de guardar la reserva sobre los documentos que de conformidad con el ordenamiento jurídico gozan de ese carácter" (parágrafo del artículo 5°). Luego, señala que "el SIMCO y la entidad estatal encargada del estudio de subsuelo, divulgarán únicamente información estadística y geológica consolidada y de ninguna manera la información específica proveniente de títulos mineros y propietarios de minas".

Sobre el funcionamiento del SIMCO, en el año 2010 la UPME publicó un estudio del geólogo Álvaro Ponce Muriel[20] , en el que se expresa que "los objetivos que para dicho Sistema se fijaron en el artículo 337 del mismo Código no se han cumplido en su totalidad"; y más adelante agrega que "se supone que la mayor parte de los datos necesarios para monitorear el sector se encuentran en el formato básico minero (FBM) trimestral y anual que diligencian los concesionarios mineros…"; el geólogo explica el incumplimiento parcial del SIMCO afirmando que "es cierto que por la cláusula de confidencialidad que ampara dichos datos, sólo las entidades que actúan como autoridad minera tienen acceso a ellos, pero igualmente tienen el compromiso legal de divulgarlos en forma consolidada, algo que nunca han hecho"[21]. Para el geólogo, la confidencialidad deriva de lo establecido en el artículo 88 de la Ley 685 de 2001, al disponer: "Conocimiento y reserva de la información. El

20. Panorama del Sector Minero. UPME. Pp. 5 y 6. Bogotá D. C., agosto de 2010. http://www.simco.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=SW5htFa4evE=
21. El documento hace un análisis sobre la disponibilidad pública de la información "básica para hacer un seguimiento al desempeño del sector minero" y sus conclusiones son toda una anticipación a la urgencia de impulsar la divulgación de esa información.

concesionario suministrará al Sistema Nacional de Información Minera previsto en el Capítulo XXX la información técnica y económica resultante de sus estudios y trabajos mineros. Su divulgación y uso para cualquier finalidad por parte de la autoridad fiscalizadora o por terceros se hará luego de haber sido consolidada en el Sistema aludido, y sólo para los fines establecidos en este Código".

Los argumentos aquí expresados, así como la cláusula de confidencialidad de la minuta de los contratos de exploración y producción de hidrocarburos arriba transcrita, sirven para mostrar cómo, en una interpretación que desborda el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia reiterada al respecto, sin que exista una disposición constitucional o legal que califique expresamente la información minera y petrolera, se le da tratamiento de amparo a la restricción de su divulgación. En esto hay que hacer claridad: a la luz de las excepciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley TAIP, la autonomía de la voluntad no les da a las partes libertad configurativa para pactar qué información puede ser clasificada o reservada; muy por el contrario, se requiere de una norma constitucional o legal que le asigne tal calificación a la información y que fundamente lo acordado por las partes.

Al profundizar en este punto adquiere relevancia el concepto de secreto industrial y comercial y la regulación sobre esa materia, para buscar una explicación al carácter que se le ha dado a cierto tipo de información propia de la actividad extractiva y, particularmente, para aclarar los requisitos o las condiciones que debe reunir esa información para que sea legítimo restringir su difusión.

2.3 El secreto industrial y comercial

En Colombia, si bien existen algunas normas sobre secreto empresarial[22] , es la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones[23] la que regula el secreto industrial y comercial. En sus artículos 260 a 266, la Decisión define el concepto y los requisitos, las condiciones por las que deja de considerarse una información como secreto, los actos que constituyen competencia desleal, el término por el que se extiende la protección y el alcance y razón de ser de las cláusulas de confidencialidad, básicamente.

Así, señala la Decisión que será "secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

22. Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal; Código Sustantivo del Trabajo (artículo 16, numeral 3°); y, Código Penal (artículo 308)
23. Las Decisiones de la Comisión, son "directamente aplicables en los Países Miembros... "por mandato del artículo 3° del Tratado del Tribunal".

"a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

"b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

"c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

"La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios" (artículo 260).

Dispone luego que no tendrá tal carácter "aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial", pero que "no se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad" (artículo 261).

Y respecto a la protección del secreto, advierte que "perdurará mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260" (artículo 263).

La revisión ligera de las disposiciones apunta a precisar las exigencias normativas para que una información pueda ser calificada como secreto empresarial, así como a delimitar el ámbito de la facultad de las partes para amparar, bajo su pacto de confidencialidad, la decisión de restringir la divulgación de una cierta información: si la información objeto de la confidencialidad no reúne las condiciones señaladas por la norma para que pueda calificarse como secreto empresarial, no podrá negarse legítimamente su divulgación a quien la solicite.

Bien lo aclara la propia decisión cuando en aparte de una de sus disposiciones expresa: "En los convenios en que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos, siempre y cuando las mismas no sean contrarias a las normas sobre libre competencia" (artículo 264).

Por su adecuación a lo que acaba de afirmarse, cabe traer a colación lo manifestado por el profesor Restrepo en la entrevista realizada para fundar este concepto preliminar, que además aterriza el tema en la materia:

> "La información geológica es un activo importante de la empresa. La información geológica que se tiene de un área tiene unos costos altísimos (los famosos estudios sísmicos y otras tecnologías como fotos satelitales) y tiene un valor de tipo económico. Esa "data" se puede vender o incluso permutar. Por ejemplo, se dice que el éxito de Pacific viene de unos geólogos venezolanos de PDVSA que conocían perfectamente las condiciones geológicas del área. Adicionalmente, para la ANH también es importante contar con el monopolio de esa información porque es aquella que va a utilizar en las rondas para ofrecer. En estos procesos sólo el acceso a esa información (a los data rooms) tiene un valor que el interesado debe pagar a la ANH –previa firma de acuerdo de confidencialidad para acceder. En resumen, tanto para el Estado como para las multinacionales la información geológica es un activo.
>
> "Adicionalmente, el cálculo de las reservas también se hace conociendo los planes de desarrollo de cada empresa y esta información puede ser de tipo sensible puesto que puede alterar el valor de la empresa, esté o no en bolsa. Por ejemplo, se dice en un plan de desarrollo que en el año se va a perforar 60 pozos; esta información es de tipo sensible y puede alterar el precio para bien o para mal".

