

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN TERCERA****SUBSECCIÓN A****Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01993-01(38174)****Actor: INGEOMINAS****Demandado: MARY ISABEL PEDROZO LANZZIANO Y OTRO****Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA – Sujeto a registro para su perfeccionamiento / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO – Condición para la existencia del mismo y, por consiguiente, para examinar su validez / AUSENCIA DE REGISTRO MINERO – El contrato no nació a la vida jurídica, razón por la cual no es posible declarar su nulidad / SUPERPOSICIÓN DE ÁREAS – La irregularidad puede corregirse en sede administrativa cuando el contrato no ha sido inscrito en el Registro Minero.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió negar las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El 20 de abril de 2005, Ingeominas celebró con los señores Mary Isabel Pedrozo Lanzziano y Casimiro Rodríguez Montaña el contrato de exploración y explotación minera GAS-114, con el objeto de adelantar tales actividades en un yacimiento de carbón.

El contrato de concesión minera GAS-114 no fue inscrito en el Registro Nacional Minero, en razón a que, al evaluarse nuevamente la propuesta respectiva, formulada por los mencionados ciudadanos, se evidenció que las áreas delimitadas en ese contrato presentaban superposición parcial con otras sujetas a la concesión minera DG2-121, de la cual eran titulares los señores

Marco Tulio Muñoz Muñoz y Evidalia Garnica Olaya, personas estas que habían celebrado el negocio respectivo el 2 de octubre de 2002 y cuyo título minero había sido debidamente registrado el 15 de enero de 2003.

Al advertir la mencionada superposición de áreas y teniendo en cuenta el derecho legal de prelación que les asistía a los titulares del contrato DG2-121, Ingeominas procedió, de oficio, a excluir del contrato GAS-114 de 2005 las áreas superpuestas. Sin embargo, al no haber obtenido el consentimiento expreso de los interesados para modificar esas áreas mediante la firma de un otrosí al mismo contrato GAS-114, demandó judicialmente la nulidad absoluta de este negocio jurídico, con fundamento en la causal de "celebración contra expresa prohibición legal" –prevista en el artículo 44, numeral 2, de la Ley 80 de 1993-, por considerar que se había vulnerado el derecho de prelación previsto en el artículo 16 del Código de Minas.

## I.- ANTECEDENTES

### 1. Demanda

En escrito presentado el 14 de septiembre de 2006 (fls. 2 al 34, c.1) a través de apoderado judicial (fl.1), el Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas- interpuso demanda de controversias contractuales para que se declarara la nulidad del contrato de exploración y explotación minera que la entidad celebró con los señores Mary Isabel Pedrozo Lanziano y Casimiro Rodríguez Montaña. La pretensión –única- fue formulada en los siguientes términos:

*[Q]ue se declare la nulidad del Contrato de Concesión para la Exploración y Explotación del yacimiento de carbón mineral N° GAS-114, celebrado entre la entidad (...) y Mary Isabel Pedrozo Lanziano y Casimiro Rodríguez Montaña, el 20 de abril de 2005, por presentarse una infracción a las normas contenidas en la Ley 685 de 2001 – Código de Minas.*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la entidad demandante señaló que el 2 de julio de 2002, los ciudadanos Marco Tulio Muñoz y Evidalia Garnica Olaya presentaron ante Minercol Ltda. la propuesta de concesión N° DG2-121 (formulario 0326), para explotar carbón en un terreno de 48 hectáreas y 3667 metros de extensión, ubicado en el municipio de Tausa, Cundinamarca.

Según la parte actora, en el reporte RUD-0547-02 del 8 de julio de 2002, el gerente operativo regional N° 2 de Minercol Ltda., certificó que el área referida en el expediente DG2-121 se encontraba libre de superposiciones y se ubicaba en una jurisdicción sin presencia de resguardos indígenas. A su vez, la División de Contratación y Titulación de Minercol Ltda. conceptuó que, de conformidad con el acápite técnico del formulario de la propuesta, la alinderación allí señalada coincidía con la del plano presentado.

En tal virtud –indicó–, el 2 de octubre de 2002, Minercol Ltda. celebró con los señores Marco Tulio Muñoz y Evidalia Garnica Olaya el contrato de concesión minera DG2 121, negocio jurídico que quedó inscrito en el Registro Minero el 15 de enero de 2003, reportando un área contratada de 48 hectáreas y 3667 metros cuadrados.

Refirió la parte demandante que, en octubre de 2003, al adelantar el amojonamiento del área objeto de explotación minera, los concesionarios del contrato DG2-121 se percataron de que la alinderación del polígono asignado no coincidía con la que se había solicitado en la respectiva propuesta de concesión, de manera que, la actividad minera que pretendían adelantar en virtud del contrato se estaba desarrollando por fuera del área demarcada en el negocio jurídico. Por lo anterior, formularon reclamación ante Minercol Ltda y aportaron copia del correspondiente plano con las coordenadas que estimaban correctas.

Sin embargo, el 1 de diciembre de 2003, la Gerencia de Fiscalización Minera de la entidad certificó que el cálculo de las coordenadas mencionadas no coincidía con el de la propuesta de concesión que antecedió al contrato, razón por la cual debía concluirse que el área asignada en el contrato minero DG2-121 no presentaba errores. Posteriormente, en visita técnica adelantada el 22 de diciembre de 2003, la División de Seguimiento y Control de Minercol Ltda. evidenció que la actividad minera adelantada por los titulares del aludido negocio jurídico se estaba desarrollando por fuera del área correspondiente, de lo cual dio aviso a la alcaldía del municipio de Tausa para lo de su competencia.

Se señaló en el libelo que, a partir de 2004, Ingeominas asumió el conocimiento general de los asuntos mineros que le fueron delegados, entre estos, el contrato de concesión DG2-121. En vista de este cambio, los titulares del contrato le manifestaron a Ingeominas lo que había acontecido con el área de explotación y los errores de alinderación no detectados por Minercol Ltda.

No obstante –conforme a los hechos relatados por la actora-, el 14 de abril de 2005, Ingeominas conceptuó que el área de terreno concedida en el contrato DG2.121 coincidía con la indicada en la respectiva propuesta de concesión y resaltó que el negocio jurídico había sido firmado por ambos titulares, quienes con tal acto aceptaron la alinderación allí señalada. De igual manera, en el concepto técnico se recalcó que los concesionarios se encontraban incurso en causal de declaratoria de caducidad del contrato, por adelantar actividades mineras por fuera del área otorgada.

La entidad demandante señaló que los titulares del contrato DG2-121 le solicitaron a Ingeominas modificar el área del terreno asignado mediante la firma de un otrosí, a efectos de lo cual, previo requerimiento de Ingeominas, presentaron la descripción del área empleando dos métodos, entre estos el de "coordenadas planas de Gauss", el cual fue el único examinado por la autoridad minera, por considerar que el otro señalaría exactamente los mismos datos.

Manifestó que, una vez estudiada la descripción del área presentada por los concesionarios, Ingeominas concluyó que esa porción de terreno ya había sido otorgada a otros titulares mediante el contrato de concesión GAS-114. Asimismo, insistió en que el polígono referido en el contrato DG2-121 correspondió al inicialmente solicitado por los interesados. Estos, por su parte, continuaron solicitando en varias oportunidades, aunque sin éxito, que se procediera a corregir el alinderamiento del terreno fijado en el contrato para la actividad minera que les fue autorizada.

La actora refirió que, en visita técnica realizada en agosto de 2005 para verificar las condiciones de un contrato de aporte minero, celebrado con un tercero, se evidenció que Ingeominas no había dado una respuesta jurídica definitiva a las peticiones de los titulares de la concesión DG2-121. Posteriormente, el 18 de octubre de ese año, el Comité de Contratación le

solicitó a la Dirección de Servicio Minero que autorizara la firma de un otrosí para corregir la identificación del área prevista en ese contrato.

En el año 2006, la Subdirección de Contratación y Titulación Minera de Ingeominas informó que, al corregirse la alinderación del contrato DG2-121, se evidenció que en el polígono nuevo se encontraban los titulares del contrato GAS-114 –celebrado el 20 de abril de 2005–, razón por la cual remitió el caso a la Oficina Asesora Jurídica.

