AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Radicado ANM No: 20211200280301

Bogotá D.C.

S
M
RESERVADO

Asunto: Respuesta Radicado No. 20211001369882 y 20221001904712 – Efecto de la sentencia No. 071 del 1 de Julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Popayán.

Respecto a su solicitud, me permito dar respuesta en los siguientes términos, precisando que el presente concepto es emitido en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, razón por la cual carece de efectos vinculantes:

Salvedades respecto del Concepto Jurídico.

Antes de realizar el análisis respectivo, es menester precisar que el presente concepto es emitido en los términos establecidos 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.**

Ello quiere decir que, en ningún caso, podrán dar por entendido que un concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica **sustituye los análisis de cada persona pudiere llegar a realizar.** Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, advirtiendo que "*Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos.* ***En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución.*** (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, es dable a concluir que, los conceptos que emite esta Oficina (i) carecen de efectos vinculantes, (ii) no sustituyen los análisis y responsabilidades de cada área sobre casos particulares y (iii) el solicitante, podrá acoger o no, la interpretación de una norma (o normas) que se estudian en dichos conceptos.

De igual forma, la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005, describe que los conceptos desempeñan una función didáctica y orientadora que ocurre dentro de los términos señalados por la Constitución.

En tal sentido, los conceptos son posiciones interpretativas que deberán estar ceñidas a los postulados vigentes y aplicables que ofrezca el ordenamiento jurídico.

Así entonces, la interpretación de una norma – por medio de un concepto – se deberá realizar respetando los fundamentos jurídicos y normativos aplicable al caso en concreto, y ello será una interpretación de la misma, sin que signifique, de manera alguna, que sea obligatorio para la persona interesada en dicho concepto. Por lo anterior, y entendiendo que el concepto es meramente orientador, será el interesado quien decida si acoge o no dicha interpretación.

Explicado lo anterior, procederemos a realizar los análisis respectivos para emitir el concepto solicitado, informando que la información suministrada en el presente responde, de manera integral, a la información que reposa en el expediente minero y que fue suministrada por el Punto de Atención Regional Cali de la Vicepresidencia de Seguimiento Control y Seguridad Minera, dependencia que, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4134 de 2011, tiene a su cargo la fiscalización, seguimiento y control de los títulos mineros y, por tanto, el control de la información que hoy se suministra.

.

> *1. ¿Cuál es el efecto de lo ordenado Mediante la sentencia número 071 del 1 de Julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Popayán, dentro del proceso de RESTITUCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE DERECHOS TERRITORIALES DE COMUNIDADES NEGRAS radicado bajo el número 19001-31-21-001-2014-00104-00 sobre la ejecución de los contratos GIK-10511X, GIK-10E, GIK-10H y GIK-10J?*

Mediante Sentencia No. 071 del 1 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Popayán, se ordenó:

*"**SEXTO:** **ORDENAR A LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA LA SUSPENSIÓN** de los títulos y concesiones mineras otorgados y que afecten, el territorio del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO, detallados en la parte motiva de esta providencia, dejando claro que existen títulos y concesiones que se traslapan en porcentajes ajos con los predios ele la comunidad, ello lleva aclarar, que para ellos se **suspende cualquier actividad en territorio del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO, hasta tanto no se evacue la consulta previa con la comunidad negra y con la autoridad tradicional del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO y se cumplan las exigencias legales para la explotación minera**."*

Así mismo, en dicha sentencia, desde su página 50 y siguientes se realizó un análisis del derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa, aplicable a la exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de dichas comunidades, concluyendo:

*"(…) lo que lleva a concluir que el otorgamiento de estos títulos mineros y de estas concesiones, no sólo están vulnerando el derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa, (…) ello nos lleva, con mayor certeza, a la convicción de ordenar La **SUSPENSIÓN** de los títulos minero y concesiones que afecten el territorio del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO, perfectamente delimitado, dejando claro, que existen títulos y concesiones que se traslapan en porcentajes ajos con los predios ele la comunidad, ello lleva aclarar, que para ellos **se suspende***

cualquier actividad en territorio del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO, hasta tanto no se evacue la consulta previa con la comunidad negra y con la autoridad tradicional del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO y se cumplan las exigencias legales para la explotación minera.*"*[1] (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De lo anterior, es claro que para el juzgador, la suspensión a que ordena en el literal sexto de la sentencia, obedece a la suspensión de actividades en territorio del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO, hasta tanto no se evacue la consulta previa con la comunidad negra y con la autoridad tradicional del CONSEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO y se cumplan las exigencias legales para la explotación minera.

2. ¿Los términos de duración de los contratos GIK-10511X, GIK-10E, GIK-10H y GIK-10J se encuentran actualmente suspendidos? ¿Bajo qué figura?