2.4 Test de prevalencia de interés público ante cláusulas de confidencialidad y secretos industriales y comerciales

A manera de introducción, se cita un extracto de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, que da cuenta de los elementos que han de considerarse para evaluar si la decisión de impedir el acceso a información pública se ajusta al ordenamiento jurídico:

> "La Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública –o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información- cuando:
>
> *I)* la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; *III)* la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; *IIII)* el servidor público que decide ampararse en la reserva para

no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; *IV)* la ley establece un límite temporal a la reserva; *V)* existen sistemas adecuados de custodia de la información; *VII)* existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; *VIII)* la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; *VIII)* la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; *IX)* la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; *X)* existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información"[24] .

El fallo cobra relevancia frente al procedimiento que debe surtirse tanto para elaborar el denominado Índice de Información Calificada, como para aplicar el test de prevalencia de interés público, en tanto con toda claridad identifica las variables que deben entrar en juego para que sea fundada una decisión que rechace o niegue una solicitud de acceso a información pública y restrinja o prohíba tal difusión.

En cuanto al índice, el precedente jurisprudencial citado, los instrumentos internacionales y la legislación adoptada en otros países que, en buena medida, inspiran la Ley TAIP, explican la razón de ser de que esta norma imponga a los llamados por la Ley 1712 de 2014 "sujetos obligados" la elaboración del referido Índice de Información Calificada, como una herramienta para la organización y administración de la información pública bajo su posesión, control o custodia, y para la mejor atención a los requerimientos que les sean formulados por los ciudadanos. En la elaboración del índice, en primer término, debe identificarse la disposición constitucional o legal que expresamente califique una información pública como calificada o reservada; acto seguido, ha de establecerse si el término fijado por la norma por el que opera la calificación continúa vigente; y, finalmente, debe hacerse una motivación de por qué debe mantenerse dicha información sustraída del conocimiento del público e individualizarse el acto en el que constan todos los elementos enunciados (disposición constitucional o legal, término y motivación), de manera que, frente a una solicitud de acceso a información pública, el sujeto sólo debe examinar su índice para dar respuesta. En lo que respecta al test, que es una derivación práctica de lo que en la Ley TAIP se presenta bajo el título de "Carga de la prueba" (artículo 28), debe precisarse que:

24. Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

a) La norma constituye una verdadera innovación en la regulación del derecho de acceso a la información pública, por cuanto impone una inversión en la carga de la prueba, en la medida en que, bajo la presunción de que toda la información bajo posesión, control o custodia de los sujetos obligados es pública (artículo 2°), es a estos sujetos obligados a quienes corresponde ahora demostrar la existencia de una previsión constitucional o legal que expresamente reserva o califica una información en particular; y.

b) Además de demostrar ese amparo constitucional o legal, el sujeto obligado debe entrar a ponderar, razonable y proporcionadamente, si frente al interés público de que toda información bajo su posesión, control o custodia sea de conocimiento de la ciudadanía, prevalecen las razones que justifican su decisión de prohibir o restringir la divulgación de esa información pública, de todo lo cual deberá dejar constancia en el acto que motive el rechazo o la negación del derecho a acceder a esos datos.

Ahora bien, la aplicación de la prueba de daño al interés público supone que la excepción a la divulgación de información sea interpretada restrictivamente, por el prurito de que ha de privilegiarse la opción que menos restrinja el derecho de acceso a la información pública. En esa medida, la excepción debe ser adecuada al logro del objetivo y proporcionada para el interés que la justifica, y además, interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho[25] .

Así las cosas, es evidente que los sujetos obligados de la industria extractiva invocarán la excepción del secreto empresarial, prevista en el literal c) del artículo 18 de la Ley TAIP, cuando quiera que se pretenda acceder a información pública bajo su posesión, control o custodia; o que alegarán, para resistirse a divulgarlos, que los datos se encuentran amparados por un acuerdo o una cláusula de confidencialidad. En uno u otro caso, deberán demostrar que dicha información en efecto tiene la condición de ser secreta, que han adoptado las medidas necesarias para mantenerla en tal condición y que además se trata de información que representa o tiene un valor económico justamente por ser secreta[26].

25. Ver guía de implementación de la ley modelo de acceso a la información pública de la OEA, consultada en octubre 31: http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp
26. Para Natalia Tobón, "En Estados Unidos los criterios jurisprudenciales aplicados para determinar el valor comercial de los secretos empresariales son diversos e incluyen, entre otros: El grado de conocimiento de la información referida que se tiene fuera de empresa; el grado de conocimiento de la información que tienen los empleados y los colaboradores de la empresa; el nivel de medidas adoptadas para preservar la confidencialidad de la información; el valor de la información para su titular y para sus competidores; la suma de dinero y esfuerzo empleado para su investigación y desarrollo; y, la facilidad o dificultad para que la información pueda ser adquirida o duplicada por otros. (http://nataliatobon.com/aym_images/files/articulos/Limites_a_la_Proteccion_de_los_Secretos_Empresariales-Natalia_Tobon.pdf)

De lo analizado en los acápites del régimen legal y el clausulado de los contratos de concesión minera y de exploración y producción de hidrocarburos, puede concluirse que bajo la excepción de secreto empresarial quedará amparada, básicamente, la información generada en la etapa de prospección o exploración, y aquella relacionada con nuevos hallazgos en el área asignada o con invenciones que se utilicen en la etapa de explotación o producción con el fin de extraer los minerales o los hidrocarburos.
Este aserto se soporta en regulaciones adoptadas por agentes estatales del sector, como el Ministerio de Minas y Energía y la ANH, que si bien por sí mismas no podrían fundar una decisión que restrinja el acceso a información pública, por tratarse de normas sin la jerarquía exigida para que legítimamente opere la excepción a la divulgación, sí dan una idea del tipo de datos que se pretende impedir que sean de conocimiento del público.

Así, lo dispuesto en el 4° del Acuerdo 11 del 16 de septiembre de 2008 de la ANH:

> "Requisitos para la entrega de la información de recursos y Reservas de Hidrocarburos en el país. Una vez realizado el cálculo de las Reservas de Hidrocarburos conforme a la Metodología, la información deberá ser presentada en medio magnético, firmada bajo la gravedad de juramento por el representante legal de cada una de las compañías, ante la Dirección General de la ANH, con corte a 31 de diciembre de 2008, la cual deberá ser presentada por todas las compañías de exploración y explotación de hidrocarburos presentes en el país a partir del año 2008 y anualmente antes del 1° de abril de cada año.
>
> "Parágrafo. La información entregada por las compañías será de carácter confidencial y la ANH sólo podrá publicar la información agregada".

