



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NIT. 900.500.018 - 2



Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

Bogotá D.C., 22-09-2017 09:37 AM

Señor:

SERGIO ALEJANDRO CASTAÑEDA PÉREZ

Email: acastaneda@grupodebullet.com

Teléfono: 3520200 Ext 121

Celular: 3148880305

Dirección: Cra 32 No. 12A-11

País: COLOMBIA

Departamento: ANTIOQUIA

Municipio: MEDELLÍN

Asunto: Configuración caso fortuito o fuerza mayor para suspensión de actividades. Radicado 20179020033672

Cordial saludo,

Hemos recibido su consulta relacionada con la viabilidad de aplicar la fuerza mayor o el caso fortuito, como consecuencia de la oposición que en algunos municipios existe frente al desarrollo de actividades mineras, para solicitar la suspensión de actividades, radicado en las oficinas del Coordinador Regional con el número 20179020033672, el 8 de agosto de 2017 y remitido a esta oficina Asesora Jurídica bajo el número 20179020011613, recibido el 16 de agosto de 2017.

Con el fin de dar respuesta a las inquietudes planteadas en su escrito, me permito hacer las siguientes precisiones:

1. La fuerza mayor como eximente de responsabilidad

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 establece que: *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NIT. 900.500.018 - 2



Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

La temática de la responsabilidad de los particulares y del Estado, ha sido tratada en diversas oportunidades en la doctrina y la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, cuya visión ha divergente, en el primer caso, monista al considerar que ambas figuras se refieren a un mismo fenómeno, en tanto en el caso del Consejo de Estado, que considera que son dos figuras jurídicas distintas que atienden condiciones fácticas diversas.

Al respecto en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 10 de mayo de 1996. Exp. 813, se pronunció diciendo:

"La Corte Suprema de Justicia acoge el criterio de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor, tal como se desprende del texto del derogado art. 64 del Código Civil, y de la forma como quedó concebido el art. 1° de la ley 95 de 1890, que sustituyó a aquél. Por su parte, esta Corporación en sentencia de marzo 26 de 1984 luego de memorar la jurisprudencia civil en esta materia, se aparta del criterio de la identidad de los fenómenos y acoge la distinción entre los mismos, que encuentra fundamentada en que la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad. Esta Sala reitera el anterior criterio expuesto por la Corporación y se aparta de la posición citada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que atribuye como causal del caso fortuito la concerniente a acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza...debe hacerse es un análisis y ponderación de todas las circunstancias del respectivo hecho para determinar si encaja dentro de las que figuran la fuerza mayor o el caso fortuito".¹

En pronunciamiento de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver un recurso de apelación en una acción contractual, del 10 de noviembre de 2005, en el expediente con Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392), M.P. Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, dijo:

"La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista."

¹ Tomado de: <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/4041-diccionario-juridico-fuerza-mayor-y-caso-fortuito#sthash.6K9Oqpuk.dpuf>



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NIT. 900.500.018 - 2



20171200261421

Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato.

En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado."(subrayas añadidas).

En sentencia del 18 de julio de 2012, la Sección Tercera, subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del expediente con radicación número: 50001-23-31-000-1992-03966-01(21573), M.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las diferencias entre el incumplimiento de un contrato por fuerza mayor y el equilibrio económico del contrato por la teoría de la imprevisión, para lo cual señaló:

"(...) el incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido y a partir de su ocurrencia se torna imposible continuar la ejecución correspondiente o culminarla, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, puesto que ejecución se vuelve más gravosa, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NIT. 900.500.018 - 2



20171200261421

Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

En efecto, en presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones más gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado cuya satisfacción se vuelve imposible, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

Al respecto, esta Sección ha explicado:

(...)

Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado. " (subrayas añadidas)

En providencia del 16 de febrero de 2012, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con número de radicación número 25000-23-000-2011-00213-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, resaltó que:

"(...) fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado: se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que en el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. (subrayas añadidas)

En sentencia del Consejo de Estado, del 30 de julio de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02044-02(33925), M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, dicha Corporación señaló:



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NTT. 900.500.018 - 2



Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato). (subrayas añadidas).

En suma, en materia de contratación estatal, la jurisprudencia ha establecido que la fuerza mayor y el caso fortuito representan la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, en tanto el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes, y en esa medida no resulta imputable al contratista. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha reconocido que incluso las partes de un contrato pueden contemplar supuestos adicionales a los contenidos en la ley, constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, e incluso pactar el procedimiento aplicable.

2. Forma de acreditar la fuerza mayor o el caso fortuito

De acuerdo con la Jurisprudencia presentada en el punto primero, en principio los contratos se celebran para ser cumplidos y, en respuesta a su fuerza obligatoria, las partes deben ejecutar las prestaciones que de ellos emanan, en forma íntegra, efectiva y oportuna, de manera que el incumplimiento de las mismas, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido, como lo son la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato.