La parte actora también señaló que la propuesta correspondiente al contrato de concesión minera GAS-114 había sido presentada por los señores Casimiro Rodríguez Montaña y Mary Isabel Pedrozo Lanzziano el 28 de enero de 2005 y que, al efectuar la evaluación técnico jurídica de la solicitud, Ingeominas advirtió que el área descrita por los peticionarios se superponía parcialmente con cinco registros mineros, cinco títulos mineros y tres solicitudes mineras, entonces vigentes, aunque no figuró en tales actos el contrato DG2-121. Como consecuencia, la entidad procedió a eliminar las aludidas superposiciones y les consultó a los solicitantes si aceptaban o no la medición final del área que sería objeto de explotación minera, a lo cual accedieron los interesados, de suerte que el polígono asignado al contrato GAS-114 del 20 de abril de 2005, fue de 65 hectáreas y 5140.5 metros cuadrados, distribuidos en cuatro zonas enumeradas y especificadas.

Expuso que, para el momento en que se advirtió que las áreas definitivas del contrato GAS-114 se superponían parcialmente con las del contrato DG2-121, el primero de estos no se había inscrito aún en el Registro Minero. En esa medida, la entidad señaló que, para poder realizar tal inscripción debía procederse a la firma de un otrosí en el que se eliminaran las superposiciones mencionadas, lo cual, no obstante, no contó con el consentimiento expreso de los titulares del contrato GAS-114.

Por consiguiente, Ingeominas estableció como solución demandar la solicitud de nulidad de este último contrato, por haber desconocido, según su dicho, el derecho de preferencia de los titulares de la concesión DG2-121, establecido en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001.

### **1.1. Causal de nulidad**

La entidad demandante señaló que el contrato de concesión minera GAS-114 de 2005 adolecía de nulidad absoluta, por haber incurrido en la causal prevista en el artículo 44, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, toda vez que fue celebrado "*contra expresa prohibición legal*", en la medida en que se desconoció el derecho de preferencia establecido en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 y detentado, en el caso concreto, por los titulares del contrato de concesión DG2-121 de 2002.

### **2. Trámite de primera instancia**

2.1. Mediante auto de 12 de octubre de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, la cual fue notificada en legal forma a los señores Mary Isabel Pedrozo Lanzziano y Casimiro Rodríguez Montaña, el 28 de noviembre de 2006 (fls. 37 y 48, c.1).

2.2. La parte demandada se opuso a las pretensiones formuladas por la parte actora y señaló que el contrato de concesión GAS-114 se había celebrado en forma ajustada a derecho, previo cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley.

Los demandados argumentaron que, si los titulares del contrato DG2-121 consideraron que existían errores en las áreas sujetas a este, debieron solicitar la nulidad de ese negocio jurídico y tramitar una nueva propuesta de concesión minera con los requisitos previstos en el ordenamiento. De igual manera, señalaron que, en el caso concreto, el derecho de prelación legal invocado en la demanda recaía sobre el contrato GAS-114, por haber sido tramitado en primer lugar sobre el área de terreno objeto de controversia.

2.3. El 22 de febrero de 2007 se dio apertura a la etapa de pruebas (fl. 85, c.1) y, mediante auto proferido el 6 de diciembre del mismo año, se corrió traslado de la actuación a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 87).

2.4. En esa oportunidad procesal, la parte demandante reiteró que, con la celebración del contrato de concesión minera GAS-114 de 2005 se había transgredido el derecho legal de prelación previsto en el artículo 16 del Código de

Minas, que en el caso concreto se les debió respetar a los titulares del contrato minero DG2-121 de 2002, por haberse tramitado y celebrado con anterioridad al negocio demandado.

De tal planteamiento coligió que, al celebrarse el contrato en cuestión en contraposición a un mandato legal, era procedente que se declarara su nulidad absoluta con fundamento en la causal prevista en el artículo 44, numeral 2 de la Ley 80 de 1993 (fls. 83 al 91, c.1).

2.5. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **3. La sentencia impugnada**

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 11 de junio de 2009 (fls. 101 al 114, c. de segunda instancia), oportunidad en la cual negó las pretensiones de la demanda.

El *a quo* consideró que el contrato de concesión minera GAS-114 no incurría en la causal de nulidad invocada por la entidad demandante, puesto que el vicio previsto en el artículo 44, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 no se configuraba por cualquier irregularidad, inobservancia o violación normativa contenida en el contrato, sino solo por el desconocimiento de una prohibición expresa, claramente contenida en una norma legal que, en efecto, proscribiera la celebración de determinado tipo contractual o dispusiera que el negocio jurídico no podía celebrarse si concurrían determinadas condiciones, igualmente expresas por el legislador. Bajo esta tesis, indicó que el artículo 10 de la Ley 065 de 2001 –norma invocada por Ingeominas– no prohibía la celebración de contrato alguno, sino que solo señalaba la consecuencia jurídica derivada de que una propuesta de concesión minera fuera la primera en el tiempo o se presentara antes que otras.

Como segundo punto de su análisis, el Tribunal de primer grado pasó a constatar si el negocio jurídico reprochado debía ser declarado nulo con fundamento en cualquier otra causal establecida en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por haber desconocido –según lo referido por la parte actora– el derecho de prelación mencionado.

Al respecto, recalcó que, de conformidad con las pruebas del proceso, cuando Ingeominas detectó las superposiciones entre algunas facciones del terreno correspondiente al contrato GAS-114 y otras afectas a la concesión minera DG2-121, determinó que tal irregularidad debía resolverse excluyendo del contrato hoy enjuiciado los segmentos correspondientes a la concesión que le había precedido y suscribir con los titulares del negocio jurídico más reciente –esto es, el contrato GAS-114- un otrosí modificatorio de las áreas explotables.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal concluyó que los mecanismos de solución fijados por Ingeominas evidenciaban que la superposición de áreas entre los dos contratos de concesión no daba lugar a la nulidad absoluta del último de estos, sino a la adopción de las medidas que la propia autoridad minera planteó y gestionó en sede administrativa y que se encontraban previstas en el Código de Minas, especialmente en el artículo 301, relativo a la posibilidad de exclusión oficiosa de las áreas sujetas a superposición.

Indicó (fl. 114):

*[L]a situación de hecho verificada no comporta una controversia sobre la legalidad o validez del contrato de concesión GAS-114, sino por el contrario, una situación de superposición parcial de área con una propuesta anterior, que en los términos del Código de Minas conlleva a su modificación. En efecto, la exclusión oficiosa de áreas superpuestas, regulada en el artículo 301 del Código de Minas, tiene un efecto directo sobre el objeto del contrato que comporta su eventual modificación, pero no comporta la nulidad del negocio jurídico.*

#### **4. El recurso de apelación**

La parte demandante recurrió el fallo de primera instancia (fls. 116 al 122). Manifestó que, si bien la normativa aplicable permitía la modificación de las áreas establecidas en el contrato GAS-114, lo cierto era que esa medida nunca fue aceptada por los titulares de esa concesión minera, razón por la cual, habida cuenta de que el negocio jurídico presentaba superposición de áreas, la única solución posible era la demanda de nulidad del mismo.

Subrayó que la prelación establecida en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 recaía sobre la propuesta de concesión que fuera presentada en primer lugar y, aunque no obligaba a la entidad estatal a celebrar el contrato, sí ordenaba que esa primera propuesta de concesión fuera evaluada con antelación a las que le siguieran y fuera preferida sobre las otras solicitudes para la adjudicación del

contrato, en caso de reunir los requisitos legales. En ese sentido, afirmó que, al haberse infringido la mencionada norma por haberse desconocido la prelación que tenían los beneficiarios del contrato DG2-121 de 2002, era palmario que la concesión minera GAS-114 quebrantaba el ordenamiento legal, razón por la cual resultaba procedente que la autoridad jurisdiccional declarara la nulidad de ese negocio jurídico.