También en lo ordenado por el Anexo a dicho Acuerdo 11, intitulado Normas relativas a la Estimación y Auditoría de la Información sobre las Reservas de Petróleo y Gas Aprobadas por la Junta Directiva de la SPE en Junio de 2001 (Anexo Acuerdo 11 de 2008 - ANH): *"4.6 Requisito de Confidencialidad*.

> "Los Estimadores de Reservas y Auditores de Reservas y cualquier grupo consultores de petróleos en la cual dichos individuos sean accionistas, propietarios, socios o empleados, deben mantener estricta confidencialidad de la Información sobre las Reservas y otros datos e información suministrados por, o pertenecientes a una Entidad, y dicha Información, datos e información no será revelada a otros sin previo consentimiento de dicha Entidad. Esta práctica se debe seguir, ya sea que un acuerdo de confidencialidad deba ejecutarse o no".

Otro caso es lo dispuesto por el denominado "Manual de Suministro de Información Técnica y Geológica a la Agencia Nacional de Hidrocarburos":

> "Considerando cuarto: Que igualmente dispone la norma en mención (Decreto Reglamentario Nº 2288 de 2004) que el Manual de Suministro de Información Técnica y Geológica a la Agencia Nacional de Hidrocarburos establecerá las condiciones de confidencialidad y reserva legal, las cuales deberán tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, las aplicables en el ordenamiento jurídico y, en el futuro, aquellas que las complementen, adicionen o modifiquen… *"6. DE LAS CONDICIONES DE CONFIDENCIALIDAD*

"La información técnica entregada a la ANH de acuerdo con lo señalado en el capítulo II del presente manual, será considerada como confidencial así:

"a. La información proveniente de I) Contratos de Asociación y demás Acuerdos Contractuales como son Riesgo Compartido, Participación de Riesgo, Producción Incremental, Estudios de Evaluación Técnica y otros suscritos con ECOPETROL S. A., II) Contratos de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, de Evaluación Técnica y de cualquier otro esquema contractual o de permisos suscritos por la ANH, III) Concesiones vigentes, IV) Propiedades privadas y V) Acreditaciones de Prospección Superficial expedida por la ANH tendrán la condición de confidencial en los precisos términos en que se pactó en el respectivo contrato o acuerdo que origina la obligación de entregar la información técnica a la ANH.

"b. La información proveniente de áreas de Operación Directa de ECOPETROL S. A. tendrá la condición de confidencial en los términos en que se pactó en el acta de entrega y recibo de la información geológica y técnica contenida en el Banco de Información Petrolera, BIP, o de la Litoteca y en los respectivos convenios suscritos entre ECOPETROL S. A. y la ANH para la Operación Directa de un área.

"c. La información que sea entregada a la ANH en casos distintos de los señalados anteriormente y que no tenga como fuente de la obligación un Acuerdo o que en el Acuerdo en el que se señala la obligación de entregar la información técnica a la ANH no se establezcan las condiciones de confidencialidad, corresponderá a la ANH establecerlas.
"La ANH sólo entregará a terceros información considerada como confidencial cuando sea necesario para cumplir alguna disposición legal, en los demás casos requerirá autorización previa del propietario de la información. Transcurrido el término de confidencialidad la ANH podrá disponer de esa información libremente.

O, por último, lo previsto en el artículo 66 de la Resolución 181495 del 2 de septiembre de 2009 del Ministerio de Minas y Energía:

> "Carácter público de la información. Toda la información que se obtenga en la exploración y explotación de hidrocarburos será pública, salvo las excepciones contempladas en la ley.
> "El Ministerio de Minas y Energía guardará la debida reserva sobre la información y datos suministrados por los contratistas en lo que se respecta a exploraciones geológicas y geofísicas, cuando en razón de la naturaleza de la información y datos, se requiera en defensa de los legítimos intereses de quien los haya presentado, en concordancia con lo establecido en los artículos 4° de la Ley 10 de 1961 y 6° del Decreto 1348 de 1961 y/o las normas que los modifiquen o sustituyan".

Si bien se había señalado que las normas acabadas de citar no podían ser invocadas para negar la divulgación de información pública, en cambio sí podrían hacer parte de la motivación de una decisión en ese sentido fundada en lo previsto en ese artículo 4° de la Ley 10 de 1961 al que remite la resolución del ministerio. En lo pertinente, expresa el artículo: "Las personas que se dediquen a la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas, suministrarán al Gobierno los datos que hubieren obtenido de carácter científico, técnico, económico y estadístico. El Gobierno guardará la debida reserva sobre aquellos datos que, atendida su naturaleza, la requieran en defensa de los legítimos intereses de dichas personas".

Se trata de una norma preocupante frente al interés de la divulgación de información de la industria porque, aunque expresamente le asigna el carácter de reservada a cierta información pública, no delimita el alcance de las categorías que utiliza –"científico, técnico, económico y estadístico"- al referirse a los datos que califica; sin embargo, al finalizar su primer inciso advirtiendo que se guardará reserva de la información cuando se requiera "en defensa de los legítimos intereses de dichas personas", es plausible interpretar que los datos calificados serán aquellos que gocen de la calidad del secreto empresarial y que sólo será legítima la decisión de restringir su divulgación al ser comprobada la existencia del secreto.

Finalmente, revisada la Ley 9ª de 1974, "Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Geólogo y se dictan otras disposiciones", en el literal f) de su artículo 11 se asigna al Consejo Profesional de Geología la competencia para "Elaborar el proyecto de normas de Ética Profesional, el cual deberá ser aprobado por el Gobierno Nacional". Pues bien, en el llamado "Código de Ética Profesional, para el ejercicio de la Profesión de Geólogo", en el literal b) del artículo 2° se lee: "Guardar reserva sobre los asuntos que se les confíen, a menos que los

interesados los autoricen expresamente para revelarlos"[27] . No obstante, ha de recordarse que, en cualquier caso, tal disposición no tiene el alcance de convertir en calificada toda la información que conozca el profesional de la geología, y que sólo será cobijada por el secreto profesional aquella sobre la cual se le haya advertido que debe mantener como confidencial.