Mediante Resolución No VSC 000651 de 4 de septiembre de 2015, inscrita en el Registro Minero Nacional el día 03 de noviembre de 2015, se suspendió, en los términos y en las condiciones establecidas en la orden sexta de la Sentencia No. 071 del 1 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Popayán dentro del proceso de restitución y formalización de derechos territoriales de comunidades negras, radicado bajo partida número 19001-31-21-001-2014-00104-00, las actividades mineras dentro de los Contrato de Concesión No GIK-10511X, GIK-10E, GIK-10H, GIK-10J, KAQ-11061, KB2-15561 y KLF-08051, que se superponen con el territorio de Concejo Comunitario Renacer Negro de Timbiquí, hasta tanto se adelante la consulta previa con la comunidad negra y con la autoridad tradicional del CONCEJO COMUNITARIO RENACER NEGRO y se cumplan las exigencias legales para la explotación minera o se profiera alguna resolución judicial en este sentido.

Aunado a lo anterior, en el Registro Minero Nacional se encuentran anotadas las siguientes Resoluciones, por medio de las cuales, se concedió suspensión temporal de obligaciones a los siguientes títulos:

- Resolución VSC No.000681 del 14 de septiembre de 2015 inscrita en el RMN el día 03 de diciembre de 2015, por medio del cual se concedió suspensión temporal de obligaciones hasta el 31 de diciembre de 2015, para el contrato de concesión No. GIK-10E.
- Resolución VSC No.000727 del 29 de octubre de 2015 inscrita en el RMN el día 03 de diciembre de 2015, por medio del cual se concedió suspensión temporal de obligaciones hasta el 20 de diciembre de 2015, para el contrato de concesión No. GIK-10H.
- Resolución VSC No.000797 del 21 de octubre de 2015 inscrita en el RMN el día 18 de diciembre de 2015, por medio del cual se concedió suspensión temporal de obligaciones hasta el 20 de diciembre de 2015, para el contrato de concesión No. GIK-10511X

[1] Ver Sentencia No. 071 del 1 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Popayán, páginas 50 a 56.

3. ¿Es viable que sean otorgadas suspensiones por razones de orden público para el área de los contratos GIK-10511X, GIK-10E, GIK-10H y GIK-10J?

El artículo 64 de la Ley 57 de 1887, definió:

"ARTICULO 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

De igual manera, la Ley 95 de 1890 consagra en su artículo primero que la fuerza mayor o caso fortuito es aquel *"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".*

Así mismo, el artículo 28 del Código Civil, define que, cuando una expresión ha sido definida expresamente por el legislador, se le dará en esta su significado legal, así que el operador jurídico debe ceñirse a la estipulación del artículo 64 de la Ley 57 de 1887, cuando se trate de establecer si se está en presencia o no, de la fuerza mayor.

Tal definición ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial que, en general, tiende a identificar como elementos necesarios para que exista fuerza mayor o caso fortuito, que el hecho que se pretende invocar como causal sea imprevisible, irresistible y no imputable a quien padece sus efectos, características que permiten fijar los elementos que debe reunir el evento para poder ser catalogado como fuerza mayor, los cuales, a su vez, contienen a su vez una serie de sub-elementos que se indican en la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. (…)" [2]

"…[la] imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de Noviembre 13 de 1962.

contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente." [3]

Así mismo, la Sala de Casación Civil y Agraria de dicha Corporación, en fallo del 29 de abril de 2005, expediente número 0829-92, con ponencia del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, señaló:

"Para dilucidar estos cuestionamientos, es necesario memorar, así sea sucintamente, que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es "el imprevisto a que no es posible resistir" (art. 64 C.C., sub. art. 1° Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos.

No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular -in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.

Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que "la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos" (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, "la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento -acompasadas con las del propio agente-" (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda "calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito" (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998).

Desde luego que ello no obsta para que puedan trazarse ciertas directrices que, por su fuerza intrínseca, a la par que jurídica, permitan singularizar y, por ende, dotar de fisonomía al fenómeno en cuestión, el cual, por vía de ejemplo, no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido

[3] **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 27 de 1974**

un rol preponderante en la causación del daño (cfme: sent. 009 de 27 de febrero de 1998), ni puede estar "ligado al agente, a su persona ni a su industria" (Sent. 104 de 26 de noviembre de 1999), habida cuenta que debe tratarse, según doctrina citada en este último fallo, de "un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aún aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía porqué tener en cuenta ni tomar en consideración" (Andreas Von Thur. Tratado de las Obligaciones. T. II. Cap. VII. Pág. 68).

Como podemos ver, tanto a la luz de las leyes 57 de 1887 y 95 de 1890, como lo desarrollado en cada una de las sentencias antes citadas, los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad integrantes del caso fortuito o fuerza mayor **deben ser concurrentes**, exigencia que, por expresa disposición legal se da para que se pueda catalogar un hecho como constitutivo de fuerza mayor, a los que se ha de sumar la ajenidad del hecho a la actividad del que la padece, es decir su condición exógena.

