



Bogotá D.C., 03-11-2023 10:03 AM

Señor:

RESERVADO

Asunto: Respuesta a solicitud radicado en la ANM bajo el N° 20231002622492 de de 13/09/2023.

Facultad sancionadora de la Agencia Nacional de Minería respecto de proponentes del contrato de concesión minera - Etapa Precontractual / Análisis legal de la potestad sancionadora y disciplinaria de la ANM. Proponentes del Contrato de Concesión Minera - Etapa precontractual / Claridad jurídica de la participación de proponentes en el contrato de concesión minera. Definiciones legales relacionadas con particulares que cumplen funciones públicas. Carencia de potestad disciplinaria de la ANM en procesos de concesión minera / Alcance de la potestad disciplinaria de las entidades estatales.

Cordial saludo,

En atención a la solicitud de petición del asunto, en el que requiere entre otras inquietudes: “(...) *informar por escrito y en los términos señalados en la Ley, si la Agencia Nacional de Minería se encuentra facultada para investigar disciplinariamente a los proponentes del Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual...*”, nos permitimos dar respuesta a cada una de sus requerimientos en el marco de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 sustituido por el artículo 1° de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 y conforme con lo establecido en el numeral 2 del artículo 12 del Decreto Ley 4134 de 2011, por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM y se determina su objetivo y estructura orgánica, en la que corresponde a esta Oficina Asesora Jurídica, elaborar conceptos jurídicos sobre las normas, proyectos o materias legales que afecten o estén relacionadas con la misión, objetivos y funciones de la Entidad, no obstante, es preciso indicar que el presente documento es emitido en los términos de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, razón por la cual carece de efectos vinculantes.

Así, teniendo en cuenta que este concepto está dirigido a brindar una ilustración jurídica general y no particular, en tratándose de casos particulares, deberá estarse a la decisión que de conformidad



con sus competencias legales corresponda a la Procuraduría General de la Nación (máximo operador disciplinario en Colombia).

Hechas las anteriores claridades, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados en los siguientes términos:

1. Sírvase informar por escrito y en los términos señalados en la Ley, si la Agencia Nacional de Minería se encuentra facultada para investigar disciplinariamente a los proponentes del Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

RESPUESTA:

Para absolver el primer interrogante la ANM abordará: i) las competencias de la Entidad; ii) la naturaleza del contrato de concesión minera y iii) las competencias de fiscalización y sancionatorias de la Agencia.

- i) COMPETENCIAS DE LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA - ANM:

Se aclara que partir de la expedición del Decreto Ley N°4134 de 3 de noviembre de 2011, la *Agencia Nacional de Minería - ANM* es también autoridad minera en Colombia (ver 317¹ de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas). La función principal es la de otorgar títulos mineros junto con aquellas Entidades a quienes éste le delegue esta función, tal es el caso, de la Gobernación de Antioquia (caso especial).

Como lo dispone el artículo 3 ibídem, el objeto de la Agencia Nacional de Minería, ANM, es administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.

- ii) NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA:

Con base en el Código de Minas, el Título Minero es el instrumento jurídico que da el derecho a una persona jurídica o natural, de explorar y explorar económicamente los minerales propiedad del Estado. Hoy en día existen varias clasificaciones, de conformidad con las derivadas del régimen del Decreto 2655 de 1988 (Clasificación Títulos Mineros) y de la expedición de la precitada ley, en la que se estableció el contrato único de concesión minera.

¹ Autoridad Minera. Cuando en este Código se hace referencia a la autoridad minera o concedente, sin otra denominación adicional, se entenderá hecha al Ministerio de Minas y Energía **o en su defecto a la autoridad nacional**, que de conformidad con la organización de la administración pública y la distribución de funciones entre los entes que la integran, tenga a su cargo la administración de los recursos mineros, la promoción de los aspectos atinentes a la industria minera, la administración del recaudo y distribución de las contraprestaciones económicas señaladas en este Código, con el fin de desarrollar las funciones de titulación, registro, asistencia técnica, fomento, fiscalización y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de áreas mineras.



Dicha disposición definió el **contrato único de concesión minera** como el instrumento legal que establece el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, por cuenta y riesgo de la persona natural o jurídica que lo solicite de forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, bajo los términos y condiciones establecidos en el Código de Minas.

Este contrato de concesión otorga la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras para establecer la existencia de minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas de geología e ingeniería de minas. También concede la facultad de instalar y construir, dentro de la zona y fuera de ella, equipos, servicios y obras.