2.5 Conclusiones del capítulo

Si bien la contratación de las exploraciones y explotaciones mineras y petroleras no se rige por la Ley 80 de 1993, las normas que regulan cada una de estas actividades arrojan luces sobre el tipo de información que deben reportar a las agencias estatales rectoras; también abren un espacio para la aplicación de la Ley TAIP al precisar que las actuaciones de dichas agencias deberán verterse en actos administrativos que, salvo en cuanto contengan información reservada o clasificada, deben estar a disposición del público.

Es fácil anticipar que las solicitudes de acceso a la información pública de la industria extractiva se van a encontrar con el argumento de que su divulgación está restringida, toda vez que constituye secreto empresarial o está sujeta a confidencialidad. En tal caso, la decisión que rechace o niegue el derecho a acceder a la información pública deberá demostrar que tal información en efecto es secreta, que se han adoptado las medidas idóneas para mantenerla en esa situación y que, precisamente por ser secreta, esa información tiene o representa un valor económico.

Respecto al argumento de la confidencialidad, es claro que ese tipo de pactos sólo pueden oponerse legítimamente frente a una solicitud de acceso a la información en tanto se demuestre que los datos pedidos están amparados por alguna de las excepciones al deber de divulgación de la información pública, taxativamente señaladas en los artículos 18 y 19 de la Ley TAIP, que, como ya se advirtió, para la industria extractiva muy seguramente será la del secreto empresarial.

En cualquier caso, toda decisión que niegue o rechace el acceso a la información pública deberá: I) invocar la disposición constitucional o legal que expresamente reserve o clasifique esa información, que sólo podrá aplicarse si no ha vencido el término por el que se extiende la calificación; ii) identificar la excepción que ampare la no divulgación de entre las contempladas en los artículos 18 y 19 de la Ley TAIP; y iii) exponer en la motivación correspondiente las razones por las que, frente al interés público, se divulgue la información pública y sea efectivo el ejercicio del derecho fundamental de acceso a dicha información, debe prevalecer la clasificación o reserva que restringe su difusión.

27. Debe advertirse que no se encontró constancia de que dicho código haya sido, en efecto, haya sido aprobado por el Gobierno Nacional. (http://nataliatobon.com/aym_images/files/articulos/Limites_a_la_Proteccion_de_los_Secretos_Empresariales-Natalia_Tobon.pdf)

{3}

Transparencia tributaria: Declaración de renta

3.1 Normativa aplicable al secreto fiscal

Las declaraciones de impuesto de renta que presentan los contribuyentes a la DIAN no son un documento público sino privado, pues son elaboradas y firmadas por personas particulares[28] . Cuando dichas declaraciones están en poder de la DIAN o de cualquier otra persona pública, adquieren la connotación de información pública pues se encuentran en poder o bajo el control de un sujeto obligado de la ley. Esta información, en principio podrá ser clasificada, es decir considerada como secreta por razones privadas, pues salvo argumentos muy sólidos en contrario, seguiría perteneciendo al ámbito privado y en consecuencia no asequible al ciudadano (artículos, 6, 17 y 28 Ley TAIP).

En efecto, la información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, tiene el carácter de información "reservada" según el artículo 583 del Estatuto Tributario (E.T.) que deberá entenderse como "clasificada" bajo los parámetros de la Ley TAIP[29] . En consecuencia, los funcionarios de la DIAN solo podrán utilizar esta información para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales estadísticas (artículo 2° del Decreto 1651 de 1961). También podrán suministrarla a otras autoridades como las presentes en procesos penales, con la correspondiente autorización judicial y a la UIAF o a otra autoridad competente para la investigación del lavado de activos (artículo 89 de Ley 488 de 1998).

Adicionalmente, para efectos de liquidación y control de impuestos nacionales, departamentales o municipales, se encuentra prevista la posibilidad de intercambiar información sobre los datos de los contribuyentes entre el Ministerio de Hacienda y las Secretarías de Hacienda Departamentales y Municipales.

28. Como la declaración de renta la hace la empresa como particular, sin participación de funcionario público alguno, sin tratarse del cumplimiento de una función pública, sin autorización de notario o equivalente y sin elevación a escritura pública, nos encontramos ante un documento privado. El segundo párrafo del artículo 243 del nuevo Código de Procedimiento Civil o Ley 1564 de 2012 define por sustracción el concepto de documento privado, así: "Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública".
29. Esto, pues la Ley TAIP ofrece una conceptualización según la cual la información que se protege por intereses privados se denomina información clasificada, mientras que la que se protege por razón de intereses públicos se llama información reservada.

Para ese efecto, los municipios también podrán solicitar a la DIAN copia de las investigaciones existentes en materia de impuestos sobre la renta y sobre las ventas, los cuales podrán servir como prueba, en lo pertinente, para la liquidación y cobro del impuesto de Industria y Comercio.

Por último, para corroborar que las declaraciones tributarias no pierden su connotación protegida por estar en poder de la DIAN[30] y se cobijan bajo "la más absoluta reserva" tanto frente a la DIAN, como frente a los bancos y demás entidades que tengan acceso a las mismas, conviene advertir que para ser examinadas por terceros, cuando se encuentren en las oficinas de impuestos, se requiere que dichos terceros sean personas autorizadas para el efecto, mediante escrito presentado personalmente por el contribuyente ante un funcionario administrativo o judicial, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 583 y 584 del E.T.

Lo anterior quiere decir que cuando la DIAN, los bancos y otras entidades con acceso a las declaraciones tributarias deban hacer el índice de información clasificada y reservada que manda la Ley de TAIP, deberán incluir como información pública clasificada las declaraciones de impuestos que posean o manejen. Y lo harán pues se cumplen los requisitos para proteger esta información: a) existe el Estatuto Tributario con una norma específica que consagra la reserva concreta, y b) dichos datos se encuentran en un ámbito de protección consagrado por la Ley TAIP: la intimidad o privacidad de dichos documentos (artículo 17 Ley TAIP)[31] .

No obstante la protección de las declaraciones de renta, existe una posibilidad de apertura parcial cuando se solicita el acceso por caso y se cumplen algunos requisitos que pasamos a ver a continuación.

3.2 Respuesta a una solicitud de acceso: Test de prevalencia de interés público

¿Qué sucede si un ciudadano quiere acceder a una declaración tributaria de una empresa perteneciente a la industria extractiva?

30. En aplicación del artículo 61 del Código de Comercio: "los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios y personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente". ¿No es acaso la declaración de renta parte de los papeles del comerciante?