## **5. Trámite en segunda instancia**

5.1 El recurso de apelación fue concedido mediante auto del 3 de diciembre de 2009 y admitido por esta Corporación el 22 de abril de 2010 (fls. 124 y 130, c. de segunda instancia). Asimismo, mediante auto del 20 de mayo de 2010 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 132).

5.2. En esta oportunidad procesal, la entidad demandante reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación (fls. 135 al 142).

5.3. Por su parte, los demandados y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **II.- CONSIDERACIONES**

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la demanda se interpuso el 14 de septiembre de 2006, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

### **1. Presupuestos procesales**

#### **1.1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998<sup>1</sup>, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la nulidad absoluta del contrato de concesión minera GAS-114 de 2005, que los señores Mary Isabel Pedrozo Lanzziano y Casimiro Rodríguez Montaña celebraron con el hoy extinto Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas-, cuya naturaleza jurídica era la de un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 252 de 2004.

En este punto, cabe señalar que, mediante Decreto 4134 de 2011 fue creada la Agencia Nacional de Minería, la cual se subrogó en los contratos mineros que venía ejecutando Ingeominas y debe ser reconocida en este proceso como sucesora procesal de dicho instituto, como más adelante lo expondrá la Sala.

Ahora bien, toda vez que la presente controversia recae sobre la legalidad de un contrato estatal de concesión minera que fue celebrado bajo el imperio de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas-, le resulta aplicable el artículo 293 de este estatuto, norma especial que, en relación con la competencia para conocer de asuntos como el que hoy examina la Sala, establece:

*Competencia de los Tribunales Administrativos. De las acciones referentes a los contratos de concesión que tengan por objeto la exploración y explotación de minas, conocerán, en primera instancia, los tribunales administrativos con jurisdicción en el lugar de su celebración.*

A su vez, el artículo 129 del C.C.A. –modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998- señala que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, debe conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, razón por la cual se concluye que esta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

---

<sup>1</sup> Vigente al momento de presentación de la demanda.

## 1.2. Legitimación en la causa

1.2.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que el Instituto Colombiano de Geología y Minería –establecimiento público del orden nacional, como ya se anotó- acudió a la administración de justicia con vocación procesal para obrar como demandante, toda vez que fungió como entidad estatal concedente en el contrato de concesión minera N° GAS-114 de 2005, objeto de controversia.

Es del caso precisar que, como ya se advirtió, mediante Decreto-ley 4134 de 2011 se creó la Agencia Nacional de Minería –la cual se subrogó en los derechos y obligaciones asumidos por el antiguo Ingeominas en los contratos mineros en que intervino como parte- como un organismo especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, adscrito al Ministerio de Minas y Energía y encargado de cumplir, entre otras funciones, las de promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado, cuando tales funciones le sean delegadas por el referido Ministerio, de conformidad con la ley (artículos 1 y 4.3).

A su turno, el artículo 22 del mismo decreto, dispuso:

*Los procesos judiciales en los que sea parte INGEOMINAS quedarán a cargo del Servicio Geológico Colombiano<sup>2</sup> salvo aquellos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por la Agencia Nacional de Minería, ANM, los cuajes le serán transferidos una vez esta entidad entre en operación, lo cual deberá ocurrir dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto. El Servicio Geológico Colombiano continuará con las acciones y trámites propios de cada proceso judicial hasta tanto sea efectiva la mencionada transferencia.*

En ese sentido, dado que las decisiones y actos relativos a los contratos de concesión minera recaen en cabeza de la Agencia Nacional de Minería –de

<sup>2</sup> El Decreto 4131 de 2011 modificó la naturaleza jurídica de Ingeominas, entidad que pasó de ser un establecimiento público a fungir como un instituto de carácter técnico y científico, denominado "Servicio Geológico Colombiano", cuya misión consistiría en "realizar la investigación científica básica y aplicada del potencial de recursos del subsuelo; adelantar el seguimiento y monitoreo de amenazas de origen geológico; administrar la información del subsuelo; garantizar la gestión segura de los materiales nucleares y radiactivos en el país; coordinar proyectos de investigación nuclear, con las limitaciones del artículo 81 de la Constitución Política, y el manejo y la utilización del reactor nuclear de la Nación" (artículo 3). El mismo decreto le sustrajo a la entidad las funciones relacionadas con los contratos de concesión minera, los cuales pasaron a la Agencia Nacional de Minería.

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, numeral 3 del indicado Decreto-ley 4134 de 2011-, en el presente caso se debe dar aplicación al artículo 60, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece:

*... Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores del derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren...*

Por consiguiente, la Sala le reconocerá expresamente a la Agencia Nacional de Minería su condición de sucesora procesal del extinto Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas-, razón por la cual así será declarado en la presente sentencia, a la luz del citado artículo 60, inciso 2 del CPC.

1.2.2. Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, se evidencia que los ciudadanos Mary Isabel Pedrozo Lanziano y Casimiro Rodríguez Montaña satisficieron ese requisito procesal, por haber participado como titulares de la concesión minera otorgada en virtud del contrato estatal N° GAS-114 de 2005, cuya nulidad se debate en la presente causa.

### **1.3. La caducidad**

En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, el artículo 136 – numeral 10 del C.C.A. establece que, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr, por regla general, a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Ahora bien, cuando lo que se demanda es la nulidad absoluta del contrato celebrado por la entidad pública, el término de caducidad debe computarse a partir de la fecha de celebración y perfeccionamiento del mismo, tal y como también lo ha reiterado la jurisprudencia<sup>3</sup>, aunque sin dejar de observar y atender a lo establecido por el mismo artículo 136 del C.C.A., letra e), que señala:

*La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años*

<sup>3</sup> Consultar, al respecto, las sentencias del 4 de diciembre de 2006, exp. N° 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239), C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 2 de mayo de 2017, exp. N° 19001-23-31-000-2002-00345-01(34225), C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 20 de septiembre de 2017, exp. N° 08001-23-33-000-2014-01083-01(58570), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, entre otras.

*siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento (...).*

En el presente caso, el contrato de exploración y explotación minera GAS-114, cuya nulidad aduce la parte demandante fue celebrado el 20 de abril de 2005, tal y como lo evidencia el documento contentivo del negocio jurídico, aportado al proceso (fls. 186 y 187, c.2). La demanda fue interpuesta el 14 de septiembre de 2006 (fl. 34, c.1), vale decir, antes de que expirara el término de caducidad señalado. Por consiguiente, aun cuando el contrato cuya nulidad se pretende no llegó a perfeccionarse –como lo analizará la Sala más adelante-, teniendo en cuenta la fecha de su celebración se concluye que la acción fue instaurada oportunamente y que no hay lugar a declarar la ocurrencia de la caducidad.

## **2. Hechos probados en el caso concreto**

En el expediente reposan algunas piezas correspondientes al trámite administrativo de las propuestas de concesión minera DG2-121 de 2002 y GAS-114 de 2005, instrumentos que fueron aportados en copia auténtica por la entidad demandante, esto es, el Instituto Colombiano de Geología y Minería -Ingeominas- (cuaderno N° 2). Tales instrumentos permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

- El 2 de julio de 2002, los ciudadanos Marco Tulio Muñoz Muñoz y Evidalia Garnica Olaya presentaron ante Minercol Ltda. el formulario N° 0326, contentivo de la propuesta de contrato de concesión minera que, posteriormente, fue identificada con el código DG2-121 (fls. 15 al 20, c.2).
- En la referida propuesta de concesión y, de acuerdo con las indicaciones del formulario, las partes identificaron el polígono sobre el cual realizarían la actividad minera –consistente en la exploración y explotación de carbón-. El polígono fue delimitado con dos métodos, a saber: *“por rumbos y distancias”* y *“por coordenadas planas de Gauss”*.
- Según la información consignada en la propuesta, el área objeto de la eventual intervención se localizaba en una intersección o *“cruce”* que atravesaba la vía

Zipaquirá – Ubaté hacia la entrada de la mina “La Trinidad”, en Cundinamarca. La extensión del terreno sería de 48 hectáreas y 3667 metros cuadrados. (fl. 17, c.2). Asimismo, los proponentes señalaron que la superficie solicitada no ocupaba ni se encontraba en zonas de minería restringida ni en áreas reservadas a las comunidades negras, indígenas o mixtas (fl. 18, c.2).