En la precitada ley se estableció de forma clara que, para la ejecución de este título minero, se deben tener en cuenta las siguientes etapas para su ejecución:

Etapas	Exploración	Construcción y Montaje	Explotación
Duración	Tres (3) años	Tres (3) años	24 años o el resultante una vez descontadas las prórrogas.
Prorrogable	Sí, hasta por un término total de once (11) años	Sí, por un (1) año	Sí, hasta por treinta (30) años
Actividades a desarrollar	Exploración técnica. Búsqueda de depósitos minerales. Incluye métodos geológicos, geoquímicos y geofísicos	Construcción e instalación de infraestructura. Montaje necesario para las labores de explotación	Extracción y procesamiento de minerales. También actividades orientadas a la preparación y desarrollo de las áreas que abarca el depósito mineral

Esquema de Otorgamiento de Contrato de Concesión Minera y su Registro



Fuente: Cuadros tomados de la página oficial del Ministerio de Minas y Energía,

El otorgamiento de derechos de explotación minera por regla general se realiza a través del principio de “*primero en tiempo, primero en derecho*”², con la excepción de las zonas declaradas como estratégicas³ por parte de la Agencia Nacional de Minería. Las áreas estratégicas mineras se adjudicarán mediante procesos de selección objetiva liderados por la ANM. Del mismo modo, los derechos mineros son negociables entre partes privadas, y los derechos de concesión podrán transferirse parcial o totalmente.

El interesado debe ingresar al *Radicador Web* de la página de la ANM (www.anm.gov.co) y relacionar una información necesaria. Una vez la solicitud sea radicada dicha información, el interesado debe presentar los respectivos soportes en las oficinas de la Agencia Nacional de Minería. Con la presentación de los dichos soportes, se inicia la **etapa precontractual** o previa al contrato de concesión.

Pudiendo participar para acceder a un título minero:

- Personas naturales con capacidad legal.
- Personas jurídicas cuyo objeto social contemple la exploración y explotación minera.
- Los consorcios.
- Las uniones temporales.

² Artículos 16 y 17 del Decreto Ley 685 de 2001.

³ Ley 1753 de 2015 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, le brindó al Gobierno Nacional las herramientas para establecer los minerales de interés estratégico y estableció la obligación de adjudicar las áreas delimitadas como de reserva estratégica minera a través de procesos de selección objetiva.



- Organizaciones de economía solidaria constituidas con el objeto de desarrollar actividades mineras.
- Proyectos mineros comunitarios.
- Mineros asociados o cooperados, o en forma individual, a los mineros vinculados a los planes comunitarios.
- Asociaciones comunitarias de mineros.

iii) COMPETENCIAS DE FISCALIZACIÓN Y SANCIONATORIAS DE LA ANM:

La Agencia Nacional de Minería comporta competencias de fiscalización contempladas tanto en el Decreto Ley de creación 4134 de 2011 (ver artículo 16) como en el Código Minero Ley 685 de 2001, artículos 317 y 318.

De la misma manera tiene facultades sancionatorias, contempladas en los artículos 287 y 288 de la Ley 685 de 2001.

Sobre este tópico, la H. Corte Constitucional (ver Sentencia C-818 de 2005), ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies⁴, a saber: el derecho penal delictivo⁵, el derecho contravencional⁶, el derecho disciplinario⁷ y el derecho correccional⁸. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador⁹.

Como se indicó, la ANM tiene funciones de fiscalización y también algunas facultades administrativas sancionatorias¹⁰ pero como tal no ostenta dentro de sus funciones o facultades de

⁴ Véase, entre otras, las sentencias C-214 de 1994, C-948 de 2002 y C-406 de 2004.

⁵ Sentencia C-1161 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Sentencia C-1112 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Sentencia T-438 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Sentencias T-242 de 1999. (M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano) y T-492 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