31. Hay autores para los cuales el secreto tributario no sólo protege la intimidad sino otros campos, pero muchos de estos argumentos que a continuación se relacionan, no constituyen ámbito de protección de la Ley TAIP. Así, para Ernesto Revilla, principalmente se tutelan los derechos de competencia de las empresas. Conocer las bases imponibles, las utilidades y erogaciones de una compañía, por mencionar algunos datos, es información que de circular abiertamente provocaría que otras empresas buscaran clonar los casos de éxito; obtener información para desprestigiar a la competencia; cuestionar el derecho de autodeterminación de cada empresa; entre otras consecuencias no benéficas para las personas morales que en conjunto afectaría su eficiencia y competencia económica. Citado en página 91 de Luna Issa Pla y Gabriela Rios Granados en Transparencia, Acceso y Secreto Fiscal. Consultada el 1° de noviembre de 2014 y disponible en: http://inicio.ifai.org.mx/_catalogs/masterpage/Publicaciones.aspx

Si un ciudadano quiere tener acceso a esta declaración deberá hacer una solicitud ante la DIAN, o ante la empresa extractiva, en caso de que se considere sujeto obligado[32] , y podrá argumentar las razones que lo motivan. La persona encargada de dar respuesta a la solicitud, deberá responder, teniendo en cuenta dichas razones en la práctica obligatoria del test de prevalencia de interés público (artículo 28 Ley TAIP) y así definir, si hay acceso y transparencia a la información solicitada. Este procedimiento opera caso por caso, a pesar de lo cual, existe la posibilidad de construir buenos argumentos que podrán ser esgrimidos de manera frecuente y tendrán que ser considerados por el receptor de la solicitud.

En efecto, al responder una solicitud de acceso, si el funcionario quiere divulgar la información, no tendrá que argumentar ni probar nada, pues bastará con entregarla. Si, por el contrario, quiere protegerla, tendrá que cumplir tres pasos:

1. Estudiar si existe una norma legal o constitucional específica que proteja la información, que para este caso sería el artículo 583 del Estatuto Tributario y normas siguientes y relacionadas mencionadas arriba;
2. Analizar si la información se encuentra en un ámbito protegido por la Ley TAIP, que para este caso es principalmente la intimidad, consagrada en el artículo 17 de la Ley TAIP.; y,
3. Aplicar el test de prevalencia de interés público en el que nos detendremos a continuación.

El test es una ponderación que tiene por objeto demostrar que revelar la declaración de renta causaría un daño superior al daño representado en mantenerla secreta, por lo que se concluye que dicha información no debería ser pública; si se demuestra que es superior el interés en mantener secretos los datos, que el interés de la sociedad en conocer la información, se restringe la publicidad de esos datos.

Para ello, la ley menciona que se debe demostrar que divulgar la información podría causar un daño que califica como presente, probable y específico. Es decir, que se trata de un perjuicio que no puede ser remoto, nimio, ni genérico, sino de entidad, cercanía y concreción suficientes, de tal suerte que impida la priorización en la aplicación plena del principio de máxima publicidad o transparencia que prevalece cuando no existe dicho daño.

En la implementación del test de interés público deben atenderse las previsiones del artículo 3° de la Ley TAIP, y en especial los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y los principios de transparencia, buena fe, facilitación, eficacia

32. Ver primer capítulo de este concepto, en particular el punto 1.2.

y responsabilidad en el uso de la información, así como los beneficios de interés público que se derivan de la decisión de negar el acceso a la información. Para el efecto, por razonabilidad se debe entender el criterio que identifica la medida más adecuada y menos dañina al interés público de transparentar una situación jurídica, que causa la menor vulneración al derecho fundamental afectado con la divulgación; y por proporcionalidad, el criterio que valorará si el beneficio obtenido con la retención de información pública clasificada es mayor a la lesión que se causaría al derecho de acceso a la información.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, se debe evaluar el cruce de los intereses que incorpora cada extremo en cuestión: por un lado, la protección de la privacidad, el derecho a que una persona maneje su propia contabilidad y sus propios cálculos sin darlos a conocer a la competencia. La sociedad tiene interés en que se proteja y respete el derecho a la intimidad.

En el otro extremo está el derecho de acceso a la información pública que conlleva el interés de hacer transparente la cosa pública y divulgar la capacidad contributiva de la industria extractiva, para poder así monitorear su aporte al contrato social, aporte que puede incluso encontrarse en tensión seria con autonomías locales, el medio ambiente o los derechos sociales, económicos y culturales de las poblaciones aledañas.

La decisión dependerá de cada caso concreto, pero por el momento, podemos aportar un argumento principal y un precedente jurisprudencial indirecto de ponderación con base en este argumento, que brindan apoyo a la prevalencia del interés público envuelto en el acceso a la información:

El argumento lo constituye el reconocimiento de que pagar impuestos, que a su vez formarán parte del tesoro público, es una obligación que genera un derecho público subjetivo correlativo a favor de toda la ciudadanía de conocer y hacer seguimiento al cumplimiento de las obligaciones tributarias. Es decir, saber cuánto y cómo se tributa es un asunto que compete a todos, pues de ello depende saber cómo y con cuánto contribuye un sector de la economía o un grupo social al sostenimiento del Estado.

Es cierto que son pocos los países que permiten conocer detalles contables avanzados de los contribuyentes (como es el caso de Noruega y Finlandia). Sin embargo, si las empresas que cotizan en bolsa, como Ecopetrol, ya deben

haber asumido compromisos de transparencia muy amplios, y muchas de las empresas como Drummond Ltd y Carbones Colombianos del Cerrejón, reportan sus estados financieros a la Superintendencia de Sociedades que los hace públicos a través del SIREM[33] , ¿qué se esconde en el cálculo de los impuestos de las personas jurídicas que vale tanto como para ameritar protección por encima del derecho fundamental del acceso a la información pública?
La industria extractiva recibe una amplia gama de beneficios y tiene un alto grado de exposición a causar daños serios, no sólo en las comunidades aledañas y en el medio ambiente, sino en general en el modelo económico estatal, por lo que exige un seguimiento ciudadano más integral y detallado que el de la industria ordinaria. En consecuencia, una apertura relativa de las declaraciones de renta de las personas jurídicas que integran la industria extractiva, por cuenta de las exenciones que reciben y los otros beneficios fiscales derivados de esta condición, con los efectos que esas ventajas generan en la relación entre capacidad contributiva e impuesto pagado, que además afectan de manera más que desproporcionada el interés público, es una medida a considerar[34].