Cuando en la ejecución de un contrato se presenten hechos constitutivos de Fuerza Mayor que han ocasionado la inejecución de las prestaciones del contrato, o la ejecución defectuosa de las mismas, con el fin de que se configure la causal de exención de responsabilidad al contratista incumplido, se deben cumplir ciertas condiciones para lo cual resulta de utilidad recordar la definición del artículo 64 del Código Civil (subrogado por el artículo 1º de la ley 95 de 1890) el cual dispone que: "[s]e llama **fuerza mayor o caso fortuito**, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. etc."

Por lo expuesto, para que se estructure la Fuerza Mayor como justificación del incumplimiento, se deben reunir un conjunto de características, las cuales son:



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NIT. 900.500.018 - 2



20171200261421

Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

- ✦ Que el hecho es **exógeno y extraño**² a las partes, no siendo imputable al contratista³, es decir, el hecho debe ser jurídicamente ajeno al causante del incumplimiento, debe haberse producido sin contribución o culpa alguna del contratista.
- ✦ El hecho generador fue **imprevisible**, por lo que debe ser un evento de un carácter tan remotamente probable y súbito, que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo, *"que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"*⁴
- ✦ El hecho generador fue **irresistible**, vale decir, que se trate de una situación inevitable que no puede exigir de la persona que la sufre un comportamiento para que no ocurra, poniendo al contratista— a pesar de sus mayores esfuerzos — en una situación de imposibilidad absoluta y permanente de cumplir; *"que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias"*.
- ✦ La parte interesada en que se declare la fuerza mayor tiene la carga de probar que se reúnen las condiciones anteriores: que el hecho que le impidió cumplir la obligación contractual fue un hecho extraño y ajeno a su conducta, que fue imprevisible e irresistible, que además tuvo toda la diligencia debida para evitarlo y en ese sentido se configuró una fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

1. La fuerza mayor y el caso fortuito en la legislación minera.

En materia minera la Ley 685 de 2001 desarrolla de manera autónoma la figura de la fuerza mayor o el caso fortuito, compartiendo con otras legislaciones su concepto y los presupuestos para fundar su existencia, pero apartándose en el campo de la ejecución contractual, de las consecuencias que derivan de su ocurrencia, por lo que no es necesario acudir a otras legislaciones para dar

² La fuerza mayor y el caso fortuito requieren que el hecho sobreviniente sea externo. Por tal razón, el afectado no puede intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo. Este requisito exige por tanto que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma. No obstante, la jurisprudencia ha precisado que la exterioridad es una circunstancia jurídica, pues *"ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la [persona] accionada"*.

³ El Consejo de Estado ha enseñado que *"la fuerza mayor es una de las especies que conforman el fenómeno jurídico denominado causa extraña."* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, radicación número: 66001-23-00-001-1998-0091-00 (17.251).

⁴ Sentencia T-271 de 2016.



NIT. 900.500.018 - 2



Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

respuesta a los interrogantes relativos a la suspensión de actividades previstas en el artículo 52 del Código de Minas que señala:

"ARTÍCULO 52. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. A solicitud del concesionario ante la autoridad minera las obligaciones emanadas del contrato podrán suspenderse temporalmente ante la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito. A petición de la autoridad minera, en cualquier tiempo, el interesado deberá comprobar la continuidad de dichos eventos."

De la norma antes transcrita es posible deducir lo siguiente: (i) la ocurrencia probada de la Fuerza mayor o el caso fortuito durante la ejecución del contrato de concesión minera puede impedir temporalmente la ejecución de una obligación, pero superado el evento constitutivo, es posible levantar la suspensión para dar continuidad al cumplimiento del contrato, por lo que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación se encuentra atada a determinada temporalidad; (ii) lo que sigue a la ocurrencia al evento de fuerza mayor o caso fortuito es la solicitud del concesionario, quien además deberá probar los hechos alegados de manera que acredite los presupuestos de irresistibilidad, imprevisibilidad e inimputabilidad en que se funda la existencia de los hechos, y (iii) La autoridad minera deberá estudiar la solicitud y determinar si es procedente la suspensión del contrato como consecuencia de la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito dependiendo de cada caso.

Con respecto a este aspecto, esta Oficina Asesora Jurídica tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante concepto 20131200089423 del 17 de julio de 2014, en el que se refirió a la suspensión de obligaciones de que trata el artículo 52 de la Ley 685 de 2001 y manifestó que ella es procedente a solicitud del concesionario cuando ocurran hechos imprevisibles e irresistibles que afecten la normal ejecución del contrato, estando a su cargo probar dichas circunstancias, las cuales serán analizadas y valoradas en el caso concreto por la Autoridad Minera, para decidir sobre la procedencia de la solicitud y posteriormente efectuar el reconocimiento de los hechos como generadores de la suspensión del contrato.