En reporte emitido el 8 de julio de 2002, la Gerencia Operativa de Minercol Ltda. - Regional N° 2 Ubaté- señaló que el área de terreno referida en el expediente DG2-121 era técnicamente aceptable para la concesión propuesta y estaba libre de superposiciones con otros títulos o peticiones para actividad minera. No obstante, también advirtió que la superficie solicitada se superponía con una zona de reserva ambiental, en la cual se restringía la explotación minera de materiales de construcción (fl. 22, c.2).

- El 2 de octubre de 2002, Minercol Ltda. celebró con los señores Marco Tulio Muñoz Muñoz y Evidalia Garnica Olaya el contrato de exploración y explotación minera N° DG2-121. En el documento contractual se señaló que los concesionarios ejercerían la actividad minera en un yacimiento de carbón localizado en el “cruce de la autopista que de Zipaquirá conduce a Ubaté, con la vía a minas La Trinidad”, terreno cuya extensión era de 48 hectáreas y 3667 m<sup>2</sup> y cuyo polígono fue especificado en el contrato, bajo los métodos “Rumbos y Distancias” y “Coordenadas Planas de Grauss” (fl. 27, c.2).

Aunque los datos ingresados en el recuadro de “Rumbos y Distancias” coincidieron con los señalados en la propuesta de concesión, no ocurrió lo mismo con las coordenadas planas de Grauss, puesto que las referidas en el documento contractual eran diferentes a las que se habían plasmado en la solicitud de título minero. Sin embargo, las partes firmaron el acuerdo de voluntades sin formular salvedad alguna sobre el particular.

La póliza minero-ambiental del contrato DG2-121 fue aprobada por Minercol Ltda. el 3 de enero de 2003. Posteriormente, el 15 de enero de ese año, el contrato fue inscrito en el Registro Nacional Minero, tal y como lo certificó la Jefatura de Seguimiento y Control de la entidad concedente, en oficio 10910023 de 2003 (fl. 49, c.2).

- El 15 de octubre de 2003, los titulares de la concesión minera DG2-121 le solicitaron a Minercol Ltda. que procediera a corregir la delimitación del área asignada en el contrato, toda vez que al procederse a su alinderación, se evidenció que la zona de ubicación del carbón que pretendían extraer se hallaba por fuera de la demarcación fijada en el referido negocio jurídico (fl. 52, c.2).

El 1 de diciembre de 2003, la Gerencia de Fiscalización Minera de la entidad concedente señaló que, hechas las mediciones y revisiones pertinentes, se constató que *“los datos de alinderación del área asignada para el contrato de concesión N° DG2-121, no presenta (sic) errores”*, razón por la cual, según su dicho, no se requería efectuar corrección alguna (fl. 60, c.2).

En visita de seguimiento igualmente realizada en diciembre de 2003<sup>4</sup>, la División de Seguimiento y Control de Minercol Ltda. concluyó, entre otras cosas, que los trabajos realizados por los titulares de la concesión DG2-121 se estaban ejecutando por fuera del área especificada en el contrato, razón por la cual se remitiría un oficio a la alcaldía del municipio de Tausa, Cundinamarca, para que ordenara la suspensión de la actividad o el cierre del yacimiento carbonífero (fl. 67, c.2).

- Minercol Ltda. fue suprimida por el Gobierno Nacional, mediante Decreto 254 de 2004, de suerte que los contratos mineros que hasta ese momento venía ejecutando la empresa pasaron a ser administrados directamente por el Ministerio de Minas y Energía y por Ingeominas, al amparo de lo establecido en el mismo cuerpo normativo, en el Decreto 252 de 2004<sup>5</sup> y en la Resolución N° 180074 de 2004<sup>6</sup>.

El 12 de marzo de 2004, Ingeominas certificó que, de acuerdo con la indicada reorganización del sector minero, esa entidad asumiría de manera efectiva el

<sup>4</sup> El acta correspondiente no indicó la fecha exacta de la diligencia.

<sup>5</sup> El artículo 27 del Decreto 254 de 2004 –por el cual se suprimió Minercol Ltda.- dispuso excluir del patrimonio de la empresa en liquidación, entre otros elementos, *“Los contratos, convenios y proyectos que Minercol Ltda. haya suscrito y ejecute en ejercicio de las funciones delegadas por el Ministerio de Minas y Energía, así como los recursos a ellos asignados, los cuales serán subrogados a la entidad que el Ministerio de Minas y Energía determine”*. A su vez, el Decreto 252 de 2004 –que ordenó la reestructuración de Ingeominas-, le asignó a esta entidad las funciones de *“autoridad minera”* y de titulación y contratación minera (artículos 21 y 22).

<sup>6</sup> Por la cual el Ministerio de Minas y Energía delegó en Ingeominas las funciones que le correspondían a esa cartera gubernamental como *“autoridad minera y concedente”*.

conocimiento general de los asuntos mineros, entre estos, el expediente DG2-121 de 2002, a partir de esa misma fecha (fl. 68, c.2).

- El 6 de mayo de 2004, los titulares de la concesión minera DG2-121 reiteraron ante Ingeominas la existencia de errores en la delimitación del área sujeta al contrato, puesto que las alinderaciones del polígono referido en el negocio jurídico no coincidían con las del solicitado en la propuesta. Los peticionarios manifestaron que acompañaban su petición con los planos del área pretendida y refirieron los datos de la demarcación del polígono bajo los métodos de "Rumbos y Distancias" y "Coordenadas Planas de Grauss", estas últimas, con datos idénticos a los señalados en la propuesta inicial, pero diferentes a los especificados en el contrato de concesión (fls. 69 al 71, c.2).

Al respecto, en concepto técnico del 14 de abril de 2005, Ingeominas señaló:

*...[R]evisada la alinderación del Contrato de Concesión de la referencia, se pudo establecer que las alinderaciones presentadas mediante Rumbos y Distancias y por Coordenadas Planas de Grauss dentro de dicha minuta de contrato, la cual fue firmada por los contratistas en su momento, son consecuentes entre sí y coinciden con la alinderación presentada mediante Rumbos y Distancias en la propuesta del contrato de concesión.*

No obstante, también señaló que, al revisar la petición del 6 de mayo de 2004, solo se tomó en cuenta la delimitación del polígono por "Coordenadas Planas de Grauss", puesto que la de "Rumbos y Distancias" no señaló el punto arcifinio que definía la alinderación. Agregó que, al examinar las indicadas coordenadas planas de Grauss, aducidas por los concesionarios el 6 de mayo de 2004, estas se encontraban "en su totalidad" por fuera del área concedida en el contrato minero, razón por la cual remitiría el expediente al Grupo de Contratación y Titulación Minera de la entidad, para examinar la posibilidad de su corrección mediante la firma de otrosí (fl. 73, c.2).

El concepto técnico de la mencionada dependencia fue desfavorable para la modificación del contrato (fls. 76 al 81), por considerar que el polígono descrito en las coordenadas planas de Grauss referidas en la propuesta de concesión coincidía, según su dicho, con el que se especificó en el documento contractual firmado por las partes. En este punto, señaló que, "desde el punto de vista técnico", a los titulares del contrato DG2-121 se les había otorgado el área

solicitada por ellos mismos en la propuesta correspondiente. No obstante, dejó abierta la posibilidad de que la Oficina Jurídica de Ingeominas se pronunciara al respecto.

- El 5 de mayo de 2005, el señor Marco Tulio Muñoz Muñoz -titular de la concesión DG2-121- insistió nuevamente en la necesidad de corregir los errores e inconsistencias que se presentaron al alinderar las áreas afectas al contrato. En esta oportunidad, agregó:

*El pasado jueves 28 de abril apareció por mi finca el señor CASIMIRO RODRÍGUEZ MONTAÑO, cotitular del contrato de concesión GAS-114 para presionarme, hacermc amenazas y decirme que a partir de la fecha le tenía que desocupar las minas pues él tenía el contrato y yo no tenía derechos en las minas (...).*

Según el solicitante, como consecuencia de esas presiones, acudió a Ingeominas para verificar la existencia de esa nueva concesión y se percató de que la zona solicitada por él y su esposa en la propuesta DG2-121 de 2002, había sido asignada al contrato GAS-114 de 2005.