El precedente a favor de la transparencia de las declaraciones de renta se deriva de la jurisprudencia colombiana. Es el caso de la sentencia C-1147 de 2001, que resolvió la demanda contra una norma que obligaba a ciertas empresas a reportar a la DIAN información sobre sus transacciones económicas realizadas por medios electrónicos a través de páginas web. Uno de los cargos de la demanda giraba en torno al derecho a la intimidad en relación con esas transacciones, y la Corte, con ponencia de Manuel José Cepeda, declara la exequibilidad de la norma condicionada a que se respeten los principios de relevancia y de finalidad. Es decir, que la información solicitada sea la estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines de la DIAN y que no implique revelación de información personal sobre las partes de cada transacción. Para llegar a esta conclusión, la Corte ponderó los siguientes intereses en cuestión: el deber de todo ciudadano de colaborar con el financiamiento de los gastos del Estado Social de Derecho y los derechos a la intimidad y al habeas data. Y esta ponderación para la solución de la tensión analizó si la entrega de la información personal: "a) estaba respaldada en un fin constitucional (principio de finalidad), b) si es indispensable para alcanzar ese fin (principio de idoneidad), c)si es la única forma para alcanzar ese fin (principio de necesidad) y d) si su entrega no supone un sacrificio de valores o finalidades constitucionales mayor al beneficio que se obtendría suministrándola (principio de proporcionalidad en sentido estricto)"[35] .

33. Ver el siguiente enlace de la Super-sociedades consultado el 12 de noviembre de 2014: http://www.supersociedades.gov.co/asuntos-economicos-y-contables/estudios-y-supervision-por-riesgos/SIREM/Paginas/default.aspx
34. Tomamos este argumento de uno muy similar que desarrollan las autoras Issa Luna y Gabriela Ríos en el libro virtual que aparece en la página web del IFAI (Instituto Federal de Acceso a la Información Pública) y que mencionamos previamente. Las autoras no dejan de desconocer que sigue siendo un gran desafío para el Estado mexicano romper así sea parcialmente el secreto fiscal, pues la legislación aplicable no es favorable.
35. Ver Upegui Mejía, Juan Carlos en Habeas Data, fundamentos, naturaleza y régimen, pgs 149 y ss. Universidad Externado de Colombia, primera edición, junio de 2008.

Debemos recordar que la anterior no es una sentencia sobre acceso ciudadano a la información tributaria, sino de acceso por parte de las autoridades tributarias a información privada comercial, a pesar de lo cual es relevante tener en cuenta las palabras de la Corte:
"También el núcleo esencial del derecho a la intimidad se vería vaciado si, en aras de conocer datos sobre el desenvolvimiento comercial de ciertos sujetos, se permitiera a la Administración inmiscuirse en la órbita privada del individuo. Este ámbito reservado no resulta, en principio, comprometido en esta ocasión por el precepto impugnado, pues el derecho a la intimidad, aunque en circunstancias específicas puede cobijar la esfera económica, *si se trata de información que sólo interesa al individuo, debe, en todo caso, ponderarse frente al deber de todo ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95 numeral 1 C.P.), razón por la cual el último inciso del artículo 15 alude expresamente al tema.*

"Esa ponderación exige conciliar el deber de tributar y los derechos constitucionales afectados por la revelación de información relativa a los usuarios de los servicios mencionados en la norma demandada. Para ello se acude a dos principios medulares, el de relevancia y el de finalidad, a los que se deben ajustar los requerimientos que haga la DIAN y la revelación de la información solicitada."

Así las cosas, y al enfrentar las tensiones derivadas del interés de conocer información sobre la tributación de la industria extractiva y la privacidad de las empresas de dicha industria, se sugiere ponderar que la capacidad contributiva y el impuesto pagado afectan de manera más desproporcionada el interés público que en el caso de un contribuyente ordinario, lo que podría inclinar la balanza a favor de la transparencia, pues, no existe evidencia de que la empresa sufriría un daño presente, probable y específico con la divulgación.

Finalmente, si hubiere indicios serios de corrupción, se podría justificar que la finalidad de acceder a dicha información supera la privacidad de la persona jurídica que podría ser el agente de corrupción. Ya el Tribunal Supremo de España, en sentencia del 28 de mayo de 1984, decidió conferirle esta facultad a los jueces, así: de "forma prudencial y según casos, aplicar por vía de equidad y acogiendo el principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley le confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses públicos o privados o ser

utilizada como camino de fraude, con lo que admite la posibilidad de que los jueces puedan penetrar, levantar el velo jurídico, cuando sea preciso para evitar abusos" (Sentencias del Tribunal Supremo: 27-11-1985, 7-2-1989, 8-1-1990, 2-4-1990, 20-6-1991, 28-5-1995). Muy seguramente, con una búsqueda jurisprudencial más exhaustiva podrán encontrarse precedentes nacionales.

El debate está servido, y aunque no se puede abrir toda la información del contribuyente a la ciudadanía, como un primer paso de una estrategia a desarrollar podría perseguirse una apertura parcial. Tanto los supuestos de beneficios fiscales exclusivos, como los de incumplimiento de las obligaciones tributarias "son áreas donde existen facultades discrecionales de la autoridad hacendaria y que perfectamente podrían quedar sujetas a la supervisión de los ciudadanos contribuyentes"[36]. En este sentido, podría pensarse en promover una estrategia de litigio, acompañada de incidencia, encaminada a la búsqueda de dicha transparencia.

36. Luna Issa Pla y Gabriela Ríos Granados en Transparencia, Acceso y Secreto Fiscal. Pg 207 y ss. Consultada el 1° de noviembre de 2014 y disponible en: http://inicio.ifai.org.mx/_catalogs/masterpage/Publicaciones.aspx

{4}

Transparencia Ambiental: Pagos e Inversiones

Se pregunta ante qué autoridades se puede solicitar información sobre pagos e inversiones derivados de las licencias ambientales y qué tipos de argumentos se emplearían para negar el acceso a esta información. Para responder a estas cuestiones, y basados en el análisis del decreto 2820 de 2010[37], se procederá a hacer mención de la normativa aplicable en licencias ambientales, de las diversas autoridades que tienen competencia en la materia y de algunas normas aplicables a la transparencia ambiental.