⁹ Si bien en algunas sentencias de esta Corporación, se aludió a una quinta especie en el derecho punitivo del Estado denominada "impeachment" o juicios por indignidad política; la verdad es que dicha institución más que corresponder al ejercicio de una potestad punitiva del Estado, representa un mecanismo de control político del Parlamento sobre determinados funcionarios públicos, a través de la posibilidad de adelantar juicios por delitos políticos (C.P. arts. 175 y 178). Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 6-3 de la Ley 5ª de 1992 y en la jurisprudencia de esta Corporación. Al respecto, en sentencia C-198 de 1994, se manifestó: "Está, en efecto, aún muy difundida la convicción de que para el juicio de algunos delitos- de contenido típicamente político- cometidos por el jefe del Estado (si es presidente) y por los ministros no son oportunos los procedimientos ordinarios ni son idóneos los órganos judiciales normales. Pero mientras en el siglo pasado el ejemplo de Inglaterra (en la cual se configuró lentamente, al propósito, mediante evolución secular, el procedimiento del impeachment, que consiste en la acusación de la Cámara de los Comunes y en el juicio por parte de la Cámara de los Lores) encontró imitación casi universal, después de la Primera Guerra Mundial comenzó a estimarse que, si era justificada la intervención de las Cámaras para decidir sobre la oportunidad o no de que se procediese a un juicio, parecía que respondía más a criterios de una justicia imparcial confiar, luego, este último a aquellos órganos expresos de jurisdicción constitucional que se habían ido configurando, añadiendo a los magistrados de carrera otros elementos más sensibles a las mudables exigencias políticas". (Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa).

¹⁰ La policía administrativa es la actividad que ejercen los diferentes organismos, donde se limitan las actuaciones de los administrados en aras del interés general y en contraposición al interés privado. Se ejerce preventiva y coercitivamente, y busca como fin principal mantener el orden público y el interés general.



investigar disciplinariamente a los proponentes del Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

De otra parte, se aclara que en materia disciplinaria el nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 28 de enero de 2019) frente a la acción disciplinaria que les asiste a todas las entidades del Estado les faculta para aplicar esta potestad sancionadora disciplinaria respecto del irregular comportamiento de sus *Servidores Públicos* en ejercicio de sus funciones.

En relación con este tema de las funciones públicas de servidores y particulares, la H. Corte Constitucional en sentencia C-866 de 1999, define claramente y desarrolla conceptos de función administrativa y función pública cumplida por particulares. A continuación, se citan algunos apartes de dicho pronunciamiento así:

(...)

“Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-866 de 1999, estudió la constitucionalidad de las normas precitadas, donde señaló:

“7.1 A partir de un criterio orgánico, la función administrativa es aquella que está atribuida al gobierno, entendiendo la palabra “gobierno” como la rama Ejecutiva del poder público. De manera general puede decirse entonces, desde este punto de vista, que el contenido de la función administrativa o ejecutiva son las actividades del poder Ejecutivo.

(...)

“La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones.

(...)

“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).



En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.

(...)

(...) Solamente en el caso de que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido determinadas en forma expresa por el legislador, al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades.

En este orden de ideas, para efectos de control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario”.

Lo anterior, explica ampliamente el concepto del particular que cumple funciones públicas, la forma de vinculación a la administración pública y sus respectivas consecuencias jurídicas; es por ello, que claramente los proponentes en los contratos de concesión minera, ni constitucional, ni legal, ni convencionalmente pueden ser considerados o asimilarse como servidores públicos y, por ende, no son sujetos disciplinables, dado que no ejercen en el ámbito del contrato de concesión minera ninguna prerrogativa inherente al Estado, tales como poder de coerción, expedición de actos unilaterales, etc; por lo que no pueden considerarse particulares que cumplen funciones públicas.

Con todo, en cuanto a los particulares, en el marco de dicha normatividad y en concordancia con el Estatuto Anticorrupción (ver artículos 82 a 84 de la Ley 1474 de 2011) se precisa que solamente tienen la calidad de **sujeto disciplinable** aquellos que ejerzan de manera permanente o transitoria funciones públicas, administren recursos públicos o cumplan labores de interventoría o supervisión, como antes se indicó.

También resulta pertinente tener en cuenta que, actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano la Ley Disciplinaria se orienta a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales



que le asisten al servidor público¹¹ o al particular que cumple funciones públicas¹², luego es claro que el proponente del contrato de concesión minera (de los antes citados) de acuerdo con lo antes explicado, no cumplen funciones públicas.

Concluyendo con lo considerado, que la Agencia Nacional de Minería - ANM *no se encuentra facultada para investigar disciplinariamente a los proponentes* del Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

2. De ser positiva su respuesta, sírvase expedir copia del reglamento disciplinario que investiga a los proponentes de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual e informar los artículos.

RESPUESTA:

Conforme lo indicado en la respuesta anterior, y dado que la Agencia Nacional de Minería no se encuentra facultada para investigar disciplinariamente a los proponentes del Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual, no cuenta con reglamento disciplinario al respecto.