En tal virtud, recalcó que, si bien no se había procedido con la corrección que de tiempo atrás venía solicitando para delimitar nuevamente las áreas del contrato minero DG2-121, lo cierto era que el terreno pretendido en ese expediente continuaba gozando del derecho de prelación, el cual se debía respetar, especialmente suspendiendo cualquier actividad que se intentara adelantar con fundamento en el contrato GAS-114. Por lo anterior, solicitó que, además de las correcciones requeridas en anteriores peticiones, se le respetara el debido proceso, se aceptara la firma de un otrosí al contrato DG2-121 de 2002 y se investigaran los hechos relacionados con el contrato GAS-114, sin perjuicio de las medidas que eventualmente procedieran (fls. 86 al 97, c.2).

El 6 de julio de 2005, Ingeominas insistió en que las áreas del contrato DG2-121 estaban correctas, aunque señaló que lo relativo al contrato GAS-114 sería remitido a la Secretaría General de la entidad, para lo de su competencia (fl. 104, c.2).

- En efecto, el 20 de abril de 2005, Ingeominas celebró con los ciudadanos Casimiro Rodríguez Montaña y Mary Isabel Pedrozo Lanzziano el contrato de

concesión GAS-114, para la exploración y explotación de un "yacimiento de carbón mineral", ubicado en jurisdicción del municipio de Tausa, Cundinamarca, dentro de una extensión de 65 hectáreas y 5140.5 metros cuadrados (fls. 179 al 185, c.2). Las alinderaciones fueron allí especificadas, igualmente con los métodos "Rumbos y Distancias" y en coordenadas planas.

El 17 de mayo de 2005, dentro del mismo expediente GAS-114, la Subdirección de Contratación y Titulación de Ingeominas manifestó que, al hacerse la evaluación técnica a la propuesta el 7 de febrero de ese año, se había advertido que el área solicitada presentaba superposiciones parciales, procediéndose a efectuar el recorte respectivo, aceptado expresamente por los interesados. Sin embargo, la entidad también señaló que el contrato GAS-114 aún no se podía inscribir en el Registro Minero –de suerte que en la fecha del informe todavía no se había perfeccionado-, por encontrarse pendiente la aprobación de la póliza respectiva (fl. 200, c.2).

- Los titulares del contrato DG2-121 continuaron solicitando reiteradamente la corrección del área alinderada en esa concesión y señalando las presiones efectuadas por los proponentes del expediente minero GAS-114, sin éxito.

- El 9 de agosto de 2005, Ingeominas adelantó una visita técnica en la zona objeto de controversia. En el acta respectiva se precisó que el objetivo de la visita era verificar si las explotaciones mineras adelantadas por el señor Marcos Muñoz Muñoz invadían el área del contrato "cuyo titular es el señor CASIMIRO RODRÍGUEZ MONTAÑO", de conformidad con lo señalado por el inspector de Policía de Tausa, en oficio del 13 de julio de 2005.

Los funcionarios de Ingeominas entrevistaron al señor Marcos Muñoz Muñoz y a su apoderado, al tiempo que revisaron la documentación que allí les fue entregada por estos. De igual manera, describieron algunas actividades que se estaban desarrollando en el área debatida y concluyeron que estas se adelantaron "dentro del contrato GAS-114, el cual no ha sido inscrito en el Registro Minero Nacional" (fl. 20, c.2).

Por lo anterior, le señalaron al titular del contrato DG2-121 que no se procedería al cierre de sus propias explotaciones mineras, mientras no se analizara lo

argumentado por él en las diferentes solicitudes presentadas ante las autoridades que habían tenido a su cargo ese expediente.

- El 13 de enero de 2006, la Subdirección de Contratación y Titulación Minera de Ingeominas rindió un informe de "reevaluación técnico-jurídica" de la propuesta de concesión GAS-114, en la cual, luego de señalar los distintos planos y coordenadas allegados durante ese trámite y en el expediente DG2-121, expresó:

*Se encontró que la propuesta [GAS-114] presenta superposición parcial con el título DG2-121 anterior al momento de presentación de la propuesta. De oficio se eliminó la superposición (...).*

A continuación, Ingeominas señaló los datos, mediciones y coordenadas del área libre, apta para la actividad solicitada en el expediente GAS-114. Al exponer las conclusiones de la evaluación, puso de presente lo señalado en el artículo 301 del Código de Minas, referente a la exclusión oficiosa de las áreas superpuestas, y manifestó (fl 243, c.2):

*Se realiza un análisis de superposiciones con el área corregida del contrato DG2-121 y se encontró que presenta superposición parcial con el contrato GAS-114, aún no inscrito en el Registro Minero, por lo que se hace necesario proceder a la elaboración de un otrosí modificando el área del contrato GAS-114 para dar cumplimiento al artículo anteriormente citado y dar cumplimiento al principio contemplado en el artículo 16 del Código de Minas, de primero en el tiempo primero en el derecho.*

- El 13 de febrero de 2006, Ingeominas les informó a los señores Mary Isabel Pedrozo Lanziano y Casimiro Rodríguez Montaña –solicitantes de la propuesta de concesión GAS-114- que al examinar su solicitud, se había encontrado superposición parcial de áreas con el terreno afecto al contrato minero DG2-121. Indicó la entidad (Fls 244 y 245):

*Teniendo en cuenta lo expresado (...) y para poder inscribir el contrato GAS-114 en el Registro Minero Nacional, se debe proceder a modificar el área del contrato, por lo que es necesario que manifieste si acepta o no la nueva área resultante susceptible de contratar. En caso de no aceptar la suscripción del mencionado otrosí, se procederá a informar a la oficina jurídica de esta entidad para que tome las medidas pertinentes.*

- En memorando interno del 9 de marzo de 2004, dirigido a la Oficina Asesora Jurídica de Ingeominas, la Subdirección de Contratación y Titulación de la entidad reiteró lo relativo a la superposición de áreas, detectada en la evaluación de la

propuesta minera GAS-114 y la exclusión de las facciones que presentaban esa irregularidad. Señaló que, si bien, esa medida les fue comunicada a los proponentes, no se había obtenido respuesta alguna de estos, razón por la cual era preciso definir las medidas procedentes (fl. 249, c.2).

- En el proceso no obra prueba de la decisión recomendada o adoptada por la Oficina Asesora Jurídica de Ingeominas, ni se demostró si los proponentes de la concesión GAS-114 aceptaron o no la exclusión de las áreas superpuestas, efectuada por Ingeominas según lo señalado en los instrumentos aquí referidos.

### **3. Problema jurídico**

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, así como el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala determinar si el contrato de concesión minera GAS-114, celebrado por las partes el 20 de abril de 2005, es absolutamente nulo por haberse pactado en este el desarrollo de la actividad minera allí especificada, en áreas de terreno parcialmente superpuestas con otras previamente delimitadas en el contrato de concesión DG2-121 de 2002.

En tal virtud, se deberá establecer si la circunstancia de que los concesionarios del contrato GAS-114 guardaran silencio sobre la exclusión oficiosa de las áreas superpuestas, conducía a la declaratoria judicial de nulidad absoluta del mencionado negocio jurídico.

#### **3.1. El contrato de concesión minera: marco jurídico y régimen legal**

La Constitución Política de 1991 le reconoció expresamente al Estado su condición de único propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (artículo 332) y le asignó al legislador la función de determinar o establecer las condiciones de explotación de dichos recursos (artículo 360<sup>7</sup>).

En observancia de tales mandatos superiores, la Ley 685 de 2001 –contentiva del actual Código de Minas, aplicable al contrato demandado en este proceso.