4.1 Normativa sobre autorizaciones

Según información institucional proveniente de la propia Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la licencia ambiental "es un proceso utilizado para la planeación y administración de proyectos que asegura que las actividades humanas y económicas se ajusten a las restricciones ecológicas y de recursos y de esta forma se constituye en un mecanismo clave para promover el desarrollo sostenible"[38]. La licencia ambiental es, según el artículo 3° del Decreto 2820 de 2010, una autorización para la ejecución de cualquier proyecto o actividad que pueda producir "deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje".

Los objetivos que cumple esta autorización ambiental son cuatro: mitigación (minimizar impactos y efectos negativos sobre el medio ambiente), compensación (resarcir y retribuir a las comunidades, localidades y al entorno natural por los efectos negativos), corrección (recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente) y prevención (evitar los impactos negativos).

La licencia ambiental es condición previa al ejercicio de cualquier derecho derivado de cualquier autorización o permiso, debe obtenerse antes de iniciar cualquier proyecto, obra o actividad relacionado con la industria extractiva, y permanecer vigente por la vida útil de dicho proyecto, obra o actividad, cobijando todas sus etapas. Además, llevará implícitos todos los permisos,

37. Este decreto aún está vigente pero ha sido derogado por el Decreto 2041 de 2014 que inicia su vigencia a partir del 1 de enero de 2015. El decreto 2041 deja muchos de los conceptos de su antecesor, pero acorta sensiblemente los términos para cumplir muchos de los procedimientos, razón por la cual es conocido en medios como el decreto de las licencias exprés.
38. Ver página web de ANLA consultada el 15 de noviembre de 2014 y disponible en http://www.anla.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=1373&conID=8044

autorizaciones o concesiones para el uso, aprovechamiento y afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad (artículos 5° y 6° del Decreto 2820 de 2010).

Para los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos existe el concepto de la Licencia Ambiental Global, que abarca toda el área de explotación solicitada (artículo 4° del Decreto 2820 de 2010) y que requiere de un Plan de Manejo Ambiental para el desarrollo de cada una de las actividades y obras, en el caso de hidrocarburos. Para el caso de la explotación minera, esta licencia global comprenderá la construcción, montaje, explotación, beneficio y transporte interno de los correspondientes minales o materiales.

4.2 Diversidad De Competencias

Según el parágrafo del artículo 3° del Decreto 2820 de 2010, así como según el parágrafo tercero del artículo 9° de dicho decreto, cuando la licencia ambiental es de competencia privativa del Ministerio de Ambiente, lo que incluye los proyectos mineros y de hidrocarburos[39] , las Corporaciones Autónomas Regionales (CARS) y demás autoridades ambientales "no podrán otorgar permisos, concesiones o autorizaciones ambientales". Según el mencionado Decreto 2820, las CARS no tienen entonces ninguna competencia sobre proyectos de hidrocarburos, y en materia de proyectos mineros sólo tienen competencia sobre aquellos de menor entidad que se desarrollen en sus áreas geográficas[40].

39. El decreto 2820 de 2010 establece una larga lista de proyectos, actividades u obras que operan bajo la competencia privativa del Ministerio del Medio Ambiente que para efectos del presente concepto transcribimos en lo relevante de su Artículo 8°. Competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: 1. En el sector hidrocarburos: a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular y las actividades de exploración sísmica en las áreas marinas del territorio nacional cuando se realicen en profundidades inferiores a 200 metros; b) Los proyectos de perforación exploratoria por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario; c) La explotación de hidrocarburos que incluye, la perforación de los pozos de cualquier tipo, la construcción de instalaciones propias de la actividad, las obras complementarias incluidas el transporte interno de fluidos del campo por ductos, el almacenamiento interno, vías internas y demás infraestructuras asociada y conexa; d) El transporte y conducción de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción con diámetros iguales o superiores a 6 pulgadas (15.24 cm), incluyendo estaciones de bombeo y/o reducción de presión y la correspondiente infraestructura de almacenamiento y control de flujo; salvo aquellas actividades relacionadas con la distribución de gas natural de uso domiciliario, comercial o industrial; e) Los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos líquidos, entendidos como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte de hidrocarburos y sus productos y derivados por ductos; f) La construcción y operación de refinerías y los desarrollos petroquímicos que formen parte de un complejo de refinación; 2. En el sector minero: La explotación minera de: a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 ton/año; b) Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos: Cuando la producción proyectada sea mayor o igual a 600.000 ton/año para las arcillas o mayor o igual a 250.000 m3/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos; c) Minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea mayor o igual a 2.000.000 de ton/año; d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 ton/año……".
40. El Artículo 9° del Decreto 2820 de 2012. Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales, establece: "Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, otorgarán o negarán la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades, que se ejecuten en el área de su jurisdicción. 1. En el sector minero, la explotación minera de: a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea menor a 800.000 ton/año; b) Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos: Cuando la producción proyectada de mineral sea menor a 600.000 ton/año para arcillas o menor a 250.000 m3/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos; c) Minerales metálicos, piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea menor a 2.000.000 de ton/año y d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a 1.000.000 ton/año…".

Si hay conflicto de competencias entre diferentes CARS porque el proyecto, actividad u obra se desarrolla en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales, es el Ministerio de Ambiente quién debe decidir y designar a la autoridad competente para otorgar la respectiva licencia ambiental y precisar la forma de participación de cada autoridad en el seguimiento ambiental (artículo 12 del Decreto 2820 de 2010). Sin embargo, las tasas ambientales se deben pagar a la autoridad ambiental "en cuya jurisdicción se haga la utilización directa del recurso objeto de la tasa".

Las anteriores competencias de autorizaciones, permisos y licencia ambientales, que parten de la licencia privativa del Ministerio de Medio Ambiente e incluyen a las CARS para proyectos mineros de menores dimensiones, se deberán conjugar con dos competencias excepcionales:

La primera es la competencia directa de los Grandes Centros Urbanos. Los Grandes Centros Urbanos, que son aquellos que tienen más de 1.000.000 de habitantes, tienen competencia sobre asuntos de ambiente urbano[41] . Estos Grandes Centros Urbanos, además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, "tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación".

La segunda excepción se presenta cuando las autoridades ambientales delegan la función del seguimiento ambiental de las Licencias Ambientales y de los Planes de Manejo Ambiental en otras autoridades ambientales mediante la celebración de convenios interadministrativos (Ley 489 de 1998).