Además de lo anterior, es pertinente traer a colación lo analizado en el concepto No. 20171200029643 del 24 de marzo de 2017, proferido por la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Minería en donde se señaló, respecto del tema objeto de análisis, que se requieren de los siguientes elementos para que se pueda catalogar un evento como fuerza mayor:

"Forma de acreditar la fuerza mayor
(…)

Por lo expuesto y de conformidad con la jurisprudencia citada, para que se estructure la fuerza mayor como justificación del incumplimiento, se deben reunir un conjunto de características, a saber

I. *Que el hecho es **exógeno y externo**[4] a las partes, no siendo imputable al contratista [5], es decir, refiriéndonos al caso en concreto, el hecho alegado debe ser jurídicamente ajeno al causante del incumplimiento, debe haberse producido sin contribución, incidencia o culpa alguna del titular.*

II. *El hecho generador sea **imprevisible**, habida cuenta 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"[6] En este punto, es preciso hacer hincapié en*

[4] 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"*.

[5] 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).

[6] Sentencia T-271 de 2016.

que el hecho y sus condiciones deben ser probadas por quien alega la fuerza mayor, a fin de demostrar que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imposible de prever.

III. *El hecho generador fue **irresistible**, vale decir, que se trate de una situación de tal magnitud, inevitable, es decir 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".*

IV. *El hecho debe ser determinante –relación de causalidad o nexo causal- en la producción del daño –para el caso en concreto el fenómeno de lluvia- es necesario que el titular minero pruebe que el mismo fue determinante en la producción del daño o en la generación del incumplimiento, en otras palabras, que abstrayendo ese hecho hubiera podido cumplir su obligación.*

V. *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, que el hecho fue determinante en la producción del daño y en ese sentido se configuró una fuerza mayor como eximente de responsabilidad.*

Es de resaltar que para que se configure la fuerza mayor, deben concurrir todos los elementos antes anotados"

Significa lo anterior, que el deudor de la obligación que pretende excusar su incumplimiento en la fuerza mayor, asume la carga probatoria de acreditación de imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad invocados, esto es; debe probar y sustentar, a través de los medios probatorios idóneos, que la circunstancia que alega como fuerza mayor o caso fortuito acaeció por fuera de su esfera de diligencia, control y vigilancia, sin posibilidad de previsión y contención. La previsión, supone, en profesionales, como son los mineros que asumen la explotación por su cuenta y riesgo, un grado cualificado de atención, diligencia y cuidado que le permita anticipar los efectos que pudiesen prevenir de las circunstancias negativas y poderlas sobrellevar.

Dado que la carga de la prueba de fuerza mayor exige que quien la alega, debe probar cada uno de sus elementos, basta con que uno no esté debidamente demostrado, para que la fuerza mayor no opere como eximente de responsabilidad.

De igual forma, en la sentencia del 11 de septiembre de 2003 del Consejo de Estado, Radicación No. 68001-23-15-000-1995-00464-01(14.781), se indica que:

***a.** La fuerza mayor respecto de la ejecución de los contratos estatales.*

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.

(…)

"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 entonces que, de llegar a ocurrir la fuerza mayor, esto supone que el fenómeno acaecido fue imprevisible, y que, por ende, no permitió la ejecución normal del contrato. Diferente es la teoría de la imprevisión que, de igual forma, debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero sí hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, debido a que, de dichos hechos, se tuvo que incurrir en gastos – extras – necesarios para contrarrestar los efectos del fenómeno presentado.

Así entonces, sólo se podrá otorgar la suspensión de obligaciones emanadas del contrato, si acredita el cumplimiento de los presupuestos para ello.

4. Dado que los contratos GIK-10511X, GIK-10E, GIK-10H y GIK-10J no se pueden ejecutar por orden judicial, y en atención a que según la plataforma ANNA Minería los términos de dichos títulos mineros se encuentran suspendidos ¿Cuál es el status de las obligaciones de los contratos GIK-10511X, GIK-10E, GIK-10H y GIK-10J desde el 03 de noviembre de 2015 y hasta que sea levantada la suspensión derivada de la sentencia número 071 del 1 de Julio de 2015?

Esta respuesta se brindó al interrogante No. 2

En los anteriores términos se da respuesta a la solicitud de concepto jurídica elevada a esta Oficina.

Atentamente,

JUAN ANTONIO ARAUJO ARMERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Anexos: Lo enunciado.
Copia: No aplica.
Elaboró: Laureano Cerro - OAJ.
Revisó: No aplica.
Fecha de elaboración: 20211001369882
Número de radicado que responde: N/A
Tipo de respuesta: Total.
Archivado en: Archivo de la Oficina Asesora Jurídica.