<sup>7</sup> En su contenido vigente en la época de celebración del contrato materia de controversia, vale decir, en el texto anterior al Acto Legislativo N° 5 de 2011, el indicado artículo establecía: “La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos (...)”.

por cuanto se celebró bajo su vigencia- estableció que el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal solo puede constituirse, declararse y probarse *"mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional"*<sup>8</sup> (artículo 14).

El artículo 45 del indicado estatuto define el contrato de concesión minera como aquel que se celebra entre el Estado y un particular para que este, por su cuenta y riesgo, adelante actividades de exploración y explotación de minerales de propiedad estatal que se hallen dentro de una zona determinada, todo ello en los términos y condiciones previstos en la misma ley. La norma en cita también establece:

*El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.*

La Ley 685 de 2001 refiere de manera detallada las características del contrato mencionado. En términos generales, el artículo 49 del aludido código establece que la concesión minera es un acuerdo de adhesión, por cuanto no admite prenegociación de sus términos, condiciones y modalidades, en tanto que el artículo 50 reitera que, para su perfeccionamiento y prueba, el negocio jurídico debe ser inscrito en el Registro Minero Nacional.

Tal inscripción determina, entonces, el surgimiento del contrato a la vida jurídica y la posibilidad de que produzca efectos legales frente a las partes y frente a terceros. De ahí que el artículo 70 del estatuto referido establezca que el término de duración de la concesión minera se cuenta desde la fecha de su inscripción en el aludido registro<sup>9</sup>.

A su vez, el artículo 58 de la misma codificación enuncia los derechos que surgen del contrato de concesión minera, negocio este que –a la luz de la norma- le otorga al concesionario la facultad excluyente de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para determinar la

<sup>8</sup> Dejando a salvo los derechos derivados de las licencias, permisos, contratos y titulaciones privadas que se hubieran otorgado en debida forma antes de la promulgación de esa ley.

<sup>9</sup> Indica la norma: *"El contrato de concesión se pactará por el término que solicite el proponente y hasta por un máximo de treinta (30) años. Dicha duración se contará desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional"*.

existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos "de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas". Según la misma disposición, la concesión minera también le concede a su titular el derecho a instalar, dentro y fuera de la zona afecta al contrato, los equipos y obras que requiera para ejercer las servidumbres a que haya lugar, reguladas también en esa ley.

Cabe anotar que el Código de Minas le confiere a la autoridad minera concedente la facultad de declarar la caducidad del contrato de concesión, cuando se cumpla cualquiera de las causales previstas en el artículo 112<sup>10</sup>. Sin embargo, el estatuto proscribire en las concesiones mineras el ejercicio de las demás potestades excepcionales, puesto que establece:

*Artículo 51. El contrato de concesión minera, con excepción de lo previsto sobre la declaración de su caducidad, no podrá ser modificado, terminado o interpretado unilateralmente por parte de la entidad pública concedente. Para cualesquiera de estas actuaciones se deberá recurrir al juez competente o al empleo de árbitros o peritos.*

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XXV del Código de Minas, el procedimiento administrativo que debe adelantarse para el otorgamiento del título minero mediante contrato de concesión comienza con la presentación de una propuesta por parte del interesado, la cual debe reunir los requisitos previstos en el artículo 271 *ibidem*, esto es, el nombre, identidad y domicilio del solicitante, y además:

<sup>10</sup> "El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:

- a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción;
- b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales (...)
- c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;
- d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas;
- e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato;
- f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda;
- g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;
- h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;
- i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;
- j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen (...).

- a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;
- b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;
- c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;
- d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;
- e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;
- f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;
- g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67<sup>11</sup> de este Código.

La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

El artículo 274, por su parte, señala que la autoridad minera debe rechazar la propuesta de concesión, entre otras causales, cuando el área delimitada por el solicitante "se superpone totalmente a contratos o propuestas anteriores". Al tenor de la misma norma, en caso de que la superposición solo sea parcial, la propuesta podrá admitirse sobre el área restante, "si así lo acepta el proponente".

Interpretada esta regla en conjunto con otras disposiciones del Código de Minas, es dable concluir que, de no aceptar el solicitante la exclusión o sustracción de las áreas superpuestas con las de otros contratos o propuestas anteriores, en todo caso es obligatoria la eliminación o sustracción del área sobrepuesta, so pena de que no pueda admitirse ni tramitarse la propuesta respectiva.

<sup>11</sup> "Artículo 66. En la identificación y delimitación del área objeto de la propuesta y del contrato, serán de obligatoria aplicación los principios, criterios y reglas técnicas propias de la ingeniería, geología y la topografía, aceptadas y divulgadas oficialmente".

"Artículo 67. Normas técnicas oficiales. El Gobierno Nacional, por medio de decreto, establecerá, en forma detallada, los requisitos y especificaciones de orden técnico minero que deban atenderse en la elaboración de los documentos, planos, croquis y reportes relacionados con la determinación y localización del área objeto de la propuesta y del contrato de concesión, así como en los documentos e informes técnicos que se deban rendir. Ningún funcionario o autoridad podrá exigir en materia minera a los interesados la aplicación de principios, criterios y reglas técnicas distintas o adicionales a las adoptadas por el Gobierno".

Lo anterior se evidencia, v.gr., con el artículo 276, el cual señala que, cuando las oposiciones formuladas por los grupos étnicos –a quienes se les debe comunicar la propuesta bajo lo previsto en el artículo 275- aduzcan superposiciones aceptadas o constatadas por la autoridad minera, que comprendan solo una parte del área pedida, se *“debe restringir el estudio de la solicitud a la parte libre”* y, si las superposiciones comprenden la totalidad del área, debe ordenarse el archivo del trámite.

En ese mismo sentido, a la luz de los artículos 299 y 300 del estatuto minero, cuando la oposición se ha formulado por el titular de una concesión vigente que recae sobre el área solicitada –en todo o en parte-, o bien, por quien haya presentado una propuesta anterior también coincidente de manera total o parcial con el área objeto de solicitud, la autoridad minera deberá verificar la información y, si encuentra que la superposición es total, habrá de archivar la propuesta evaluada. Por el contrario, si tal coincidencia es solo parcial, la norma le impone a la entidad *“ordenar, de oficio, modificar la propuesta”* e indica que, en ese caso, *“el área del contrato quedará reducida al área libre, sea cual fuere su forma de extensión”*.

Todo ello guarda consonancia con lo dispuesto en el artículo 16 del mismo Código de Minas, norma que establece:

*Validez de la propuesta. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.*

En armonía con esta regla, el artículo 270 del estatuto minero indica:

*La propuesta del contrato se presentará por el interesado, directamente o por medio de su apoderado, ante autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente o por envío a través de correo certificado. En estos casos, si la primera propuesta concurriere con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de su presentación la de su recibo por la autoridad minera competente o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expida el recibo de envío.*

De los anteriores cánones se colige que, bajo la regulación legal aplicable al contrato de concesión minera hoy en controversia, no es admisible la propuesta de concesión cuyas áreas estén superpuestas, aun parcialmente, con otras referidas

en propuestas anteriores o en contratos de concesión ya en curso. En caso de superposición parcial, constatada durante el trámite administrativo, el ordenamiento deja a salvo la posibilidad de modificar la propuesta ulterior delimitándola al área libre -orden que, en ese caso, se le debe impartir oficiosamente al interesado -, pero no es procedente tramitar la propuesta ni resolverla favorablemente pasando a la fase contractual, sin excluir de esa solicitud de título minero la fracción de terreno que presente superposición.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 279 del Código de Minas, la celebración del contrato y su inscripción en el Registro Minero solo tienen lugar después de que se han resuelto las oposiciones de terceros, lo cual comprende las que se refieren a la superposición de áreas<sup>12</sup>.

La exigencia legal de que la propuesta de concesión y el título eventualmente otorgado se vean libres de franjas superpuestas permite que la actividad minera se adelante de manera adecuada, sin entrañar riesgos para los recursos objeto de explotación -cuya propiedad mantiene el Estado- ni para los derechos de terceros. Por tanto, la autoridad competente debe verificar oportunamente la ausencia de tales coincidencias, en los terrenos con vocación minera sobre los cuales recaigan las propuestas de concesión.