41. Ley 99 de 1993, Artículo 66°.- Competencia de Grandes Centros Urbanos. Modificado por el artículo 13 del Decreto Nacional 141 de 2011, Modificado por el artículo 214 del Decreto Nacional 1450 de 2011. Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano. Además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, las autoridades municipales, distritales o metropolitanas tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación. Ver: Artículo 24 y ss. Ley 388 de 1997 Institución de Concertación y Consulta. Los municipios, distritos o áreas metropolitanas de que trata el presente artículo asumirán ante las Corporaciones Autónomas Regionales la obligación de transferir el 50% del recaudo de las tasas retributivas o compensatorias causadas dentro del perímetro urbano y de servicios, por el vertimiento de afluentes contaminantes conducidos por la red de servicios públicos y arrojados fuera de dicho perímetro, según el grado de materias contaminantes no eliminadas con que se haga el vertimiento.

4.3 Acceso a la información ambiental

La información en materia ambiental es esencialmente de interés público, de manera que los pagos e inversiones que se realicen por este concepto deben ser de acceso libre a la ciudadanía, que podrá hacer seguimiento, monitoreo y veeduría sobre los mismos sin excepción. Este libre acceso es respetado y confirmado por la Ley de Transparencia o Ley 1712 de 2014, cuyos artículos 18 y 19 no contemplan el medio ambiente como ámbito sometido al secreto, la clasificación o la reserva. Igualmente, cabe anotar que el artículo 49 del Decreto 2820 de 2010 contempla la posibilidad de que cualquier persona, natural o jurídica, pueda solicitar información sobre elementos propensos a contaminar o a causar daño a la salud humana. Esta solicitud de información puede incluir montos sobre pagos y uso de los recursos financieros destinados a la preservación del medio ambiente[42], así como las mismas licencias ambientales.

42. Decreto 2820 de 2010. Artículo 49. Acceso a la información. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Dicha petición debe ser respondida en diez (10) días hábiles. Además, toda persona podrá invocar su derecho a ser informada sobre el monto y la utilización de los recursos financieros, que están destinados a la preservación del medio ambiente.

{5}

Conclusiones y Recomendaciones

La búsqueda del máximo de transparencia en la industria extractiva se acompaña de razones sólidas que, al ser puestas a prueba en diferentes tipos de solicitudes, permitirán mantener un alto estándar de acceso a la información pública.

En efecto, el acceso a la información pública que se estudia en este concepto se garantiza por la vía del sujeto obligado, pues la información que se pretende se encuentra bajo control, custodia o posesión de al menos una persona jurídica pública en el ámbito de aplicación de la Ley TAIP. Adicionalmente, existen argumentos sólidos, que deberán ser desarrollados y contrastados con un más amplio número de fuentes, para considerar que las personas privadas, que también tienen control, custodia o posesión de dicha información pública, pueden ser consideradas como sujetos obligados, al menos en lo relativo a los bienes de naturaleza pública que administran.

Las limitaciones al acceso de la información examinada en el concepto, están centradas en consideraciones sobre el secreto industrial y comercial que generalmente se protege a través de cláusulas de confidencialidad y sobre el secreto fiscal. En el primer caso se recomienda promover un pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la ANH y de la ANM que, a la luz de lo previsto en la Ley TAIP, delimite el alcance y la información pública cuya divulgación puede ser restringida por acuerdos, cláusulas y demás pactos de confidencialidad.

En el segundo, se sugiere explorar la posibilidad de una apertura parcial basada en el reconocimiento de que los impuestos a pagar son un mayor o menor valor a recaudar por parte del Estado. Pagar impuestos, que a su vez formarán parte del tesoro público, es una obligación que genera un derecho público subjetivo correlativo a favor de toda la ciudadanía de conocer y hacer seguimiento al cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo que compete a todos, pues de ello depende saber cómo y con cuánto contribuye un sector de la economía, un grupo o una persona al sostenimiento del Estado y analizar las tensiones que la industria genera con autonomías locales, así como con derechos sociales, económicos y culturales de grupos aledaños .

Como pasos a seguir, se recomiendan los siguientes:

a) Profundizar en los conceptos y argumentos que se puedan presentar para demostrar la calidad de sujeto obligado, la inexistencia de secreto industrial y comercial en cláusulas y anexos contractuales que se definen como confidenciales y la importancia de la apertura fiscal parcial, para emplearlos como estrategia de negociación con las empresas que participen del proceso EITI.

b) Provocar reuniones con autoridades tributarias, ambientales, de industria y comercio, asi como con las cinco entidades rectoras de la política de transparencia y el órgano garante del derecho de acceso a la información pública, para lograr que sea reconocida la motivación ciudadana que impulsa el máximo de transparencia y que a la vez persigue una multiplicidad de bienes constitucionales como el ambiente sano, el cuidado del patrimonio estatal y el mínimo de afectación de las derechos de comunidades vecinas. Todos estos bienes constitucionales se deben sopesar cuando dichas autoridades redacten los índices de información clasificada y reservada, así como cuando deban hacer un test de prevalencia de interés público.

c) Promover litigio estratégico para provocar pronunciamientos que consoliden una posición tanto frente a la calidad de la empresa privada de la industria extractiva como sujeto obligado de la Ley TAIP como frente a la prevalencia del interés público respecto de la información específica cuya divulgación, incluso parcial, puede generar duda. Así, se sugiere solicitar acceso a la información específica de algunas cláusulas de los contratos de explotación minera o petrolera, de aquellos apartes de la declaración de renta que se relacionen de manera directa con la extracción de recursos y de pagos ambientales cuya revelación haya sido negada. Si el acceso es negado, se interpondría el mecanismo de la tutela o el del recurso de insistencia según las razones que se aleguen para el rechazo, con argumentos suficientes en pro de la transparencia, hasta provocar un pronunciamiento definitivo.

{6}

Anexo: Lista de personas entrevistadas

- Guillermo Rudas, economista, 31 de octubre de 2014
- María Margarita Zuleta, Directora de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, 6 de noviembre de 2014
- Tomás Restrepo, profesor de derecho civil y servidumbres petroleras en la Universidad Externado de Colombia, 7 de noviembre de 2014
- Emilio José Archila, ex Superintendente de Industria y Comercio y abogado asesor en materia de competencias, 13 de noviembre de 2014

Mesa de la Sociedad Civil
para la Transparencia en las
Industrias Extractivas

@MSociedadCivil

mesadesociedadcivil

www.mesatransparenciaextractivas.org