A continuación procedemos a dar respuesta a sus interrogantes en los siguientes términos:

1. ¿Si la oposición social existente en un municipio, imposibilita el desarrollo de las labores propias de un título minero, puede considerarse como un hecho de fuerza mayor o caso fortuito?

Como se anotó anteriormente, corresponde a la Autoridad Minera a solicitud de parte, examinar si los hechos presentados por el concesionario como causantes de la afectación de la ejecución del contrato, reúnen las condiciones de imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad, constitutivas



NIT. 900.500.018 - 2



Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

de fuerza mayor o caso fortuito, con fin de establecer la procedencia de la solicitud de suspensión.

En consecuencia, la respuesta a este interrogante no puede realizarse de manera general y abstracta, sino que deberá darse con fundamento en el examen de cada caso particular, conforme a los hechos acaecidos y a las pruebas aportadas por el concesionario.

2. En caso de que un titular pretenda solicitar la suspensión de obligaciones mineras (art 52 de la ley 685 de 2001), teniendo como argumento el hecho de que existe una oposición por parte de la comunidad para el desarrollo de su proyecto minero ¿le es posible proceder a probar esta circunstancia por medio de artículos de prensa que acrediten esta situación? ¿qué medios probatorios se deben implementar para acreditarla?

Con el fin de poder establecer la fuerza mayor o el caso fortuito, deberá acreditarse por parte del concesionario ante la Autoridad Minera su configuración, mediante los medios de prueba normalmente aceptados, que permitan deducir claramente su configuración, a través de la acreditación de las condiciones que lo constituyen, y que son la imprevisibilidad, la irresistibilidad, y que el hecho no es imputable a quien la alega.

Así las cosas, la carga de la prueba está a cargo del concesionario quien deberá acreditar que los hechos que generaron la afectación del contrato, son constitutivos de caso fortuito o la fuerza mayor y que por lo tanto corresponde a la Autoridad Minera autorizar la suspensión del contrato.

3. En caso de que su despacho considere que la oposición social al desarrollo de proyectos mineros no configura un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, que permita la suspensión de las obligaciones de desarrollar permanentemente actividades mineras sin que el titular incurra en una causal de caducidad por inactividad:

a. Debe el titular realizar labores "a la fuerza" dentro de un municipio, aunque su población y sus autoridades administrativas se opongan al desarrollo del mismo al implementar estrategias que restringen el desarrollo de dichas actividades?

Cabe resaltar que mientras que el contrato de concesión esté vigente, no se haya decretado su suspensión, ni se haya dado por terminado por algunas de las causales establecidas en el Código de Minas, el concesionario tendrá la posibilidad de continuar desarrollando las actividades mineras.

Sin embargo, cabe resaltar que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 685 de 2001, *"En los contratos de concesión se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, está prohibida la actividad minera o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales."*, restricción que no requiere ser declarada



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA

NIT. 900.500.018 - 2



20171200261421

Para contestar cite:

Radicado ANM No.: 20171200261421

por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos."

b. ¿Cuáles son los compromisos que tiene la Autoridad Minera en su calidad de contratista para lograr la aceptación por parte de la comunidad del desarrollo de proyectos mineros?

A la Agencia Nacional de Minería, en su calidad de autoridad concedente le corresponde el ejercicio de las competencias asignadas por la Ley 685 de 2001 y el Decreto 4134 de 2011; sin embargo, conforme al artículo 56 del Código de Minas, el Estado no adquiere por virtud del contrato de concesión obligación de saneamiento, por lo cual, el concesionario no podrá reclamar pago, reembolso o perjuicio alguno por no encontrar en el área contratada los minerales a explotar, en cantidad o calidad que los haga comercialmente aprovechables o haber sido privado de su derecho a explorar o explotar. Tan solo será responsable en el caso en que terceros, con base en títulos mineros inscritos en el Registro Minero con anterioridad a la celebración del contrato, lo priven de toda o parte del área contratada no siendo su responsabilidad garantizar

En los anteriores términos, damos respuesta a su comunicación, aclarando que el presente concepto se emite en los términos de la Ley 1755 de 2015, en la cual se establece que los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,

LAURA CRISTINA QUINTERO CHINCHILLA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: "0".

Copia: "No aplica".

Elaboró: 52547028 Revisó

Fecha de elaboración: 22-09-2017 09:26 AM

Número de radicado que responde: 20179020033672

Tipo de respuesta: "Total",

Archivado en: Carpetas OAJ