Las eventuales fallas de la administración en esa tarea -vale decir, en la detección temprana de la superposición parcial o total de áreas-, deben ser corregidas por la entidad antes de que el contrato se inscriba en el Registro Minero Nacional. En efecto, el artículo 301 del Código de Minas señala:

*Exclusión oficiosa. En cualquier tiempo antes de la inscripción del contrato, la autoridad concedente ordenará, de oficio o a petición del interesado, la eliminación de las superposiciones de la propuesta con títulos vigentes debidamente inscritos en el Registro Minero Nacional o con una propuesta anterior en trámite, si por medio de sus sistemas de información, archivos, documentos y diligencias, puede verificar dichas superposiciones.*

El deber de exclusión oficiosa, así previsto en la norma comentada, no debe entenderse como una modificación unilateral del contrato que contravenga lo

<sup>12</sup> "Dentro del término de diez (10) días después de haber sido resueltas las oposiciones e intervenciones de terceros, se celebrará el contrato de concesión y se procederá a su inscripción en el Registro Minero Nacional. Del contrato se remitirá copia a la autoridad ambiental para el seguimiento y vigilancia de la gestión ambiental para la exploración".

dispuesto en el artículo 51 de la Ley 685 de 2001, en cuanto prohíbe el ejercicio de potestades excepcionales en las concesiones mineras<sup>13</sup>, pues esa prohibición recae sobre contratos ya perfeccionados, es decir, los que hayan sido inscritos en el Registro Minero Nacional.

Así, celebrado el negocio jurídico, el mismo no puede tenerse por perfeccionado -ni puede producir los efectos que la ley le reconoce- mientras no se inscriba en el Registro Minero Nacional, como ya se anotó (artículos 45 y 70 del Código de Minas), y no será posible señalar la existencia jurídica ni la vigencia del contrato de concesión minera, sino únicamente cuando se cumpla esa solemnidad, así exigida en el ordenamiento.

La validez de un contrato solo puede ser predicable y enjuiciable si ese contrato existe, es decir, si ha nacido a la vida jurídica por reunir los presupuestos que la ley establece para ese efecto. Correlativamente, la existencia del contrato solo puede tener lugar cuando se han cumplido las condiciones para su perfeccionamiento.

Al respecto, la doctrina señala que, es el perfeccionamiento el que *"da vida a la fuente obligacional, al título jurídico que vincula a los extremos contractuales"* y que solo con la materialización de ese acto surge la identificación plena del objeto contractual, los sujetos, el plazo, etc<sup>14</sup>.

En esa medida, el hecho de que el estatuto minero solo prevea la exclusión oficiosa de las áreas superpuestas para el contrato en trámite que aún no ha sido inscrito en el registro correspondiente, implica que tal medida administrativa solo procede cuando el negocio jurídico no se ha *"perfeccionado"*, razón por la cual, la decisión que en tal sentido adopte la entidad no puede ser tenida como una *"modificación unilateral del contrato"* ni entrañar el ejercicio de una potestad excepcional, justamente porque el contrato aún no puede reputarse existente. Por el contrario, la exclusión oficiosa debe entenderse como un instrumento que la ley le otorga a la administración para subsanar oportunamente la mencionada irregularidad -superposición de áreas-, antes de que la concesión respectiva

<sup>13</sup> Salvo la declaratoria de caducidad.

<sup>14</sup> RICO PUERTA, Luis A. *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal* 10ª Edic. Bogotá: Leyer, 2018, p. 221.

cobre vigencia, efectividad y obligatoriedad, con su registro en el indicado sistema oficial.

Por consiguiente, una vez efectuada la exclusión oficiosa en los términos del artículo 301 de Código de Minas, la misma cobra fuerza por sí sola y afecta de inmediato el área delimitada por el proponente –y futuro concesionario-, sin que para ello se requiera su aceptación expresa ni la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades. En este punto, es del caso advertir que el interesado, al solicitar el título minero, debe someterse a las condiciones y requisitos legales establecidos tanto para la fase previa a su otorgamiento como para las etapas posteriores. En particular, la necesidad de que su actividad minera solo pueda ejercerse en áreas libres, a fin de que no se menoscaben derechos ni beneficios previamente reconocidos o reservados por la ley a terceros.

Por otro lado, la Sala destaca lo establecido en el artículo 53 de la Ley 685 de 2001, en cuanto advierte que las propuestas de concesión minera y los contratos respectivos solo se someten a ese estatuto y no a la normativa general que regula los contratos estatales, ni aun en lo concerniente a la validez de tales actos y contratos. En efecto, indica la norma:

*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 esta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17<sup>15</sup> 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.*

Por tanto, en el análisis del negocio jurídico sometido hoy a juicio de legalidad, ha de partirse de esta previsión legal, de la cual se desprende que la nulidad de los contratos de concesión minera no se regula por la Ley 80 de 1993 –estatuto general de contratación pública-, como pasará a precisarlo la Sala al abordar el estudio de la causal de nulidad invocada por la parte demandante, en la forma que se expondrá a continuación.

<sup>15</sup> "Artículo 17. La capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras (...)."

### 3.2. La causal de nulidad formulada en el caso concreto

La parte demandante manifestó que el contrato de concesión minera GAS-114 de 2005 incurría en la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 44, numeral 2, de la Ley 80 de 1993, esto es, haberse celebrado el negocio jurídico “*contra expresa prohibición constitucional o legal*”.

Al sustentar este planteamiento, la actora adujo que el contrato enjuiciado se había celebrado “*en contraposición*” de lo previsto en el artículo 16 del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, relativo al derecho de prelación o preferencia que les asistía a quienes hubieran celebrado contrato de concesión o presentado una propuesta encaminada a este, con anterioridad a la solicitud referente al título minero objeto de examen. En ese sentido, afirmó que la propuesta presentada el 2 de julio de 2002 –correspondiente al contrato minero DG2-121 de ese año- gozaba de prelación legal con respecto a la propuesta del contrato GAS-114 de 2005, preferencia que, según su dicho, resultó infringida con la celebración de este último negocio jurídico.

Señaló (fl. 31, c.1):

*El principio 'primero en el tiempo, primero en el derecho' es un aforismo que pone de manifiesto una prelación natural, que impone a su vez la rigurosa secuencia cronológica frente a los pronunciamientos respecto de solicitudes presentadas ante la autoridad minera. Por consiguiente, cuando se concede un contrato a determinada propuesta, debiendo haberse atendido una solicitud anterior, se está desconociendo esa prelación natural que, como ya vimos, debió ser atendida por la autoridad minera.*

*La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.*

La entidad estatal hoy demandante también recalcó que, ante la ausencia del consentimiento de los hoy demandados para modificar por mutuo acuerdo las áreas delimitadas en el contrato GAS-114, se determinó en Ingeominas la necesidad de demandar la nulidad de ese contrato, en ejercicio de la vocación procesal reconocida para ese efecto en el artículo 289 de la Ley 685 de 2001.

Al respecto, la Sala encuentra que el contrato de concesión minera GAS-114 de 2005 no adolece de nulidad absoluta, no solo porque no se configuró respecto

de este la causal invocada por la parte demandante –celebración contra expresa prohibición legal-, sino también porque el negocio jurídico aludido, si bien se celebró el 20 de abril de 2005, no nació a la vida jurídica por no haberse inscrito en el Registro Minero Nacional, de suerte que, el yerro que motivó la acción judicial de la referencia podía subsanarse con las medidas administrativas previstas en la Ley 685 de 2001, antes de que se cumplieran los presupuestos para el perfeccionamiento –y consiguiente existencia- del contrato. Por lo demás y, de considerarse la posibilidad de examinar de oficio la legalidad del contrato al amparo de la normativa aplicable, en todo caso se concluiría que no existe mérito alguno para declarar su nulidad absoluta.