3. Sírvase informar por escrito y en los términos señalados por la Ley, si la Procuraduría General de la Nación se encuentra facultada para investigar disciplinariamente a los proponentes de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

RESPUESTA:

De conformidad con las disposiciones contenidas en las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, se precisa la competencia de la Procuraduría General de la Nación¹³ para conocer e investigar las presuntas faltas disciplinarias, y es con fundamento en ello que se colige que legalmente dicho organismo de control actualmente tiene asignada la potestad disciplinaria para quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular; en consecuencia, es contra estos

¹¹ Y también aplicable al ex servidor público si la conducta constitutiva de falta disciplinaria se cometió estando vinculado al cargo (servicio público).

¹² Los particulares que prestan Función Pública son personas que, sin tener la condición de servidor público, desempeñan por virtud de la Constitución, la ley o vínculo contractual, funciones o servicios propios de una entidad o del Estado.

¹³ El artículo 1 de la Ley 2094 de 2021, que modificó el artículo 2 de la Ley 1952 de 2019 señala: "ARTÍCULO 2. Titularidad de la potestad disciplinaria. funciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación e independencia de la acción. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria. Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley. Las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria y producto de las funciones jurisdiccionales que se le reconocen a la Procuraduría General de la Nación serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en los términos establecidos en esta Ley. Para los servidores públicos de elección popular, la ejecución de la sanción se supeditará a lo que decida la autoridad judicial. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. A la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial les corresponde ejercer la acción disciplinaria contra los funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, así como contra los particulares disciplinables conforme a esta ley y demás autoridades que administran justicia de manera temporal y permanente. La competencia de la Procuraduría General de la Nación es privativa para conocer de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de elección popular y de sus propios servidores, salvo los que tengan fuera especial y el régimen ético disciplinario en el ejercicio de la función de conformidad con el Artículo 185 de la Constitución Política".



servidores públicos que adelantan investigaciones disciplinarias e imponen sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y demás establecidas en la ley.

4. De ser positiva su respuesta, sírvase expedir copia del reglamento disciplinario que investiga a los proponentes de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual e informar los artículos.

RESPUESTA:

De acuerdo con lo indicado en las anteriores respuestas, la ANM no cuenta con reglamento disciplinario que investigue a los proponentes de Contrato Minero en etapa precontractual.

5. De no ser positiva su respuesta, sírvase informar por escrito que régimen disciplinario se le aplica a un proponente de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

RESPUESTA:

Al respecto, se reitera lo señalado en respuestas de los numerales anteriores (ver numerales 1 a 4).

6. Sírvase informar por escrito y en los términos señalados por la Ley, quien es la autoridad disciplinable para investigar disciplinariamente a los proponentes de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

RESPUESTA:

Al respecto, se reitera lo señalado en respuestas de los numerales anteriores (ver numerales 1 a 4).

7. Sírvase informar por escrito y en los términos señalados por la Ley, cual es la jurisprudencia, Ley o Reglamento que regula o investiga disciplinariamente a los solicitantes de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

RESPUESTA:

Al respecto, se reitera lo señalado en respuestas de los numerales anteriores (ver numerales 1 a 4).

8. Sírvase informar por escrito y en los términos señalados por la Ley, cuáles son las causales por las que se puede investigar a un solicitante de Contrato de Concesión Minera en etapa precontractual.

RESPUESTA:



Al respecto, se reitera lo señalado en respuestas de los numerales anteriores (ver numerales 1 a 4).

9. Sírvase informar por escrito y en los términos señalados por la Ley, cual es el régimen disciplinario en materia de contratación pública a un proponente de Contrato de Concesión, señalando para el efecto las normas de rango Constitucional, legal y reglamentario aplicables a los proponentes mineros en etapa precontractual.

RESPUESTA:

Al respecto, se reitera lo señalado en respuestas de los numerales anteriores (ver numerales 1 a 4).

10. ¿Teniendo en cuenta que las propuestas de contrato de concesión se regulan por las normas de contratación pública en etapa precontractual, son los proponentes mineros sujetos disciplinables?

RESPUESTA:

Al respecto, se reitera lo señalado en respuestas de los numerales anteriores (ver numerales 1 a 4).

De acuerdo con lo indicado en el marco del ordenamiento jurídico damos respuesta a sus inquietudes, esperando haberle aclarado cualquier duda sobre el particular.

Atentamente,



IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: (0).

Copias: (0).

Elaboró: María Victoria Uribe Dussán - Contratista Asesora OAJ

Revisó: NA

Fecha de elaboración: 23/10/2023

Número de radicado que responde: NA



Tipo de respuesta: Total
Archivado en: Oficina Asesora Jurídica