Se señala lo anterior, por las siguientes razones:

En primer lugar, los presupuestos o condiciones de validez de los actos y negocios jurídicos son los que se establecen en las normas que los regulan, lo cual implica que el examen de esa validez, en cada caso concreto, debe hacerse con fundamento en esas específicas disposiciones y no en los preceptos o reglas que el propio legislador haya indicado como no aplicables a tales actos y negocios. Ahora, cuando la normativa especial que gobierna directamente el contrato en cuestión no establece expresamente las condiciones de su validez –o siquiera las causales para que sea calificado como nulo -, el operador judicial puede acudir a las reglas generales contenidas en el ordenamiento, excepción hecha -se reitera- de aquellas que se hayan extraído del marco jurídico aplicable al contrato, por disposición expresa de la misma ley.

En el presente caso, tal y como se desprende del artículo 53 del Código de Minas, a los contratos de concesión minera no les es aplicable el estatuto general de contratación pública, ni aun en lo referente a la validez de los mismos, lo cual pone de manifiesto que el examen de legalidad de las mencionadas concesiones no puede realizarse a la luz de las causales establecidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la segunda de las cuales fue alegada en el *sub judice* por la parte demandante. Tal impedimento de aplicación del estatuto general de contratación pública a las concesiones mineras se afianza también por lo dispuesto en el artículo 76 de la referida Ley 80, norma según la cual, los contratos de exploración y explotación de los

recursos naturales renovables y no renovables –como los mineros- deben regirse por la legislación especial que los gobierna.

Por tanto, es palmario que los requisitos de validez del contrato de concesión minera GAS-114 de 2005 no figuran en la Ley 80 de 1993 -codificación general que disciplina la contratación administrativa- ni es procedente examinar la legalidad de tal acuerdo de voluntades con base en la causal del artículo 44, numeral 2, de ese estatuto.

En segundo lugar, es pertinente advertir que, no obstante la inaplicabilidad de la Ley 80 de 1993 en los contratos de concesión minera -particularmente en lo relativo a su validez-, el juez de la causa bien puede entrar a considerar si el vicio referido por la parte actora se encuadra o no en alguna en las causales de nulidad previstas en otras normas que sí operen para las concesiones mineras. Así, en principio, cabría indagar si la circunstancia de haberse celebrado el contrato de concesión minera GAS-111 de 2005 pese a que las áreas de intervención allí delimitadas se encontraban superpuestas con otras ya fijadas en un contrato de concesión anterior y en la propuesta que le precedió, viciaba de nulidad absoluta el negocio jurídico aludido.

Sin embargo, como anteriormente lo analizó la Sala, el juicio de legalidad del contrato de concesión minera se torna nugatorio y, por tanto, no puede tener cabida, si dicho contrato no fue perfeccionado, pues al faltar alguna de las solemnidades ordenadas en la ley para ese perfeccionamiento, el negocio no existe jurídicamente, de suerte que no es posible entrar a afirmar, refutar ni enjuiciar su validez.

La correlación entre el perfeccionamiento del contrato y su existencia, es decir, el reconocimiento del primer elemento como condición indispensable del segundo, se ha recalcado en la Jurisprudencia, especialmente cuando se ha advertido que la ausencia de los trámites necesarios para la formalización escrita del acuerdo de voluntades y su perfeccionamiento, *“configura ausencia del contrato, o en otros términos inexistencia del negocio jurídico”*<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 1998, exp. N° 11099. C.P. Daniel Suárez Hernández. En ese mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las sentencias del 7 de noviembre de 2012 –exp. N° 50001-23-31-000-1994-04631-01(21313) C.P. Mauricio Fajardo Gómez-, 30 de enero de 2013 –exp. N° 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130), C.P.

En el presente caso, las probanzas del plenario evidenciaron que, si bien las partes celebraron el contrato de concesión minera GAS-114 el 20 de abril de 2005, lo cierto es que este negocio jurídico no llegó a inscribirse en el Registro Minero Nacional, en razón a que se encontraban pendientes por resolver las reclamaciones y oposiciones presentadas por los titulares de la concesión DG2-121 de 2002, justamente con fundamento en la superposición de áreas aducida en la demanda hoy examinada por la Sala.

Más aún, como se indicó en la referencia de los hechos probados, la Subdirección de Contratación y Titulación de Ingeominas certificó, el 13 de enero de 2006, que una vez revisadas las alinderaciones de terreno descritas en la "solicitud" de concesión minera GAS-114, se estableció que estas presentaban superposición parcial con algunas facciones correspondientes al título minero DG2-121, y que era necesario modificar el área del contrato GAS-114, "aún no inscrito en el Registro Minero" (fl. 243, c.2). Tal concepto fue reiterado por esa misma dependencia de Ingeominas el 13 de febrero de 2006, al comunicarles la mencionada inconsistencia a los proponentes del contrato sometido a juicio (fl. 244, c.2).

Por consiguiente, lo que aflora de las pruebas en el presente caso es que el contrato minero GAS-114, celebrado el 20 de abril de 2005, no llegó a perfeccionarse, de suerte que no pudo erigirse como fuente de obligaciones para las partes ni producir los derechos y demás efectos establecidos en el Código Minero, entre estos, la afectación irregular de las áreas sujetas al contrato DG2-121, por cuenta del eventual otorgamiento de la concesión GAS-114, solicitada por los hoy demandados.

En esa medida, no existe mérito ni elemento jurídico alguno que permita afirmar que el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 resultó materialmente transgredido al celebrarse el contrato GAS-114 de 2005 y que ello derive en su nulidad absoluta. Por el contrario, el derecho de prelación establecido en la norma a favor del proponente más antiguo no fue desconocido ni afectado por la suscripción del negocio jurídico indicado, toda vez que, se reitera, Ingeominas se abstuvo de inscribirlo en el Registro Minero Nacional, precisamente al

---

Carlos Alberto Zambrano Barrera- y 20 de febrero de 2014 –exp. N° 70001-23-31-000-1997-06354-01(25549), C.P. Danilo Rojas Betancurth-

evidenciar que los derechos de los titulares del contrato DG2-121 de 2002 podían resultar menoscabados.

Ahora bien, es verdad que durante las actuaciones adelantadas por la autoridad minera para dar trámite a las dos propuestas de concesión involucradas en la controversia –es decir, las solicitudes con radicaciones DG2 121 de 2002 y GAS-114 de 2005-, no se detectó desde el comienzo la superposición parcial de las áreas delimitadas en tales expedientes, sino solo después de haberse celebrado el contrato hoy demandado. Sin embargo, la solución jurídica prevista en el ordenamiento para esa irregularidad, advertida antes de la inscripción del negocio jurídico en el Registro Nacional Minero, consiste en la exclusión oficiosa de las áreas superpuestas, en la propuesta correspondiente al contrato GAS-114 de 2005 –a la luz del artículo 301 del Código de Minas-, exclusión que, como ya se señaló, no requería de un otrosí ni de la aceptación expresa del interesado para que surtiera efectos en su solicitud, salvo en el evento que dicho proponente se hubiera opuesto de manera expresa a esa disminución de las áreas –lo cual no fue demostrado en este proceso-, posibilidad esta que habría impedido, en todo caso, la inscripción del contrato en el registro aludido y, por tanto, la configuración de su nulidad.

Habida cuenta de todo lo anterior, se tiene que en el presente caso no hay lugar a declarar la nulidad absoluta solicitada en la demanda respecto del contrato de concesión minera GAS-114 de 2005, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada.

#### **4. Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: TÉNGASE** como sucesora procesal del Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas-, a la Agencia Nacional de Minería, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de junio de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

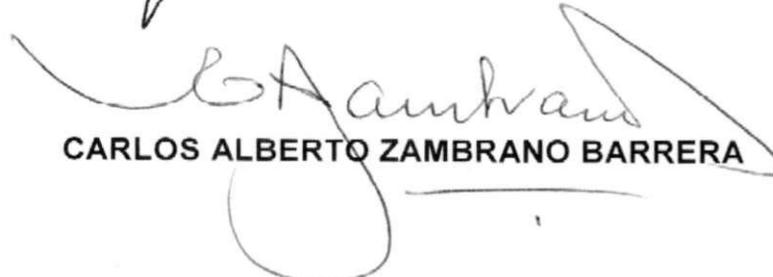
**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

  
**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**